

Libros de **Cátedra**

Derecho administrativo

Dominio público, responsabilidad estatal,
procedimiento y proceso administrativo

Carlos Alfredo Botassi (director)

Pablo Octavio Cabral (coordinador)

FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

S
sociales



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

DERECHO ADMINISTRATIVO

DOMINIO PÚBLICO, RESPONSABILIDAD ESTATAL, PROCEDIMIENTO
Y PROCESO ADMINISTRATIVO

Carlos Alfredo Botassi
(Director)

Pablo Octavio Cabral
(Coordinador)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA



Dedicado a los estudiantes que, como los autores,
han pasado por las aulas de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. y
también a los estudiantes que vendrán.

Agradecimientos

Los autores agradecen a todas las personas que hicieron posible la aparición de esta obra. Especialmente a las autoridades y empleados de la Universidad Nacional de La Plata y de la Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (Edulp).

Índice

Presentación

Carlos Alfredo Botassi _____	9
------------------------------	---

Capítulo 1: Dominio Estatal

Carlos Alfredo Botassi _____	10
1. Derechos Reales Administrativos _____	10
2. Bienes del Estado. Clasificación _____	11
3. Dominio Público. Concepto _____	12
4. Usos del Dominio Público: Común y Especial _____	16
5. Tutela del Dominio Público y Tutela de los Usuarios _____	18
6. Dominio Privado del Estado. Diferenciación con el Dominio Público _____	18
7. Dominio y Jurisdicción _____	20
8. Bibliografía _____	24

Capítulo 2: Limitaciones a la Propiedad Privada por Razones de Interés Público

(1era parte)

Álvaro Bautista Flores y Ariel Bayón _____	28
1. El Artículo 1970 del Código Civil y Comercial _____	28
2. Restricciones Administrativas _____	29
3. Servidumbres Administrativas _____	32
4. Requisición o requisa _____	44
5. Decomiso _____	47
6. Ocupación temporánea _____	50
7. Bibliografía _____	54

Capítulo 3: Limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público

Álvaro Flores y Leopoldo Rivas _____	55
1. Expropiación _____	55
2. Normativa Constitucional, Convencional y Legal. Nacional y Provincial _____	59
3. Causa Expropiatoria _____	59
4. Sujetos de la Expropiación _____	61
5. Objeto a expropiar _____	63
6. Indemnización Expropiatoria. Alcance _____	65
7. La denominada Fuerza Expansiva de la Expropiación _____	67
8. Procedimiento Administrativo Expropiatorio. Posibilidad de avenimiento _____	68
9. Proceso Expropiatorio _____	69
10. Expropiación Inversa _____	74
11. Abandono de la Expropiación. Concepto. Casos _____	76
12. Retrocesión _____	76
13. Bibliografía _____	78

Capítulo 4: Responsabilidad del Estado.

Carlos Botassi, Álvaro Flores y Pablo Cabral _____	79
1. Responsabilidad Contractual del Estado _____	79
2. Responsabilidad Extracontractual del Estado _____	84
3. Responsabilidad del Estado por Acción y por Omisión _____	87
4. Responsabilidad del Estado por su Conducta Ilegítima _____	91
5. Responsabilidad por Conducta Lícita _____	91
6. Factores de Atribución _____	95
7. Responsabilidad del Estado por el ejercicio de sus Funciones Administrativa, Legislativa y Judicial _____	103
8. Daños causados por el dictado de Actos Administrativos _____	106
9. Bibliografía _____	107

Capítulo 5: Procedimiento administrativo

Sebastián de Ferrari y María Julia Richero	109
1. Procedimiento Administrativo	109
2. El debido procedimiento administrativo como medio de defensa de los derechos individuales y como medio de protección de los intereses públicos	117
3. El Decreto-Ley 7647/70	121
4. Interesados, Representantes y Terceros	127
5. Formalidades de los escritos	131
6. Vicios en el Procedimiento	134
7. Bibliografía	135

Capítulo 6: Procedimiento Administrativo

Irina Leal, Jonatan Vargas y Enrique Kinter	137
1. Los Plazos en el Procedimiento Administrativo	137
2. Plazos Perentorios y no Perentorios	138
3. Prórroga	138
4. Obligatoriedad	138
5. Plazo de Gracia	138
6. Incumplimiento de los Plazos por la Administración y Denegatoria Tácita	140
7. Avocación por Mora	141
8. Notificaciones	141
9. Medios de Notificación	142
10. Actos que deben Notificarse	144
11. Nulidad de la Notificación	144
12. Prueba	145
13. Medios de prueba	145
14. Apreciación	147
15. Alegatos	147
16. Formas Normales y Anormales de Terminación del Procedimiento	147
17. Recursos Administrativos	150
18. Recursos contra Actos Generales	154
19. Denuncia de Ilegitimidad	155
20. Recursos Administrativos en el Ámbito Nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	155
21. Recursos Administrativos en la Provincia de Buenos Aires y en sus Municipalidades	159
22. Los Actos Administrativos en el Decreto Ley 7647/70	164
23. Bibliografía	169

Capítulo 7: Procedimiento Administrativo

Carlos Botassi, Homero Villafañe, Franco Israel Silicaro, Guillermo C. Tribiño, Natalia M. Peluso, Guillermo Rizzi, Jéssica Celis Romero, Brenda Zaidman, Pablo Cabral e Irina Leal	171
1. Procedimientos Administrativos Especiales	171
2. Selección de Contratistas. Ley de Obras Públicas y Reglamento de Contrataciones del Estado Provincial	171
3. Concursos para aspirantes a Agentes Públicos	172
4. Principios aplicables	173
5. Procedimiento de Licitación Pública	175
6. El Procedimiento Licitatorio en la Ley de Obras Públicas y en el Reglamento de Contrataciones de la Provincia de Buenos Aires	178
7. Sumario Disciplinario	179
8. Ejecución del Contrato de Obra Pública	185
9. Procedimiento de Faltas Municipales	192
10. Juicio de Cuentas y Juicio de Responsabilidad. La Contaduría General y el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires	198
11. Procedimiento Tributario en la Provincia de Buenos Aires. Su regulación en el Código Fiscal	203

12. Audiencia Pública	206
13. Bibliografía	210

Capítulo 8: Demandas contra la Nación

Pablo Octavio Cabral	212
1. La Nación Argentina ante el Poder judicial	212
2. Normas procesales del Decreto Ley 19.549/72. Aplicación del Cód. Proc. Civil y Comercial	220
3. La sentencia de condena	226
4. El Estado nacional en juicio. Procesos civiles, laborales y contenciosos Administrativos	232
5. Fuero Federal, Justicia Nacional y Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	232
6. El arbitraje y la Administración Pública nacional. El Estado Nacional ante órganos jurisdiccionales internacionales	235
7. Bibliografía	240

Capítulo 9: Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Claudia Angélica Matilde Milanta	242
1. Orígenes de la justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires	242
2. La reforma constitucional de 1994. El Fuero Contencioso Administrativo	246
3. El Código Procesal Administrativa y sus reformas	251
4. Normativa constitucional y legal de la materia contencioso administrativa. Casos incluidos y excluidos	253
5. La competencia por razón del territorio	264
6. Conflictos de competencia	266
7. Bibliografía	267

Capítulo 10: Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Carlos Botassi, Ariel Bayón, Álvaro Flores, Juan Pinzas, Pablo Cabral y María Julia Richero	272
1. Legitimación Procesal	272
2. Coadyuvantes y terceros	278
3. Representación Estatal	279
4. Pretensión impugnatoria o anulatoria	279
5. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado	282
6. La Pretensión Indemnizatoria	285
7. La Pretensión Prestacional en el Proceso Administrativo Bonaerense	287
8. La Justicia Administrativa Bonaerense y la Efectividad de los Derechos Sociales	288
9. Pretensión meramente declarativa	295
10. Cesación de vía de hecho	299
11. Amparo por Mora	302
12. Bibliografía	305

Capítulo 11: Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Irina Leal, Jonatan Vargas, Ariel Bayón, Homero Villafañe, Natalia Peluso y Lucio Villarreal	309
1. Presupuestos procesales	309
2. Plazo de caducidad	314
3. El Pago Previo	316
4. Proceso ordinario y sumario	319
5. Silencio administrativo o denegatoria tácita	320
6. Demanda. Estructura y formalidades	324
7. Examen de admisibilidad. Subsanción de defectos. Notificación de la demanda	327
8. Excepciones	329
9. Bibliografía	336

Capítulo 12: Proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Guillermo C. Tribiño, Jéssica R Celis Romero, Lucio Villarreal, Natalia M. Peluso,

Guillermo F. Rizzi, Homero Villafañe y María Julia Richero.	341
1. Introducción	341
2. Contestación de Demanda	343
3. Reconvención	346
4. Diligencias Ulteriores	347
5. Hechos nuevos	348
6. Prueba. Audiencia preliminar. Medios de prueba. Medidas para mejor proveer	349
7. Sentencia y costas	357
8. Recursos previstos en el Código Procesal Administrativo y en el Código Procesal Civil y Comercial	364
9. Medios anormales de terminación del proceso	374
10. Ejecución de sentencias de condena contra el Fisco. Las leyes de emergencia o consolidación de deudas	378
11. Bibliografía	384

Capítulo 13: Proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Claudia Angélica Matilde Milanta	388
1. Procesos Especiales	388
2. De los Procesos Administrativos en particular	393
3. Procesos de Ejecución. Tribunal de Cuentas. Normas Especiales	403
4. Impugnación de Actos Administrativos emanados de Colegios o Consejos Profesionales, del Tribunal Fiscal de Apelación y del Tribunal de Cuentas	406
5. Impugnación de Resoluciones de las Cajas de Previsión Social	412
6. Amparo por Mora	413
7. Ejecución Tributaria Provincial	419
8. Ejecución Tributaria Municipal	420
9. Bibliografía	420

Capítulo 14: Medidas cautelares

María Julia Richero, Leopoldo Rivas, Guillermo Rizzi y Pablo Cabral	425
1. Concepto, fundamento, finalidad y caracteres	425
2. Régimen nacional y provincial. Medidas cautelares previstas en el Código Procesal Administrativo y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires	428
3. La ley 26.854 y las tutelas procesales diferenciadas	430
4. Presupuestos en los juicios contra la Nación y contra la Provincia de Buenos Aires	441
5. Oportunidad para solicitar una Medida Cautelar	442
6. Suspensión de la ejecución de un acto administrativo	446
7. Medidas autosatisfactivas	449
8. Bibliografía	251

Capítulo 15: Amparo y otras vías judiciales

Leopoldo Rivas, Pablo Cabral, Guillermo Rizzi, Álvaro Flores, Carlos Botassi

y Guillermo C. Tribiño	453
1. Demanda de amparo	453
2. Juez competente en la Provincia de Buenos Aires. Acordadas de la S.C.B.A.	459
3. Presupuestos procesales	460
4. Actos jurisdiccionales	463
5. Amparo y acción contencioso administrativa. Reconducción. Jurisprudencia	467
6. Los llamados Recursos Judiciales Directos	469
7. La Acción autónoma o directa de inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires	478
8. Acción declarativa de Inconstitucionalidad en el ámbito federal	482
9. Bibliografía	482

Los autores	485
--------------------	-----

Presentación¹

La entonces denominada Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Provincial de La Plata comenzó a funcionar el 19 de febrero de 1897. En 1905, a partir de la nacionalización de la Universidad platense, adoptó su nuevo y definitivo nombre de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

En 1906 se dictaban en nuestra Casa de Estudios 27 materias, incluyendo Legislación Administrativa (antecedente de Derecho Administrativo, Primera Parte surgido en 1930) y Derecho Administrativo Comparado (que en el año 1938 se transformaría en Derecho Administrativo, Segunda Parte). Por entonces cada profesor informaba a sus alumnos el programa que desarrollaría en su curso el cual era copiado a mano alzada. Esos programas recién fueron recopilados e impresos a partir de 1911.

Existieron otras materias cuya temática pertenece al Derecho Administrativo y más tarde fueron absorbidas por las dos disciplinas que se mantienen hasta nuestros días: Derecho Ferroviario (1922/1931) y Régimen jurídico de las comunicaciones (1932/1938).

El cuerpo docente –cuyo listado exhaustivo insumiría un espacio desmesurado– contó en su integración con juristas que inscribieron sus nombres en la historia del Derecho Público argentino: Manuel F. Gnecco, José Nicolás Matienzo y Rodolfo Bullrich (1906/1930); Benjamín Villegas Basavilbaso, Manuel María Diez, Alberto Gaspar Spota, Miguel S. Marienhoff, Bartolomé A. Fiorini, Jorge Tristán Bosch, Julio Oyhanarte y Eduardo A. Ortiz Basualdo (1930/1957); Pedro Aberastury, Beatriz E. Dalurzo, Héctor Pedro Fassi, Agustín A. Gordillo, Armando E. Grau, Jorge A. Saenz, Jorge A. Ortega y María Graciela Reiriz (1958/1970). En tiempos recientes, titularizando inicialmente las cátedras de Derecho Administrativo Primera y Segunda Parte, cabe sumar a Osvaldo M. Bezzi y Armando E. Grau, junto a Tomás Hutchinson, Osvaldo H. Bezzi, Ana María Bezzi, Inés D'Argenio, Guillermo Muñoz, Homero Bibiloni, Claudia Milanta, Aníbal Falbo, Carlos Mamberti, Carlos Alberto Andreucci, Carlos Vallefín, Pablo Perrino, María Julia Richero, Irina Leal, Homero Villafañe, Miguel H. E. Oroz, Sebastián Deferrari, Pablo Octavio Cabral, Guillermo Tribiño, Alvaro Flores, Leopoldo Rivas, Juan Pinzas, Franco Israel Silicaro, Lucio Villarreal, Melina Grossi, Juan Gallo, Natalia Peluso, Jéssica Celis Romero, Brenda Zaidman, Alberto Biglieri, Guillermo Rizzi, Ariel Bayón, Jonatan Vargas, Enrique Kinter, Carla Filipini y una pléyade de jóvenes que abrazaron con entusiasmo la carrera docente. Muchos de ellos colaboraron en el armado del presente libro en destacada representación del inevitable recambio generacional.

La obra que hoy ve la luz es el producto del trabajo conjunto de todos los docentes que integran la Cátedra 2 de Derecho Administrativo, Segunda Parte de nuestra Facultad. Desde mi ya muy lejana época de estudiante la dispersión bibliográfica dificultaba el estudio de nuestra disciplina y, en no pocas oportunidades, la necesidad de asumir la lectura parcial de decenas de libros contribuía a que el Derecho Administrativo fuera catalogado como una cuestión árida y poco menos que inabordable. De allí que el proyecto de editar un trabajo de estas características haya estado rondando desde hace décadas para finalmente concretarse a impulsos de un hecho trascendente: la puesta en vigencia de un nuevo programa que viene a reemplazar al que se utiliza desde la década de 1970. La obra se ajusta puntualmente a sus contenidos con el objetivo de que los estudiantes cuenten con un volumen que les permita conocer acabadamente toda la materia, sin necesidad de peregrinar por numerosos libros y artículos sueltos no siempre disponibles en las bibliotecas donde resulta clásico que la demanda supere a la oferta. Naturalmente que las notas bibliográficas y jurisprudenciales consignadas al pie de cada página permitirá, a quien lo desee, profundizar todos y cada uno de los temas abordados.

Abrigamos la justificada esperanza de que el libro que presentamos no solo facilite el estudio de la materia sino que contribuya a desterrar la idea de que el Derecho Administrativo es una disciplina compleja e inabordable.

CARLOS ALFREDO BOTASSI

¹ Agradezco profundamente a Pedro Giusti su esencial aporte en la indagación histórica.

CAPÍTULO 1

Dominio Estatal

Carlos Botassi

1. Derechos Reales Administrativos

1.1. Concepto

El Código Civil y Comercial vigente desde el 1º de agosto de 2015 (CCyC) define al derecho real como “el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia y las demás previstas en este Código” (art. 1882). Aclara que “el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa” (art. 1883) y determina que los derechos reales pueden ser sobre cosa propia y sobre cosa ajena (art. 1888).

Todos los derechos reales enumerados y regulados en el CCyC se atañen a relaciones de derecho privado que permiten a su titular el ejercicio de determinadas atribuciones como por ejemplo usar y disponer de la cosa propia o le aseguran contar con una garantía especial en protección de un crédito, como en el caso de la hipoteca y la prenda.

Tratándose de derechos reales civiles, regidos por el Código unificado, los intereses a conciliar son aquellos relacionados con las partes privadas. Los derechos reales administrativos, en cambio, existen para satisfacer necesidades o intereses colectivos y, debido a ello, su titular es siempre el Estado en sentido amplio (Nación, provincias, municipalidades, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entidades autárquicas).

El enfoque descripto contrasta con la posición clásica que postulaba la existencia de un único derecho real administrativo: el perteneciente al concesionario de un bien del dominio público². Fue en ese sentido que Marienhoff sostuvo que “la teoría de los derechos reales administrativos tiende a establecer o determinar la naturaleza del derecho de uso emergente de una concesión. De acuerdo a dicha teoría, el titular de una concesión de uso sobre el dominio público tiene sobre este un derecho de goce de naturaleza real, no obstante a ello el carácter inalienable de los bienes públicos”³. Según este enfoque existiría una sola manera de constituir un derecho real administrativo: la celebración de un contrato de concesión de uso (especial) de un bien del dominio público.

No compartimos este criterio ya que en realidad el derecho del concesionario de uso de un bien del dominio público es de tipo personal. Su ejercicio se encuentra sujeto a las condiciones pactadas en el contrato que le dio nacimiento, es siempre temporal, impide alterar lo recibido, no resulta exclusivo⁴, es revocable y no puede transmitirse a terceros. Todas estas calidades resultan incompatibles con el derecho real y si bien se mira el derecho del concesionario así delimitado se parece más al derecho de un locatario

² Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*, T.E.A., 1952, t. IV págs. 244 y sigs.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 1988, t. V pág. 566; Díez, Manuel M.: *Derecho Administrativo*, Omeba, 1969, t. IV pág. 509.

³ Marienhoff, Miguel S.: *Dominio público. Protección jurídica del usuario*, Librería Jurídica, 1955, pág. 123 y *Tratado*, cit. T. V págs. 566/567.

⁴ Así el concesionario de una playa, aunque en forma sectorizada, debe compartir su uso especial con el uso común que cabe a todo habitante respecto de los bienes del dominio público.

que al de un propietario⁵. En realidad, como también señala Marienhoff⁶, la calificación de “derecho real administrativo” otorgada al derecho del concesionario tiene una finalidad práctica: dotar de fundamento jurídico a las acciones posesorias que se le reconocen contra el Estado concedente. Sin embargo esa finalidad práctica no debe llevarnos al extremo de alterar la naturaleza jurídica del instituto que no es otra que un derecho personal.

Por lo demás la prohibición del artículo 1884 de modificar por contrato la “estructura” de los derechos reales civiles no alcanza al sistema de los derechos reales administrativos que, al no prohibirlo, permite a las partes reglar las particularidades de su ejercicio. Es el caso del derecho real de servidumbre de electroducto regido por el Dec. Ley 19.552/72 según texto de la Ley 24.065, en el cual el titular de la servidumbre y el propietario del fundo sirviente pueden acordar cuestiones de suma trascendencia que, según creemos, afecta la estructura misma del derecho real.

1.2. Enumeración

El criterio que puede denominarse “amplio”, y al cual adherimos, afirma la existencia de varias especies de derechos reales administrativos⁷, destacándose el derecho real de propiedad estatal (con sus dos vertientes: dominio público y dominio privado del Estado), el derecho real sobre cosa ajena (servidumbre administrativa⁸) y aún los derechos reales administrativos de garantía (prenda⁹ e hipoteca¹⁰, regulados fundamentalmente por el Derecho Público pero con fuerte incidencia de la legislación civil). Desde luego que el dominio estatal, sin ser el único, es el derecho real administrativo más difundido y trascendente.

1.3. Fuentes

Por vía de principio no existen más derechos reales administrativos que los regulados por ley formal (dominio público y privado del Estado, servidumbres administrativas, derechos de garantía bajo regímenes de Derecho Público).

2. Bienes del Estado. Clasificación

Para cumplir su finalidad, que no es otra que obtener el más grande bienestar posible para la mayor cantidad de personas, el Estado cuenta –entre otras herramientas- con los bienes que integran su patrimonio y que admiten varias clasificaciones.

Algunas clasificaciones responden a la materialidad del bien (muebles, inmuebles y bienes inmateriales) o su origen (naturales como las playas o los ríos y artificiales como toda obra pública). Otras clasificaciones toman en cuenta la composición de los bienes (terrestres, hídricos y aéreos), el régimen jurídico predominante (dominio público y dominio privado del Estado) y la condición respecto del titular del dominio (bienes nacionales provinciales y municipales). Esta última clasificación aparece en la parte final del art. 237 del CCyC, en tanto explica que “la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos precedentes”.

⁵ En contra C. Nac. Civ. Sala F, *Martínez*, 1.9.03, donde con voto fundante de la ex – camarista y actual juez de la Corte Nacional Dra. Highton de Nolasco se decidió que el particular concesionario del uso de una sepultura posee un derecho real administrativo (J.A. 2003-IV-89).

⁶ Marienhoff, Miguel S: *Tratado... cit.* t. V pág. 572.

⁷ “No hay razón para que solamente puedan admitirse como derechos reales los de origen civil, pues, en último término, no tienen a su favor más que un motivo de precedencia histórica” (Fernández de Velazco, citado por González Pérez, Jesús, Ob. ct., pág. 16). La existencia de numerosos derechos reales administrativos, que se suman al dominio estatal, y que abarcan derechos reales de garantía fue descripta convincentemente en Revidatti, Gustavo A., “Derechos Reales Administrativos”, Editorial Paralelo 28, Corrientes, 1991.

⁸ Valiente Noailles, Luis M.: Derecho real de servidumbre administrativa de electroducto, La Ley 1979-B-1036.

⁹ Se trata de los créditos otorgados por bancos oficiales (banco de empeño o bancos pignoratícios) con garantía real de prenda con desplazamiento de la cosa para la atención de necesidades urgentes de personas de bajos ingresos.

¹⁰ Es el caso de préstamos bancarios concedidos en aplicación de líneas de créditos blandos para fomento del acceso a la vivienda por sectores de menores recursos. Durante muchos años esta fue la actividad principal del Banco Hipotecario Nacional.

3. Dominio Público. Concepto

Como en casi todas las instituciones jurídicas la categorización del dominio público aparece discutida. Hemos anticipado nuestra opinión en el sentido de considerarlo un derecho real de propiedad, tipificado por la índole del sujeto titular (el Estado) y la finalidad (uso común) que justifica su régimen diferenciado con relación a la propiedad de los particulares. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica el Estado es una persona jurídica y, como tal posee un patrimonio, en cuya columna del “activo” aparecen sus propiedades.

Sin perjuicio de este enunciado, siempre discutible, conviene recordar que existe otra posición doctrinaria clásica y antagónica, que sostiene la idea del dominio público potestad o título de intervención del Estado respecto de determinados bienes, negando que exista una relación real y afirmando como única nota característica la presencia de un intenso poder reglamentario. Tampoco está ausente la infaltable postura ecléctica que reconoce la existencia de un derecho de propiedad pero de características peculiares que lo diferencian sustancialmente del dominio de los particulares. Según este enfoque, así como existe una noción genérica de “acto” y de “contrato” que particularizan las diversas ramas del derecho, también existe una noción genérica de “dominio” de la cual el “dominio público” constituye una especie vinculada al Derecho Administrativo.

Los partidarios del dominio público potestad entienden que se trata de una institución que no resulta asimilable a ninguna forma de propiedad, ni siquiera especial o *sui generis*, considerando que el dominio público no es otra cosa que un conjunto de poderes de actuación (intervención) que el derecho positivo asigna al Estado con relación a una determinada categoría de objetos materiales e inmateriales. Desde este mirador el estudio y exposición de nuestro tema se limita a explicar cómo funcionan esas potestades públicas.

En nuestra opinión la naturaleza del dominio público debe ser examinada en función de la normativa vigente y, en este sentido, el Código Civil y Comercial no ha innovado respecto del régimen del Código Civil derogado. La nota al artículo 2340 del derogado Código Civil permitía inferir que estamos frente a un concreto derecho real de propiedad caracterizado en razón del sujeto titular y la finalidad social que lo adorna, recondando que “todos los ríos, navegables o no, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios a la vida, a la industria y a la agricultura que puede hacerse de sus aguas, y que es conveniente a la paz, a los intereses generales, que el Estado sea el único *propietario* y regulador del uso de ellos”.

Entre nosotros existen tantas definiciones del dominio público como autores dedicados a la tarea. Para Bielsa¹¹ se trata de un conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad, referidas a una entidad administrativa de base territorial y que no son susceptibles de apropiación privada. Para este autor la nota diferencial del instituto no es otra que su destino al uso público en forma *directa*, es decir atendiendo de manera inmediata una necesidad de la comunidad o proporcionando una utilidad general. Para Bielsa su titular es el *pueblo* (de allí que todos los habitantes puedan usarlos gratuitamente) pero el Estado regla su uso y en no pocas ocasiones cobra un precio (peaje en rutas y puentes, ingreso a parques naturales, zoológicos y museos). Según Marienhoff –quien también piensa que el titular es el pueblo– se trata de una masa o conjunto de bienes que, debido a los fines que tiende a satisfacer, está sometido a un régimen jurídico especial de derecho público¹². Diez¹³ también categoriza al dominio público como un conjunto de bienes, pero interpreta que los mismos pertenecen en propiedad al *Estado*, sin perjuicio de encontrarse afectados por ley al uso directo o indirecto de la comunidad.

Dando la razón a Cohen¹⁴ quien, con un criterio funcional del Derecho, advirtió que el significado de una definición se encuentra en sus consecuencias, todas las nociones recién recordadas conducen a una única nota típica del instituto: su uso o utilidad común como finalidad social que justifica su régimen exorbitante del derecho privado. “Ciertas cosas corporales manifiestan, por su misma configuración exterior, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público...Se las llama cosas públicas. Su destino no permite que estén en poder de un particular que dispondría de ellas según sus intereses personales; por lo tanto, quedan sustraídas al comercio ordinario del derecho privado”¹⁵. Al igual que otros institutos clásicos del

¹¹ Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, 6ª edición, La Ley 1954, t. III pág. 454.

¹² Marienhoff, Miguel S.: *Tratado...*, cit. T. V, pág. 165: “Dominio público es un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público –directo o indirecto– de los habitantes”.

¹³ Diez, Manuel M.: *Derecho Administrativo*, Omeba, 1969, t. IV pág. 347.

¹⁴ Cohen, Félix S.: *El método funcional en Derecho*, Abeledo Perrot, 1962, pág. 103.

¹⁵ Mayer, Otto: *Derecho Administrativo Alemán* (traducción directa del original en francés de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin), 2ª edición, Depalma, 1982, t. III pág. 91.

Derecho Administrativo, el dominio público es también un instrumento o herramienta que forma parte de la función administrativa del Estado para proveer a la sociedad de la mayor cuota de bienestar posible.

El origen histórico del concepto demuestra el predominio del criterio utilitarista. Aunque en rigor todos los territorios de las Indias fueron en sus orígenes “bienes públicos de la Corona de Castilla”¹⁶, el Estado colonial -como manera de facilitar el arraigo de los primeros pobladores en comarcas lejanas y hostiles- les entregó tierras en propiedad y les aseguró la utilización de los denominados “bienes del común” (aguas, pastos, bosques y frutos silvestres)¹⁷.

Como consecuencia de esa impronta teleológica, para que un bien sea considerado como perteneciente al dominio público es necesario que el mismo se encuentre afectado a la atención de intereses comunitarios en forma real y efectiva¹⁸, debe reconocer finalidades sociales. Este objetivo es el que explica y justifica la existencia de un estatuto jurídico especial.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene decidido que “el dominio público es el ejercicio del derecho de todos y para todos; representa algo más que el ejercicio de un derecho particular, por eso el régimen y el sistema normativo deben ser distintos al de propiedad particular. Como señala Fiorini, los bienes estatales se miden por sus fines, no por su valor económico... El régimen de los bienes del dominio público es exclusivamente administrativo; tienen destino para el uso y utilidad pública, por eso son bienes públicos”¹⁹. Agregamos, por nuestra parte, que ese uso y goce común constituye un derecho colectivo o difuso establecido por el art. 237 del Código Civil y Comercial²⁰, amparado en forma genérica por el artículo 43 de la Carta Magna y de manera directa en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996) en tanto alude a los “espacios públicos de acceso libre y gratuito” y “garantiza su uso común”²¹.

De conformidad a lo establecido en el artículo 235 del CC y C, “Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

a. el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;

b. las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;

c. los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

d. las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

e. el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;

f. las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

g. los documentos oficiales del Estado;

h. las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos”.

¹⁶ Zorraquín Becú, Ricardo: *Historia del Derecho Argentino*, Perrot, 1ª edición, 1978, t. I pág. 109.

¹⁷ Zorraquín Becú, Ricardo: *La organización política argentina en el período hispánico*, Perrot, 3º edición, 1967, pág. 105. Algunos bienes del común merecían una atención especial como en el caso del agua custodiada y distribuida por los “Alcaldes del agua” designados anualmente por los cabildos (obra y autor citados pág. 343).

¹⁸ S.C.B.A., causa B-48.463, *Scheverin y otra c/ Municipalidad de Bahía Blanca*, 27.12.88, A y S 1988-IV-760.

¹⁹ Causa B-52.418, *Piccini*, 15.9.98, Ay S 1998-V-94.

²⁰ CCyC art. 237: “*Determinación y caracteres de las cosas del Estado*. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tiene su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236”.

²¹ Art. 27 inc. 3º.

3.1. Elementos

Se denomina “elementos” o “requisitos” a las cuatro condiciones que deben estar presentes (todas ellas) para que un bien pueda catalogarse como perteneciente al dominio público.

El elemento subjetivo alude al sujeto titular del dominio. El elemento objetivo proporciona respuesta al interrogante sobre qué cosas o bienes pueden integrarlo. El elemento teleológico señala la finalidad que justifica el régimen jurídico diferenciado de estos bienes. El elemento normativo es el que determina legalmente cuando una cosa o bien pertenece a esta categoría.

3.1.a) Elemento subjetivo

Los bienes dominiales no son res nullius. Por el contrario pertenecen a alguien. Está claro que no integran el patrimonio de los particulares. Tradicionalmente hay dos posturas. Algunos autores (Bielsa, Marienhoff) consideran que el titular del dominio público es el pueblo; y otros entienden que el dueño de tales bienes es el Estado (Villegas Basavilbaso, Diez).

El artículo 237 del CC y C, al aludir a “las cosas del Estado” y a “los bienes públicos del Estado” parece inclinarse por la tesis que asigna la titularidad al Estado, en sentido de persona jurídica pública, conforme la enumeración del artículo 146: el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios y las entidades autárquicas.

El artículo 238 refuerza esta interpretación al disponer que “los bienes que no son del Estado nacional, provincial o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas tengan derecho sobre ellos”.

3.1.b) Elemento objetivo

El objeto de los bienes públicos pueden ser cosas muebles e inmuebles, al igual que derechos y bienes inmateriales²².

Tratándose de un inmueble (por ejemplo una plaza) también pertenecen al dominio público el subsuelo y el espacio aéreo que lo cubre, al igual que sus muebles accesorios (árboles, flores, bancos, luminarias). El artículo 235 del CCyC enumera cantidad de inmuebles: mar territorial, bahías, ensenadas, puertos, ancladeros, playas, ríos, lagos, islas, calles, plazas, caminos canales, ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

Las cosas muebles del dominio público pueden ser los libros de una biblioteca pública, automotores como las ambulancias de un hospital estatal o semovientes como los animales para enseñanza en una facultad oficial de veterinaria. El artículo 235 menciona los documentos oficiales del Estado (inciso f) pero también alude a “cualquier obra pública construida para utilidad o comodidad común” (inciso e), que bien puede estar referida a un cosa mueble (objetos de museos, aeronaves y buques).

Un bien inmaterial puede revestir carácter demanial cuando pertenece al Estado y posee una relación intensa con la utilidad pública, como es el caso de una patente de elaboración de medicamentos; al igual que los derechos de propiedad intelectual de obras literarias o audiovisuales una vez vencidos los plazos legales que otorga la titularidad al autor o a sus herederos. Asimismo es considerado un bien público inmaterial el espacio aéreo que cubre el territorio del Estado²³.

3.1.c) Elemento teleológico

Se denomina también elemento “finalista” y hace referencia al destino de uso común que caracteriza a esta especie de bienes. Para que un cosa pertenezca al dominio público del Estado debe estar efectivamente (es decir de manera real y visible) afectada al uso de la población. Al mismo tiempo, si un bien que cumple ese destino resulta desafectado del mismo pierde la condición de dominio público y se transforma en dominio privado del Estado.

El art. 237 del CCyC de 2015, bajo el rótulo “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce”, establece: “Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. *Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales*”.

El uso de los bienes públicos puede ser directo como en el caso de las calles, plazas, caminos o puentes (vías de tránsito) o indirecto, como es el caso de las ambulancias de un hospital estatal o los libros de una biblioteca pública afectados a la prestación de los servicios públicos de salud y educación.

La fórmula amplia de la parte final del inciso “e) del artículo 235, en tanto incluye a “cualquier otra obra pública construida para *utilidad o comodidad* común”, permite incluir en la categoría de bienes del dominio

²² Marienhoff, Miguel S.: *Tratado...*, cit. T. V, pág. 99.

²³ Marienhoff, Miguel S.: *Tratado...*, cit. T. V, pág. 114.

público a aquellas cosas que, aunque no son utilizadas directamente por el pueblo revisten importancia para mejorar la calidad de vida de la gente y se vinculan con servicios públicos (estaciones de ferrocarril o microómnibus, parques recreativos, albergues y comedores sociales, etc.).

3.1.c) Elemento normativo

Para que un bien sea considerado del dominio público debe haber una norma que así lo disponga. "No hay bienes públicos naturales o por derecho natural. Su existencia depende de la voluntad del legislador... Es el Estado quien establece el carácter público de las cosas"²⁴.

En nuestro caso esa determinación aparece en el ya transcrito artículo 235 del Código Civil y Comercial e implica el sometimiento al régimen especial de derecho público (uso común, inenajenabilidad, ejercicio de la autotutela por parte del Fisco).

En algunos países todas las aguas pertenecen al dominio público y en otros algunas aguas son de propiedad de los particulares. Así ocurre en nuestro país en materia de lagos no navegables que son ajenos al dominio público y solo los que carecen de dueño integran el dominio privado del Estado conforme lo reglado en el art. 236 inc. "c" del Código unificado.

3.2. Caracteres

La doctrina clásica, de inspiración francesa, atribuye al dominio público las condiciones o elementos que acabamos de enunciar y tres caracteres: inenajenabilidad, inembargables e imprescriptibilidad que, entre nosotros, aparecen consagrados en el artículo 237 del CCyC: "Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles".

Aunque se trata de bienes extra commercium y por eso mismo deben permanecer en el patrimonio fiscal mientras no sean desafectados de su destino de uso común, los bienes del dominio público provincial y municipal pueden ser expropiados por el Estado Nacional (Ley 21.499, art. 4) y pueden ser objeto de permisos y concesiones de usos especiales (arts. 34, 37 y concs. del Cód. de Aguas de la Provincia de Buenos Aires).

3.3. Afectación y desafectación

Para que un bien quede sometido al régimen jurídico del dominio público debe verse afectado (destinado o consagrado) al uso de los habitantes. Es en este sentido que tanto la doctrina como la jurisprudencia han definido a la afectación como "el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad"²⁵.

La condición física del bien posee consecuencias sobre el medio de afectación que se requiere para que la cosa resulte efectivamente consagrada al uso colectivo y, por añadidura, adquiera la calidad de bien del dominio público. Si se trata de bienes naturales (las aguas del mar y sus playas, los ríos, sus cauces y riberas) la afectación se concreta ministerio legis desde el momento en que el legislador los incluye en la nómina de cosas dominiales (elemento normativo) como en el caso de los incisos "a", "b", "c" y "d" del artículo 235. Una vez categorizados como pertenecientes al dominio público estos bienes quedan afectados al uso y goce de los habitantes sin más trámite. Los bienes artificiales, por el contrario, además de poseer el elemento normativo en regla (v. gr. incisos "e" y "f" del art. 235) requieren de un hecho (inauguración material de un hospital o liberación de una ruta nueva al tránsito) o de una manifestación de voluntad estatal (dictado de un acto administrativo que señale que el hospital o la ruta ya se hallan habilitados por el uso de la población).

Como consecuencia de lo antes dicho, los bienes naturales legalmente calificados como demaniales pertenecen al dominio público desde su propia inclusión en la ley civil. Los bienes artificiales, en cambio, hasta que no se produce el hecho o el acto de efectiva consagración al uso común, se hallan en el patrimonio estatal pero en la condición de bienes del dominio privado del Estado. Los bienes públicos naturales "nacen" con calidad demanial por imperio de la ley, para los bienes públicos artificiales su enunciado en el CC y C no es suficiente.

La diferencia de régimen entre bienes del dominio público naturales y artificiales posee relevancia a la hora de determinar la autoridad competente para definir en cada caso concreto aquella condición.

²⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, t. V p.137.

²⁵ Marienhoff, Miguel S., obra citada, t. V p. 176; C.S.J.N., Fallos 182:375.

Tratándose de bienes naturales la inclusión en la categoría jurídica de dominio público aparecerá en la ley civil, cuyo dictado es potestad del Estado Central (artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional), que tiene a su cargo la calificación de las cosas en relación al sujeto titular de su dominio. En el caso de los bienes artificiales las autoridades provinciales juegan un rol esencial ya que a la presencia del elemento normativo aportado por el legislador nacional (por ejemplo incluyendo a las calles y plazas como bienes dominiales) debe sumarse el hecho o acto de concreta afectación al uso común. Así por ejemplo, mientras no se inaugure de hecho o no se dicte la ordenanza municipal respectiva no estaremos en presencia de una plaza sino de un terreno fiscal perteneciente al dominio privado del Estado (art. 236 inc. "a" del CC y C). La plaza estará librada al uso público mientras la tierra fiscal será un espacio vedado al ingreso de los particulares.

La distinción resulta esencial a poco que se recuerde que los bienes del dominio privado del Estado no gozan de la protección que adorna al dominio público y, en consecuencia, pueden ser enajenados, usucapidos y embargados por los acreedores del Fisco. En otras palabras: un bien artificial (un edificio destinado a futuro hospital, por ej.) mientras no haya sido efectivamente consagrado a la actividad vinculada a la salud pública (así sea mediante una ceremonia de inauguración) formará parte de la prenda común de los acreedores del Estado.

En cuanto respecta al concepto de desafectación, Marienhoff enseña que "desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados"²⁶. También se ha dicho que "la desafectación es el acto de salida de un bien del dominio público, dejando, en consecuencia, de estar protegido por el régimen de demanialidad. Su objetivo es realmente sustraer al bien del régimen exorbitante al que estaba sometido ya que estaba destinado a un uso o servicio público. La desafectación, por tanto, produce el cese de la demanialidad. La desafectación debería responder a un cambio de utilización del bien"²⁷.

Al igual que en el caso de la afectación la desafectación puede producirse por una manifestación de voluntad formal del Estado o por simples hechos. Los bienes del dominio público natural solo pueden desafectarse por ley formal del Congreso Nacional modificando el listado obrante en la ley civil. Los bienes artificiales, en cambio, pueden desafectarse por ley o acto administrativo nacional o provincial según a quien pertenezca la cosa o simples hechos de la naturaleza (destrucción de un edificio por un terremoto) o del propio Estado (cierre definitivo de una ruta).

El efecto jurídico de la desafectación no es otro que hacer que una cosa antes perteneciente al dominio público pase inicialmente al dominio privado del Estado y, llegado el caso, a integrar el patrimonio de un particular, sea por compraventa al Fisco o por usucapión. Cabe recordar en este sentido que los bienes del dominio privado del Estado son enajenables.

4. Usos del Dominio Público: Común y Especial

El antes citado art. 237 del Código unificado establece que las personas tienen el uso y goce de los bienes enumerados en el antes transcrito artículo 236. Se trata del uso común del que puede disfrutar cualquier persona por su sola condición de tal. Ese uso de los bienes públicos, al igual que el ejercicio de cualquier derecho, no es absoluto y debe ejercitarse conforme a las regulaciones vigentes. Cualquier persona se encuentra habilitada para caminar por la vereda o atravesar una plaza pero no debe abusar de ese derecho instalando un puesto de ventas de mercaderías o algún tipo de vivienda así sea transitoria. Todo habitante puede usar de las aguas para beber, bañarse o para esparcimiento, pero no es posible acapararla para usos intensos apartándose de las limitaciones impuestas por el Código de Aguas y por las ordenanzas municipales.

El transitar por aceras, calles, rutas y puentes es ejemplo del uso común del bien público. La instalación, más o menos permanente, de útiles y enseres destinados a una actividad lucrativa o a un uso diferente al tránsito, configura un uso especial que requiere un consentimiento específico de la autoridad competente. En otras palabras: toda persona detenta el derecho de uso común de los bienes públicos pero solo los permisionarios o concesionarios pueden realizar un uso especial.

Los usos comunes tienen por objeto satisfacer necesidades vitales como las vinculadas al uso del agua y a esa forma de ejercicio de la libertad representado por el tránsito por calles y rutas. Los usos especiales, en cambio, apuntan a facilitar el ejercicio del comercio y ampliar la esfera de acción económica de los individuos.

²⁶ Marienhoff, Miguel S., obra citada, t. V p. 206.

²⁷ Franch i Sagner, Marta, *Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos*, en de Reina Tartièrre, Gabriel (Coordinador), *Dominio público*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 221.

Ejemplos de usos especiales los constituyen la ocupación de la vereda con mesas y sillas de bares y restaurantes; la utilización de agua para riego o con fines industriales; la instalación de comercios (ventas de diarios, flores, alimentos) o prestaciones de servicios (alquiler de carpas y sombrillas) en dependencias del dominio público como aceras y playas.

4.1. Permiso de uso: Caracteres. Situación del permisionario

Tanto el permiso como la concesión constituyen medios para obtener derechos especiales de uso sobre bienes del dominio público.

El permiso es otorgado mediante acto administrativo (unilateral) y, salvo excepciones se otorga en forma precaria, es decir revocable en cualquier momento y sin otra causa como no sea la voluntad oficial de hacerlo. Esta condición lleva a que la técnica del permiso se emplee para situaciones en las cuales el interesado no debe efectuar inversiones importantes, reservándose la modalidad del contrato de concesión para los supuestos en los cuales el particular debe encarar erogaciones de cierta magnitud. Generalmente es gratuito, aunque en algún caso el Estado puede percibir una contraprestación dineraria.

Por lo general el permiso proviene de la autoridad municipal; así por ejemplo las autorizaciones para instalar puestos de ventas de flores o diarios en las aceras o en las plazas.

4.2. Concesión de uso: Caracteres. Situación del concesionario

La concesión de uso de un bien del dominio público es un contrato administrativo (las otras dos formas concesionales son el contrato de concesión de obra pública y el contrato de concesión de servicios públicos). Se trata de un contrato oneroso y sujeto a un plazo que suele ser extenso para permitir al concesionario la amortización de lo invertido.

El contrato de concesión se emplea, por ejemplo, en materia de uso especial de playas en la cual el interesado debe construir vestuarios, baños y otros tipos de comodidades para obtener el derecho de arrendar carpas y sombrillas. Además del precio de la concesión (canon) las inversiones en mampostería quedan definitivamente incorporadas al inmueble y al finalizar el plazo contractual benefician a la autoridad concedente. Si en lugar de la concesión se optara por emplear la técnica del permiso precario nadie se mostraría interesado debido al riesgo de una eventual revocación del permiso antes de la amortización de lo invertido.

4.3. Uso adquirido por prescripción

El elemento teleológico posee tal potencia que un bien del dominio de los particulares que se encuentre afectado de hecho al uso colectivo, se convierte al dominio estatal por efecto de la prescripción adquisitiva del dominio, esto es por el uso comunitario durante un lapso de tiempo importante que suele denominarse "inmemorial" y sobre cuya efectiva duración existe discrepancia entre los autores. Existe entonces una suerte de prescripción adquisitiva sobre el dominio privado de los particulares, que se verifica por el uso y goce colectivo, con el asentimiento de las autoridades y la pasividad del propietario²⁸. Así las cosas, el uso inmemorial o "vetustas" pueden hacer que la parte afectada de hecho al uso colectivo de un inmueble privado ingrese en el dominio público del Estado²⁹.

Es el caso de un camino (o senda de tránsito de cierta importancia), formado en un predio perteneciente a un particular que es utilizado por la gente desde tiempo inmemorial. En estos casos se parte del supuesto de que el uso público se realiza con el consentimiento de las autoridades, resultando irrelevante la conformidad del propietario. Presentándose las circunstancias apuntadas al Estado, simultáneamente, adquiere el dominio del camino y se produce la afectación al uso comunitario³⁰.

²⁸ Scotti, Edgardo, *Incorporación al dominio público por uso inmemorial*, E.D. 117-763.

²⁹ Cám. Civ. y Com. Iª, Sala IIIª La Plata, La Susana S.R.L., 23.12.1993, RSD 277/93.

³⁰ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, t. V. p. 199.

5. Tutela del Dominio Público y Tutela de los Usuarios

El Estado es titular de los bienes del dominio público y, como tal, dispone de los medios de tutela que amparan a la propiedad: acciones posesorias y acciones reales. Por tratarse de un derecho oponible erga omnes las técnicas de defensa de la propiedad pública son intensas y se suman a las prerrogativas que cabe reconocer al Estado en su condición de gestor del bien común.

La posibilidad de ejecutar sus propias decisiones (autotutela) constituye un poder relativo que resulta, como regla, procedente en esta materia. Si alguien entorpeciera el uso de la acera o realizara un campamento en una plaza, la Municipalidad en su calidad de titular del dominio público podría disponer y ejecutar por sí misma el desplazamiento de quienes impiden el uso común de la cosa.

En cuanto respecta a los usuarios su derecho de uso –trátase de usos comunes o especiales– constituye un derecho de incidencia colectiva de rango constitucional conforme lo prevenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Ese derecho de uso debe ser protegido, en primer término por la propia Administración recibiendo la denuncia o reclamo del afectado y actuando en consecuencia. Y en segundo lugar quien se viera impedido de usar los bienes públicos, sea por la acción de terceros o del propio Estado, contará con acción judicial para que el juez ordene el cese de la perturbación y, en su caso, disponga la compensación de los años y perjuicios. También resultará procedente la demanda de amparo conforme lo prevenido en el recordado artículo 43 de la Carta Magna.

En suma: tanto el habitante con derecho a uso común como el permisionario o concesionario de usos especiales poseen medios de tutela para ante la Administración (denuncias, reclamos, recursos) como por ante el Poder Judicial (demandas ordinarias, acción de amparo).

6. Dominio Privado del Estado. Diferenciación con el Dominio Público

Bajo el título de “Bienes del dominio privado del Estado”, el artículo 236 del Código unificado dispone que “pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

- a. los inmuebles que carecen de dueño;
- b. las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;
- c. los lagos no navegables que carecen de dueño;
- d. las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;
- e. los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título”.

¿Cuál es la naturaleza de los denominados bienes del “dominio privado del Estado”?

Según Bielsa³¹ mientras los bienes del dominio público quedan afectados al uso directo de la comunidad los pertenecientes al dominio privado del Estado, aunque apuntan también al bienestar general, solo son usados por el pueblo de manera indirecta o en forma mediata debido a que son utilizados por autoridades y empleados públicos.

6.1. Crítica

Cabe preguntarse si la señalada diversidad de grado en la atención del interés general resulta suficiente para diferenciar ontológicamente ambas categorías de propiedad estatal. Creemos que no. La distinción entre dominio público y dominio privado del Estado, además de forzada³², resulta anacrónica toda vez que se apoya en la superada teoría de su doble personalidad.

Las cosas del dominio privado del Estado y del dominio público participan de una misma naturaleza jurídica: se trata de bienes materiales o inmateriales que, en calidad de derechos reales, integran el activo patrimonial de su dueño: el Estado. Por eso hoy día corresponde aludir a “bienes estatales” y “dominio estatal” pues así como no hay actos jurídicos oficiales ni contratos estatales absolutamente privados que puedan considerarse en un cien por ciento ajenos al Derecho Público, tampoco existen bienes fiscales exclusivamente sujetos al régimen del derecho de propiedad privada establecido en el Código Civil y Comercial. En este sentido los inmuebles enumerados en el transcripto artículo 236 como parte del dominio

³¹ Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, 6ª edición, La Ley, Buenos Aires, 1954, t. III pág. 454 y sigs.

³² La frontera entre uno y otro tipo resulta borrosa. Hasta el propio Velez Sarsfield, en el Código Civil reemplazado en agosto de 2015 cometió errores: los “puentes” aparecen enunciados como pertenecientes a ambas categorías; y aunque no cabe duda que los muros y plazas de guerra, por su vinculación con la defensa nacional constituyen una obra pública de utilidad común, aparecen catalogados como bienes del dominio privado del Estado (arts. 2340 inc. 7º y 2342 inc. 4º).

privado del Estado, reconocen, respecto de sus similares ubicados en el artículo 235, una diferencia de matiz en su elemento teleológico. En estos últimos la utilidad para la comunidad resulta visible en su uso directo mientras que en aquellos la ventaja social aparece en forma indirecta o mediata.

En definitiva la amplísima expresión del inciso f del artículo 235, en tanto alude a toda obra de *utilidad o comodidad común*, permite incluir a todos los bienes del dominio privado del Estado adquiridos por cualquier título (art. 236 inc. “e”) ya que, en mayor o menor medida, su titularidad oficial se justifica en el único supuesto de reunir esa calidad. Los bienes innecesarios para la atención del bienestar general no deben permanecer en el patrimonio oficial y, como quien mira las dos caras de una misma moneda, si nos encontramos con bienes que pertenecen al Fisco por ello solo cabe presumir su vinculación con el interés general y excluirlos del régimen jurídico de derecho privado. Así como el acto administrativo no resulta asimilable al acto jurídico, ni el contrato administrativo se identifica con el contrato civil o comercial, el dominio estatal (incluyendo el dominio privado del Estado) nunca será idéntico a la propiedad de los particulares. Al igual que el poder de policía, el fomento y otras instituciones propias de nuestra materia el dominio estatal reconoce un tratamiento legislativo diferenciado y se encuentra influenciado por concretos principios de derecho público. En todos los casos nos hallamos ante instrumentos o herramientas de la gestión del bien común.

La utilidad pública está presente tanto en un edificio estatal destinado a hospital provincial (que no ofrece dudas respecto de su condición de bien del dominio público) como en la vivienda propiedad del Fisco asignada en uso al director del nosocomio (considerada dominio privado del Estado). En los dos casos interesa al bien común que ambos edificios tengan un régimen especial pues si bien el hospital atiende de manera inmediata al servicio público de salud (utilidad comunitaria directa), no es menos cierto que la circunstancia de que su máxima autoridad viva en sus inmediaciones hace presumir una mejor atención del servicio (utilidad indirecta).

6.2. Posibilidad de unificar el régimen de los bienes estatales

Lo que en realidad ocurre es que determinados bienes estatales, por su directa vinculación con la utilidad común gozan de una mayor protección (y se los llama “dominio público”) mientras otros, alejados de aquella finalidad, reconocen un régimen público más relajado y –por ello mismo- semejante al de la propiedad de los particulares (y son denominados “dominio privado del Estado”). En definitiva lo que interesa no es el nombre sino el nivel de protección que el derecho positivo les otorgue. La Corte Nacional ha decidido que, “a los efectos de la prescripción adquisitiva, el tribunal debe examinar en las constancias de la causa si el bien que se pretende usucapir pertenece al dominio privado del Estado y no al dominio público, pues constituye una distinción necesaria para determinar la posibilidad de que aquel pueda ser adquirido por prescripción”³³. Las “constancias de la causa” permitirán establecer el grado de afectación al uso público de la cosa a usucapir. Si ese vínculo es intenso y directo (en cuyo caso estaremos ante un bien del dominio público) se protege la cosa impidiendo que ingrese al patrimonio de un particular. Si el inmueble poseído con intención de usucapir no satisface una necesidad comunitaria concreta e inmediata nada impide que sea adquirido por prescripción ya que con ello no se ocasiona demérito alguno al interés general. La plaza municipal es imprescriptible la hectárea de terreno, también propiedad de la comuna, puede ser usucapida.

En definitiva habrá tantas clases, categorías o grados de dominio estatal como intensa sea su necesidad de protección legal en base un régimen diferente al que rige la propiedad privada, circunstancia advertida y anticipada por Fiorini al expresar que “no existe una sola clase de dominio estatal; hay varios reglados por distintos regímenes, *que no se distinguen simplemente en públicos y privados*”³⁴, diferenciando los bienes estatales de uso común, de aquellos de uso limitado para un objeto público determinado y sumando los bienes que sirven para la actividad interna de la Administración³⁵.

6.3. Bienes colectivos

A partir del extraordinario desarrollo del Derecho Ambiental a mediados de la década de 1970, germinó la idea de la existencia de bienes colectivos, es decir una categoría semejante a los bienes del dominio público –en tanto satisfacen requerimientos ciudadanos de gran trascendencia- pero que no pertenecen en

³³ C.S.J.N., *Gauna*, 23.5.00, La Ley 2000-E-474.

³⁴ Fiorini, Bartolomé A.: *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, t. II, pág. 942.

³⁵ *Idem*, pág. 944.

propiedad al Estado sino a la totalidad de los habitantes de una nación o todavía más: a la humanidad en su conjunto.

Algunos de esos bienes no son susceptibles de apropiación, ni privada ni pública, como es el caso del aire. Otros, que entre nosotros califican como pertenecientes al dominio público se postulan como propiedad del colectivo universal. Es el caso del agua a la que se propone “desestatizar” lo que “supondría la transferencia de los derechos de propiedad y los poderes de gestión a las comunidades locales (en especial a los pueblos)”³⁶, en razón de que “el agua es un elemento natural de características tan particulares que no puede ser forzada a entrar en las categorías (jurídicas) preexistentes”³⁷.

En cualquier caso resulta indiscutible el deber del Estado de asegurar la provisión de agua potable a todos los habitantes, impidiendo que se menoscabe el disfrute de ese derecho esencial³⁸.

También suelen calificarse de “bienes colectivos” las cosas de alto contenido espiritual o afectivo como son los monumentos históricos o las obras de arte emplazadas en la vía pública que por su significado pertenecerían a todos los ciudadanos en su conjunto más allá de que alguna repartición oficial (el municipio, por ejemplo) tenga a su cargo el cuidado y conservación.

7. Dominio y Jurisdicción

El concepto de “*dominio*” responde al interrogante sobre quién es el dueño de la cosa. Nos impone preguntarnos ¿a quién pertenece?, ¿quién es su propietario? “*Jurisdicción*”, en cambio, es un término que alude a la potestad regulatoria, fiscalizadora y sancionatoria del Estado sobre un determinado bien.

El dominio es un derecho real administrativo. La jurisdicción una forma de manifestación del poder de policía. Resulta tradicional señalar que “el dominio se ejerce sobre las cosas. La jurisdicción sobre las relaciones” Habitualmente el dominio y la jurisdicción coinciden en un mismo ámbito estatal. El dueño o propietario es quien lo regula y en caso de duda cabe presumir que se suman en una misma persona pública pues, en última instancia, la jurisdicción constituye una materia no delegada por los Estados locales al Poder Central (art. 121 de la Constitución Nacional). Sin embargo, excepcionalmente, puede ocurrir que la propiedad (dominio) corresponda a una provincia, a una municipalidad o a una entidad con personería jurídica pública local, y la potestad reguladora y fiscalizadora (jurisdicción) haya sido constitucionalmente asignada al Estado Federal. En estos casos, la doctrina iuspublicista y los tribunales se enfrentan al esencial problema de hacer conciliar el dominio local con la jurisdicción del Poder Central.

La calificación de determinados bienes como dominiales constituye una atribución delegada por las provincias a la Nación ya que corresponde incluir la materia en el Código Civil y Comercial, cuya Sección Segunda (del Libro Primero, Parte General, Título III, Bienes), se denomina precisamente “Bienes con relación a las personas”. La regulación del uso, en cambio, corresponde al orden local (provincial y municipal). Así por ejemplo, el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.257, B.O. 9.2.99), ratifica el principio del uso común de art. 237 del CC y C aportando sus propias limitaciones³⁹ y las innumerables ordenanzas municipales ponen condiciones al uso de la vía pública (estacionamiento, velocidad de automotores, mantenimiento y limpieza de aceras, cuidado de los espacios verdes, etc.).

A excepción hecha de aquellos lugares cedidos o vendidos a la Nación el dominio de las cosas situadas en los territorios provinciales es siempre local. Esta calidad surge de la propia Constitución Nacional: las provincias preexisten a la Nación, conservan todo el poder no delegado y no han cedido al Estado Federal sus propiedades. Esta regla que hoy nos resulta obvia no siempre lo fue. Basta recordar al efecto el célebre debate entre Bartolomé Mitre y Dalmacio Vélez Sarsfield en el Senado de la Nación (año 1869), donde el codificador abogó por la propiedad nacional de los ríos interprovinciales. La tesis opuesta, defendida por Mitre, fue la que más tarde convalidaría la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las calles, las veredas, las plazas, las vías de tránsito, las playas, los cursos de agua, el mar territorial serán municipales o provinciales según lo determinen las constituciones, leyes y ordenanzas de las 23 provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El artículo 1º del Decreto Ley bonaerense 9533/80 establece que “constituyen bienes del dominio público municipal las calles o espacios circulatorios,

³⁶ Petrella, Ricardo, *El manifiesto del agua*, Icaria-Intermón Oxfam, Barcelona, 2002, p. 32. El “Manifiesto” postula considerar al agua “*un patrimonio mundial común y vital*” (Íd. p. 129).

³⁷ Pastorino, Leonardo F., *El agua y las categorías jurídicas*, en Pastorino, Leonardo (Director), *El Agua*, Ediciones Cooperativas-UNLP, Buenos Aires, 2009, p. 19.

³⁸ Cenicacelaya, María de las Nieves, *El derecho al agua. Un derecho humano transversal*, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2012, p. 121 y sigs.

³⁹ Ley 12.257, art. 25: “*Toda persona podrá usar el agua pública a título gratuito y conforme a los reglamentos generales, para satisfacer necesidades domésticas de bebida e higiene, transporte gratuito de personas o cosas, pesca deportiva y esparcimiento sin ingresar en inmueble ajeno. No deberá contaminar el medio ambiente ni perjudicar igual derecho de terceros*”.

ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieren incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta ley y los inmuebles que en el futuro se constituyan para tales destinos”.

Resulta interesante analizar la evolución sufrida por el derecho público provincial en esta materia debido a que, como reacción a los avances del Poder Central –sobre todo en lo relativo a hidrocarburos a partir de la sanción de la Ley 17.319-, las constituciones provinciales reivindicaron el carácter local de la propiedad de un tipo de bienes esenciales para el desarrollo: sus recursos naturales⁴⁰. A partir de la reforma constitucional de 1994 se sumó a la postura provincial un argumento apoyado en un texto expreso: la parte final del art. 124 y aunque no todos los bienes estatales pueden catalogarse como “recursos naturales”⁴¹, ya que las vías de tránsito y las cosas muebles no lo son, consideramos que dicha norma debe asumirse como un principio general. Si “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” también les corresponderá el dominio de aquellos bienes que sin pertenecer a dicha categoría se relacionen claramente con la “utilidad o comodidad común” que caracteriza a la dominialidad según el inciso “e” del artículo 235 del Código unificado. Este criterio aparece apuntalado por la cláusula de reserva del artículo 121 de la Cata Magna.

En síntesis: los recursos naturales corresponden a las provincias por expresa disposición del artículo 124 de la Constitución Nacional y los bienes de utilidad común de carácter artificial (camino, puentes, vías férreas, etc.), en principio, también deben ser considerados de propiedad de los Estados locales.

Desde luego que pertenecen al Estado Nacional, aunque se encuentren en territorio provincial, aquellas cosas muebles o inmuebles construidas o adquiridas con fondos federales, poseídas por autoridades nacionales o inscriptas a nombre de la Nación en los respectivos registros, al igual que las inmuebles ubicados en los ex – territorios nacionales y reservados para utilidad común como es el caso de los parques nacionales. Estos bienes están sometidos al poder de policía provincial y municipal con el alcance y las limitaciones que analizaremos en el numeral 5 de este mismo capítulo.

En materia de jurisdicción, el principio constitucional indica que su asignación al Estado Nacional debe ser expresa. En caso de silencio rige el antes recordado artículo 121 de la Carta Magna: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”.

Por regla general la jurisdicción se considera asignada al titular del dominio –es decir a las provincias o municipalidades-, pero existen circunstancias exógenas a la propiedad estatal misma que hacen que la potestad de regulación y fiscalización se separe de la propiedad y corresponda al Estado Nacional. La extraterritorialidad de algunos usos y, en general, el carácter excedente del mero interés local respecto del empleo del recurso, hace que la jurisdicción se separe del dominio. En estos casos la provincia o la municipalidad propietaria no posee potestad regulatoria y fiscalizadora o la tiene pero compartida con una autoridad nacional.

Un ejemplo clásico de distinción entre dominio local y jurisdicción federal es aquel relacionado con aquellos ríos navegables que atraviesan dos o más provincias. El régimen jurídico de estos bienes queda afectado por la llamada “cláusula del comercio” del artículo 75 inc. 13. Para unificar la legislación sobre navegación, coordinar su uso y evitar situaciones conflictivas entre las provincias atravesadas por el río, el constituyente asignó el poder jurisdiccional a la Nación. Cada provincia es condómina o copropietaria del río en su totalidad⁴² pero la jurisdicción –en materia de navegación- corresponde al Poder Central.

Reconocido que el comercio fluvial interprovincial o internacional es el fundamento de la potestad regulatoria y de contralor federal resulta claro que el Congreso Nacional podrá regular lo atinente al transporte de mercaderías y personas pero no podrá avanzar sobre otros aprovechamientos de los ríos cuya jurisdicción queda reservada a las provincias titulares del dominio, como por ejemplo todo lo relativo a los usos agropecuarios (riego) e industriales (extracción de agua y vertido de desechos), pesca deportiva, aprovechamiento de la flora y fauna. Corresponde hacer una digresión en aquellos aspectos que se vinculen con la defensa del entorno y la calidad de vida. La policía de la navegación (internacional e interprovincial) corresponde a la Nación mientras que la policía ambiental, corresponde a los Estados locales con la particularidad introducida por la reforma constitucional de 1994 que otorga al Estado Central

⁴⁰ V. gr. Constituciones de Córdoba (art. 68), Chubut (arts. 102 a 108) y Santa Cruz (art. 52).

⁴¹ Constituyen “recursos naturales” el suelo agrícola, la tierra urbana, el aire, el agua en sus diversas formas o estados, la fauna, la flora, el paisaje, los minerales y todas las formas de energía conocidas (eólica, solar, hidrocarburos, yacimientos fósiles, nuclear, etc.).

⁴² El principio de derecho internacional público del condominio de los Estados atravesados por el río, opuesto a la tesis del dominio pleno del segmento alojado en cada provincia, fue aplicado por la Corte Nacional en *La Pampa, Prov. de c/ Mendoza, Prov. de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos* (sent. del 3.12.87, Fallos 310:2478), afirmando “el carácter de recurso natural compartido” y consolidando la idea “de una participación equitativa y razonable” entre las provincias ubicadas aguas arriba y aguas abajo de su curso.

la potestad de fijar los niveles, estándares o “presupuestos mínimos de protección” de la calidad de las aguas (art. 41 C.N.)⁴³.

En el caso examinado, el dato determinante de la jurisdicción Federal es la condición interprovincial y navegable del río. Si el curso de agua interprovincial no es navegable el dominio y la jurisdicción se confunden y corresponden a las provincias que atraviesa. Si el río es navegable pero nace y muere dentro de un mismo estado local, el dominio y la jurisdicción corresponden a dicha provincia.

Como se comprende las situaciones conflictivas surgen cuando el reconocimiento de la potestad jurisdiccional acarrea consecuencias económicas sustantivas, como ocurre en materia de exploración y extracción de hidrocarburos en el litoral marítimo⁴⁴. El inciso “a” del artículo 235 del CC y C incluye entre los bienes públicos al mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, *sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua y la plataforma continental*. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo⁴⁵. A su turno la Ley 18.502 dispone que las provincias con litoral marítimo ejercen jurisdicción dentro del mar territorial, frente a sus costas, hasta una distancia de tres millas⁴⁶. A partir de esa distancia, hasta arribar a las 200 millas de soberanía argentina, la jurisdicción es exclusivamente del Estado Nacional.

Muchas veces la compleja trama llega al nivel constitucional local, por caso el artículo 81 de la Constitución de Tierra del Fuego en tanto establece que “son del dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible de la provincia el espacio aéreo, los recursos naturales, superficiales y subyacentes, renovables y no renovables y los contenidos en el mar adyacente y su lecho, *extendiendo su jurisdicción en materia de explotación económica hasta donde la República ejerce su jurisdicción*, inclusive los que hasta la fecha fueren administrados y regulados por el Estado Nacional⁴⁷. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que esta norma, en tanto se considere comprensiva de los yacimientos submarinos de hidrocarburos, contradice lo prevenido en los artículos 75 inc. 15 y 126 de la Carta Magna de las cuales extrae el principio de jurisdicción exclusivamente federal en el mar adyacente a partir de las 3 millas marinas, excepto en cuanto respecta a la actividad pesquera asignada a las provincias en toda esa extensión por la Ley 24.922 (1997)⁴⁸.

La solución se nos antoja contraria al régimen federal diseñado en la Constitución Nacional. Consideramos indudable que el mar territorial, es decir el mar adyacente a las costas, pertenece al dominio público de las provincias ribereñas en toda la extensión en que se reconoce internacionalmente la soberanía de nuestro país. Por añadidura todas las riquezas naturales allí ubicadas, incluyendo los yacimientos de hidrocarburos, pertenecen en propiedad a los Estados locales (arts. 121 y 124 in fine); sobre todo a partir de la sanción de la Ley 24.145 (1992), que terminó con la inconstitucional confiscación instrumentada mediante la vieja Ley de Hidrocarburos 17.319, cuyo art. 1º reza: “Transfiérese el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentren, *incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de 12 millas marinas...*”. Por aplicación de los principios generales que venimos señalando, en especial el principio de reserva del artículo 121 de la Constitución Nacional, entendemos que el régimen del mar territorial debe ser el siguiente: 1º) su dominio pertenece a las provincias costeras (Buenos Aires, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego); 2º) la jurisdicción nacional debe considerarse limitada a todo lo atinente a la defensa de nuestra soberanía y a

⁴³ Botassi, Carlos: *Poder de policía ambiental*, en VV.AA. *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, RAP, 2003, pág. 513.

⁴⁴ La importancia estratégica del asunto ha hecho que la Provincia de Buenos Aires, mediante el dictado de la Ley 13.294 (B.O. 27.1.05) dispusiera que todos los libros de textos y mapas que apruebe la Dirección General de Cultura y Educación incluyan “la especificación de los alcances y límites del ejercicio de la soberanía nacional sobre el espacio marítimo”, encomendando a la autoridad de aplicación “difundir la concientización de los actores del sistema educativo, acerca del valor estratégico del espacio territorial marítimo, *especialmente para la Provincia de Buenos Aires*” (arts. 1 y 2).

⁴⁵ Se denomina “zona contigua” al sector posterior al mar territorial, antes llamado “mar jurisdiccional”, donde el Estado (como sujeto del concierto de naciones) ya no posee el dominio de las aguas que se consideran internacionales pero se le reconoce un determinado poder de policía.

⁴⁶ La Tercera Conferencia Internacional sobre Derecho del Mar, celebrada en Montego Bay, Jamaica, a fines de 1982, dispuso en una convención suscripta por nuestro país en 1984, que “*todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas*”. A su turno la Ley 23.968 (1991) determinó la extensión del mar territorial en 12 millas, la de la zona contigua en otras 12 millas y la de la zona económica exclusiva en las 176 millas restantes para completar las 200 millas desde antiguo reclamadas como propias por la República Argentina.

⁴⁷ Más allá del defecto de técnica legislativa que alude en simultáneo a la “jurisdicción” provincial y a la “jurisdicción” nacional sin intentar diferenciarlas, nadie duda que en el segundo caso la norma se refiere a la jurisdicción que le compete al Estado Nacional en su calidad de país soberano y en función de los tratados internacionales vigentes. La intención del constituyente fueguino ha sido extender la jurisdicción “económica” de la Provincia a toda la extensión del mar territorial argentino colisionado con la normativa federal en la materia.

⁴⁸ Ley 24.922, art. 3: “*Son del dominio de las provincias con litoral marítimo y ejercerán esta jurisdicción para los fines de su exploración, explotación, conservación y administración, a través del marco federal que se establece en la presente ley, los recursos vivos que poblaren las aguas interiores y mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las 12 millas marinas...*”.

la navegación interprovincial e internacional (art. 75 inc. 13) y 3º) la regulación, control y sanción de actividades no vinculadas con la navegación compete exclusivamente a las provincias.

Otro ámbito donde la Constitución Nacional reformada en 1994 diferencia el dominio de la jurisdicción es en materia de establecimientos de utilidad nacional. El inciso 27 del artículo 67 del texto de 1853 otorgaba a la Nación la potestad legislativa exclusiva sobre estos inmuebles ubicados en territorio provincial pero “adquiridos” por la Nación o “cedidos” por las provincias⁴⁹. En la exégesis elemental de la norma el dominio y la jurisdicción quedaban confundidos en cabeza del Fisco Nacional.

La reforma de 1994 contempla el caso en el artículo 75 inc. 30 eliminando toda referencia a sitios o lugares “adquiridos o cedidos” y, simplemente, alude a “establecimientos de utilidad nacional”⁵⁰, reivindicando las atribuciones impositivas y de poder de policía de los estados locales en la medida en que no interfieran con los objetivos de interés general del bien en cuestión. La ausencia de toda referencia a lugares transmitidos por compra o cesión al Estado Nacional puede llevar a inferir que la jurisdicción nacional se aplica sobre bienes del dominio provincial en la medida en que estos resulten afectados a usos o funciones que excedan el mero interés local. Con sustento en el sistema federal de gobierno consideramos inviable semejante interpretación ya que toda norma o situación fáctica que conduzca a la separación de identidad entre el titular del dominio estatal y el poder jurisdiccional debe interpretarse restrictivamente. La regla general es que dominio y jurisdicción se confundan en una misma y única persona pública.

La regla establecida en el inciso 30 del artículo 75 debe considerarse aplicable a todo bien de propiedad del Estado Federal ubicado en territorio provincial. La finalidad de interés o utilidad pública nacional predomina y no debe ser interferida por la jurisdicción provincial o municipal pero ello no obsta al pleno ejercicio del poder de policía local en aquellas materias que le son propias: impuestos, tasas, habilitaciones, seguridad, higiene, etc., conforme se verá en el numeral que sigue.

Los caminos interjurisdiccionales, al igual que los ríos, pertenecen a las provincias que atraviesan, salvo que hayan sido construidos en terrenos expropiados por la Nación y costeados con fondos federales. Debido a que la circulación de mercaderías y personas entre diversos Estados locales constituye una cuestión que excede el interés local y se proyecta sobre el bienestar de la población en su conjunto, la Nación posee potestades reguladoras, de control y de sanción (jurisdicción). Rigen, una vez más, las reglas y principios que emanan de los artículos 75 inc. 13 y 126 de la Constitución Nacional.

Cuando una ruta o camino interprovincial resulta de propiedad del Estado Nacional el dominio y la jurisdicción se confunden y pertenecen a esa única persona pública. En ese sentido el artículo 3 de la Ley de Vialidad Nacional nº 13.504 dispone que “son carreteras nacionales aquellas que, construidas por la Nación con fondos propios, unen las provincias y territorios nacionales”⁵¹, las radiales a los puertos, las que den acceso a los grandes centros urbanos, a los países limítrofes y las que intercomunican a las ciudades importantes con los centros de producción”.

Tanto en relación a los caminos interprovinciales costeados por los Estados locales (propiedad de las provincias que atraviesan) como en las rutas recién referidas, la jurisdicción nacional abarca todo lo atinente al tránsito. La reglamentación y control de los restantes usos (instalación de estaciones de servicios, comercios de gastronomía, etc.) pertenecen a la autoridad local, es decir a las provincias y a las municipalidades. En este sentido mantiene su actualidad el artículo 29 de la citada Ley 13.504: “Los caminos nacionales, así como sus ensanches y obras anexas serán de propiedad exclusiva de la Nación, a cuyos efectos la Administración Nacional de Vialidad obtendrá la transferencia de los terrenos necesarios. *Este derecho de propiedad no afectará el poder de policía de las provincias y municipalidades dentro de sus respectivas jurisdicciones, en tanto no sea incompatible con el ejercicio de facultades exclusivas o concurrentes con la Nación*”.

La Corte Nacional, examinando los poderes tributarios de las autoridades locales, tiene decidido que en los caminos interprovinciales existe “una jurisdicción concurrente entre la Nación y las provincias”⁵² y en fecha reciente ratificó los poderes de policía locales “en tanto no interfieran con las finalidades que inspiraron al constituyente para establecer la jurisdicción federal sobre determinadas materias”⁵³.

⁴⁹ CN (1853), art. 67 inc. 27: “Corresponde al Congreso...ejercer una legislación exclusiva... sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional”.

⁵⁰ CN, art. 75 inc. 30: “Corresponde al congreso...dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

⁵¹ Luego de la provincialización de Tierra del Fuego ya no existen territorios nacionales en nuestro país.

⁵² Causas *Supercemento S.A.*, 8.7.82, Fallos 304:995; *Esso S.A.*, 4.8.88, Fallos 311:1323.

⁵³ Causa *Operadores de Estaciones de Servicio*, en la cual se cuestionó la potestad municipal para habilitar estaciones de servicio instaladas en una Ruta Nacional (autopista La Plata - Buenos Aires) percibiendo las correlativas tasas de limpieza, seguridad e higiene; publicada en RAP, Buenos Aires, 238-118, con nota de Eduardo Mertehtikian en RAP 238-9.

Compatibilizar los intereses de las provincias entre sí y de estas con la Nación no es tarea sencilla. Lograrlo exige negociaciones y acuerdos permanentes. Existen al menos dos supuestos en los cuales sin una sincera voluntad de concertación se infiere un daño mayúsculo al interés nacional: 1º) el manejo de aquellos bienes de propiedad de los Estados locales que constituyen fuentes de energía (petróleo, gas, aguas en torrente) y 2º) la regulación y control de las cosas relacionadas estrechamente con la prestación de servicios públicos esenciales (aguas para potabilizar, vías de tránsito).

En el recordado caso “La Pampa contra Provincia de Mendoza sobre acción posesoria de aguas y regulación de usos”, sentenciado el 3 de diciembre de 1987 y publicado en Fallos 310:2487, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló pautas concretas que deberían constituirse en guías de conducta para las autoridades locales y centrales: a) una cuenca hidrográfica es siempre una unidad más allá de los Estados locales que involucra y “esa noción de unidad adquiere relevancia jurídica con un sentido funcional”; b) el principio de Derecho Internacional Público de la “utilización equitativa” debe aplicarse en el derecho interno sobre la base de la cooperación y la buena fe; c) en materia de recursos naturales compartidos la cooperación entre las provincias debe lograrse a través de negociaciones y acuerdos que “precisen cuál es la participación equitativa y razonable a que tiene derecho cada Estado” y “los mecanismos adecuados para la administración y gestión del curso de agua”.

En el último párrafo aparecen reflejadas la idea de dominio (o mejor dicho de “condómino” del recurso propiciándose un reparto equitativo y razonable) y de jurisdicción (promoviéndose una regulación y administración común). De allí que el Alto Tribunal concluya afirmando que “exhorta a las provincias de La Pampa y Mendoza a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos de las aguas del Río Atuel”. Esta línea de pensamiento ha sido acogida en el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires en tanto dispone que, cuando se proyecte una obra que pueda afectar a otra provincia deberá consultarse previamente al Poder Ejecutivo de la misma “sobre el proyecto de la obra, el programa de operación y los efectos que pueda producir en ella” (art. 9).

La unión indisoluble de las provincias conformando una Nación con igual origen y común destino reclama grandeza de fines y de medios. El federalismo de concertación coordinado por las autoridades federales pero con amplia y sincera participación local es el único camino, tanto en materia de dominio estatal como en cualquier otra en el que se encuentre involucrado el interés público.

8. Bibliografía

- Bielsa, R. (1954). *Derecho Administrativo* Tº III. Buenos Aires: La Ley, sexta edición.
- Botassi, C. A. (2006). “Dominio y jurisdicción. Competencia Nacional, Provincial y Municipal” en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Editora Platense.
- Cenicacelaya, M. (2012). *El derecho al agua. Un derecho humano transversal*. Buenos Aires: Ediciones Cooperativistas.
- Cohen, F. S. (1962). *El método funcional en Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Diez, M. M. (1969). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Omeba.
- Fanelli Evans, G (2003). “La necesidad de recrear confianza y los derechos reales administrativos”, LL 2003-C, pág.1263.
- Fiorini, B. (1968) *Manual de Derecho Administrativo*, T.II. Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. L. –Director- (2014), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Marienhoff, M. S. (1960). *Tratado del dominio público*. Buenos Aires: TEA.
- Marienhoff, M. S. (1988). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº V. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma.
- Meilan Gil, J. L. (1998). “El dominio público natural: una equívoca categoría jurídica”, en Cassagne J.C. (director). *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al Profesor Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pastorino, L. F. –Director- (2009). *El Agua*. La Plata: Ediciones Cooperativistas-UNLP.
- Petrella, R. (2002). *El Manifiesto del Agua*. Barcelona: Icaria-Intermón Oxfam.
- Revidatti, G. A. (1991). *Derechos reales administrativos*. Corrientes: Editorial Paralelo 28.
- Rivera J. C. y Medina G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Sainz Moreno F. “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza”, *Revista de Administración Pública, Revista Régimen de la Administración Pública (RAP)* n° 150, pág.479.
- Salomoni J. (2007). “Uso del dominio público”. Buenos Aires: Jornadas Universidad Austral del año 2007.

Scotti, E. "Incorporación al dominio público por uso inmemorial". Buenos Aires: ED 117- 763.

Soria, D. F. (2007). "Panorama de la protección del patrimonio de interés público", Jornadas de la Universidad Austral del año 2007.

Uslengui A. "Aspectos jurídicos de la preservación del patrimonio arquitectónico", Revista de Derecho Administrativo N° 7/8, pág.493.

Valiente Noailles, L. M. (1979). "Derecho real de servidumbre administrativa de electroducto", Buenos Aires: La Ley 1979-B-1036.

Villegas Basavilbaso, C (1952). *Derecho Administrativo*, T°IV. Buenos Aires: TEA.

Zorroaquín Becú, R. (1978). *Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires: Perrot.

CAPÍTULO 2

Limitaciones a la Propiedad Privada por Razones de Interés Público (1era parte)

Álvaro Bautista Flores y Ariel Bayón

1. El Artículo 1970 del Código Civil y Comercial

1.1. Las Limitaciones al dominio por razones de interés público. Conceptualización. Régimen aplicable

La consecución del bienestar de la comunidad, y la armonización de los intereses privados de los habitantes que la componen, con las exigencias emergentes del interés público, obligan al Estado -en carácter de gestor por antonomasia del bien común- a adoptar las regulaciones correspondientes en aras de compatibilizar posiciones que -a priori- resultarían contrapuestas.

El derecho constitucional de la propiedad, constituyó una de las principales conquistas de las Constituciones liberales que comenzaron a aflorar a finales del Siglo XVIII. Nuestro país, la Constitución Histórica de 1853-1860 receptó este derecho en los artículos 14 y 17 (los cuales, en las sucesivas reformas constitucionales –salvo la derogada de 1949- se mantuvieron indemnes).

El reconocimiento expreso del derecho de la propiedad, indispensable para el desarrollo de la personalidad humana, se encuentra sujeto -como toda especie de prerrogativa conforme a la relatividad de los derechos- a las reglamentaciones que el Estado considere necesarias (Art. 14 primera parte CN), respetando el estándar de razonabilidad que exige nuestro ordenamiento constitucional (Conf. Art. 28 CN).

En el contexto reseñado es donde se asientan las limitaciones al dominio (propiedad) por razones de interés público. Según Marienhoff, pueden ser definidas como “el conjunto de medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público o general, evitando, así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social”¹.

Por la materia en juego, al encontrarse comprometidas las potestades estatales en función de las requisitorias colectivas –trascendiendo los meros intereses particulares- su regulación le compete preponderantemente al derecho administrativo

Al referirnos al anclaje constitucional de las limitaciones impuestas al dominio por cuestiones de interés público, es menester precisar, dentro de las estructuras de poder características de la forma de Estado Federal que adoptó la República Argentina, quien se hayan legitimados para imponer este tipo de medidas. Por resultar un instituto característico del derecho administrativo, la regulación le compete -por regla- a las jurisdicciones locales, es decir, a las Provincias, las Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Este razonamiento surge de la interpretación armónica y sistemática de los Arts. 121, 123, 126, y 129 de la CN.

En este marco introductorio, corresponde destacar que las limitaciones a la propiedad trasuntan un concepto genérico, dentro del cual quedan incluidas diversas especies, entre éstas las llamadas restricciones administrativas, las servidumbres administrativas, las requisiciones, el decomiso la ocupación

¹ MARIENHOFF, Miguel S. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo IV. Año 1998. Parágrafo 1236.

temporánea, y la expropiación². Como lo contemplaremos en los próximos puntos, las distinciones entre las clases de limitaciones estarán dadas fundamentalmente por el grado de intensidad con el que se manifiestan en la propiedad privada, afectando –según los casos- a algunos o a todos los caracteres inherentes al dominio.

1.2. La extensión actual del concepto “Interés Público”

A fin de posibilitar un análisis más profundo y global del tema que nos compete, es preciso que recordemos brevemente las nociones relativas a la finalidad propia y específica del Estado. Desde la antigüedad, principiando por la vasta obra de Aristóteles -posteriormente retomado por la Escolástica a través del pensamiento de Santo Tomás de Aquino- se ha extendido en forma universal, la idea del “bien común” de la sociedad. Éste, desde ese entonces, se ha erigido en el fin de la existencia y preservación del Estado.

En el seno de la noción del “bien común”³ propiciado por la sola existencia del Estado, se desprende y desarrolla el concepto de “interés público, el cual -como lo expondremos a continuación- ha sufrido una profunda evolución en los últimos tiempos.

El advenimiento del Estado de Derecho, fruto del proceso histórico-político denominado “Constitucionalismo”, representó sin lugar a dudas un punto de inflexión en lo concerniente a la interpretación de los alcances del interés público. La consagración y codificación de los derechos y garantías individuales -situándose en la cúspide la libertad, la propiedad y la seguridad-, restringieron en principio la extensión de la noción de interés público, la cual se hallaba circunscripta a la tutela de aquellos derechos. Esta ideología -acuñada desde Francia y el derecho continental europeo- fue la que se encontró presente en la redacción del Código Civil anterior.

Ante el desarrollo de las sociedades de masas, la creciente desigualdad y el surgimiento de nuevas problemáticas, se produce un cambio radical en relación a las funciones que debía asumir el Estado, Por tal motivo, para afrontar aquellas situaciones, desde los albores del siglo XX los diversos Estados comenzaron a reconocer los llamados derechos sociales (Constitucionalismo Social⁴), y a su vez, expandieron exponencialmente sus funciones, a través de la planificación y el dirigismo estatal. Esta coyuntura, generó un notorio ensanchamiento del concepto de interés público, para amalgamar las nuevas y crecientes necesidades de la sociedad, con el cúmulo de derechos y garantías individuales consolidados en la etapa anterior. Con algunos matices, estas nuevas tendencias fueron tenidas en cuenta al momento de llevar a cabo la reforma del Código de Vélez Sarsfield, por medio del Decreto-Ley 17711.

La aparición de los derechos de la solidaridad (tales como los derechos de consumidores y usuarios, al medio ambiente, etcétera), la jerarquización universal de los Tratados de Derechos Humanos, y la penetración del principio de juridicidad, también nos obligan a replantearnos los nuevos horizontes del interés público, sobre el cual reposa el desarrollo de la función administrativa⁵. En virtud de ello, se encuentra aún más reforzada, su obligación de procurar el interés general de la comunidad, el cuál va a tener como propósito resguardar los bienes y valores que favorecen el efectivo desarrollo moral y material de la comunidad, y de cada uno de los miembros que la componen⁶.

Bajo estas nuevas manifestaciones debe reinterpretarse éste trascendental concepto, la cual coincide -a nuestro juicio- íntegramente con la nueva impronta incorporada por el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC), y a su vez también cuenta con asidero en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia⁷.

² MARIENHOFF, Miguel. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Abeledo Perrot, Cuarta Edición. 1998. T° IV, pág. 22; VILLEGAS BASABILVASO, Benjamín “*Derecho Administrativo*”. Editorial Tipográfica editora Argentina. Año 1956. T° 6°, pág. 55; DIEZ, Manuel María “*Derecho Administrativo*” Bibliográfica Ameba. Año 1980. Pág 204.

³ Ampliar en, BARRA, Rodolfo “*Principios de Derecho Administrativo*”. Año 1980. Editorial Ábaco.

⁴ La segunda fase del constitucionalismo, es decir, el Constitucionalismo Social, tiene sus orígenes en las Constituciones de México (1917), de Weimar (1919) y Austria (1920).

⁵ SANMARTINO, Patricio M.E. “*Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho*”. REDA N° 81, Junio 2012, Página 731.

⁶ SANMARTINO, Patricio M.E. *op. cit.*

⁷ Al respecto, resulta oportuno recordar que el Alto Tribunal ha dicho que en materia de expropiación (la cual constituye la limitación al dominio en razón del interés público más absoluta) “supone un conflicto que se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés del particular” (Fallos 326:2329, *Agua y Energía Eléctrica S.E. c/ Montelpare, Gustavo s/ expropiación - incidente de desindexación*, del 08/07/2003). Asimismo, en otro pronunciamiento, ha entendido que la interpretación del interés público debe implicar “una relación de supremacía general presidida por razones de interés general de la comunidad” (Fallos 316:1335 *Cachau, Oscar José c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios*, del 16/06/1993).

1.3. El aporte del Artículo 1970 del Código Civil y Comercial

Las observaciones efectuadas en los puntos anteriores, nos permiten adentrarnos a la regla que fija el Código Civil y Comercial de la Nación, que como seguidamente se vislumbrará, es la que respeta el deslinde de competencias que emana del Ordenamiento Constitucional.

La contemplación de las limitaciones al dominio por razones de interés público se encuentra prevista en el Artículo 1970, ubicado en el capítulo 4° del Título III, el Libro Cuarto relativo a los Derechos Reales. El capítulo se titula "Limitaciones al Dominio", a diferencia de lo que acontecía en el Título V del Código Civil pretérito, el cual se denominaba "De las restricciones y límites del dominio". En este aspecto consideramos que la alusión "limitaciones" -que alude a un concepto de índole genérica-, comprende también a la categoría de las meras restricciones, justificándose de tal modo la desaparición del término "de las restricciones".

El Artículo 1970, se erige como la piedra angular para discernir las competencias y el régimen jurídico aplicable de las limitaciones al dominio privado por razones de interés público, guardando cierta similitud con el artículo 2611 del Código de Vélez Sarsfield. La norma referenciada, consagra lo siguiente: "ARTÍCULO 1970.- Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción. Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción".

La transcripción efectuada, nos permite extraer algunas conclusiones de relevante trascendencia. Se observa que el artículo mencionado, es encabezado con el título "Normas Administrativas", evidenciando una clara postura en torno a la naturaleza de estas limitaciones. En relación a ello, el nuevo texto afirma nuevamente que este tipo de cuestiones se encuentran regidas por el derecho administrativo.

Con el objeto de reforzar el carácter imperante de las normas de índole administrativas en materia de restricciones en aras del interés público⁸, el artículo incorpora dos aspectos de suma importancia para comprender la lógica del nuevo cuerpo normativo.

En tal sentido se consolida el carácter estrictamente local que reviste la regulación del aprovechamiento y uso de los inmuebles. Al prescribir que las prerrogativas en torno a la utilización de los bienes inmuebles deberán ser ejercidas de conformidad a las normas administrativas aplicables, se resaltan las extensas facultades con las que cuentan las provincias (y sus municipios), las cuales -como vimos anteriormente- poseen raigambre constitucional. Esta manda que estipula el nuevo Artículo 1970, es una oración incorporada por el proyecto elevado por el Poder Ejecutivo dado que no se hallaba presente en la redacción original.

En este orden de ideas consideramos que la intención que se desprende del nuevo texto, radica en delegar en forma excluyente a los gobiernos locales las prerrogativas atinentes a contemplar las coyunturas vernáculas que se susciten en sus jurisdicciones. En relación a ello, cada gobierno podrá adecuar el uso de sus inmuebles de conformidad a las necesidades que vayan surgiendo. Sobre este aspecto, volveremos próximamente

Otra novedad que presenta el principio general sobre las limitaciones como consecuencia del interés público, está representada por la agregación del segundo párrafo. Aquí la premisa que sienta el proyecto es fundamental para comprender el desarrollo de los demás artículos del Título IV, en virtud de que le otorga a estas normas el carácter de subsidiarias, es decir, que aquellas tendrán operatividad siempre y cuando las reglamentaciones administrativas no se ocupen de estas cuestiones. Por ello, entendemos que con esta adhesión han quedado aún más consolidadas las vastas prerrogativas con las que cuenta el derecho público provincial (más precisamente en lo concerniente al dictado de normas relativas al poder de policía y en materia urbanística).

Una interpretación correcta de esta norma -cuyo principio como ya dijimos se expande en el articulado posterior-, confirma que el Código Civil y Comercial no ha querido establecer una suerte de presupuestos mínimos⁹ para regular las limitaciones al dominio motivadas por el interés comunitario. A nuestro juicio, si hubiera existido tal intención, se habrían avasallado una de las manifestaciones más nítidas en torno a las autonomías provinciales y municipales.

En sintonía con lo expuesto con antelación, la expansión de la subsidiariedad de la aplicación del Código Civil y Comercial en materia de relaciones de vecindad -como una derivación de las limitaciones al dominio-

⁸ Con referencia a esto se ha dicho que la disposición del Art. 2611 tiene un hondo contenido social, y es la única que introduce el concepto de utilidad pública en como causa determinante de las restricciones al dominio privado en el Código Civil (Bergada Mugica, "Restricciones al Dominio Privado", citado por VILLEGAS BASABILVASO, Benjamín *op. cit.*, pág. 47.

⁹ Artículo 41 y 42 de la Constitución Nacional (vgr. Leyes 24240 y 25675).

se ve reflejada en la reglamentación de las luces y vistas (Conf. Arts. 1978 y 1979). Por ello podemos considerar que existe una propagación de las prerrogativas regulatorias de las entidades locales, debido a que, no solo abarcan las cuestiones destinadas a tutelar al público en general, sino también las atinentes a la protección de vecinos determinados.

En tal inteligencia, siguiendo la impronta que venimos reflejando, en materia de inmisiones y molestias ocasionadas por razones de vecindad, el texto del Artículo 1973 pone de manifiesto la intención del codificador respecto a las funciones de las autoridades administrativas. Esto trae como consecuencia, replantear la extensión del régimen de las limitaciones al dominio por razones de interés público, debido a que las derivaciones establecidas en el nuevo Código, aspiran –a nuestro juicio- a que las relaciones vecinales comiencen a regirse y resolverse a partir de regulaciones de índole administrativa.

2. Restricciones Administrativas

2.1. Concepto. Fundamentos

Las restricciones administrativas, como pudo contemplarse más arriba, componen una de las especies del género “limitaciones al dominio en razón del interés público”. Pueden conceptualizarse como aquellas regulaciones normativas impuestas por el Estado destinadas a restringir o limitar la extensión del derecho de propiedad del particular, en aras de armonizar su ejercicio con las exigencias que el interés público deba satisfacer.

El efecto típico de esta categoría de limitaciones consiste en la reducción del carácter “absoluto” del dominio. Por tal circunstancia, en una clara manifestación de la relatividad de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, la ejercitación del derecho de propiedad deberá adecuarse a las restricciones impuestas por los organismos estatales, en el ejercicio de la función administrativa. Constituyen una reglamentación del uso de la propiedad, el cual deberá ser configurado teniendo en miras la función social de la propiedad, a partir de la evolución practicada por los contornos del concepto de “interés Público”, tal como ha sido reseñado más arriba.

Las restricciones administrativas pueden manifestarse de diversas maneras, y por tal motivo, imponerse de forma disímil a los particulares afectados. A raíz de ello, se exteriorizan mediante la imposición de una obligación de dejar hacer o de tolerancia (Ej.: colocación de chapas para la numeración o el nombre de las calles, para estipular el sentido o dirección de las mismas o la numeración del inmueble); por conducto de una obligación de no hacer (Ej.: las contempladas en los Códigos de Edificación, que impiden la construcción de edificaciones a cierta altura en radios específicos); o mediante la carga de realizar obligaciones de hacer (Vgr.: cumplimiento de la normativa en materia de seguridad e higiene, o en cuestiones ambientales).

Los fundamentos de las restricciones son variados, y se encuentran íntimamente vinculados con las variaciones sufridas por el concepto lato de “interés público”, que se encuentra atado a las vicisitudes y transformaciones de las funciones del Estado. En tal entendimiento, clásicamente las restricciones se emparentaron con los alcances del “poder de policía”, y en la actualidad, como una de las manifestaciones típicas de la intervención administrativa. De acuerdo a ello, las motivaciones de las restricciones administrativas han respondido a razones de seguridad, de higiene, salubridad, moralidad, urbanismo (ornato, estética, etc.), cultura, tranquilidad, etcétera.

2.2. Régimen Jurídico. La consolidación de la regulación ius publicista.

Características

Como lo pusimos de relieve anteriormente, el régimen jurídico de las restricciones administrativas –como especie dentro de las limitaciones al dominio por causas de interés público- se rigen preponderantemente por normas del derecho administrativo. Desde antaño, el Máximo Tribunal Nacional categóricamente entendió que “La propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o privado, correspondiendo establecerlas primeras al derecho administrativo solamente” (Fallos 31:273).

La importancia que revisten en nuestros días las restricciones administrativas, se fundamenta en la utilidad que prestan para propender y consolidar la convivencia ordenada entre los distintos sectores de la comunidad. Esta afirmación, según nuestra postura, se encuentra corroborada con la técnica empleada en

el Código Civil y Comercial, el cual ha reafirmado el carácter *ius publicista* en lo que atañe a la regulación de restricciones al dominio que originariamente se consideraban inmersas en la esfera del derecho privado. Se advierte, una penetración del régimen característico del derecho público, en cuestiones que otrora se hallaban regidas íntegramente por el derecho privado. Con antelación a la vigencia del mencionado cuerpo normativo, vale decir que en la Provincia de Buenos Aires ya existían dos ordenamientos jurídicos que se encargan de legislar –entre otros aspectos- sobre cuestiones de vecindad; la ley 8031 de Faltas Provinciales y el Decreto-Ley 8871 atinente a Faltas Municipales (los cuales al día de la fecha gozan de plena vigencia). Dicha temática, ha merecido reconocimiento constitucional en esta provincia, aunque a casi 20 años de su entrada en vigencia continúa siendo una deuda su implementación.

Por otra parte, para comprender los alcances del régimen jurídico de la tipología de limitaciones al dominio bajo estudio, es necesario desentrañar cuáles son sus características inherentes. La doctrina clásica a nivel nacional¹⁰ le ha atribuido a las restricciones administrativas los siguientes caracteres:

Ilimitadas: Se tiene dicho que en principio resultan ilimitadas, atento a la profusa variedad de restricciones que el Estado impone a los fines de regular las condiciones del derecho de propiedad. Este extremo se justifica, por el ensanchamiento progresivo de la noción de “interés público”. Sin embargo, no deviene ocioso recordar que la creación y el establecimiento de las mismas deberán adecuarse al principio constitucional de razonabilidad.

Generales, actuales y permanentes: Debido a que las mismas son impuestas para todos los propietarios de una comunidad determinada, en base al principio constitucional de la igualdad. Por esta característica, las restricciones se erigen como una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad.

Ejecutorias: En virtud de que las mismas pueden ser aplicadas por la Administración en forma directa y por sí misma, como típica manifestación del régimen de derecho público al cual se hallan sometidas las limitaciones al dominio por cuestiones de interés público.

No indemnizables: Sobre este aspecto volveremos próximamente en los siguientes puntos.

Las apreciaciones efectuadas permiten vislumbrar que las características mencionadas refuerzan el régimen preponderante del Derecho Público (esencialmente local), sea cual fuere la causa o motivación por las cuales se impongan. Se erigen como un instrumento indispensable para el desarrollo y la organización de la comunidad.

Representan una técnica difundida y universalizada en materia de derecho urbanístico, que constituye una de las regulaciones típicas de los gobiernos municipales en nuestro país. En tal sentido, en la Provincia de Bs.As., el Decreto-Ley 8912/77 ofrece numerosas manifestaciones al respecto. El establecimiento de “zonificaciones”¹¹ en los Municipios, tendientes a regular y/o fomentar los usos y la disposición de los inmuebles representan un claro ejemplo de los aspectos que se vienen planteando hasta el momento. Asimismo, el Código Rural (Ley XXXX) y las disposiciones sobre el Catastro Territorial (Ley 10707) encarnan otros supuestos de restricciones administrativas. También corresponde mencionar a las restricciones incorporadas expresamente en la Legislación de Tránsito (Ley Nacional 24449 -Arts. 24/25-).

En suma, el Derecho Público –por conducto de las normas referenciadas como ejemplos- define el contenido normal de la propiedad desde su propio ámbito, sin recurrir –salvo en caso de ausencia de regulación local- al derecho privado.

Despejada la cuestión relativa a la jurisdicción encargada de regir a las restricciones administrativas, corresponde desentrañar bajo que modalidad normativa se crean este tipo de limitaciones. Existe consenso doctrinario y jurisprudencial respecto a que tanto por conducto de Leyes en sentido formal (Vgr.: emanadas por el Poder Legislativo; Ordenanzas Municipales) como de leyes en sentido material (Ej.: Reglamentos Autónomos, Reglamentos de Ejecución, etc.) pueden imponerse restricciones administrativas. Como bien lo ha expresado DIEZ, por erigirse como condición legal para el ejercicio del derecho de la propiedad, no necesitan ser establecidas por norma legal especial¹².

La penetración del derecho público en la contemplación de las regulaciones sobre el ejercicio del derecho constitucional de propiedad –tal como lo pusieramos en consideración anteriormente- quedó consolidada normativamente a partir de la entrada del Nuevo Código Civil.

En el contexto reseñado, el Código Civil y Comercial regula en el título VII del libro Cuarto atinente a los Derechos Reales se encarga de legislar los contornos de la figura de los denominados “Conjuntos

¹⁰ MARIENHOFF. Miguel S. *op., cit.*, Parágrafo 1257.; VILLEGAS BASABILVASO, Benjamín, *op., cit.*, pág. 66.

¹¹ Es una técnica que consiste en dividir las áreas urbanas en particular (y también las rurales), en zonas de acuerdo a sus características actuales y potenciales a fin de establecer los usos o actividades permitidas y los condicionantes que han de regir las mismas, en especial en cuanto a la subdivisión y edificación. Intenta asegurar, con la regulación uniforme por zonas o distritos, la higiene, confort y salud de la población, al mismo tiempo que se garantiza la posibilidad de optar por el sector adecuado al tipo de vida o actividad que se pretenda desarrollar (SCOTTI, Edgardo “*Legislación Urbanística*”. *Ordenada y Comentada*. Editorial Scotti. La Plata. Año 2000. Pág. 19.

¹² DIEZ, Manuel María *op., cit.*, pág. 167.

Inmobiliarios”, la cual se encuentra incluida dentro del *numerus clausus* del Art. 1887. Según Scotti¹³, pueden definirse como “el sector o distrito regido por un plano u ordenamiento urbanístico particularizado que se caracteriza por la existencia de múltiples inmuebles o unidades independientes, vinculados por un similar destino funcional, la existencia de sectores y servicios comunes, la constitución de relaciones jurídicas de carácter real y la creación de una entidad que agrupe a los propietarios y preste los servicios comunitarios”. Como característica saliente se puede decir que tienen una regulación bicéfala, dado que puede ser analizado tanto desde la óptica del derecho público como por la del derecho privado.

El fenómeno de esta nueva manifestación del derecho de propiedad aparece en nuestro país a finales de la década de 1970, alcanzando su pleno auge en los últimos años. Como no podía ser de otra manera, las vicisitudes que se fueron generando en torno a ellos y las cuestiones vinculadas a la autorización y funcionamiento de los mismos fueron absorbidas por el derecho público local. En este orden de ideas, cabe poner de resalto que la provincia de Buenos Aires fue pionera ya que en el año 1978 había comenzado embrionariamente a regular este asunto a través de los llamados “proyectos urbanísticos integrales”¹⁴.

El Art. 2073 se encarga de precisar el concepto y el alcance de la figura de los “Conjuntos Inmobiliarios”. Se entiende por esta categoría a “...los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales” (el subrayado nos pertenece).

Con la definición ensayada en el Código, queda en evidencia nuevamente la tendencia de este ordenamiento en lo concerniente a la confluencia de competencias con respecto a las normas de derecho administrativo que rigen a nivel provincial y municipal. Esto obedece a la situación que ha sido expuesta más arriba, en virtud de que han sido los ordenamientos locales los que se han ocupado primigeniamente de la materia. Ahondando en este punto, los Arts. 2075 y 2079 estipulan que lo relativo a las zonas autorizadas, localización, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos se regirán por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

En la provincia de Buenos Aires, existen una gran cantidad de normas que se encargan de regular los llamados conjuntos inmobiliarios, sin perjuicio de la categorización que ha hecho el Código. Más precisamente, encuentran una reglamentación autónoma -sin perjuicio de los principios generales consagrados en el Decreto-Ley 8912/1978-, los Clubes de Campo¹⁵, los Barrios Cerrados¹⁶, y los Parques Industriales¹⁷ en el ordenamiento jurídico bonaerense.

2.3. Régimen indemnizatorio. Su improcedencia

Conteste a las características abordadas *ut supra*, las restricciones administrativas, por constituir una condición inherente y natural al despliegue del derecho de propiedad, no dan lugar a indemnización. A estas conclusiones clásicamente se arribaron, debido a que la restricción no implica una disminución del derecho de propiedad, ni mucho menos un desmembramiento de la misma.

El anterior Art. 2611 del Código Vélez Sarsfield no se expedía acerca de este tópico, sin perjuicio del consenso mencionado acerca del carácter no indemnizable de las restricciones administrativas. Sin embargo, tanto la doctrina¹⁸ como la jurisprudencia¹⁹, han afirmado la exclusión de la procedencia de indemnizaciones a causa de las restricciones administrativas impuestas por el Estado.

La irrupción del nuevo Código Civil y Comercial, reforzó la idea acuñada en forma pacífica durante la vigencia del anterior ordenamiento. Textualmente el Artículo 1971 estatuye lo siguiente: “Daño no indemnizable. Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio”

La norma transcripta, nos permite plantear algunas reflexiones. Por un lado, la alusión “deberes impuestos” refleja la idea del legislador en torno a resaltar la naturaleza de las restricciones, atento a que –valga la redundancia- las mismas son ínsitas al ejercicio del derecho de propiedad. La restante observación,

¹³ SCOTTI, Eduardo. *Complejos Urbanísticos y urbanizaciones especiales*. ED 119-743.

¹⁴ SCOTTI, Edgardo. *Régimen de los barrios privados en la provincia de Buenos Aires*. RAP 1998-6.

¹⁵ Decreto 9406/1986 B.O. 19/1/1987.

¹⁶ Decreto 2568/1997 B.O. 15/8/1997 y Decreto 27/1998 B.O.2/2/1998.

¹⁷ Ley 13.744 (B.O. 9.11.2007).

¹⁸ BIELSA, Rafael “*Derecho Administrativo*” Ed. Depalma. Año 1956 T° IV pág. 324; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín “*Derecho Administrativo*” T° 6°, pág. 67; MARIENHOFF, Miguel “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Abeledo Perrot. Cuarta Edición 1987, pág. 62.

¹⁹ Fallos 306:2626.

tiene que ver con las aclaraciones que se efectúan acerca de la improcedencia de la indemnización a causa de las restricciones. Si bien este tipo de limitaciones al dominio, por sí mismas, no generan el deber de indemnizar al propietario, cuando la ejecución de las restricciones administrativas –por la actividad de dependientes de la Administración- ocasionaren perjuicios, los mismos deberán ser soportados por el Estado.

Por último, debemos resaltar que ciertos supuestos de restricciones –por su envergadura- distarían de ser considerados como una mera limitación al carácter absoluto del derecho real de dominio. En algunos casos, en contra de lo que hemos postulado en estas breves líneas, han excedido los parámetros razonables. Citando el ejemplo de la Provincia de Buenos Aires, el Dec-Ley 8912/77 incluye algunas restricciones al interés público que en los hechos, se erigen como verdaderas expropiaciones²⁰ (Vgr. cesiones de porciones de inmuebles en forma gratuita al Estado Municipal). A raíz de ello, consideramos que no obstante la regla de la no indemnización ante supuestos de restricciones administrativas, dicho carácter deberá ser interpretado con suma prudencia en los estrados judiciales, a fin de determinar la existencia o inexistencia de supuestos de expropiación irregular, tal como se verá en la próxima unidad.

3. Servidumbres Administrativas

3.1. Concepto. Nociones previas. Fundamento

Las servidumbres administrativas constituyen otra de las modalidades típicas de las limitaciones al dominio por razones de interés público.

Desde otra perspectiva, íntimamente vinculada con el desarrollo del tópico que nos convoca, la servidumbre administrativa también se erige como una especie dentro del esquema de los derechos reales administrativos, para el sector de la doctrina que postula la existencia de dicha categoría.

A partir de esta doble vertiente de análisis, podremos comenzar a desentrañar la noción y los alcances del instituto bajo estudio. Con carácter previo, adoptando la posición esgrimida por Villegas Basabilvaso²¹, cabe aclarar que la servidumbre debe ser entendida como una institución jurídica, y que por tal motivo, el concepto que se adopte no le pertenecerá exclusivamente al derecho privado o público.

Con este punto de partida, para la construcción de su concepto –por cuestiones históricas y pragmáticas- se ha recurrido a las soluciones propuestas por el derecho privado para abordar la noción de las servidumbres públicas. Esto ocurre debido a que el surgimiento de las servidumbres administrativas se da en un momento posterior a las servidumbres civiles, atento a que su nacimiento se encuentra vinculado con la propia evolución de la ciencia del derecho administrativo, junto con el progreso social y las necesidades de la comunidad. Anteriormente, los Arts. 2503 (ex numerus clausus) y 2970 y ss. del Código de Vélez Sarsfield desarrollaban el derecho real de servidumbre, los cuales sirvieron para perfilar la configuración de los extremos de las servidumbres administrativas. Actualmente, con la vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com., ha sido definido en el Art. 2162 a la servidumbre como “...el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo”.

No es ociosa ni meramente académica las menciones efectuadas respecto de la regulación de las servidumbres en la esfera del derecho civil. Las afinidades entre ambos tipos de institutos pueden avizorarse específicamente –por ejemplo- con la utilización de las distintas clasificaciones en materia de servidumbres (conforme a sus características), así como también en el contenido y los alcances de las obligaciones que engendra la constitución de servidumbres.

Si bien la definición consagrada en el derecho privado deviene útil para proporcionar la conceptualización de la servidumbre administrativa, aquella –por cuestiones ontológicas- no alude a la finalidad pública que se encuentra inexorablemente presente en este tipo de servidumbres.

Con sustento en las consideraciones que anteceden, entendemos que las servidumbres administrativas puede definirse como el derecho real administrativo constituido por el Estado lato sensu sobre un bien de dominio privado o público, con el objeto de que tal bien sea usado o destinado a servir al público.

²⁰ SCOTTI, Edgardo. *Legislación Urbanística de la Provincia de Buenos Aires. Ordenada y Comentada*. Ed. Scotti. Año 2000.

²¹ VILLEGAS BASABILVASO, Benjamín “*Derecho Administrativo*” T° 6°, pág. 150 y 155.

3.2. Fundamento. Características

Sin perjuicio de la afinidad existente entre las servidumbres públicas y las servidumbres regidas por el derecho privado, en el terreno de las características es donde es posible de contemplar con mayor nitidez las sustanciales divergencias entre ambos institutos.

Tal como se reseñara más arriba, la servidumbre administrativa -como todo instituto regulado por el derecho público- tiene como objetivo y finalidad, la satisfacción del interés público. Como pondremos de manifiesto al analizar las diversas clases de servidumbres reguladas en el ordenamiento jurídico nacional y provincial, el fundamento de éste tipo de limitaciones al dominio por razones de interés público radica en la necesidad de lograr el normal desenvolvimiento de los servicios públicos nacionales, provinciales o municipales (Ej.: electroducto, gasoducto, ferroviaria), posibilitar la concreción y fomentar el desarrollo de actividades declaradas de interés público (Vgr.: oleoducto), preservar la historia de los pueblos y su labor cultural (Ej.: Servidumbre de ruinas y yacimientos arqueológicos/paleontológicos; monumentos históricos), o para dar cumplimiento a funciones esenciales e indisponibles del Estado (como sucede en materia de servidumbres de protección de fronteras).

Al erigirse el "interés general" como el objeto de la servidumbres administrativas, en el ámbito del derecho público, no es teóricamente indispensable la existencia de un fundo "dominante", tal como si ocurre en el campo del derecho privado. A esta afirmación puede arribarse debido a que es la comunidad en su conjunto (sea en forma mediata o inmediata, de acuerdo a la finalidad específica comprometida) quien reviste la calidad de sujeto "dominante", sin que sea necesaria la individualización concreta del inmueble dominante. Es quizá en este punto donde se exteriorizan las diferencias sustanciales entre las servidumbres públicas y privadas.

Este tipo de servidumbres pueden recaer tanto en bienes de dominio público como de dominio privado, y asimismo, pueden constituirse sobre bienes inmuebles, muebles e inclusive bienes inmateriales, conforme al concepto lato del término propiedad acuñado en el derecho constitucional argentino.

Como advirtiéramos desde el inicio de este punto, las servidumbres conforman una de las limitaciones al dominio por razones de interés público. En este contexto, es imprescindible establecer los aspectos diferenciales con relación a las diversas modalidades que se analizarán en este capítulo y en el siguiente. La servidumbre administrativa comporta afectar el carácter exclusivo del dominio, limitando con intensidad el ejercicio de las prerrogativas de las que goza el propietario. Por lo tanto, al constituirse una servidumbre administrativa, no se extingue el derecho de propiedad, debido a que se verifica la coexistencia del uso del bien por parte del propietario y del titular de la servidumbre²². A esta solución, también es posible arribar recurriendo a la aplicación analógica de los Arts. 2180 y 2181 del Código Civil y Comercial.

La jurisprudencia de la CSJN ha sido categórica al respecto, señalando que "La constitución de una servidumbre administrativa importa para el propietario de la cosa la privación de parte de su derecho de propiedad y de su derecho de dominio, al ver afectada su exclusividad y, recíprocamente, conferir a la Administración Pública una atribución jurídica sobre la cosa. No obstante, el propietario conserva su calidad de tal y su derecho de dominio, así como la posesión de la cosa (art. 3039 del Código Civil²³) y, eventualmente, su uso en función del concreto objeto de la servidumbre"²⁴.

La alteración que se produce en la exclusividad inherente del derecho real de dominio, se manifiesta a partir del contenido y los alcances de las obligaciones impuestas en virtud de la constitución de la servidumbre pública que se trate. En tal entendimiento, las servidumbres administrativas pueden consistir respecto del titular de dominio en obligaciones de no hacer, de dejar hacer, e inclusive, en obligaciones de hacer. En relación a las dos primeras modalidades, ha existido un pleno consenso a nivel doctrinario, debido a que el comportamiento pasivo del titular del derecho de propiedad representa -en la gran mayoría de los supuestos- la actitud indispensable para contribuir con la satisfacción del interés público comprometido. Distinta ha sido la cuestión acerca de si las servidumbres administrativas implican la imposición de obligaciones de hacer. Invocando en el texto del Art. 3036 del anterior Código Civil, Villegas Basabilvaso²⁵ sostenía que la constitución de servidumbres administrativas no podía configurar la imposición de realizar determinadas acciones, debido a que son extrañas al contenido de la servidumbre.

En sentido contrario, Marienhoff²⁶ sostuvo que las obligaciones de hacer pueden ser impuestas en forma accesoria a las cargas principales que se desprenden de la consolidación de servidumbres, las cuales residen en la imposibilidad de interferir con la finalidad pública comprometida. El ordenamiento jurídico

²² POZO GOWLAND, Héctor "Servidumbres Administrativas", publicado en JA 2010-III, fascículo 13 pág. 77.

²³ Actual Artículo 2180.

²⁴ Fallos 330:5404.

²⁵ VILLEGAS BASABILVASO, Benjamín op., cit., pág. 182.

²⁶ MARIENHOFF, Miguel op., cit., n 1268.

pareciera adoptar este criterio, tal como lo veremos posteriormente al abordar los principales aspectos de las servidumbres de yacimientos arqueológicos y paleontológicos, y de monumentos históricos, al exigir labores de conservación en cabeza de los titulares de dominio.

3.3. Régimen Jurídico. Creación. Constitución

En nuestro ordenamiento jurídico, las servidumbres administrativas pueden ser creadas o impuestas tanto por la Nación como por las provincias. Ello depende de la ubicación del respectivo bien y de la finalidad a que responda la servidumbre²⁷, de acuerdo a la distribución de competencias establecidas en la Constitución Nacional, confrontadas a su vez, con el carácter preponderantemente local de las regulaciones del derecho administrativo. Como lo contemplaremos luego, si estamos en presencia de servicios públicos interjurisdiccionales (sustentados en la cláusula del comercio consagrada en el Art. 75 inc. 13 de la CN) la regulación, creación y constitución de servidumbres públicas será competencia exclusiva de la jurisdicción federal.

Encontrándose despejada esta cuestión, es menester precisar bajo cuales mecanismos jurídicos tienen lugar la creación de servidumbres públicas. Por la entidad e intensidad que revisten esta tipología de limitaciones al dominio, y de acuerdo a los alcances de la tutela del derecho de propiedad que dimana del sistema constitucional nacional y provincial, son las leyes en sentido formal el instrumento por antonomasia para determinar la creación de servidumbres administrativas. La exigencia de “ley previa” estipulada por nuestro ordenamiento constitucional, hace indispensable la necesidad de una ley emanada del Poder Legislativo nacional o provincial según el caso. El origen de todo tipo de servidumbre, siempre estará dado –en principio- por la existencia de una ley en sentido formal específica o general. Nos animamos a decir en principio, atento a que, en el caso de que los organismos administrativos correspondientes cuenten con la competencia específica para el caso, y cumplieren con el debido procedimiento previo, aquellos podrán celebrar contratos o convenios de naturaleza pública por conducto de los cuales se creen y constituyan servidumbres administrativas. Entendemos que esto será posible al no encontrarse vulnerada la protección al derecho de propiedad, por mediar la participación y el consentimiento del titular del dominio.

En este orden de ideas, habiendo reseñado las razones por las cuales consideramos que el origen y sustento de las servidumbres públicas tiene asidero en una ley en sentido formal, debemos indicar la forma en las cuales dichas servidumbres se hacen efectivas, es decir, como quedan constituidas. Los medios principales por los cuales opera la constitución de servidumbres administrativas son los siguientes:

Ley formal: Tal como advirtiéramos ut supra, al erigirse como un desmembramiento del derecho de propiedad, la exigencia de una ley de estas características deviene insoslayable para determinar la validez de la imposición de cualquier tipo de servidumbre pública. Podrá ser genérica (como es el caso de la Servidumbre de Electroducto), o ser efectuada a través de una ley particular, en la cual se constituya –por ejemplo- el fundo sirviente y sus alcances.

Acto administrativo fundado en Ley: Con sustento en la Ley formal genérica, las autoridades administrativas designadas en la ley sancionada (o en su reglamentación), serán las competentes para determinar la ubicación, los alcances, y demás aspectos de las servidumbres administrativas. El ENARGAS, el ENRE o el OCEBA (en Pcia. de Bs. As) se erigen como los órganos administrativos competentes para determinar la constitución de servidumbres de gasoducto o electroducto, a partir de los actos administrativos dictados a tales efectos. Las servidumbres con sustento en esta modalidad son denominadas usualmente como “servidumbre de origen o base legal”.

Por Contrato: Siguiendo el lineamiento esgrimido con anterioridad, la constitución de servidumbres administrativas (con o sin basamento legal previo) podrá tener cabida mediante la celebración de contratos de naturaleza pública entre el Estado y los titulares de dominio.

Por Acto de liberalidad: A partir de un testamento o donación, efectuada por el titular dominial.

Por Accesión: Tiene lugar cuando una servidumbre existente sobre un bien privado se hace pública porque la cosa en la cual se sirve se convierte en pública²⁸.

Por prescripción: Esta causal se erige –a nuestro juicio- como la modalidad más discutida en materia de constitución de servidumbres. En estos casos, la constitución se daría a partir del uso ininterrumpido de los beneficios derivados de la servidumbre por el lapso de veinte años o más. Para aquellos que postulan la admisión de este instituto jurídico señalan que si la legislación que las crea no veda dicha posibilidad, no existe razón alguna para negar a la prescripción como una modalidad válida para consolidar la constitución

²⁷ MARIENHOFF, Miguel S. “*Servidumbre de Electroducto. Su régimen jurídico*”, REDA Enero 1996, pág. 1/3.

²⁸ POZO GOWLAND, Héctor op. cit., pág. 79.

de las servidumbres administrativas²⁹. A mayor abundamiento, en caso de admitirse la viabilidad de esta forma de constitución, creemos que deberían aplicarse en forma analógica -a nivel federal- las disposiciones de la Ley 20396 (referida a la Usucapación Administrativa).

En cambio, para otro sector de la doctrina y la jurisprudencia³⁰, la usucapación con constituye un medio idóneo para configurar la constitución de servidumbres administrativas (siempre y cuando la legislación que disponga su creación no prevea lo contrario), debido a que, por la intensidad que reviste este tipo de limitación al dominio, únicamente su constitución sería posible por conducto de un acto administrativo fundado en ley, o por acuerdo o voluntad de las partes involucradas.

3.4. La indemnización en materia de servidumbres administrativas

El grado de intensidad que revisten las servidumbres administrativas, al alterar el carácter “exclusivo” del derecho real de dominio, generan -en principio- un sacrificio especial en el derecho de propiedad, el cual se encuentra ampliamente garantido por nuestro ordenamiento constitucional. Si bien el titular de dominio conserva las facultades inherentes al ejercicio del derecho de propiedad, al constituirse la servidumbre, y por añadidura, afectarse el bien para cumplir con la finalidad requerida, trae aparejado una privación del derecho mencionado.

La protección que recibe el derecho de propiedad tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial, justifica la procedencia –como regla general- de la indemnización en materia de servidumbres administrativas. Como ocurre con la expropiación (tal como lo veremos en el próximo capítulo) la pretensión indemnizatoria nacida a raíz de la imposición de este tipo de limitaciones al dominio constituye un típico ejemplo de responsabilidad extracontractual por actividad lícita, y por tales motivos, la extensión de los rubros que componen la indemnización se encontrará alcanzada –sin perjuicio de las críticas al respecto- por la llamada fuerza expansiva de la expropiación.

3.5. Clases de Servidumbres Administrativas. Aclaraciones preliminares

Luego de abordar los aspectos generales y las características comunes a las servidumbres administrativas, corresponde abocarnos sucintamente al desarrollo de las principales tipos de servidumbres reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe señalar que el abordaje a realizarse únicamente incluirá los aspectos legales y reglamentarios a nivel federal y bonaerense, atento a la finalidad que reviste la presente obra.

Por cuestiones propedéuticas, incluimos dentro de este acápite a ciertos institutos que por parte de cierta doctrina nacional no han sido considerados como servidumbres administrativas (Vgr. ferroviaria, aeronáutica, sirga). Al momento de efectuar su desarrollo, se efectuarán las observaciones pertinentes.

3.5.a) Servidumbre de Electroducto³¹

3.5.a-i) Objeto

La energía eléctrica, cuyo transporte y distribución han sido calificados como servicios públicos (Conf. Art. 3 Ley 15336; Art. 1 Ley 24065; Art. 2 Ley 11769 Pcia. de Bs. As.), constituye un elemento indispensable para posibilitar el desarrollo y sostenimiento de la sociedad, de la familia, y de los individuos que integran una comunidad determinada.

Para garantizar la regularidad y continuidad de los servicios públicos comprometidos, resulta imprescindible contar con la infraestructura física necesaria para cumplimentar con los cometidos asumidos. Es aquí donde comienza a advertirse la importancia de los electroductos, atento a que permiten que la energía fluya desde los centros de generación de energía hasta los de consumo.

²⁹ MORAN, Marcos “Constitución de servidumbres administrativas de electroducto por medio de prescripción adquisitiva o usucapación: Una cuestión no resuelta”, publicado en el Diario La Ley, Suplemento actualidad de fecha 26 de junio de 2012; Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo Sala III EDESUR S.A. c/ Consorcio de Propietarios Sarmiento 2992 s/ proc. de conocimiento, del 29/12/2010.

³⁰ GORDILLO, Agustín “Excepción -sin reconvenición- de usucapación de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo”, LL 1996-B-447; VIVOT, Hugo “El régimen federal de la servidumbre de electroducto. Una mirada crítica”, publicado en “El Derecho” periódicos de los días 3 y 4 de febrero de 2011.

³¹ Para un estudio pormenorizado del tema, ver POZO GOWLAND, Héctor “Servidumbre Administrativa de Electroducto”, en REDA N° 11, 1992; MARIENHOFF, Miguel S. “Servidumbre de Electroducto. Su régimen jurídico”, REDA Enero 1996, pág. 1 y ss; VALIENTE NOAILLES, Luis M (h) “Derecho Real de Servidumbre administrativa de electroducto”, LL 1979 B-1036.

La legislación vigente ha definido como Electroducto a “todo sistema de instalaciones, aparatos o mecanismos destinados a transmitir, transportar y transformar energía eléctrica” (Conf. Art. 2 Ley 19552; Art. 3 Ley 8398). Las características inherentes y particulares de la energía eléctrica (considerada como cosa en los términos del Art. 16 del Código Civil y Comercial) justifican la existencia de los electroductos, y a consecuencia de ello, el desarrollo de la servidumbre administrativa bajo tratamiento.

3.5.a-ii) Régimen Jurídico

El ordenamiento legal aplicable para la creación, constitución y afectación de servidumbres administrativas de electroducto –como lo adelantáramos ut supra- dependerá del lugar en el cual se encuentra situado el inmueble sujeto a gravamen, o por los intereses comprometidos en la prestación de los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica.

En tal inteligencia, el Decreto-Ley 19552 de Servidumbre Administrativa de Electroducto se encuentra destinado a regular la afectación y constitución de servidumbres que estén sujetas a jurisdicción nacional. De acuerdo a ello, conviene mencionar brevemente el marco regulatorio eléctrico federal a fin de desentrañar el ámbito de aplicación de la normativa mencionada.

Con asidero en la cláusula del comercio interjurisdiccional establecida en el actual Art. 75 inc. 13 de la CN, la Ley 15336 en su artículo 6º determinó los supuestos en los cuales, los servicios públicos referidos a la energía eléctrica quedaban englobados bajo la jurisdicción nacional³². Por su parte, la Ley 24065 –por la cual se estableció el marco regulatorio para la energía eléctrica-, y su Decreto reglamentario N° 1398/1992, complementan las disposiciones establecidas en el Dec-Ley 19552 y la Ley 15336. Asimismo, también devienen aplicables las Resoluciones emitidas por el ENRE, entre las cuales pueden destacarse la N° 589/2015 referida al cálculo de las indemnizaciones.

En la Provincia de Buenos Aires, para los supuestos que se encuentran excluidos de la competencia nacional, atento a la naturaleza pública que revisten este tipo de cuestiones, encontramos diversas normas destinadas a regular las actividades de generación, transporte y distribución de energía eléctrica en el territorio provincial. Vale decir que la Constitución Provincial reflejó desde antaño la importancia de esta temática, haciendo expresa mención del término “usina” al contemplar las potestades de los municipios bonaerenses (Conf. Art. 192 inc. 8). En este orden de ideas, la Ley 8398 se encarga de legislar sobre la Servidumbre Administrativa de Electroducto³³, y por otra parte -siguiendo la impronta establecida a nivel nacional- la Ley 11769 regula las cuestiones vinculadas con la generación, transporte y distribución de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires y sus Municipios.

3.5.a-iii) Sujetos Intervinientes

Para comprender el esquema bajo el cual se afectan y constituyen las servidumbres de electroducto, es indispensable discriminar los distintos sujetos que habrán de participar en los procedimientos administrativos correspondientes, y eventualmente, en los procesos contenciosos que se originen.

En primer término, debemos referirnos a los “Titulares de la Servidumbre Administrativa de Electroducto”, que son aquellos sujetos a favor de los cuales se constituye la servidumbre. En la práctica, será quien goce en forma directa de los beneficios que emanen de la constitución de la servidumbre, y asimismo, quien deberá cargar con los costos de la indemnización que resulte por el desmembramiento ocasionado.

Entre los regímenes de Nación y la Provincia de Buenos Aires, pueden advertirse algunas diferencias. A nivel federal, el Dec-Ley 19552, establece que los titulares de las servidumbres serán los concesionarios de subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía eléctrica, y distribuidores de energía eléctrica (Conf. Art. 1 Dec-Ley 19552; Arts. 7 y 9 Ley 24065). En suma, complementando las previsiones señaladas con anterioridad, únicamente podrán erigirse como titulares aquellos sujetos que revistan la calidad de concesionarios en los términos de la Ley 24065, de los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica (Conf. Art. 18 Ley 24065).

³² Art. 6º.- Declárase de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando: a) Se vinculen a la defensa nacional; b) Se destinen a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra o con el territorio de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur; c) Correspondan a un lugar sometido a la legislación exclusiva del Congreso Nacional; d) Se trate de aprovechamiento hidroeléctricos o mareomotores que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos; e) En cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión; f) Se vinculen con el comercio de energía eléctrica con una nación extranjera; g) Se trate de centrales de generación de energía eléctrica mediante la utilización o transformación de energía nuclear o atómica. Serán también de jurisdicción nacional los servicios públicos definidos en el primer párrafo del artículo 3 cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación.

³³ Ampliar en SALABERREN, Roberto “La servidumbre administrativa de electroducto y gasoducto en la Provincia de Buenos Aires”, JA-2002-II fascículo n. 1, pág. 44/55.

El régimen provincial, posibilita -además de los concesionarios de transporte y distribución de energía eléctrica- constituir servidumbres a favor del Estado Provincial y de los Municipios (Conf. Art. 1 Ley 8398; Art. 38 Ley 11769).

Estos sujetos, una vez efectuada la intervención de las autoridades administrativas, serán los encargados de realizar las anotaciones en los Registros de Propiedad del derecho real impuesto al inmueble del titular dominial (Conf. Art. 4 Dec-Ley 19552; Art. 5 Ley 8398).

La actual regulación del servicio público de transporte y distribución de energía eléctrica, nos obliga a efectuar unas breves consideraciones acerca de la función que cumplen el Órgano Concedente y los Organismos Administrativos de Regulación para la constitución de las servidumbres, debido a la falta de claridad que actualmente poseen la legislación nacional y provincial.

Las labores referidas a la traza del proyecto, el estudio de factibilidad técnico-económico-financiero, y la confección de los planos de la obra que tengan como objeto a los electroductos deberían ser realizados por el Órgano Concedente, es decir, el Ministerio de Energía y Minería (o el que en el futuro lo reemplace) a nivel nacional y la Dirección Provincial de Energía en la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, será atribución de los Organismos Reguladores (el ENRE y el OCEBA respectivamente) la autorización y/o aprobación de las servidumbres administrativas, de oficio a pedido de los titulares (Conf. Art. 4 Dec-Ley 19552 y 56 inc. i de la Ley 24065; Art. 30 Ley 8398; Art. 62 inc. m Ley 11769).

Con anterioridad, hicimos referencia a que uno de los modos bajo los cuales se efectivizan las servidumbres administrativas es a partir de actos administrativos fundados en Ley (servidumbre con base u origen legal). En tal inteligencia, en el procedimiento relativo a las servidumbres de electroducto, podemos discriminar nítidamente a dos tipos de actos. La afectación es el acto que origina y por el cual se establece la servidumbre administrativa y por el cual el titular de la misma puede exigir todos los derechos contemplados en la normativa vigente (Ej.: Art. 7 Ley 8398). El acto de aprobación, en los hechos, se encuentra configurado por las Resoluciones emitidas por el ENRE, o por el OCEBA (de acuerdo al procedimiento regulado por la Resolución N° 563/99 del Ex Ente Provincial de Energía Eléctrica). Por otra parte, la constitución de la servidumbre se consolida mediante el acuerdo entre el propietario del fundo y el titular de la servidumbre, o cuando se produce el dictado de la sentencia que fija la correspondiente indemnización.

Finalmente, encontramos a la figura del propietario, o titular del predio sometido a servidumbre. Este sujeto será aquel que reviste el carácter de titular registral del bien, de acuerdo a lo informado por el Registro de la Propiedad correspondiente. Ante el propietario, los titulares de la servidumbre deberán cursar las notificaciones de la afectación y constitución de la servidumbre (Conf. Arts. 5, 6 y 7 Dec-Ley 19552; Arts. 6 y 7 Ley 8398), y a su vez, como correlato de la comunicación cursada, revestirán la calidad de parte necesaria en los procedimientos administrativos o procesos contenciosos que se originen a consecuencia de la afectación autorizada por los entes competentes.

3.5.a.iv) Características

Del régimen normativo mencionado, podemos destacar que las servidumbres administrativas de electroducto poseen los siguientes caracteres: A) Son Continuas, debido a que su uso no requiere necesariamente de algún hecho actual del hombre; B) Aparentes, atento a se revela por conducto de signos exteriores (torres de transmisión, equipamientos, etc.); C) Son al mismo tiempo negativas y positivas, por cuanto el titular del predio afectado asume obligaciones de dejar hacer (Ej.: Art. 16 Dec-Ley 19552; Art. 30 Ley 8398), y de no hacer (Conf. Art. 17 Dec-Ley 19552; Arts. 9 y 31 Ley 8398).

3.5.a-5) Régimen indemnizatorio

La afectación realizada por las autoridades administrativas competentes en el predio del titular dominial, trae aparejada la obligación de indemnizar de forma justa y razonable el desmembramiento ocasionado, junto con los daños y perjuicios que en forma directa se generen. La jurisprudencia ha sostenido que para resarcir los sacrificios impuestos a causa de la imposición de servidumbres administrativas, son de aplicación los mismos fundamentos que dimanen del instituto expropiatorio (Conf. SCBA Ac. 57.047, "Villegas", sent. del 2-VII-1996; Ac. 62.357, "Provincia de Buenos Aires (E.S.E.B.A)", sent. del 12-VIII-1997).

Retomando las apreciaciones vertidas al momento de analizar la procedencia genérica de la indemnización cuando son impuestas servidumbres administrativas, para garantizar la adecuada protección al derecho de propiedad que exige el texto constitucional, la indemnización deberá ser previa. Para respetar esta exigencia, en los casos de no alcanzar a un acuerdo respecto del monto de la indemnización (o avenimiento aplicando por analogía el régimen expropiatorio), el titular de la servidumbre deberá efectuar la consignación judicial de la suma ofrecida (Conf. Art. 24 Ley 8398). Cabe señalar que, acertadamente, se ha criticado al texto del Dec-Ley 19552 al omitir regular el procedimiento que resguarde la garantía de la

indemnización previa, quedando al arbitrio del titular de la servidumbre y de los Organismos Administrativos la satisfacción de esta garantía constitucional³⁴.

En la actualidad, se encuentra obsoleta la polémica que generaba el anterior texto del Dec-Ley 19552, el cual preveía que la mera afectación de la servidumbre no generaba el derecho a ser indemnizado, y que por tal motivo, era imprescindible acreditar los perjuicios invocados (doctrina de Fallos 304:1606; 308:930; 311:809; 313:1469). El nuevo texto del Art. 9 de la normativa nacional pareciera inclinarse por la solución contraria, que asimismo, es la que guarda relación con la tutela del derecho de propiedad que incardina la CN.

La determinación de la indemnización se efectúa –preponderantemente- teniendo en consideración el valor de la tierra en condiciones óptimas, y la aplicación de coeficientes de restricción de acuerdo al grado de limitaciones impuestas por la servidumbre (Conf. Art. 9 Dec-Ley 19552; Art. 11 Ley 8398). En el orden nacional, recientemente se ha emitido la Resolución Conjunta N° 589 y 56 del 3 de diciembre de 2015 del ENRE y el Tribunal Nacional de Tasaciones (B.O. 22/12/2015), en virtud de la cual se estableció el cálculo de la valuación de las servidumbres de electroducto.

Por otra parte, la integración de la indemnización se efectúa distinguiendo entre el “precio” (por el ejercicio de la servidumbre y por el desmembramiento que afecta a la exclusividad del dominio) y los “daños” que se originen a causa de la imposición de la servidumbre, atento a que los mismos no se excluyen³⁵. Generalmente, el pago de la indemnización debida se efectúa en un único pago, sin que se encuentre hasta el momento reconocida la posibilidad de efectuar pagos periódicos (tal como sucede con la servidumbre de gasoducto).

Al igual que el régimen de la expropiación, la legislación nacional y provincial excluye el reconocimiento del lucro cesante (Conf. Art 9 in fine Dec-Ley 19552; Art. 11 Ley 8398). Asimismo, al resultar directamente aplicables los principios de la indemnización expropiatoria, el monto del resarcimiento no estará alcanzado por regímenes de consolidación (Conf. SCBA C. 62.357; y A 69793).

3.5.b) Servidumbre de Gasoducto³⁶

3.5.b-i) Objeto

La Servidumbre Administrativa de Gasoducto puede ser definida como el derecho real administrativo, por el cual el propietario de un inmueble particular o del dominio privado del Estado Nacional, Provincial o Municipal, se ve obligado, conforme lo establece la normativa de la Ley N° 24.076 y su reglamentación, a soportar en su propiedad el paso de un gasoducto o sus instalaciones complementarias, en virtud de la prestación del Servicio Público de Gas, y a respetar las restricciones al dominio que dichas instalaciones implican y que surgen de la reglamentación (Conf. Art 1 del Anexo I de la Resolución 3562/2015).

En sentido análogo respecto de lo explicado en materia de electroducto, la prestación del servicio público de gas necesita indefectiblemente de importas infraestructuras, en aras de no menoscabar la regularidad y continuidad del respectivo servicio. Conteste a ello, el traslado del fluido proveniente de las cuencas gasíferas (transporte de gas), hasta los puntos de consumo (distribución), para su óptimo desarrollo, necesitan de la imposición de restricciones al dominio y de la instalación de gasoductos para cumplir con las exigencias inherentes al servicio.

En este orden de ideas, la normativa vigente ha definido al gasoducto como “la cañería de transporte o distribución de gas que genere una servidumbre o una restricción al dominio, teniendo en cuenta la normativa técnica aplicable” (Conf. Art. 1 párr. tercero del Anexo I de la Resolución 3562/2015).

3.5.b-ii) Régimen Jurídico

En el orden federal –a diferencia de lo que acontece en materia de electroducto- no existía una regulación específica que se encargue puntualizar los aspectos fundamentales de este tipo de servidumbre. Para desentrañar su régimen, debíamos acudir e integrar una serie de leyes, decretos y resoluciones que a continuación mencionaremos.

La ley 24076 (Marco Regulatorio del Gas) estipula en su Art. 22 que los transportistas y distribuidores de gas goza de los derechos de servidumbres previstos en los Arts. 66 y 67 de la Ley 17319 (cuyos alcances analizaremos al momento de tratar las servidumbres de oleoducto). Cabe recordar, que según la normativa vigente, la actividad de transporte y distribución de gas es calificada como servicio público (Conf. Art. 1, 4 y cc. de la Ley 24076).

³⁴ VIVOT, Hugo “*El régimen federal de la servidumbre de electroducto. Una mirada crítica*”, publicado en “El Derecho” periódicos de los días 3 y 4 de febrero de 2011.

³⁵ MARIENHOFF, Miguel S. “*Servidumbre de Electroducto. Su régimen jurídico*”, REDA Enero 1996, pág. 1/3.

³⁶ Para un mayor desarrollo, ver MASSIMINO, Leandro F. “*Servidumbres Administrativas de Gasoducto*” LL 2009-D-1189.

Para dar cauce a los derechos contemplados en la normativa mencionada, se complementa con los Decretos 1738/1992 (reglamentario del Marco Regulatorio del Gas), 2255/1992 (Reglas Básicas de Distribución), 2256/1992 (Reglas Básicas de Transporte).

Recientemente, la Resolución ENARGAS 3562/2015 (B.O. 2/12/2015) aprobó la Reglamentación integral de afectaciones al dominio derivadas de instalaciones gasíferas, estableciendo las definiciones, características y procedimientos referidos a la servidumbre administrativa de gasoducto.

En otro orden de ideas, si bien la actividad gasífera –por regla- es de carácter nacional, la Provincia de Buenos Aires (mediante la Ley 10540)³⁷ y Córdoba (a través de la Ley 7252) han regulado sobre esta tipología de servidumbres.

3.5.b-iii) Sujetos Intervinientes

Los titulares de las servidumbres de gasoducto, tal como se desprende de la normativa mencionada, podrán ser los transportistas y distribuidores de gas. Las empresas que sean licenciatarias del servicio público de transporte o distribución, podrán instalar los gasoductos que resulten autorizados por el Ente Regulador en los inmuebles afectados por las trazas, y deberán inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente la limitación dominial efectuada. Como correlato de ello, serán los Titulares quienes deberán afrontar el costo de los daños que acarree la servidumbre, y el abono del canon fijado.

Los titulares de dominio, u ocupantes por cualquier título, de los predios afectados por la traza de gasoductos serán los sujetos pasivos de la relación (llamados superficiarios), y quienes resulten acreedores de la indemnización (Conf. Art. 22 inc. 4 del Anexo I del Decreto 1738/1992).

Por su parte, reviste singular importancia la actuación del ENARGAS en el procedimiento destinado a constituir las servidumbres de gasoducto. El Art. 52 inc. k e inc. m, atribuyen al ENARGAS la función de autorizar las servidumbres para el cumplimiento de las necesidades del servicio de transporte y distribución.

Asimismo, con la entrada en vigor de la Resolución ENARGAS 3562/2015 (En especial, en los Cap. II, III, y IV), se han reforzado las prerrogativas del ENARGAS en el procedimiento destinado a la constitución de las servidumbres de gasoducto. Tal como surge de los considerandos de la Resolución, “la competencia otorgada al ENARGAS, por mandato legal, contempla dos aspectos: uno, de naturaleza reglamentaria, cual es el de establecer la normativa que regirá la relación entre el prestador y el superficiario, derivada de la afectación producida por instalaciones destinadas al servicio público de gas y, otro, resolver las controversias entre ambas partes, en su caso, fijando los cánones por servidumbre”.

3.5.b-iv) Características

La servidumbre de gasoducto, reviste los siguientes caracteres: es continua, ya que no requieren del hecho actual del hombre; es perpetua, mientras mantengan vigentes los fines de utilidad pública para los cuales se las constituyen, lo cual puede coincidir o no con la extensión del plazo de la licencia; es onerosa o gratuita, en función de las limitaciones impuestas al inmueble, y a la condición jurídica del mismo; puede ser o no aparente, según las instalaciones se manifiestan a través de signos exteriores visibles; es positiva y negativa por cuanto impone al superficiario afectado obligaciones de “dejar hacer” -como son la ejecución de las obras y mantenimiento de las instalaciones- y de “no hacer” -en cuanto se le prohíbe al propietario realizar determinadas construcciones y plantaciones-, y de “hacer” –vinculadas a medidas de seguridad³⁸.

3.5.b-v) Régimen indemnizatorio

La cuantificación de la indemnización ocasionada a partir de la imposición de servidumbres de gasoducto se rige en la actualidad –a nivel federal- por la ya mencionada Resolución ENARGAS 3562/2015. Como aspecto relevante –al igual de lo que sucedía con el régimen de la abrogada Resolución ENARGAS 584/1998- se estipula la modalidad de pago mediante la fijación de un canon. Esto quiere decir, que el precio de la servidumbre se fijará por medio de pagos periódicos, específicamente mensuales, según lo plasmado en el Art. 20 del Anexo I de la Resolución ENARGAS 3562/2015.

La determinación del canon forma parte de las competencias conferidas al ENARGAS, en los supuestos en que el titular de la servidumbre y el superficiario no arriben a un acuerdo respecto de su fijación. En estos casos, la intervención del ENARGAS estará dada por el establecimiento de un canon “provisorio”, que en los hechos, servirá para cumplimentar con la exigencia de la “previa indemnización” que exige el ordenamiento constitucional.

³⁷ La aplicación de esta normativa se efectúa a partir de las funciones de la Sociedad Anónima con Participación Estatal mayoritaria, Buenos Aires Gas S.A. (BAGSA). Dicha empresa estatal, fue creada por conducto del Decreto 28/2004, posteriormente ratificado por Ley 13358.

³⁸ Conf. POZO GOWLAND, Héctor op., cit., pág. 82; MASSIMINO, Leandro F. op., cit.,

Los montos establecidos en concepto de canon provisorio, no incluyen los daños y perjuicios derivados de las tareas de construcción, operación, reparación, inspección o ampliación de los gasoductos o instalaciones. Lo expuesto, no excluye la posibilidad del superficiario de entablar las acciones judiciales correspondientes enderezadas al resarcimiento de los perjuicios ocasionados y debidamente comprobados.

La obligación del pago del canon se dispara desde el momento en el cual se ingresa al predio para la construcción de las instalaciones (Conf. Art. 20 del Anexo I de la Resolución 3562/2015). Por otra parte, desde la perspectiva del Titular de la Servidumbre, el nuevo texto normativo aclara que el cumplimiento del canon constituye un costo operativo. Este tópico es de suma importancia, en lo que respecta a la repercusión que puedan llegar a tener estos rubros en las Tarifas de los servicios.

El establecimiento del canon provisorio y/o su eventual revisión³⁹, podrá ser discutido ante el Juzgado Federal competente, en los términos de las previsiones de los Arts. 35 y cc. de la Resolución mencionada.

En lo que concierne a los rubros y valores que compondrán el monto del canon provisorio, la nueva normativa disipa las dudas que se habían generado con la Resolución 584/1998 (que en la práctica aplicaba a este tipo de servidumbre el régimen indemnizatorio establecido para las hidrocarbuníferas). A fin de calcular los alcances, se tiene en consideración en valor fiscal del inmueble, las características del mismo, el tipo de instalaciones construidas a consecuencia de la imposición de la servidumbre, las actividades económicas realizadas en los predios (Ej.: forestal o agropecuaria), e inclusive, el grado de productividad. Debido a las circunstancias desarrolladas, en el caso de las servidumbres de gasoducto el rubro lucro cesante –por aplicación de las formulas indicadas en la normativa- no se encontraría excluido.

3.5.c) Servidumbre de Oleoducto

3.5.c-i) Objeto

Este tipo de servidumbre (también conocida como servidumbre hidrocarbunífera) tiene como objetivo contribuir con la expansión y el desarrollo referido a la a exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos.

A diferencia de lo que acontece con las anteriores servidumbres caracterizadas, la actividad hidrocarbunífera ha sido declarada de "interés público" por el legislador nacional (Conf. Leyes 17319 y 26741), que implica un grado menor de intensidad regulatoria.

3.5.c-ii) Régimen jurídico. Indemnización:

El sustento normativo para la imposición de servidumbre de esta índole, está constituido por los Arts. 66, 67 y 100 de la Ley 17319, los cuales prevén que los permisionarios y concesionarios de las franquicias previstas por la citada normativa, gozarán de los derechos previstos en el Código de Minería (servidumbre minera).

El organismo competente para la afectación de este tipo de limitación será la Autoridad de Aplicación en la materia (en la actualidad, el Ministerio de Energía y Minería).

Con relación al sistema indemnizatorio, resulta de aplicación de los Decretos 860/1996 y 861/1996 el cual establece los montos que corresponden abonar en concepto de lucro cesante y daños inherentes a la actividad hidrocarbunífera por la ocupación y uso de tierras de secano, en función de las distintas zonas a las que hace alusión la norma. Cabe señalar, que sendos decretos han sido complementados por las Resoluciones 392/2014, 391/2014, 687/2008, y demás de la Secretaría de Energía.

3.5.d) Servidumbre Minera

Esta modalidad de servidumbre se encuentra regulada en los Arts. 146 y ss. del Código de Minería, y constituye una de las principales prerrogativas con las que cuentan los actores de la industria minera para el desarrollo de sus actividades.

Como pudo deslizarse en los acápites anteriores, sus disposiciones devienen de aplicación para delimitar los contornos de las servidumbres de gasoducto y oleoducto. En particular, el Código minero estipula los derechos con los que cuentan los titulares de las servidumbres, que a saber, son: A) la ocupación de la superficie; B) la apertura de vías de comunicación y transporte; C) uso de aguas naturales; D) uso de pastos.

3.5.e) Servidumbres Ferroviaria y Aeronáutica

Tal como se adelantara con anterioridad, según destacada doctrina nacional⁴⁰ las llamadas "servidumbres" ferroviarias, aeronáuticas en realidad no son sino "restricciones" a la propiedad, pues ellas

³⁹ Sobre este tema, ver MASSIMINO, Leonardo "La revisión judicial del canon provisorio de servidumbre de gasoducto", JA Suplemento de Derecho Administrativo del 11/11/2009.

no contemplan la posibilidad de que "terceros" -el "público"- utilicen la propiedad del administrado: sólo limitan el derecho de éste respecto a la realización de ciertas construcciones dentro de su propio fundo.

La servidumbre ferroviaria (denominada así por su propio marco normativo) se encuentra contemplada por la Ley 2783 (con las modificaciones realizadas por la Ley 18374) en sus artículos 60 y ss, y tiene su razón de ser en garantizar la seguridad y conservación del servicio de pasajeros y de cargas ferroviario. Como bien se ha afirmado, las limitaciones aquí previstas constituyen verdaderas restricciones, conteste a las prohibiciones que se fijan en las zonas lindantes a las vías. El nuevo impulso de la política ferroviaria con el dictado de las Leyes 26352 y 27132 puede dotar de vitalidad a este tipo de restricciones, máxime si se produce una extensión de las líneas férreas.

Adhiriendo a la tesis de la doctrina nacional mayoritaria (Marienhoff, Diez, Villegas Basavilbaso) el mismo temperamento es aplicable a las restricciones que fija el Código Aeronáutico (Ley 17285) en sus arts. 6, y 30 a 35, atento a que afectan únicamente el carácter absoluto del dominio.

3.5.f) Servidumbre de Ruinas y Yacimientos Arqueológicos y Paleontológicos

La protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, atento a la naturaleza que revisten los mismos conforme fuera estudiado en el capítulo anterior, justifica el interés estatal en su tutela, y por añadidura, la imposición de limitaciones al dominio para cumplir con aquella finalidad.

Actualmente, la Ley 25743 es el instrumento normativo mediante el cual se dispone la preservación, protección y tutela del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico como parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, para el aprovechamiento científico y cultural del mismo. Como esbozamos anteriormente, al erigirse como bienes pertenecientes al dominio público del estado nacional, provincial o municipal según en lugar en el que se hallen (Conf. Art. 235 inc. h Cód. Civ. y Com.; Arts. 9 y 10 Ley 25743).

Específicamente, el Art. 37 de la Ley 25743 establece una servidumbre "perpetua" sobre los terrenos en los cuales se encuentren dichos bienes. En estos supuestos, el Estado nacional o provincial en sus respectivas jurisdicciones, deberá establecerla mediante ley especial e indemnización a los propietarios de los terrenos. El Decreto 1022/2004 –reglamentario de la Ley- aclara que en aquellos casos que se necesite recurrir a la imposición de servidumbres, en primer término, se intentará alcanzar a un acuerdo con los propietarios del inmueble, y en caso de fracasar dichas tratativas, deberá efectuarse la sanción de la ley que determine la constitución de la servidumbre.

De lo expuesto, surge que la Ley citada no basta para afectar un inmueble a una servidumbre (en los casos de no existir consenso con el propietario), sino que será necesaria la sanción de una Ley en sentido en formal, en el lugar donde se encuentre el bien. Esta cuestión tendrá efectos prácticos relevantes, debido a que determinará la competencia jurisdiccional en la cual se dirimirá el alcance de la indemnización a fijarse.

3.5.g) Servidumbre de Protección de Monumentos Históricos

Con una finalidad análoga a la citada en la servidumbre anterior, la Ley 12665 -por la cual se crea la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos- centra su razón de ser en la preservación, protección y tutela de los monumentos históricos –calificados como tales- existentes en el territorio de la República Argentina.

El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad (CSJN Zorrilla, Susana y otro el E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa, de fecha 27/8/2013).

Esa normativa prevé que el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos (organismo descentralizado que se encuentra actualmente en la órbita del Ministerio de Cultura), podrá declarar de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación; o se acordará con el respectivo propietario el modelo para asegurar los fines patrióticos de la ley. Asimismo, se prevé que si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación del dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario en su caso (conf. Art. 3° de la ley 12.665). Por otra parte, y a los efectos de garantizar la preservación de los inmuebles históricos, se dispone que éstos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la citada comisión (conf. Art. 4° de la

⁴⁰ MARIENHOFF, MIGUEL S. op.cit., núm 1264. En sentido análogo, también se manifiesta DIEZ, Manuel M. op., cit., pág. 208, y VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín op., cit., pág. 272/273

citada ley). La misma limitación se impone para las reparticiones públicas que deseen refaccionar o reacondicionar edificios históricos (Conf. Decreto 1063/1982).

El Decreto 2525/2015 (B.O. 2/12/2015) –reglamentario de la Ley 12665- entiende por “limitación al dominio”, a aquellos casos en que se produzca una restricción al dominio privado en el interés público que, por su entidad, impida al propietario del bien las facultades de usar, gozar y disponer del mismo, en cuyo caso, el MINISTERIO DE CULTURA, previo dictamen no vinculante de la COMISIÓN NACIONAL DE MONUMENTOS, DE LUGARES Y DE BIENES HISTÓRICOS fundamentará la procedencia de la limitación.

3.5.h) Servidumbre de Protección de Fronteras

La protección de la seguridad en zonas representa sin duda alguna una de las funciones esenciales e ineludibles del Estado, la cual se encuentra íntimamente vinculada con la noción de soberanía, que representa un elemento modal de todo tipo de forma estatal. Con sustento en el actual Art. 75 inc. 15 de la CN, la Ley 14027 se encarga de regular las cargas a las que se encuentra sometidos los inmuebles situados en las abundantes y extensas fronteras con las que cuenta nuestro país.

En lo que aquí nos interesa, esta normativa estipula que los propietarios de heredades limítrofes con las fronteras de la Nación están obligados a permitir que las autoridades públicas tengan el acceso libre a los lugares de comunicación internacional existentes en sus inmuebles, y al libre tránsito o pasaje de los agentes públicos a lo largo de la frontera-, y a consentir la instalación o construcción de edificios requeridos por los destacamentos que la Administración Pública considere indispensables para la vigilancia de los pasos no habilitados al tránsito internacional en dichos inmuebles.

A consecuencia de ello, el Art. 3 in fine de la Ley prevé que “...Las disposiciones del presente artículo deberán ser entendidas sin menoscabo de las indemnizaciones de carácter civil que pudieran resultar en favor de los particulares, por daños y perjuicios-.

3.5.i) Servidumbre de Sirga

El “Camino de Sirga” es un instituto tendiente a promover, desarrollar y satisfacer las necesidades inherentes a la navegación, cuyos orígenes se remontan a la antigüedad⁴¹. El texto del nuevo Código Civil y Comercial, ha efectuado sustanciales modificaciones a este instituto⁴², estipulando en su Artículo 1974 lo siguiente: "Camino de sirga. El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de QUINCE (15) metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo."

La regulación actual -a nuestro juicio- adscribe al concepto de navegación en sentido lato o legal, a los efectos de dotar de mayor aplicación a este tipo de limitación. Asimismo, dicho criterio fue sostenido con antelación a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo, en la causa Las Mañanitas⁴³.

Cabe señalar que en el nuevo Art. 1974, ha desaparecido la alusión en torno improcedencia de indemnización en estos supuestos. Al respecto, cabe recordar que debido a la inclusión en el texto anterior de la frase “sin ninguna indemnización”-y por situarse el Camino de Sirga en el título de limitaciones y restricciones-, la doctrina civilista clásica (vgr. Lafaille, Segovia) y la jurisprudencia de la CSJN⁴⁴ consideraron que el instituto bajo análisis importaba una restricción a la propiedad. En contra de esta tesitura, se han enrolado Bielsa, Villegas, Marienhoff y Diez postulando que la naturaleza jurídica del Camino de Sirga es el de una servidumbre administrativa, debido a que afectan el carácter exclusivo del dominio. En referencia a la imposibilidad de resarcir la pérdida de la exclusividad para sustentar que se estaba en presencia de una restricción al dominio, se sostuvo que esta circunstancia no era óbice a que se considere al instituto como una servidumbre administrativa, en virtud de que el carácter no indemnizable ha tenido raigambre histórica en el país⁴⁵.

Sin embargo, creemos que por la ubicación de éste artículo dentro de la metodología seguida por el Código, el mismo debería interpretarse en consonancia con el artículo 1971, en donde se estipula como principio general que el daño no es indemnizable.

⁴¹ Existen antecedentes históricos en las Institutas de Justiniano, y una regulación específica en las VII partidas de Alfonso el Sabio.

⁴² Ampliar en FLORES, Álvaro B. “La regulación de las limitaciones al dominio en razón del interés público en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, publicado en JA 2013-III-1336/1348.

⁴³ Fallos 332:1704

⁴⁴ Fallos 23: 430; Fallos 35:430; Fallos 43:403; Fallos 96:86; Fallos 128: 296; Fallos 332:1724.

⁴⁵ La improcedencia de la indemnización ya contaba con antecedentes en la Legislación Indiana, y en los decretos en el período de Bernardino Rivadavia.

3.3.j) Servidumbre de Acueducto

El agua -en su carácter de bien colectivo- se erige como un elemento indispensable e insustituible para la propia existencia de la vida humana. Constituye un “bien colectivo”, y por la significancia que posee, se ha comenzado a reconocer el llamado “derecho humano al agua potable” (Conf. CSJN “Kersich, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerense S.A. y otros s/ amparo”, de fecha 2/12/2014).

En fecha reciente, la Provincia de Buenos Aires (por conducto de la Ley 14782) ha definido al derecho mencionado como aquel que poseen todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y el uso personal y doméstico.

A partir de estas apreciaciones, nos es posible instalarnos en la caracterización de este tipo de servidumbre. Emulando la regulación que disponía en extinto Art. 3082 del derogado Código Civil, el cuerpo normativo vigente contempla a este tipo de limitaciones al dominio en su Art. 2166. El mismo, intitulado como “Servidumbres Forzosas”, consagra lo siguiente: “Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa. Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías. Si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente. La acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible.

Sin perjuicio de su ubicación, es decir, por la expresa regulación que efectúa el Código Civil y Comercial, la servidumbre de acueducto -en los términos que a continuación veremos- es de naturaleza administrativa, y por tal circunstancia, se encuentra regida por principios de derecho público⁴⁶.

El criterio para determinar la presencia de un régimen teñido por disposiciones de derecho público va a estar atado a la finalidad que posea esta servidumbre; si la beneficiaria -o fundo dominante- es “la población” estaremos en presencia de una servidumbre administrativa de acueducto. A diferencia de lo que sucedía con el mencionado Art. 3082 pretérito, el nuevo articulado no se expide sobre la utilidad que deberá contener esta servidumbre, debido a que se borra la alusión “en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes”. A raíz de ello, creemos que la redacción vigente se ha ampliado las finalidades de esta servidumbre.

Otra de las variantes que se introducen, es la expresa mención a la “autoridad local”, cuando estamos en presencia de este tipo de servidumbres, a los efectos de fijar la indemnización, y los aspectos referidos a su constitución. En este orden de ideas, vale recordar una añeja jurisprudencia de la CSJN respecto a que “El derecho para adquirir una servidumbre de acueducto, en los términos del artículo 3082, y siguientes, Cód. Civ., no equivale a la adquisición misma de la servidumbre” (Conf. Fallos 67:417).

En el caso de no existir cuestiones federales o interjurisdiccionales comprometidas, la regulación de esta materia por la conexidad a las coyunturas vernáculas, les compete a las autoridades locales.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la imposición de Servidumbres Administrativas de Acueducto se rige por el Código de Aguas (Ley 12257). Las limitaciones al dominio con sustento en la normativa citada, serán impuestas por la Autoridad Provincial de Aguas (Conf. Decreto 549/2004), a favor de los concesionarios, con el fin de velar por la protección, conservación y manejo del recurso hídrico.

La Ley mencionada, expresa que las Limitaciones al Dominio que puedan imponerse, consisten en obligaciones de no hacer o dejar hacer para proveer al mejor aprovechamiento, preservación del agua y protección del medio ambiente contra su acción dañosa (Conf. Art. 136). Para el caso de las servidumbres, las mismas podrán ser peticionadas por los concesionarios o efectuadas por el propio Estado provincial para satisfacer alguno de estos extremos: a) Construir y operar obras y mecanismos de captación, regulación, avenamiento, embalse, derivación, conducción, distribución, aducción, descarga, fuga, elevación y depuración de agua y generación, transformación y distribución de energía hidroeléctrica, edificios, depósitos y vías de comunicación; b) Remover su suelo y subsuelo y extraer materiales pétreos o terrosos para incorporarlos a las obras conforme al Código de Minería; c) Inundarlos periódica o permanentemente.

En lo que respecta a la indemnización, el Art. 141 alude únicamente al resarcimiento del daño emergente, sin excluir en forma expresa la posibilidad de incluir al lucro cesante.

Posteriormente, la Provincia sancionó la Ley 14540 por la cual creó la “Servidumbre de Ocupación Hídrica”, con un régimen propio (tanto en lo sustancial como procedimental) para la constitución de este tipo de servidumbre, que consiste en la ocupación hídrica de todo inmueble del dominio privado situado en cualquier lugar de la Provincia, que como consecuencia directa de obras expresamente aprobadas por la

⁴⁶ Ampliar en MARIENHOFF, Miguel *op., cit.*, pág. 573; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op., cit.*, pág. 334.

Autoridad de Aplicación, a los fines de mitigar los efectos de las crecidas de los cursos y/o cuerpos de agua, resultara ocupado parcial o totalmente mediante el almacenamiento temporario de una masa de agua proveniente de excedentes hídricos. A diferencia de lo que ocurre con el Código de Aguas, el único titular de esta Servidumbre podrá ser el Estado Provincial.

3.3.k) Servidumbre de Seguridad de la Navegación

Con la finalidad de salvaguardar la seguridad del tráfico naval generado por las instalaciones portuarias a las cuales se hallan asociadas, se fijan determinadas servidumbres que vinculan tanto a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias como a los particulares, que ven limitado el contenido subjetivo de sus respectivos derechos de propiedad como consecuencia de esas servidumbres.

En tal contexto, por conducto de la ley 19992 atinente al Servicio de Hidrografía Naval (que deroga el anterior régimen de la ley 14255), establece en su art. 4 la posibilidad de constituir servidumbres administrativas para la fijación de marcas o construcciones especiales o complementarias.

4. Requisición o requisa

4.1 Concepto

La requisición⁴⁷, también denominada requisa, consiste en la ocupación o adquisición coactiva de un bien por el Estado a efectos de satisfacer exigencias de utilidad pública originadas por una situación general que afecta a toda la sociedad o bien, a un sector de aquella.

Es una especie dentro del género de las limitaciones a la propiedad privada que se emplean por razones del interés público, por medio de la cual se afecta el carácter exclusivo o perpetuo del dominio, según consista -respectivamente- en una requisición sobre el "uso" del bien, o importe la adquisición de la propiedad de aquel.

No obstante lo expuesto, algunos autores comprenden que la requisición se extiende a la prestación de servicios personales por parte de los particulares⁴⁸, alcance que será excluido de ser examinado pues el estudio del aludido instituto se restringirá a las limitaciones que se imponen a la propiedad privada.

La principal característica de la requisición es, como puede vislumbrarse de su concepto, el carácter general que importa esa medida, distinguiéndose de este modo de las restantes limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público.

Así, cuadra anticipar que las transferencias coactivas de bienes que se concretan a través de los institutos de la expropiación como de la ocupación temporánea tienen como propósito principal resolver o satisfacer una necesidad de utilidad pública determinada por una situación individual y aislada,⁴⁹ razón por la cual es dable concluir que importan medidas de aplicación ante circunstancias de carácter particular o específico.⁵⁰

Tal es así que la requisición constituye, a diferencia de ello, una medida de aplicación general que se efectiviza sobre los bienes de cualquier persona y con destino a combatir los efectos de una situación pública general.⁵¹

4.1.a) Objeto y alcance

El objeto sobre el cual puede recaer la requisición abarca tanto a "cosas" como "derechos",⁵² pudiendo variar su alcance pues en uno u otro supuesto, debido a las circunstancias y necesidades a satisfacer se adquirirá la propiedad del objeto requisado, o bien su mero uso.

⁴⁷ Terminología empleada por la Constitución Nacional (art. 17, in fine)

⁴⁸ Vgr. aquella instituida en la Ley de Servicio Civil de Defensa N° 20.318 cuyo artículo 5 dispone: "El servicio civil de defensa que prestan las personas convocadas se hará efectivo en forma de: a) Requisición de servicios personales, en la cual los convocados continúan en sus funciones, tareas y lugares habituales; b) Requisición de servicios personales, en la cual los convocados son empleados: 1. En otras funciones o tareas, en sus lugares habituales. 2. En las mismas funciones o tareas, en lugares distintos a los habituales. 3. En otras funciones o tareas, en lugares distintos a los habituales."

⁴⁹ Vgr. Expropiación de un bien inmueble con destino a construir un hospital; ocupación temporánea de un inmueble para instalar en él el depósito de los materiales de una obra pública.

⁵⁰ Por otra parte, corresponde añadir que mientras la confiscación (instituto prohibido en nuestro régimen jurídico -conf. art. 17 Const. Nac.; art. 32 Const. Pcial-) constituye una pena consistente en el desapoderamiento de los bienes de una persona, la requisición es una limitación impuesta a la propiedad privada en interés público, motivada en una situación de necesidad pública.

⁵¹ Vgr., a) trastornos económicos que producen, o incitan alzas indebidas en los precios de los productos de primera necesidad, lo cual puede justificar la requisición de éstos; b) conflicto bélico (concreto o potencial) que conlleva al Estado a la inmediata adquisición de determinados bienes.

En suma, de lo expuesto es posible observar que el alcance de la limitación bajo análisis comprende dos⁵³ especies, la requisita: a) en propiedad⁵⁴ o b) de uso⁵⁵; y puede abarcar: 1) la prestación de servicios; 2) la adquisición de cosas muebles, y 3) la utilización de inmuebles y semovientes.

Cuadra advertir y tener presente que la doctrina resulta unánime al considerar que la requisición de "cosas" y "derechos" puede comprender tanto la propiedad como el uso de cosas "muebles", incluso semovientes, como así también la utilización temporaria de cualquier clase de bienes, inclusive "inmuebles", pero ante este último supuesto, aquellos bienes no pueden ser adquiridos en propiedad por requisición, sino mediante el instituto de la expropiación⁵⁶ o cesión amistosa (avenimiento).

4.2 Clases

Existen dos clases de requisiciones: las militares y las civiles. Mientras la primera de ellas se halla destinada a satisfacer las necesidades propias de las fuerzas armadas, las requisiciones civiles⁵⁷ procuran la satisfacción de necesidades de cualquier otro orden que constituyendo una situación generalizada, no se origina en un estado de guerra.

Las requisiciones también pueden agruparse en "anormales" y "normales" pues como sus denominaciones lo anticipan, las primeras de ellas se disponen ante necesidades urgentes e imperiosas que no admiten ningún tipo de dilación⁵⁸ y, por su parte, las requisiciones "normales" que al carecer de aquella premura se concretan con el propósito de satisfacer necesidades de orden común e incluso, previsibles.⁵⁹

Finalmente, resulta oportuno advertir aquí que si bien el texto constitucional veda la requisición efectuada por "cuerpos armados" (art. 17 Const. Nac.), ello no refiere a las requisiciones militares propiamente dichas.

La prohibición allí contenida alcanza a aquellas medidas de despojo que eran efectuadas por las fuerzas u organizaciones armadas "irregulares" que sin pertenecer a la Nación y sin encarnar la autoridad legítima de ésta, actuaban en nombre propio y para sus propios fines.

4.3 Régimen jurídico

Dado que la requisición afecta el derecho de propiedad en su perpetuidad (cuando se adquiere la propiedad del objeto requisado) o en su exclusividad (cuando se utiliza temporariamente el objeto requisado), como principio general ésta debe resultar de la existencia de una ley formal que la disponga y prevea.

Ello debido a que al importar un sacrificio para el titular del bien que se halla destinado a satisfacer un interés o utilidad pública, por el principio general en materia de expropiación (art. 17 Const. Nac.; art. 31 Const. Pcial.) en donde un derecho patrimonial debe ceder por razones de utilidad pública, el sustento jurídico que habilite el empleo del instituto bajo análisis debe ser la ley formal.

No obstante ello, la exigencia de la ley formal puede ser pasible de excepciones, principalmente cuando se presenta una urgente e imperiosa necesidad de satisfacer necesidades que resultan impostergables y que tras ello, el Estado se halla constreñido a incautar -en su uso y propiedad- el objeto (cosa o derecho) con destino a combatir la situación que se presenta con perentoriedad.

⁵² Vgr. patentes de invención, industriales, farmacéuticas, etc.

⁵³ La doctrina mayoritaria diferencia estas dos especies de requisiciones. Manuel María Díez añade la requisición de consumo, la cual se encontraba reconocida expresamente por la derogada Ley de Defensa Nacional N° 16.970 en su artículo 38: "La requisición de bienes podrá hacerse en todo o parte de ellos y ejecutarse a título de uso, de consumo o de dominio. Estas modalidades de la requisición son igualmente aplicables a la capacidad productiva de industrias y establecimientos de cualquier índole que interesen a la seguridad nacional, aun *cuando el Estado no haya tomado posesión de ellos.*"

⁵⁴ Requisición a título de dominio, figura próxima a la expropiación.

⁵⁵ Requisición a título de uso, figura próxima a ocupación temporánea.

⁵⁶ La requisición en propiedad tiene por objeto exclusivamente cosas muebles o derechos; no se aplica -principalmente- a los inmuebles. Si bien resulta cierto que la expropiación tiene por objeto toda clase de bienes, no lo es menos que éstos deben tener un carácter de unicidad e infungibilidad; el objeto de la expropiación debe ser siempre determinable; por el contrario, las cosas fungibles no se expropián, se requisan. Los bienes objeto de requisición son, en todos los casos, típicamente fungibles, y además existen en el comercio en cantidades indeterminadas, y no se individualizan con indicación del propietario.

⁵⁷ Vgr. la Ley nacional de abastecimiento N° 20.680 autoriza -bajo ciertas circunstancias- la requisita civil de mercaderías (art. 14 -texto según Ley N° 26.991-).

⁵⁸ Vgr. en ocasión de guerra (v. C.S.J.N., *Mediterránea S.A.*, Sent. 27-12-90, Fallos 313:1500), en situaciones de grave emergencia sanitaria o desabastecimiento de medicamentos (conf. art. 24 Ley provincial N° 11.405).

⁵⁹ Vgr. Necesidades que se presentan ante circunstancias de paz, estabilidad social y/o económica.

Ahora bien, expuesto que como principio general la ley formal es el medio que debe emplearse para recurrir a la requisición, corresponde analizar a quién le corresponde legislar sobre aquel instituto.

Si bien como principio corresponde a las provincias legislar en materia de requisiciones al ser una materia que pertenece al derecho administrativo y en consecuencia ser de orden local⁶⁰, lo cierto es que la Nación también puede legislar sobre aquella.

Así, le corresponderá a la Nación legislar en materia de requisiciones en aquellos supuestos en los que se tratase de cuestiones que le son propias en virtud de la delegación de poderes y facultades efectuadas por las provincias hacia ella y que se encuentran plasmadas en la Constitución Nacional.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto corresponde efectuar una distinción según la causa y finalidad que persigue la requisición, resulte militar o civil.

Con relación a la requisición militar cuadra señalar que sobre ella sólo puede legislar la Nación, en tanto importa una manifestación de los "poderes de guerra" que fueron delegados por las provincias hacia aquella⁶¹.

Por su parte, con respecto a las requisiciones civiles, la legislación podrá emanar de la Nación o de las provincias, dependiendo de la causa y de la finalidad a la que responda la requisición. Sobre la base de esta premisa, la legislación local resultará válida si lo que tiende a satisfacer la requisición son necesidades estrictamente locales, circunscriptas al ámbito interno de una provincia⁶². Pero si la requisición "civil" tiene como propósito satisfacer una necesidad que excede aquel ámbito local, la jurisdicción para legislar sobre aquella clase de requisición será nacional⁶³.

4.3.a) Requisitos

Las requisiciones, a fin de que resulten válidas, deberán satisfacer los siguientes requisitos:

a) La existencia de "utilidad pública"⁶⁴.

Dado que la requisición es una especie dentro del género de las limitaciones a la propiedad privada por razón del interés público, su fundamento deberá estar orientado a satisfacer una necesidad de utilidad pública para que, actuando como causa o motivo del acto, resulte válida.

b) La "indemnización" al titular del objeto requisado.

En virtud de la naturaleza jurídica que importa la requisición,⁶⁵ el sujeto titular del bien requisado deberá ser indemnizado, pues de lo contrario, no sólo la requisita importaría una confiscación, sino que a su vez, transgrediría el principio constitucional⁶⁶ mediante el cual se postula que deben indemnizarse en todos los casos en que un derecho patrimonial cede por razones de utilidad pública.⁶⁷

Claro que el momento en que debe abonarse la indemnización al requisado dependerá de la causa que la motiva, pues ello habilita a una razonable distinción.

Si bien toda indemnización derivada de una requisita normal debe abonarse con carácter previo a su efectivización en virtud del principio obrante en la Constitución Nacional y Provincial,⁶⁸ resulta lógico comprender que ante el supuesto de las requisiciones militares o anormales (sean aún civiles)⁶⁹ puedan ser indemnizadas con posterioridad a su concreción en virtud de las particulares circunstancias que las justifican.

⁶⁰ Arts. 75 inc. 12 y 126 Const. Nac.

⁶¹ Conf. Const. Nac., arts. 75 inc. 25 y 99 inc.15

⁶² Una provincia podría recurrir a la requisición frente a las siguientes hipótesis: la incautación de medicamentos con el propósito de atender a las personas heridas en un desastre común o general (vgr., terremoto, conflicto bélico, etc.), o bien ante la hipótesis contemplada en el artículo 24 de la Ley N° 11.405: "*El Poder Ejecutivo, en situaciones de grave emergencia sanitaria o desabastecimiento de medicamentos, podrá proceder a la requisición de los productos comprendidos en la presente ley que se encuentren en territorio provincial, sea en poder de los fabricantes, distribuidores o dispensadores.*"

⁶³ Vgr. La competencia para regular las requisiciones civiles que tienen como fin legislar las cuestiones delegadas al Congreso Nacional: art. 75, incs. 12, 13, 18, 19 y 32, Const. Nac.; Véase C.S.J.N., *Lares*, sent. 10-4-59, Fallos: 243:276.

⁶⁴ Vale recordar que el alcance de la utilidad pública varía en función del cambio de las condiciones económicas, políticas y sociales (conf. doct. S.C.B.A. *Bonfante*, sent. 3-3-1964, Causa B 43.878).

⁶⁵ Recuérdese, limitación a la propiedad privada por la cual, en razón del interés público, se afecta la exclusividad o perpetuidad del objeto requisado según -respectivamente- se lo utilice temporariamente o se adquiera su propiedad.

⁶⁶ Contenido en el artículo 17 y 31 de la Constitución Nacional y Provincial, respectivamente.

⁶⁷ En este sentido, la Ley Nacional N° 23.554 que establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales fundamentales para la preparación, ejecución y control de la Defensa Nacional, dispone: Artículo 34: "*En caso de guerra o ante su inminencia, el Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer requisiciones de servicio o de bienes, convocatorias y sus excepciones para satisfacer necesidades de la Defensa Nacional. En la reglamentación de la presente Ley se determinará el procedimiento y los recaudos a los que se ajustaran las requisiciones...*"

Artículo 35 "*La obligación prevista en el artículo anterior será carga pública irrenunciable. Si ese aporte implicara gastos o prestación de servicios se determinará administrativamente la indemnización o remuneración correspondiente, no pudiendo en ningún caso reconocer el lucro cesante. En caso de desacuerdo, el monto será fijado judicialmente a pedido de la parte interesada.*"

⁶⁸ Arts. 17 y 31, respectivamente.

⁶⁹ Vgr. ante catástrofes naturales.

Cuadra señalar que el contenido de la indemnización excluye, por aplicación de los principios propios del régimen expropiatorio, el lucro cesante.⁷⁰

c) La expedición de una constancia escrita y firmada que contenga la "orden de requisición".

La "orden de requisición" debe ser entregada al sujeto titular del objeto requisado y ante todo tipo de requisita, pues importa una garantía mínima para aquel, dado que no sólo determinará si quien la ejecutó resultó ser autoridad competente sino que a su vez permitirá gestionar la indemnización correspondiente pues allí constarán, entre otros extremos, los bienes requisados, su estado, etc.⁷¹

d) El "procedimiento" que debe observarse en la requisición.

Aquel dependerá del carácter normal o anormal de la requisición, pues dadas las circunstancias en que se desarrolla la requisición militar o la requisición civil anormal, se admite que el procedimiento para satisfacer las necesidades que resultan imperiosas se lleven a cabo sin un estricto acatamiento a las reglas del "debido proceso legal", como lo es el abono de la indemnización con posterioridad al desapoderamiento del objeto requisado.

Al contrario de ello, la requisición "civil" normal deberá ajustarse estrictamente a las reglas del debido proceso legal, pues la garantía constitucional a la propiedad así lo impone.

No obstante ello y cualquiera sea la clase de requisición, al titular del objeto requisado deberá serle proporcionada en el marco del procedimiento de la requisita, la constancia escrita y firmada que fuera anteriormente aludida la cual, como se destacó, permitirá gestionar el pago de la indemnización correspondiente.

Finalmente cuadra advertir con respecto al procedimiento que el acto administrativo que dispone una requisición "militar" o "civil" anormal tendrá ejecutoriedad propia, lo que importa que aquel acto se cumple y hace efectivo por la propia y directa actividad de la Administración Pública valiéndose de sus propios medios.

A diferencia de ello, el acto que ordena una requisición "civil" normal no goza de aquella ejecutoriedad, razón por la cual, ante la oposición del sujeto titular del objeto requisado, la Administración Pública deberá recurrir a la autoridad judicial a efectos de lograr que aquella se haga efectiva.⁷²

5. Decomiso

5.1 Concepto

La figura jurídica del decomiso⁷³ se presenta como una limitación a la propiedad privada impuesta por razones de interés público y constituye una medida de policía de la propiedad en virtud de la cual se produce la pérdida definitiva de una cosa mueble -generalmente- por razones de seguridad, moralidad o salubridad públicas.⁷⁴

Si bien aquella, se la encuentra habitualmente en el campo del derecho penal, el instituto que seguidamente se analizará se circunscribirá a su carácter de sanción de "policía", en virtud de la autoridad administrativa que lo aplica.

Para la procedencia del instituto bajo análisis no resulta necesario que el sujeto titular del objeto decomisado se haya comportado -esencialmente- con dolo o culpa, ya que la figura jurídica en tratamiento tiende -principalmente- a mantener o restablecer el orden jurídico y social que se ve alterado, fundándose para su efectivo empleo en la mera trasgresión de las normas que regulan la seguridad, moralidad o salubridad públicas.

Partiendo de la base que el derecho de uso y disposición de la propiedad contenido en el artículo 14 de la Constitución Nacional no es absoluto dado que su ejercicio se halla sujeto a las normas que reglamenten

⁷⁰ No obstante ello y a título ejemplificativo, dicha exclusión se halla expresamente contemplada en el anteriormente transcrito artículo 35 de la Ley Nacional N° 23.554.

⁷¹ Así lo establecía expresamente la Ley Nacional N° 16.970 (derogada por citada Ley N° 23.554) en su artículo 37: "*Toda requisición de derecho a indemnización. Las autoridades competentes deberán, en todos los casos, extender los recibos o comprobantes correspondientes...*"

⁷² Conf. Marienhoff, Miguel S.

⁷³ También denominado comiso.

⁷⁴ Debe ser distinguida de la figura del secuestro pues si bien esta es afín al decomiso, detenta caracteres propios. Veamos: a) es una medida procesal -civil o penal- que importa la custodia temporánea de la cosa ajena por la justicia o la autoridad administrativa sin prejuzgamiento acerca de la propiedad de la cosa secuestrada, mientras que el decomiso importa la pérdida definitiva de la cosa; b) Generalmente el secuestro inicia la vía del decomiso, pero ante ciertos supuestos, hay solución de continuidad entre ambos institutos; c) el secuestro, a diferencia del decomiso, no importa una sanción, sino un medio procesal destinado a lograr la indisposición temporánea de la cosa a fin de asegurar pruebas o indicios.

su ejercicio, las leyes (en sentido formal) son el mecanismo que resulta apto para determinar qué objetos pueden ser decomisados por ser contrarios al interés público al afectar la seguridad,⁷⁵ la moralidad⁷⁶ o la salubridad pública⁷⁷.

Tal es así que sobre aquella base normativa, el decomiso procederá como medio para garantizar el orden jurídico-social a través de la limitación a la propiedad privada por razón del interés público, de modo que todo aquel sujeto titular o tenedor de un objeto nocivo, peligroso o inmoral -entre otros- podrá serle válidamente decomisado.

Corresponde señalar que si bien, en principio, los objetos decomisados no son adquiridos por el Estado para su uso público⁷⁸ debido a que -generalmente- son destruidos⁷⁹ en virtud de encontrarse al margen de la ley, ello puede encontrar diversas excepciones en el ordenamiento jurídico.⁸⁰

Por otro lado, cuadra destacar que el decomiso resulta procedente respecto de bienes muebles,⁸¹ mas no sobre bienes inmuebles. Al respecto de lo señalado en último término y tomando el ejemplo que para su correcta explicación y fundamentación ofrece Marienhoff,⁸² la orden de demolición que emana de la Administración respecto de un muro que amanece ruina u edificio en avanzado deterioro, no se efectúa a título de "decomiso", sino a título de medida de policía sobre las vías o calles públicas con que lindan los referidos edificios o muros.

⁷⁵ Vgr. el decomiso de sustancias alimenticias en estado de descomposición; el decomiso y destrucción del material infractor a la ley Nacional de Armas y Explosivos N° 20.429 (arts. 36 inc. 6°, 42 y concs.).

⁷⁶ Vgr. la distribución de panfletos inmorales

⁷⁷ Vgr. la presencia de animales hidrófobos.

⁷⁸ En el derecho positivo argentino, la figura del decomiso funciona -en principio- como accesoria de la condena contravencional, importando la pérdida de los instrumentos de la infracción y su posterior destrucción. No obstante ello, si la ley lo autoriza, puede ser incorporada al dominio público o privado del Estado.

⁷⁹ Vgr. La Ley Nacional de Servicio Aduanero N° 25.603 autoriza a proceder al decomiso y destrucción de mercaderías (art. 6 -texto según Ley N° 25.986-). De igual modo la ley N° 26.687 que regula la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco a los fines de la prevención y asistencia de la población ante los daños que produce el tabaquismo habilita el decomiso y destrucción de los materiales y los productos elaborados o comercializados que se encuentren en violación de las disposiciones establecidas por aquella (art. 32 inc. c).

⁸⁰ Vgr. Leyes que disponen el decomiso sin destrucción:

a) En el ámbito Nacional: La Ley de protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico N° 25.743 luego de recordar que "*Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9° del Código Civil y por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional.*" (conf. actual 235 inc. "h", Código Civil y Comercial), prescribe que "*Los materiales arqueológicos y paleontológicos procedentes de excavaciones realizadas mediante concesiones o resultantes de decomisos pasarán a poder del Estado nacional, provincial o municipal, según correspondiere, quedando los organismos de aplicación facultados a darle el destino que consideren más adecuado y a fijar los espacios que reúnan los requisitos de organización y seguridad indispensables para su preservación.*" (Art. 10). Sanción que es reiterada para distintos supuestos en los artículos 16, 38, 39, 40, 41, 42 y 43.

b) En el ámbito provincial el Código Fiscal Ley N° 10.397 (modif. por leyes N° 14.301, 14.333, 14.357, 14.394, 14.553, 14.653 y 14.739. -Texto ordenado por Resolución N° 39/11 del Ministerio de Economía dispone en su artículo 90 que: "*Los bienes decomisados conforme las disposiciones establecidas por el presente Título serán destinados al Ministerio de Desarrollo Social o a instituciones sin fines de lucro de tipo asistencial, educacional o religioso oficialmente reconocidas.*

Las instituciones que resulten beneficiarias deberán destinar los bienes al cumplimiento de su fin social, quedando prohibida su transferencia bajo cualquier modalidad o título.

(Tercer párrafo sustituido por Ley 14.394) La Autoridad de Aplicación podrá proponer al contribuyente la sustitución de los bienes objeto de decomiso por otros bienes de primera necesidad, debiendo éstos ser del mismo valor que los sustituidos. La totalidad de los gastos derivados de la sustitución de los bienes decomisados estará a cargo del sujeto sancionado.

En aquellos casos en que los bienes objeto de decomiso, en virtud de su naturaleza, no resulten de utilidad para las entidades inscriptas, o no fuera posible mantenerlos en depósito, o resulten bienes suntuarios, serán remitidos a Fiscalía de Estado quien deberá disponer su venta en remate público, ingresando el producido a la cuenta Rentas Generales."

Asimismo, en el orden provincial la Ley N° 11.405 prescribe en su artículo 25 que "*Las infracciones a las disposiciones de la presente ley y de las normas que en su consecuencia se dicten, serán sancionadas con:...e) Comiso, retiro del mercado y destrucción de los medicamentos o productos en infracción. En caso de resultar aptos para el consumo, deberán ser entregados a efectores públicos en forma gratuita.*"

c) En el ámbito Municipal: el Código Contravencional de la Municipalidad de La Plata (Ord. N° 6147) dispone en su artículo 369 (Texto según Ordenanza N° 10.897) que los Jueces de Faltas y los funcionarios que intervengan en la verificación de contravenciones podrán disponer en forma conjunta o alternativa la clausura preventiva, decomiso, y/o secuestro. Sobre la base de aquella facultad, el ordenamiento jurídico señalado, prescribe en su artículo 372 que el comiso "*Procederá cuando en el momento de la inspección sea impostergable la inutilización y destrucción de los alimentos, bebidas y materia prima que a simple vista resultaren, por su estado higiénico o bromatológico, no aptos para el consumo humano. La concreción de esta medida por los funcionarios competentes se hará siempre que mediare conformidad expresa dada por escrito por el presunto infractor o responsable, cuya constancia se acompañare con el acta correspondiente o cuando el comiso esté autorizado por aplicación del Código Alimentario Argentino, Código Alimentario de la Provincia de Buenos Aires, Reglamento de Productos y Subproductos derivado de origen Animal y/o normas nacionales y provinciales vigentes en la materia. Caso contrario se procederá al secuestro y/o intervención.*" De su lectura puede vislumbrarse que la destrucción resulta posible ante los supuestos expresamente señalados en la norma.

⁸¹ Vgr. alimentos en mal estado de conservación destinados a la venta al público, animales afectados de enfermedades contagiosas o peligrosas, mercaderías introducidas en infracción a las normas fiscales, etc.

⁸² Marienhoff, Miguel S. (1990) "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo IV, Parágrafo N° 1494, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

En efecto, la orden de destrucción de aquellos inmuebles no constituye "sanción" alguna, sino una medida de "seguridad" que, esencialmente, tiende a la custodia o protección de una cosa dominical o del dominio público: la calle o camino (conf. art. 235 Código Civil y Comercial).

5.2 Régimen Jurídico

El decomiso encuentra su fundamento en la Constitución Nacional pues siendo que el mismo importa un límite al derecho de propiedad, ello resulta ser una clara expresión de lo prescripto en su artículo 14 en donde todos los habitantes de la Nación gozan de aquel derecho "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio".

Por tal motivo, las leyes que prohíben la posesión de ciertos objetos (muebles) bajo sanción de decomiso no hacen más que reglamentar el derecho de propiedad contenido en el aludido artículo.

De este modo, todo aquel habitante que posea bienes muebles en las condiciones que la ley veda o sanciona bajo el decomiso,⁸³ carecen de una "propiedad legal" y, por lo tanto, no se hallará garantizada por las cartas constitucionales, pues el interés público que se encuentre comprometido se situará por encima del interés individual.

Asimismo, como consecuencia de que la propiedad se encuentra en un "estado ilegal", la garantía constitucional de su inviolabilidad⁸⁴ devendrá inaplicable, resultando -en efecto- improcedente el abono de indemnización alguna al sujeto titular del bien decomisado.

Por otra parte, corresponde advertir que en virtud de lo prescripto por el artículo 14 de la Constitución Nacional y atento a que el instituto bajo análisis importa la pérdida definitiva del derecho propiedad (arts. 17 y 31 Const. Nac. y Pcial, respectivamente) sobre una cosa, el decomiso no sólo debe resultar directamente de una ley formal que lo prevea sino que a su vez deberá fundarse en motivos o causas de interés público.

En suma, hay dos razones que imponen que el decomiso sea a través de la ley formal. Por un lado, la pérdida del derecho de propiedad por causa de utilidad pública debe ser dispuesta por una ley formal que así lo autorice (conf. art. 17 Const. Nac.; art. 31 Const. Pcial.) y, por otra parte, la expresión "leyes que reglamenten su ejercicio" contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional debe entenderse, como leyes formales, es decir emanadas del Poder Legislativo.

Analicemos, por otra parte, a qué autoridad le corresponde legislar sobre el decomiso.

Al importar el ejercicio del poder de policía, instituto que pertenece al derecho administrativo, su legislación se encuentra reservada, en principio, a las provincias para sus respectivas jurisdicciones, pero ello encuentra sus excepciones. Veamos.

En primer término, debido a que la Nación puede legislar sobre decomiso (como expresión del poder de policía) en materias que le hayan sido expresamente delegadas en la Constitución.⁸⁵

En segundo lugar, la Nación puede legislar en lugares donde tiene jurisdicción exclusiva,⁸⁶ o bien, cuando la materia implicada afecte o pudiere afectar a la Nación o a más de una provincia.⁸⁷

Por último, corresponde señalar que la efectiva aplicación del decomiso se concreta a través de un acto administrativo que, fundado en la ley que lo habilita, tendrá ejecutoriedad propia, razón por la cual la Administración Pública puede hacerlo efectivo en forma directa, sin la necesidad de recurrir a la autoridad judicial⁸⁸ y aún contra la voluntad del titular del objeto decomisado.

⁸³ Claro que al igual que como toda norma reglamentaria, las disposiciones normativas que prescriben la sanción de "decomiso" se encuentran sometidas al control constitucional de razonabilidad (art. 28 C.N.).

⁸⁴ Art. 17 Const. Nac.; Art. 31 Const. Pcial.

⁸⁵ Vgr. Art. 75 inc. 1 Const. Nac. Decomiso y destrucción previsto en el Código Aduanero (Ley N° 22.145 y modificatorias, art. 947 - texto según art. 31 Ley N° 25.986-)

⁸⁶ Vgr. en establecimientos de utilidad nacional como: arsenales, cuarteles, campos de ejercicios militares, aeropuertos, aeródromos nacionales, parques nacionales, áreas protegidas, monumentos naturales, penitenciarias, dependencias de la Policía Federal Argentina, de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina, de la Policía Aeronáutica, sedes de los tribunales federales, bancos nacionales, agencias federales de impuestos, entre otros.

⁸⁷ Vgr. Las Leyes Nacionales N° 3.959 (art. 31), N° 24.305 (art. 22) y el Decreto Nacional N° 1.585/96 (art. 18 inc. "e") otorgan el poder de policía en todo el territorio nacional al Servicio Nacional de Sanidad y calidad agroalimentaria (SENASA), quien puede imponer la sanción de decomiso. Cuadra advertir que en caso de incompatibilidad o conflicto entre la ley nacional y provincial, aquella tendrá supremacía de conformidad a lo prescripto por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

⁸⁸ C.S.J.N., *Laperne*, sent 1-6-62, Fallos: 253:15.

6. Ocupación temporánea

6.1. Concepto

La ocupación temporánea⁸⁹ es una limitación a la propiedad privada por razón del interés público,⁹⁰ a través de la cual el Estado adquiere en forma provisional y transitoria, un bien o cosa ajeno para satisfacer un requerimiento de utilidad pública.

En efecto, tal como puede vislumbrarse, el instituto bajo análisis no importa la pérdida del dominio,⁹¹ sino que, como su nombre lo indica, sólo apareja una "ocupación" de la cosa en forma temporal.

6.1.a) Naturaleza jurídica. Sujetos, objetos y fundamentos. Régimen Jurídico

Algunos autores lo han caracterizado como un derecho real de uso en los términos del Código Civil (Lafaille), una locación forzosa (Borda), o bien un derecho real público de naturaleza administrativa.

De acuerdo al concepto anteriormente brindado, podemos afirmar que la ocupación temporánea es un derecho público administrativo, de naturaleza real y contenido patrimonial en donde el ocupante lo adquiere al sólo efecto de uso y goce transitorio.

Esta herramienta jurídica a la que si bien se le aplican principios propios de la expropiación pero difiere de aquella, es empleada por el Estado ante los supuestos en que requiere del uso y goce del bien durante un tiempo determinado para satisfacer una necesidad de interés público.⁹²

Es por ello que ante la posibilidad de satisfacer aquella necesidad mediante la ocupación temporánea de un bien de propiedad de un particular, resulta inútil y contraproducente para el Estado emplear la expropiación del bien y privar de la propiedad en forma definitiva a su titular, quien en definitiva, a través de la figura bajo estudio, una vez satisfecha aquella necesidad, readquirirá el uso y goce de aquella.

Los sujetos que integran la relación jurídica que se entabla a consecuencia de la ocupación temporánea son dos. Por un lado, un sujeto "activo" que podrá ser un ente público estatal⁹³ y por otra parte, un sujeto pasivo (titular del bien) que podrá ser una persona privada (humana o jurídica), como así también un ente público estatal⁹⁴ o no estatal.⁹⁵

En cuanto al objeto, la ocupación temporánea puede recaer sobre cualquier bien o cosa⁹⁶ que resulte necesario emplear u ocupar para satisfacer un determinado requerimiento de utilidad pública de duración temporaria.

Ahora bien, el fundamento jurídico del instituto bajo análisis se encuentra en los artículos 17 y 31 de la Constitución Nacional y Provincial respectivamente, los cuales contemplan a la "expropiación", que es la máxima limitación a la propiedad privada por razón de interés público.

En efecto, si los textos constitucionales admiten aquella figura "extrema", es posible afirmar que -razonablemente- también reconocen la "ocupación temporánea", pues ésta importa una limitación a la propiedad privada con un grado menor de afectación dado que, como se ha expuesto, la ocupación temporánea permanecerá vigente por un plazo determinado o determinable que se relaciona íntimamente con la necesidad pública y transitoria a satisfacer.

Por último, resta advertir que siendo el instituto de la ocupación temporánea una cuestión de derecho administrativo y por lo tanto la potestad de legislar a su respecto es, por principio, de carácter local⁹⁷,

⁸⁹ También denominada "temporaria", "temporal" o, para algunos autores, "expropiación de uso".

⁹⁰ Vale recordar que las limitaciones a la propiedad privada establecidas por razones de interés público son un conjunto de medidas jurídicas, que se adoptan con el propósito de armonizar y compatibilizar el ejercicio de la propiedad privada con las exigencias del interés público, de modo que aquel derecho no sólo no constituya un obstáculo para el logro de ese interés general sino que, incluso, contribuya a él.

⁹¹ Es decir, no afecta su carácter "perpetuo".

⁹² Vale destacar que este instituto fue empleado en un reconocido precedente en donde el Ministro de la C.S.J.N. Dr. Fayt -por su voto- hizo lugar a la demanda por responsabilidad de los daños y perjuicios generados por la Provincia de Buenos Aires tras la inundación provocada por los trabajos realizados por su Dirección de Hidráulica en el campo de propiedad de la parte actora (*Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A.*; Sent. 23-11-89; Fallos 312:2266).

⁹³ Nación, provincia, municipio, entidad autárquica.

⁹⁴ Nación, provincia, municipio, entidad autárquica

⁹⁵ Vgr. Colegio profesional.

⁹⁶ La Ley Nacional de Expropiaciones, en su artículo 57 correspondiente al Título IX "De la ocupación temporánea" indica que "*Cuando por razones de utilidad pública fuese necesario el uso transitorio de un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o de una universalidad determinada de ellos, podrá recurrirse a la ocupación temporánea.*" Por su parte La Ley General de Expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires N° 5.708 refiere a bienes muebles o inmuebles (art. 53).

⁹⁷ Art. 75 inc. 12 y 126 Const. Nac.

aquella se encuentra regulada tanto en el orden nacional a través del Decreto-Ley N° 21.499⁹⁸ como en el ámbito local de la Provincia de Buenos Aires mediante su Ley N° 5.708.⁹⁹

Sin perjuicio de la norma nacional señalada, la potestad de la Nación para legislar sobre el instituto bajo análisis resulta indiscutible frente a aquellas cuestiones que resultan de su propia incumbencia.¹⁰⁰

6.1.b) Caracteres y diferencias frente a otros institutos

La ocupación temporánea:

a) Es un derecho real administrativo. Un "derecho real" dado que importa una potestad de uso y goce del Estado sobre el bien o cosa objeto de la ocupación; y "administrativo" en virtud de la finalidad pública que lo caracteriza.

b) Afecta el carácter absoluto y exclusivo¹⁰¹ del derecho de propiedad.

c) Es transitoria,¹⁰² temporal,¹⁰³ pues su duración es determinada o determinable.¹⁰⁴

d) Alcanza a bienes muebles e inmuebles.

e) Debe indemnizarse pues importa un sacrificio para el titular del bien ocupado que se concreta en un desmembramiento de la propiedad que disminuye su valor económico.

Ahora bien, a fin de comprender con mayor profundidad la herramienta jurídica bajo tratamiento, destacaremos sus diferencias frente a otros institutos (decomiso, requisición y expropiación).

1.- La ocupación temporánea se distingue del decomiso como sanción contravencional, pues esta se configura con un carácter punitivo o simplemente policial, mientras que aquella no reviste esa naturaleza, sino que busca satisfacer una finalidad de interés público mediante la disposición del uso y goce de la propiedad privada en forma temporaria.

2.- La ocupación temporánea se distingue de la requisición pues, en principio, esta última es una medida de aplicación "general" que se efectiviza sobre los bienes de cualquier persona que se requieran para combatir los efectos de una situación pública general.¹⁰⁵ Por su parte, la ocupación temporánea es una medida de carácter "particular", que se aplica cuando frente a un caso individual y aislado resulta necesario emplear tal instituto a fin de satisfacer a un determinado y concreto requerimiento de utilidad pública.

Asimismo, mientras frente a ciertos supuestos la requisición puede tener carácter definitivo,¹⁰⁶ la ocupación temporánea sólo puede ser transitoria,¹⁰⁷ siendo éste su rasgo fundamental.

⁹⁸ Título IX "De la ocupación temporánea" Arts. 57 a 70, Dec.- Ley cit.

⁹⁹ La Ley provincial solo contempla la ocupación temporánea anormal en su art. 53. Al respecto de ello la S.C.B.A. en la causa *Cross y Lanz* (Sent. 11-3-09, C. 95.901) expresó que "IV. Como es sabido, la "ocupación temporánea" es un instituto regulado explícitamente por la ley nacional de expropiaciones (21.499) y que, en nuestra provincia, sólo cuenta con alguna previsión especial vinculada con un supuesto de aplicación del mismo, que es el de la llamada "ocupación anormal" (art. 53, ley 5708)." Siguiendo con su fallo el Máximo Tribunal local añadió "b) Ahora bien, la ausencia de una previsión específica en materia de ocupación temporánea "normal", no quiere decir que frente a una necesidad ordinaria en la que al Fisco provincial no le resulte económicamente sustentable expropiar el dominio de un inmueble, sino que le baste con su utilización transitoria, le esté prohibido satisfacer dicha necesidad en aras al bien común, recurriendo a las previsiones generales sobre expropiación y cumpliendo con todos los recaudos legales aplicables a este instituto (declaración de utilidad pública, indemnización previa, etc.). Ello así, dado que el objeto de la expropiación (el "bien expropiable") no es sólo el dominio de las cosas sino cualquier bien (mueble o inmueble; material o intangible) susceptible de apreciación pecuniaria, como sería el uso de un predio. La "ocupación temporánea" por lo tanto, debe encauzarse en esta jurisdicción a través de las pautas generales de la expropiación, indemnizándose al dueño de conformidad con el justo valor del "bien" en cuestión (la utilización del inmueble) y los perjuicios que son consecuencia inmediata de la misma (arts. 8 y 35, ley 5708)." En suma, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires puede emplearse la figura de la ocupación temporaria normal, aún cuando aquella no se encuentra prevista expresamente en su ordenamiento jurídico.

¹⁰⁰ Vale ejemplificar un supuesto particular. La Ley Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico N° 25.743 luego de prescribir que "Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9° del Código Civil y por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional. de la Nación" (art. 9), habilita a la autoridad competente a disponer por razones de interés público "la ocupación temporánea de terrenos de propiedad privada donde se localicen bienes arqueológicos o restos paleontológicos. Dicha ocupación, salvo casos de peligro inminente, deberá ser declarada por ley. La ocupación no podrá exceder el máximo de dos (2) años, debiendo mediar una justa indemnización al propietario del terreno."

¹⁰¹ Puede privar totalmente el uso y goce de la cosa mientras se encuentre vigente, pero siempre en forma temporaria.

¹⁰² A diferencia de la expropiación, de las servidumbres y las meras restricciones que son permanentes y definitivas.

¹⁰³ Expresamente, en el orden nacional el Decreto Ley N° 21.499 fija para la ocupación temporánea normal un plazo que no puede exceder de dos años (art.64) mientras que para la ocupación temporánea anormal determina que no podrá tener "mayor duración que el lapso estrictamente necesario para satisfacer la respectiva necesidad" el cual deberá ser evaluado bajo el criterio de "razonabilidad" frente al caso concreto (art. 28 Const. Nac.)

¹⁰⁴ Caso contrario, la "ocupación temporánea" de duración indefinida o definitiva, resulta inválida por ser contraria a la naturaleza jurídica del instituto.

¹⁰⁵ Vgr., a) trastornos económicos que producen, o incitan alzas indebidas en los precios de los productos de primera necesidad, lo cual puede justificar la requisición de éstos; b) conflicto bélico (concreto o potencial) que conlleva al Estado a la inmediata adquisición de determinados bienes.

¹⁰⁶ Vgr. requisición de productos alimenticios, requisición de ganado para consumo de la población o del ejército

¹⁰⁷ Vgr. ocupación de un inmueble para instalar en él el depósito de los materiales de una obra pública a construir.

3.- Finalmente abordemos la distinción entre expropiación y ocupación temporánea. Mientras la expropiación extingue el dominio del titular del bien expropiado; la ocupación temporánea sólo transfiere al ocupante el uso y goce del bien o cosa ocupado, de modo que la utilidad pública que motiva la expropiación no tiene límite temporal, mientras que en la ocupación temporánea aquella utilidad pública es transitoria.

6.1.c) Requisitos

Dos son los requisitos que resultan necesarios para que la ocupación temporánea proceda y se deben presentar de modo simultáneo ya que actúan como garantía al derecho de propiedad del sujeto titular del bien que se ocupará. Veamos:

a) la utilidad pública¹⁰⁸ declarada por ley formal como "causa" jurídica de aquella.

Siendo que el fundamento de la ocupación temporánea es análogo al de la expropiación, su procedencia sólo se justifica por causa de utilidad pública declarada mediante una ley formal.¹⁰⁹ Cuadra destacar que la noción de utilidad pública no tiene un significado estático y fijo, sino que aparece, al contrario, como esencialmente dinámico y variable en el lugar y en el tiempo; es decir, en otros términos, es un concepto contingente, circunstancial.¹¹⁰

Resulta oportuno señalar que el destino del bien ocupado temporáneamente no puede diferir al determinado como motivo de la ocupación.¹¹¹ De suceder ello, el sujeto titular del bien podrá requerir la retrocesión del bien, al igual que en la expropiación.

b) la "indemnización" al titular del bien ocupado.

Dado que la ocupación temporánea importa un sacrificio para el titular del bien ocupado que se concreta en un desmembramiento de la propiedad al afectarse el carácter exclusivo del bien y de este modo disminuir su valor económico, aquel deberá ser indemnizado.

A su vez, corresponde señalar que la indemnización encuentra su fundamento en los artículos 17 y 31 de la Constitución Nacional y Provincial respectivamente, pues como lo sostiene la doctrina mayoritaria, lo que aquellas establecen respecto a la indemnización en materia de expropiación constituye un principio general de derecho, aplicable a todas las hipótesis en que un derecho patrimonial debe ceder por razones de interés público.¹¹²

La indemnización será previa en los supuestos de ocupación temporánea normal, pero en el supuesto de que aquella resulte anormal, las circunstancias que la motivan permiten postergar su pago.¹¹³

Asimismo, al igual que como acontece frente a la expropiación, en materia de ocupación temporánea la indemnización debe ser "justa", considerando la doctrina mayoritaria que debe estar integrada por el daño emergente.¹¹⁴

¹⁰⁸ Como alternativa de aquella expresión contenida en nuestra Constitución Nacional en su art. 17 denomina "utilidad pública", se han utilizado otras expresiones, como "necesidad pública", "uso público", "utilidad social", "interés general", "interés social", "interés público", todas las cuales, sin embargo, vienen a significar algo que no es de los individuos, de los particulares, sino de determinados agrupamientos sociales o de la colectividad en su conjunto.

¹⁰⁹ Conf. art. 61 Decreto Ley N° 21.499.

¹¹⁰ Por ello es que los constituyentes, como resguardo suficiente para precisar cuándo existe tal utilidad pública, previeron que su calificación correspondía, en cada caso, al órgano legislativo, que recogería las ideas existentes al respecto en cada momento en que deba disponerse una expropiación, lo que resulta aplicable a la ocupación temporaria.

En función de ello es que la S.C.B.A. ha manifestado que el alcance de la utilidad pública varía en función del cambio de las condiciones económicas, políticas y sociales (conf. doct. S.C.B.A., *Bonfante*, sent. 3-III-1964, causa B 43.878).

¹¹¹ Art. 63 Decreto Ley N° 21.499

¹¹² De modo sustancialmente análogo a la expropiación, aquí en la ocupación temporánea (con la salvedad dispuesta en el orden nacional para la ocupación temporánea "anormal" -art. 62 Decreto Ley N° 21.499-) se produce un conflicto que se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés particular. Pero la juridicidad exige que ese sacrificio sea repartido y que toda la comunidad que se beneficia con la privación del uso temporario de la propiedad al titular del mismo, lo indemnice por causa del bienestar general.

¹¹³ Sin perjuicio de ello, se ha considerado en referencia al artículo 59 del Decreto Ley N° 21.499, que la ley supone que la ocupación temporánea anormal tendrá un término muy breve y que frente a la necesidad imperiosa no cabe reclamar por un daño de menor cuantía (Borda).

¹¹⁴ Ocupación temporánea normal. Art. 62 Decreto Ley N° 21.499 *"La ocupación temporánea normal apareja indemnización, siendo aplicables en subsidio las reglas vigentes en materia de expropiación."*

La indemnización a que se refiere el presente artículo comprenderá el valor del uso y los daños y perjuicios ocasionados al bien o cosa ocupados, como así también el valor de los materiales que hubiesen debido extraerse necesaria e indispensablemente con motivo de la ocupación."

No obstante ello, corresponde advertir que por su parte, el artículo 59 del Decreto Ley N° 21.499 excluye la indemnización del propietario ocupado en la ocupación temporánea anormal, *"salvo la reparación de los daños o deterioros que se causaren a la cosa o el pago de daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres ajenos a los que estrictamente determinaron su ocupación."* Si bien ello ha motivado severas críticas doctrinarias, se ha señalado también desde ese ámbito que lo allí prescripto resulta aplicable cuando se trata de un uso transitorio y excepcionalmente breve de la cosa o bien, supuesto en el cual la situación queda asimilada a una "prestación real forzosa" que no puede extenderse más allá del tiempo estrictamente necesario para cumplir con su finalidad.

No obstante ello, el "lucro cesante" no debe integrar los rubros indemnizables en materia de ocupación temporánea, pues tampoco los integra en materia de expropiación,¹¹⁵ cuyos principios, como ya se indicara, son aplicables en la especie.

6.1.d) Supuestos y procedimientos para su perfeccionamiento

Tal como podemos observar de lo hasta aquí expuesto, existen dos supuestos de ocupación temporánea. Si bien ambos tienden a satisfacer una causa de "utilidad pública", los motivos que la suscitan son diversos.

Por un lado la ocupación temporánea "anormal", cuya causa de utilidad pública para ser empelada se manifiesta a consecuencia de una necesidad que requiere ser satisfecha con carácter urgente, sin lugar a la menor demora o dilación.¹¹⁶ Es decir, que aquella responde a exigencias del "estado de necesidad" que podrán ser motivadas cuando se haya "producido un desastre" o bien, aquel resulte inminente.

Por su parte, en la ocupación temporánea "normal" si bien se presenta una necesidad a satisfacer,¹¹⁷ aquella no se caracteriza por la premura ni inminencia necesaria para su satisfacción.

Esta diferenciación de supuestos lleva a distintos procedimientos para perfeccionar la ocupación temporánea anormal o normal.

Así, dadas las circunstancias que se presentan y que motivan al empleo del instituto, en la ocupación temporánea "anormal" podrá concretarse por decisión directa de la autoridad administrativa y sin declaración legislativa de utilidad pública, en cuyo caso el acto emanado de la Administración Pública tendrá ejecutoriedad propia.¹¹⁸ Ello es así por cuanto la urgencia que presenta la necesidad a satisfacer, justifica que se prescinda de ciertas formalidades que hacen "al debido proceso legal".

A diferencia de ello, en el supuesto de una ocupación temporánea "normal" se requiere -como se ha visto-: a) que su finalidad de utilidad pública sea previamente calificada por ley formal,¹¹⁹ b) que se indemnice previamente¹²⁰ y c) que ella se concrete por avenimiento¹²¹ o, en caso de no resultar posible, mediante la autoridad judicial a requerimiento de la Administración.¹²²

Finalmente resta señalar que una vez concluida¹²³ la "ocupación temporánea" normal o anormal, el ocupante deberá restituir a su dueño el bien o cosa ocupado¹²⁴.

¹¹⁵ Art. 10 Dec.- Ley N° 21.499; Art. 8 Ley N° 5.708

¹¹⁶ La ocupación o uso debe comprender el lapso de tiempo que resulte estrictamente necesario para satisfacer la necesidad que motiva la ocupación (art. 60 Decreto Ley N° 21.499)

¹¹⁷ Vgr. Ocupación de un inmueble para permitir o facilitar la construcción, o el mantenimiento de una obra pública.

¹¹⁸ V. Art. 59 Decreto Ley N° 21.499; Art. 53 Ley N° 5.708

¹¹⁹ Art. 61 Decreto Ley N° 21.499

¹²⁰ En la ocupación temporánea normal, al igual que en la expropiación, la autoridad podrá depositar una suma de dinero que resulte razonable para indemnizar los daños producidos por la ocupación temporánea, cuyo importe quedará finalmente determinado por el avenimiento de las partes o por la autoridad judicial (conf. doct. art. 61 y 65, Decreto Ley N° 21.499). El afectado tiene derecho al valor de uso del bien durante la ocupación, los daños y perjuicios ocasionados al bien -si los hubiere-, los materiales extraídos debido a la ocupación (en su caso), no indemnizándose -al igual que la expropiación- el lucro cesante.

Por su parte, la ocupación temporánea anormal no da derecho a ser indemnizado por el uso, pero sí por los daños y perjuicios ocasionados (art. 59 Decreto Ley N° 21.499).

¹²¹ Donde también, en esta oportunidad es recomendable establecer expresamente el término de duración el cual no podrá exceder los dos (2) años (Conf. art. 64 Decreto - Ley N° 21.499).

¹²² Decreto - Ley N° 21.499 Art. 61. *"La ocupación temporánea por razones normales, previa declaración legal de utilidad pública, podrá establecerse por avenimiento; de lo contrario deberá ser dispuesta por la autoridad judicial, a requerimiento de la Administración Pública."*

Art. 65 *"El procedimiento judicial establecido para el juicio de expropiación es aplicable, en lo pertinente, al juicio de ocupación temporánea normal."*

¹²³ Vgr., por el cumplimiento de la finalidad que la motivó, por vencimiento del término expreso establecido (igual o menor a dos años en el supuesto de la ocupación temporánea normal -art. 64 Decreto Ley N° 21.499-), por vencimiento del término estrictamente necesario para satisfacer la necesidad que motivó la ocupación (en el supuesto de la ocupación temporánea anormal -art. 60 Decreto Ley N° 21.499-), por declaración de nulidad del acto administrativo que dispuso la ocupación temporánea sea a través de la justicia o de la propia administración, por la declaración de ilegitimidad de la utilidad pública invocada como causa justificante (vgr. por ocupar un predio lejano a la obra pública, manifestando que es a los fines de desarrollar aquella), etc.

Corresponde señalar al respecto lo que dispone el Decreto - Ley N° 21.499 ante el vencimiento del término y la falta de restitución del bien en su artículo 64 *"Ninguna ocupación temporánea normal puede durar más de dos años; vencido este lapso, el propietario intimará fehacientemente la devolución del bien. Transcurridos treinta días desde dicha intimación sin que el bien hubiere sido devuelto, el propietario podrá exigir la expropiación del mismo, promoviendo una acción de expropiación irregular."* En el orden provincial, el propietario solo puede promover el juicio de expropiación, *una vez declarada la utilidad pública*, en los casos que contempla su artículo 41. Específicamente y frente a la falta de restitución del bien ocupado, aquel podrá iniciarlo en virtud de lo dispuesto por el inciso "c" el cual reza "c) Cuando la autoridad provincial o municipal turbe o restrinja, por acción u omisión, los derechos del propietario."

¹²⁴ Decreto - Ley N° 21.499 Art. 70 *"La acción del propietario del bien ocupado para requerir su devolución prescribe a los cinco años computados desde que el ocupante debió devolver el bien."* Cierta parte de la doctrina se ha inclinado por su inconstitucionalidad al sostener que el ejercicio de la acción con posterioridad al plazo señalado daría lugar a la adquisición del dominio por parte del Estado de un modo no regulado ni permitido por la garantía a la propiedad establecida en la Constitución Nacional (Gordillo, Agustín; Maiorano, Jorge L.)

7. Bibliografía

- Barra, R. (1980). *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ábaco.
- Bielsa, R. (1956). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Calabrese, A. (2009). “De las limitaciones a la propiedad particular en la ley de protección al patrimonio arqueológico y paleontológico”. Buenos Aires: La Ley Suplemento “Actualidad” del 18.8.2009 y La Ley On Line.
- Diez, M. M. (1980). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Bibliográfica Ameba.
- Flores, A. B. (2013). “La regulación de las limitaciones al dominio en razón del interés público en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. Buenos Aires: Rev. Jurisprudencia Argentina, t. 2013-III.
- Gordillo, A. (1996). “Excepción –sin reconversión- de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo”. Buenos Aires: LL 1996-B-447.
- Lorenzetti, R. L. –Director- (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Leiva Fernández, L. (1981). “Límites de la ocupación temporánea normal y acciones a que da lugar”. Buenos Aires: LL 1981-C, pág.1141.
- Marienhoff, M. S. (1987). *Tratado de Der. Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Massimino, L. F. (2009). “Servidumbre administrativa de gasoducto”. Buenos Aires: LL 2009-D-1189.
- Morán, M. (2012). “Constitución de servidumbres administrativas de electroducto por medio de prescripción adquisitiva o usucapión: Una cuestión no resuelta”. Buenos Aires: Diario La Ley, Suplemento actualidad de fecha 26-06-2012.
- Palacios M. y Pernasetti, L. (2015). “Servidumbre administrativa de electroducto”, Cicero, N. K. –Directora-. *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Pozo Gowland, H. (2010). “Servidumbres Administrativas”. Buenos Aires: JA 2010-III, fascículo 13, p.77.
- Rivera, J. C. y Medina G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Salaberren, R. (2002). “La servidumbre administrativa de electroducto y gasoducto en la Provincia de Buenos Aires”. Buenos Aires: JA-2002-II, fascículo 1, p.44/55.
- Sanmartino, P. (2012). “Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho”. Buenos Aires: REDA N° 81, Junio 2012, p. 731.
- Scotti, E (2000). *Legislación Urbanística de la Provincia de Buenos Aires. Ordenada y Comentada*. La Plata: Editorial Scotti.
- Scotti, E. (1998). “Régimen de los barrios privados en la provincia de Buenos Aires”. Buenos Aires: RAP 1998-6.
- Scotti, E. “Complejos urbanísticos y urbanizaciones especiales”. Buenos Aires: EL 119-743.
- Valiente Noailles, L. (1979) “Derecho real de servidumbre administrativa de electroducto”. Buenos Aires: LL 1979-B, pág.1036.
- Valiente Noailles, L. (1984). “La indemnización en las servidumbres administrativas de electroducto”. Buenos Aires: LL 1984-A, pág.930.
- Villegas Basabilvaso, B. (1956). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial TEA.
- Vivot, H. (2011). “El régimen federal de la servidumbre de electroducto”. Buenos Aires: El Derecho, periódicos de los días 3 y 4 de febrero de 2011.

CAPÍTULO 3

Limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público

Álvaro Flores y Leopoldo Rivas

1. Expropiación

Cuando hablamos de expropiación -en forma instantánea- se comienzan a conjugar las dicotomías propias y características que componen a la disciplina del Derecho Administrativo. Esto es así, debido a que por un lado se encuentra manifestada unas de las potestades de mayor tenor que posee el Estado, y por el otro, representa la afectación directa de un derecho individual de anclaje constitucional, como lo es el derecho de propiedad. Por tales motivos, en aras de armonizar éstos dos intereses -que a priori se hallarían contrapuestos- es indispensable construir un procedimiento adecuado y eficaz que los canalice, contemple y proteja.

En este contexto, es donde comienza a advertirse la importancia y trascendencia de la Expropiación, la cual se erige como un medio ético-jurídico mediante el cual hallan armonía el interés público y el interés privado ante los requerimientos del primero¹²⁵, respetando -en todos los casos- los principios elementales de la personalidad humana que representa la finalidad culmine de todo Estado Constitucional de Derecho.

En comparación con las demás limitaciones al dominio analizadas en el capítulo anterior, el instituto de la expropiación representa la limitación de mayor alcance e intensidad autorizada por el ordenamiento jurídico, al punto tal de extinguir el dominio (la propiedad) del particular afectando por completo a los caracteres clásicos del dominio (absoluto, perpetuo y exclusivo).

Teniendo en consideración las apreciaciones realizadas, entendemos -adoptando la posición de MARIENHOFF- que la expropiación puede definirse como el “como el medio jurídico en cuyo mérito el Estado obtiene que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública, previa indemnización”¹²⁶. Nos adscribimos a esta postura debido a que contempla los lineamientos determinantes estipulados en nuestro orden constitucional, tal como se podrá contemplar en los próximos acápite.

1.1. Teorías sobre su Fundamento

Para introducirse a la comprensión del instituto expropiatorio, es imprescindible efectuar un somero análisis de la evolución que ha experimentado en el devenir histórico. Liminarmente, puede decirse que los vaivenes de la expropiación han estado íntimamente vinculados con los cambios de paradigmas respecto de las funciones y finalidades del Estado.

En el Derecho Romano -sin hacerse expresa alusión al término- pareciera advertirse la existencia de algunos vestigios acerca de la expropiación, atento a que habría sido utilizada para la construcción de acueductos en las principales ciudades. Como bien lo señala Villegas Basavilbaso¹²⁷, no se encontraban regladas ni por las constituciones ni las leyes, sino más bien, era una potestad ejercida discrecional o arbitrariamente la cual era muy a menudo indemnizada.

¹²⁵ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Abeledo Perrot, Año 1998.

¹²⁶ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Abeledo Perrot, Año 1998.

¹²⁷ VILLEGAS BASABILBASO, Héctor “*Derecho Administrativo*”. Tipografía Editora Argentina. Año 1956. Tomo VI. Pág. 307.

Las Siete Partidas de Alfonso IX (Partida 2, Título I, Ley 2; Partida 3, Título XVIII, Ley 31) también regularon embrionariamente la expropiación, sin hacer expresa referencia a su actual nomenclatura.

Más allá de los antecedentes sucintamente señalados, creemos que con antelación al nacimiento del Estado de Derecho como producto genuino del proceso de constitucionalización es impropio hablar de la existencia de expropiación. A esta conclusión se puede llegar atento a que previo a esta etapa, no podía hablarse de un reconocimiento de derechos; únicamente existían concesiones u otorgamientos de privilegios para los súbditos¹²⁸. Conforme a lo expuesto, el poder de los Señores Feudales en la Edad Media ejercido en el ámbito territorial de influencia, o el poder de los príncipes de quitar la propiedad privada para beneficio de la propiedad característico de los Estado Policiacos del Absolutismo Moderno no se asemejan a los principios básicos de la expropiación, que suponen -además- la preexistencia de un derecho de propiedad en cabeza del ciudadano. La expropiación, en todo caso, tuvo la forma de confiscación.

En este orden de ideas, con el advenimiento del constitucionalismo y por ende, del expreso reconocimiento y protección de los derechos de raigambre liberal (entre ellos, la propiedad) únicamente puede hablarse de la existencia del instituto expropiatorio.

Encontrándose despejada esta cuestión previa, es plausible adentrarse al tratamiento de los fundamentos de la potestad expropiatoria. Cabe advertir que el abordaje de las posturas y la adhesión por cualquiera de ellas, tiene importante efectos prácticos al momento de discernir la extensión de la causa expropiatoria, su objeto o la indemnización que corresponda.

1.1.a) Teoría de la colisión de derechos

Por conducto de esta posición, la solución al fundamento de la expropiación radica en que el derecho a expropiar se basa en la superioridad del derecho público sobre el derecho privado, intentando armonizar la situación antagónica entre dos intereses disímiles (público/privado). A esta teoría, partiendo de la premisa que para efectuar la comparación pretendida sería menester que se trataran de intereses cualitativamente idénticos y cuantitativamente diferentes, ha sido severamente criticada. Al revestir ambos, por manifiestas razones, aspectos de calidad sustancialmente divergente, carece de total asidero justificar la potestad expropiatoria por esta vía.

1.1.b) Teoría del dominio eminente

Bajo el amparo de esta Teoría, la expropiación aparece como un desprendimiento o una característica inherente del atributo de la soberanía que -como cualidad o modalidad del elemento poder- posee cada Estado. Según el filósofo iusnaturalista Hugo Grocio, esta prerrogativa debía ser entendida como una manifestación del poder soberano para tomar la propiedad privada para uso público, sin consentimiento del propietario. No obstante ello, el ius eminens cuenta con un origen medieval, debido a que representaba uno de los poderes omnímodos sobre ámbito territorial sobre el cual desplegaba su influencia.

Posteriormente, fue Otto MAYER¹²⁹ quien sustentó el fundamento de la expropiación a partir del dominio eminente. En tal inteligencia, el “derecho de superioridad de los príncipes” se erigía como el derecho del soberano los territorios de los que se asentaban los súbditos, para la consecución del bienestar de la comunidad. Asimismo, MAYER señala una evolución en el concepto de “dominio eminente” se transforma - con el advenimiento del constitucionalismo- en una expresión de la soberanía del Estado. En el derecho norteamericano, también ha sido utilizada para fundamentar la potestad expropiatoria. Al respecto, Cooley¹³⁰ definió al dominio eminente como la autoridad legal que existe en toda soberanía para controlar y reglamentar aquellos derechos de carácter público que pertenecen a sus ciudadanos en común, y para expropiar y controlar la propiedad individual para beneficio público, a medida que la seguridad, las necesidades, las conveniencias o el bienestar público lo requieran”.

Esta teoría ha sido repudiada, fundamentalmente, por los siguientes aspectos: A) Esta construcción, conforme a sus orígenes históricos, únicamente resultaría de aplicación para bienes inmuebles, y por tal motivo, circunscribiría infundadamente el objeto de la expropiación; B) su ejercicio, por su raigambre medieval/absolutista, se ubicaría por fuera de los límites jurídico-legales, contrariando los principios del Estado de Derecho; C) por lo expuesto en el punto “B”, esta Teoría se encuentra impedida de dar explicación a la necesaria -y previa- indemnización a favor del expropiado.

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Lucha contra la inmunidades del Poder”. Madrid: Civitas.

¹²⁹ MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Buenos Aires: Abeledo.

¹³⁰ COOLEY, Thomas M. Principios Generales del Derecho Constitucional en los Estado Unidos de América, traducción al español de la 2ª edición americana por Julio Carré, Jacobo Peuser. Año 1898. Pág. 321.

1.1.c) Teoría de las reservas

De acuerdo a esta postura, el fundamento del instituto expropiatorio encuentra asidero en el origen y evolución histórica de la propiedad, que asimismo se vincula, con el desarrollo del hombre en la civilización. Partiendo de una concepción de tipo “contractualista” (pregonada por autores como Hobbes, Locke, y Rousseau), esta teoría entiende que la propiedad ha transitado por distintas fases; originariamente es colectiva, luego se convierte en individual, y posteriormente se adecuó a los intereses y fines de la sociedad y el Estado. Siguiendo este lineamiento, se entiende que la propiedad colectiva se mantuvo a través de siglos, y, cuando surge la propiedad individual, el poder social -a consecuencia del pacto- se reservó el derecho de retirar del dominio individual, para hacerlas entrar en el dominio común -mediante indemnización- todas aquellas cosas cuya posesión fuese exigida por la utilidad pública. En base a esta lógica, no existiría contradicción entre expropiación y derecho de propiedad, por cuanto el primero estaba condicionado a ser extinguido por causa de utilidad pública, para retornar a la propiedad colectiva.

La teoría de referencia ha sido objeto de críticas. Como lo sostiene Legón¹³¹ “no existe una correlación entre un hecho y el otro: colectiva en un ciclo, individualista en el otro, social en uno postrero, la propiedad no se inclina de por sí por ninguno de los momentos históricos señalados. Ella es evolutiva: se acomoda a las circunstancias sociales de cada momento; por eso no puede haber un fundamento uniforme y general para todas las etapas”.

1.1.d) Teoría de la función social de la propiedad

Quizás siguiendo la tónica de la crítica esbozada a la teoría anterior, los adscriptos a esta tesitura entienden que la propiedad no es un derecho intangible y sagrado, sino un derecho que continuamente cambia, que debe moldearse a las necesidades sociales que viene a satisfacer. Atento a ello, cuando la propiedad individual no responde a una necesidad social, el Legislador deberá intervenir para organizar una nueva manera de apropiación de riquezas. Esta posición, fue sostenida por Leon DUGUIT¹³².

Las objeciones a esta teoría se concentraron en la indagación acerca del pensamiento de DUGUIT, quien desechaba una concepción individualista de la sociedad y del derecho objetivo. Este tipo de doctrina no tendría cabida dentro del ordenamiento constitucional argentino que reconoce la propiedad privada en su carácter individual¹³³ (Art. 17 CN; Art. 30 CPBA), como derecho subjetivo, aunque con una doble función; personal y social¹³⁴.

1.1.e) Teoría de los fines del Estado

El Estado Constitucional de Derecho tiene como finalidad esencial e irrenunciable la promoción del bien común, entendido como “el conjunto de condiciones necesarias para consentir y favorecer el desarrollo personal de cada ser humano, miembro de una comunidad determinada”¹³⁵. En virtud de esta ineludible finalidad –derivada de la Soberanía- el Estado endereza sus objetivos al cumplimiento de los fines esenciales, para su subsistencia y para el bienestar de la comunidad que habita dentro del mismo. En tal contexto, la expropiación se erige como una herramienta valiosa -e irrenunciable¹³⁶- para el logro del progreso social, y en consecuencia, para la satisfacción de los fines jurídico-sociales.

Por los motivos reseñados -junto con la doctrina mayoritaria a nivel nacional¹³⁷- consideramos que la teoría expuesta es la que responde de manera adecuada al fundamento del instituto expropiatorio. Nos permitimos agregar que esta es la única teoría que permite explicar las adaptaciones y cambios que se producen en el concepto jurídico indeterminado de la “utilidad pública”, y en la inclusión como objetos expropiables de nuevos tipos de bienes, por la aparición constantes de nuevos requerimientos.

1.2. Valoración de las Teorías

Sin perjuicio de la posición adoptada, consideramos que las demás teorías sintéticamente esbozadas han contribuido en la comprensión y el estudio de los fundamentos de la expropiación.

¹³¹ LEGÓN, Fernando *Tratado Integral de la Expropiación Pública*. Editorial Abeledo V. Buenos Aires. Año 1943. Pág. 90.

¹³² DUGUIT, Leon *Les transformations generales du droit prive: depuis le code Napoleon*. París, Félix Alcan, 1912.

¹³³ Cabe precisar que DUGUIT, sostuvo expresamente que el individuo no es un fin, sino un medio para la consecución de los fines sociales.

¹³⁴ MARIENHOFF, Miguel S. op., cit.; VILLEGAS BASABILBASO, Héctor op., cit., pág.

¹³⁵ Juan XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*.

¹³⁶ Fallos 238:335

¹³⁷ BIELSA, Rafael *Derecho Administrativo*. La Ley. 1956. Tomo 3º. Pág. 431-433; VILLEGAS BASAVILBASO, Héctor op. cit., pág. 332; MARIENHOFF, Miguel op., cit., pág. 140 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos “Curso de Derecho Administrativo”. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Año 2011. 10^{ma} Edición. Pág. 272/273.

Por cierto, pese al rechazo actual de la teoría referida al “dominio eminente”, durante sus primeras décadas de existencia la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJN) -por la influencia de la doctrina y jurisprudencia norteamericana- adscribió a esta postura para justificar el poder expropiatorio estatal, ya sea nacional, provincial y municipal¹³⁸.

Por otra parte, tampoco pueden negarse los cambios experimentados en torno a las funciones de la propiedad, las cuales fueron mutando a medida que las funciones del Estado se fueron aumentando o transformando. Así las cosas, una interpretación dinámica del texto constitucional ha permitido reconocer la función social de la propiedad para el abordaje de diversas controversias, entre ellas, los procesos expropiatorios¹³⁹.

En este orden de ideas, la ponderación de intereses contrapuestos (el colectivo con el particular) ha sido expuesta para brindarle una hermenéutica correcta. Al respecto, la CSJN afirmó que la expropiación es un instituto concebido para conciliar los intereses públicos con los privados¹⁴⁰.

Teniendo en consideración las cuestiones anteriores, podemos concluir que gran parte de los argumentos esgrimidos por las teorías destinadas a brindar fundamento a la expropiación han sido tratadas por la jurisprudencia del Máximo Tribunal, las cuales -a nuestro juicio- se encuentran condensadas en la tesis del cumplimiento de los fines esenciales del Estado¹⁴¹, que como se verá de inmediato, reviste raigambre constitucional. Conteste a esta idea, vale decir la expropiación ha sido establecida por el legislador constituyente con el carácter de procedimiento extraordinario destinado a posibilitar el logro de fines de utilidad pública o de mejoramiento social¹⁴².

1.3. Naturaleza Jurídica. La Expropiación como Instituto de Derecho Público

Una cabal comprensión y visión de la figura de la expropiación obliga a tratar someramente la cuestión referida a su naturaleza jurídica, debido a que acarrea importantes consecuencias prácticas.

En tal sentido, se ha desechado en forma unánime la concepción que asimilaba a la expropiación con una “compraventa forzosa” (amparándose en el Art. 1324 inc. 1 del Código anterior)¹⁴³, como así también la teoría que la consideraba como acto mixto (acuñada por prestigiosa doctrina nacional y extranjera –Bielsa, Mayer- y por la jurisprudencia de la CSJN¹⁴⁴ hasta el año 1958).

Indiscutidamente, la figura de la expropiación es un instituto regido homogénea e íntegramente por el derecho público¹⁴⁵. Más precisamente –como lo afirma sin cortapisas MARIENHOFF- la expropiación es “una institución jurídica de base constitucional”¹⁴⁶.

Las implicancias que posee esta calificación son relevantes. Al revestir una naturaleza netamente pública, su regulación le compete -por regla- a las provincias debido a que las cuestiones vinculadas con el derecho público son de carácter local (Art. 5, 121, 125, 126 CN), dado que se erigen como una potestad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional. La CSJN ha sido categórica al sentar que la facultad expropiatoria es una de las conservadas por las provincias dentro de su territorio y la autonomía de éstas en virtud del orden de reparto de los poderes nacionales y provinciales¹⁴⁷.

De acuerdo a esta naturaleza, los elementos constitutivos de la expropiación serán aplicados e interpretados a la luz de los principios del derecho público.

¹³⁸ Fallos 104:247; 140:207; 155:302; 180:48.

¹³⁹ Fallos 210:1208; 218:64; 232:134; 239:260; 289:67; 286:166; 298:412; 322:3255; Candy

¹⁴⁰ Fallos 268:112; 326:2329.

¹⁴¹ No resulta ocioso señalar que mediante el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos (cuyo ejemplo clásico y típico lo constituye la figura de la Expropiación) se ha procurado amparar el derecho de propiedad sin neutralizar la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales (Fallos 321:2345; 320:955).

¹⁴² Fallos 251:246.

¹⁴³ Actualmente, el nuevo Código –con acierto- ha omitido regular el instituto expropiatorio en su articulado.

¹⁴⁴ Fallos 140:207

¹⁴⁵ Fallos 241:73; 291:232.

¹⁴⁶ MARIENHOFF op., cit.

¹⁴⁷ Fallos 291:232.

2. Normativa Constitucional, Convencional y Legal. Nacional y Provincial

A consecuencia de la naturaleza estrictamente pública que reviste la figura de la expropiación, a fin de adentrarse al estudio su regulación, es menester comenzar por las disposiciones constitucionales que hacen referencia al tema.

El Artículo 17 de la Constitución Nacional (el cual representa una cláusula característica y típica de Constituciones de estilo liberal) expresamente consagra: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...”. Complementan a este artículo, el Preámbulo (con la frase “promover el bienestar general”) y el Art. 75 inc. 18 (Cláusula de prosperidad), que a su vez, proporcionan el fundamento para el desenvolvimiento de la potestad expropiatoria.

Por conducto del Art. 75 inc. 22, ciertos tratados internacionales -en las condiciones de su vigencia- también brindan sustento a la regulación del instituto expropiatorio. En tal sentido, el Art. 17 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Art. 4º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los cuales cuentan con jerarquía constitucional, refuerzan las bases de la tutela sobre la propiedad privada, y su eventual sacrificio ante el nacimiento de exigencias del bien común. Una situación particular reviste la posible aplicación en materia expropiatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, debido a la reserva formulada por el Estado Nacional al momento de suscribir dicho Tratado con respecto al Art. 21, que regula el derecho de propiedad.

A nivel federal, desde los comienzos de la Organización Nacional se tuvo en mirar el reconocimiento de la potestad expropiatoria. El Reglamento Provisorio de 1817, y las Constituciones Unitarias de 1819 y 1826 constituyen los antecedentes más próximos del actual Art. 17 de la C.N., el cual se encuentra inspirado en el texto de la V Enmienda de la Constitución de los EE.UU.

Por otra parte, las leyes Nros. 189 y 13.264 fueron las primeras reglamentaciones enderezadas a contemplar los aspectos del procedimiento expropiatorio. En la actualidad, se encuentran vigentes el Dec-Ley Nº 21.499 (Ley General de Expropiaciones) y el Dec-Ley Nº 21.626 (Tribunal Nacional de Tasaciones) que participa activamente en la determinación del quantum indemnizatorio.

Las provincias que componen el Estado Argentino, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regulan en forma específica la figura de la expropiación, mediante la sanción de las leyes correspondientes a los efectos de establecer los tópicos esenciales del instituto (objeto, sujetos, indemnización, procedimiento, proceso judicial, competencia, retrocesión, abandono, régimen de costas, etcétera).

En particular, la Provincia de Buenos Aires le brinda soporte constitucional a la expropiación en los Arts. 10 y 31 de su Carta Magna. En tal sentido, actualmente la reglamentación y los alcances de la figura bajo análisis se encuentran estipulados en la Ley Nº 5708.

Se aclara que para el desarrollo de los puntos que componen esta Capítulo se tomarán como referencias las reglamentaciones emanadas de la Legislación Federal y Bonaerense.

3. Causa Expropiatoria

La causa expropiatoria, como elemento determinante para la validez y eficacia del instituto, se identifica por la existencia de la “utilidad pública”. Como se ha podido contemplar más arriba, la utilidad pública representa un elemento constitutivo de raigambre constitucional indispensable para el procedimiento expropiatorio, y por tal circunstancia, la ausencia o alteración de este elemento tendrá como resultado la ilegitimidad del instrumento que declare la expropiación.

Sentada esta consideración previa, es necesario delinear cuales son los alcances de la locución “utilidad pública”. En este aspecto, ha sido determinante la elección efectuada por el constituyente, optando por la inclusión de aquel término, que supone -en principio- una mayor amplitud respecto de otros vocablos utilizados para consagrar a la causa expropiante. Originariamente, la causa expropiante fue representada con la inclusión de la voz “necesidad pública” (Art. 17 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano; Art. 19 de la Constitución Francesa de 1791; Constitución Francesa de 1795) o con la expresión “usos públicos” (V enmienda de la Constitución de los EE.UU.; Constituciones Unitarias de 1819 -Art. 135- y 1826 -Art. 175/176-), que traducían en los hechos un alcance sensiblemente inferior. Esta cuestión, no es meramente terminológica u académica, debido a que la decisión que se adopte repercutirá en los contornos y extensión de los objetos que integren la declaración de expropiación, los cuales son fruto de las finalidades esencialmente variables que le van surgiendo a los Estados, en un determinado tiempo y lugar.

En virtud de lo manifestado, es apropiado resaltar que el principio de la utilidad pública resulta comprensivo de expresiones genéricas tales como necesidad pública, uso público, interés general, interés social, interés público, perfeccionamiento social, entre otras. Esta amplitud para abarcar cualquier supuesto expropiatorio, se justifica por la naturaleza mutable del concepto de “utilidad pública”, el cual es siempre relativo, atento a que varía con las condiciones económicas, políticas y sociales de la sociedad a que se lo refiera¹⁴⁸. Debido a esta situación, su concepto deberá ser interpretado como algo flexible o elástico, capaz de transitar las barreras del tiempo¹⁴⁹, a fin de acompañar la evolución de la sociedad cubriendo sus necesidades circunstanciales de cada momento histórico, social, económico, cultural, o político.

El artículo 1º del Dec-Ley Nº 21.499 pareciera adscribirse al criterio amplio del concepto de utilidad pública, previendo que la misma debe servir de fundamento legal a la expropiación, y que comprende “todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual”. Por su parte, la Ley 5708 asimila el concepto de “utilidad pública” al de interés general (Conf. Art. 1 y 3).

Las observaciones realizadas obligan estrictamente a los órganos estatales que participen en el procedimiento expropiatorio a moldear su actuación de acuerdo a la utilidad pública declarada. De conformidad a lo expuesto, será obligatorio -como derivación del principio de publicidad de los actos de gobierno- exponer las causas y motivos que componen la utilidad pública. Para ello, deberían plasmarse en los antecedentes parlamentarios o en actuaciones administrativas previas los antecedentes necesarios para constatar la existencia de la “causa expropiante”. Un ejemplo de lo expuesto, constituyen las previsiones del Art. 4 de la Ley 5708 que estipula los trámites previos en las iniciativas de expropiaciones (Cfr. estudio integral y planificado, valores indemnizatorios estimativos, tasaciones, informe del órganos técnicos en los cuales se diera a conocer la utilidad). En tal inteligencia, vale decir que toda expropiación queda vinculada al destino invocado como causa expropiatoria, y queda gravada la administración o el beneficiario con la carga de realizar el destino¹⁵⁰, condicionando de tal forma la validez de la expropiación. Por lo tanto, las consideraciones referidas a la utilidad pública se propagan durante el desenvolvimiento de la relación expropiante-expropiado, dando sustento -por ejemplo- a la figura de la retrocesión que será tratada más adelante¹⁵¹.

Si bien posteriormente se desarrollará este tema, la declaración de utilidad pública deberá indefectiblemente corresponder a intereses emparentados con la satisfacción del bien común o interés público, excluyéndose -por reputarse ilegítimas- aquellas declaraciones que luzcan como notoriamente arbitrarias. En estos casos, la utilidad pública -catalogado como un clásico acto de gobierno ajeno a la revisión jurisdiccional so pretexto del principio de división de poderes- podría ser susceptible de ser controlada por el Poder Judicial. Conteste a ello, se ha entendido que “La facultad de los jueces para examinar si en la acción expropiatoria concurre la causa de utilidad pública determinada por el art. 17 de la Constitución Nacional, es procedente en supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema, y así sucede cuando resulta claro que el Estado, so color del ejercicio del poder expropiatorio, priva a alguien de la cosa de que es propietario para dársela a otro, en su exclusivo provecho patrimonial, como dádiva, y sin beneficio público alguno”¹⁵². Por lo tanto, el mero interés privado es improcedente para erigirse como causa expropiante, quedando prohibida -por violentar flagrantemente la garantía de la inviolabilidad de la propiedad- decretar una expropiación con el objeto de trasladar la propiedad a otro particular o un grupo reducido¹⁵³, o por intereses estrictamente fiscales (esto sería si se expropiaran inmuebles, que posteriormente serían revendidos, o utilizados para desarrollos inmobiliarios para mejorar una zona con nuevos emprendimientos¹⁵⁴) (desviación de poder)

Ahora bien, perfiladas las cuestiones sustanciales acerca de la causa de la expropiación, reviste de vital interés resaltar bajo que instrumento institucional se canaliza la existencia de la utilidad pública. Es aquí, donde aparece otro de los presupuestos constitucionales ineludibles; la declaración de utilidad pública deberá ser calificada única y exclusivamente en virtud de Ley emanada del Congreso (Conf. Art. 17 C.N;

¹⁴⁸ BIELSA, Rafael op., cit., pág. 442; SCBA 3/3/1964 “Bonfante”, ED 14-273.

¹⁴⁹ CASAS, Juan Alberto – ROMERO VILLANUEVAS, Horacio *Expropiación, Ley 21499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*. Astrea. Año 2005, 2ª reimpresión. Pág. 19.

¹⁵⁰ PASO, Ricardo E. “Ley General de Expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires”. Ed. Sendero Jurídico. Año 2015. Pág. 89.

¹⁵¹ Al respecto, ver CSJN F. 23. XLVI. R.O. *Fira S. A. el La Nación - Secretaria de Cultura si retrocesión*.

¹⁵² Fallos 251:246.

¹⁵³ Ej. En el caso de Fallos 251:246, el gobierno del Gral. Juan D. Perón decretó la expropiación de automóviles que habían participado de una competición deportiva, los cuales fueron posteriormente adjudicados a particulares, previo pago de una suma de dinero.

¹⁵⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia “Hawaii Housing Authority v. Midkiff (1984)” consagró que la propiedad de una persona no puede ser tomada para el beneficio de otro particular sin justificar el fin público, aún cuando se pague una compensación. Posteriormente, dicho criterio fue relativizado en el fallo “Kelo v City of New London” (2005), en donde se convalidó una expropiación que tenía por objeto un desarrollo inmobiliario en la ciudad. Ampliar en COVIELLO, Pedro J.J. “*Dominio Eminente y Limitaciones a la Propiedad en el Derecho Argentino y Norteamericano*” publicado en “Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público”. Ediciones RAP. Año 2011. Pág. 505 y ss.

Art. 31 CPBA). Este aspecto, que pareciera ser contundente, podría verse alterado con el nuevo esquema constitucional a nivel nacional a partir de 1994, debido a la inclusión -por conducto de la reforma- de los denominados Decretos de Necesidad y Urgencia -D.N.U.- (Art. 99 inc. 3 C.N.) y los Decretos Delegados que puedan dictarse bajo el amparo de leyes de emergencia (Art. 76 C.N.) que adquieren la naturaleza -dentro de la pirámide jurídica- de leyes en sentido material. La problemática se evidencia por la particularidad de que el mencionado Art. 99 inc. 3 de la C.N. no incluye como materia excluida de los D.N.U. a las expropiaciones. Sin perjuicio de la omisión del constituyente en este aspecto, entendemos que el único instrumento válido para efectuar la declaración de utilidad pública es el Congreso por conducto de leyes en sentido formal, fundando tal posición en una interpretación sistemática del texto del Art. 17 de la CN (el cual menciona específicamente al “Congreso” en sus párrafos) y en la exclusión que efectuó la ley que declaró la necesidad de reforma, en la cual se dejó indemne la parte primera de la C.N. Reforzando esta idea, la CSJN sostuvo que “la facultad de expropiar es esencialmente política e exclusiva del Poder Legislativo”¹⁵⁵. Adoptar un temperamento contrario, representaría un peligroso instrumento para los gobiernos de turno, conspirando de tal manera con el principio de raigambre constitucional de seguridad jurídica.

Para concluir con el desarrollo de este punto, a los efectos de deslindar las potestades de los sujetos intervinientes en el procedimiento expropiatorio, la extensión de la calificación legal de la utilidad pública.

Sobre este aspecto, cabe advertir que la utilidad pública no impone al legislador la obligación de determinar o individualizar en ley especial al objeto o bien afectado a la expropiación, ni referir la misma a cada obra pública¹⁵⁶, resultando viable la posibilidad de que sea la Administración quien concluya con la determinación del objeto expropiable. Por conducto de este razonamiento, se convalidaron las llamadas “declaraciones de utilidad pública genéricas” en virtud de las cuales se indicaban emprendimientos u obras de modo genérico, delegando en las autoridades administrativas la individualización específica de los bienes que constituyen el objeto expropiable. Esta modalidad, fue utilizada desde antaño por el Legislador, fundamentalmente para simplificar el desarrollo de infraestructuras ferroviarias (Ej. Leyes 5315, 6369 y 6757) o para la construcciones de obras viales (Vgr. Leyes 11658, 12815, 12966, Dec-Ley 505/58). Cabe advertir, que la modalidad sucintamente esbozada ha sido reiteradamente convalidada por la jurisprudencia de la CSJN¹⁵⁷. El aspecto destacado goza de plena actualidad, conforme a que sigue siendo una metodología sumamente difundida, siendo -inclusive- estipulada expresamente en las legislaciones generales sobre la materia. El ejemplo emblemático en este aspecto lo representa el segundo párrafo del Art. 3 de la Ley 5708, y el Art. 5 del Dec-Ley 21499.

Sin embargo, más allá de la admisión de las declaraciones genéricas, por regla estará constituida por la declaración “específica” de la utilidad pública, en la cual se practiquen la descripción puntual del bien a expropiar (Ej: en caso de inmuebles, su ubicación y nomenclatura catastral). Así lo ha exigido en forma pacífica la jurisprudencia¹⁵⁸.

4. Sujetos de la Expropiación

El desenvolvimiento del proceso expropiatorio discrimina puntualmente los sujetos que intervienen en las distintas etapas que lo componen.

A saber, dichos sujetos son: l) Sujeto u órgano competente para declarar la utilidad pública: De acuerdo al análisis efectuado en el punto antecedente, únicamente el Congreso o Legislatura se encuentran legitimados para efectuar la calificación y declaración de la utilidad pública, sin perjuicio de las aclaraciones realizadas en lo atinente a las declaraciones específicas y genéricas. A través de la actividad de dicho órgano, tiene principio el proceso de extinción del derecho de propiedad.

Por lo tanto el Poder Legislativo Nacional o Provincial, según los casos, son los que cuentan con la competencia para llevar adelante la declaración. Asimismo, los Municipios (entidades autónomas por imperio del Art. 123 de la C.N.) se encuentran posibilitados para proceder a la declaración de utilidad pública e iniciar el proceso expropiatorio, respetando en tal caso -como lo profundizaremos luego- la regla de la “no interferencia”.

En este tópico, particularmente en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se ha generado la polémica en torno a si los municipios (los cuales no revisten la calidad de autónomos según los lineamientos

¹⁵⁵ Fallos 312:1725

¹⁵⁶ BIELSA, Rafael op., cit., pág. 448.

¹⁵⁷ Fallos 71:105; 117:198; 150:354; 120:333; 183:88; 185:53.

¹⁵⁸ Fallos 176:306; 142:83.

de la Constitución Provincial¹⁵⁹), son competentes para declarar la utilidad pública y como sujetos a expropiación los bienes que se hallen en su ámbito territorial, a través del dictado de Ordenanzas. A la cuestión vinculada con su naturaleza, se le agrega la falta de claridad del texto de la Ley Orgánica Municipal (L.O.M.) que al referirse al tópic -en las facultades del Concejo Deliberante- alude a la prerrogativa de “autorizar expropiaciones”. Ante esta aparente falta de claridad, se han producido sentencias antagónicas con respecto a la admisión de la potestad expropiatoria en cabeza de los Partidos bonaerenses; la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata se pronunció en contra de tal prerrogativa¹⁶⁰, y por otra parte, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín¹⁶¹ declaró la validez de las ordenanzas que disponen la declaración de utilidad pública¹⁶².

Si al día de la fecha el Máximo Tribunal provincial no se ha expedido acerca del tema, nos enrolamos en la postura que es proclive al reconocimiento de la potestad expropiatoria en cabeza de los municipios. Vale recordar, que se ha entendido que los municipios bonaerenses tiene una jerarquía institucional netamente demarcada por la Constitución, la cual le ha conferido las facultades necesarias para que pueda atender eficazmente los intereses o servicios locales, y por ello, se desenvuelven sin sujeción a ninguna otra autoridad¹⁶³. Asimismo, la Asesoría General de Gobierno, se ha expedido en sentido afirmativo respecto de las potestades de los municipios.

4.1. Sujeto Expropiante

El sujeto activo o expropiante es quien tiene la iniciativa del proceso expropiatorio, el que tiene por objeto lograr el desapropio del bien luego de que se haya declarado la necesidad de satisfacer la utilidad pública, y por ende, será el encargado de abonar la indemnización que corresponda. En resumen, será el órgano encargado de la gestión administrativa del proceso expropiatorio, tanto en sede administrativa como en sede judicial.

Generalmente, será la Ley que declare la utilidad pública en forma específica, o las legislaciones que estipulen una declaración de tipo genérica, los instrumentos normativos que estipulen el correspondiente sujeto expropiante. En tal sentido, cualquier ente administrativo perteneciente a la organización estatal de la jurisdicción que se trate (Ministerios, Organismos Descentralizados, Ente Autárquicos, Sociedad del Estado, Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, etc.) podrá erigirse como sujeto expropiante (Art. 2 Dec-Ley 21499). Asimismo, también las provincias o los municipios podrán revestir dicha calidad.

Las personas privadas (sean humanas o jurídica en los términos de los Títulos I y II del Libro I del Cód. Civ. y Com.) también pueden constituirse como sujetos expropiantes. Originariamente, fueron los concesionarios de servicios públicos (princiando por las empresas privadas ferroviarias) los que asumieron este rol, a los efectos de dinamizar el desarrollo de las infraestructuras necesarias para expandir o mejorar los servicios. Más cerca en el tiempo, con el proceso de Reforma del Estado (Vgr. Ley 23696) con los procesos de privatización (propios de la mentada delegación transestructural de cometidos públicos) pusieron en cabeza de los nuevos concesionarios la posibilidad de asumir como sujetos expropiantes. Conviene precisar que esta solución comenzó a utilizarse desde antaño en nuestro país (Ej: Leyes 189, 5315, etc.), y asimismo, fue convalidada por la jurisprudencia de la CSJN¹⁶⁴. Resta decir, que la posibilidad de asumir la calidad de expropiante, deberá estar autorizada por Ley o por acto administrativo fundado en Ley (Conf. Art. 2 segundo párrafo, Dec-Ley 21499).

4.2. Sujeto Expropiado

Es el titular del bien objeto de la declaración pública, al cual deberá oportunamente pagarse la indemnización. La expropiación se constituye como una carga ineludible, la cual deberá ser insoslayablemente soportada.

¹⁵⁹ Si bien la última reforma fue en 1994, en la misma el constituyente –en una omisión harto criticable- mantuvo el régimen municipal del texto constitucional anterior, soslayando la inclusión del criterio que reafirmó la autonomía de los municipios, consagrando la doctrina de los fallos “Rivademar” (Fallos 312:89) y “Municipalidad de Rosario” Fallos 314:xxx)

¹⁶⁰ Causa C-1935 “Mun. de Maipú c/ Macchi, Juan E. s/ Expropiación Directa”.

¹⁶¹ Causa 116.858, del 1/10/2012.

¹⁶² Para un análisis de ambas sentencias, ver PULVIRENTI, Orlando D. “La idoneidad constitucional de una ordenanza para disponer de la expropiación de un bien” La Ley Suplemento de Derecho Administrativo Febrero 2013 N°1. Pág. 42.

¹⁶³ Ac. Y Sent. 1957-V-519; Causa I 2021, “Municipalidad de San Isidro” (27/8/2014)

¹⁶⁴ Fallos 108:269.

Cualquier persona, sea pública o privada se encuentra constreñida a tolerar la potestad expropiatoria emanada (Conf. Art. 3 Dec-Ley 21499). Este tópico, ha despertado interpretaciones divergentes con respecto a si los Estados Provinciales pueden erigirse como sujetos expropiados, es decir, cuando la declaración de utilidad pública comprende bienes que integran el dominio público o privado ubicados en sus respectivos territorios. La CSJN resolvió rápidamente esta cuestión, destacando que los bienes públicos (o privados) provinciales o municipales pueden ser objeto de expropiación, y por añadidura, las entidades provinciales, municipales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁶⁵, sin que sea necesaria la anuencia previa de las respectivas jurisdicciones¹⁶⁶. A esta solución se arriba, por las atribuciones con las que cuenta la Nación (en este caso el Congreso) para llevar adelante el cumplimiento de los fines nacionales, los cuales no deben ser interferidos en modo alguno por los sujetos que componen el Estado Federal, en virtud de la preeminencia de aquellos fines¹⁶⁷ (estos fines podría ser la extensión de la red de un servicio público interjurisdiccional -Arts. 75 inc. 13 y 18 CN-, la construcción de cuarteles o el desarrollo de cualquier tipo de infraestructura destinada a garantizar la seguridad nacional, etc.).

Mayores controversias -por su complejidad- ha generado aceptar la potestad expropiatoria por parte de las Provincias con respecto a bienes incorporados al patrimonio del Estado Nacional¹⁶⁸. Ha sido oscilante la jurisprudencia de la CSJN al respecto, atento a que originariamente denegó la potestad expropiatoria provincial¹⁶⁹, y posteriormente admitió tal potestad, aunque con la particularidad en que en dichos precedentes la Nación había prestado conformidad o la cuestión carecía de interés económico¹⁷⁰. Recientemente, aplicando en obiter dictum la regla de la no interferencia (con cita a los Arts. 31 y 75 inc. 30 de la C.N), el Máximo Tribunal suspendió -admitiendo una medida cautelar- los efectos de una ley de la Pcia. de San Luis que disponía la expropiación de parcelas de un Parque Nacional.

4.3. Beneficiario

Es a quien se destina el bien expropiado. En muchos casos, el beneficiario será la comunidad entera, por quedar el bien expropiado sometido al régimen de demanialidad (Conf. Art. 235 inc. f Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, en los últimos años se ha evidenciado una tendencia proclive a estipular como beneficiarios a sujetos privados, a los efectos de paliar emergencias habitacionales (Ej: Ley del Hábitat 14449, Pcia. de Bs. As.) o para posibilitar el mantenimiento de las fuentes genuinas de empleo (Ej.: Empresas recuperadas, Ley 13828 y demás, Pcia. de Bs. As.).

5. Objeto a expropiar

El punto de partida para abordar cuál es y qué alcances detenta el objeto expropiatorio, está constituido por la indagación acerca de la noción del término "propiedad" en nuestro ordenamiento jurídico. En tal contexto, es imprescindible acudir a la definición adoptada por la CSJN, quien ha sostenido que la propiedad: "comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, es decir, todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos -derechos subjetivos privados o públicos-¹⁷¹". Complementando esta idea, a los efectos de analizar los alcances de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, se entendió que el Art. 17 de la Constitución Nacional ampara todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la Nación, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales¹⁷².

En suma, todos los bienes que integran el patrimonio de una persona pueden resultar expropiables, tal como se desprende de la legislación (Conf. Art. 1 Ley 5708; Arts. 4 y 5 Dec-Ley 21499).

Despejada esta cuestión, corresponde señalar que los objetos susceptibles de ser expropiados -en consonancia con lo expuesto anteriormente- podrán ser específicamente determinados, o ser posteriormente individualizados o determinados (por ej.: con la mención de su ubicación e identificación

¹⁶⁵ Fallos 104:247; 128:67.

¹⁶⁶ Fallos 208:568.

¹⁶⁷ Fallos 201:536; 215:276

¹⁶⁸ Ampliar en CARRILLO, Santiago "Expropiación de Territorios Nacionales por las Provincias. Los trapitos al sol en el Federalismo", en "Cuestiones de Org...", op., cit., pág. 133.

¹⁶⁹ Fallos 293:144.

¹⁷⁰ Fallos 326 (2):443; 328(3):887; 333:31.

¹⁷¹ Fallos 145:307, posteriormente reiterada en Fallos 292:152; 312:343.

¹⁷² Fallos 137:47; 184:137.

catastral en el caso de Inmuebles) por el sujeto expropiante. Asimismo, el objeto comprende “todos los bienes convenientes y necesarios para la satisfacción de la utilidad pública”¹⁷³, aspecto que permite adecuar las exigencias inherentes del objeto, siempre y cuando no se incurra en arbitrariedad. Para ello, es indispensable que la actuación del expropiante se adecue a los planes o proyectos que sirvan al cumplimiento de la utilidad declarada.

En conexión con lo expuesto, el objeto podrá ampliarse o comprender los bienes necesarios para lograr la finalidad propuestas, y todos aquellos que devinieran razonables, contemplando la proporción de las ventajas estimadas y su conveniencia material o financiera (Ref. Art. 2 Ley 5708; Art. 7 Dec-Ley 21499). Este tópico deberá ser analizado por extrema prudencia por los impulsores del procedimiento expropiatorio, teniendo en consideración –con respecto a bienes inmuebles- los perjuicios que pueden ocasionar las restricciones ocasionadas a porciones terrenos adyacentes. Al respecto, las legislaciones en la materia, para los casos en los cuales se advierta que los bienes expropiados hayan dejado una parte remanente sin expropiar, y se considerasen inadecuados o impropios para ser explotados o utilizados según la normativa local, el expropiado estará legitimado para solicitar la expropiación (o más bien, su inclusión como bien conveniente o necesario) de la totalidad del inmueble (Conf. Art. 6 y 10 Ley 5708; Art. 8 Dec-Ley 21499). El supuesto brevemente reseñado se conoce como “Expropiación Parcial”. Cuando se aborde el instituto de la expropiación inversa, se ampliará sobre estos supuestos.

La amplitud del objeto expropiatorio, nos obliga a preguntarnos qué tipología de bienes pueden ingresar en los contornos de la utilidad pública declarada. La casuística en materia legislativa y jurisprudencial:

Bienes Inmuebles: Se erigen sin lugar a duda como el ejemplo paradigmático de los bienes que pueden integrar el objeto expropiatorio. Son susceptibles de expropiarse el subsuelo (Ref. Art.6 Dec-Ley 21499) - con independencia de la superficie del inmueble respectivo¹⁷⁴-, el espacio aéreo que se prolonga (Conf. Art. 1945 Cód. Civ. y Com.), y los inmueble sometidos al régimen de propiedad horizontal (Art. 6 Dec-Ley 21499).

Bienes Muebles: Dejando atrás las limitaciones que un principio acuñaron los tratadistas franceses, existe consenso en su admisión como bienes pasibles de ser expropiados. A modo de ejemplo, puede señalarse que han sido objeto de expropiaciones automóviles¹⁷⁵, buques, aeronaves, obras pictóricas (Ej. Ley 26537), etc. También en este punto quedarían englobados aquellos bienes afectados para la prestación de servicios públicos (el llamado “capital o inversión hundida”). No obstante la vastedad en la inclusión, cosas muebles fungibles (vgr. dinero) quedarían excluidas del objeto expropiatorio.

Universalidades Públicas: Como por ejemplo Empresas, Museos, Bibliotecas, etcétera.

Derechos Emergentes de Contratos: En estos supuestos, el Estado ha procedido a adquirir por conducto del instituto expropiatorio los derechos nacidos bajo el amparo de contratos privados o de Contratos de la Administración. En el caso de concesiones de servicios públicos, por conducto de la Ley expropiatoria (en el caso de no estar autorizada en el plexo normativo que rige el Contrato) se debería declara la utilidad pública de los derechos del concesionario, y en consecuencia, hacer operativo el rescate del servicio respectivo. Han existido numerosos casos en nuestro país al respecto¹⁷⁶. En otros casos, la expropiación de derechos contractuales ha obedecido para tutelar situaciones conflictivas entre particulares (Ej. Ley 11199 Pcia. de Bs.As.).

Títulos Públicos: Tal como se realizara en las Leyes 3037 (cuestión analizada en Fallos 71:306; 71:408; 73:127; 82:432).

Acciones Societarias: En este caso, el objeto expropiable estuvo constituido por la totalidad o parte del paquete accionario de Sociedades, operando en tal sentido una expropiación de la respectiva empresa. A colación, pueden traerse los casos de las Leyes 18872, 18873 (cuyos alcance se discutieron en Fallos 291:507), 26466 (Aerolíneas Argentinas), 26741 (YPF), 26761 (Compañía de Valores Sudamericana), etcétera.

Derechos Intelectuales: Dentro de este rubro quedarían englobados marcas, patentes de invención, know-how de empresas, etcétera.

Sin perjuicio de los alcances reseñados, existen supuestos –que por diversas razones- quedan excluidos del objeto expropiable. Entre ello, podemos citar:

Sedes diplomáticas de las embajadas de países extranjeros: En aras de respetar el mantenimiento de las relaciones internacionales con los Estados, el instituto expropiatorio no será viable salvo que exista previa conformidad del Estado extranjero. Este criterio, ha sido sustentado obiter dictum por la CSJN (Davidof).

¹⁷³ Este criterio también ha sido esbozado por la jurisprudencia de la SCBA (“Postizzi” 19/10/1982, DJBA 124-69).

¹⁷⁴ Fallos 29:323; 307:973

¹⁷⁵ Fallos 237:38.

¹⁷⁶ Fallos 201:432.

Objetos y edificaciones de la Iglesia Católica: Atento a las relaciones entabladas por el Estado Nacional con la Santa Sede (Concordatos, conf. Art. 75 inc. 22 de la CN) la disponibilidad de estos bienes solo podrá decretarse o reconocerse conforme al Ordenamiento Canónico, y por tal motivo, la potestad expropiatoria no podrá extenderse sobre aquellos bienes (Fallos 314:1324 y 237:707).

6. Indemnización Expropiatoria. Alcance

La indemnización expropiatoria es otro de los presupuestos constitucionales imprescindibles para configurar la validez del procedimiento expropiatorio. Por tal circunstancia, la ausencia de este recaudo o su insuficiencia (por devenir inadecuada) se asimilaría a una confiscación, y por ende, resultaría repugnante al texto constitucional.

La única característica que impone la Constitución (lo mismo ocurre a nivel bonaerense) es que la misma sea "previa". Como veremos al momento de analizar el proceso expropiatorio, este recaudo se ha considerado satisfecho con el depósito en consignación efectuado en forma previa a la desposesión.

El carácter de "justa", con la derogación del Art. 2511 del Cód. Civil anterior (utilizada frecuentemente al momento de dictar sentencias) pareciera quedar ausente de los caracteres propios de la indemnización expropiatoria. A esta consideración se llega, debido a la complejidad que se presenta la aplicación del Art. 21 de la CADH, por la reserva realizada en su momento por la República Argentina, ya que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno., ni tampoco se considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni lo que éstos entiendan por indemnización justa¹⁷⁷.

Más allá de las vicisitudes reseñadas, consideramos que el mentado carácter es inmanente y propio de nuestro sistema constitucional (por la amplitud que se le ha brindado a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad), y por ello, deberá meritarse estrictamente al momento de fijar la indemnización. En consecuencia, con acierto, se ha entendido que el Art. 17 de la C.N. impone que la indemnización sea justa, y que dicho carácter solamente se cumple si se restituye integralmente al propietario el mismo valor económico que se lo priva (Fallos 295:546). El sacrificio realizado por expropiado, impone el deber de resultar justamente indemnizado (CSJN 6/10/1972), sin que sea fuente de pérdida o de ganancia para el expropiado (CSJN 10/11/1983),

En este orden de ideas, como derivación de la característica apuntada, la indemnización deberá ser entendida como una deuda de "valor", atento a que depende de una determinación ulterior acerca de su monto. Conteste a esta cuestión, la CSJN ha afirmado que: "...la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el reconocimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación, la que traduce un cambio de valores: el expropiado deja de ser propietario de la cosa o bien objeto de la expropiación y se convierte en titular de una suma de dinero (Fallos 329:5467; "Shoo Devoto", CSJN 11-2-2014)."

Retomando brevemente la cuestión de la naturaleza de la expropiación, la indemnización que corresponde reviste de naturaleza "pública", desechando de esta manera su asimilación a un "precio". Sin embargo, este tópico sufre algunos matices en el caso del avenimiento. Sobre esto volveremos más adelante.

Encontrándose reseñadas las consideraciones generales sobre este presupuesto, pasaremos a resaltar los lineamientos establecidos por la legislación en la materia. De acuerdo a ello, una indemnización justa - conforme se desprende la normativa- únicamente podrá alcanzarse comprendiendo el "valor objetivo del bien" (Art. 10 primera parte Dec-Ley 21499) o el "justo valor de la cosa o bien" (Art. 8 Ley 5708).

En esta inteligencia, se deberá indagar cuales serán aquellos rubro que componen el valor objetivo, entendido como el valor a plaza y al contado, ajustado a las cualidades intrínsecas de la cosa, teniendo en consideración las circunstancias de lugar y tiempo (Fallos 237:38). A los efectos de determinarlo, es decisiva la intervención del Tribunal Nacional de Tasaciones, y especialmente en la legislación bonaerense con respecto a bienes inmuebles, analizar los extremos estipulados en el Art. 12 de la Ley 5708 (Precio que se abonó en la última transferencia del dominio; Valuación asignada para el pago de la contribución directa; Diligencias del último avalúo practicado por la Dirección de Catastro; Las ofertas fundadas hechas por el expropiante y el expropiado; Valor de las propiedades linderas similares en cuanto a situación, superficies y precios abonados en el transcurso de los últimos cinco años; Valores registrados en los Bancos oficiales de la localidad; Valores registrados en las subastas judiciales y particulares por martillero público, en la zona de ubicación del bien; Al valor de su productividad durante los últimos cinco años). En suma, los rubros mencionados se orientan a la determinación del valor real y venal del bien

¹⁷⁷ Dictámenes 238:087

Junto con el reconocimiento del valor objetivo, se deberán reconocer los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación (Art. 10 Dec-Ley 21499). Atento a estas precisiones, se han englobados en esta categoría los gastos de mudanza (Fallos 204:205), las indemnizaciones abonadas por el despido de empleados (Fallos 258:213; 270:210), la pérdida de la aptitud funcional de la actividad realizada en el inmueble (Fallos 311:548, en este caso la expropiación efectuada había producido una restricción en la práctica de la actividad de tiro que efectuada el expropiado), mejoras necesarias o impostergables con posterioridad a la afectación del bien a utilidad pública (Art. 11 Dec-Ley 21499; Art. 13 Ley 5708; Fallos 20/12/84); la interrupción de contratos, el traslado de hacienda y bienes (Fallos Saubidet); gastos en honorarios profesionales, comisión de martilleros; gastos de escrituración, entre otros.

El valor panorámico e histórico, en cuanto sean debidamente comprobados, también podrán integrar el valor objetivo del bien a expropiar (Art. 8 in fine Ley 5708; la Ley Nacional guarda silencio, pero, al derogarse la prohibición respecto a esta cuestión que se traía de la legislación anterior -13264- se considera que dicho rubro se encuentra incluido).

Es interesante resaltar las particularidades que se han planteado al momento de determinar el quantum indemnizatorio en las expropiaciones de empresas concesionarias de servicios públicos. En tal sentido, vale recordar que el Art. 40 de la derogada Const. de 1949 había establecido una fórmula específica para estos supuestos, la cual había sido iterada en el Art. 16 de la Ley 5708 (posteriormente declarado inaplicable por la jurisprudencia de la SCBA, Ac. y Sen. T. II 1961). Sucintamente, podemos destacar que en estos casos la indemnización se extenderá al valor de los bienes afectados al servicio¹⁷⁸, y al lapso que falte para la culminación del contrato de concesión, que representa el resarcimiento del valor del contrato original¹⁷⁹. Otro punto álgido en esta cuestión, ha sido si correspondía el reconocimiento del costo histórico u original, o más bien, el costo de reproducción (que compensaría el valor no amortizado de la inversión realizada¹⁸⁰), o como suele estipularse a nivel internacional, si el criterio deberá establecerse de acuerdo a la utilidad actual que represente el servicio (compensando el valor producido –neto de descuentos- con el precio abonado por la concesión¹⁸¹).

En otro orden de ideas, cabe advertir que la indemnización expropiatoria asume el carácter de tarifada, conforme a los rubros que se encuentran vedados para su determinación. De conformidad a lo expuesto, no se considerarán para su cómputo las circunstancias de carácter personal, valores afectivos (guarda silencio en este punto la Ley Provincial) ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse (Art. 10 Dec-Ley 21499; Art. 9 y 11 Ley 5708). Tampoco serán consideradas las mejoras realizadas en el bien -a excepción de las necesarias- (Art. 11 Dec-Ley 21499; Art. 13 Ley 5708). Expresamente se excluye el rubro lucro cesante (Art. 10 in fine Dec-Ley 21499; Art. 8 Ley 5708), es decir, a los beneficios debidamente comprobados y objetivos que el expropiado se vio impedido de percibir. Reiteradamente, los tribunales se han expedido en forma positiva respecto de la constitucionalidad de esta prohibición (Fallos 317:617; 312:2224).

A fin de mitigar estas exclusiones, se ha intentado incluir dentro del valor objetivo del bien a los rubros “valor llave”, aunque la jurisprudencia –en forma mayoritaria- ha sido reticente en reconocerlos¹⁸².

Los aspectos a incluirse en concepto de indemnización, deberán ser sufragados en dinero en efectivo, salvo conformidad del expropiado (Art. 12 Dec-Ley 21499; Art. 8 Ley 5708; Fallos 271:402). Con sustento en este requisito, se ha descartado la aplicación del régimen de consolidación de deudas en materia de expropiaciones, declarando –inclusive- la inconstitucionalidad de las normas que establecían dicha posibilidad (Fallos 4/4/1995 Franzini).

El momento en el cual deberá establecerse la fijación del quantum indemnizatorio, deberá ser el tenido al momento de la desposesión (Art. 20 primer párrafo Dec-Ley 21499; Arts. 8, 12 y 35 Ley 5708 y Causa “Indaburu” C.95063 SCBA). Sin embargo, esta regla de origen legal, ha sido atemperada por la jurisprudencia, a los efectos de no vulnerar el principio de indemnización justa que podría verse vulnerado por la pérdida de valor del bien producto -por ejemplo- del flagelo de la inflación. En tal contexto, la SCBA consideró que según los casos, el conmensuración de la indemnización al momento de dictar sentencia (Causas C.99285; C.101.107; C. 100.908).

El período estipulado para fijar la indemnización también adquiere relevancia a los efectos de establecer desde cuando se contabilizan los intereses. Al respecto, la legislación vigente (Art. 20 párrafo segundo Dec-Ley 21499; Art. 8 Ley 5708) estipula que los mismos se computarán desde la desposesión, y que a dichos

¹⁷⁸ Fallos 141:190; 201:432; 204:626.

¹⁷⁹ Fallos 230:280; 254:441.

¹⁸⁰ Dicho criterio, fue reconocido por la jurisprudencia de la CSJN (Fallos 212:2; 176:363; 224:706)

¹⁸¹ Ampliar en AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en la obra colectiva Servicio Público y Policía, Juan C. CASSAGNE (director), El Derecho, Buenos Aires, 2006, ps. 187 y ss.

¹⁸² Fallos 225:451; 254:441; 300:299; 303:692; 312:1725; Dos Américas . Aisladamente, han sido reconocidos (Fallos 245:252; 312:2444)

efectos, aquellos se devengarán únicamente con respecto a las sumas que oportunamente no hayan sido depositadas (es decir, no se tiene en cuenta el monto consignado previo a la desposesión). Cabe decir, que en casos de expropiación inversa, se ha sostenido en algún precedente que su devengamiento corre desde el día en el que fue incoada la demanda (CSJN “Shoo Devoto”, 11-2-2014).

Con respecto a la tasa de interés aplicable, la ley nacional refiere a que se liquidará a una tasa del 6 % anual. Por vía pretoriana, se estipuló que en estos supuestos, deviene de aplicación la Tasa Pasiva que abona el Banco de la Nación Argentina (Fallos 317:1921; 326:2329; 328:4507 y 329:1703). Sin perjuicio de que el texto normativo incluye la posibilidad de indexar para combatir la depreciación monetaria (Art. 21 segundo párrafo Dec-Ley 21499; Fallos 268:112), posteriormente, con la aparición de la Ley 23928 (cuyos alcances fueron confirmados por la Ley 25561) se ha vedado actualmente esta posibilidad. Asimismo, la jurisprudencia ha convalidado la inaplicabilidad de la depreciación monetaria, con sustento en las normas señaladas, en materia de expropiación (Fallos 24/11/2011).

Como manifestación de la integralidad de la indemnización, el monto fijado en sede administrativa o judicial estará exento del pago de impuestos (Art. 21 últ. párr. Dec-Ley 21499; Dec-Ley 21878; Dec-Ley 9313 Pcia. de Bs.As.). Corresponde agregar que, el devengamiento de las obligaciones tributarias, finaliza desde al momento de la desposesión (SCBA C.101.097).

Finalmente, tal como se señalara en los puntos anteriores, el Tribunal de Tasaciones de la Nación (creado por el Dec-Ley 21626) cumple una relevante función en la fijación del monto indemnizatorio (Cfr. Arts. 13 y 15 Dec-Ley 21499). Con relación a sus dictámenes, los mismos son determinantes para desentrañar el valor objetivo, atento a que no cabe apartarse de ello sin razones de grave entidad que lo justifiquen (Fallos 301:1205 312:2444; 321:3701; 323:847; 325:3292; 326:2451; 328:3887 y 329:5793).

7. La denominada Fuerza Expansiva de la Expropiación

Las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico vigente en lo que respecta a la procedencia de rubros indemnizatorios tales como ganancias hipotéticas, lucro cesante y demás, han restringido la extensión del resarcimiento del expropiado. En tal sentido, en los supuestos de indemnizaciones a causa de limitaciones al dominio por razones de interés público (Servidumbres Administrativas, Expropiaciones) han vedado la llamada reparación integral (comprensiva -en caso de ser debidamente acreditadas- del lucro cesante y ganancias hipotéticas o frustradas), estableciendo en estos casos una indemnización “tarifada”.

Por aplicación de alguno de los fundamentos esgrimidos para explicar el instituto expropiatorio, a los efectos de armonizar los intereses colectivos con los intereses particulares del expropiado, se ha entendido que el esfuerzo efectuado por la comunidad (es decir, por el Estado, al efectuar la declaración de utilidad pública) deberá ser soportado y compartido por el particular afectado por la medida, en virtud de los intereses generales en juego.

En virtud de ello, se ha considerado que los aspectos de que consagra la legislación reglamentaria constituyen un principio general del derecho, que resulta aplicable a todos los restantes supuestos en donde pueda quedar comprometida la responsabilidad estatal por sus actos lícitos. Conforme a esta postura (sostenida en nuestro país por autores de la talla de MARIENHOFF, COMADIRA, HUTCHINSON) el rescate, la revocación de actos administrativos o contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y cualquier otro supuesto en el cual quede involucrada la responsabilidad estatal por su actividad lícita no será alcanzada por el principio de reparación integral (el cual, como veremos luego impera para los casos de responsabilidad por acción u omisión ilícita).

La jurisprudencia ha receptado en algunos pronunciamientos el criterio de la fuerza expansiva del instituto expropiatorio, a fin de dirimir los alcances del quantum expropiatorio. A modo de ejemplo, en los casos Canton, Cooperativa Los Pinos, y Motor Once de la CSJN. Asimismo, la disidencia en el fallo “El Jacarandá” de la Jueza Highton de Nolasco formuló una medulosa consideración con respecto a los alcances del principio señalado, amparándose en la naturaleza de derecho público que reviste la expropiación, característica que permite su extensión y aplicación directa a otros supuestos regidos por el derecho administrativo.

En la actualidad, el ordenamiento jurídico a nivel federal pareciera adscribirse al principio de la fuerza expansiva de la expropiación. El Art. 12 inc. b párr. segundo del Decreto Delegado 1023/2001, y fundamentalmente, el Art. 5 de la Ley 26944 receptan la limitación de los alcances de la indemnización en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual por su actuar lícito. Sobre estos puntos, retomaremos en los próximos capítulos.

8. Procedimiento Administrativo Expropiatorio. Posibilidad de avenimiento

La prosecución del trámite expropiatorio, con posterioridad a la declaración de utilidad pública efectuada en los términos y modalidades reseñados con antelación, podrá tener cabida mediante dos vías distintas. Más precisamente, es menester distinguir entre el proceso expropiatorio, a desarrollarse en sede judicial (cuyos extremos serán desarrollados en los próximos puntos), de la denominada “cesión amistosa”, “avenimiento” (Art. 13 Dec-Ley 21499) o “contratación directa” (Art. 7 Ley 5708).

Dilucidado este punto, es menester referirse a la naturaleza que detenta el avenimiento, a los efectos de comprender las incidencias prácticas que emanan de esta elección.

Conteste a la naturaleza inherente del instituto expropiatorio, el procedimiento administrativo que culmina con el advenimiento entre el sujeto expropiante (en su calidad de impulsor del trámite) y el expropiado se encuentra regido en su totalidad por el derecho público, específicamente en este caso, por el derecho constitucional-administrativo. Es un procedimiento de derecho público destinado a efectivizar la adquisición por el Estado de bienes que en la actualidad no le pertenece. Desde antaño, la CSJN consideró que “el avenimiento expropiatorio es uno de los procedimientos que, en beneficio de todos, han establecido las leyes de expropiación, para lograr, con la mayor economía de tiempo, trámites y gastos, la incorporación al dominio público de los bienes necesarios para la realización de los fines del Estado” (Fallos 223:136).

Su raigambre ius publicista, impiden considerar a la concertación eventual de voluntades entre el Sujeto Expropiante y el Expropiado como una compraventa regulada principalmente por el derecho privado. Por tal circunstancia, la perfección del procedimiento de advenimiento queda asimilado a un Contrato Administrativo (MARIENHOFF), o más bien, a un Contrato de la Administración (sea cual fuere su clasificación) debido a que para su concertación son indispensables la presencia de los elementos competencia, procedimiento y forma (entendidas como la zona común de la contratación administrativa). La única excepción en este punto, estaría constituida cuando el Sujeto Expropiante es una persona privada (Vgr. Concesionario de Servicios Públicos), en este supuesto, no estaremos en presencia de un Contrato Administrativo o de la Administración por la ausencia del elemento subjetivo (Fallos 330:2286), pero de todas maneras, el vínculo se encontrará regido exclusivamente por las disposiciones del derecho público.

El esquema bajo el cual tiene lugar el avenimiento, tiene como principio la promulgación de la Ley por la cual se establece la calificación de la utilidad pública. A partir de este momento, el expropiante procederá a realizar las labores necesarias para desentrañar el estado de situación en el que se encuentra inmerso el bien objeto de la expropiación. En tal sentido, constatará la libre disponibilidad -por ejemplo- de los inmuebles o muebles registrables que integren el respectivo objeto. Este tópico es clave, debido a que, en caso de evidenciarse dificultades en torno a la coyuntura jurídica de los bienes -que podrían derivar en un dispendio de tiempo- el expropiante quedará habilitado para iniciar en forma directa el proceso expropiatorio en sede judicial (Conf. Art. 20 y 22 inc. e Ley 5708).

La discusión medular tratada en el advenimiento -presuponiendo el asentimiento de la validez de la declaración de utilidad pública-, es la determinación del valor del bien objeto de la expropiación. Para su conmensuración, a nivel nacional, se destaca la importancia del Tribunal de Tasaciones de la Nación que será el encargado de traer a colación los valores máximos respecto de los bienes que hayan sido sometidos a la declaración de utilidad pública (Art. 13 Dec-Ley 21499). Teniendo en consideración el eventual acuerdo de voluntades a generarse entre el expropiante y el expropiado (a perfeccionarse por conducto -como dijéramos- de un Contrato), los valores acordados quedarían asemejados a un “precio”, y no a una “indemnización”. Huelga decir que dicha apreciación, no lo convierte en una compraventa ni modifica la naturaleza pública del instituto.

Cabe advertir, que por la rapidez y sencillez del trámite en relación al juicio expropiatorio -en aras de satisfacer en tiempo oportuno la utilidad pública declarada- el ordenamiento jurídico nacional fomenta expresamente la admisión de esta vía. Esta circunstancia se advierte con el incremento del monto que prevé el Art. 13 del Dec-Ley 21499, en el supuesto de perfeccionarse el avenimiento.

En lo que respecta a la competencia para concertar el avenimiento, en el caso de la legislación federal creemos que será el sujeto expropiante designado en la Ley de Utilidad Pública o en el Decreto que reglamente la respectiva norma quien se encuentre legitimado para proceder con la suscripción del convenio que finalice el avenimiento. La ley 5708 establece que la conclusión del avenimiento será rubricada por el Poder Ejecutivo (Art. 17). De todas formas, en algunos casos, se ha optado por homologar dichos acuerdos por medio de ley (Ej.: Ley 29632, avenimiento de la expropiación de las acciones de la firma YPF S.A.).

9. Proceso Expropiatorio

Ante la falta de avenimiento o acuerdo entre las partes en el procedimiento extrajudicial, corresponde al expropiante (Estado), iniciar un proceso judicial para obtener la transferencia del dominio del bien a expropiar.

El proceso se encuentra regulado en la Ley de facto 21.499¹⁸³, denominada Ley Nacional de Expropiaciones, que prevé una tramitación por juicio sumario, de trámite rápido y con determinadas características allí establecidas. En opinión del maestro Bartolomé Fiorini, que compartimos, el juicio expropiatorio es un proceso especial con las complementarias normas de un juicio sumario y ordinario¹⁸⁴.

Actualmente, la reforma de la Ley 25.488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), suprimió el proceso sumario, y reformó el principio general establecido en el art. 319 para los Procesos de Conocimiento, mediante la sustitución del 2º párrafo, que en su nueva versión determina "...cuando leyes especiales remitan al juicio procedimiento sumario se entenderá que el litigio tramitará conforme al procedimiento del juicio ordinario...".

En este juicio son partes únicamente el expropiante y el propietario expropiado. Los derechos que terceras personas tuvieren respecto al bien o cosa que se expropia, deberán hacerse valer por la vía ordinaria, en juicio por separado (art. 27). Ello comprende los derechos de terceros por cualquier vínculo o título jurídico (vgr. arrendamientos, tercerías, boletos de compra venta, etc.).

Asimismo, puede ser parte expropiante el Estado Nacional, las entidades autárquicas nacionales y las empresas del Estado Nacional en tanto estén expresamente facultadas para ello por sus respectivas leyes orgánicas o por leyes especiales (conf. Art. 2).

En cambio, las expropiaciones que promueven las provincias se regulan por sus propias normas, dado que éste instituto –como hemos visto- es propio del derecho administrativo, de naturaleza local. En el caso de la Provincia de Buenos Aires, el proceso se encuentra regulado en la Ley 5.708¹⁸⁵, también de trámite abreviado o sumario, pero con ciertas diferencias respecto del sistema de la Ley 21.499, de las que mencionaremos las más trascendentes.

Por su parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó la ley 238, por lo que se rige por esas normas.

9.1. Competencia

La Ley asigna competencia al juez federal -con jurisdicción en lo contencioso administrativo- del lugar donde se encuentra el bien a expropiar¹⁸⁶, ello en el caso de inmuebles, y aún en el supuesto de accesión. Para el resto de los casos, será competente el juez del lugar donde se encuentren o el del domicilio del demandado, a elección del actor¹⁸⁷.

Es importante destacar que la competencia prevista en la Ley no se desplaza por el fuero de atracción de los juicios universales (vgr. quiebras, sucesiones, etc.).

Esa asignación de competencia al juez del lugar donde se encuentre el bien a expropiar se sustenta en la cercanía del órgano jurisdiccional, dado que como la expropiación por parte del Estado Nacional puede ocurrir en cualquier parte del territorio nacional, el sentido común aconseja que sea el juez más próximo al lugar de ubicación de los bienes, o al domicilio del demandado, quien conozca en el litigio. De esta manera serán más accesibles los medios de prueba, será más fácil y económica la ejecución de la sentencia, es decir, que la cercanía a la sede judicial de los elementos, ya sean personas o cosas, le servirán al juez para el ejercicio de su función facilitando la búsqueda de la verdad material, creciendo el rendimiento del proceso y decreciendo el costo del mismo.

Para las expropiaciones llevadas a cabo por la Provincia de Buenos Aires, la Ley 5708, preveía la asignación de competencia al juez en lo Civil y Comercial de la jurisdicción territorial correspondiente a la

¹⁸³ Ley de facto 21.499, (B.O. 21-I-1977), de la última dictadura militar, derogó la anterior Ley de Expropiaciones 13.264.

¹⁸⁴ Fiorini, Bartolomé, "Derecho Administrativo", tº II, edición actualizada, página 160, Buenos Aires, 1976.

¹⁸⁵ B.O. 28/11/52 Nº 12.324.

¹⁸⁶ Adopta el criterio iuspublicista de la expropiación (Ver Marienhoff, Miguel "Tratado de Derecho Administrativo", T.IV, pág. 161/162; CSJN "Burcaiva S.R.L c/ Bs As, Pvcia. de", del 9/3/2004, Fallos:327:436; y G. 542. XLII, "Gatic S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ expropiación inversa", sent. del 5-9-2006, entre otros).

¹⁸⁷ La L.E. art. 21: *Tratándose de inmuebles, incluso por accesión, será competente el juez federal del lugar donde se encuentre el bien a expropiar con jurisdicción en lo contencioso-administrativo. Tratándose de bienes que no sean inmuebles, será competente el juez del lugar en que se encuentren o el del domicilio del demandado, a elección del actor. Los juicios en que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires sea parte, tramitarán ante la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal.* Actualmente la Ley 238 de la CABA, asigna la competencia a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad.

ubicación del bien. Actualmente el Código Contencioso Administrativo¹⁸⁸, establece igual criterio de competencia territorial, pero le quita la competencia material al juez civil, para asignarla a este nuevo fuero.

9.2. Desposesión

Una característica central del proceso regulado en la Ley de Expropiaciones es la desposesión del propietario en favor del Estado, una vez iniciado el proceso judicial.

Para ello, el expropiante deberá consignar ante el juez competente el importe fijado en la valuación administrativa efectuada por el Tribunal de Tasaciones en el procedimiento administrativo, recibiendo la posesión del bien a expropiar. Cabe aclarar que la suma consignada representa un valor provisional, cuya cuantía será determinada, de manera efectiva, a través de la sentencia en el juicio expropiatorio.

El expropiado queda facultado a retirar la suma depositada, previa justificación de su dominio y que no pesan sobre él restricciones a la libre disponibilidad de sus bienes, hipotecas o embargos.

Al otorgarse la posesión judicial del bien expropiado, quedarán finalizados los arrendamientos, acordándose con los ocupantes un plazo de 30 días para su desalojo, que puede ser prorrogado.

Esta posibilidad de obtener la posesión ab initio tiene vinculación directa con la urgencia en la realización de los fines previstos en la ley declarativa de utilidad pública (vgr. comienzo inmediato de la obra pública), cuestión que implica –en definitiva- dar prevalencia al interés público por sobre el interés particular¹⁸⁹. Si bien en el régimen establecido en la antigua Ley Nacional 189, este procedimiento era de carácter excepcional, con el transcurso del tiempo se volvió normal, al punto tal que resultó consagrado en las leyes posteriores, sin necesidad del expropiante de acreditar la urgencia para la desposesión (arts. 22 y 23 de la Ley).

En la Ley provincial, el art. 38 prevé la posibilidad de obtener la posesión inmediata del bien “en caso de urgencia declarada por el expropiante”, debiendo consignar –en el caso de bienes inmuebles- la valuación fiscal como indemnización provisoria.

A modo de ejemplo, esta herramienta fue utilizada por la Provincia de Buenos Aires en la expropiación de los terrenos del ex Batallón de Infantería de Marina, propiedad de Cencosud S.A., ubicados en el partido de Ensenada, con el loable destino de ser utilizados “para usos educativos y de funcionamiento de unidades académicas de la Universidad Nacional de La Plata”, cuya posesión fue obtenida en el mes de abril de 2010 y las obras fueron ejecutadas mucho antes de dictarse la sentencia definitiva que determine la justa indemnización¹⁹⁰.

9.3. Demanda y Contestación

Tanto las formalidades de la demanda, como de la contestación de la demanda, al no existir norma expresa en la Ley de Expropiaciones, se rigen en lo pertinente por las normas del Código Procesal Civil y Com. de la Nación, para el proceso ordinario¹⁹¹.

Promovida la acción de expropiación, se dará traslado de la demanda al expropiado por el plazo de 15 días hábiles judiciales (art. 19, de la Ley). Si se desconociere el domicilio del demandado, se publicarán edictos por el plazo de 5 días en el diario de publicaciones legales de la Nación y en el de la provincia correspondiente.

El artículo 24 de la Ley prevé la anotación de la litis en el Registro de la Propiedad, quedando desde ese momento indisponible e inembargable el bien. Esta medida cautelar se encuentra prevista en el art. 229 del Código Procesal Civil y Comercial, que dispone: "procederá la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro de la propiedad y el derecho fuere verosímil. "

Al contestar la demanda, el expropiado no está obligado a cuestionar sólo el monto depositado, pudiendo impugnar la constitucionalidad de la ley calificativa de la utilidad pública, la determinación administrativa del bien o reconvenir por la expropiación total del bien en los términos del art. 8 de la Ley, para el caso de sobrantes o remanentes inadecuados.

¹⁸⁸ Ley 12.008 y modif. Ley 13.101.

¹⁸⁹ Bielsa, Rafael, Estudios de Derecho Público, T.III, pág.299; Marienhoff, Miguel, op.cit. t. IV, pág. 113.

¹⁹⁰ JUCA N°1 de LP, Causa N° 15.637, caratulada “Fisco de la Provincia de Bs. As. C/ Cencosud S.A. S/ Expropiación Directa”.

¹⁹¹ Conf. Art. 319 del CPCCN, recordamos que el proceso sumario fue derogado (Ley 25.488).

9.4. Prueba. Tribunal de Tasaciones de la Nación

Cuando existan hechos controvertidos, se abrirá la causa a prueba por el plazo que el juez determine, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de la Ley. Ello, por cuanto, el dictamen del Tribunal de Tasaciones debe producirse en el término de 90 días.

Las partes pueden valerse de todo tipo de pruebas para acreditar los hechos invocados, no existiendo limitación alguna al respecto, más que las contempladas en el CPCCN, para los procesos de conocimiento (documentos, peritos, testigos, etc.).

En cambio a los efectos de la valuación del bien a expropiar, la misma sólo podrá requerirse al Tribunal de Tasaciones de la Nación.

Este Tribunal es un ente autárquico, de carácter administrativo, en el sentido que no integra el Poder Judicial y se encuentra regulado por la Ley de facto 21.626, modificada por el Decreto N° 1487/2001.

Entre sus funciones¹⁹² tiene a su cargo la de tasar los bienes muebles e inmuebles sujetos a expropiación y dictaminar acerca de su valor en los casos previstos por la Ley de Expropiaciones.

El Juez, a fin de determinar la correspondiente indemnización y sin perjuicio de otros medios probatorios, requerirá dictamen al Tribunal de Tasaciones de la Nación, el que deberá pronunciarse dentro de los 30 días.

Pero esta segunda intervención del organismo tasador, tiene marcadas diferencias con la anterior que comentáramos, para el avenimiento o toma de posesión, dado que en aquella oportunidad el organismo actuaba a solo requerimiento de la parte expropiante, sin intervención alguna del afectado.

9.4.a) Composición

En la actualidad, el Tribunal está integrado por cinco (5) miembros designados por el Poder Ejecutivo Nacional¹⁹³. Tres de ellos, representantes del sector estatal, son permanentes y duran en sus funciones mientras dure su buena conducta; los dos miembros restantes representan al sector privado vinculado al tema inmobiliario, y tienen un mandato que dura tres años, pudiendo ser reelectos.

Además, para las valuaciones requeridas en los juicios expropiatorios, el Tribunal se integrará con dos (2) miembros accidentales, uno en representación del expropiante y otro del expropiado. Es decir, un total de (7) siete miembros, tres (3) de ellos permanentes, dos (2) no permanentes, y dos (2) representando a las partes del proceso expropiatorio.

Todos los miembros del Tribunal deberán ser profesionales universitarios con título habilitante para ejercer la función de Ingeniero, Arquitecto o Ingeniero Agrónomo.

9.4.b) Dictamen

El dictamen del Tribunal de Tasaciones es obligatorio en el juicio, aunque su resultado luego no tenga carácter vinculante para el juez al momento de dictar sentencia. Esta característica de obligatoriedad en cuanto a su existencia y ausencia de carácter vinculante al momento de decidir, es común a los dictámenes de los diversos organismos técnicos o jurídicos de la Administración¹⁹⁴.

Dicho dictamen constituye un elemento fundamental del que sólo podrá apartarse el juzgador por motivos claramente fundados. Existe abundante jurisprudencia que resuelve en este sentido, debido a la trayectoria del organismo y su elevado valor técnico¹⁹⁵.

En este aspecto, corresponde destacar que la Corte Federal ha decidido que la atribución de los magistrados de apartarse de la apreciación del Tribunal de Tasaciones se encuentra condicionada por el grado de uniformidad con que se expidan sus integrantes y por la concurrencia de circunstancias demostrativas de error u omisión (CSJN: Fallos 310:2926; 313:1446 y 333:31, entre otras).

En la Ley provincial 5.708 no se encuentra prevista la elaboración de un dictamen por parte de un organismo similar al Tribunal de Tasaciones de la Nación, por lo que en dicho proceso las partes deben presentar sus propios dictámenes periciales, y en caso de ser necesario, se requerirá dictamen a un tercer perito, desinsaculado según la especialidad.

¹⁹² El Tribunal de Tasaciones es un organismo colegiado integrado por profesionales propuestos por el Sector Público Nacional y por Entidades Profesionales Privadas, que tiene por objetivo actuar como rector en materia de tasaciones, estableciendo normas y métodos de alcance nacional, como así también realizando distintos tipos de tasaciones, las que pueden ser clasificadas en judiciales, especiales y valores técnicos para fines contables, a pedido de organismos públicos o personas físicas o jurídicas privadas.

¹⁹³ La composición de este tribunal administrativo tuvo muchas modificaciones a lo largo de su historia, fue creado por Dec. Ley 33.405/44, con 11 miembros (6 del sector público y 5 del sector privado), luego ampliado a 12 miembros, por Ley de facto 21.626. El Decreto 1487/01, lo redujo a 5 miembros.

¹⁹⁴ Sobre la obligatoriedad del dictamen en el procedimiento, ver SCBA: B. 64.413, *Club Estudiantes de La Plata c/ Munic. La Plata s/ Amparo*.

¹⁹⁵ CSJN: Fallos: 135:243 y 147:348.

9.5. Alegatos

Se entiende que el escrito del alegato de bien probado debe ser la síntesis del examen de la prueba aportada al juicio por cada parte, y un resumen de la cuestión controvertida, evidenciando ante el juez la verdad de los hechos y el derecho invocado.

El art. 19 de la Ley de Expropiaciones prevé que las partes aleguen por escrito sobre el mérito de la prueba dentro del plazo común de diez (10) días, computados desde que la secretaría del juzgado haya certificado sobre la prueba producida.

La ley 5708, de la Provincia de Buenos Aires, prevé la realización de una audiencia, a la que deberán asistir las partes y los peritos en presencia del juez, donde podrán exponer lo que estimen pertinente y contestar las preguntas del juez (art. 32).

9.6. Contenido y cumplimiento de la Sentencia

La sentencia en el juicio expropiatorio debe dictarse en el plazo de 30 días de quedar firme la providencia que ordena el llamamiento de autos para sentencia¹⁹⁶.

Tiene carácter constitutivo, dado que ella consuma la expropiación transfiriendo la propiedad al estado expropiante, previo pago íntegro de la indemnización allí establecida.

La sentencia debe resolver las principales cuestiones articuladas por las partes y, en especial, determinará el importe de la indemnización en moneda de curso legal, teniendo en cuenta el valor del bien al momento de la desposesión (art. 20 de la Ley). Sobre este aspecto remitimos a las consideraciones efectuadas en el punto 3, relativo a los alcances de la indemnización expropiatoria¹⁹⁷. Igual solución presenta la legislación provincial (art. 8 de la Ley 5708).

Hemos dicho que el cumplimiento de la sentencia expropiatoria no admite restricciones, ni diferimientos en cuanto al capital de condena. Salvo conformidad del expropiado, la referida indemnización no puede hacerse efectiva mediante bonos o títulos de la deuda pública, puesto que esa forma de cancelación de la obligación contraría lo previsto en el art 17 de la Constitución Nacional. La jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca 'Las Pavas' s/ expropiación", del 5/4/95, declaró la inconstitucionalidad del régimen de consolidación de la deuda pública establecido por la ley 23.982, en su aplicación al pago de la indemnización por expropiación¹⁹⁸.

Por lo tanto la sentencia tiene fuerza ejecutiva contra el Estado.

La Ley establece que el cargo de las costas del juicio, como así su monto y el de los honorarios profesionales, se regirán por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y por las respectivas leyes de aranceles.

Finalmente, y contra la sentencia dictada en el juicio expropiatorio, la Ley admite la interposición de cualquiera de los recursos previstos en el mencionado Código (art. 19).

9.7. Desistimiento y Caducidad de Instancia

La Ley admite el desistimiento de la acción expropiatoria por parte del Estado, pero ello sólo es posible antes de perfeccionarse la expropiación, es decir, antes de haber tomado la posesión, abonada la indemnización justa en forma total y trasferido el dominio al Estado (art. 29 de la Ley). En tal caso, conforme al régimen general en la materia, las costas del juicio serán a cargo de quien desiste.

Distinta es la solución de la Ley al supuesto de inactividad procesal del expropiante, dado que limita la aplicación del instituto de la caducidad de instancia cuando el expropiante haya tomado posesión judicial del bien y el expropiado solo cuestione el monto de la indemnización (art. 30).

Ambas figuras se diferencian del supuesto de abandono por vencimiento de los plazos legales, por la sencilla razón de que en éste último caso no se inició el juicio expropiatorio.

¹⁹⁶ La ley 5708, establece un plazo de cinco (5) días para el dictado de la sentencia, desde la audiencia citada.

¹⁹⁷ La determinación del valor del bien a la época de la desposesión, es el criterio sostenido por el Máximo Tribunal Federal (Fallo: 333:215, Provincia de Chaco, del 9-3-2010; retomando los precedentes de Fallos 305:1897 y 307:458), Criterio ratificado posteriormente en la causa "Ros, Guillermo" (Fallos 334:509, sent. del 24-V-2011), y más recientemente en la causa "Rodríguez de Cayado" (Exp. R. 22. XLVII. RHE, sent. del 28-XI-2013). Abandona el Tribunal la doctrina anterior sentada en la Causa "Nicchi".

¹⁹⁸ Ver asimismo, CSJN: "Vergnano" (Fallos 327: 4668) y "Mochi" (Fallos 331:352).

Además, si con motivo del desistimiento se ocasionaron daños verificados al momento de la restitución del bien, el propietario tendrá derecho a reclamar la pertinente indemnización, por juicio autónomo.

9.8. Cuestionamiento de la Ley Declarativa de Utilidad Pública

Tradicionalmente la jurisprudencia sostuvo que la calificación de utilidad pública, efectuada exclusivamente por ley del Congreso Nacional o de las legislaturas provinciales, configura un acto político, típicamente discrecional y no es susceptible de cuestionamiento constitucional en sede judicial. Desde esta postura, el juicio expropiatorio sólo consistía en la determinación de la indemnización y su alcance, dado que no era posible cuestionar la causa de utilidad pública¹⁹⁹.

Sin embargo, este principio de no judicialidad ha sido morigerado por posteriores avances jurisprudenciales, los que –si bien con vaivenes–, han concluido en la actualidad en la posibilidad de judicializar toda la actuación del Estado, sin distinciones, cuando resulte afectado un derecho individual o colectivo.-

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰⁰ muestra ese camino, donde si bien se afirma como regla general la imposibilidad de revisar el acto legislativo de calificación de utilidad pública, dicho principio cede cuando exista una manifiesta arbitrariedad²⁰¹.

La doctrina, por su parte, se muestra conteste en admitir la facultad del órgano judicial de controlar la declaración legislativa de utilidad pública²⁰².

Por supuesto que para determinar si en un caso concreto existe o no arbitrariedad o desviación de poder, es necesario revisar la norma y las circunstancias fácticas de su aplicación, con lo que puede afirmarse que toda declaración de utilidad pública es revisable en sede judicial. Ello no implica, claro está, que en todos los casos en los que se revise dicha potestad, el juez se encuentre obligado a declarar su invalidez constitucional, dado que ello dependerá de las cuestiones fácticas y jurídicas debatidas en cada caso en particular. Una cosa es admitir la posibilidad de control judicial y otra, muy distinta, es determinar su coherencia con la cláusula constitucional²⁰³.

Así, la arbitrariedad originaria al momento de sancionarse la ley, el desvío o exceso en la finalidad perseguida, son causales de impugnación de la ley expropiatoria, y ello puede darse cuando la ley expropia a un particular en beneficio de otra persona, o bien cuando la declaración excede la finalidad invocada. Por supuesto que serán de aplicación los principios jurídicos de razonabilidad y proporcionalidad, entre medios y fines, que se encuentran consagrados por la Constitución Nacional (artículos 14 y 28).

Cabe mencionar que en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, la CIDH admitió la posibilidad del control judicial de convencionalidad, partiendo de la base de la excepcionalidad de toda restricción al derecho de propiedad privada y sostiene que “es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin”²⁰⁴.

Ello, sin perjuicio de la reserva efectuada por Argentina al artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, contenida en el instrumento de ratificación del 14/08/84, dado que los criterios utilizados por ese tribunal pueden servir de guía interpretativa a los tribunales locales²⁰⁵.

La Suprema Corte de Justicia local también adoptó el criterio de la revisión judicial, con sustento en que “al actuar de tal modo el Poder Judicial, sin minar la voluntad del órgano democráticamente elegido ni acusar un cometido contramayoritario, articula los frenos y equilibrios diseñados para fortalecer el Estado Constitucional de Derecho”²⁰⁶. En este interesante pronunciamiento, dicho Tribunal admite –sin disidencias–

¹⁹⁹ CSJN, Fallos: t.4, p.311, “Procurador Fiscal c. Francisco Hue”; t.6, p.67, “Procurador Fiscal c. Señorans y Rosas”.

²⁰⁰ En esa línea se ha dicho que la declaración de utilidad pública a los fines expropiatorios comporta una potestad privativa del legislador, cuyo criterio no puede suplantarse por el de los jueces sin riesgo de quebrantar la división e independencia funcional de los poderes estatales (CSJN, Fallos 4:311; 35:303; 93:219; 191:424) e interferir con el ejercicio de atribuciones indispensables para la convivencia social (CSJN Fallos 252:310; 272:88).

²⁰¹ CSJN: Fallos: 33:162 “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”; y luego en Fallos: 312:1725 “Compañía Azucarera Tucumana c. Nación”; y 317:221, entre otros.

²⁰² Ver: Linares Quintana, S.: Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, tº 4, página 151 y siguientes, Buenos Aires, 1956; Gordillo, Agustín A.: Derecho Administrativo de la economía, página 396, Buenos Aires, 1967; Diez, Manuel M.: Derecho Administrativo tº IV, página 249, Buenos Aires, 1969; Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, tº IV, página 193 y siguientes, Buenos Aires, 1973; Luqui, Roberto E.: La revisión judicial de la causa de utilidad pública en la expropiación, en revista La Ley, tº 128, página 1022.

²⁰³ Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, TII, pág.137.

²⁰⁴ CIDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo, párr.65, Sent. del 6-V-2008.

²⁰⁵ Ver Ley 23.054. La reserva prescribe textualmente: “El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, y ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”.

²⁰⁶ SCBA: Causa I. 2107, “O’Connor, Alberto M. y otro. Inconstitucionalidad ley 11.959”, Sent. del 18-II-2009.

que la utilidad pública o interés social varía con el cambio de las condiciones económicas, políticas y sociales, por lo que —en términos generales— podría declararse la legitimidad de la expropiación de fábricas recuperadas por sus trabajadores, con destino a ser administradas por las cooperativas que los nuclean, o bien de la expropiación de inmuebles destinados a la construcción de viviendas sociales, reformas agrarias, etc.; todo ello con la finalidad de permitir el acceso a bienes esenciales por parte de personas de bajos ingresos.

9.9. Vías de Impugnación de la Ley Declarativa de Utilidad Pública

En este aspecto, la cuestión vinculada a la constitucionalidad de la ley expropiatoria puede articularse como una defensa de fondo del particular en el proceso expropiatorio al momento de contestar la demanda²⁰⁷.

Sin embargo, si el juicio no ha sido iniciado podrá el propietario incoar, en forma autónoma, una acción declarativa de certeza, o de inconstitucionalidad de carácter preventivo, a efectos de obtener una declaración judicial en ese aspecto²⁰⁸.

Ello se integra con las normas constitucionales y convencionales, que garantizan un amplio acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la CADH; art. 18 de la Const. Nac. y 15 de la Const. Prov., entre otras).

También la retrocesión, instituto que abordaremos más adelante, tiene implicancias en esta cuestión, dado que presupone que el expropiante le confirió al bien expropiado un destino diferente, o no le dio destino alguno. El propietario expropiado, en consecuencia, podrá accionar en pos de recuperar la propiedad.

Pero no debemos perder de vista que la diferencia central radica en que la retrocesión sólo procede una vez perfeccionada la expropiación, circunstancia que —como hemos visto— todavía ello no ha ocurrido al inicio del juicio expropiatorio.

10. Expropiación Inversa

La expropiación inversa o irregular tiene por objeto obligar al expropiante a consumar la expropiación y a pagar la indemnización al expropiado que, de alguna manera, padece una situación total o parcial de indisponibilidad en el goce de su propiedad afectada a la expropiación que se demora²⁰⁹.

El adjetivo "inversa" no alude al sujeto expropiante —que no cambia— sino a la parte que promueve el juicio expropiatorio: en vez de iniciar la demanda el Estado o expropiante, la deduce el particular expropiado ante la inactividad de la Administración.

10.1. Presupuestos

Para la procedencia de esta acción deben concurrir las siguientes condiciones:

1. Que se encuentre vigente la ley declarativa de utilidad pública afectando al bien en cuestión;
2. Que el sujeto expropiante no haya promovido la demanda expropiatoria directa.
3. Que se verifiquen conductas del expropiante que impliquen desposeer al expropiado, como ocupar el bien, o impedir el libre ejercicio y la disponibilidad plena del propietario sobre la propiedad afectada.

El art. 51 de la Ley 21.499, dice que: "Procede la acción de expropiación irregular en los siguientes casos:

a) Cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización (supuesto de ocupación o toma de posesión sin autorización judicial del Estado).

b) Cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales.

c) Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad."

²⁰⁷ Es el criterio que admite la CSJN en CSJN "*Ferrario*", Fallos 251:246.

²⁰⁸ Acción de inconstitucionalidad - art. 161 inc. 1º de la Constitución provincial; SCBA I. 2107, "*O'Connor*" ya citada; también en I. 3024, "*Lavadero de Lanás El Triunfo*", res. de 8-VII-2003.

²⁰⁹ Bidart Campos, op.cit., pág. 148.

Cualquier limitación o restricción al derecho de propiedad no justifica el inicio de esta acción, sino que la afectación debe provocar un menoscabo cierto al derecho del titular. Sobre el punto la CSJN sostiene: "Que es criterio de esta Corte que la declaración por el Estado de que un inmueble se halla sujeto a expropiación no crea un derecho a favor del propietario para obligar a aquel a hacerla efectiva; es potestad del expropiante elegir el momento para ello salvo que medie ocupación del inmueble, privación de uso o restricción del dominio. La concurrencia de tales extremos no se desprende de la mera existencia de una norma que califique de utilidad pública el bien (Fallos: 310:1865 y sus citas)²¹⁰".

Asimismo, el art. 9 de la Ley establece otro supuesto: "Cuando la expropiación de un inmueble incida sobre otros con los que constituye una unidad orgánica, el o los propietarios de estos últimos estarán habilitados para accionar por expropiación irregular si se afectare su estructura arquitectónica, su aptitud funcional o de algún modo resultare lesionado el derecho de propiedad en los términos del artículo 51, incisos b) y c)". Ello sucede, por ejemplo, cuando el terreno sobrante no tiene las dimensiones mínimas establecidas por las leyes respectivas²¹¹.

Por otra parte, no corresponderá la acción de expropiación inversa cuando el Estado paraliza o no activa los procedimientos después de haber obtenido la posesión judicial del bien. Esta norma, complementada con el art. 30, que impide la aplicación de la caducidad de instancia, supone el inicio de la acción expropiatoria por el Estado, por lo que el propietario afectado sólo podrá impulsar dicho proceso, estándole vedado, por tal razón, el iniciar la acción de expropiación irregular.

Respecto de la valuación del bien en la expropiación inversa, deben aplicarse los principios sentados para la expropiación directa, criterio actual de la CSJN en el caso "Provincia de Chaco", es decir: el valor del bien expropiado tiene que fijarse al día de la desposesión.

10.2. Prescripción. Crítica

El Art. 56 de la Ley de Expropiaciones establece que el plazo para iniciar la acción de expropiación irregular prescribe a los cinco (5) años, el cual debe computarse desde la fecha en que tuvieron lugar los actos o comportamientos del Estado que tornan viable dicha acción.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la adquisición del dominio sobre el bien expropiado se halla subordinada al pago de la indemnización previa, y que es recién con la fijación de ese resarcimiento que el derecho real de dominio se convierte, por subrogación real, en el derecho al cobro del crédito representativo del valor del bien que se desapropia. En tales condiciones, como hasta ese momento el crédito es ilíquido, deviene inexigible y por tanto el derecho no puede ser extinguido por prescripción, cuyo cómputo sólo puede admitirse a partir de que el crédito se torna cantidad cierta, y eso ocurre recién con la determinación del monto a indemnizar, que en la expropiación inversa coincide con la sentencia judicial²¹².

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, siguiendo el criterio adoptado por la CSJN, en la causas "Garden", "Staudt" y "Arroyo", abandonó definitivamente su posición proclive a la prescripción de la acción de expropiación inversa. De este modo ha expuesto que: "Hasta tanto no se perfeccione la expropiación mediante el cumplimiento del requisito de la indemnización previsto en el art. 17 de la Constitución nacional y 31 de la provincial, no cabe admitir el cómputo de plazo de prescripción alguno para el ejercicio de la acción expropiatoria inversa reglada en el art. 41 de la ley 5708" (SCBA: Ac. 76907 S. 9.8.06)".

En la causa "Bibiloni" (SCBA, C 107365, sent. del 9-X-13), el Dr. Hitters, establece las conclusiones que surgen de los referidos casos "Garden", "Staudt" y "Arroyo", de la CSJN, las que sintetiza en: 1) hay una necesaria correlación entre la adquisición del dominio por el Estado y la previa indemnización por sentencia definitiva; 2) el bien no se transfiere al Estado sin la previa indemnización del art. 17 de la Const. Nac.; 3) no podría empezar a correr ningún término de prescripción, antes del abono previo; 4) al resultar la indemnización una condición para el desapropio, ese derecho al cobro del valor del bien expropiado ha de calificarse como ilíquido e inexigible, hasta tanto exista una sentencia judicial que determine su precio, siendo esta inexigibilidad la que hace que el derecho no pueda ser extinguido por el transcurso del tiempo.

²¹⁰ Ver CSJN; Fallos 320:934.

²¹¹ Ver CSJN; Fallos 308:1282.

²¹² CSJN: Fallos 287:387, "Acevedo de Cámpora", sent. del 5-XII-1973; 296:55, "Agros S.A." [1976]; 304:862, "Recabarren de Pérez Caillet, Helina A.", sent. del 15-VI-1984; causa "Bianchi, Héctor A. y otro v. Dirección Pcial de Vialidad", sent. del 12-XII-1985; 315:596, "Aranda Camacho", sent. del 7-IV-1992, conf. dictamen de la entonces Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora María G. Reiriz; 320:1263, "Garden", sent. del 1-VII-1997; 327:1706, "Staudt", sent. del 27-V-2004; 330:3635, "Arroyo", sent. del 21-VIII-2007.

La jurisprudencia consolidada que hemos citado establece el comienzo del cómputo de la prescripción de modo coincidente con la extinción misma de la obligación por causa del pago, o bien con el dictado de una sentencia judicial firme, lo cual supone en los hechos consagrar un supuesto de imprescriptibilidad de la acción de expropiación inversa, cuestión que no resulta prevista en ninguna norma.

Resulta obvio comprender que si se ha pagado la indemnización justa, no habrá interés ni acción judicial de parte del propietario expropiado. Es evidente que la postura imperante refleja una posición ideológica que da un valor preponderante a la propiedad privada –generalmente de inmuebles- por sobre el resto de los derechos de propiedad reconocidos en nuestro sistema jurídico²¹³.

11. Abandono de la Expropiación. Concepto. Casos

Este instituto que se configura cuando se ha dictado la ley declarativa de utilidad pública respecto de uno o más bienes afectados a expropiación y transcurre un determinado lapso de tiempo sin que el expropiante inicie el juicio expropiatorio, ni lleve a cabo ningún acto o procedimiento tendiente a consumir la expropiación²¹⁴.

La Ley de Expropiaciones establece diversos plazos según la mayor o menor individualización de los bienes objeto de expropiación. Así, establece el plazo de 2 años cuando se trate de bienes determinados, de 5 años para los bienes comprendidos en una zona determinada o de 10 años si se trata de bienes comprendidos en una enumeración genérica (art. 33 de la Ley).

Una vez ocurrido el vencimiento del plazo legal, la presunción de abandono opera iure et de iure, sin necesidad de interpelación alguna. Ya no se puede expropiar, quedando extinguida la potestad en tal sentido. Si el expropiante incurso en abandono quisiera expropiar el mismo bien después de operado ese abandono, necesitaría una nueva ley calificatoria de la utilidad pública.

Distinto es el caso de obras o planes de ejecución diferida, así establecidos en la ley declarativa de utilidad pública, puesto que no se aplican los plazos mencionados en el art. 33, sino que se establece un procedimiento especial, donde el Estado deberá obtener la tasación administrativa del bien objeto de expropiación, notificando al propietario del importe resultante. Si éste lo acepta, se homologará judicialmente, y el valor será considerado firme, sin perjuicio de la aplicación de las tasas de interés correspondientes. Si el propietario no aceptara la valuación que le fue notificada, el expropiante deberá solicitarla judicialmente (art. 34 de la Ley).

Diferencias con otras figuras ya analizadas:

. De la expropiación inversa o irregular, porque en el abandono no hay actos de expropiante que menoscaben o perturben la propiedad del expropiado, como si los hay para la expropiación inversa;

. De la retrocesión, porque en el abandono no se cumple ninguna etapa expropiatoria después de la ley declarativa de utilidad pública del bien, como si han debido cumplirse todas las etapas expropiatorias para que proceda la retrocesión;

. Del desistimiento y la caducidad de instancia en el juicio expropiatorio, porque en el abandono ni siquiera se ha iniciado dicho juicio;

. Si una vez abandonada la expropiación, el expropiante ocupa el bien o turba su propiedad, el expropiado que opone el abandono no puede demandar la expropiación inversa, porque el plazo de caducidad ha extinguido la potestad expropiatoria, y podrá –en su caso- reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la conducta oficial.

12. Retrocesión

Como ya se ha dicho, para la validez constitucional de la expropiación ha de existir una causa real de utilidad pública, declarada por ley del congreso; si esa causa real no existe cuando se dicta la ley, o desaparece luego, la expropiación se vuelve arbitraria e inconstitucional.

²¹³ Dado que no reciben el mismo tratamiento las acciones por créditos de naturaleza alimentaria (laborales o previsionales), o derivados de la responsabilidad del Estado (vgr. incapacidad o muerte por responsabilidad extracontractual). Si bien el tema escapa al desarrollo de esta obra, pueden consultarse algunos fallos que resuelven en ese sentido (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, "*Establecimiento la Magdalena S.A.*", sent. del 3-VI-2011, del voto –en mayoría- del Dr. Riccitelli; y Juz. Cont. Adm. N° 1, de La Plata, Causa "De Santibañez", Causa 13.779, sent. del 29-VII-2013). Esta última fue revocada por la Cámara de Ap. Cont. Adm. De La Plata, Causa 13.660, sent. del 18-3-2014.

²¹⁴ Ver Marienhoff, Miguel S.: La nueva ley nacional de expropiación: su contenido, en La Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499, página 32, Buenos Aires, 1977.

Para remediar esto último, existe el instituto de la retrocesión, entendiendo por tal el derecho del sujeto expropiado para obtener la devolución del bien, debido a que no se ha satisfecho la causa de utilidad pública que justificaba el desapoderamiento. Se trata, si bien se mira, de una suerte de condición resolutoria implícita, que hace que todo vuelva al estado anterior (retroceda) como consecuencia del incumplimiento de la razón social que justificaba la pérdida del dominio por parte del sujeto expropiado²¹⁵.

La retrocesión solo puede funcionar después de haberse perfeccionado y consumado el proceso expropiatorio a través de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o exista un contrato de avenimiento ejecutado. En cualquier caso es necesario que se haya transferido la propiedad y pagado la indemnización. Como vimos, esta circunstancia la diferencia de la figura del abandono.

El derecho a recuperar el objeto expropiado surge debido a que el sujeto expropiante incumple su deber de otorgarle el destino previsto en la ley declarativa de utilidad pública. Sea porque se cambia el destino (por ejemplo un inmueble expropiado para construir un hospital es dado en arrendamiento a particulares) o porque no se le asigna utilidad alguna (el inmueble permanece sin destino durante el tiempo previsto en la ley general de expropiaciones para habilitar la retrocesión).

La retrocesión no resulta procedente cuando el bien expropiado se ha destinado al fin de utilidad pública previsto durante un lapso de tiempo aunque después se haya variado ese destino.

12.1. Presupuestos

Para que proceda la acción de retrocesión resulta menester:

1. Que se haya perfeccionado la expropiación, de la forma ya indicada.
2. Que el fin de utilidad pública no se cumpla, lo que pasa de las maneras anteriormente mencionadas;
3. Que el propietario expropiado haya reclamado o intimado fehacientemente al expropiante para que le asigne al bien el destino para el que se expropió (arts. 38 y 39 de la Ley), y transcurrieran luego 6 meses sin que se le hubiera asignado tal destino (reclamo previo).
4. Que el expropiado que demanda por retrocesión reintegre el monto de la indemnización percibida, en consonancia con el siguiente principio: "Si el bien no ha sufrido modificaciones que aumenten o disminuyan su valor económico, basta devolver la misma suma".

Cuando el inmueble en cuestión acreció su valor debe distinguirse, como sostiene Marienhoff²¹⁶, según que el acrecentamiento derivara de obras realizadas por el expropiante o no. En el primer supuesto el expropiado debe incrementar la suma a devolver en proporción al valor de esas modificaciones o "mejoras". En caso contrario, el expropiante no resulta acreedor de tal mayor valor el que, por ende, no es susceptible de ser reclamado al antiguo propietario.

12.2. Prescripción

En Decreto Ley 21.499/77, en su art. 50, establece un plazo de prescripción de tres años a la acción de retrocesión, computados desde que habiendo quedado perfeccionada la expropiación en los términos del art. 29²¹⁷, al bien se le dio un destino ajeno al que la determinó, o desde que no habiéndosele dado al bien destino alguno, hubieren transcurrido los plazos previstos en los artículos 35 y 39.

No obstante algunos autores consideran que la misma debería ser imprescriptible²¹⁸ dado que el transcurso del tiempo no puede convalidar una inconstitucionalidad manifiesta, al desaparecer la causa que originó la expropiación. Fiorini²¹⁹, por el contrario, sostiene que las acciones imprescriptibles tienen fundamentos en razones de orden público, y sólo es el legislador quien debe establecer un régimen en tal sentido.

²¹⁵ Ekmekdjian, Miguel, Tratado de Derecho Constitucional, T.II. pág. 191.

²¹⁶ Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo IV, pág. 385, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.

²¹⁷ El art. 29 dice: "Se entenderá que la expropiación ha quedado perfeccionada cuando se ha operado la transferencia del dominio al expropiante mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización".

²¹⁸ Ekmekdjian, Miguel, op.cit. pág. 193 y Bidart Campos, op.cit. pág. 150.

²¹⁹ Fiorini, Bartolomé, op.cit., T. II, pág. 173.

13. Bibliografía

- Bidart Campos, G. (1999). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Abeledo.
- Bidart Campos, G. "Régimen constitucional de la expropiación". Buenos Aires: LL 144, pág.953.
- Bielsa, R. (1954). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Casas, J. A. y Romero Villanuevas, H. (2005). *Expropiación, Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. "La indemnización expropiatoria como institución de derecho público". Buenos Aires: Revista Régimen de la Administración Pública N° 155, pág.9.
- Cassagne, J. C. "El derecho de retrocesión y los nuevos presupuestos especiales de la pretensión procesal en la nueva ley de expropiaciones". Buenos Aires: Revista argentina de derecho administrativo N° 15/16, p.68.
- Cassagne, J. C. "Expropiación: Revisión judicial de la declaración de utilidad pública. Arbitrariedad de la ley que la dispuso". Buenos Aires: La Ley 2009-C-186.
- Cooley, T. M. (1898). *Principios Generales del Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*. Buenos Aires: Jacobo Peuser.
- Diez, M. M. (1969). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Omeba.
- Duguit, L. (1912). *Les transformations generales du droit prive: depuis le code Napoleon*. Paris: Félix Alcan.
- Ekmekdjian, M. (1998). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- García de Enterría, E (1996). *Lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas.
- Gordillo, A. (1967). *Derecho Administrativo y de la Economía*. Buenos Aires: FDA.
- Facio R. E. "Expropiaciones" en Cicero, N. K. –Directora- (2015). *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Fiorini, B. (1968) *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Legón, F. (1943). *Tratado Integral de la Expropiación Pública*. Buenos Aires: Editorial Abeledo.
- Linares Quintana, S. (1956). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: TEA.
- Luqui, R. E. "La revisión judicial de la causa de utilidad pública en la expropiación. Buenos Aires: La Ley, T 128, p. 1022.
- Maiorano, J. (1978). *La expropiación en la Ley 21.499*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Marienhoff, M. S. (1988). *Tratado de derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (1981). "Expropiación y urbanismo", La Ley 1981-C-910.
- Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma.
- Paso, R. E. (2015). *Ley General de Expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ed. Sendero Jurídico.
- Pulvirenti, O. D. (2013). "La idoneidad constitucional de una ordenanza para disponer de la expropiación de un bien". Buenos Aires: La Ley Suplemento de Derecho Administrativo, Febrero 2013, N°1, p. 42.
- Uslengui, A. "La expropiación irregular en la ley 21499", Revista argentina de derecho administrativo N° 15/16, p.77.
- Villegas Basavilbaso, C (1956). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: TEA.

CAPÍTULO 4

Responsabilidad del Estado

Carlos Botassi, Álvaro Flores y Pablo Cabral

1. Responsabilidad Contractual del Estado

El reconocimiento de la Responsabilidad del Estado se erige como uno de los principales logros del Estado de Derecho. La superación del dogma de la irresponsabilidad del Estado que postulaba que el rey no podía equivocarse debido a su carácter divino (“*the king can do no wrong*”) impulsó el desarrollo y desenvolvimiento de los derechos personales, conquistados -en gran medida- con el advenimiento de la Revolución Francesa.

Más tarde la “teoría del fisco” brindó fundamentos para que ciudadano cuente con la posibilidad de demandar a la autoridad en la persona del *Fiscus* siempre y cuando el litigio tuviere carácter patrimonial. En virtud de la teoría del Fisco, se sustentó la facultad de condenar al Estado al pago de una “*indemnización*” al administrado cuyo patrimonio había sido lesionado por hechos o actos protagonizados por empleados o funcionarios públicos.

En el contexto referenciado, no resulta sorprendente que a nivel Federal -sin perjuicio de otros valiosos antecedentes en la materia¹- los primeros pasos acerca del reconocimiento de la responsabilidad del Estado hayan sido en materia contractual. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde su primera integración en 1863 reconoció la existencia de la responsabilidad contractual del Estado. Así en la causa “Bates Stokes y Cia” del año 1864 (Fallos 1:259) el Máximo Tribunal reconoció el derecho de un propietario de mercaderías dañadas mientras se encontraban depositadas en la Aduana Nacional. A partir de esta decisión, de fecha anterior a la entrada en vigencia del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield², comenzó a perfilarse -en forma dispersa y asistemática- la responsabilidad contractual del Estado. Este comienzo jurisprudencial se plasmaría luego en las regulaciones de los contratos privados y públicos que celebra el Estado.

Las circunstancias reseñadas precipitaron la aplicación, por razones prácticas, de las disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio para la resolución de contingencias referidas al acaecimiento de responsabilidad contractual. Bajo este prisma, conviene resaltar que el Código Civil que rigió hasta agosto de 2015 reconocía categóricamente la existencia de dos regímenes de responsabilidad patrimonial: la contractual y extracontractual (conf. arts. 520, 521, 522, 1107, y 4023), distinción que resulta aplicable en nuestra materia.

La subsistencia de la Teoría del Fisco hasta mediados de la década de 1930, aunada con la incipiente progresión del derecho administrativo en aquellos años, posibilitaron -en líneas generales- la aplicación directa o subsidiaria del Derecho Civil para analizar los conflictos suscitados ante reclamos en materia de responsabilidad contractual ante la ausencia o insuficiencia del plexo normativo vigente para las contrataciones en particular (Fallos 17:196; 76:216; 84:280; 103:36; 105:254; 111:375; 117:84; 131:7; 134:166; 145:237; 160:93). De todos modos el estudio teórico de la responsabilidad contractual no posee el desarrollo doctrinario del que goza la responsabilidad extracontractual del Estado que, indudablemente, que

¹ A modo de ejemplo, no resulta ocioso transcribir las disposiciones de la Ley 224 de 1859 dictada por la Confederación Argentina: “La Confederación argentina desde la instalación de su gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por los perjuicios causados por los empleados de las autoridades legítimas del país”.

² Vale decir que la Ley 340 (por la cual se aprobara el anterior Código Civil), comenzó a regir a partir del 1º de enero de 1871.

posee ribetes más interesantes: responsabilidad por omisión, por actividad lícita, por funciones judiciales y legislativas, entre otros. En materia contractual se han estudiado profundamente los recaudos de validez de los contratos que celebra el Fisco (sobre todo los llamados “contratos administrativos”), las consecuencias de su anulación y los problemas que surgen durante su ejecución. Resulta notorio, en cambio, que las derivaciones jurídicas del incumplimiento oficial, es decir el alcance de la responsabilidad que ello acarrea, carece hoy día de un desarrollo equiparable a la materia extracontractual.

1.1. La Ley de Responsabilidad del Estado Nacional de 2014

La irrupción de la ley de Responsabilidad del Estado Nacional nº 26.944 (en adelante LRE) significó - más allá de las justificadas críticas recibidas- la primera experiencia en nuestro país en torno a la regulación de las cuestiones y requisitos elementales para la procedencia de la responsabilidad del Estado. Como aspecto principal, se consolidó la idea de que la responsabilidad estatal es un instituto propio del derecho público, regido –en consecuencia- por principios de dicha índole.

El artículo 10 de la Ley 26.944 reza: “La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria”. De tal suerte que puede afirmarse: A) La clasificación entre la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado mantiene su plena vigencia; B) Al establecer la aplicación supletoria de la LRE, se reconoce implícitamente que la responsabilidad contractual posee principios propios; cuestión que debe ser puntualizada para no asimilar nuestra materia al fenómeno producido en el Derecho Privado en donde se ha unificado –al menos normativamente- el régimen de ambos tipos de responsabilidad (Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, Capítulo 1 Título V del Libro Tercero³).

Con respecto a las disposiciones del CCyC, si bien por regla resultarán aplicables en forma analógica, tal como lo estipulan su artículo 1764 y el artículo 1 párr. 3º de la LRE, reiterando lo resuelto por la Corte Nacional en varios precedentes (Fallos 190:142; 304:919; 310:1589; 321:174; 330:5306), consideramos que ciertos principios del derecho recogidos en el Código Civil y Comercial como la buena fe en la interpretación y ejecución de lo acordado podrán ser considerados de manera directa a la hora de juzgar las consecuencias del incumplimiento estatal de un contrato de cualquier naturaleza.

Siguiendo las aguas de la doctrina de la CSJN, y de los lineamientos de la Ley 26.944, la distinción referida la responsabilidad estatal por actividad lícita e ilícita resulta enteramente aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual, atento a que, como ante dijimos, este tipo de responsabilidad participa de los caracteres relativos a la imputabilidad directa y objetiva que tiñe a toda la materia que nos ocupa.

La distinción entre ambos tipos de responsabilidades resulta esencial en cuanto refiere a la extensión del resarcimiento. En tal sentido, la LRE –no obstante las atinadas críticas que se le han efectuado- puntualiza que “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional”, agregando que “en ningún caso procede la reparación del lucro cesante”(art. 5).

1.2. Requisitos de Procedencia

A partir de la sanción de la LRE, sumada a la existencia de consolidados los principios generales en materia de responsabilidad, es posible distinguir recaudos genéricos y recaudos específicos que hacen a la procedencia del deber de indemnizar.

1.2.a) Recaudos propios de la responsabilidad en general (incluyendo la extracontractual).

A.- *Efectiva existencia de daño resarcible*: Como en cualquier capítulo vinculado al derecho de daños, el perjuicio sufrido debe ser acreditado fehacientemente por la parte perjudicada por la acción u omisión, legítima (como sería la rescisión del contrato por razones de mérito) o contraria a derecho del co-contratante estatal (v. gr. rescisión con imputación de una culpa inexistente).

B.- *Factor de atribución*: Para que exista el deber de reparar los daños la parte oficial debe dejar de cumplir en tiempo y forma con las obligaciones emergentes del contrato (prestaciones comprometidas que generalmente será la entrega de una suma de dinero), o en el despliegue de conductas reprobadas por el orden jurídico que afectan al co-contratante particular y cuya casuística es casi infinita, dependiendo de la

³ LORENZETTI, Ricardo (Director) “Código Civil y Comercial Comentado”. Editorial Rubinzal Culzoni. Año 2015. Tomo VIII. Páginas 345 y ss.

naturaleza y objeto del contrato en crisis (rescisión indebida del acuerdo, aplicación de sanciones injustificadas, negativa a recomponer el equilibrio de prestaciones, etc.)

C.- *Relación de causalidad*: Las acciones u omisiones de la parte estatal durante la ejecución del contrato debe ser la causa eficiente del agravio al patrimonio del particular.

1.2.b) Recaudos específicos de la responsabilidad contractual.

A.- *Existencia de un contrato válido*: A la hora de adentrarnos en la exégesis en torno al nacimiento o no de responsabilidad contractual estatal, el primer elemento que se debe analizar es el referido a la acreditación de la existencia de un contrato (privado o público) celebrado por Estado en las condiciones exigidas por la normativa vigente. La distinción entre las dos categorías de contratos (civiles o administrativos), en materia de responsabilidad estatal no tiene otra importancia que determinar el fuero competente para incoar las pretensiones indemnizatorias.

Desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “no se puede fundar una acción de daños y perjuicios por incumplimiento de una convención inexistente” (Fallos 152:151). Este elemental principio adquiera particular relevancia en materia de contratos regidos por el Derecho Público o contratos administrativos que el ordenamiento rodea de una cantidad de recaudos sustanciales (competencia del órgano que suscribe el acuerdo, causa adecuada y finalidad legítima) y formales (procedimientos de selección del co-contratante particular (licitación pública, licitación privada, concurso de precios, etc.) cuyo cumplimiento condiciona su validez⁴.

B.- *Afectación de la ecuación económico-financiera del Contratista*: El derecho al mantenimiento del equilibrio entre las prestaciones comprometidas por ambas partes constituye una de las principales garantías con las que cuenta el contratista privado y opera como un contrapeso respecto de las prerrogativas que se reconocen a la parte estatal. La relevancia que posee este instituto se ve reflejada en el ordenamiento jurídico toda vez que el mantenimiento de la ecuación económico-financiera se encuentra expresamente reconocido por la legislación nacional (art. 13 Decreto 1023/01) y provincial (art. 7 Ley 13981).

C.- *Vulneración del principio de buena fe*: Las conductas de las partes en el marco de las relaciones contractuales concertadas, se encuentran indisolublemente atadas al principio de la Buena Fe, que impone interpretar y ejecutar lealmente lo acordado.

Más allá de que su reconocimiento expreso aparece en el Código Civil y Comercial (Conf. arts. 729, 961, 991, 1061, 1710), la regla de la buena fe ha sido declarada directamente aplicable a la disciplina del derecho administrativo en la constante jurisprudencia de la CSJN (Fallos 320:152; 324:4199; 325:1787; 326:3135; 326:2625; 326:2686; 327:5073; 329:3537; 330:1649; 331:816; 331:1186; etc.).

Las manifestaciones comunes respecto de posibles transgresiones a este principio suelen presentarse a través del abusivo ejercicio de ciertos poderes de dirección y fiscalización que el ordenamiento reconoce a favor de la parte estatal (conf. art. 12 Decreto N° 1023/01; art. 7 Ley 13981).

Como es natural, para poder imputar responsabilidad al Estado por violación al principio de la buena fe el contratista particular debe haberse desempeñado en forma diligente y activa. Cumplimentando en tiempo y forma las prestaciones a su cargo. En este sentido resultan de aplicación las previsiones de los artículos 729 (obligación de obrar con cuidado y previsión), 1710 (deber de prevención del daño) y 1725 (deber de actuar en función de las consecuencias) del CC y C.

Del principio de la buena fe se derivan dos institutos fundamentales para evitar los abusos de poder: la denominada “confianza legítima”⁵ y la imposibilidad de actuar en contradicción con los propios actos precedentes. Con el objeto de proteger a los contratistas se ha consolidado una doctrina jurisprudencial que impone a las partes de un contrato exhibir un comportamiento coherente, que evite sorpresivos cambios de conducta que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado debido a los actos anteriores (Fallos 308:191; 315:890 314:491; 325:1757).

D.- *La fuente legal*: En algunas legislaciones locales, tanto en materia de responsabilidad por conducta ilícita como en los supuestos de proceder legítimo del Estado, se regula con cierta precisión los derechos del contratista privado y, por añadidura, las obligaciones del Fisco, previéndose compensaciones en caso de rescisión culpable y por razones de mérito. Así por ejemplo en materia de contrato de obra pública la ley 13064 art. 54 y la ley 6021 art. 64.

⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo; Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, Otros Estudios; LexisNexis, Buenos Aires, 2003, segunda edición actualizada y ampliada, Capítulo XI “Algunos aspectos de la licitación pública”, pág. 286 y ss. Asimismo, ver CSJN Fallos 308:618; 311:2831; 316:382; 323:1515; 323: 1146; 323: 1841; 323:3924; 324: 3019; 324:4199; 326:1280; 326:3206; 327:84; 329:809; 329:5976; 330:1649; 335:1385.

⁵ Para un profundo desarrollo del tema, ver COVIELLO, Pedro J.J “La Protección de la confianza del administrado. Derecho Argentino y comparado”. Editorial Lexis Nexos. Año 2004.

1.3. Responsabilidad Contractual por Proceder Ilegítimo

Existirá responsabilidad contractual por proceder estatal ilegítimo cuando se advierta –en el marco de un vínculo contractual- una conducta activa u omisiva irregular, deficiente, inadecuada o incorrecta por parte de la Administración. La principal manifestación de una omisión dañosa la constituye el incumplimiento de la prestación comprometida. Se presenta entonces la violación de un deber específico establecido convencionalmente que ha generado derechos a favor del particular. Para determinar su alcance debe analizarse el texto del contrato (integrado naturalmente por los pliegos que rigieron el procedimiento de selección) y, asimismo, el plexo normativo que abastece al contrato en crisis, desde las Constituciones Nacional y Provincial, a la legislaciones sobre municipalidades (si se trata de un contrato celebrado con la autoridad local), pasando por el análisis Reglamento General de Contrataciones y las normas específicas que alcanzan a los contratos en particular (leyes y reglamentos sobre suministros, obras y servicios públicos).

En este orden de ideas, el incumplimiento contractual puede caracterizarse como la inexecución total o absoluta de la prestación comprometida, al igual que por su un cumplimiento defectuoso al no ajustarse a lo convenido (parcial, inexacto o tardío).

Se ha entendido que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso acarrea responsabilidad estatal de fuente contractual en supuestos de muy variada índole: por incumplir con la obligación de abonar las mejoras realizadas al inmueble, previamente establecidas en la convención (Fallos 107:140); por ofrecer inmuebles destinados a pastoreo en un remate público, cuando en realidad se trataban de salitres que impedían el desarrollo de la actividad tenida en miras por el adquirente (Fallos 100:326); la falta de restitución oportuna del inmueble (Fallos 295:766; 295:973); la destrucción y privación sobreviniente de espacios oportunamente concedidos para la explotación de publicidad (Fallos Fallos 312:696); por no poner a disposición los vagones necesarios para efectuar el retiro de piedras de balasto (Fallos 326:2081); cumplimiento tardío de las obligaciones asumidas (Fallos 307:1828; 312:1461); pérdida de mercaderías (Fallos 17:196); destrucción de obras pictóricas/artísticas (Fallos 327:5991); etcétera.

También acarrea el deber de compensar los perjuicios ocasionados al co-contratante privado la rescisión indebida del contrato, que se produce cuando se invoca un incumplimiento que no ha sido tal o, en todo caso que no ha podido ser acreditado. En este supuesto como el acto administrativo rescisorio carece de causa legítima, deviene nulo por hallarse comprometido uno de sus recaudos esenciales de validez (art. 7 y 14 “b” de la LNPA; arts. 103, 108 Decreto-Ley 7647/70 Pcia. de Bs. As.).

1.4. Responsabilidad Contractual por Conducta Lícita

En algunos supuestos el co-contratante particular puede sufrir daños y perjuicios sin que la conducta oficial merezca reproche. El caso paradigmático es el de la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que en materia de formas concesionales se denomina “rescate”⁶. En circunstancias en las cuales mantener la vigencia de lo acordado resulta contrario al interés público, cabe consentir la revocación de lo acordado a condición de que la parte privada resulte debidamente indemnizada. En tal supuesto rigen los principios de la responsabilidad estatal por actividad lícita. En definitiva, surge claro que la revocación por razones de mérito implica un sacrificio patrimonial especial, que afecta derechos adquiridos y que se justifica por la preeminencia del bienestar general, en los términos del artículo 4 inc. “e” de la LRE. En ese marco, toda vez que el artículo 16 de la Constitución Nacional consagra el principio de la igualdad ante las cargas públicas, la parte perjudicada debe ser compensada.

Dejando atrás -a nuestro juicio- la teoría referida a la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas, los ordenamientos nacionales y provinciales actuales contemplan específicamente el ejercicio de la potestad revocatoria (art. 12 incs. “a” y “b” del Decreto Delegado N° 1023/2001; art. 7 de la Ley 13.981 Pcia. de Bs. As.).

Las modalidades típicas bajo las cuales opera la extinción contractual dando lugar a la responsabilidad contractual lícita, son la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y el instituto del Rescate. A diferencia de lo que acontecen con la revocación, con el rescate se produce una reasunción de la actividad u obra (objeto del contrato) oportunamente concedido por parte del Estado.

⁶ Para un desarrollo completo del tema, ver AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en la obra colectiva Servicio Público y Policía, CASSAGNE, Juan C. (Director), El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 187 y ss.

1.5. Extensión del Resarcimiento

En cuanto respecta al alcance de la reparación debida al co-contratante particular, cabe distinguir según el Fisco haya actuado violando el orden jurídico (como hemos visto en el numeral 1.3.) o, por el contrario su conducta no merezca reproche legal alguno (tal como se explicitara en el numeral precedente).

En el primer caso la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que la víctima debe obtener la reparación integral de los perjuicios sufridos. Esto significa que, junto con el daño emergente (compuesto, por ejemplo, por el costo de la mercaderías o servicios, gastos directos, estudio de suelos, pago de honorarios a profesionales intervinientes, pago de salarios, indemnizaciones salariales, etcétera) se deberán incluir la pérdida de chances⁷ y el lucro cesante⁸. Asimismo en aquellos casos en las cuales el aspecto fundamental de la elección radica en las condiciones especiales del contratista resultará procedente el resarcimiento del daño moral⁹.

Por el contrario si los perjuicios sufridos por el particular son consecuencia de un obrar legítimo de la Administración, los ordenamientos nacional y provinciales han seguido la tendencia propiciada por un sector de la doctrina consagrando el derecho a una indemnización que excluye el lucro cesante y que ha sido sustentada en la denominada fuerza expansiva de la expropiación (art.10 del Dec. Ley 21.499/77 y art. 8 de la Ley 5708 de la Prov. de Bs. As.), terreno en el cual la compensación queda acotada al daño emergente (art. 12 inc. “b” párr. segundo del Decreto Delegado N° 1023/2001; art. 121 del Anexo del Decreto N° 893/2012; art. 26 de la Ley 25344; art. 11 Ley 24453; art. 7 inc. “a” Ley 13981 de la Pcia. de Bs. As.). El artículo 5 de la LRE n° 26.944, motivo de polémica, lo dispone en forma categórica: “En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

Se trata de una limitación que en determinadas situaciones puede conducir a soluciones injustas ya que en algunos supuestos el lucro cesante reviste magnitudes significativas frente a daños emergentes mínimos que convierten a la indemnización en algo simbólico. Por esta razón –como veremos al ocuparnos de la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar legítimo- la limitación de la reparación al daño emergente ha recibido severas críticas por parte de la doctrina, y asimismo, no se compadece con la jurisprudencia de la CSJN (Fallos 262:555; 286:333; 296:730; 306:1409; 332:2654) y de la SCBA (causas C.112112 y B.58326). En nuestra opinión no existe razón valedera para limitar la extensión de la indemnización cuando la tendencia universal es priorizar la situación de quien sufre el perjuicio y propiciar la reparación integral. No debe olvidarse que la declaración de utilidad pública en materia expropiatoria la declara el Poder Legislativo mediante ley formal, ámbito esencial de la representatividad democrática, mientras que la revocación de un contrato puede decidirse en la soledad de un despacho de la autoridad Administrativa y responder a intereses alejados del bienestar general.

Diferente es el caso de la reparación al particular de los daños que ha soportado como consecuencia de siniestros que califican como fuerza mayor o caso fortuito en los términos del artículo 1730 del Código Civil y Comercial. Es el caso de los perjuicios derivados de la destrucción por un rayo o como consecuencia de una inundación del material acopiado para la construcción de una obra pública que algunas legislaciones colocan a cargo del Fisco co-contrante (art. 39 Ley 13064; art. 65 Ley 6021 Pcia. de Bs. As.) y en el cual no cabe duda que la ganancia esperada no debe ser atendida¹⁰.

1.6. Prescripción

Previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (agosto de 2015) uno de los criterios para fundamentar la distinción entre la responsabilidad del Estado de fuente contractual y extracontractual estaba dada por la aplicación de plazos diferentes en materia de prescripción.

Así las cosas, partiendo de la premisa de que el instituto de la prescripción constituye una materia no delegada por las provincias al Estado Federal¹¹, y aplicando en forma directa las disposiciones del Código Civil de 1871, se estableció que en materia de responsabilidad de fuente contractual el plazo de

⁷ Para su procedencia, es necesario acreditar la frustración de obtener un beneficio económico que cuente con probabilidad suficiente de convertirse en cierto (Fallos 323:2930; 329:3403; 330:2748).

⁸ Definido como aquellas ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409; 316:1025).

⁹ En Fallos 327:5991 (“Goldstein”) la CSJN hizo lugar al reclamo de daño moral por la pérdida de obras artísticas pertenecientes a la actora.

¹⁰ CSJN, Fallos 315:865. El Alto Tribunal dispuso que esta causal de asunción de perjuicios transforma una situación de exclusión de responsabilidad en un factor de atribución y, por ello mismo, resulta de interpretación restrictiva correspondiendo al particular acreditar que los elementos que estaban bajo su custodia fueron afectados por eventos extraordinarios y/o imprevisibles.

¹¹ In re “Filcrosa” CSJN, Fallos 326:3899.

prescripción de la acción del acreedor de la indemnización era de 10 años (conforme a lo regulado en el anterior artículo 4023 y a lo resuelto por la CSJN en el caso “Metalmecánica”)¹².

Con la sanción de la LRE y del CCyC ha desaparecido toda distinción. Si bien la Ley 26.944 únicamente regula el plazo de prescripción para la responsabilidad extracontractual¹³, no es menos cierto que el Código Unificado suprimió la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, disponiendo en su artículo 2561 que “el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

Por lo tanto, en materia de responsabilidad estatal contractual, resulta aplicable -por vía analógica- el artículo mencionado, y por ello, el plazo de prescripción será de tres años.

No obstante la posición asumida, no podemos dejar de señalar las probables vicisitudes interpretativas que pueda suscitarse frente a lo establecido en los artículos 2532 que remite a la legislación provincial a la hora de fijar plazos de prescripción en materia de tributos locales y 2560 que fija un plazo general de cinco años “excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

Las normas citadas dejan abierta la posibilidad de que sean las provincias las que regulen el instituto de la prescripción en aquellas cuestiones regidas por el Derecho Público y cabe recordar en este sentido que la responsabilidad estatal configura un instituto ajeno al Derecho Civil y, por imperio del art. 121 de la CN, su regulación no ha sido delegada al Poder Central sino que -por el contrario- ha sido reservada por las provincias.

2. Responsabilidad Extracontractual del Estado

El primer tipo de responsabilidad que el Poder Judicial atribuyó al Estado fue la derivada de su actividad formal plasmada en contratos, siendo posterior el reconocimiento de aquella que no tenía como fundamento un daño derivado de un vínculo contractual.

La responsabilidad extracontractual del Estado puede originarse en una actuación como en una omisión, tanto del Poder Ejecutivo, como de los poderes Legislativo y Judicial, adquiriendo cada una de las categorías regulaciones propias.

2.1. Fundamentos Constitucionales y Convencionales

El fundamento tradicional de nuestro sistema jurídico para responsabilizar al Estado hallaba su cauce, antes de la reforma constitucional de 1994, en los derechos protegidos por la Constitución Nacional (artículos 16, 17 y 19 CN).

Entre las muchas teorías de justificación de la responsabilidad extracontractual del Estado, podemos citar -siguiendo la tradicional clasificación de Reiriz¹⁴- a las siguientes posturas; teoría de la expropiación, teoría del sacrificio especial, teoría del enriquecimiento sin causa y abuso del derecho, teoría de los derechos adquiridos, teoría del riesgo y del seguro social, teoría de la falta de servicio y teoría de la confianza legítima.

Hasta la modificación de nuestro sistema de fuentes –ocurrída a partir de la reforma constitucional de 1994- la evolución de la responsabilidad del Estado, desde su primigenia negación hasta la ampliación a diversos supuestos como la actividad lícita o contractual, siempre descansó en la estructura normativa del derecho privado. Así, sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es indudable que la responsabilidad del Estado nace “de la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común”¹⁵. La doctrina tradicional encontró el fundamento de la responsabilidad estatal, además del derecho de propiedad, en el deber de no dañar a los demás y en el principio de igualdad formal.

El desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado tuvo su centro de gravedad en el derecho individual de propiedad y en el principio de igualdad formal –paradigma de un

¹² Fallos 296:672.

¹³ ARTICULO 7° — El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

¹⁴ Reiriz, .Tambien Saenz, Juan Ignacio, en su capítulo “Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: Teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia”, en la obra colectiva *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 29.944*, Aberastury, Pedro (Dir), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

¹⁵ CSJN, “Laplacett, Juan (suc.)”, sentencia del 26 de febrero de 1943; Fallos 195:66.

determinado modo de pensar la sociedad- y no en la idea de justicia distributiva y de igualdad material – principio rector del Estado Social y Democrático de Derecho-.

A partir del precedente de la CSJN “Vadell” de 1984, la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, comisiva u omisiva, es concebida, de tal modo, como directa y objetiva, con basamento en la noción de falta de servicio.

Responsabilidad “objetiva” que implica el abandono de la culpa como factor de imputación y sólo requiere probar “el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad”.

La jurisprudencia y doctrina construyó el concepto de falta de servicio a partir del funcionamiento irregular del servicio (CSJN: “Vadell”; “Hotelera Río de La Plata”; “Cadesa”; “Tejeduría Magallanes”, “Mosca”, “Serradilla”, entre muchos otros)

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la jurisprudencia de su Tribunal ha desarrollado la obligación de los Estados condenados por violación de los derechos protegidos por la Convención de reparar a las víctimas de tales actos. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido¹⁶. Esta reparación comprende, pues, las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como en el moral y agrega la Corte que la reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.¹⁷

Esa obligación se regula por el Derecho Internacional¹⁸. En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana que establece que: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

En el desarrollo de la labor jurisdiccional de la Corte Interamericana ha sido un pilar importante de su jurisdicción la evolución que -en la aplicación del referido artículo 36.1 de la Convención Americana- en materia de reparaciones ha experimentado el tribunal. El desafío del Sistema Interamericano es dar respuestas a nuevos planteamientos, no ya vinculados a violaciones de derechos humanos básicos e individuales, sino a planteos colectivos por afectación de derechos de raigambre social.

De nuestro sistema económico institucional surge en forma directa e inmediata que el derecho constitucional protegido por la responsabilidad del Estado no es otro que el de propiedad (arts. 14 y 17 CN y 21 de la CADH), que además funciona como uno de los fundamentos sobre los que se estructura la responsabilidad pública¹⁹. También de un modo más indirecto la responsabilidad pública se encuentra vinculada con las garantías judiciales (Art. 18 CN y 14 del PIDCyP). Como se puede observar la ley de responsabilidad del Estado debe tener por objetivo la protección y garantía de dos derechos civiles (propiedad y garantías judiciales).

2.2. Código Civil y Comercial

El Código Civil velezano que rigió en nuestro país por más de cien años, regulaba normativamente la responsabilidad contractual y extracontractual en el marco de las relaciones entre particulares, sin referirse a los casos en que el responsable resultaba el Estado.

Sin embargo, nuestro máximo tribunal de justicia construyó una jurisprudencia que evolucionó desde prácticamente la irresponsabilidad estatal hacia su responsabilidad plena, con base normativa en los artículos que regulaban la materia (arts. 1074, 1109, 1111, 1112 y 1113 del hoy derogado Código Civil, entre otros).

¹⁶ Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 85; Caso Castillo Páez, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 48 y Caso Suárez Rosero, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 41)

¹⁷ Cfr. Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, supra 32, párr. 43; Caso Castillo Páez, Reparaciones, supra 31, párr. 53 y caso del ferrocarril de la bahía de Delagoa, LA FONTAINE, Pasicrisie internationale, Berne, 1902, p. 406.

¹⁸ Cfr. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11, párr. 44; Caso Perozo y otros, supra nota 13, párr. 404, y Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 395.

¹⁹ CSJN, Fallos, 195:66. Ver Balbín, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Tomo IV, p.211, Buenos Aires, 2011.

Finalmente, luego de un largo proceso legislativo, el Congreso de la Nación sancionó el nuevo Código Civil y Comercial Argentino, que por disposición de la ley 27.077, comenzó a regir el primero de agosto de 2015.

Como veremos más adelante, la ley de responsabilidad del Estado Nacional sancionada un año antes establece expresamente en su artículo que “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

2.3. Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Nacional

La propuesta legislativa de una ley sobre responsabilidad del Estado Nacional fue ingresada por el Poder Ejecutivo conjuntamente con otros proyectos de reforma de legislación central dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, alguno de los cuales recibieron aprobación por el Congreso de la Nación (Código Civil y Comercial; Código Penal; Código Procesal Penal; Ley de Medidas Cautelares; Código Procesal Administrativo Federal).

Todas estas normas conforman un sistema integrado de solución jurídica a los casos de Responsabilidad del Estado y por ello cualquier modificación que se pretenda debe ser pensada integralmente, no siendo recomendable reformar cada régimen como si fueran parcelas individuales aisladas unas de otras. La complejidad de la materia exige una visión panorámica de los legisladores y de los jueces llamados a aplicar el ordenamiento jurídico.

Existe la necesidad de legislar en forma diferenciada cuando el daño se produce a sujetos vulnerables de especial protección y cuando se encuentra vinculado a la violación de derechos fundamentales.

Debemos pensar en la responsabilidad estatal con un *tratamiento legislativo privilegiado* que responda a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos *derechos fundamentales* reconocidos y garantizados constitucionalmente. Las diferencias estructurales entre derechos fundamentales – en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)- y *derechos patrimoniales* –en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)-, en mi opinión, justifican por sí el tratamiento normativo diferenciado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad.

La ley de Responsabilidad del Estado Nacional fue sancionada por el Congreso de la Nación bajo el n° 26.944 y publicada en el Boletín Oficial el día 8 de agosto de 2014, entrando a regir el 17 del mismo mes y año.

En su primer artículo la ley regula los principios de la responsabilidad extracontractual por actividad o inactividad ilegítima, estableciendo en su segundo artículo los eximentes de responsabilidad, y en el tercero los requisitos para la procedencia de tal responsabilidad.

El artículo 1° establece que. “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.”

En el artículo 2° la ley establece como causales de eximición de la responsabilidad estatal la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo y determinante por el que el Estado no debe responder. Así el artículo dispone que “Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.”

Por su parte el artículo 3 de la norma en estudio dice que; “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y *mensurable en dinero*; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.”

2.4. Legislación Provincial

El anteúltimo artículo de la ley de responsabilidad del Estado establece que el régimen previsto por tal norma para el Estado Nacional puede ser aplicado por los Estados locales, siempre que sus poderes legislativos adhieran a las disposiciones de la ley federal.

Así el artículo 11 de la ley 26.944 dice: “Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.”

3. Responsabilidad del Estado por Acción y por Omisión

La conducta activa de toda persona física o ideal constituye su “acción” mientras que su posición pasiva (comportamiento exterior negativo) deriva en “omisión”²⁰. Tanto la acción como la omisión son manifestaciones del comportamiento. Cuando esa conducta se exterioriza en forma positiva sus consecuencias jurídicas son claramente atribuibles al agente actuante y, en defecto de su individualización, al Estado *lato sensu*. La cuestión se complica cuando la omisión deja de ser interpretada como una simple negación de la acción para constituirse en un comportamiento por sí mismo capaz de erigirse en la *causa – fuente* de una consecuencia y transformarse en el fundamento de una atribución de responsabilidad.

En el Derecho Privado la consideración de la inacción como nexo causal de una consecuencia dañosa remite generalmente a una cuestión de hecho ya que en el plano extracontractual son contadas las ocasiones en que los individuos se encuentran obligados a actuar en beneficio de otros. En ese ámbito el problema, como regla, queda acotado a probar que la omisión del agente se encuentra causalmente conectada con el perjuicio sufrido por la víctima. En materia de responsabilidad del Estado (Derecho Administrativo), en cambio, la cuestión va más allá de lo fáctico y remite de lleno a la consideración de los fundamentos políticos del deber de obrar, el cual consideramos vinculado con el sustento jurídico de la irrenunciabilidad de la competencia²¹. Cuando el derecho positivo atribuye poderes, facultades y competencias a los organismos estatales impone como regla general su ejercicio, sin que les sea dado a las autoridades optar por la inacción. La búsqueda del “bienestar general”, anunciada en el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina, tiene como corolario la irrenunciabilidad de la competencia. El no uso, injustificado, de las potestades públicas por parte de quienes las tienen atribuidas, constituye una irregularidad por las que –bajo determinadas condiciones- cabe responder.

La cuestión verdaderamente trascendente consiste en determinar cuándo, en qué casos y bajo qué condiciones, las autoridades estaban constreñidas a desarrollar una conducta positiva. En este sentido la atribución constitucional y legal de competencia, considerada en forma genérica, no debe conducir al exceso de exigir del Estado el desempeño sin fisuras, completo y perfecto de toda la actividad que legítimamente pueden desarrollar sus órganos. Si las municipalidades, las provincias y la Nación desarrollaran en términos de perfección ideal sus funciones de fomento, prestación de servicios públicos y policía, no existirían ni la pobreza, ni niños sin instrucción secundaria, ni delitos. Si bien la erradicación total de los males sociales que nos aquejan puede y debe ser el esencial objetivo de todo Estado bien nacido no es menos cierto que hoy por hoy se trata de una prestación de cumplimiento imposible²².

²⁰ En el Derecho Penal, sin embargo, la palabra “acción” suele considerarse comprensiva de toda conducta humana, incluyendo el “no hacer” siempre que esa pasividad produzca una modificación en el mundo exterior. En definitiva todo “no hacer” puede considerarse una acción positiva si es considerado como un “hacer” cosa distinta de la que se podía y debía. “*La ausencia de una determinada acción va siempre acompañada de un hecho positivo, es decir, de otra actividad. El guardabarreras, en vez de bajar las barreras al paso del tren, se durmió o se fue a pasear; el transeúnte que encontró una persona herida, en vez de prestarle ayuda, se alejó*” (Ure, Ernesto J.: *La omisión en el Derecho Penal*, La Ley 34-1099).

²¹ Por cierto que, sin alcanzar la trascendencia reconocible en el ámbito del Derecho Público, en el Derecho Privado también importa la consideración de la existencia o no de un deber de obrar en el agente dañoso. Así por ejemplo en materia de responsabilidad contractual resulta claro que quien no cumple la prestación *omite* realizar una conducta a la que estaba *obligado*.

²² La crisis socioeconómica que afectó a la Argentina a fines de 2001 hizo proliferar las demandas de indigentes reclamado del Estado la satisfacción de sus necesidades alimentarias con apoyo en el derecho constitucional a la salud. Un tribunal provincial condenó al Estado a proveer alimentación a una familia indigente hasta tanto se produzca su inserción en programas sociales y dio intervención a la Cámara Argentina de la Construcción para que sus empresas afiliadas expresen si pueden dar trabajo al actor (Juzgado de Menores y Familia n° 2 de Paraná, Prov. de Entre Ríos, Defensor del Tribunal Superior de Justicia c/ Estado provincial s/ amparo, sent. del 21.7.02 confirmada por la Alzada, publicada y comentada bajo el título “Amparo contra Estado provincial por alimentos a una familia necesitada”, en *El Derecho*, Suplemento de Filosofía del Derecho del 23.5.03, pág. 12. Salvo el caso excepcional recién citado los tribunales rechazaron los pedidos judiciales de provisión de alimentos, aunque conviene resaltar el voto en disidencia de los jueces de la Corte Nacional Fayt y Boggiano que apoyaron “la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados” y la necesidad de “no generar situaciones que sólo conducirían eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de *responsabilidades patrimoniales del Estado*”(Causa Ramos, Marta y otros c/ Prov. de Buenos Aires s/ amparo”, 12.3.02, Jurisprudencia Argentina 2002-IV-466, con nota de Albanese, Susana: Indivisibilidad e

La responsabilidad del Estado en su forma tradicional se apoya en la existencia de una “*actividad*” estatal irregular, que acarrea una responsabilidad directa (y no refleja, a causa de la conducta del agente-dependiente) y *objetiva* (ajena a la consideración del dolo o negligencia del funcionario). En tiempos más recientes el sistema de responsabilidad estatal se consolida desde la óptica que propicia atender más a la protección de la víctima que al resguardo del patrimonio fiscal y, desde esa impronta, se afianza y desarrolla la idea de una responsabilidad derivada no solo de la mala praxis activa sino también de la “*pasividad*” oficial, objetivamente considerada. Esa obligación de actuar –como veremos más adelante- debe estar impuesta por la norma en forma clara y concreta, resultando insuficiente para responsabilizar a la Administración la ignorancia de deberes genéricos e imprecisos insertos en las cartas constitucionales provinciales y en la Constitución Nacional²³. Sin embargo, la reformulación de algunas ideas y la necesidad de dar adecuada atención a ciertos casos donde negar la reparación dejaba un sabor a derrota de la justicia objetiva del caso, hizo que el requisito de la norma específica, concreta, determinada y determinante que impusiera el hacer omitido resultara si no abandonado, al menos preñado de excepciones. En esa línea de pensamiento Marienhoff opina que la conducta debida no solo debe estar impuesta por la ley formal o material, sino que también puede acarrear el deber de indemnizar la pasividad antijurídica que se contraponga al *razonable deber jurídico* del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido²⁴. La “razonabilidad” de la expectativa de que el Estado actúe positivamente ante una situación dada, cuya ignorancia se constituye en una omisión antijurídica, resulta también sostenida por Cassagne²⁵. En sentido semejante, Comadira y Canda puntualizan que el Estado debe responder cuando su omisión, pese a no vulnerar ningún mandato legal explícito deje sin atención un interés normativamente relevante, se presente una necesidad de actuar para tutelar dicho interés y exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se obtiene²⁶.

Los repertorios de jurisprudencia abundan en casos de responsabilidad del Estado fuera de todo marco convencional y el capítulo más abundante es el relacionado con el ejercicio del poder de policía. En terrenos tan disímiles como el de la salud pública, la seguridad de las personas, la actividad bancaria, la circulación vehicular y otros muchos, se ha responsabilizado al Estado por el defectuoso ejercicio del poder de policía que no es otra cosa que el reproche de *omitir* las medidas de vigilancia necesarias para prevenir una numerosa gama de siniestros (falta de cerca en obras viales provocando la caída de personas en pozos y canteras; falta de vigilancia que impida el ingreso de animales en rutas luego embestidos por automovilistas; omisión de ordenar el cierre de entidades financieras que más tarde fueron liquidadas perjudicando a los ahorristas, etc.)²⁷.

La omisión puede provenir de la Administración²⁸ –como en los ejemplos recién recordados- o de los Poderes Legislativo²⁹ y Judicial³⁰. En todos los casos se ha tenido por cierto que existía una obligación

intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida). La doctrina se ha manifestado a favor del auxilio judicial a las personas pobres como manera de salvar la omisión por parte del Poder Ejecutivo (por ej.: Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos: El derecho a la alimentación y a la salud y su exigibilidad al Estado, Jurisprudencia Argentina, 2003-III). En cambio, en los casos vinculados a la necesidad de obtener productos medicinales la Corte Nacional ordenó a las autoridades sanitarias hacer entrega de los medicamentos requeridos por el actor en tratamiento médico (Campodónico c/ Ministerio de Salud s/ Amparo, 24.10.00, El Derecho, Supl. de Derecho Constitucional del 24.11.00, pag. 1, con nota de Morello, Augusto M.: El derecho fundamental a la vida digna).

²³ ¿Qué pasaría si un gran número de ciudadanos, con sustento en disposiciones constitucionales expresas, reclamara una compensación por carecer de acceso a la vivienda digna, a salarios móviles, a un ambiente sano, a la educación secundaria, etc.?

²⁴ Marienhoff, Miguel S.: *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 79.

²⁵ Cassagne, Juan Carlos: *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, La Ley, 2000-D-1219.

²⁶ Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O.: *Responsabilidad del Estado por omisión (Actos inter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso administrativa)*, nota al fallo de la Sala I de la CNFed. Cont. Adm., “*Wellcome c/ Estado Nacional*”, 6.6.95, donde se rechazó la demanda que perseguía el cobro de una indemnización por la no inclusión de la actora en un sistema de régimen preferencial de cotización de divisas (La Ley 1996-A-600).

²⁷ Una sistematizada reseña de casos puede verse en Perrino, Pablo E.: *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, E.D. Supl. de Derecho Administrativo del 28.12.99, pág. 1 y especialmente pág. 7. Desde luego que no basta probar el nexo causal entre el siniestro y la pasividad oficial: entendiéndose en un reclamo por la muerte de un automovilista que embistió un caballo suelto en una ruta, la Corte Nacional rechazó la demanda por entender que la atribución del poder de policía no podía llegar al extremo de suponer la prevención de todo tipo de situación dañosa (Causa *Ruiz c/ Prov. de Buenos Aires*, 7.11.89, La Ley 1990-C-429, con nota de Bustamante Alsina, Jorge: *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*). Juan Carlos Cassagne, en cambio, ha opinado que aún en los casos en que el mantenimiento y control de la ruta ha sido dado en concesión el Estado debe responder frente a este tipo de siniestros debido a la obligación de remover obstáculos que le impone la Ley de Tránsito (La *responsabilidad de los concesionarios viales*, Rev. La Ley del 1.11.06, pág.1).

²⁸ Por omitir el mantenimiento de las vías navegables se ha condenado al pago de los daños sufridos por la muerte de la esposa e hijos del actor que naufragó por embestir su embarcación un tronco que flotaba en el río (Corte Nacional, 1969, “*Franck c/ Prov. de Buenos Aires*”, Fallos 275:357). Asimismo por omitir señalar la existencia de un pozo en una ruta que provocó el siniestro de un automotor (Corte Nacional, 1991, “*Lanatti c/ Administración de Vialidad*”, Fallos 314:661). Igualmente por omitir colocar avisos que indiquen los peligros del área seguido de la muerte de un bañista en las playas de Puerto Madryn (Corte Nacional, 1992, “*Posee c/*

concreta de actuar y al no hacerlo se ha creado o agravado una situación de peligro. La responsabilidad surge porque pesa sobre el Estado una obligación específica de resultado que ha sido soslayada sin causa justificada (cercar el pozo, vigilar la ruta, controlar la seguridad pública, fiscalizar las actividades financieras y de aseguramiento). Se supone que la competencia asignada al órgano, en forma precisa y con mandato expreso de actuar de determinada manera frente a ciertas circunstancias, va acompañada de los medios humanos y materiales necesarios para ejercerla, y si se suma a ello que en un caso dado no aparecen obstáculos de fuerza mayor insalvable, cabe concluir que el Estado ha asumido el papel de garante de que el hecho dañoso no se producirá. En estos casos, desde el punto de vista fáctico la omisión es la causa del resultado dañoso y desde el punto de vista jurídico la atribución de responsabilidad es la consecuencia de la omisión.

Pero, más allá de las opiniones doctrinarias antes recordadas que relajan la exigencia de la norma expresa que disponga un actuar concreto, lo cierto es que la jurisprudencia ha exigido que la obligación de hacer incumplida debe aparecer en forma muy precisa en la norma incumplida, sin que sea suficiente una referencia genérica o global a una determinada competencia. En una decisión que fue muy difundida y comentada, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó una demanda (acogida en las dos instancias anteriores) que reclamaba una indemnización por los perjuicios derivados de una inundación aluvional debido a la omisión oficial de construir terraplenes defensivos. El Tribunal sostuvo que solo el ejercicio irregular del derecho de no hacer provoca la obligación ya que el Estado solo responde "cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción", entendiendo que en el caso la competencia en materia de policía de aguas surge de normas genéricas que de ningún modo imponen la obligación concreta de construir obras de defensas aluvionales necesarias para asegurar los bienes de todos los habitantes de la Provincia³¹. Más tarde la Suprema Corte mendocina ratificaría su doctrina expresando que: "...para que se genere el deber de responder por omisiones imputables al Estado, es necesario que la omitida sea una obligación, un deber concreto, y no un deber que opere en dirección genérica y difusa... Es menester que se trate de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración³²".

Con esa salvedad, el fundamento basal de la responsabilidad por omisión surge del principio general de Derecho volcado en el artículo 1717 del Código Civil y Comercial que reza: "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada"; complementado con el artículo 1762, rotulado "Responsabilidad del funcionario y del empleado público": "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones

Prov. de Chubut", Fallos 315:2834). Se calificó de "abstención ilícita" la falta de control municipal que impidiera el derrumbe de un edificio (Civ. Y Com. De San Nicolás, 4.6.96, "*Marún c/ Nasif*", Jurisprudencia Argentina 1997-IV-254). Se responsabilizó a la autoridad competente por la omisión de controlar la actividad de una empresa aseguradora que dejó sin atención pólizas emitidas luego de que sus relaciones técnicas indicaran que debía ser reforzada su garantía de solvencia (CFed. Mar del Plata, *Sorba c/ Superintendencia de Seguros de la Nación*, 2.3.00, Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, Año II n° 3 (Mayo/junio 2000), pág. 78, con nota de Stiglitz, Rubén S. y Compiani, M. Fabiana: *La responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del poder de policía: su recepción jurisprudencial en materia de control de las compañías aseguradoras*). También por la omisión de entregar un documento de identidad que impidió al actor excepcionarse para cumplir el servicio militar por entonces obligatorio (CN Apel. Civ. y Com. Federal, 2000, "*Zucco c/ Estado Nacional*", La Ley 2001-A.325).

²⁹ El Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Santa Fe, condenó al Estado provincial a indemnizar los daños a la salud sufridos por una niña en la clase de ejercicios físicos, debido a una patología congénita oculta que le impedía determinados movimientos. Se recriminó la omisión en el dictado de reglamentación de los controles médicos previos a la actividad gimnástica que hubiera permitido detectar el mal que aquejaba a la víctima (Causa "*Arredondo c/ Provincia de Santa Fe*", 15.5.98, Jurisprudencia Argentina 2000-III-315, con nota de Saux, Edgardo I.: *Responsabilidad civil del Estado por omisión de actividad legislativa*). Asimismo se ha considerado contraria a Derecho la omisión en que ha incurrido una municipalidad al no regular en detalle las condiciones de preservación ambiental de un área protegida por una ley provincial de la costa bonaerense; y si bien los accionantes no reclamaron indemnización sino el dictado de una orden de legislar contra el municipio, resulta claro que de haberse invocado y probado un daño, la condena a repararlo hubiera resultado inevitable (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar*, 29.5.92, Jurisprudencia Argentina, 2002-IV, con notas de Cafferatta, Néstor: *En defensa del paisaje* y de Botassi, Carlos: *Amparo por omisión legislativa: la preservación ambiental del Parque Cariló*).

³⁰ Se condenó a una provincia a indemnizar a una persona cuyo automóvil fue secuestrado por la policía al haberse omitido el juzgado interviniente comunicar la cancelación de la orden judicial de secuestro (Corte Nacional, *De Gandia c/ Prov. de Buenos Aires*", Fallos 318:845). El Estado fue condenado a pagar los daños sufridos por el comprador de un fallido a causa de la omisión del síndico de anotar la inhibición que pesaba sobre el vendedor (C. Federal Cont. Adm., 1999, "*Amiano c/ Estado Nacional*", La Ley 1999-F-497). Un sector de la doctrina consideró que la Provincia de Buenos Aires debía responder por los perjuicios ocasionados a los litigantes debido a la omisión en que incurrió la Suprema Corte al no implementar el nuevo Fuero Contencioso Administrativo (impuesto por la reforma constitucional provincial de 1994) cuyas condiciones de legitimación y amplitud de pretensiones los colocaría en mejor posición procesal (Cabral, Pablo O. y Maljar, Daniel E.: *Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa Bonaerense*, Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial de Derecho Administrativo, del 20.12.00, pág. 15). Ampliar en Retjman Farah, Mario: *Responsabilidad del Estado por omisión judicial: una tendencia que se expande*, La Ley 1996-D-79.

³¹ Causa "*Torres c/ Prov. de Mendoza*", 4.4.89, La Ley 1989-C-512, con nota de Cassagne, Juan Carlos: *La responsabilidad del Estado por omisión*..

³² Causa "*Norton c/ Municipalidad de Godoy Cruz*", 18.10.96, Rev. La Ley del 5.3.97 pág. 11.

legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

Vigente el Código de Vélez la Suprema Corte de justicia de la Provincia de Buenos Aires había expresado que: "...en el Derecho Público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o abstención. Por ello su tratamiento jurídico básico debe efectuársele recurriendo a la norma del art. 1074 del Cód. Civil³³ que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención³⁴".

El artículo 3 inc. "d" de la Ley 26.944 se ha inclinado por una postura exageradamente restrictiva al establecer que "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación *expreso y determinado*", ya que estos términos parecen indicar que la responsabilidad estatal por omisión funciona solamente que la actividad positiva y concreta del órgano competente –injustamente omitida por el Fisco- debe aparecer descripta por el legislador. Y, en caso contrario, cuando la obligación oficial provenga de un principio no escrito (como por ejemplo el derecho constitucional implícito a la salud) o el deber de actuar surja de reglas laxas (como la legislación sobre prevención del delito, tránsito vehicular, fiscalización de bancos y compañías aseguradoras), no existirá responsabilidad estatal.

Confiamos en que serán los jueces quienes realizarán una hermenéutica valiosa del texto legal ya que en el complicado y conflictivo tema de la responsabilidad del Estado por omisión, como en casi todos los que tienen que ver con la ciencia jurídica, lo verdaderamente esencial (y tal vez por ello indudablemente complicado) es posicionarse en el justo equilibrio. Ni impunidad para el Estado ausente ni presunción absoluta de responsabilidad frente a cada situación dañosa³⁵, sin perder de vista que no es posible exigir una disposición específica para cada accionar estatal y que cuando la Constitución y la ley encomiendan a las reparticiones públicas la atención activa de determinadas incumbencias en forma genérica, la abstención dañosa deviene ilegítima salvo que se acreditara la imposibilidad de actuar, es decir la omisión apareciera "justificada" como reza el artículo 1717 del Código Civil y Comercial.

El intérprete deberá partir de la base de que las autoridades públicas carecen de opción: deben ejercitar las atribuciones que el orden jurídico les otorga porque le han sido dadas para la búsqueda del bien común y recién considerar que el nexo causal aparece interrumpido cuando se haga evidente una razonable imposibilidad de evitar el siniestro que naturalmente se presentarán con frecuencia. Rebollo ha realizado un extenso listado de supuestos claramente ajenos a la responsabilidad del Estado³⁶, situación que se refleja también en el derecho argentino³⁷ y que impone lograr alguna medida y criterio lógico a la hora de proponer el caso.

De todas maneras –cabe insistir- entendemos que cuando el órgano estatal posee las atribuciones necesarias para evitar un perjuicio a terceros (en términos explícitos y también razonablemente implícitos) se presume iure et de iure que cuenta con los medios financieros, humanos y de equipamiento para hacerlo y no cabe duda que la omisión injustificada de la conducta debida, seguida de una circunstancia dañosa relacionada causalmente, genera el deber de indemnizar.

³³ Cód. Civil de 1871, art. 1074: "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

³⁴ Causa Ac. 73.526, "Vargas c/ Club Náutico Hacoaj", 23.2.00, Diario de Jurisprudencia Judicial (Prov. de Buenos Aires) t. 100 pág. 1426. En este caso se admitió la responsabilidad parcial de la Municipalidad de Tigre por haber omitido "sus deberes de vigilancia y custodia" de una laguna pública otorgada en uso a un club náutico a la que cayó un menor perdiendo la vida. En tales circunstancias la Suprema Corte entendió que, "si el Estado debió constatar antes y controlar después el cumplimiento de los recaudos a que se condicionó la autorización solicitada y concedida (a favor del club de náutica), y no lo hizo, y el daño resultante guarda relación causal con la omisión, se configura su responsabilidad pues no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población".

³⁵ Gambier, Beltrán: *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, La Ley 1990-E-616, especialmente pág. 626. En igual sentido Huici, Héctor M.: *La responsabilidad del Estado por omisión*, La Ley 1993-D-829, especialmente pág. 853.

³⁶ Rebollo, Luis Martín: *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones*, R.A.P., Madrid, Sept./Dic. 1999, n° 150 pág. 320.

³⁷ La Cám. Nac. Civil Sala E, en autos "Sánchez c/ Municipalidad de la Capital", sent. del 27.12.84, condenó a la Comuna a indemnizar a los deudos de un enfermo internado en un hospital público que se suicidó en un hospital, recriminando la omisión del cuidado necesario para evitar que atentara contra su vida, cuando nada hacía suponer que ello podía acontecer (Rev. La Ley del 17.2.86, pág. 2 con nota crítica de Trigo Represas, Félix A.: *Indemnización de la totalidad del daño por el suicidio de un enfermo internado*).

4. Responsabilidad del Estado por su Conducta Ilegítima

En la mayoría de los casos en que el Fisco es condenado a pagar años y perjuicios el desempeño de sus agentes ha merecido algún tipo de reproche por haber actuado (u omitido actuar) con dolo o culpa o violando alguna regla o principio jurídico. Se presentan entonces supuestos de responsabilidad del Estado por su conducta ilegítima, ilícita o contraria a derecho, con las particularidades que hemos referido en los numerales precedentes y a los cuales remitimos.

El artículo 3 de la Ley 26.944 dispone: "Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad o inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

La conducta oficial dañosa puede verse representada por un simple hecho, como es el caso de un accidente de tránsito en el cual participa un conductor empleado del Estado o puede tratarse de una decisión inválida, errónea o directamente prohibida por el orden jurídico, como es el caso del dictado de actos administrativos viciados o la emisión de actos de certificación o constatación erróneas. Nótese que dos casos emblemáticos fallados por la Corte Nacional, que tuvieron enorme trascendencia por contribuir a delinear la teoría general de la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Público, fueron motivados por la emisión de certificados de dominio equivocados. En uno de ellos, *Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires* (1938), comentado sucintamente en el numeral..., se introdujo el fundamento de la falta de servicio como factor de atribución *objetivo* de la responsabilidad y en el restante, *Vadell contra Provincia de Buenos Aires* (1985), referido en el numeral... quedó consolidada la aplicación de la teoría del órgano para imputar al Fisco las consecuencias del proceder de sus agentes en forma *directa*.

La exigencia de que exista un daño cierto y probado constituye un principio general en materia de responsabilidad civil que veda a los jueces el reconocimiento del derecho a indemnización de daños inciertos, dudosos o hipotéticos. Naturalmente, además de tratarse de un daño invocado por la víctima, corre por su cuenta la prueba de su efectiva existencia.

La excepción se presenta en materia de daño moral o espiritual donde, en determinadas circunstancias, la propia naturaleza del evento dañoso elimina la posibilidad de duda respecto del padecimiento espiritual del accionante. Es el caso de la muerte de seres queridos o la avería o destrucción de objetos materiales vinculados afectivamente con su propietario.

Como es lógico para poner en marcha la responsabilidad estatal la conducta dañosa debe provenir de un funcionario o empleado de cualquier jerarquía o nivel, perteneciente a cualquiera de los poderes de la Nación, las provincias o sus municipios. Para que exista responsabilidad estatal, la acción u omisión dañosa debe corresponder a la función del agente involucrado ya que solo en tal circunstancia podrá estimarse que actuó un "órgano" oficial. En caso contrario, es decir si los perjuicios proceden de la actividad privada del agente, desvinculada absolutamente de sus tareas oficiales, podrá existir responsabilidad personal y obligación de indemnizar con su patrimonio a la víctima, pero el Estado será ajeno a esa situación.

La referencia del inciso "c" del artículo 3 de la LRE a una relación de causalidad "adecuada" entre la conducta estatal y el daño indemnizable permite excluir a aquellas situaciones en las cuales una persona sufre un deterioro patrimonial al mismo tiempo en que se advierte un proceder estatal inadecuado, ilegal o erróneo pero se constata que el mismo resulta ajeno al perjuicio es decir no existe un vínculo entre una causa (la conducta estatal) y un efecto (los daños sufridos).

5. Responsabilidad por Conducta Lícita

Por lo general la obligación estatal de reparar los daños provocados por la acción u omisión de sus agentes es consecuencia de un proceder ilegal, irregular o contrario a derecho. Puede tratarse de un simple hecho, como es el caso de un accidente de tránsito en el cual participa un conductor empleado del Estado o puede deberse a una decisión inválida, errónea o directamente prohibida por el orden jurídico, como es el caso del dictado de actos administrativos viciados o la emisión de actos de certificación o constatación erróneas.

Existen también casos en los cuales el Estado es responsable de los perjuicios ocasionados a terceros sin que la conducta del órgano interviniente merezca reproche. Se alude entonces a la responsabilidad del Estado por su conducta lícita o por su accionar legítimo, cuya dogmática ha tenido intenso desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Se trata de episodios en los cuales el deber de compensar a la víctima es consecuencia de la imposibilidad de exigir un sacrificio especial sin reparación y de la necesidad de restituir la igualdad afectada. Son casos en los cuales el Estado, sin apartarse de la legalidad, ha ocasionado perjuicios que la víctima no está obligada a soportar, haciendo que se consolide la idea-fuerza de que el Estado debe indemnizar no solo los daños causados por acciones u omisiones ilícitas sino también aquellos ocasionados por su conducta legítima. Así por ejemplo situaciones donde se infringe un daño para evitar un mal mayor³⁸, se cambian las reglas de la economía debido a coyunturas desfavorables³⁹ o se revocan actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia⁴⁰. En estos supuestos no es posible imputar al agente dolo o negligencia ni falta de servicio, y la obligación de reparar el daño se apoya en el principio de igualdad frente a las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional⁴¹, ya que si bien se considera legítimo que en defensa del interés general se afecte la propiedad privada, se reputa injusto que una persona o un grupo acotado de personas sacrifiquen su patrimonio en provecho colectivo sin una justa indemnización.

5.1. Requisitos de Procedencia

La Ley de Responsabilidad del Estado Nacional establece en su artículo 4: "Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

La exigencia de que el daño sea "cierto", por oposición a imaginable o hipotético, al igual que su calidad de acreditado o probado, no ofrece dificultades. Tal como ocurre en los supuestos de daños ocasionados por la conducta oficial ilegítima, quien invoca haber sufrido perjuicios patrimoniales o espirituales debe probarlos, con la excepción de ciertos supuestos de daño moral que se presumen por la propia naturaleza del siniestro y a los cuales ya nos hemos referido.

Diferente es la opinión que nos merece el recaudo de *actualidad* del daño ya que no existe razón alguna para excluir de la reparación a los perjuicios ciertos pero futuros, es decir que se producirán en forma inexorable. Así en materia de inundaciones de campos decididas por la autoridad competente para evitar el ingreso de las aguas en lugares poblados (conducta estatal legítima), una vez finalizada la inundación deben efectuarse tareas muy onerosas para recuperar la fertilidad del suelo. Obviamente no se trata de un supuesto de lucro cesante sino de un daño emergente no-actual o futuro ya que los gastos que la tarea demande deberán afrontarse muchos años después del evento dañoso.

En el ejemplo dado, de acuerdo al régimen legal, si el anegamiento se produjo por mala praxis oficial en el manejo de las aguas (en cuyo caso el factor de imputación será la culpa del titular del órgano o la falta de servicio y estaremos frente a un supuesto de responsabilidad por conducta ilícita), el daño futuro pero cierto deberá indemnizarse. En cambio si la inundación intencional de un establecimiento agropecuario es consecuencia del acatamiento de la ley que impone preservar las áreas pobladas (supuesto de responsabilidad por actividad legítima), de acuerdo al texto legal, la compensación quedará acotada a los perjuicios contemporáneos o actuales. No se advierte razón lógica o jurídica para dispensar semejante

³⁸ Es el caso de inundaciones incontrolables donde las autoridades hidráulicas conducen las aguas hacia campos fértiles para evitar la inundación de ciudades (CSJN, *Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, 23.11.1989, Fallos t. 312 p. 2266) y que volveremos a referir más adelante.

³⁹ Como cuando se prohíben importaciones hasta entonces autorizadas perjudicando a quienes tenían contratadas las compraventas internacionales (CSJN, *Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional*, 15.5.1979, Fallos t. 301 p. 403).

⁴⁰ El artículo 18 del Dec. Ley 19.549/72 de procedimiento administrativo nacional, dispone que el acto administrativo regular "podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados". En este último supuesto, claro está, el fundamento de la obligación de indemnizar será la regla positiva parcialmente transcrita en la nota 11 pero es deber del jurista indagar sobre la *ratio legis* que informa la norma.

⁴¹ CN, art. 16, parte final: "La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

disparidad de trato y, por afectar claramente el derecho de propiedad, entendemos que la exigencia de actualidad contenida en el inciso “a” del artículo 4, resulta inconstitucional.

A diferencia de lo reglado en materia de responsabilidad por actividad ilegítima en la cual se imputa al órgano las consecuencias de su conducta omisiva (art. 3 inc. “b” de la Ley 26.944), tratándose de responsabilidad por el desempeño legítimo del Estado el nexo causal deberá provenir de hechos positivos (conducta activa). La ley no admite la responsabilidad por omisión “legítima” ya que “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (art. 3, inc. “d”, parte final), es decir cuando él no actuar implica la violación del orden jurídico.

En conclusión: cuando se trata de responsabilidad por conducta ilegítima la LRE alude a la “imputabilidad material de la *actividad o inactividad* a un órgano estatal” (art. 3 inc. “b”), mientras en caso de responsabilidad por el proceder legítimo se requiere la “imputabilidad material de la *actividad* a un órgano estatal” (art. 4 inc. “b”).

En cuanto atañe al nexo causal, mientras en materia de responsabilidad del Estado por su conducta ilícita la Ley 26.944 requiere una relación de causalidad “*adecuada*” (art. 3, inc. “d”), cuando el perjuicio proviene de la conducta oficial legítima el inciso “d” del artículo 4 exige que entre la actividad estatal y el daño la relación de causalidad sea “*directa, inmediata y exclusiva*”.

Coincidimos con la solución legal en lo relativo a la calidad de consecuencia directa e inmediata del nexo entre la conducta y el daño, ya que en caso contrario, es decir si pudiera responsabilizarse al Fisco por las consecuencias indirectas y mediatas vinculadas con el actuar oficial (relación de causalidad remota) se extendería el deber de reparar hasta fronteras muy lejanas. Es el caso de la adopción legítima de una medida que daña el patrimonio de una persona pero también afecta su estado de ánimo, provocando una enfermedad. Se trata, en tal caso, de una consecuencia remota de la medida oficial y resulta irrazonable responsabilizar al Estado por un desenlace de esa índole.

Consideramos criticable, en cambio, que se exija que el vínculo causal entre la conducta estatal legítima sea exclusivo ya que no existe razón alguna para proscribir la incidencia de la concausalidad cuando al actuar oficial se suma el hecho de la víctima o de terceros o aparecen fenómenos naturales que, considerados en conjunto, provocan el siniestro o agravan su magnitud. Un ejemplo, según creemos, dejará demostrada lo inadecuado de la limitación. Uno de los episodios dañosos por actividad legítima que más pronunciamientos judiciales motivó es el de las inundaciones de establecimientos agropecuarios provocados por las autoridades hidráulicas cumplimentando normas destinadas a evitar el anegamiento de lugares poblados⁴². Se trataba de desbordes de ríos, lagunas y canales que hacían necesario el manejo de las aguas causando daños a terceros al convertir campos fértiles en grandes lagos para evitar males mayores y que, en los casos que ahora interesan, se realizaba de manera irreprochable, sin mala praxis alguna⁴³. En algunos casos el anegamiento de los establecimientos de campo era el efecto buscado mediante obras públicas hidráulicas (canalizaciones, corte de médanos, alteos de terrenos, colocación de alcantarillas en rutas y vías férreas). Sin embargo se presentaron casos de concausalidad debido a la incidencia de obras privadas clandestinas (alteos y diques de contención) y lluvias extraordinarias. Estos hechos de terceros y de la naturaleza constituyen circunstancias ajenas al Estado que pueden reducir el *quantum* indemnizatorio pero en manera alguna liberarlo de toda responsabilidad. En determinados casos concretos, en circunstancias como las descritas, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata llegó a reducir hasta en un 50% la condena al Fisco pero negó su dispensa total al tener por probado que existieron obras públicas integrantes del nexo causal.

Resulta claro entonces que el legislador, al exigir que la relación de causalidad deba ser atribuida exclusivamente a los hechos u omisiones del Estado ha restringido el ámbito de funcionamiento de la responsabilidad por conducta legítima, negando a la víctima el derecho a una compensación cuando sus perjuicios obedecen a la presencia combinada de decisiones oficiales y hechos ajenos a las partes.

5.2. Excepcionalidad y Alcance de la Indemnización

El artículo 5 de la LRE establece que: “la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional” y agrega que “en ningún caso procede la reparación del lucro cesante”, explicando que “la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública,

⁴² Botassi, Carlos, *Aspectos jurídicos de las inundaciones en la Provincia de Buenos Aires*, en VV.AA., *Inundaciones en la región pampeana*, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata y H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, 2003, p. 251.

⁴³ Los casos emblemáticos fueron el desborde las lagunas encadenadas del oeste en 1978 y del Río V a partir de 1982.

sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

Como veremos en el numeral 6.2.e una de las teorías que otorgan soporte jurídico a la responsabilidad estatal es la de la potestad expropiatoria, supuesto paradigmático de responsabilidad del Estado por su actividad legítima y que entre nosotros posee registro constitucional⁴⁴. La legislación sobre el ejercicio de la atribución de tomar la propiedad privada contra el pago de una compensación en dinero expresamente excluye la reparación del lucro cesante en términos prácticamente idénticos al del segundo párrafo del artículo 5. Así por ejemplo el artículo 10 del dec. ley 21.499/77 expresa: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

En materia de revocación de contratos debida a motivos de interés colectivo (otro clásico supuesto de actividad dañosa legítima) el artículo 12 del decreto 1023/2001 estatuye que “la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”. En cambio el artículo 18 del decreto ley 19.549/1972 que autoriza la revocación de actos administrativos por razones de mérito, al imponer la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, no refiere limitación alguna en cuanto a los rubros a atender.

Lo cierto es que con sustento en la regla positiva en materia expropiatoria un sector de la doctrina⁴⁵ y algunas decisiones judiciales⁴⁶ entendieron que los supuestos de actividad dañosa legítima poseía esencial semejanza con la expropiación por causa de utilidad pública, considerando que el instituto poseía una “fuerza expansiva” que permitía aplicar su régimen de indemnización tasada es decir limitada al valor objetivo del perjuicio material, excluyente del lucro cesante). Algunos autores y ciertos precedentes jurisprudenciales, en cambio, se pronunciaron a favor de la aplicación del principio de indemnización plena comprensiva del daño emergente y del lucro cesante⁴⁷.

Por nuestra parte adherimos a este último criterio por entender que la limitación del quantum indemnizatorio afecta el derecho de propiedad sin que sea posible asimilar los supuestos de daños causados por la conducta estatal lícita al ejercicio de la potestad expropiatoria. No debe perderse de vista que en el derecho de daños en general el principio es el de la reparación plena y la aplicación analógica del instituto expropiatorio fue rechazada por la Corte Nacional en la citada causa Sánchez Granel señalando que la expropiación se decide por una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública en juego. Consideramos que este dato resulta esencial por la garantía que implica la intervención del Poder Legislativo y que se halla ausente cuando se sacrifica el derecho individual en el altar del interés general calificado en la soledad del despacho de un funcionario administrativo, como acontece en uno de los ejemplos paradigmáticos de responsabilidad por conducta legítima: la revocación de un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Consideramos entonces que la exclusión absoluta del ítem lucro cesante consagrada en el artículo 5 resulta inconstitucional por violentar los artículos 14 y 17 de la Carta Magna. A nuestro entender el camino jurídicamente correcto hubiera sido remitir la extensión de la reparación al criterio del juez, conforme la casuística que presente la realidad. El magistrado competente podría entonces disponer el reconocimiento de la utilidad frustrada en aquellos casos cuyo rechazo consagrara una manifiesta inequidad. En la mismísima materia expropiatoria (que como vimos proporciona el soporte jurídico para la veda de la

⁴⁴ Constitución Nacional, art. 17: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

⁴⁵ Marienhoff, Miguel S., *El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, ED 114-949 y *Otra vez sobre el lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, La Ley 1992-E-1031; Hutchinson, Tomás, *La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público*, en AA.VV., *Contratos administrativos*, Edit. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 535; Comadira, Julio R., *Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación*, en AA.VV., *Derecho Administrativo. Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 461.

⁴⁶ CSJN, *Laplacette, Juan c/ Prov. de Buenos Aires*, 26.2.1946, Fallos 195:66; *Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 22.12.1975, Fallos 293:617; *Cantón, Mario c/ Estado Nacional*, 15.6.1979, Fallos 301:403; *Motor Once S.A c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 9.5.1989, Fallos 312:659. En rigor la doctrina de la Corte fue inestable ya que admitió la compensación del lucro cesante en *Eduardo Sanchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/ Dción. Nacional de Vialidad*, 20.9.1984, Fallos 306:1409 y ED 111-551 y *Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, 23.11.1989, Fallos 312:2022, entre otras.

⁴⁷ CSJN, causas *Sánchez Granel* y *Jucalán*, ya citadas; Barra, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, ED 122-859; Fonrouge, Máximo, *La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público*, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Edit. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 554; Perrino, Pablo E., *La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante*, J.A. Suplemento de Derecho Administrativo del 11.11.2009, p. 3.

indemnización del lucro cesante) ha habido muchos casos en los que los jueces, para evitar consagrar una injusticia, han ordenado la compensación de las futuras utilidades bajo fórmulas ingeniosas y elípticas: reconocimiento del valor llave, valor empresa en marcha, cartera de clientes, etc.

En esta línea, en alguna medida superadora de la limitación de la reparación al daño emergente, se inscribió el texto originario del Proyecto de Código Civil y Comercial luego ignorado por el Poder Ejecutivo. Su artículo 1766 establecía: “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita. ... La responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”. Las inversiones se amortizan con las utilidades de allí que si la indemnización alcanza a inversiones (todavía) no amortizadas indirectamente viene a incluir parte del lucro cesante.

6. Factores de Atribución

En el derecho de daños se denominan “factores de atribución” a las razones que explican y justifican la obligación de resarcir los perjuicios. Se trata del sustento axiológico de la relación jurídica entre víctima y victimario que hace que aquel tenga derecho a una compensación restauradora del demérito patrimonial y moral sufrido.

Al igual que lo acontecido en materia de responsabilidad civil del Derecho Privado, donde la situación de la víctima se ha visto mejorada al introducirse mecanismos de responsabilidad sin culpa y técnicas de inversión de la carga de la prueba, en nuestra materia el camino recorrido ha sido en el sentido de ensanchar la responsabilidad estatal. Como contrapartida, el constante déficit del presupuesto, el cíclico default y la sucesión infinita de leyes de emergencia, convierten a la ejecución de la sentencia de condena en una “tarea de titanes”⁴⁸.

El soporte jurídico de la obligación de indemnizar no solo no ha sido el mismo a través de los años, sino que ha sufrido mutaciones muy significativas. Esta es la razón por la cual la identificación y el análisis de las reglas y principios que invocan los abogados en sus escritos y citan los jueces en sus sentencias, impone un enfoque axiológico que reconoce como injusto la no reparación de los perjuicios pero no desdeña los avatares históricos y las particularidades de una casuística infinita.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se instaló definitivamente en 1863 ya que el proceso de organización nacional recién quedó consolidado en 1860⁴⁹. Al poco tiempo, exactamente el 29 de septiembre de 1864, el Alto Tribunal dictó sentencia en la causa Seste, Vicente y Seguich, Antonio c/ Gobierno Nacional⁵⁰, en la cual los accionantes solicitaban el pago de una indemnización por haber sido retenidos por un mayor tiempo del debido en el servicio militar. La demanda fue rechazada de manera rotunda, negándose enfáticamente que un Estado donde impera la soberanía del pueblo pueda ser condenado a indemnizar los daños ocasionados por sus autoridades. En el fondo se trasladaba a la autoridad de origen popular la infalibilidad pregonada en la Edad Media respecto del monarca. “La máxima que el Rey no puede causar el mal, significa que el Rey es perfecto e infalible como el mismo Dios que lo designa, colocándose fuera del ordenamiento jurídico vigente, y resulta adoptada para justificar todos sus actos, porque aquello que el Rey hace, en su perfección, se presume siempre justo y necesario”⁵¹.

Si bien la irresponsabilidad era la regla general no faltaron excepciones. Relata Bullrich⁵² que existe un caso del año 1910 en el cual la Corte admitió la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional. Se trató de un accidente fatal sufrido por un operario de la Aduana, a causa de la rotura de una cuerda que liberó un fardo que lo golpeó. El Tribunal aplicó una norma que resolvía expresamente la cuestión al disponer que “en todos los casos de servicios de la grúa, las lingadas serán hechas por los interesados, y cualquier rotura o accidente que por tal causa se produjera, será de cuenta de los mismos” (Ley 4932, art. 10)⁵³.

⁴⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 9ª edición, 2009, t. 2 p. XX – 7.

⁴⁹ Antes de ello el 29 de septiembre de 1859, cuando el Estado de Buenos Aires era soberano y todavía no se había sumado a la Confederación, esta sancionó la Ley 224 cuyo único artículo operativo dispuso: “*La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país*”. No tenemos noticia de la existencia de sentencia alguna dictada con invocación de esta norma.

⁵⁰ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “Fallos”), t. 1 p. 317.

⁵¹ Rizzo, Giambattista, *La responsabilità regia e le deposizioni dei re inglesi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 164.

⁵² Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez Editor, Buenos Aires, mayo de 1920, p. 205. Esta obra es la primera integralmente dedicada a la responsabilidad del Estado que se publicó en la Argentina (mayo de 1920). Su autor asumió como profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata unos meses más tarde, en septiembre de 1920.

⁵³ Causa *Manuela M. de Monteagudo c/ Estado Nacional*, abril de 1910, Bullrich, ob. cit. p. 205.

Excepto ese caso aislado la doctrina de la Corte Nacional fue contraria al reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado hasta el año 1933, cuando –como veremos- el Alto Tribunal sentenció la causa Tomás Devoto y Cia. Originariamente la Corte había adoptado la tesis anglosajona de la infalibilidad del soberano a la que reemplazó a partir del 1º de enero de 1871, cuando entró en vigencia el Código Civil, por el principio consagratorio de la imposibilidad de atribuir a las personas jurídicas las consecuencias de la conducta de sus funcionarios. El sustento de ese dogma fue el artículo 43 de dicho Código en tanto dispuso: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometidos delitos que redunden en beneficio de ellas"⁵⁴.

Encontrándose la tesis de la irresponsabilidad del Estado en franca retirada, recién comenzado el siglo XX las obras generales de Derecho Administrativo y en mayor medida, claro está, los trabajos específicos sobre la materia se esforzaron en hallar los fundamentos de la obligación oficial de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por una autoridad pública cada vez más presente en la vida de los ciudadanos y –por añadidura- cada vez más proclive a afectar sus patrimonios.

Los abordajes fueron diversos. Algunos autores clasificaron los fundamentos según la rama del Derecho de la cual provinieran, otros cargaron las tintas sobre la manera indirecta o directa con que se generaba la obligación de indemnizar y la mayoría realizó un inventario de los principios generales del derecho que aportaban su sustento para terminar con la regla de la irresponsabilidad que chocaba con el más elemental sentido de justicia.

6.1. Derecho Civil

En Argentina, superado el dogma de la irresponsabilidad del Estado, los primeros fundamentos descriptos por los autores fueron extraídos de las reglas y principios del Derecho Civil. El Código de la materia, que rigió entre el 1º de enero de 1871 y el 30 de julio de 2015, diseñó un afiatado sistema de derecho de daños⁵⁵ que, *mutatis mutandi*, se consideró aplicable a la responsabilidad de las personas jurídicas públicas. Especialmente su artículo 1112 por entonces interpretado como referido a la responsabilidad personal del funcionario, junto al artículo 1113 que consagró la responsabilidad por la conducta de los dependientes. Este último reconocía como fuente al artículo 1384 del Código Napoleón cuyos primeros comentaristas (Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau) lo consideraron aplicable al Estado⁵⁶.

Algunos autores señalaron que en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado no existe una diferencia absoluta entre el Derecho Público y el Derecho Privado, considerando plenamente aplicable a nuestra materia las disposiciones del Código Civil sobre el derecho de daños⁵⁷. Por nuestra parte adherimos a las ideas de Fiorini para quien las teorías civilistas que basan la responsabilidad en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* resultan inaplicables al Estado, convirtiéndose en una ficción absurda ya que no es posible vigilar a agentes que ni siquiera están dentro de sus fronteras (como los diplomáticos destacados en el exterior) y en ocasiones la elección del empleado que ocasiona el daño se produjo después de un riguroso concurso. Debido a ello "los principios y las instituciones civiles no pueden servir para la comprensión del problema de la responsabilidad estatal", debiendo orientarse la cuestión hacia el análisis de la conducta de órganos y no de los agentes⁵⁸.

Pareciera que el tránsito desde el dogma de la irresponsabilidad del Estado hasta llegar a la responsabilidad plena, directa y objetiva sustentada en reglas y principios de Derecho Público, fue una característica generalizada en la evolución de la ciencia jurídica, ya que –como lo recuerda Diez⁵⁹- también

⁵⁴ El texto del art. 43 del C.C. fue reemplazado en el año 1971 por la norma opuesta y hoy reza: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones".

⁵⁵ Libro Segundo: *De los derechos personales en las relaciones civiles*; Sección Segunda: *De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*; Títulos VIII (*De los actos ilícitos*) y IX: *De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*.

⁵⁶ Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, EUDEBA, Buenos Aires, 1969, p. 19.

⁵⁷ Por ej. Barra, Rodolfo Carlos, *Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos*, El Derecho t. 142 p. 93.

⁵⁸ Fiorini, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, t. II pp. 1102 y 1107.

⁵⁹ Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, t. V pp. 38 y sigs. La uniformidad de criterios adquiere particular relevancia en los sistemas de integración regional, como lo destaca Cobrerros Mendazona, Eduardo, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, IVAP – Civitas, Madrid, 1995, especialmente pp. 22, 27, 33 y 39, recordando que el art.215 del Tratado de la Unión Europea dispone que "En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los años causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros".

se produjo en Francia⁶⁰, España⁶¹ e Italia⁶²; al igual que en Brasil⁶³, Chile⁶⁴, Colombia⁶⁵, Costa Rica⁶⁶, Perú⁶⁷ y Uruguay⁶⁸; mientras que en Venezuela se aplica el Código Civil cuando se trata de responsabilidad con imputación de culpa del funcionario y normas de Derecho Administrativo en caso de daños causados por actuaciones lícitas⁶⁹.

6.2. Teorías de Derecho Público

Siguiendo las aguas del derecho francés, que a partir del célebre caso Blanco de 1873 había postulado la necesidad de fundamentar la responsabilidad del Estado en reglas positivas y principios de Derecho Público, Bielsa⁷⁰ consideró inaplicables a nuestra materia las disposiciones del Código de Velez entonces vigente, ya que frente a lo establecido en sus artículos 36 y 43 (texto originario de 1871)⁷¹, no entendía posible hacer recaer sobre las personas jurídicas la consecuencias de las acciones extrañas al mandato llevadas a cabo por sus representantes.

6.2.a). Falta de servicio

Comentando el caso *Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires* sobre el que volveremos infra, Spota celebró que la Corte Nacional abandonara la tesis de que las personas jurídicas no respondían por las acciones de sus autoridades y empleados, invocando el deber de prestar regularmente los servicios públicos, destacando que “la influencia moralizadora que tal sentencia tendrá en nuestra administración pública es indudable; esta última debe vivir dentro de los marcos jurídicos que ella misma ha trazado para todos los habitantes”⁷².

Desconociendo el deber de prestar el servicio público (y las funciones estatales en general), el agente público compromete la responsabilidad del Estado porque representa su voluntad toda vez que se trata de un órgano del mismo.

⁶⁰ Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, París, 1996, pp. 237 y sigs., donde se explica que la responsabilidad del Estado fue inicialmente admitida con apoyo en el art. 1382 del Cód. Civil para, posteriormente, ser considerada una responsabilidad autónoma, derogatoria del derecho común (p. 240).

⁶¹ González Pérez, Jesús, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2ª edición, 2000, p. 42; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas-La Ley, Buenos Aires, 1ª edición argentina, 2006, con notas de Agustín Gordillo, P. 368.

⁶² Greco, Guido, *La responsabilità civile dell' Amministrazione e dei suoi agenti*, en VV.AA., *Diritto Administrativo*, Monduzzi, Bologna, 4ª edición, 2005, p. 904; Casetta, Elio, *Manuale di Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano, 8ª edición, 2006, p. 599.

⁶³ Lopes Meirelles, Hely, *Directo Administrativo Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 16ª edición, 1991, pp. 549 y sigs.; Valle Figueiredo, Lúcia, *Curso de Directo Administrativo*, Malheiros, Sao Paulo, 7ª edición, 2003, p. 267; Coelho Motta, Carlos P., *Curso práctico de Directo Administrativo*, Del Rey, Belo Horizonte, Sao Paulo, 2ª edición, 2004, pp. 215 y sigs.; Bandeira de Melo, Celso Antônio, *Curso de Directo Administrativo*, Malheiros, Sao Paulo, 21ª edición, 2006, p. 952; de Araújo Willeman, Flavio y Barbalho Martins, Fernando, *Direito Administrativo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 189 y sigs.

⁶⁴ Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. II pp. 267 y sigs., quien relata: “Es un hecho –y no deja de ser una paradoja– que la responsabilidad del Estado, sea indirectamente (disfrazada, como a través del artificio del Fisco), sea directamente, ha nacido en algunos países bajo la invocación del Derecho Privado (por ejemplo Francia, Argentina), y de allí que la responsabilidad del Estado/Administración haya podido más fácilmente ser admitida (pues los particulares también administran) no así por sus actividades legislativa y judicial (ya que los particulares no legislan ni juzgan al modo como lo hace el Estado)” (p. 267).

⁶⁵ Barrera Muñoz, William, *La responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho Colombiano*, en VV.AA. *Responsabilidad de la Administración Pública. Un estudio comparado*, en prensa.

⁶⁶ Milano S., Aldo, *Derecho Administrativo Costarricense*, en González Varas Ibáñez, Santiago (Director), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP-UIM, Granada, 2005, pp. 309 y sigs., quien expone que en el año 2004 el Tribunal Constitucional dispuso que el principio de responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional ya que “puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales” (p. 309).

⁶⁷ Danós Ordoñez, Jorge, *Panorama general del Derecho Administrativo en el Perú*, en González Varas Ibáñez, Santiago (Director), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP-UIM, Granada, 2005, pp. 623 y sigs.

⁶⁸ Delpiazzo, Carlos E., *Panorama general del Derecho Administrativo uruguayo*, en González Varas Ibáñez, Santiago (Director), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP-UIM, Granada, 2005, pp. 727 y sigs.

⁶⁹ Brewer - Carías, Allan R., *Derecho Administrativo*, Univ. Externado de Colombia y Univ. Central de Venezuela, 2005, t. I p. 125.

⁷⁰ Bielsa, Rafael, *Responsabilidad del Estado como Poder Administrador* (nota al fallo *Tomás Devoto y Cia.* del 22.9.1933), *Jurisprudencia Argentina* t. 47 (1933) p. 416.

⁷¹ Cód. Civil art. 36: “Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios”. Art. 43 (redacción original, hoy reemplazada): “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

⁷² Spota, Alberto G., *La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública*, La Ley t. 12 (1938) p. 122.

6.2.b). Enriquecimiento sin causa

Bajo ciertas circunstancias tolerar que el Estado no compense los daños ocasionados a sus ciudadanos, equivale a autorizar su enriquecimiento sin causa.

Sin embargo esta teoría resulta insuficiente ya que existen supuestos de daños que empobrecen a la víctima y sin embargo no aumentan el patrimonio público⁷³.

6.2.c). Derechos adquiridos.

La Constitución Nacional protege intensamente el derecho de propiedad privada y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene decidido que el dominio de cosas y bienes es un derecho humano esencial⁷⁴.

Por vía de principio, ni la Administración ni el Legislador podrán arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido sin desconocer la garantía de inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Constitución Nacional.

6.2.d). Igualdad ante las cargas públicas

El deber de compensar a la víctima surge de la necesidad de restituir la igualdad o, en otras palabras, de la imposibilidad de exigir un sacrificio especial sin reparación alguna.

Se trata de un factor de atribución de responsabilidad muy apropiado para los casos de responsabilidad estatal lícita. Como antes vimos, en nuestro país ha adquirido gran desarrollo a idea-fuerza de que el Estado debe indemnizar no solo los daños causados por acciones u omisiones ilícitas sino también aquellos ocasionados por su conducta legítima. Se trata de situaciones donde se infringe un daño a una persona para evitar un mal mayor⁷⁵, se cambian las reglas de la economía debido a coyunturas desfavorables⁷⁶ o se revocan actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia⁷⁷. En estos caso no es posible imputar dolo o negligencia del agente ni de falta de servicio, y la obligación de reparar el daño se apoya en el principio de igualdad frente a las cargas públicas del artículo 16 de la Constitución Nacional⁷⁸, ya que si bien se considera legítimo que en defensa del interés general se afecte la propiedad privada, se reputa injusto que una persona o un grupo acotado de personas sacrifiquen su patrimonio en provecho colectivo sin una justa indemnización.

6.2.e). Expropiación

El derecho de propiedad, al igual que cualquier otro, posee carácter relativo y cede frente a razones de interés general. El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que "la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Se consagra así una regla general que bien puede constituirse en el soporte de toda obligación estatal de indemnizar ya que, por definición, los agentes causantes del daño actúan en beneficio del bien común, circunstancia que justifica el sacrificio del propietario reemplazando su derecho afectado por una compensación pecuniaria.

6.2.f). Aseguramiento general

El patrimonio del Estado se forma, claro está, con las contribuciones de sus habitantes (impuestos, tasas, derechos, multas, precio de los servicios públicos, donaciones).

Esa riqueza, acumulada en el tesoro público, debe servir para indemnizar los perjuicios que irroga la vida en sociedad y que son ocasionados por el Estado como gestor del interés colectivo.

Esta teoría explica el origen de los fondos de los cuales se extrae la indemnización pero no justifica el derecho de la víctima para hacerse acreedora a la misma.

⁷³ Fiorini, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, t. 2 p. 1115.

⁷⁴ CIDH, *caso Bronstein c/ Gobierno de Perú*, 6.2.2001, La Ley Suplemento de Derecho Constitucional del 3.9.2001.

⁷⁵ Es el caso de las inundaciones provocadas por el desborde de ríos caudalosos donde las autoridades hidráulicas conducen las aguas hacia campos fértiles para evitar la inundación de ciudades (CSJN, *Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, 23.11.1989, Fallos t. 312 p. 2266.

⁷⁶ Como cuando se prohíben importaciones hasta entonces autorizadas perjudicando a quienes tenían contratadas las compraventas internacionales (CSJN, *Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional*, 15.5.1979, Fallos t. 301 p. 403).

⁷⁷ El artículo 18 del Dec. Ley 19.549/72 de procedimiento administrativo nacional, dispone que el acto administrativo regular "podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados". En este último supuesto, claro está, el fundamento de la obligación de indemnizar será la regla positiva parcialmente transcrita en la nota 11 pero es deber del jurista indagar sobre la *ratio legis* que informa la norma.

⁷⁸ CN, art. 16, parte final: "La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

6.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Luego de rechazar numerosas demandas por indemnización de daños causados por agentes estatales, todavía vigente el citado artículo 43 del Código Civil que impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes, la Corte –sin explicar las razones del cambio de criterio- sorteó ese valladar con el sencillo método de ignorarlo.

El análisis histórico de la jurisprudencia del Superior Tribunal Federal coincide con la descripción de la evolución en materia de fundamentos de la responsabilidad estatal ya que, como veremos a continuación, la Corte comenzó considerando como factor de atribución el vínculo de empleo, sumó luego el anclaje proporcionado por la doctrina de la falta de servicio junto a la teoría del órgano y, en algunos casos de daños causados por actividad legítima, invocó las reglas constitucionales y legales sobre expropiación.

Los casos de singular trascendencia fallados por el Alto Tribunal Federal son muy numerosos de allí que hayamos realizado una selección muy acotada y discrecional tendiente, apenas, a ejemplificar sus diversas tendencias jurisprudenciales.

6.3.a) Responsabilidad por los hechos de los dependientes (indirecta y subjetiva)

Esta tesis indica que toda vez que los empleados públicos son “dependientes” del Estado este deviene responsable por dos razones: la primera porque el agente ha actuado valiéndose de los medios que le proporciona su empleador y la segunda porque el Fisco debe ser cuidadoso y diligente en la elección y vigilancia de su personal⁷⁹.

Esta era la solución del artículo 1113 del Código Civil de 1871 reproducida en el artículo 1753 del Código Civil y Comercial de 2015.

Se trata de una responsabilidad indirecta o refleja, consecuencia del accionar de terceros ya que la comisión de un hecho ilícito será siempre una conducta que excede el mandato recibido por las autoridades cuya obligación de respetar la ley es todavía más intensa que la que recae sobre un ciudadano común. Se trata, asimismo, de una responsabilidad de tipo subjetivo ya que requiere que el agente haya actuado con dolo o culpa.

Los fallos más relevantes son los siguientes.

S. A. Tomás Devoto y Cia. c/ Gobierno Nacional, 22 de septiembre de 1933, Fallos t. 169 p. 111.

Se trata del caso líder fundamental en la materia.

Un grupo de operarios del Telégrafo Nacional incendió accidentalmente un establecimiento de campo que era arrendado por la sociedad actora. La demanda fue rechazada en primera instancia y acogida por la Cámara de Apelación. La Corte Nacional confirmó esta última decisión, considerando –al igual que la Cámara Federal preopinante- que el siniestro había sido provocado por culpa o negligencia de los empleados estatales, resultando de aplicación lo establecido en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil entonces vigente⁸⁰.

De esta manera la Corte condenó al Estado Nacional a indemnizar los perjuicios causados por la conducta negligente de sus dependientes, consagrando su responsabilidad indirecta o refleja, con sustento en disposiciones del Código Civil, pasando por alto –sin siquiera mencionarlo- el obstáculo que significaba el antes recordado artículo 43.

Seru, Lilitana c/ Prov. de Buenos Aires, 28 de julio de 1978, Fallos t. 300 p. 867.

Un agente de la policía provincial fue encontrado culpable de homicidio culposo cometido en acto de servicio.

La Corte resolvió que esa circunstancia “compromete la responsabilidad indirecta del Estado provincial por el daño causado por quien se encontraba bajo su dependencia (art. 1113 del Código Civil)”.

6.3.b) Responsabilidad por el ejercicio irregular de funciones públicas o “falta de servicio” (directa y objetiva)

Este factor de atribución de la responsabilidad de la persona jurídica pública se sostiene en la idea de que las funciones del Estado, sean administrativas o de otra índole⁸¹, deben desarrollarse en debida forma

⁷⁹ Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez Editor, Buenos Aires, 1920, p. 166.

⁸⁰ C.C. art. 1109: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”. C.C. art. 1113: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”.

⁸¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo también mención a la “deficiente prestación del servicio de justicia”, en casos de demoras en investigaciones penales que prolongaron detenciones preventivas (V. gr. *Arisnabarreta c/ Estado Nacional*, 6.10.2009)

y, cuando ello, no sucede –independientemente de que el agente haya actuado o no con dolo o culpa- el Fisco debe asumir los costos.

La responsabilidad es directa porque la mala praxis se imputa al Estado que faltó a su deber de eficiencia según la actuación de sus órganos, sin que interese examinar el desempeño personal del agente.

La clásica “teoría del órgano”, atribuida a Gierke, explica que la voluntad de las personas físicas que se desempeñan dentro de la organización estatal debe imputarse a la persona jurídica pública, porque forma parte de ella e integra su estructura⁸². La regla del art. 1112 del Código Civil reproducida en el art. 9 de la Ley 26.944, fundamenta adecuadamente la responsabilidad estatal sin que resulte menester acudir al sistema de responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente⁸³.

Se trata, además, una responsabilidad objetiva, ya que resulta indiferente establecer si existió negligencia o intencionalidad dañosa por parte del empleado a cargo de la prestación insatisfecha.

Algunos precedentes interesantes son los siguientes.

Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires, 3 de octubre de 1938, Fallos t. 182 p. 5.

Conviene recordar liminarmente que, en materia de errores registrales (lamentablemente de inusitada frecuencia debido al accionar de bandas delictivas), a principios del siglo pasado la Corte Nacional declaraba la improcedencia de responsabilizar al Fisco “porque las personas jurídicas que obran por medio de sus mandatarios, no responden de los actos de éstos, estando fuera de los límites de su mandato, en el que no está comprendida la facultad de delinquir”⁸⁴.

El Alto Tribunal abandonó esa doctrina en el caso Ferrocarril Oeste cuando tuvo por probado que el propietario de un terreno lo vendió en dos oportunidades debido al otorgamiento de un certificado de dominio erróneo por parte del Registro Provincial de la Propiedad Inmueble. El actor, segundo adquirente, resultó vencido en el juicio de reivindicación promovido por el primer comprador y demandó a la Provincia de Buenos Aires la indemnización de los perjuicios sufridos.

Al hacer lugar a la demanda la Corte comenzó descartando la invocación que hizo el Estado del art. 43 del Código Civil resolviendo que el Registro causante del daño no obró como sujeto del derecho privado, en cuyo caso sería de aplicación la regla que exoneraba de responsabilidad a las personas jurídicas, sino como una persona regida por el derecho público. De esta manera el Superior Tribunal dejó definitivamente excluida la aplicación de una disposición que –como antes recordáramos- había invocado para apuntalar la irresponsabilidad estatal hasta el año 1933 en que sentenció el emblemático caso Devoto.

Acto seguido la Corte señaló que el informe de dominio hizo incurrir al accionante en el error de adquirir la propiedad de quien ya no era dueño; agregando que la obligación de munirse del certificado que expide el Registro oficial presupone el deber de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se ha querido asegurar, siendo la Provincia responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. “Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”.

Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires, 18 de diciembre de 1984, Fallos t. 306 p. 2030.

Al igual que en el caso Ferrocarril Oeste se trata de un episodio de error registral que hizo que el comprador de un terreno debiera reconocer el mejor derecho de un tercero debido a la doble enajenación que efectuó el anterior titular.

La particularidad de este caso estriba en que la Corte –además de señalar como factor de atribución la falta de servicio- expresamente señaló como innecesario recurrir al artículo 1113 del Código Civil (que, como antes vimos, establece la responsabilidad por la conducta del dependiente), invocando como fundamento de derecho positivo el artículo 1112 del Código de Velez (regla reproducida en el art. 9 de la LRE por remisión del art. 1766 del CCyC).

La Corte explicó que en el caso la responsabilidad del Estado era “directa” y fundada en la “idea objetiva de la falta de servicio”.

Cabe pues concluir que en materia de errores registrales no solo no corresponde probar el dolo o culpa del empleado interviniente sino que hasta puede ignorarse su propia identidad. La sola existencia del informe o certificado equivocado y su nexos causal con el perjuicio ocasionado provoca la obligación de

⁸² Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, t. I p. 518 y t. IV p. 724.

⁸³ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 9ª edición, 2008, t. I p. 487.

⁸⁴ CSJN, *Cardoso, Bartolomé c/ Provincia de Buenos Aires*, 1.9.1916, citado por Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez Editor, Buenos Aires, 1920, p. 204. Anticipando con justeza el giro que produciría la Corte en 1938 al fallar *Ferrocarril Oeste*, este autor pionero sostuvo: “Este fallo es de una gravedad extraordinaria; reconoce a las provincias, al Estado, la facultad de imponer normas administrativas cuyo cumplimiento exige a los interesados desembolsos pecuniarios y no admite la responsabilidad del Estado por el incumplimiento en que pueda incurrir en la aplicación de esas normas” (id. p. 205).

repararlo. En cierta manera la propia existencia del error registral, es decir el cumplimiento de la tarea del empleado “de manera irregular”, hace presumir –sin admitir prueba en contrario- la existencia de negligencia por parte del agente cuyas consecuencias, por tratarse de un órgano oficial, se atribuyen directamente al Estado.

Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional, 31 de agosto de 1999, Fallos t. 322 p. 1888.

Los padres y dos hermanos del actor fueron secuestrados y definitivamente desaparecidos por la dictadura militar que usurpó el Poder en Argentina entre 1976 y 1983.

La Corte entendió que la privación ilegítima de la libertad y posterior desaparición de las víctimas configuraba una actuación irregular de los órganos estatales debido a la conducta ilícita de las autoridades de facto.

Izaurralde, Roque R. c/ Provincia de Buenos Aires, 31 de agosto de 1999, Fallos t. 322 p. 2002.

El accionante fue salvajemente golpeado con su arma por un agente de la policía provincial que se encontraba franco de servicio y sufrió una incapacidad total y permanente.

La condena a la Provincia de Buenos Aires tuvo por fundamento la irregular actuación del agente de seguridad, reiterando que quien contrae la obligación de prestar un servicio debe hacerlo en condiciones adecuadas a su fin y, en caso contrario, es responsable de los daños que ocasione su incumplimiento. El ejercicio del poder de policía de seguridad obliga al Estado a hacer que sus agentes posean una adecuada preparación técnica y psíquica, sin que sea suficiente para excluir esa responsabilidad que el agresor estuviera franco; ya que la conducta dañosa fue una derivación de las exigencias propias del cargo y el arma empleada fue provista por la repartición estatal.

Bea, Héctor y otro c/ Estado Nacional, 31 de agosto de 2010, Jurisprudencia Argentina, 2011-I-32385.

Un menor se ahogó en un lago que formaba parte de la infraestructura de un establecimiento turístico estatal que recibía alumnos de escuelas públicas de nivel primario, de fácil acceso desde los hoteles del complejo, en el cual no se había informado sobre su profundidad ni existía vigilancia alguna.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reprodujo lo dicho en Ferrocarril Oeste sobre la necesidad de que los servicios se presten en condiciones adecuadas y sostuvo que: "...esta idea objetiva de la falta de servicio (por acción o por omisión) encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112, C. Civ. y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 C. Civ. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizadas para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas"⁸⁶.

6.3.c). Responsabilidad por aplicación de los principios del Estado de Derecho y de la expropiación

Marienhoff considera que el fundamento de la responsabilidad estatal no es otro que la vigencia del Estado de Derecho, abastecido por numerosos principios, entre los que pueden mencionarse: el derecho a la vida, el respeto por los derechos adquiridos en propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, el afianzamiento de la justicia y las reglas específicas sobre expropiación⁸⁷.

Con igual enfoque el Superior Tribunal Federal entendió que la ley de expropiaciones (Dec. Ley 21.499/77) resulta de aplicación en aquellos casos en que el Estado –sin que medie ley declarativa de utilidad pública-, en ejercicio regular de sus funciones (es decir de manera lícita), lesiona derechos de los administrados, causándoles perjuicios que no están obligados a soportar.

Algunos precedentes son los siguientes.

Cantón, Mario c/ Gobierno Nacional, 15 de mayo de 1979 Fallos t. 301, p. 403.

El Gobierno prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, afectando un contrato de crédito documentado concluido y pagado con anterioridad.

⁸⁵ Esta sentencia fue anotada por Cassagne, Juan Carlos, *La consolidación de la concepción objetiva de la falta de servicio en la responsabilidad extracontractual del Estado* (J.A. 2011-I-330) y también fue publicada en La Ley 2010-E-405, con nota de Trigo Represas, Félix A.

⁸⁶ El criterio fue reproducido por la Corte en numerosos fallos. Ver, por ej., *Hotelera Río de La Plata c/ Prov. de Buenos Aires*, 4.6.1985, La Ley 1986-B-108; *Gatica c/ Prov. de Buenos Aires*, 22.12.2009, La Ley 2010-B-327.

⁸⁷ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ª edición, 1987, t. IV pp. 707 y sigs.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que en tales condiciones resultaba afectado el derecho de propiedad del accionante, amparado por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. Debido a ello: "...la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas, debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedente las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil".

Conforme las reglas de la materia expropiatoria la indemnización se limitó al daño emergente, excluyéndose la compensación del lucro cesante.

Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 9 de mayo de 1989.

La Comuna demandada revocó la autorización para construir y poner en explotación una estación de servicio debido a un cambio en la normativa urbanística que prohibía, en la zona en cuestión, este tipo de establecimiento riesgoso.

Al condenar a la Municipalidad la Corte sostuvo que –ante la ausencia de una norma que expresamente regule la responsabilidad del Estado– resultaba aplicable la ley de expropiación forzosa, haciendo que la compensación se limite al daño emergente ya que en esta materia queda excluido el pago de lucro cesante.

6.4. Conclusiones

La reseña doctrinaria y jurisprudencial sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado en Argentina permite arribar a las siguientes conclusiones:

1º.- La responsabilidad del Estado posee un soporte propio del Derecho Público, más allá de que se hayan expuesto fundamentos de variada índole y que en algunos casos se superponen. Así por ejemplo cuando se condena a indemnizar por mal funcionamiento de los servicios públicos es evidente que dicho defecto obedece a que, en el caso concreto, algún funcionario, agente o empleado actuó con dolo o culpa. Sin embargo la teoría del órgano permite diferenciar no solo la responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal del empleado, sino también la responsabilidad estatal de la conducta de las personas jurídicas de derecho privado, aportando como fundamento jurídico-positivo la regla del art. 9 de la Ley 26.944.

La constante y casi absoluta imposibilidad de identificar al empleado efectivamente causante del daño, hace que la doctrina de la falta de servicio, apoyada en la teoría del órgano, generadora de responsabilidad estatal directa y objetiva, se muestre como el factor de atribución más justo y eficaz.

2º.- Cuando se reconoce la responsabilidad del Estado a pesar de que el servicio se ha prestado de manera inmaculada, es decir cuando existe un accionar legítimo pero se presenta un perjuicio que la víctima no está obligada a soportar, el deber de compensación se apoya tanto en la defensa de la propiedad, como en la igualdad ante las cargas públicas y en los principios derivados del instituto expropiatorio.

3º.- Coincidimos con Sáenz cuando destaca que la temática de las teorías sobre los cimientos de la responsabilidad estatal se ha vuelto algo anacrónica ya que ningún fundamento por sí solo comprende a todos los tipos de responsabilidad, ni –mucho menos– a todos los supuestos que suelen presentarse en la realidad⁸⁸.

En todo caso, si se considerara preciso hallar un factor de atribución común a ambas especies de responsabilidad (por actividad lícita e ilícita), como lo postulara Marienhoff, bien puede apelarse al imperio del Estado de Derecho que incluye a todas las demás teorías antes señaladas⁸⁹. En definitiva, si bien se mira el Estado de Derecho es un "Estado de deberes" por parte de sus autoridades hacia la comunidad. Y un deber esencial es no dañar y si se daña pagar una indemnización que restituya el patrimonio afectado a su situación precedente.

4º.- Lo importante es que, en base a la evolución de las ideas, partiendo de principios constitucionales en nuestro país se ha reemplazado al dogma de la irresponsabilidad por el principio opuesto de la plena responsabilidad del Estado.

⁸⁸ Sáenz, Juan Ignacio, *Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia*, en Aberasturi, Pedro (Director), *Responsabilidad del Estado*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 71. En opinión que compartimos, este autor, señala que la jurisprudencia de la Corte Nacional, puede sistematizarse en dos factores de atribución: actividad ilícita por falta de servicio y accionar lícito que ocasiona un sacrificio patrimonial especial.

⁸⁹ La Cámara Nacional Civ., Sala III, manifestó que, dentro del ámbito del Derecho Público, el principio de la responsabilidad resarcitoria del Estado, "fluye por la existencia misma del Estado de Derecho" (*Muz c/ Banco Hipotecario Nacional*, 29.11.1984, Jurisprudencia Argentina, 1985-II-255).

5º- Desde luego que el desarrollo de los factores de atribución de la responsabilidad estatal no basta para afirmar que vivimos en un Estado de Derecho. Resta todavía lograr que las sentencias de condena se hagan efectivas (y, de ser posible, en tiempo razonable), terminando con la situación de emergencia permanente y su secuela interminable de leyes de consolidación de deudas públicas, verdaderas automoratorias estatales que dificultan de manera inimaginable y desalentadora el cobro al Poder Ejecutivo de las indemnizaciones fijadas por los jueces.

7. Responsabilidad del Estado por el ejercicio de sus Funciones Administrativa, Legislativa y Judicial

La obligación de reparar los perjuicios ocasionados a terceros puede provenir de cualquiera de las tres clásicas funciones estatales. Si bien existe un hilo conductor común en todas ellas (que no es otro que el principio general de derecho que impone no dañar al prójimo y, en su caso, recomponer la situación *ex ante* mediante la reparación de los perjuicios), las condiciones necesarias para que esa responsabilidad se haga efectiva poseer matices diferenciales según sea el ámbito del Poder en el cual se haya gestado.

7.1. Daños causados por la Administración

Como es obvio, y lo demuestra categóricamente la realidad, el Estado puede dañar injustamente en el ejercicio de cualquiera de sus tres funciones.

Debido a que el Poder Ejecutivo o Poder Administrador lleva cabo una actividad directamente vinculada con las necesidades de sus ciudadanos (prestación de servicios públicos) y tiene la posibilidad de controlar, limitar y sancionar sus conductas mediante actos unilaterales que prima facie resultan de acatamiento obligatorio (dictado de actos administrativos en el ejercicio del poder de policía), resulta natural que sea este segmento del Poder que más casos registre en los anales jurisprudenciales. La lista es infinita: mala praxis en la prestación del servicio sanitario y de transporte; accidentes en establecimientos escolares; sanción ilegítima o excesiva de procederes individuales; falta de control en actividades sensibles (bancos, seguros); desconocimiento de derechos reconocidos contractualmente o mediante actos administrativos; daños provocados por el mal estado de bienes fiscales; etc.

7.2. Daños causados por la Actividad Legislativa

Mucho tiempo después de reconocida la responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio de su función administrativa, la doctrina analizó la problemática –mucho más compleja– de la responsabilidad estatal por su actividad legislativa⁹⁰.

Considerando que la responsabilidad del Estado es consecuencia de la vigencia del Estado de Derecho ninguna de sus funciones puede estar exenta. La actividad legislativa debe ceñirse a las reglas y principios que dimanar de la Constitución y de las convenciones internacionales. Si este orden jurídico supralegal resulta desconocido habrá responsabilidad del Estado por su conducta legislativa ilícita. Los perjuicios ocasionados por la aplicación de una ley finalmente declarada inconstitucional deben ser indemnizados en plenitud sin que resulte aplicable la exclusión del lucro cesante impuesto por la LRE para los casos de daños causados por la conducta estatal lícita (art. 5).

Al mismo tiempo, aun cuando la ley no vulnerara norma superior alguna y el proceder del legislador no mereciera reproche, si se dieran las condiciones de procedencia de la responsabilidad estatal por proceder legítimo aludidas en el numeral 3.1 de este mismo capítulo, surgirá el deber de indemnizar. En otras palabras: todos los habitantes deben acatar y soportar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la ley (v. gr. creación de un impuesto o elevación de la alícuota de un tributo ya existente) pero si una persona sufre un agravio patrimonial especial y diferenciado nace su derecho a la reparación (por ej. la prohibición legal de continuar desarrollando una actividad comercial hasta entonces autorizada). La regla aparece establecida, con carácter general para todo supuesto de responsabilidad por actividad legítima, en el artículo 4 de la Ley 26.944: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima... e) Sacrificio

⁹⁰ Ver por todos Bianchi, Alberto T., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Abaco, Buenos Aires, 1999.

especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”

7.3. Daños causados por la Función Judicial

Al igual que los miembros de los otros Poderes los integrantes del Poder Judicial actúan un “derecho-deber” irrenunciable que no pueden ejercer más que en la forma debida. Como a cualquier otro agente estatal el mal desempeño de la función los responsabiliza personalmente frente a la víctima de su conducta dañosa y, por tratarse de órganos públicos, hace nacer la responsabilidad directa del Estado.

La responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por los miembros del Poder Judicial, incluye a jueces y demás agentes de todas las categorías. Partimos de la base de que esa responsabilidad es *directa* (y no refleja, indirecta o motivada por su rol de empleador) ya que proviene de órganos estatales que representan la persona jurídica pública que integran⁹¹. Existen situaciones dañosas donde en manera alguna puede reprocharse a los funcionarios judiciales el deficitario resultado de su gestión. El ejemplo típico es la demora excesiva en la resolución de los pleitos, consecuencia del colapso generalizado del sistema judicial que nos muestra a diario oficinas literalmente abarrotadas de expedientes y litigantes y letrados que no alcanzan a ver la finalización de sus pleitos. Es evidente, salvo excepciones donde la mala praxis potencia la mora institucional, que en estos casos ninguna culpa pueda enrostrarse al funcionario judicial y falla el servicio en sí mismo.

Desde luego que “la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho a solicitar indemnización, *pues sólo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable*, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento”⁹².

La responsabilidad estatal por su actividad administrativa en el ámbito de sus negocios bilaterales (responsabilidad contractual) fue admitida a poco que se reconoció su demandabilidad⁹³. La responsabilidad por la conducta de los administradores fuera de todo marco convencional (responsabilidad extracontractual del Estado) debió esperar algunas décadas⁹⁴, y fue necesaria una mayor maduración de las ideas garantistas de protección del individuo para arribar a la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa⁹⁵. En esa evolución la responsabilidad de los jueces y del Estado en cuyo nombre “dicen el derecho” fue paulatinamente incorporada por la jurisprudencia y se encuentra en plena evolución⁹⁶.

Las razones de la resistencia inicial apenas perduran y son de índole funcional y jurídicas. En el primer sentido se teme que la amenaza de un reclamo indemnizatorio afecte la independencia intelectual de los magistrados y conduzca al dictado de sentencias cuidadosas de no avanzar sobre el patrimonio del litigante. En el segundo ámbito se invoca la contradicción que implica atribuir responsabilidad al Estado por la manera en que ha decidido un entuerto un órgano jurisdiccional que posee la atribución de decidir “con fuerza de cosa juzgada”. Se señala, en este último sentido, que la sentencia errada podrá ser corregida mediante los recursos del proceso, pero agotadas todas las revisiones posibles, cuando la resolución judicial queda firme, ha generado su propio derecho y no puede ser tachada de irregular ni originar derecho

⁹¹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, 4º edic. 1997, t. 1, pág. XII-2. El carácter directo de la responsabilidad del Estado fue postulado por Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, t. IV p. 755 y Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1998, t. I p. 285. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Nacional hacia la adopción de ese criterio, abandonando la tesis civilista de la responsabilidad refleja del empleador, puede verse en Juan Carlos Cassagne, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*, E.D. 114-215 y *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Rev. La Ley del 17.8.00, pág. 1, donde se destaca la trascendencia del caso *Vadell*, 18.12.84, publicado en La Ley 1985-B-3, en Fallos 306:2030 y en “Cuaderno de Fallos de la Universidad Austral”, Edit. La Ley, 1997, pág. 463. Ver también Pedro J. J. Coviello, *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, E.D. Supl. Adm. del 29.8.00, p. 1 y la abundante bibliografía nacional y extranjera allí citada.

⁹² C.S.J.N., *Larocca c/ Prov. de Buenos Aires*, 11.4.00, Rev. La Ley del 20.10.00, pág. 4.

⁹³ CSJN, *Bates Stokes y Cia.* (1864), Fallos 1:259.

⁹⁴ CSJN, *Tomás Devoto y Cia.* (1933), Fallos 169:111.

⁹⁵ Alberto Bianchi recuerda que la responsabilidad del Estado por actos legislativos –al igual que por actos judiciales– fue una de las últimas en aparecer, y considera esa circunstancia como una comprensible derivación de la teoría de la inmunidad soberana a la vez que una paradoja, ya que la responsabilidad por la actividad legislativa del Estado tiene en nuestro país fundamento constitucional al proscribirse el denominado “sacrificio especial” (*Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos jurídico-patrimoniales de los actos normativos lícitos*, Edit. Abaco, 1999, págs. 38 y 39). El mismo autor refiere el carácter ecuménico del fenómeno (*Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, La Ley 1996-A-922), que en Chile es señalado por Eduardo Soto Kloss, *La responsabilidad pública*, en Revista de Derecho Público, Univ. de Chile, n° 27 pág. 134.

⁹⁶ En 1920 Rodolfo Bullrich explicaba que la responsabilidad del Estado por error judicial era desconocida en absoluto en nuestro derecho aunque confiaba en la evolución que sobrevendría (*La responsabilidad del Estado*, J. Menéndez Editor, 1920, págs. 254 y 261). Un ponderado análisis del desarrollo de la responsabilidad del Estado en general puede verse en David A. Halperín, *Estudios de Derecho Público del Seguro*, Depalma, 2000, págs. 37 y sigs.

a compensaciones. El fallo que ya no admite recursos en su contra ha gestado su propio valor y no puede ser fuente de reparación de ningún perjuicio pues aun cuando este exista, proviene de ese derecho judicial y, por definición, es "jurídico" y debe ser soportado por la parte involucrada. Explicables razones de seguridad jurídica exigen que en algún momento el pleito tenga finiquito. Acertada o errada -se dice- la sentencia que procesalmente ya no admite apelaciones terminó el debate y no es posible convertirla en causa de nuevas disputas⁹⁷.

En algunos casos el perjuicio injusto no deriva de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, como acontece en materia de decisiones de primera instancia apeladas, pero con el recurso concedido "con efecto devolutivo", que son ejecutadas para, finalmente, resultar revocadas por el superior cuando el daño es irreversible. En esos supuestos no puede oponerse a la víctima el efecto de "cosa juzgada" alguna. Podrá discutirse si existe o no deber de indemnizar pero si se opta por este último criterio el argumento no podrá ser el de la intangibilidad de la decisión dañosa.

También constituyen supuestos ajenos a la cuestión de la irrevisibilidad de la sentencia firme los atinentes a daños ocasionados por el dictado de medidas cautelares, ya que en esa materia la intangibilidad de lo decidido no resulta invocable ya que ninguna cautelar tiene aptitud para prolongarse en forma definitiva. Al igual que los supuestos de resoluciones interlocutorias y de mero trámite, vías de hecho, demoras irrazonables y toda una gama de errores de variada índole (v. gr. pérdida de expedientes y de documentos u objetos depositados en los juzgados; vicios en el libramiento de cheques judiciales) que nada tienen que ver con el dictado de sentencias definitivas.

Por fin, desde un punto de vista *subjetivo*, existen daños ocasionados por el mal funcionamiento de la Justicia que ni siquiera aparecen protagonizados por jueces, sino por auxiliares del sistema procesal, como síndicos, peritos y martilleros⁹⁸.

Finalmente conviene señalar que a esta altura se registra una nutrida jurisprudencia que, siguiendo el rumbo propiciado por la doctrina⁹⁹, acepta con amplitud la responsabilidad del Estado por su actividad judicial. Existen, incluso, disposiciones legales que hacen responsable al juez en forma personal cuando ha actuado negligentemente¹⁰⁰.

Un supuesto de responsabilidad del Estado por su actividad judicial legalmente reconocido desde hace mucho tiempo es el del condenado penalmente que, luego de cumplir pena privativa de su libertad, logra demostrar su inocencia en un recurso de revisión de la cosa juzgada. Se trata de la denominada responsabilidad por "condena errónea" que procede siempre que se obtenga resultado favorable en el recurso de revisión previsto en los códigos de procedimiento penal. La procedencia del recurso constituye un presupuesto procesal del reclamo indemnizatorio pero no significa declarar ilícita, dolosa o culposa la decisión de condena que origina la responsabilidad estatal ya que aquella pudo ser el resultado de una conducta irreprochable del juez¹⁰¹.

Esta situación suele ser expresamente contemplada por la legislación local. Así en la Provincia de Buenos Aires la clásica disposición del art. 1º de la Ley 8132 (B.O. 30.10.73) resultó incorporada al nuevo Código Procesal Penal, Ley 11.922 (B.O. 23.1.97): "Toda persona condenada por error a una pena privativa de la libertad tiene derecho, una vez resuelta a su favor la acción de revisión, a una reparación económica por el Estado provincial, proporcionada a la privación de su libertad y a los daños morales y materiales experimentados. El monto de la indemnización nunca será menor al que hubiera percibido el condenado durante todo el tiempo de la detención, calculado sobre la base del salario mínimo vital y móvil que hubiera regido durante ese período, salvo que el interesado demostrare de modo fehaciente que hubiere obtenido un salario o ingreso mayor" (art. 477)¹⁰².

⁹⁷ En esa dirección, hace más de 50 años, la Corte Nacional ha dicho que no es posible emplear la vía de un juicio de daños y perjuicios para discutir el grado de acierto o error de los procedimientos judiciales o de la conducta de un juez en un litigio, pues ello "importaría revisar las decisiones judiciales y destruir lisa y llanamente la autoridad de la Justicia" (27.12.47, La Ley 49-765).

⁹⁸ La CNFed. Cont. Adm. Sala IV, con el voto fundante de Tomás Hutchinson, responsabilizó al Estado por el mal desempeño de un martillero interviniente en una subasta judicial (*Nahoum*, 8.4.86, La Ley 1987-A-225). Realizado por M. Claudia Caputi, *Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso Amiano)*, en L. L. Supl. Der. Adm. del 3.7.00, pág. 14.

⁹⁹ Guido S. Tawil, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Depalma, 1989.

¹⁰⁰ La Ley 6716 (t.o. 1996) de Régimen legal de la Caja de Previsión Social para abogados de la Provincia de Buenos Aires impone una serie de obligaciones relacionadas con la discriminación del porcentual de aportes en los giros judiciales, el pago de un anticipo por parte de los profesionales que intervengan en juicios y el control del pago de aportes antes de aprobar transacciones, levantar medidas cautelares y devolver rogatorias (arts. 15, 17 y 21), estableciendo que "los jueces y secretarios judiciales responderán personalmente de los anticipos, aportes y contribuciones dispuestos por esta ley que se hubiesen evadido por omisión o error en los libramientos judiciales o por incumplimiento a lo dispuesto por el art. 15 o al art. 21 según corresponda".

¹⁰¹ Agustín Gordillo, *Trat. de Derecho Administrativo*, FDA, 4º edic, 2000, t. 2 pág. XX-28.

¹⁰² En términos semejantes se pronuncian la Ley 4387 de Jujuy (22.3.89, RAP 131-48) y la Ley 1263 de La Pampa (20.11.90, RAP 148-70).

Por aplicación del principio *volenti non fit injuria* el condenado erróneamente no tendrá derecho a indemnización si se inculpó a sí mismo o si pudiendo demostrar su inocencia se abstuvo de hacerlo oportunamente (declararse falsamente autor del delito, inducir de cualquier forma a error a la Justicia, obstruir dolosamente la investigación).

Una cuestión que ha suscitado opiniones encontradas es la relativa a la posibilidad de requerir una compensación de los daños sufridos como consecuencia de un accionar judicial legítimo. No se trata de los supuestos que hemos catalogado como mala praxis del sistema jurisdiccional (por dolo o culpa del funcionario o por mal funcionamiento del servicio en sí mismo) sino de perjuicios que se irrogan a los justiciables o a terceros dentro de un funcionamiento inobjetable de la magistratura. La Corte Nacional negó hace tiempo la obligación fiscal de reparar los perjuicios provenientes del accionar legítimo del Poder Judicial, indicando que: "...sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley¹⁰³".

La Ley de Responsabilidad del Estado Nacional de 2014, en la parte final de su artículo 5, dispone que "los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

No coincidimos con la solución legal ya que puede conducir a situaciones de evidente injusticia. Pensamos, junto a otros autores¹⁰⁴, que cuando alguien ha sido víctima de un perjuicio que no tiene obligación jurídica de soportar, imponiéndosele un sacrificio patrimonial especial, de manera *objetiva* (ajena a la idea de antijuridicidad subjetiva basada en el dolo o la culpa), despegada incluso de la noción *de falta de servicio* (que presupone un cumplimiento irregular o insuficiente de un deber estatal independientemente de la diligencia del agente) nace la obligación de resarcir. Al igual que lo que acontece en otras áreas del Poder, la responsabilidad del Estado-juez no depende de la antijuridicidad de los hechos dañosos. Así por ejemplo si en el curso de una investigación penal se ordena la destrucción de una puerta para permitir el ingreso a un inmueble o el desguace íntegro de un automotor en busca del *corpus delictus*, el propietario si es ajeno al delito investigado tendrá derecho a ser indemnizado aunque tales medidas fueran las indicadas para el esclarecimiento del ilícito. Nótese que en estos ejemplos se hace patente la existencia de los presupuestos de procedencia de la responsabilidad por actividad lícita: las medidas ordenadas por el juez no pueden resistirse ya que se trata del ejercicio de un poder legal, son –naturalmente– legítimas, pero –tampoco cabe duda– provocan un *perjuicio individualizado, especial*¹⁰⁵ en el patrimonio del interesado¹⁰⁶.

8. Daños causados por el dictado de Actos Administrativos

Mediante el dictado de actos administrativos el Estado puede ocasionar daños legítimos, como cuando revoca una decisión precedente por razones de oportunidad mérito o conveniencia; o puede ocasionar un daño derivado de una conducta contraria a derecho si el acto administrativo es irregular por poseer afectado uno o más de sus requisitos esenciales (competencia, objeto, causa, finalidad, motivación, forma, procedimiento previo).

Si el afectado solicitara la reparación de los perjuicios sufridos, invocando la ilicitud del acto dañoso, antes de promover el juicio indemnizatorio o en forma contemporánea al mismo, deberá demandar su nulidad demostrando la efectiva existencia de los vicios que denuncia, tal como lo prevé el artículo 20 del Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires¹⁰⁷.

¹⁰³ V.209.XXI, *Vignoni*, 14.6.88.

¹⁰⁴ Bustelo, Ernesto, *Responsabilidad del Estado*, en Cicero, Nidia Karina (Directora), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II p. 967.

¹⁰⁵ El carácter *especial* del daño aparece claramente explicado en el dictamen de la Dra. María Graciela Reiriz en la causa *Motor Once S.A.*, 9.5.89, Fallos 312:659.

¹⁰⁶ Realizando un parangón con instituciones del Derecho Privado se presenta en nuestro ejemplo una colisión de intereses opuestos (el de la comunidad en reprimir el delito y el del propietario de la cosa dañada). Frente a la imposibilidad de satisfacción simultánea de ambos, aparece –como imposición axiológica– la salvaguarda del interés más importante, generándose un daño necesario y, por tanto, lícito tal como lo señalara Matilde M. Zavala de González, *Responsabilidad por el daño necesario*, Astrea, 1985, pág. 100. En nuestra materia, abastecida por el principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas, el carácter necesario (lícito) del daño no releva de la obligación de repararlo.

¹⁰⁷ CPABA, art. 20: "*Pretensión resarcitoria e ilegitimidad de actos administrativos. 1. Juntamente con la pretensión de anulación puede reclamarse el resarcimiento de los daños y perjuicios, aplicándose el plazo de caducidad del artículo 18 del presente código. 2. El interesado podrá deducir la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, como reclamo autónomo, luego de finalizado el proceso de anulación que le sirve de fundamento y dentro del plazo de prescripción de la misma*".

9. Bibliografía

- Agustín (1989). "Problemas filosóficos de la responsabilidad del Estado, hoy mañana", La Ley 1989-E-523 (nota al fallo CNFed. C.A., Sala I, "Janeiro").
- Altamira Gigena, C. (1973). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea.
- Bianchi, A. (2014) "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", en Rosatti, H. –Director- (2014). *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- Botassi, C. A. (2006) "Responsabilidad del Estado por omisión". La Plata: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 36.
- Botassi, C. A. (2006). *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Editora Platense.
- Botassi, C. A. "Inundaciones y responsabilidad del Estado", JA 2005-I, supl.fasc.n° 13, p.3.
- Bullrich, R. (1920). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires.
- Bustelo, E. (2015). "Responsabilidad del estado" (Ley 26.944) en *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo*, Cicero, N. K. (Directora). Buenos Aires: La Ley.
- Cabral, P. O. (2015). "La ley de responsabilidad del Estado (26.944) y la ley de medidas cautelares contra el Estado (26.854) frente al principio de progresividad de los derechos sociales", publicado en www.palabrasdelderecho.com.ar.
- Caputi, C. (2000). "Tendencias actuales en materia de Responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso Amiano). Buenos Aires: LL 2000-C, pág.750.
- Cassagne, J. C. (2013). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo". Buenos Aires: ED-100, pág.986;
- Cassagne, J. C. (2000) "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema". Buenos Aires: LL 2000-D, pág.1219;
- Cassagne, J. C. "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte (comentario al fallo Vadell)". Buenos Aires: ED-114, pág.215.
- Cilurzo, M. R. (2014). "El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima", en Rosatti, H. – Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Comadira, J. R. (2003). *Derecho Administrativo, acto administrativo, procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Coviello, P. (2004). *La protección de la confianza del administrado. Derecho Argentino y comparado*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Falcón, E. M. (2014). "La responsabilidad del Estado y la cuestión procesal", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Fiorini B. (1975). "La ilicitud y la responsabilidad de la Administración pública", La Ley 1975-C-67.
- Galdos, J. M. y Blanco, G. H. (2014). "La sanción pecuniaria disuasiva en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Gambier B. (1990). "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia". Buenos Aires: LL 1990-E, pág.617.
- Gambier B. y Perrino, P. (1996). "Pueden las Provincias dictar leyes en materia de Responsabilidad del Estado?". Buenos Aires: JA 1996-IV, pág.793.
- González Mora, J. M. (2014). "La responsabilidad del Estado por falta de servicio", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Gordillo A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Grau A. "Responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por condena errónea". Buenos Aires: Rev. Arg. de Derecho Administrativo N° 10, p.35.
- Hutchinson, T. (1999). "La responsabilidad pública ambiental", en Mosset Iturraspe J., Hutchinson T. y Donna E. A. *Daño Ambiental*. Buenos Aires: Rubilzal – Culzoni.
- Hutchinson, T. (2014). "La responsabilidad de los funcionarios públicos", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Lamoglia, C. M. (2003). "Responsabilidad del Estado por omisión", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Ed. Librería Editora Platense, pág. 393.
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

- Macarel. (1989). "Las responsabilidades del Estado por falta de servicio". Buenos Aires: La Ley 1989-B-368.
- Macarel. (1989). "Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la Corte: el alcance de la doctrina del caso Sánchez Granel (comentario al fallo Motor Once SA). Buenos Aires: LL 1989-D, pág.25.
- Marienhoff, M. S. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (1991). "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativa. Justicia distributiva y justicia conmutativa". Buenos Aires: La ley 1991-C-1080.
- Marienhoff, M. S. (1992) "Cambios en el derecho objetivo y responsabilidad patrimonial del Estado". Buenos Aires: La Ley 1992-E-778.
- Marienhoff, M. S. (1983). "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa". Buenos Aires: La Ley 1983-B-910.
- Marienhoff, M. S. "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su conducta omisiva en el ámbito del derecho público". Buenos Aires: ED-169, pág.1093.
- Marienhoff, M. S. (1993). "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita", La Ley 1993-E-912.
- Mertehikian, E. (2001). *La responsabilidad pública- Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Depalma.
- Mertehikian, E. (2014). "La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (Acerca del artículo 6º de la ley 26.944), en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. "Criterios acerca de la responsabilidad del Estado", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Oroz, M. H.E. (2006). "El acto administrativo ilegítimo frente al reclamo de daños y perjuicios. El cómputo de la prescripción". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2006, pág.19.
- Parellada, C. A. (2014). "Algunas inquietudes que suscita la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Prieri Belmonte, D. (2001). "Responsabilidad extracontractual del Estado por error del Registro de la Propiedad". Buenos Aires: LL Buenos Aires 2001, pág.603.
- Perrino, P. E. (2014) "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad por actividad legítima", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Reiriz, M. G. (1969). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires; Ed. Universitaria de Buenos Aires.
- Rosatti, H. (2014) "Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Rosatti, H. y Zingaretti, G. (2014). "Sobre la técnica legislativa de la ley 26.944", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Rosatti, H. y Zingaretti, G. (2014). "Responsabilidad estatal – Ley 26.944", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Sáenz, C, (2014) "Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad contractual en el Derecho Administrativo argentino)", en Rosatti, H. –Director-. *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Salomoni, J. "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual). Buenos Aires: ED-186, pág.618.
- Tawil, G. S. (1988). "La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina soberana en el derecho americano". Buenos Aires: LL 1988-C, pág.651.
- Tawil, G. S. (1989). *Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Depalma.
- Villafañe, H. M. (2003). "Cuasi contratos administrativos y responsabilidad del funcionario público". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2003-1110.

CAPÍTULO 5

Procedimiento administrativo

Sebastián de Ferrari y María Julia Richero

1. Procedimiento Administrativo

De manera liminar corresponde dejar expuesto, que el procedimiento administrativo, debe ser considerado como una de las principales herramientas de gestión en la cual se sustentará las decisiones de la autoridad administrativa, dando de esta manera certeza, transparencia, razón y fundamentación de las mismas.

El procedimiento administrativo, puede identificarse como un conjunto determinado de formas jurídicamente reguladas, cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función administrativa, con el objeto de preparar la emisión de actos que satisfacen en forma directa e inmediatamente el bien común, en el marco del proceso administrativo.

Toda decisión administrativa, entendiendo por tal a cualquier manifestación de voluntad de un organismo público o privado dotado de potestades públicas cuyo contenido se vincule con la función administrativa -es decir ajeno a la actividad específicamente legislativa o judicial-, se ve inexorablemente precedida de un trámite o procedimiento. En este sentido, como bien lo ha señalado Gordillo¹, los conceptos de función administrativa y de procedimiento administrativo resultan coincidentes.

El procedimiento administrativo puede definirse como la sucesión legalmente ordenada de hechos y actos, tendientes al nacimiento de una decisión final, materialmente administrativa, dotada de una triple coordinación: cronológica, lógica y teleológica.²

De esta forma el procedimiento es una sucesión de tipo "legal" en un doble sentido: el trámite previo es obligatorio para la Administración (las vías de hecho están proscriptas) y las decisiones a adoptar se ven precedidas de una cadena de gestiones que le sirven de apoyo y fundamento. Al mismo tiempo el desarrollo de ese iter o camino hacia la adopción de la medida no es caótico ni puede resultar arbitrario.

Aparece ordenado en un determinado sentido y el respecto de sus etapas y requerimientos es necesario para la eficacia de la tarea administrativa, para la preservación de la legalidad objetiva y para el efectivo ejercicio de la garantía de defensa en favor de los administrados.

Tradicionalmente sólo los actos sucesivos son destacados como conformadores de un procedimiento, pero señala Botassi que resulta evidente que ciertas circunstancias fácticas y conductas carentes de intencionalidad jurídica integran el procedimiento y son claramente identificables. Por ejemplo la pérdida de un expediente que obliga a su reconstrucción, el mero transcurso del tiempo que opera una caducidad, la ausencia de un testigo que impone la fijación de una nueva audiencia.³

Asimismo, otros autores entienden que el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos a través de la cual se expresa, ordenada y sistemáticamente, la voluntad administrativa.⁴ En opinión de Escola, el procedimiento administrativo es un conjunto de formas que se cumple por la

¹ Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo (FDA), 2009, 9ª Edición, Tomo II, Pág. IX-5.

² Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs. 19.

³ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs. 19/21.

⁴ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, Tomo I (con la colaboración de Laura Monti), Buenos Aires, 2002, pág. 3.

Administración y ante ella, con el fin de preparar la emisión de actos dirigidos a la satisfacción directa e inmediata del interés público.⁵

Se puede decir, en fin, que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal de la función administrativa.

La institución en estudio está, pues, íntimamente emparentada con la teoría de las funciones jurídicas del Estado; y, así, ella se enriquece con la larga tradición de la ciencia del Derecho respecto de los procesos estatales al recoger, en su ámbito, el sentido protector y garantístico del procedimiento judicial y la función legitimadora del procedimiento parlamentario.

1.1. Importancia del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo reviste sustancial importancia. Desde el punto de vista de su inexorable presencia en la vida de toda persona cabe resaltar que será absolutamente imposible sustraerse a la realización de algún tipo de trámite administrativo: al obtener el documento de identidad; registrar un matrimonio y el nacimiento de los hijos; ser habilitado para conducir automotores; solicitar la prestación de servicios públicos; inscribirse como contribuyente en determinados impuestos; etc.

No ocurre lo propio con el proceso judicial que resulta naturalmente aleatorio, en el sentido de que puede o no aparecer en la vida de una persona. Sin embargo el análisis doctrinario del proceso judicial precedió notablemente al estudio sistemático del procedimiento administrativo, el cual resultó incluso heredero de elementos comunes largamente elaborados en aquel (concepto de parte, legitimación, domicilio del trámite, prueba, recursos, etc.)

Aunque elementales y en algunos casos poco reguladas, estas actividades de la vida moderna configuran verdaderos trámites administrativos y se suman a los procedimientos complejos: selección de contratistas estatales, investigaciones sumariales propias del contrato de empleo público o del ejercicio de la denominada policía administrativa, otorgamiento de beneficios previsionales, procedimiento expropiatorio y de constitución de servidumbres administrativas, permisos y concesiones de bienes estatales, etc.

El procedimiento administrativo constituye la esencial herramienta que permite al Estado organizar sistemáticamente la obtención de sus fines y se consolida cada vez más como un instrumento de tutela del ciudadano al obligar a la Administración a adoptar sus decisiones en base a hechos probados, con ajuste a la legalidad objetiva señalada en los dictámenes de sus órganos de asesoramiento jurídico y garantizando al particular el pleno ejercicio de su derecho de defensa mediante una intervención amplia en el trámite, tomando vista de las actuaciones, produciendo prueba y recurriendo aquellas decisiones que lo afectan.⁶

Por otro lado, en la etapa impugnatoria o recursiva del procedimiento se facilita el control de legalidad y de mérito por parte de los superiores del órgano que adoptó la decisión cuestionada, sin perjuicio de la actividad de contralor de los órganos especializados: Contaduría General de la Provincia, Fiscalía de Estado, Tribunal de Cuentas.

Éstas son las razones por las cuales el procedimiento administrativo funciona como presupuesto de validez de los actos administrativos, haciendo que una cuestión que en rigor es de índole formal -la sustanciación de un trámite- se vea vinculada con un tema sustancial o de fondo: los requisitos esenciales del acto y sus posibles vicios. El procedimiento previo correcto asegura que el acto administrativo final resulta jurídicamente adecuado y políticamente oportuno.⁷

Por su parte, la Suprema Corte provincial ha señalado que el procedimiento significa una garantía jurídica no sólo de la buena marcha de la Administración sino también de la tutela de los derechos e intereses de los particulares.⁸

1.2. Tipos de procedimiento

Existen diversas clases de procedimientos administrativos. Desde aquellos que tienen en cuenta su carácter general o especial, hasta los procedimientos declarativos de impugnación, son numerosas las clasificaciones que se han formulado en el campo normativo y doctrinario.

⁵ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada, Tomo I (con la colaboración de Laura Monti)*, Buenos Aires, 2002, pág. 4.

⁶ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, pág. 23.

⁷ González Salinas, Jesús *Garantías del administrado en el procedimiento administrativo*, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, Tucumán, UNSTA, 1982, pág. 127

⁸ SCBA B 55.910 *Llorente hermanos, Mandato & Consignaciones SA c/ Provincia de Buenos Aires (TFA) s/ demanda contencioso administrativa*, sent. 28/04/1998

Parte de la doctrina, entiende que la diversidad de procedimientos especiales en el ámbito de la Administración conspira contra la seguridad jurídica y la garantía de la defensa de los derechos privados habida cuenta de las dificultades que tendrían los administrados para conocer en detalle la infinidad de disposiciones especiales que pudieron ser dictadas para regir la actuación de cada órgano o ente del Estado, sin perjuicio de lo cual parecería que para ciertas materias (v.gr., organismos militares) deberían subsistir los procedimientos especiales, en razón de la especial naturaleza de las respectivas funciones.

1.2.a) Procedimientos Generales y Especiales

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos abordó el problema que presentaba la realidad en la materia delegando en el Poder Ejecutivo la determinación de los procedimientos especiales que continúan vigentes⁹ pero al propio tiempo prescribió la aplicación supletoria de la Ley de Procedimientos Administrativos en las tramitaciones administrativas cuyos regímenes especiales subsistan¹⁰.

Asimismo, al establecer las atribuciones del Poder Ejecutivo, estableció la ley el principio básico de la adaptación paulatina de los regímenes especiales al nuevo procedimiento, facultándolo para "sustituir las normas legales y reglamentarias de índole estrictamente procesal de los regímenes especiales que subsistan, con miras a la paulatina adaptación de éstos al sistema del nuevo procedimiento y de los recursos administrativos por él implantados, en tanto ello no afectare las normas de fondo a que se refieren o apliquen los citados regímenes especiales".

En ejercicio de la delegación dispuesta en el citado art. 2º, 1ª parte, LNPA, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 9101/1972, donde se enunciaron los procedimientos especiales que continuarían en vigencia (sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamento). Con el tiempo, algunos de los procedimientos especiales mencionados en el decreto fueron derogados, mientras que normas posteriores crearon otros nuevos.

Intentando clarificar este escenario, el decreto 722/1996 modificado por el decreto 1155/1997, mantuvo subsistentes los siguientes procedimientos especiales, es decir, los que regulen materias correspondientes a la AFIP, a las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales e inteligencia, y otras.

Por otro lado, a fin de evitar que se repita la proliferación de procedimientos especiales que sobrevino al decreto 9101/1972, el art. 3º, decreto 722/1996, prevé que, en lo sucesivo, "cualquier disposición que instituya procedimientos administrativos especiales deberá contener expresa fundamentación de la necesidad jurídica imprescindible de apartarse de los procedimientos establecidos por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 y por el reglamento...".

En la Provincia de Buenos Aires los asuntos que cuentan con una reglamentación específica, y que han merecido la atención de la doctrina que en cada caso se cita, son muy numerosos, pudiendo citarse -a mero título de ejemplo- los siguientes procedimientos especiales: 1) Contravenciones provinciales y municipales; 2) Procedimiento licitatorio y de ejecución de los contratos de locación y concesión de obra pública; 3) Procedimiento de concesiones en el Código de Aguas; 4) Régimen disciplinario en el contrato de empleo público; 5) Régimen disciplinario de la Policía provincial; 6) Régimen disciplinario del Servicio Penitenciario; 7) Procedimiento laboral; 8) Sumarios vinculados a numerosas formas de ejercicio del poder de policía; 9) Sumario de responsabilidad (Contaduría Provincial); 10) Sumario de cuentas (Tribunal de Cuentas); 11) Protección del medio ambiente; 12) Protección del usuario y del consumidor; 13) Faltas agrarias; 14) Procedimiento tributario; 15) Procedimiento previsional; 16) Procedimiento minero, entre otros.

1.2.b) Otras clasificaciones. Procedimientos declarativos, ejecutivos y de simple gestión o internos

Los procedimientos declarativos tienen por objetivo la obtención de una decisión definitiva o final, clasificándose a su vez en: a) procedimiento disciplinario; b) procedimiento de revisión *ex officio*; c) procedimiento de la Administración de control y d) procedimiento recursivo o de impugnación.

Los procedimientos tendrán naturaleza ejecutiva cuando persigan la finalidad específica de realizar o ejecutar materialmente, un acto administrativo concreto (v.gr., autotutela en el dominio público) siempre que la Administración se halle facultada por el ordenamiento jurídico para utilizar la coacción sobre los bienes o las personas, con todas las limitaciones y garantías que ello supone.

Puede ocurrir también que el procedimiento sea de simple gestión o interno cuando vincula entre sí a órganos administrativos (v.gr., de carácter técnico), aun cuando en la medida en que tales actos interorgánicos trasciendan el status del administrado y generen efectos directos, pasan a formar parte del procedimiento externo.

También es posible clasificar dentro de la voz procedimiento administrativo al:

⁹ Art. 2, 1º parte de la LNPA.

¹⁰ Art. 2º inc. a) *in fine* de la LNPA

a) *Procedimiento Técnico*: Es aquel que tiene por fin la recopilación de datos, informes y emisión de criterio por parte de órganos para la toma de decisión por parte de la Administración y que hace al cometido estatal por excelencia el cual es la satisfacción de bien común por parte de la comunidad.

Por medio de este procedimiento no se entabla relación jurídica alguna con los administrados o ciudadanos, en forma directa. Si puede existir la misma en el supuesto caso de que la decisión administrativa adoptada le afecte en forma clara e indubitable un determinado derecho subjetivo o interés legítimo.

Este procedimiento se utiliza por citar un ejemplo en el procedimiento que inicia el municipio cuando arbitra los medios necesarios y conducentes para la solución de necesidades de la comuna tales como la implementación de programas en las cuestiones de salud o asistencia social

b) *Procedimiento de Gestión o constitutivo*: por este procedimiento se entabla una relación jurídica entre la Administración y el particular, en virtud de que este último acude a los fines de que la Administración proceda a reconocer un determinado derecho. Este tipo de procedimiento es el utilizado para cumplir con la actividad normal de la administración.

c) *Procedimiento Recursivo*: Este procedimiento es incoado por el administrado, quien acude a la Administración a los fines de que una decisión administrativa, sea revisada y consecuentemente sea modificada, sustituida o revocada.

d) *Procedimiento Sancionador*: Este procedimiento se sigue con el objetivo de poder reconocer un determinado derecho, con la particularidad de que ese derecho, su titular es la Administración. Derecho a sancionar a sus dirigidos cuando se apartan del ordenamiento jurídico y en especial de sus obligaciones propias (derecho disciplinario –faz interna-), como así también a los particulares que han violado la norma jurídica administrativa (correctivo –faz externa-).

1.3. Los Principios del procedimiento

En un elemental enunciado semántico "principio" es el comienzo, origen, inicio o fuente de algo. En términos más complejos los principios son el resultado de una sistematización de valores reconocidos por la sociedad, como la libertad, la seguridad y la justicia.

En el marco del Derecho denominamos "principios" a determinadas proposiciones jurídicas que constituyen criterios fundamentales de la vida en sociedad. Se obtienen de procesos deductivos de generalización creciente, partiendo de la dignidad humana para proporcionar el contenido justo de las normas positivas.

En este sentido sirven de fundamento a la ley y, a la vez, proporcionan criterios útiles para su interpretación, ya que se trata de pautas consideradas valiosas que inspiran al legislador y que ayudan al intérprete en la tarea de desentrañar el sentido de la norma positiva.

Reiteramos que los principios son pautas, directrices que definen la esencia del procedimiento justificando la existencia y permitiendo así explicar más allá de las regulaciones procesales el por qué y para qué del mismo, los cuales resultan ser aplicables al procedimiento ordinario o bien a los procedimientos especiales. Por eso cualquier trasgresión en la regulación o aplicación procesal de los principios de referencia provoca una lesión jurídica grave.

Algunos autores consideran que los principios del procedimiento no son otra cosa que los principios generales del Derecho en su proyección procedimental, algo así como una relación conceptual de género a especie que también existe en otras facetas de lo jurídico y que nos permite aludir a los principios de la contratación, principios del proceso, principios del Derecho Laboral, etc.. Ante la eventual falta de una ley reguladora del procedimiento los principios constituyen directrices de acatamiento obligatorio para la Administración.

El Decreto-Ley 19.549/72, que regula el procedimiento administrativo en el ámbito nacional, denomina a los principios "requisitos generales", enunciando los siguientes: impulsión e instrucción de oficio; celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites; informalismo y debido proceso adjetivo (art. 1). Por su parte la normativa provincial -Decreto-Ley 7647/70- ha hecho expresa aplicación de los principios del procedimiento:

1.3.a) Legitimidad

Si partimos de la idea de que el bien común es el objetivo principal por parte del Estado, para poder lograr alcanzar una mejor evolución por parte de la sociedad toda, no es menos cierto que la misma debe realizarse en principio con la vigencia de un ordenamiento jurídico y que el mismo sea aplicado en forma irrestricta.

Y advirtiendo que es la Administración Central la encargada de llevar a cabo la tarea de alcanzar ese bien común, su accionar es lógico que deba encontrarse sujeto a ese ordenamiento jurídico.

Con su pluma inmortal, Bartolomé Fiorini ha considerado que la regulación de la administración deberá fundarse de conformidad con las siguientes pautas:

a) *Toda actividad administrativa se funda en una norma que, en última instancia, se imputa al legislador o a una disposición constitucional;*

b) *Las resoluciones de la administración pública no pueden derogar normas superiores;*

c) *La decisión individual dictada por un órgano superior, no puede dejar sin efecto lo dispuesto por la norma general dictada por un órgano inferior con competencia para ello;*

d) *Toda decisión debe ser resultado de un debido proceso de razonabilidad;*

e) *Toda violación a la legalidad debe ser rectificadas por la administración o impugnada ante la jurisdicción;*

Por su parte la SCBA ha expresado que "La sujeción de la administración pública al principio de legalidad determina que toda la actuación estatal se encuentre acorde con normas atributivas de competencia orgánica con sustento en las cuales se dictan los actos pertinentes"¹¹

Este principio –también llamado de "juridicidad"- reconoce como causa fundante a la propia Constitución Nacional en sus artículos 14, 14 bis, 16, 17 y 19 -junto a los Tratados internacionales jerarquizados en el inciso 22 del art. 75- sin olvidar los artículos 28 y 31 que imponen la razonabilidad como componente de la legalidad y un insoslayable orden jerárquico de la normativa federal y provincial. A nivel local, en las disposiciones de los arts. 1, 3, 15, 45, 57 de la CPBA, art. 109 del decreto-ley 764 7/70.

1.3.b) Oficialidad

La Administración en el marco de un procedimiento administrativo, debe tender siempre a obtener una decisión administrativa, razón por la que la inacción del particular no determina en todo caso la paralización del mismo -no obstante esa es la regla general, de la que puede citarse como excepciones los casos en que la iniciación del procedimiento depende de aquel, reclamaciones, recursos-.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del decreto-ley 7647/70 "el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites" y, ante la necesidad de arribar a la verdad de los hechos, será a cargo de la Administración según lo prescribe el artículo 54, el dictado de los actos de instrucción necesarios a tal efecto.

Por su parte la normativa nacional en el artículo 1º inc. a) dispone la "impulsión e instrucción de oficio sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones"

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal ha destacado, con relación a procedimientos ante un ente regulador, que el reclamante no tiene la carga de impulsar el procedimiento o producir prueba para la acreditación de los hechos en que funda su derecho, pues tal carga corresponde a la administración que actúa a través del ente, por los principios generales de la impulsión de oficio de las actuaciones administrativas y de la verdad material.¹²

A su vez el artículo 50 del decreto-ley 7647/70 establece que "Incumbe, pues, a las autoridades encargadas de su despacho adoptar las medidas oportunas para evitar retrasos". Ello es así, por cuanto, además, los plazos administrativos son obligatorios para las autoridades públicas (art. 71).¹³

Por otra parte, los actos de mero trámite tendientes a que las actuaciones alcancen el estado de ser resueltas deben dictarse por las autoridades competentes con independencia de la mayor o menor actividad del interesado.

Por ello conforme lo señalara la SCBA "el principio de instrucción de oficio que rige el procedimiento administrativo impone a la autoridad la obligación de dirigir el trámite y ordenar que se practiquen todas las diligencias convenientes para el esclarecimiento de la verdad material, no pudiendo renunciar ni transferir esta carga.(arts. 7,48, 49 y 54 del decreto-ley 7647/70)¹⁴

1.3.c) Preeminencia de la verdad material

Este principio postula el sometimiento del Estado a la norma jurídica no exclusivamente en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico –entendido éste como una realidad dinámica-, es decir a lo que Hauriou denominara como bloque de legalidad.¹⁵

¹¹ SCBA 51.720 *Coloschi Hnos. SA c/ Municipalidad de Almirante Brown s/ demanda contencioso administrativa*, sent. 02/08/1994

¹² C.Nac.Cont. Adm Fed. Sala 1ª, *Lecouna, Daniel César c/ Gasnor SA s/ Proceso de conocimiento* voto del Dr. Mordegliá, 05/09/2002

¹³ SCBA B 67041 *Orazi, Carlos E c/ Provincia de Buenos Aires (Dirección Provincial de rentas) s/ Amparo por Mora*, sent. del 12/04/2006

¹⁴ SCBA 60.982 *Font, Miguel c/ banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa*, sent. 24/11/2010

¹⁵ Tawil, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993 Tomo I págs. 31 y ss.

El principio de la verdad material o verdad jurídica objetiva presupone que corresponde a los entes u órganos estatales llamados a resolver en el proceso la carga de verificar la efectiva existencia de los hechos (la quaestio facti) y el derecho en cuestión (la quaestio iuris).

En el proceso civil, el juez debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes. En cambio en el proceso administrativo, el órgano debe resolver ajustándose a los hechos prescindiendo que hayan sido alegados o probados (hechos de público conocimiento o que estén debidamente probados en otros expediente, etc.).

El decreto-ley 19.549/72, de procedimiento administrativo nacional, luego de vincular el derecho del particular a ofrecer y producir prueba con la garantía de defensa, impone a la Administración "requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva" (art. I, inc. f).

En sentido concordante, similar referencia incorporó el decreto 1759/1972 al referirse a la prueba de informes y dictámenes, ya que el artículo 48 prescribe que: "Sin perjuicio de los informes y dictámenes cuyo requerimiento fuere obligatorio, según normas expresas que así lo establecen, podrán recabarse, mediante resolución fundada, cuantos otros se estimen necesarios al establecimiento de la verdad jurídica objetiva..."

En idéntico sentido el artículo 70 del mencionado decreto, otorga efecto relativo al desistimiento, al establecer que: "Si la cuestión planteada pudiere llegar a afectar de algún modo el interés administrativo o general, el desistimiento del procedimiento o del derecho no implicará la cláusula de los trámites, lo que así se declarará por resolución fundada, prosiguiendo las actuaciones hasta que recaiga la decisión pertinente. Esta podrá beneficiar incluso a quienes hubieren desistido."

En función de este principio, el órgano llamado a decidir la cuestión de fondo deberá valorar los hechos que lleguen a su conocimiento sin que interese que los mismos hayan sido invocados y probados por el particular, o que hayan sido conocidos de manera casual o como resultado de actuaciones diferentes a aquella en estado de resolución final.

Por otra parte, por aplicación del principio de preeminencia de la verdad material, si vencido el período de prueba la Administración no cuenta con elementos de juicio suficientes, deberá indagar por sí misma la situación fáctica, aun cuando ello signifique resignar la inicial postura oficial.

Por su parte el Decreto-Ley 7547/70 contiene disposiciones referidas a este principio. Así el artículo 53 expresa que: "El organismo administrativo que necesitare datos de otros para poder sustanciar las actuaciones o informes, podrá solicitarlos directamente mediante oficio, del que se dejará copia en el expediente. A tal efecto las dependencias de la Administración Provincial, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a las colaboración permanente y recíproca que impone esta ley. El expediente se remitirá cuando corresponda dictaminar o lo requiera el procedimiento."

Como así el artículo 58 establece que la prueba deberá ser apreciada "con razonable criterio de libre convicción". Si bien ello no implica que se pueda ignorar o interpretar arbitrariamente la evidencia colectada, se abre para el intérprete un panorama amplio que le permite valorar indicios y apelar al sentido común por sobre el rigor del sistema de prueba tasada.

Al mismo tiempo, debido a que el principio de preeminencia de la verdad material impone establecer la realidad de los hechos, el artículo 60 establece que "el desistimiento del interesado no obliga a la administración", la cual deberá impulsar el trámite hasta su definición, excepto en aquellos casos en que resulte procedente la declaración de caducidad del procedimiento.

1.3.d) Informalismo en favor del administrado

El principio de informalismo proscribire el rigorismo que deriva en la conversión de los ritualismos en valores en sí mismos, ocasionando la pérdida de derechos procedimentales o sustanciales por falencias de escasa entidad.

Mediante este principio no se propicia conducir el procedimiento de cualquier forma, ignorándose las previsiones legales sobre constitución de domicilio, acreditación de personería, producción de pruebas y acatamiento de plazos; sino que se trata de elastizar el peso de las formas de manera que los vicios de esa índole resulten subsanables y así permitir arribar al tratamiento de la cuestión de fondo.

El informalismo es el principio procedimental que tiende a garantizar que las peticiones articuladas por particulares en sede administrativa no serán obstaculizadas por defectos de índole formal.

El origen de este principio se sustentaría en la tesis de que la Administración debe otorgar a los particulares un tratamiento tolerante en todos los aspectos procedimentales relacionados con el cumplimiento de formalidades no esenciales, cuando actúen ante ella en defensa de sus derechos e intereses.¹⁶

¹⁶ Pierri Belmonte, Daniel A. *Principios de derecho administrativo en un fallo de la Suprema Corte provincial*, LL 200-A-105.

Así el artículo 1º inciso c) de la LNPA define el principio de informalismo como: “la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente”.

Este principio rige únicamente en favor del administrado, que es quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas de procedimiento, mientras que el Estado no puede eludir, válidamente, el cumplimiento de las formas que el ordenamiento legal le haya impuesto

Si bien reconoce limitaciones, particularmente en materia recursiva, tales restricciones deben ceder cuando se verifican las siguientes circunstancias coadyuvantes: 1) las presentaciones efectuadas por el recurrente, si bien escuetas y genéricas, son fácilmente inteligibles en cuanto al motivo y propósito que las sustenta; 2) el recurrente no contó con asistencia profesional en sede administrativa, y, 3) de la admisión de la eficacia impugnativa de tales presentaciones recursivas, depende la procedibilidad de la acción judicial ulterior.¹⁷

Por su parte la normativa bonaerense aplica el principio de informalismo por ejemplo en el artículo 88, cuando se desentiende de la calificación dada a los recursos por el interesado o existe algún defecto o insuficiencia de fundamentación.

Asimismo cuando en el artículo 69 dispone que en la duda sobre la fecha de presentación de un escrito debe entenderse que ha sido ingresado en término; o cuando en el artículo 72 descarta la fatalidad de los plazos excepto que se trate de aquellos establecidos para interponer recursos, y cuando se otorga efecto interruptivo al recurso deducido con defectos formales o ante órgano incompetente (art. 98 inciso 2).

La SCBA ha expresado que en el procedimiento administrativo rige un “formalismo moderado”, ordenando a la Administración admitir que el interesado corrija los defectos formales de sus presentaciones intimándolo para que proceda de tal forma antes de privar de efectos a la petición defectuosa.¹⁸

1.3.e) Celeridad, economía y eficacia

La eficacia ha sido definida como la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera. La celeridad se refiere específicamente al factor tiempo e importa lograr una decisión fundada en el menor plazo posible. La economía ha sido definida como la carga administrativa e importa evitar y/o eliminar tramitaciones burocráticas sin un objetivo concreto para el procedimiento.

El art. 1º inc. b) de la LNPA establece como requisitos del procedimiento administrativo: “ la Celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites quedando facultado el Poder Ejecutivo para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal. Este régimen comprende la potestad de aplicar multa de hasta cien pesos -cuando no estuviere previsto un monto distinto en norma expresa- mediante resoluciones que, al quedar firmes, tendrán fuerza ejecutiva”.

Por su parte, el artículo 7 del decreto-ley 7647/70 impone a las autoridades la obligación de adoptar las medidas necesarias para obtener la celeridad, economía y eficacia del trámite, y aunque es necesario reconocer que ello no se ha logrado en la práctica, son numerosas sus disposiciones encaminadas a evitar la morosidad de la Administración.

Por otro lado, aparecen plazos sumamente breves tanto para proveer cuestiones de rito como de fondo (art. 77) y se responsabiliza a los agentes en caso de retraso, tanto en el ámbito del contrato de empleo público como en lo relativo a la responsabilidad civil respecto de los eventuales perjuicios ocasionados a la parte interesada.

La normativa vigente -que como se dijo no se cumple en absoluto- se ha llegado a imputar responsabilidad a los funcionarios superiores jerárquicos de los empleados remisos, por haber fallado en su dirección y fiscalización (arts. 50, 71 y 80).

Asimismo, técnicas tales como la avocación y la delegación de competencia, previstas en el artículo 3, apuntan a satisfacer los recaudos de celeridad, eficacia y economía.

En un pronunciamiento de la CSJN se hace referencia a este principio –atento la mora en el trámite de las actuaciones- y su incidencia en el procedimiento administrativo al expresarse que “el transcurso de casi veinte años en la sustanciación del sumario resultaba evidentemente contrario al principio de celeridad, economía eficacia que rige la actividad administrativa podría implicar una mengua en la garantía del juicio sin dilaciones indebidas fuera ya por la duración del retraso, las razones de la demora atendiendo tanto al perjuicio concreto que a ellos les hubiera podido irrogar esa prolongación, como la posibilidad de que éste pudiera ser reparado”.¹⁹

¹⁷ SCBA B 57.700 *Montes de Oca, Beatriz E. y otro c/ Municipalidad de Magdalena s/ Demanda contencioso administrativa*, sent. 10/09/2003

¹⁸ SCBA A 68.993 *Gantus, José L. c/ Poder Ejecutivo y otros s/ Amparo*, sent. 03/12/2008

¹⁹ CSJN Fallos 335:1126 *Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA –Resol.169/05 (Expte. 105666/86 SUM FIN 708)*, sent. 26/06/2012.

1.3.f) Carácter escrito

El procedimiento se sustancia por escrito a través del expediente administrativo²⁰, cuyas características aparecen descritas en los artículos 29 a 47 del decreto-ley 7647/70. La Suprema Corte de Justicia ha dicho que esta nota configura un principio general del procedimiento administrativo.²¹

Pese a que la forma escrita conspira contra la celeridad del trámite facilita el análisis de las alegaciones del particular y de los dictámenes de los organismos de asesoramiento técnico y jurídico por parte del funcionario con competencia decisoria.

1.3.g) Gratuidad

En relación a las personas carentes de recursos suficientes, por mandato constitucional se les garantiza la gratuidad de los trámites del procedimiento administrativo y la asistencia letrada (art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Por su parte la Ley 12.200 establece de pleno derecho la gratuidad de las actuaciones en sede administrativa de reclamos de origen laboral y de seguridad social, cualquiera sea el tipo de relación de empleo (art. 1).

A su vez, si el reclamo administrativo es iniciado por o contra personas que hayan cesado en su calidad de agentes o funcionarios públicos, gozarán del citado beneficio, si el reclamo se originare en hechos, actuaciones u omisiones en ocasión del ejercicio del cargo o función pública que ocuparon (art.3 de la Ley 12.200, texto según ley 13.148).

Fuera de este supuesto, la normativa bonaerense, en cambio, prevé el pago de sellados y gastos postales en su artículo 61. No existe condena en costas sin perjuicio de la obligación de la parte privada de atender los honorarios de los abogados y peritos contratados para su mejor defensa. Esos servicios deberán ser abonados cualquiera sea el resultado de la gestión.²²

1.4. El artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la garantía de defensa

La reforma constitucional bonaerense de 1994 introdujo el artículo 15 que prescribe: "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 deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave".

Sin perjuicio de la mencionada incorporación, la regla del artículo 10 de la Constitución Provincial²³ ya era aplicable en la Provincia de Buenos Aires por imperio del artículo 18 de la Constitución Nacional, pero el profundo contenido garantista del transcripto artículo 15 proveyeron soporte a numerosas decisiones de la Suprema Corte Provincial, quien explicó que "el acceso a la justicia, en términos generales, de igual modo que el concepto de debido proceso legal, ha desembocado en algo más abarcador, más intenso, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva"²⁴.

Corresponde recordar que, aunque el decreto-ley 7647/70 no hace expresa alusión a la garantía de defensa, contiene numerosas aplicaciones, entre las que se destacan: derecho a tomar vista del expediente durante todo su trámite y posibilidad de hacerse patrocinar por un abogado (art. 11); reconocimiento de la fecha de remisión de un escrito por correo como fecha de su efectiva presentación (art. 34); amplitud en la elección de los medios de prueba (art. 55) y necesaria motivación de los actos administrativos (art. 108).

Si estas reglas fueren ignoradas o recortadas irrazonablemente el acto administrativo final resultará nulo, sin que sea legítimo sostener que el problema puede ser saneado en un eventual proceso judicial posterior, debido a que no le es permitido a la Administración excusar la inobservancia de las reglas

²⁰ Expediente conjunto de documentos ordenados cronológicamente que proporcionan información sobre un mismo asunto o cuestión. Es el soporte material o instrumento de las decisiones administrativas

²¹ SCBA B 48.917 *Ottone, Adolfo J. c/ Municipalidad de San Isidro s/ Demanda contencioso administrativa*, sent. 08/05/1984.

²² Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, pág. 43.

²³ Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente

²⁴ SCBA, causa C 117.245, *Crédito para todos S.A c/ Estanga, Pablo Marcelo. Cobro ejecutivo.*, 03/09/2014

vinculadas a la defensa invocando el informalismo del procedimiento, ya que este principio juega únicamente en favor del administrado.²⁵

De tal suerte que no es discutible que la garantía del efectivo y amplio ejercicio de la defensa de los derechos no se limita al plano judicial sino que, por el contrario, se ha extendido con éxito y relevancia al procedimiento administrativo, siendo considerado el principio fundante de todos los demás (informalismo, búsqueda de la verdad material, celeridad, posibilidad de asistencia letrada).²⁶

Se trata de un recaudo de derecho natural que no hace más que reflejar en el plano ritual o procedimental la garantía constitucional a la defensa de los derechos, haciendo que la Administración pública se encuentre obligada no solo a no obstaculizar su ejercicio sino también a actuar positivamente para que el administrado lo disfrute en plenitud.

Respecto de la exigencia procedimental del dictamen jurídico, la SCBA dispuso que "la falta de dictámenes previos a una resolución final que decide sobre derechos subjetivos —a fortiori la falta de procedimiento— constituye un vicio grave, ya que compromete la garantía de la defensa en juicio y afecta al interesado, a quien debe reconocérsele el derecho a una decisión adoptada con el debido cuidado hacia los recaudos técnicos que aseguren una suficiente fundamentación de lo que se decide, infringiéndose también con ese comportamiento el art. 15 de la Constitución provincial, en cuanto garantiza el debido proceso en sede administrativa".²⁷

En otro pronunciamiento la SCBA ha entendido que: "En el sub lite, la circunstancia de que los trámites que vayan a ser omitidos involucren la oportunidad de conocer y alegar contra la acusación y proponer las pruebas oportunas en su defensa elementos estructurales del debido proceso adjetivo, de particular importancia en el marco de un procedimiento administrativo sancionador descalifica las disposiciones reglamentarias impugnadas, en tanto vulneran el derecho de defensa de la distribuidora (arts. 18, Const. nac. y 15, Const. pcial) y distorsionan el mandato del legislador contenido en el art. 62 inc. q, de la ley 11.769, que prescribe el respeto, en todos los casos, del debido proceso legal (art. 144 inc. 2, in fine, Const. pcial.)."²⁸

2. El debido procedimiento administrativo como medio de defensa de los derechos individuales y como medio de protección de los intereses públicos

A diferencia de lo que ocurre con la normativa local, en el orden nacional el artículo 1° del decreto ley 19.549/72 establece los requisitos esenciales a los cuales debe ajustarse el trámite y su inciso "f") consagra el "derecho de los interesados al debido proceso adjetivo", aclarando su alcance en tres apartados:

1. *Derecho a ser oído*: De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen y debatan cuestiones jurídicas.

2. *Derecho a ofrecer y producir pruebas*: De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.

3. *Derecho a una decisión fundada*: Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueron conducentes a la solución del caso".

²⁵ SCBA, causa B 51.837, *Empresa Ing. Gustavo Serafín Marín c/ Municipalidad de Tandil s/ demanda contencioso administrativa*, 02/06/1998.

²⁶ BOTASSI, Carlos A. y OROZ, Miguel H. E., *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2ª edición, 2011, p. 36.

²⁷ SCBA, causa B 55077, *Montes de Oca, Carlos A. c/ Municipalidad de Tigre s/ demanda contencioso administrativa*, sent. 03/04/2008

²⁸ SCBA causa B 60.297, *Empresa Distribuidora de Energía Atlántica S.A. (E.D.E.A. S.A.) contra Provincia de Buenos Aires (OCEBA)*. *Demanda contencioso administrativa*, sent. 25/03/2009.

Para algunos autores se trata de un recaudo esencial anclado en el Derecho natural²⁹ que viene a reflejar en un plano ritual o procedimental la garantía constitucional a la defensa de los derechos e intereses de cualquier naturaleza -art. 18 CN; art. 15 CPBA-, haciendo que la Administración Pública se encuentre obligada no sólo a no obstaculizar su ejercicio sino también a actuar positivamente para que el particular lo disfrute en plenitud.

Entre las facultades a favor del particular, derivadas del principio en análisis: el conocimiento del motivo de la postura oficial contraria a su pretensión; acceso íntegro a las actuaciones; ser oído sin limitaciones; ser asistido por un letrado; ofrecer, producir, controlar y valorar la prueba; recurrir lo decidido en cuanto a los hechos y al derecho; obtener resolución en un tiempo razonable emanada de un órgano imparcial; exigir presunción de inocencia y legislación preexistente en el Derecho Administrativo sancionador; obtener una decisión fundada y razonable como culminación de un procedimiento acorde a la ley .

Por aplicación de este esencial principio, cuando de dos soluciones posibles (por ej. pronunciarse sobre la admisibilidad de un medio de prueba) una resulte restrictiva y la restante amplia, la Administración deberá optar por esta última, ya que -en caso de duda- siempre corresponde facilitar al interesado la exposición de los hechos, su acreditación y la invocación del derecho aplicable.

En el fondo no se trata de otra cosa que de impulsar por todos los medios jurídicos disponibles la tutela administrativa efectiva como manera no sólo de proveer la justicia del caso concreto sino también de prevenir el conflicto judicial y la propia responsabilidad internacional del Estado, sobre todo si se advierte que los valores que inspiraron la sanción del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, resultan aplicables, *mutatis mutandi*, al procedimiento administrativo siendo ellos: toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia y, además, debe contar con medios y tiempo para preparar su defensa; toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y recurrir lo resuelto ante un órgano superior.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que, "cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas"³⁰

La CSJN respecto de este principio ha señalado que "las garantías que aseguran todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5º, 18 33 de la Constitución Nacional) se integran por una rápida y eficaz decisión judicial (Fallos: 300:1102) y que "el Estado con todos sus recursos y poder no tiene derecho llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a las molestias, gastos sufrimientos, obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable" (Fallos: 272:188)."

Y continúa señalando en el considerando 9º) "Que tampoco es óbice la aplicación de las mencionadas garantías la circunstancia de que las sanciones como las aplicadas por el Banco Central en el caso de autos hayan sido calificadas por la jurisprudencia de esta Corte como de carácter disciplinario y no penal (Fallos: 275:265; 281:211, entre otros), pues en el mencionado caso "Baena" la Corte Interamericana -con apoyo en precedentes de la Corte Europea- aseveró que la justicia realizada a través del debido proceso legal "se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales, pues admitir esa interpretación "equivaldría dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso" (caso "Baena", párrafo 129)"³¹

El decreto-ley 7647/70, aunque no hace expresa alusión a la garantía de defensa, contiene en su normativa numerosas aplicaciones de este sustancial principio, entre las que se destacan: la posibilidad de tomar vista del expediente durante todo su trámite y de hacerse patrocinar por un profesional del Derecho (art. 11); el reconocimiento de la fecha de remisión de un escrito por correo como fecha de su efectiva presentación (art. 34); la amplitud en la elección de los medios de prueba (art. 55) y la necesaria motivación de los actos administrativos (art. 108).

²⁹ Coviello, Pedro, *El debido Procedimiento Adjetivo y el procedimiento Administrativo en AAVV, Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 2006, Ediciones Rap, Pág. 587.

³⁰ CIDH caso "Panel Blanc", "Herrera Ulloa", citados por Gutiérrez Colantuono, Pablo A., Justo, B. (colaborador) *Administración Pública, Juridicidad y derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp XXII, 67

³¹ CSJN Fallos 335:1126 *Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA -Resol.169/05 (Expte. 105666/86 SUM FIN 708)*, sent. 26/06/2012.

2.1. Diferencias con el proceso administrativo

La doctrina procesal suele diferenciar el proceso como un concepto teleológico, y el procedimiento un concepto formal. Al hablar de proceso se destaca que el conjunto de actos en consideración tiene por finalidad esencial llegar al dictado de un determinado acto: En el concepto que adoptamos, ese acto es el jurisdiccional. Al hablar de procedimiento, por el contrario, se prescinde del fin que la secuencia de actos pueda tener, y se señala tan sólo ese aspecto externo, de que existe una serie de actos que se desenvuelven progresivamente.

Por ello el proceso y el procedimiento tienen de común que ambos son una serie o sucesión de actos coordinados; pero mientras que la mera serie o sucesión de actos coordinados basta para constituir un procedimiento, no alcanza para caracterizar un proceso. Todo proceso, "por ser su primer elemento una serie o sucesión de actos coordinados, implica el procedimiento; todo proceso comporta un procedimiento; pero en cambio no todo procedimiento implica o comporta un proceso.

Las notas diferenciales entre proceso jurisdiccional y procedimiento administrativo se advierten en importantes aspectos del régimen jurídico de la actividad, a saber:

a) El proceso jurisdiccional se encuentra basado en el principio de preclusión, apareciendo como etapas que una vez cumplidas no pueden reabrirse por el juez ni las partes. No ocurre así en el procedimiento administrativo, donde se admite el informalismo como criterio rector en la sustanciación de los trámites procesales.

b) mientras en el proceso jurisdiccional la institución de la cosa juzgada (formal y material) le atribuye a la sentencia una inmutabilidad prácticamente absoluta, en el procedimiento administrativo, como regla general, no acontece lo mismo (sin perjuicio de la estabilidad que posea el acto en sede administrativa) pues la decisión final puede ser luego revocada a favor del administrado o en contra del mismo (revocación por oportunidad)

c) el procedimiento administrativo es dirigido y coordinado por una de las partes principales: la Administración Pública, En el proceso jurisdiccional, el juez, o el tribunal administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales, interviene en el proceso como un órgano ajeno a las partes de la controversia.

En efecto, es obvio que restringido el concepto de proceso sólo a aquel que tiene por objeto realizar la función jurisdiccional a través de órganos imparciales e independientes, todas las series de actos realizados en cumplimiento de alguna función estatal quedarán englobados dentro del concepto genérico de procedimiento, el que será, según los casos, procedimiento legislativo (serie de actos parlamentarios para el dictado de una ley del Congreso), procedimiento administrativo (serie de actos dictados para el dictado de un acto administrativo), o procedimiento jurisdiccional (el de los jueces al realizar su función específica.)

La SCBA ha dicho al respecto que: En efecto, no es dable predicar la existencia de una relación de continuidad entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, desde que sendos ámbitos de decisión se encuentran regidos por principios de actuación diferenciados. Cuando en el primero la Administración debe resolver bajo el imperio de la verdad material y la oficialidad, en el segundo el impulso de parte (doct. causa B. 59.021, "Fernández Madero", sent. de 11-VI-1998), la mayor o menor actividad probatoria sobre los hechos alegados, y las específicas circunstancias del caso (art. 171, Const. prov.) conforman el marco donde el juzgador debe ejercer el contralor del accionar administrativo.³²

2.2. Normativa Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2.3.a) Normativa Nacional

En una primera época sólo estaba regulado el reclamo administrativo previo (Ley 3952). Posteriormente, como consecuencia de los frecuentes reclamos originados en los establecimientos de segunda enseñanza, se elaboró un proyecto de decreto que regulaba el recurso jerárquico.

El procedimiento se regía por reglamentos autónomos (Decretos 7520/44 y 2126/61) los que se limitaban a regular ciertos aspectos de los recursos administrativos. Cassagne señala al describir el panorama anterior a la sanción de la ley, que fuera de las escasas reglas de un reglamento que había organizado el recurso jerárquico, no existían prescripciones que ordenaran tan siquiera los conflictos de competencia entre los órganos administrativos ni normas que regularan sus distintas fases en materia de iniciación,

³² SCBA 55.347, *Canaves, Inés Beatriz y otros contra Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Escuelas)*. s/ Demanda contencioso administrativa, sent. 18/06/2008

ordenación, instrucción, y terminación de los procedimientos. Tampoco se contaba con normas de fondo sobre el acto administrativo, ni respecto de su nulidad y extinción.

A fines de 1970, el gobierno con el objeto de poner fin al vacío legislativo en la materia encomendó la redacción de un proyecto de ley a una comisión integrada por los Dres. Alberto Cozzi, Héctor Jorge Escola y Carlos A. Young, quienes pusieron término a su labor en el mes de junio de 1971.

Al dictarse la Ley 19549 en 1972, se resaltaba que los principios básicos de los procedimientos administrativos y aclara que reserva a la vía reglamentaria lo atinente al trámite procesal propiamente dicho, incluido los recursos administrativos.

El decreto 1759/1972 (TO 1991) reglamentó la ley de procedimiento, habiendo esta última sufrido modificaciones por las leyes 21.686 y 25.344.

2.2.b) Normativa de la Provincia de Buenos Aires

El decreto-Ley 7547/70, fue publicado en el Boletín Oficial con fecha 23 de noviembre de 1970, fue redactado por una comisión presidida por el Dr. Osvaldo M. Bezzi y compuesta por los Dres. Mario J. Poce de León, Félix Sansoni, Ricardo E. Rodríguez y Nelson Bosarelli. Regía hasta ese entonces el Decreto 5614/67 titulado "Normas de Procedimiento Administrativo" que consistía en un reordenamiento del Decreto 980/34.

Esta normativa vino a ordenar el trámite frente a la administración y esto permitió que la administración no actuara arbitrariamente y se le otorgó una ganancia al administrado ya que esta reglado en esta ley lo que hace a competencia, plazos, notificaciones y recursos.

Tuvo un efecto multiplicador ya que a partir de ella entraron en vigencia la ley 19549, y las leyes de procedimiento administrativo de Chaco y Chubut (1972), Mendoza (1973), Córdoba (1977) y Salta y Corrientes (1978).

Las características generales de la Ley son las siguientes.³³

a) Establece normas de carácter general que se aplican en forma directa a los trámites desprovistos de otra regulación y de manera supletoria a aquellos con regímenes especiales.

b) Sus disposiciones no sólo rige la función administrativa de la administración provincial centralizada y descentralizada sino también la función administrativa desarrollada por los Poderes Legislativo y Judicial, como la desplegada por los sujetos públicos y privados no estatales que ejerzan función administrativa.

c) Condiciona la validez del acto administrativo a la regularidad de procedimiento previo a su emisión.

d) Organiza el procedimiento de impugnación al estatuir detalladamente sobre los recursos administrativos

e) Contiene normas de derecho administrativo sustancial, como las referentes a los elementos y caracteres del acto administrativo y a la prohibición de las vías de hecho

f) Regula lo atinente a los actos de alcance general, reglamentos y anteproyectos de ley.

g) Prevé su reglamentación por el Poder Ejecutivo.

h) Manda apreciar la prueba mediante el método de "libre convicción".

2.2.c) Normativa de la ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tras la reforma de Santa Fe de 1994 y, por ende, del nuevo status jurídico atribuido a la Ciudad de Buenos Aires, en cuya virtud ésta ha sido investida de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción (Art. 129), se hizo necesario prever y proyectar las normas que, como de derecho público local, han de ser aplicadas por las autoridades competentes en ocasión de tramitar y decidir sobre situaciones y conflictos que han de traer aparejado, naturalmente, la actuación de sus órganos de gobierno.

Con expreso sustento constitucional en la norma previamente referida, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires prevé la sanción de las disposiciones de procedimiento que, como derecho público local, deben ser aplicadas en el trámite de formación de la voluntad de las autoridades, en la protección de los derechos de los particulares y por ende, en las vías de impugnación necesarias para acceder a los tribunales competentes.

Que no habiéndose constituido el órgano legislativo, la situación institucional impedía el empleo del trámite ordinario para la sanción de las leyes, por lo que dicha circunstancia se encuentra prevista en el art. 103 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, habilitando el dictado de decretos de necesidad y urgencia, dentro de los límites allí establecidos, ya que el citado cuerpo normativo, en su cláusula transitoria decimosegunda, inc. b), faculta al Jefe de Gobierno, hasta tanto se constituya la Legislatura, a sancionar las

³³ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs. 64.

normas de procedimiento que fueren necesarias para el funcionamiento de los tribunales que la misma norma prevé; ad referendum del cuerpo legislativo.

Que de conformidad a ello se sanciona el Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/97 (BO N° 310 del 27/10/97), siendo con posterioridad ratificado por Ley 32 (Decreto 1144/98).

Estas normas de procedimiento están destinadas a regir el cauce formal de una de las funciones del Estado que se materializa, al decir de la doctrina especializada, en una serie de actos y recaudos de los órganos estatales conducentes, como fin primordial, al dictado de un acto administrativo.

2.3. Procedimiento administrativo municipal

El procedimiento administrativo municipal se rige por la ordenanza General 267, que entra en vigencia casi diez años después de la sanción decreto-ley 7647/70 –que rige el procedimiento administrativo provincial–, esto fue el 22/02/1980.

Unificó el procedimiento administrativo municipal con el provincial, ya que la OG 267, es casi textual al decreto-ley 7647/70. Por ejemplo el procedimiento administrativo provincial habla de recurso de apelación – art. 94– contra las decisiones de entes autárquicos, por su parte la ordenanza habla de entes descentralizados.

Antes del dictado de esta ordenanza, cada municipio podía entonces dictarse su propia ordenanza de procedimientos administrativos (por lo que cada procedimiento podía ser sustancialmente distinto a otro, lo que lleva a la consiguiente indefensión de los particulares que no podían conocer, con posibilidades ciertas, cuál era el régimen aplicable a cada municipio).

De esta manera con el dictado de la ordenanza general, se terminó con el caos existente hasta ese momento. Hutchinson señala que “la existencia de un procedimiento administrativo municipal único es una gran ventaja”, aunque la ordenanza general no es un medio constitucional idóneo para ello.

Por su parte, Botassi señala que la existencia de un procedimiento idéntico en el ámbito provincial y en el municipal permite a administradores, administrados, abogados y estudiosos de tales cuestiones interpretar y razonar los problemas del trámite con criterios igualitarios cualquiera sea la repartición actuante. Al mismo tiempo la jurisprudencia administrativa y judicial gestada alrededor de la LPABA resulta útil a la hora de realizar la hermenéutica de la O.G. 267/80.³⁴

3. El Decreto-Ley 7647/70

3.1. Ámbito de aplicación

El artículo 1° del Decreto-Ley 7647/70 establece que: "Se regulará por las normas de esta ley el procedimiento para obtener una decisión o una prestación de la Administración Pública de Buenos Aires y el de producción de sus actos administrativos. Será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales".

De manera que el procedimiento que aquí se regula se orienta no sólo al dictado de actos administrativos ("decisiones") sino también a la actividad administrativa concreta o prestacional ("prestaciones"). Es decir, debe ser acatada tanto por los órganos de la administración centralizada³⁵, como por las entidades descentralizadas³⁶ y empresas públicas.

También rigen el procedimiento administrativo desarrollado por los Poderes Legislativo y Judicial, al igual que las tramitaciones desplegadas por las personas públicas no estatales. Cuando la disciplina o la actividad cuentan con una reglamentación específica, como ocurre en materia de empleo público o de gestión tributaria, la normativa general se aplica supletoriamente.

³⁴ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs.60/61.

³⁵ Gobernador de la Provincia, Ministros de Coordinación y Gestión Pública, Economía, Gobierno, Infraestructura y Servicios Públicos, Salud, Seguridad, Justicia, Asuntos Agrarios, Desarrollo Social, Producción, Ciencia y Tecnología, Trabajo (art. 2 de la Ley 14.803)

³⁶ Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA), Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías, caja de Jubilaciones y Pensiones del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Dirección de Vialidad; Instituto de la Vivienda; Instituto de Previsión Social (IPS); Agencia de Recaudación de Buenos Aires, (ARBA), Instituto Provincial de Loterías y Casinos, Comisión de Investigaciones Científicas, Organismo de Control del Agua de la Provincia de Buenos Aires (OCABA) y muchas otras.

Cabe agregar que las sociedades del Estado se incluyen dentro de la noción de Administración descentralizada, aunque sus normas de creación dispongan la aplicación preferente del Derecho Privado en cuanto respecta a las relaciones comerciales o industriales con los terceros.

En el caso de Aguas Bonaerenses la SCBA ha dicho que: "teniendo en cuenta el porcentaje de participación de la Provincia de Buenos Aires en el capital accionario de Aguas Bonaerense Sociedad Anónima (ver art. 4º, decreto 517/02, ratificado por ley 12.989), entiende el Tribunal que corresponde considerar que se trata de una forma de descentralización de la Administración Provincial. Siendo así, su representación en este juicio debe ser asumida por el señor Fiscal de Estado (arts. 155 Const. Pcial. y 1 del decreto-ley 7543/69-según ley 12.748-)"³⁷.

Sin embargo, en cuanto atañe a su organización de gobierno (presidencia, directorio, sindicatura, etc.), está influido por normas de Derecho Público, en especial procedimentales, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de su actividad.³⁸

Así también cuando se trata de una persona jurídica creada para la satisfacción de un interés colectivo como es la prestación de una actividad calificada como servicio público.³⁹ En cualquier caso no existen dudas respecto de la aplicación directa de los principios esenciales que rigen el procedimiento administrativo.

En cuanto a las entidades públicas no estatales, éstas no pertenecen a la administración pública y por ende no le son aplicables en forma directa el decreto-ley. Pero teniendo en cuenta que actúan en el marco del derecho público, de allí que se entienda que las normas procedimentales se aplican en forma supletoria. Los casos frecuentes que se presentan son los Colegios Profesionales y sus Cajas Previsionales, los Consorcios de Gestión de Puertos (admiten en materia recursiva una aplicación directa, por remisión expresa que efectúa el propio marco normativo) y los denominados Entes Cooperadores.⁴⁰

Otro supuesto, es el de los denominados entes inter jurisdiccionales, en los cuales un municipio o la Provincia de Buenos Aires, sean parte, ya sea con participación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, otras provincias o el Estado Nacional, el régimen del Decreto-Ley o de la Ordenanza General 267/80 no resultan aplicables.⁴¹

Cuando la Provincia o un municipio son autoridad de aplicación de otras normas de fondo, comunes o federales, también corresponde aplicar la referenciada normativa en la producción de sus actos. A igual conclusión corresponde arribar cuando son los particulares, que por delegación estatal, llevan adelante actividades propias de los contenidos de la función administrativa.⁴²

Otra situación compleja se ha presentado con respecto a la posibilidad de aplicar el Decreto-Ley 7647/70 a los municipios bonaerenses. Antes del dictado de la Ordenanza General 267/80 de procedimiento administrativo municipal, la Suprema Corte se pronunció en sentido negativo, interpretando que el texto del artículo primero no permitía otorgarle semejante alcance.⁴³

No obstante ello, en algún supuesto y frente al vacío normativo, el Alto Tribunal sostuvo que "si bien no rige directamente en el procedimiento administrativo municipal, nada obstaba a su aplicación analógica".⁴⁴

En la actualidad se debate si, en función de lo previsto en el art. 123 de la Constitución Nacional, los municipios pueden legítimamente emitir sus propias disposiciones relativas al procedimiento administrativo.

Autorizada doctrina entiende que los contenidos sustanciales del procedimiento deben estar incluidos en una ley provincial, donde se contemplen las reglas básicas y fundamentales, vinculadas al ejercicio del derecho de defensa (tales como la legitimación, personería, derecho de vista, plazos, notificaciones y recursos), como todo lo vinculado a las diferentes expresiones formales y materiales de la función administrativa (requisitos de validez y el sistema de nulidades, caracteres, eficacia, etc., del acto y

³⁷ SCBA, causa B-65.834 *DE.U.CO. Defensa de Usuarios y consumidores Asociación Civil c/Organismo Regulador de Aguas Bonaerense y Aguas del Gran Buenos Aires s/Amparo. Cuestión de competencia art. 6º CCA. Res. 07/05/2008.*

³⁸ Botassi, Carlos *Provincia de Buenos Aires obra colectiva Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, Tomo V, pág. 30.

³⁹ SCBA Ac 69.021 *Utilducto c/ Aguas Bonaerenses SA s/ Pretensión Anulatoria*, res del 08/07/2008.

⁴⁰ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs. 75/76.

⁴¹ Los instrumentos de creación generalmente contienen previsión al respecto, ya sea estableciendo las normas o remitiendo a algún régimen de algunas de las partes que conforman el acuerdo, con grado prevalente

⁴² Es el caso de los Concesionarios de servicios públicos, Asociaciones Civiles de Bomberos Voluntarios, Asociaciones Cooperadoras, etc.

⁴³ SCBA, causa B-47.882, *Rabinovich, Héctor e/Municipalidad de Vicente López s/ Demanda contencioso administrativa*, sent. 10/06/1980

⁴⁴ SCBA, causa B-48.122, *Compañía Burroughs de Máquinas Limitada e/Municipalidad de Campana s/ Demanda contencioso administrativa*, sent. 23/12/1980

reglamento en sus distintas manifestaciones). Ello sin perjuicio de que las autoridades comunales sancionen ordenanzas reglamentarias ajustando dichos aspectos a sus propias características y necesidades.⁴⁵

3.2.a) Competencia. Reglas generales

La competencia es el conjunto de funciones, actividades, poderes, potestades, atribuciones y facultades que un agente-órgano puede legítimamente ejercer, es decir, la medida y órbita de su actuación legal y legítima.⁴⁶

El Decreto-Ley 7647/70 establece que las actuaciones deberán ser iniciadas ante el órgano competente quién dictará el pertinente acto administrativo (arts. 2° y 103). Se alude de esta manera a las dos formas principales de la competencia: aquella referida a la dirección del trámite y la correspondiente a la potestad decisoria que pueden o no a por ejemplo, en materia disciplinaria en la relación de empleo, el órgano "instructor" conduce el procedimiento y colecta la prueba mientras que la eventual sanción la aplica una autoridad superior del Poder Ejecutivo según la entidad de la pena.

El artículo 3 del decreto-ley 7647/70 aclara que la competencia es atribuida siempre por una norma, así será determinada por la Constitución Provincial, las leyes orgánicas administrativas y los reglamentos que dicte el Poder ejecutivo. Se deja de lado el criterio rígido y limitado, de que la competencia tiene origen exclusivamente legal.

Asimismo, el artículo 3° hace referencia a los caracteres: a) objetividad; b) obligatoriedad; c) improrrogabilidad e irrenunciabilidad y d) es de orden público.⁴⁷

La competencia se puede clasificar en función de distintas razones:

a) *materia*: Esto significa en función del contenido, según se refiera a uno u otro asunto administrativo, es decir que se refiere a la actividad que debe satisfacer una determinada repartición o ente público, de acuerdo con el bloque de legalidad

b) *territorio*: Tendríamos así, según la organización política de nuestro país, competencias nacionales, provinciales y municipales. Existen casos, sin embargo, en que no se halla claramente delimitada la competencia territorial de algunos órganos, ello ocurre particularmente con los organismos nacionales o federales, que muchas veces pueden entrar en conflictos de competencia con los organismos locales, los cuales ven en ciertos casos colisión de poderes cuando el organismo nacional o federal ejerce en sus territorios las mismas atribuciones en razón de la materia que a ellos compete.

c) *grado*: En razón del grado o de la posición que un órgano ocupa dentro de la escala jerárquica, tenemos órganos inferiores y órganos superiores. En virtud del principio de la improrrogabilidad de la competencia, un órgano inferior no puede tomar la decisión que corresponda al superior y viceversa, excepto en los casos de delegación y avocación.

d) *tiempo*: Cabe distinguir competencia permanente, temporaria o accidental. Si bien la competencia es, por regla general, permanente, en ciertos casos el ordenamiento jurídico otorga una facultad a cierto órgano por un lapso determinado, por ejemplo, de acuerdo con la Constitución, cuando el Poder Ejecutivo está habilitado para declarar el Estado de Sitio frente a un ataque exterior, estando en receso el Congreso. A su vez, frente a las competencias temporaria y permanente, que se caracterizan ambas por estar regularmente atribuidas a un órgano determinado, puede encontrarse una competencia accidental o fugaz; por ejemplo, de acuerdo con nuestras leyes, una persona que sorprende a otra en la comisión de un delito puede proceder a detenerla, erigiéndose en ese momento en órgano público y desempeñando accidentalmente una competencia que es propia de las fuerzas del orden, hasta tanto se haga presente el órgano policial respectivo, momento en el cual cesa automáticamente esa competencia accidental.

Por otro lado, la determinación constitucional, legal y reglamentaria no excluye de la competencia del órgano todas aquellas atribuciones que puedan considerarse "implícitas" y la Suprema Corte tiene decidido que "el vetusto principio de que en Derecho Administrativo la competencia era la excepción y la incompetencia la regla, y que por tanto toda competencia debía estar conferida por norma expresa! ha sido superado por el progreso de la ciencia jurídica y los requerimientos de una realidad día a día más compleja, que exige un mayor y más calificado despliegue de la actividad administrativa".⁴⁸

⁴⁵ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Editora Platense, 2011, págs. 72/74.

⁴⁶ Gordillo, Agustín-Daniele, Mabel *Procedimiento Administrativo. Decreto-Ley 19.549/1972 y Normas reglamentarias- Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentarios y Concordados. Buenos Aires, LexisNexis, 2da. Edición, 2006, Pág. 78.*

⁴⁷ Art. 3°: La competencia de los órganos de la Administración Pública se determinará por la Constitución de la Provincia, las leyes orgánicas administrativas y los reglamentos que dicten el Poder Ejecutivo y las entidades autárquicas. La competencia es **irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia**, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes.

⁴⁸ SCBA B. 52.052, *Cambiasso, Dora Miryam contra Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa*, Sent.09/06/1992

3.2.b) Delegación, Sustitución y Avocación

Se trata de excepciones al principio de improrrogabilidad de la competencia. Debe existir autorización expresa o razonablemente implícita en el Decreto-Ley, no se admite la prórroga convencional de la competencia como acuerdos entre la administración y el particular.

En el artículo 3 del Decreto-Ley 7647/80 se mencionan estos supuestos al expresarse que “salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes”, entendiéndose a ley en sentido material, no limitando la expresión a la ley en sentido formal,⁴⁹ en la práctica de nuestra provincia se ha utilizado tanto la ley del Congreso como los Decretos del Poder Ejecutivo.⁵⁰

Delegación

La delegación es la transferencia del ejercicio de todo o parte de la competencia que a un órgano administrativo le corresponde –por lo general a otro órgano de inferior jerarquía-, de manera transitoria, reservándose el superior la facultad de intervenir en forma directa.

La competencia delegada habilita el ejercicio de la atribución; no afecta la titularidad ni la responsabilidad del órgano delegante, pudiendo retomar la competencia delegada en cualquier momento.

Si bien en general se describe a la delegación como el traspaso de competencia en favor del inferior jerárquico, nada impide que la misma –siempre que esté legalmente prevista-sea transmitida a un órgano de igual rango o a una entidad autárquica.

La Ley de Ministerios 14.803 dispone en su artículo 15 que: “Facúltase al Poder Ejecutivo a delegar en los Ministros Secretarios y en los Secretarios del Gobernador, las facultades relacionadas con las materias que les competen, de acuerdo con lo que se determine expresa y taxativamente por decreto. En ningún caso podrán delegarse las atribuciones que se reciban por delegación, salvo que ello esté expresamente autorizado en la norma delegante”.

Se advierte en que la norma –igual que la prevista en el artículo 5 de la anterior Ley de Ministerios (13.757)- recepciona el instituto de la subdelegación o delegación de segundo orden. Se advierte que una previsión de esta naturaleza, rompe el sistema de la normativa procedimental, que como regla general establece que la competencia debe ser necesariamente ejercida por el órgano que la tiene atribuida, y de manera excepcional puede descargar o transferir su ejercicio a otro órgano.

Asimismo el artículo 16 prescribe que “Los Ministros Secretarios y los Secretarios podrán delegar la resolución de asuntos de sus respectivas áreas en los funcionarios que determinen conforme con su organización.”

Sustitución

Implica el reemplazo de la persona del funcionario, pero no del órgano que tiene asignada la competencia, no siendo entonces plausible de ser tomada como una excepción del principio de improrrogabilidad de la competencia, toda vez que se trata de una técnica de desapoderamiento unilateral, efectuada por un ente ajeno al titular de las competencias.

Se presentan supuestos de sustitución cuando se produce la excusación de un funcionario y ésta es aceptada por su superior quien designa a su momentáneo reemplazante.

El régimen jurídico de la sustitución es el mismo que el señalado para la delegación. Tiene su fundamento en las prerrogativas del poder jerárquico que correspondan al superior.

Avocación

Es el ejercicio por parte del superior jerárquico de competencia que corresponde al inferior. Es decir, el órgano superior toma para sí –de manera acotada en el tiempo- parte de la competencia propia del inferior.

Por su parte el artículo 3º del decreto-ley 7547/70 consagra una importante limitación al criterio clásico que enunciaba que la avocación era siempre posible, al expresar que “sólo será viable en los casos previstos por las leyes”.⁵¹

⁴⁹ En el ámbito nacional el artículo 3º del Decreto-Ley 19.549, resuelve la discusión relativa a la necesidad de autorización legal previa para practicar la delegación, a resultas de lo cual, ésta sólo procede cuando está expresamente autorizada, pudiendo surgir esa autorización de un reglamento –conf. art. 2 del decreto 1759/1972-

⁵⁰ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Editora Platense, 2011, págs. 89/90.*

⁵¹ En el ámbito nacional, la avocación procede siempre a menos que una expresa disponga lo contrario, como puede suceder en la atribución de funciones de especialización técnica, de mayor imparcialidad, u otros motivos de los que se infiera que el legislador tuvo la intención de que determinado órgano ejerza esa atribución en forma exclusiva. En la ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dispone expresamente que la avocación procede como regla general, a menos que resulte excluida por norma expresa o “cuando el órgano inferior se halle investido de una especial competencia técnica”,

Así la normativa provincial contempla dos supuestos de avocación en el artículo 59 que prescribe: “El Poder Ejecutivo, de oficio, podrá abocar el conocimiento y decisión de la actuaciones administrativas que tramiten ante los órganos de la Administración Pública centralizada”⁵² y en el artículo 93 que establece “Cuando hubiere vencido el plazo establecido para resolver la revocatoria y la Administración guardare silencio, el interesado podrá recurrir directamente ante el órgano superior para que se aboque al conocimiento y decisión del recurso.”

Para que proceda la avocación en la provincia de Buenos Aires, además de tratarse de un supuesto normativamente previsto no debe haber especialidad técnica esencial en el órgano inferior ni tratarse de órganos pertenecientes a ámbitos distintos. Queda excluida frente a los supuestos de desconcentración.⁵³

3.3. Conflictos de Competencia

3.3.a) Reglas Generales

Toda la Administración Pública debe ser entendida como un complejo organizacional de recursos materiales y humanos que tiene como finalidad la satisfacción del interés público. Las cuestiones de conflicto de competencia pueden verificarse entre a) ministros de distintas áreas, b) entre órganos inferiores –de un mismo ministerio o no-. En todos los casos la cuestión es resuelta por la autoridad superior a los órganos bajo conflicto.

Si se trata de áreas de un mismo ministerio será el Ministro del ramo quien defina el punto. Si el diferendo surge entre ministerios o entre estos y entidades autárquicas, o entre reparticiones de ésta naturaleza entre sí, la cuestión debe ser resuelta por el Gobernador de la provincia de Buenos Aires.

El artículo 4º prescribe que “Cuando se produzca un conflicto interno de competencia entre autoridades u organismos administrativos, será resuelto por el ministro de que dependan. Los conflictos de competencia interministeriales o entre las dependencias de los ministerios y las entidades autárquicas o de éstas entre sí serán resueltos por el Poder Ejecutivo.”

3.3.b) Conflicto Positivo

Por su parte el art. 5º inciso prescribe que: “1) Cuando dos autoridades se encuentren entendiendo en el mismo asunto, cualquiera de ellas de oficio o a petición de partes, se dirigirá a la otra reclamando para sí el conocimiento del asunto. Si la autoridad requerida mantiene su competencia, elevará sin más trámite las actuaciones al órgano administrativo que corresponda resolver quien decidirá la cuestión sin otra sustanciación, que dictamen de la Asesoría General de Gobierno.”

3.3.c) Conflicto Negativo

Se genera este tipo de conflicto cuando dos órganos repudian la competencia que les pudiera corresponder. Así el inciso 2) del artículo 5º establece que: “Cuando dos ministerios o entidades autárquicas rehusaren conocer en el asunto, el último que lo hubiere recibido deberá elevarlo al Poder Ejecutivo, quien decidirá previo dictamen del Asesor General de Gobierno.”

La intervención de la Asesoría General de Gobierno resulta en ambos supuestos también exigida por el art. 38 inc. 4º de la Ley de Ministerios nº 14.803.

3.3.d) Excusación y Recusación

Cabe agregar que la normativa bonaerense contempla la excusación de los funcionarios y empleados, pero veda su recusación, salvo cuando *normas especiales así lo determinen* (artículo 6º del decreto-ley 7647/70).

La prohibición de la recusación ha sido explicada por la necesidad de evitar la intencionada interrupción del trámite por quien alegara desconfiar de la imparcialidad y rectitud del funcionario para favorecerse con la demora.

Autorizada doctrina entiende que la recusación debe admitirse ya que resulta preferible afrontar alguna demora en el procedimiento antes que arriesgarse a que la decisión oficial se adopte por razones personales del agente.⁵⁴

Por su parte el artículo 6 de la LNPA prevé la recusación y excusación de los funcionarios y empleados. Para el caso de recusación prescribe que las causales y en las oportunidades previstas en los artículos 17 y

⁵² No es posible la avocación si se trata de entes autárquicos y pretende avocarse un órgano de la Administración centralizada, así sea un ministro o el propio Gobernador

⁵³ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Editora Platense, 2011, pág. 91.

⁵⁴ Botassi, Carlos *Provincia de Buenos Aires* obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, Tomo V, pág. 33.

18 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debiendo dar intervención al superior inmediato dentro de los dos días.

Se aclara que la intervención anterior del funcionario o empleado en el expediente no se considerará causal de recusación. Si el recusado admitiere la causal y ésta fuere procedente, aquel le designará reemplazante.

En cuanto a la excusación de los funcionarios y empleados establece que se regirá por el artículo 30 del CPCCN y será remitida de inmediato al superior jerárquico, quien resolverá sin sustanciación dentro de los cinco días. Si aceptare la excusación se nombrará reemplazante; si la desestimare devolverá las actuaciones al inferior para que prosiga interviniendo en el trámite. Las resoluciones que se dicten con motivo de los incidentes de recusación o excusación y las que los resuelvan, serán irrecurribles.

3.4. Sujetos de la relación procedimental

La relación jurídica administrativa, será aquella relación social concreta regulada por el derecho administrativo. Es aquella que se establece entre la Administración Pública (u otros sujetos que ejercen prerrogativas públicas) y un particular con respecto a una presentación de hacer o a una omisión, siempre en vista al interés pública y que están regidas total o preponderantemente por el derecho administrativo.

Entre los elementos que se encuentra la relación jurídica, está el subjetivo, es decir, se debe dar entre dos sujetos de derecho, uno de los cuales debe ser la Administración Pública, el otro puede ser tanto un particular como un ente estatal.

3.4.a) La Administración

Administrador en el sentido del procedimiento administrativo, son no sólo los órganos, administrativos *stricto sensu* de la administración central, sino también de los entes descentralizados: entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado en tanto emitan actos administrativos.⁵⁵

Se reconoce el carácter de parte al órgano que dirige un determinado procedimiento, por lo que puede ocurrir que una repartición pública actúe como parte en el trámite conducido por otra área de la Administración

Así el artículo 10 del decreto-ley 7647/70 establece que: "La actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona o entidad pública o privada,..."

3.4.b) El particular

Pese a que se puede admitir que el particular frente a la Administración, por no se litigante, colabora con la misma para que esta decide conforme a derecho, no cabe la duda que lo hace persiguiendo un beneficio propio.

La regla general es amplia y reconoce aptitud para ser parte a toda persona física o jurídica. En el caso de las asociaciones y de categorías amplias de personas (usuario actual o potencial; afectado actual o potencial; vecino, jubilado, potencial oferente, ciudadano, etc.) la cuestión se vincula también a la legitimación.

3.4. c) Interesado que no es parte

El artículo 10 del decreto-ley 7647/70, niega condición de parte a quien interviene en un procedimiento bajo las siguientes circunstancias: a) que se peticione con apoyo en un interés simple; b) cuando se trate de una cuestión vinculada a obras y servicios públicos, proyectados o en marcha, respecto de los cuales el particular resulte beneficiario o usuario; c) que se trate de una cuestión potestativa para la Administración, como por ejemplo la solicitud de un permiso de uso específico de un bien del dominio público.

En estos casos el administrado sólo ejercita su facultad de peticionar a las autoridades, conforme lo previsto en los artículos 14 de la C.N. y 14 de la Constitución Provincial.

Autorizada doctrina entiende que este criterio Afecta la garantía de igualdad del artículo 16 de la CN y 11 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, sin que sea lícito alegar que se trata de situaciones diferentes que han merecido tratamiento legislativo diverso, pues todo administrado en cualquier situación, es el natural destinatario de toda medida que adopte el Estado y cabe reconocerle una participación completa y activa en el procedimiento previo a una decisión administrativa que pueda afectarlo.⁵⁶

⁵⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho Administrativo* FDA, Buenos Aires, 2010, 10ª edición, Tomo IV, Capítulo 2, pág. 1

⁵⁶ Botassi, Carlos-Oroz, *Miguel Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, pág. 130.

4.1. Interesados, Representantes y Terceros

4.1.a) Interesado

Quien actúa en un procedimiento administrativo salvo cuando es menor de edad –que debe necesariamente ser representado por sus padres o tutores-) tiene el derecho de obrar por sí mismo.

El artículo 11 del decreto-ley 7647/70 habla de parte interesada, cuando se refiere al acceso al expediente administrativo.

Asimismo en el artículo 12 se prevé que: “Si durante el curso de las actuaciones falleciese o se incapacitase el interesado que las hubiera promovido, se suspenderá el procedimiento”. Este supuesto es cuando el procedimiento es en exclusivo interés del particular, ya que si se tratare de un procedimiento vinculado al interés público, en virtud del principio de impulsión de oficio debería continuarse el mismo.

4.1.b) Representantes

La representación implica la facultad de una persona, que se encuentre en disposición de capacidad y legitimación, para actuar en el procedimiento, en ejercicio de un propio derecho, no por sí mismo, sino por tercera persona interpuesta, que operará en nombre y por cuenta del titular del derecho a quien representa.⁵⁷

El artículo 13° de la normativa provincial expresa que: “La persona que se presente en las actuaciones administrativas por un derecho o interés que no sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de representación legal, deberá acompañar con el primer escrito los documentos que acrediten la calidad invocada.”

Continúa señalando la norma mencionada que “Sin embargo, los padres que comparezcan en representación de sus hijos y el marido que lo haga en nombre de su mujer, no tendrán obligación de presentar las partidas correspondientes, salvo que fundadamente les fueran requeridas”.

4.1.c) Terceros

El artículo 23 del decreto-ley 7647/70 prescribe la intervención del tercero en el procedimiento, configurado por la persona de existencia física o jurídica que podría verse afectada en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados, como consecuencia de la decisión que recaiga en el procedimiento.

Así dicha norma prescribe que: “Cuando de la presentación del interesado o de los antecedentes agregados al expediente sugiera que alguna persona o entidad, pudiera tener interés directo en la gestión, se le notificará de la existencia del expediente al solo efecto de que tome intervención en el estado en que se encuentren las actuaciones, sin retrotraer el curso del procedimiento.”

4.2. Legitimación

La situación jurídica se refiere a la ubicación que ocupa cada parte o sujeto en la relación jurídica y que puede ser “activa” o “pasiva”. Es la posición que tiene una persona respecto de la norma. En este caso la situación en que se encuentra el particular o administrado frente a la administración.

El artículo 10 del Dec. Ley 7647 /70 establece: “La actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona o entidad pública o privada, que tenga derecho o interés legítimo.

Prescindiendo del supuesto de iniciación oficiosa por la propia autoridad competente, la normativa en análisis legitima a los particulares que posean un derecho o un interés legítimo. Se trata de una añeja diferenciación hoy superada y que, debido a las razones que seguidamente se expondrán, tampoco puede mantenerse en el procedimiento administrativo provincial.

El “derecho” (al que se le adicionan en la doctrina y en la jurisprudencia los caracteres de “subjetivo” y “administrativo”) presupone la reunión de dos elementos: una norma que impone al Fisco una conducta determinada y que la misma sea debida a un individuo en situación de exclusividad, es decir, estos dos elementos son la individualidad y exclusividad.

El interés legítimo, en cambio, aparece titularizado por un grupo relativamente numeroso de personas. Estas dos formas de emplazamiento en la relación jurídico-administrativa resultan legitimadas para acceder al procedimiento, no incluyéndose a quienes invoquen un “interés simple”; también llamado “mero interés”; que no es otra cosa que la aspiración generalizada de que las autoridades respeten el orden jurídico.⁵⁸

⁵⁷ Monti, Laura *La representación de las partes en el procedimiento Administrativo, en la obra colectiva Procedimiento Administrativo (Tawil Guido Director)* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pág.234.

⁵⁸ SCBA 55392 *Rusconi, Oscar c/ Municipalidad de La Plata s/ DCA*, sent. 04/07/1995, Se reconoce en el proceso administrativo la legitimación para intervenir en el mismo a los titulares de intereses legítimos.

Destacada doctrina⁵⁹ ha expresado que la limitación contenida en el artículo 10, restringiendo la legitimación a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, ha quedado colocada en evidente contradicción con los criterios amplios trasuntados en la reforma constitucional de 1994. Los artículos 15, 20, 55 y 166 de la Carta Provincial, junto a lo establecido en el artículo 13 del Código Procesal Administrativo⁶⁰, imponen una visión amplia y generosa del asunto y han inspirado una interpretación jurisprudencial que permite legitimar a quienes aleguen la afectación o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, independientemente de si los mismos pertenecen en grado de exclusividad a un sujeto o son compartidos con otros, lo cual indudablemente permite también incluir en dicha expresión a los derechos de incidencia colectiva en sus distintas variantes⁶¹, donde a su vez, pueden coexistir todas las situaciones referenciadas, sin necesidad de exclusión de unas a favor de otras.

La CSJN en la causa "Halabi", del año 2009, reconoce que en materia de legitimación procesal, corresponde como primer paso delimitar con precisión tres categorías de derechos:

i. individuales: "los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable." – art. 43 1er. Párrafo CN-

ii. de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos: Son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. –art. 43 CN-

iii. de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos: "En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea." Art- 43 2do. Párrafo CN-

El artículo 13 del Código Procesal Administrativo (Ley 12.008 y sus modificatorias) vino a abrogar el tono restrictivo del artículo 10 de la normativa procedimental, ya que la mayoría de los casos que llegan a la jurisdicción han transitado antes la vía administrativa y resulta absurdo que este sendero sea más estrecho que aquel.

Por ello, cualquier persona que invoque un derecho o un interés jurídicamente tutelado -incluyendo los derechos difusos o de inocencia colectiva- debe ser legitimada para petitionar, reclamar y recurrir en sede administrativa.

Por su parte la SCBA ha expresado respecto a la legitimación en el procedimiento administrativo lo siguiente: "una hermenéutica amplia de las normas adjetivas que en punto a la legitimación activa garantice el ejercicio del derecho de defensa de los administrados y que como es sabido ha recibido en el ámbito del procedimiento administrativo expresa consagración constitucional (art. 15 de la Constitución provincial), de modo que la solución a la que se arribe guarde armonía con los significativos avances que en este tópico ha experimentado el acceso a la instancia jurisdiccional (arts. 18, 43, 75 inciso 22 y ccdtes. de la Constitución Nacional; arts. 11, 15, 20 inciso 2° y ccdtes. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). .. Dada la necesaria vinculación que en la materia se presenta entre el procedimiento y el proceso administrativo, es preciso compatibilizar el contenido del art. 10 del decreto-ley 7647/1970 con el de su similar del Código Procesal, a fin de posibilitar su integración y sortear de ese modo, una virtual inconsistencia lógica del ordenamiento jurídico. Dado que se exigiría un mayor rigor en el cumplimiento del mentado recaudo en el procedimiento administrativo que en el propio proceso contencioso. De allí que el alcance que ha de asignarse a la legitimación para actuar en el marco del trámite administrativo no puede prescindir de las pautas establecidas por el aludido art. 13 de la ley 12.008-texto según ley 13.101-".⁶²

⁵⁹ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs. 124 y sgs..

⁶⁰ ARTICULO 13° CCA: Legitimación activa. Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico

⁶¹ CSJN Fallos 332:111 *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*, sent. 24/02/2009

⁶² SCBA B66.095, *Cámara Argentina de Salas de Bingo y Anexos contra Provincia de Buenos Aires (Instituto Provincial de Lotería y Casinos)*. Acción de amparo. 07/03/2007

4.3. Representación

Existen claramente diferenciadas, tres formas de actuar en el marco del procedimiento administrativo, las cuales pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) *Por derecho propio*: Aquí es particular quien requiere de la administración un determinado pronunciamiento:

b) *Por representación*: Por esta forma una tercera persona quien se vincula con el expediente en el cual se pretende una determinada decisión administrativa.

c) *Por apoderado*: Aquí al igual que el anterior una tercera persona se vincula con la administración la que ostenta facultad para hacerlo dado que cuenta con un poder para tal fin.

Ahora bien, en los casos en que no sea la persona quien ocurra en el procedimiento administrativo, de conformidad con las prescripciones en los artículos 14 y 15 de la ley provincial, se debe cumplimentar con la correcta acreditación de personería.

La legislación da un abanico de posibilidades a efectos, las que son:

a) *Instrumento Público*: Aquí la representación o bien el poder se dan ante escribano público, el cual da fe del mismo y determinando sus alcances.

b) *Carta Poder*: Resulta ser una figura que los ciudadanos pueden utilizar, la que consiste en conferir también poder, pero a diferencia de la primera, se efectúa ante dependencias administrativas.

c) *Acta de Autoridad Administrativa*: Por medio de esta figura, se constituye la parte, una tercera persona que revestirá la figura de autorizado y un agente de la administración. Se labrará Acta en dependencias administrativas por las cuales se dejará constancia de la autorización conferida, posibilitándose en consecuencia su participación en el procedimiento.

Para los casos en los que sea parte del procedimiento administrativo una persona jurídica, deberá acreditar su existencia por medio del contrato social y su constancia de inscripción ante los órganos competentes (Inspección General de Justicia de la Nación o Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires). Asimismo, es dable mencionar que deberá requerirse copia del Acta respectiva por la que surja la distribución de los cargos con mandato vigente.

Hemos visto las formas por las cuales se procede a acreditar la personería, ahora bien, es dable mencionar que la representación puede encontrar las siguientes formas de cese en el artículo 16 del Decreto Ley N° 7647/70:

a) *Renuncia*: Aquí el representante, por medio de un escrito anoticia a la administración pública que procederá a renunciar a dicha representación. Para el caso que no haya sido anoticiada la parte, deberá comunicarse la misma al domicilio real del ciudadano.

b) *Revocación*: Por medio de esta forma, es el ciudadano que es considerado parte en el procedimiento administrativo quien comunica a la administración su decisión de revocar la representación conferida, asumiendo por derecho propio la continuación del procedimiento o bien designando a otra persona a tal fin.

c) *Muerte del Mandatario*: Resulta obvio que si la persona a la que se confirió la representación fallece, tal mandato ha fenecido debiendo en consecuencia asumir la continuidad del procedimiento o establecer otra persona.

4.3.a) Patrocinio Letrado

La ley provincial no impone ni restringe el patrocinio letrado en el procedimiento administrativo, limitándose a admitirlo en el artículo 11 cuando se habla del acceso a las actuaciones administrativas.⁶³

En el ámbito nacional en cambio se establece la obligatoriedad del patrocinio letrado en el supuesto que el interesado sea representado por un tercero no profesional del derecho y en el trámite se debatan cuestiones jurídicas –art. 1° inc. f) apartado 1° de la Ley 19.549- De esta manera si se actúa directamente en propio nombre, cualquiera sea la índole de la cuestión el patrocinio letrado es un derecho.

4.4. Acceso al expediente

El artículo 11 fue modificado por la Ley 14.229, y actualmente dispone: "La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, tendrán acceso al expediente durante todo su trámite, pudiendo, a su cargo, copiar o fotocopiar todas sus partes. El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no

⁶³ Sin embargo pueden existir algún procedimiento especial, que establezca la necesidad de contar con el patrocinio de letrado, para la presentación de recursos administrativos o para la asistencia durante el trámite del procedimiento.

sea la mesa de entradas o receptoría. El párrafo anterior del presente artículo será exhibido en todas las reparticiones de la Administración centralizada, descentralizada y entes autárquicos al público".

Se destaca la amplitud en la legitimación reconocida para tomar vista de las actuaciones que incluye no sólo a la parte y a su eventual apoderado sino también al letrado patrocinante quien, de esta manera, puede conocer por sí solo el expediente sin necesidad de hacer asumir a su cliente el gasto del otorgamiento de un poder. De esta manera, la norma correlaciona con lo prevenido en el artículo 57 de la Ley de Ejercicio de la Abogacía N° 5177.⁶⁴

A pesar de la claridad de la norma, todavía hoy -a más de 40 años de vigencia del decreto ley- frecuentemente algunas reparticiones administrativas exigen que el pedido de vista se formule por escrito y lo conceden fijando el día y la hora para su concreción. Este mecanismo -evidentemente contrario a la letra y al espíritu del art. 11- provoca inconvenientes, y en algunos casos, llega a frustrar su propia razón de ser con notorio agravio al ejercicio del derecho de defensa.⁶⁵

Algunos sectores de la Administración provincial, que se comportan como si el expediente fuera secreto, no advierten que el acceso oportuno a las actuaciones no constituye solamente un aspecto fundamental del ejercicio del derecho de defensa del particular sino que también posee interés para la Administración al permitir al interesado plantear fundamentadamente su pretensión y hasta desistir de su postura si las constancias del expediente demuestran su sinrazón.⁶⁶

En este punto, corresponde interrogarse sobre cuáles son las consecuencias de la imposibilidad de acceder a las actuaciones administrativas, sobre todo cuando ello resulta imprescindible para fundamentar un recurso. Entendemos que en este caso los plazos del procedimiento deberán suspenderse hasta que desaparezca el obstáculo y la vista pueda concretarse.

Así lo ha entendido la SCBA en la citada causa "Müller" al sentenciar que: "El conocimiento de todos los antecedentes existentes en las actuaciones administrativas es un presupuesto insoslayable de una efectiva y útil participación del interesado. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación."

En cuanto a la situación si el pedido de vista suspende el plazo para recurrir, la SCBA expresa en el citado fallo "Müller" que: "La falta de una disposición específica reguladora de la pregonada eficacia suspensiva no justifica privar a la solicitud de vista aceptada de esa consecuencia; menos aun cuando ella es una derivación que condice con los principios del ordenamiento. Aunque nada se diga, todo indica que semejante actuar (el pedido y el otorgamiento de la vista) lleva ínsito -o permite deducir- la neutralización del iter procedimental, resultado no escindible que corre a la par de la toma de conocimiento del expediente."

Continúa referenciando que: "Cuando el interesado solicita el acceso al expediente se presume que necesita conocer documentos o datos de éste que ignora. Si ello es retaceado, porque se lo concede parcialmente, o si es desvirtuado, porque se lo hace posible una vez vencido el plazo para impugnar el acto sin conferirle a la correspondiente diligencia valor suspensivo, tarde o temprano el interesado quedará emplazado por obra de la Administración ante la disyuntiva, probablemente tan arbitraria como fatal, de impugnar "a ciegas" lo decidido o insistir con sus pedidos asumiendo el riesgo de la no contestación (y consecuente firmeza) del acto. Un escenario que en cualquier caso agravará su derecho de defensa y que por cierto infringe la buena fe exigible a toda entidad pública, sin beneficio para el interés general."

Autorizada doctrina ha entendido que "Resulta criticable que las sucesivas reformas introducidas por las leyes 14.224 y 14.229, no se hayan ocupado de ésta cuestión, que es uno de los tantos aspectos problemáticos en el procedimiento administrativo, y que por lo tanto está necesitando una clara y razonable regulación, para evitar las situaciones de injusticia e indefensión que se generan a diario. Parece claro que si existe la garantía a la inviolabilidad de la defensa de la persona y sus derechos en todo procedimiento administrativo, una forma de hacer efectiva la misma es asegurando un acceso simple, sencillo, adecuado y suficiente a las actuaciones en las cuales se está gestando o se ha tomado una decisión, que provoca en relación a un sujeto determinado, un grado de afectación en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados".⁶⁷

⁶⁴ Art. 57 Ley 5177: "Con la sola exhibición de la credencial profesional, el abogado o procurador podrá examinar y compulsar actuaciones judiciales y administrativas, provinciales y municipales y registros notariales. Cuando un funcionario o empleado de cualquier manera impidiera o trabare el ejercicio de este derecho, el Colegio Departamental pertinente, a instancia del afectado, pondrá el hecho en conocimiento del superior jerárquico de aquellos, a los efectos que correspondan, sin perjuicio de otras medidas a que hubiere lugar".

⁶⁵ Botassi, Carlos *Provincia de Buenos Aires obra colectiva Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, Tomo V, págs. 36/37.

⁶⁶ SCBA A. 70.399, Müller, Gustavo Gastón contra Provincia de Buenos Aires y otro. *Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 10/12/2014

⁶⁷ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs 137.

4.5. Domicilios

El nuevo Código Civil y Comercial, establece que “la persona humana tiene domicilio real en el lugar donde de su residencia habitual y si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (art. 73).

A su vez también define al domicilio legal como “el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones” (art. 74).

Por medio del artículo 24 del Decreto Ley N° 7647/70, se prescribe que: “Toda persona que comparezca ante la autoridad administrativa, sea por sí o en representación de terceros, constituirá en el primer escrito o acto en que intervenga un domicilio dentro del radio urbano del asiento de aquella. El interesado deberá además manifestar su domicilio real. Si no lo hiciere o no denunciare el cambio, las resoluciones que deban notificarse en el domicilio real se notificarán en el domicilio constituido. El domicilio constituido podrá ser el mismo que el real.”

El domicilio constituido producirá todos sus efectos, sin necesidad de resolución y se reputará subsistente mientras no se designe otro.-art. 27-

El artículo 25° del mencionado texto legal, señala que: “La constitución del domicilio se hará en forma clara y precisa, indicando calle y número, o piso, número o letra del escritorio o departamento. No podrá constituirse domicilio en las oficinas públicas.”

A su vez el art. 26 prevé la intimación al interesado en su domicilio real si el domicilio no se constituyera conforme a lo dispuesto en el artículo 25, o si el que se constituyera no existiera o desapareciera el local o edificio elegido o la numeración del mismo, bajo apercibimiento de continuar el trámite sin su intervención o disponer su archivo según corresponda.

En cuanto a los apoderados y representantes tienen la obligación de denunciar en el primer escrito o presentación personal, el domicilio real de sus mandantes. Si no lo hicieren se les intimará para que subsanen la omisión -artículo 28-.

5. Formalidades de los escritos

5.1.a) Reglas Generales

Si bien el procedimiento administrativo no es formal, descartándose las solemnidades de cualquier naturaleza, se requiere que las presentaciones de las partes sean claras, prolijas y cumplan ciertos requisitos mínimos vinculados a la orden y buena marcha del trámite.

Así, el artículo 29 determina que “los escritos serán redactados a máquina o manuscritos en tinta, en forma, en idioma nacional y en forma legible, salvándose toda testadura, enmienda o palabras interlineadas. Llevarán en la parte superior una suma o resumen del petitorio. Serán suscriptos por los interesados, representantes o apoderados. En el encabezamiento de todo escrito, sin más excepción que el que iniciare una gestión, debe indicarse numeración y año del expediente a que corresponda y, en su caso, contendrá la indicación precisa de la representación que se ejerza. Se empleará el sellado de ley cuando corresponda o papel tipo oficio u otro similar, repuesto con estampillas fiscales. Podrá emplearse el medio telegráfico para contestar traslados o vistas e interponer recursos.”

Por aplicación del principio del formalismo moderado si el particular omitiera alguno de estos requisitos formales de su presentación, la autoridad administrativa antes de rechazarlo o dejar de darle curso, intimará al interesado para que subsane la omisión. El trámite no debe paralizarse por la falta de alguno de los contenidos del escrito –salvo que se trate de un dato esencial para el progreso del procedimiento.

Cuando razones de economía y celeridad, justifican la tramitación y resolución de cuestiones que guarden cierto grado de vinculación. La ley no establece plazo por el cual la autoridad administrativa deberá emplazar al interesado para que vuelva a presentar sus peticiones por separado.

En tal sentido el artículo 30 establece que: “Podrá acumularse en un solo escrito más de una petición, siempre que fueran asuntos conexos que se puedan tramitar y resolver conjuntamente. Si a juicio de la autoridad administrativa no existe la conexión implícita o explícitamente alegada por el interesado o trajere entorpecimiento a la tramitación de los asuntos, lo emplazara para que presente las peticiones por separado, bajo apercibimiento de sustanciarse solamente aquella por la que opte la Administración si fuesen separables, o en su defecto disponerse el archivo.”

5.1.b) Firma

En cuanto a la firma el artículo 31 señala que: “Cuando un escrito sea suscripto a ruego por no poder o no saber hacerlo el interesado la autoridad administrativa lo hará constar, así como el nombre del firmante y también que fue autorizado en su presencia o se ratificó ante él la autorización, exigiéndose la acreditación de la identidad personal de los que intervinieren. Si no hubiere quien pueda firmar a ruego del interesado, el funcionario procederá a darle lectura y certificará que éste conoce el texto del escrito y ha estampado la impresión digital en su presencia.”

Por otra parte en caso de duda sobre la autenticidad de una firma, podrá la autoridad administrativa llamar al interesado para que en su presencia y previa justificación de su identidad, ratifique la firma o el contenido del escrito. Asimismo en caso que el citado negare el escrito, se rehusare a contestar o citado personalmente por segunda vez no compareciere, se tendrá al escrito por no presentado. –art. 32-

5.1.c) Datos a consignar

El artículo 33 señala los recaudos que deberá contener la presentación inicial, ellos son: a) Nombres, apellido indicación de identidad y domicilio real del interesado; b) Domicilio constituido de acuerdo con el artículo 24°; c) Relación de los hechos, y si se considera pertinente indicará la norma en que funde su derecho; d) La petición concretada en términos claros y precisos; e) Ofrecimiento de toda la prueba de que ha de valerse, acompañando la documentación en que funde su derecho el peticionante o en su defecto su mención con la individualización posible, expresando lo que de ella resulte y designando el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales; y f) Firma del interesado o apoderado.

Asimismo podrá la autoridad administrativa mandar testar las expresiones ofensivas de cualquier índole, que se consignasen en los escritos, sin perjuicio de la aplicación de las demás medidas disciplinarias que correspondan. –art. 35-

5.1.d) Presentación

El escrito inicial deberá presentarse en Mesa de Entradas o receptorias o podrá remitirse por correo. Los escritos posteriores podrán presentarse igualmente donde se encuentre el expediente. La autoridad administrativa deberá dejar constancia en cada escrito de la fecha en que fuere presentado o recibido, poniendo al efecto el cargo pertinente o sello fechador; debiendo darle el trámite que corresponda en el día de la recepción.

Por otra parte si el escrito recibido por correo correspondiere a traslados, recursos, vistas o cualquier presentación sujeta a plazo, se tendrá como válido el día de su despacho por la oficina de correos, a cuyos efectos se agregará el sobre sin destruir un sello de expedición.

Cabe aclarar que, de toda actuación que se inicie en Mesa de Entradas se dará una constancia con la numeración del expediente que se origine.

5.1.e) Documentación

Los documentos que se acompañan a los escritos o aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba, podrán presentarse en su original o en testimonio expedidos por oficial público o autoridad competente. Podrá solicitarse la reserva de cualquier documento, libro o comprobante que se presente, en cuyo caso se procederá a su guarda bajo constancia.

Asimismo, los documentos expedidos por autoridad extraña a la jurisdicción de la Provincia deberán presentarse debidamente legalizados. Los redactados en idioma extranjero deberán acompañarse con su correspondiente traducción hecha por traductor matriculado.

Por otra parte, los documentos y planos que se presenten, excepto los croquis, deberán ser firmados por profesionales inscriptos en la matrícula, cuando así lo exija la ley de reglamentación de las profesiones correspondientes.

5.2. Denuncia, Reclamo y Recurso

5.2.a) Denuncia

Constituye una presentación por la que una persona pone en conocimiento de la autoridad administrativa la existencia de un hecho, conducta, acto u omisión que considera irregular y que proviene de un particular o de funcionarios de la propia Administración.

El decreto-ley regula la denuncia respecto de hechos, conductas o actos emanados de agentes de la Administración que resulten violatorios de leyes, decretos o resoluciones administrativas. Se podrá hacer por escrito o verbalmente, personalmente, por representante o mandatario. La denuncia escrita deberá ser

firmada; cuando sea verbal se labrará acta y en ambos casos el funcionario interviniente comprobará y hará constar la identidad del denunciante. (arts. 81/82)

Asimismo, la denuncia deberá contener de un modo claro, en cuando sea posible, la relación del hecho, con la circunstancia del lugar, tiempo y modo de ejecución y la indicación de sus autores y partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación.

Por otro lado, presentada una denuncia, el funcionario que la reciba la elevará de inmediato a la autoridad superior de la dependencia, si no hubiera sido radicada directamente ante la misma, y ésta deberá practicar las diligencias preventivas necesarias dando oportuna intervención al órgano administrativo competente.

5.2.b) Reclamo

Se origina ante una actitud pasiva u omisiva de la administración y que el reclamante actúa con apoyo en un derecho o interés jurídicamente tutelado. Su tramitación resulta obligatoria para el órgano que lo recibe.

5.2.b) Recurso

Configura la impugnación concreta que un particular realiza ante la autoridad que dictó un acto administrativo o su superior, cuestionando su legitimidad u oportunidad, con la finalidad de que se lo revoque o reemplace.

Se trata de una facultad vinculada a la garantía constitucional de la defensa, que explica la necesidad de que las decisiones de la Administración sean motivadas y notificadas en forma completa a sus destinatarios.

5.3. Ordenamiento de los expedientes

Durante el procedimiento administrativo se van acumulando de manera paulatina y sistemáticamente, constancias escritas de los diferentes actos y trámites cumplimentados, sobre la base de cierto criterio de ordenación. Ello no es más que el nacimiento del expediente administrativo. Las formalidades del expediente administrativo lo encontramos legislado a partir del art. 40 extendiéndose hasta el art. 47.

Tales formalidades las podemos resumir en:

I) Que los expedientes se identifican mediante un número asignado por el organismo donde se inicia su trámite. Ese número debe conservarse a través de todo el curso del expediente, no pudiendo el mismo ser alterado. Tal principio lo encontramos receptado en el art. 40.

Así, el mencionado texto expresa lo siguiente: “El número con que se inicia un expediente será conservado a través de las actuaciones sucesivas, cualesquiera sean los organismos que intervengan en su trámite. Queda prohibido el asentar en el expediente ningún otro número o sistema de identificación que no sea el asignado por el organismo iniciador del expediente. Se trata esta de una norma elogiable que desde su puesta en vigencia puso fin a los sucesivos cambios de identificación que sufrían las actuaciones en los pases registrados con el diligenciamiento.”

Podría argüirse en este caso que se estaría ante la posibilidad de que se encuentren en trámite muchos expedientes con el mismo número. Pero este obstáculo se salva porque el expediente se cita por su número, el año de iniciación y además la sigla o denominación que identifique la jurisdicción de origen. Ejemplo. 2900-34578/2015.

II) La Ley en el art. 41 sienta el principio rector de que los expedientes para su compaginación no debe sobrepasar las 200 fojas siempre que no quedará divididos escritos o documentos que constituyan un solo texto.

III) Por el art. 42 se fija la obligación que recae en la administración de foliar la totalidad de las fojas que componen el expediente administrativo.

Así, se prescribe que: “Todas las actuaciones deberán foliarse por orden correlativo, incluso cuando se integren con más de un cuerpo de expediente. Las copias de notas, informes o disposiciones que se agreguen a un expediente juntamente con su original, se foliarán por orden correlativo, dejándose constancia en cada una de ellas el número de copia que le corresponde”.

IV) La foliatura consiste en asignar un número correlativo a cada foja del expediente. Es de práctica administrativa que la numeración se estampe junto a un sello que tiende a autenticar la pieza a los efectos de evitar su indebido reemplazo. Este sello es el famoso “sello de juntura”, consagrado por una fuente del derecho administrativo la cual es costumbre administrativa.

V) Por el art. 46 y 47 se establece la posibilidad de realizar el desglose de actuaciones. Desglosar significa quitar algunas hojas de una pieza de autos o algún documento, dejando copia o al menos nota de su contenido. Debe dejarse constancia expresa en el expediente respecto del número de fojas retiradas. En

el supuesto de que con la documentación desglosada se forme un nuevo expediente se deberá dejar constancia en el nuevo expediente las razones que motivaron el que se ha formado.

6.1. Vicios en el Procedimiento

La doctrina se ha pronunciado abundantemente respecto de los vicios de los actos administrativos y de sus consecuencias. Sin embargo no ha realizado un análisis de intensidad semejante con relación a los defectos que pueden afectar al procedimiento administrativo en sí mismo. Existe procedimiento aunque jamás se arribe a la decisión final y no todos los actos interlocutorios o de mero trámite que lo componen son actos administrativos, ya que existen actos internos de la Administración que, por carecer de efectos directos sobre los particulares no configuran actos administrativos, como es el caso de los informes, vistas y dictámenes emitidos por los órganos de contralor y asesoramiento.⁶⁸

Existe entonces una distinción esencial entre vicios del acto administrativo y vicios del procedimiento, consecuencia del carácter sustancial y ritual que los califica y diferencia. El vicio de procedimiento, al afectar a uno de sus elementos esenciales, perjudica la decisión administrativa final. Pero, al mismo tiempo, pueden existir defectos - subsanables o no - que incidan sobre la legitimidad del trámite en sí mismo, prescindiendo (al menos en un momento preliminar, sin perjuicio de lo que finalmente ocurra con la decisión a adoptarse) de su calidad de elemento o requisito del acto futuro.

Así por ejemplo, la incompetencia del órgano que conduce las actuaciones, la incapacidad civil de la parte privada, la falsedad ideológica o material de la prueba producida, las falencias en la emisión de vistas y dictámenes, la omisión de comunicar actos del procedimiento decisivos o notificaciones irregulares, constituirán vicios del procedimiento en sí mismos, algunos de los cuales terminarán viciando el acto administrativo final y otros resultarán irrelevantes a su respecto, dependiendo de que exista o no posibilidad de saneamiento.

Deberá tratarse de defectos de entidad suficiente como para frustrar la finalidad perseguida con el trámite en marcha o desconocer la garantía del debido proceso. En caso contrario, es decir tratándose de irregularidades intrascendentes el procedimiento resultará indemne.

La jurisprudencia ha consagrado la regla que indica que el particular interesado debe denunciar el vicio en tiempo oportuno y no al final de un trámite que le ha resultado desfavorable. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene resuelto que "la firmeza de los actos procesales es una necesidad jurídica que justifica por regla la validez de los vicios que pudiera presentar, si no se impugnó oportunamente".⁶⁹

Así en materia de procedimiento disciplinario el vicio consistente en la eventual incompetencia del órgano instructor que no se hizo valer al tomar la vista del sumario y formular la defensa del imputado, se considera saneado resultado inoportuna la alegación al interponer un recurso administrativo contra el acto de exoneración.

6.2. Consecuencias

La reforma del régimen contencioso administrativo provocada por el cambio constitucional de 1994 y la sanción de un nuevo código procesal (ley 12.008 del año 1997 y sus reformas), provocó una modificación sustancial al abandonar el sistema de control judicial restringido de la conducta estatal (limitado al control de la legalidad de un acto administrativo definitivo), para adscribir a un juicio de control pleno de toda la función administrativa. De esta manera, abandonado el contencioso "revisor", cualquier incidencia del trámite que afecte en forma directa y absoluta o de manera indirecta o incidental un derecho o interés jurídicamente, conforme las prevenciones de los artículos 1, 2, 12 y 13 del Código de la materia.

Sin embargo, debemos advertir que en la jurisprudencia tradicional se ha señalado que los vicios del procedimiento en principio se hallan excluidos del conocimiento de la Justicia, por cuanto al acceder al tribunal el afectado puede denunciar y probar las irregularidades cometidas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa.⁷⁰

⁶⁸ Botassi, Carlos-Oroz, Miguel *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, 2011, págs 49.

⁶⁹ SCBA B 48.976 *Fernández Ofelia c/ Municipalidad de La Matanza s/ demanda contencioso administrativo*, 19/06/1984

⁷⁰ SCBA B 59.986 *Caselli, Juan C. c/ Provincia de Buenos Aires (Inst. Loterías y Casinos) s/ Demanda contencioso administrativa*, sent-16/02/2005

En una causa reciente la SCBA ha señalado que: “Este Tribunal a partir de la causa B. 59.986, “Caselli”, sent. del 16-II-2005, sostuvo por mayoría, que no cabe predicar la existencia de una relación de continuidad entre aquel y el proceso judicial, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo; de tal suerte, es improcedente auspiciar, sin más, la posibilidad de minimizar los vicios graves acaecidos en el ámbito del actuar de la Administración por la circunstancia de que exista luego una acción impugnativa en la esfera jurisdiccional. Empero, se aclaró que tampoco se trata de predicar que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, habrá de proyectar la nulidad absoluta de toda decisión ulterior y de manera inexorable, sino sólo frente a la inobservancia o el quebrantamiento por la Administración Pública de trámites esenciales, y siempre que el afectado demuestre un agravio concreto.”⁷¹

7. Bibliografía

- Barra R. “La situación jurídica del administrado –derecho subjetivo e interés legítimo–”. Buenos Aires: RAP N° 11, pág.7.
- Bezzi, A. M. “Las notificaciones administrativas. Análisis de sus principios a la luz de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: el caso Tarquini”. Buenos Aires: ED T. 138, pág.648.
- Bezzi, O. M. “El poder disciplinario de la Administración pública: naturaleza, procedimiento y control jurisdiccional”. La Plata: Revista del colegio de abogados de La Plata N° 43, pág.31
- Bezzi, O. H. (2003). “La teoría del acto administrativo: consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución”. Temas de Derecho Administrativo. La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. –Director-, Oroz, M. H. E. y Mammoni, G. A. -*Coordinadores-* (2010). *Procedimiento tributario bonaerense*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. – Oroz M. H. E. (2014). *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (1994). “Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación”, LL 1994-D, pág.945.
- Cabral, P. O. (2010). “El procedimiento administrativo previo como una vía idónea a la acción de amparo bonaerense”, Buenos Aires: Revista Abeledo Perrot (2010 N° 6, Colección 76 –R- p. 675).
- Cabral, P. O. y Schreginger, M. J. (2009). *El régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Canosa, A. (2005). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Buenos Aires: RAP.
- Canosa, A. (1996). *Los recursos administrativos*. Buenos Aires: Edit. Abaco.
- Canosa, A. (1998). “Los recursos”, *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
- Cassagne, J. C. (1974). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (1990). “Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento y proceso administrativo”, LL 1990-C, pág.967.
- Cassagne, J. C. (2003) “A treinta años de la sanción de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, LL 2003-A, pág.944.
- Cassagne, J. C. “La revocación del acto administrativo por falta de causa”, ED-38, p.291.
- Comadira, J. R. (2006). *El acto administrativo en la ley de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: La Ley.
- Coviello, P. (1966) “La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de legalidad”, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, enero-diciembre de 1966, p.109.
- Dromi, R. (1995). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Escola H. (1981). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- D’Argenio I. (1974). “Revocabilidad de los actos administrativos”, JA, doctrina, 1974, p.319.
- D’Argenio I. “El mérito del acto como elemento de legalidad”, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, año 6, 1994, n° 15/16 p.127.
- De Estrada J. R. (1976) “La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular”, LL 1976-D, p.820.
- Fiorini B. “Teoría jurídica del acto administrativo”, Abeledo Perrot, 1969.
- Fiorini B. “La potestad anulatoria de la Administración Pública”, LL 140, p.462.
- Fiorini B. y Mata I. *Licitación pública*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

⁷¹ SCBA B 64.585 *Servidio, Rodolfo Luis c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa*, sent. 11/11/2015

- Gambier, B. (1992). "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo", JA 1992-III, pág.673.
- García Ghigliani E. y Giuliano J. "El control. Breve reseña histórica y conceptos generales", Función Pública N° 123/124, pág.47.
- Halperín D. A. y Bogut Salcedo J. E. "Procedimiento Administrativo: ámbito de aplicación" (Dec. Ley 19.549/72) en "Legislación usual comentada. Derecho Administrativo", Cicero, Nidia Karina (Directora), La Ley, 2015, t. I, p. 3.
- Gordillo, A. (2013). "Tratado de Derecho Administrativo". Buenos Aires: FDA.
- Grau, A. "La razonabilidad en el procedimiento administrativo" La Ley 131 – 1555.
- Grecco, C. (1990). "Vías de hecho administrativas", LL 1990-C, p.1203.
- Gutierrez, R. H. (1993). *Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires Comentado*. Buenos Aires: Depalma.
- Hutchinson, T. (1987). "Las notificaciones administrativas en el orden nacional", La Ley 1987-E-1062.
- Hutchinson, T. (1995). *Régimen de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: Astrea.
- Hutchinson, T. (1995). *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Astrea.
- Hutchinson, T. (2006). *Ley Nacional de procedimiento administrativo. Comentada, anotada y concordada con normas provinciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Linares, J. F. "La competencia y los postulados de la permisión". Buenos Aires: Revista Argentina de Derecho Administrativo n° 2, 1971.
- Linares, J. F. (1981). "El concepto de acto administrativo y su definición". Buenos Aires: Colegio de abogados y A.A.D.A., 1981, p.5.
- Mairal H. (1989). "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia". Buenos Aires: LL, diario del 13 de junio de 1989.
- Mairal, H. (1994). Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Marienhoff, M. S. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Oroz M. H.E. (2002) "Nulidad de la notificación en el procedimiento administrativo". Buenos Aires: JA 2002-II, p.714.
- Oroz M. H.E. "El plazo de gracia en el procedimiento administrativo bonaerense y su consagración legislativa", LL 2005-C, pág.1214.
- Prieri Belmonte, D. A. (2000). "Principios del derecho administrativo en un fallo de la Suprema Corte Provincial", LL 2000-A, pág.105.
- Revidatti, G. (1981). "La prueba en el procedimiento administrativo". La Plata: Rev. Colegio Abogados La Plata y A.A.D.A., 1981, p.83
- Salomone, R. "Breve comentario sobre la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires; RAP 156-26.
- Sesín, D. (2003) "Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juridicidad", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- Soria, D. F. (1990) "Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial". Buenos Aires: LL 1990-C, p.945.
- Ugarte, J. M. (2015). "Creación del Cuerpo de Abogados del Estado" en Cicero N. K. –Directora- Legislación usual comentada. Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley.
- Tawil, G. S. (1985) "El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo". Buenos Aires: LL 1985-E, pág.962
- Tawil, G. S. (1986). "El cómputo de los plazos para recurrir y los días hábiles administrativos". Buenos Aires: LL 1986-E, pág.561.
- Tribiño, C. R. "El Fiscal de Estado". Buenos Aires: ED-110, pág.858.

CAPÍTULO 6

Procedimiento Administrativo

Irina Leal, Jonatan Vargas y Enrique Kinter.

1. Los Plazos en el Procedimiento Administrativo

En una primera aproximación a una noción conceptual, de acuerdo con Cassagne¹, el plazo es “El lapso en el cual deben cumplimentarse las distintas etapas o fases del procedimiento, mientras que para Escola², es “el espacio de tiempo concedido para que se cumpla algún acto de procedimiento...”.

1.1. Cómputo

Los plazos se cuentan por días hábiles administrativos, la única excepción dispuesta es que exista alguna disposición legal que sostenga lo contrario o la habilitación de días, en los cuales se autorizara la diligencia fuera del horario de labor de la oficina correspondiente.

El cómputo se efectúa a partir del día siguiente de la notificación al interesado. Por eso es tan importante que la comunicación sea fehaciente.

1.1.a) Fecha de presentación

Una vez presentado un escrito, la autoridad administrativa deberá dejar constancia de la fecha de su presentación. En consecuencia, pondrá al escrito y la copia que quedará en poder del interesado, el correspondiente cargo o sello fechador, en el que no sólo se consignará la fecha, sino también la hora de su presentación. Este último constituye un requisito imprescindible a los efectos de la utilización del plazo de gracia.

La normativa prevé que, en caso de duda o cuando no surja con claridad la fecha, se tomará la que se encuentra inserta en el escrito. En el supuesto de que el administrado no la hubiera agregado, se debe considerar presentado en término. Estimamos que es la solución que más se ajusta al principio de informalismo a favor del administrado que rige en el procedimiento administrativo.

1.1.b) Escritos enviados por correo

El artículo 70 del decreto ley 7647/70 debe vincularse con las previsiones del artículo 34. De ambos surgen las pautas a tener en cuenta a los efectos del cómputo del plazo.

Por un lado, la fecha de emisión del escrito, se aplicará para la contestación de vistas o traslados; interposición de recursos administrativos; cualquier otra presentación que esté sujeta a plazo legal o que haya fijado la autoridad administrativa.

Debemos agregar, tal como se desprende del artículo 70 in fine, para las presentaciones realizadas por telegramas y cartas documentos, se aplicará igual solución.

En cambio, se tomará como fecha de efectiva recepción, la carta o sobre recibido en la oficina en la cual se encuentra el expediente, o bien en la mesa de entradas y respecto a los actos no incluidos en el artículo 34.

¹ Cassagne, Juan Carlos “Los plazos en el procedimiento administrativo”, E.D., 83-897.

² Escola Héctor Jorge, “Tratado General de procedimiento administrativo”, Depalma, 1981, p.208.

2. Plazos Perentorios y no Perentorios

Plazos perentorios son aquellos que por el transcurso del tiempo se produce la pérdida del derecho, en el mismo sentido le cabe o se los menciona como plazos preclusivos o fatales.

En el procedimiento administrativo se sostiene que los plazos no son perentorios, puesto que la presentación tardía del interesado no hace decaer el derecho a su presentación posterior, pero no se podrán retrotraer las etapas del trámite. Esto es así porque, si bien rige una morigeración a favor del interesado, éste debe atenerse a las etapas del trámite, teniendo en cuenta que el procedimiento no es desordenado.

La parte final del artículo 72 indica que existe la preclusión de las distintas etapas del procedimiento, a eso se refiere la norma cuando expresa "sin retrotraer sus etapas", se clausura o cierra cada etapa del trámite.

Debemos remarcar que el único plazo perentorio fijado en el procedimiento administrativo es el previsto para la interposición de los recursos administrativos, los que una vez vencidos, el acto queda firme.

3. Prórroga

El decreto ley se pronuncia a favor de la prorrogabilidad de los plazos. Es así que el interesado podrá solicitar la prórroga de un plazo, antes de su vencimiento y la administración está facultada para otorgarla. En este sentido, Gordillo³ considera "ha de considerarse limitada la facultad de negar la prórroga solicitada por el particular", puesto que la administración puede disponer la prórroga antes del vencimiento como después de operado. En igual sentido se pronuncia Cassagne⁴, quien afirma "nada se opone a que esa ampliación se conceda inclusive en los casos en que los respectivos términos se encuentren vencidos, supuesto no prohibido por el ordenamiento jurídico administrativo ni tampoco contemplado en la norma".

Insistimos que la facultad de conceder o negar la prórroga, es exclusiva de la autoridad administrativa, pero siempre pensando en el bienestar del interesado.

4. Obligatoriedad

El decreto ley 7647, determina que los plazos obligan por igual a la administración y a los administrados, sin embargo, en la práctica es de muy difícil cumplimiento, téngase presente los previstos en el artículo 77, jamás se cumplen. Por el contrario, si un particular no interpone un recurso en el plazo previsto, perderá el derecho material o de fondo.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del cumplimiento de los plazos⁵. El Tribunal Supremo sostuvo que "El transcurso de casi veinte años en la sustanciación del sumario, resulta evidentemente contrario al principio de celeridad, economía y eficacia que rige la actividad administrativa y podría implicar una mengua en la garantía del juicio sin dilaciones indebidas fuera ya por la duración del retraso, las razones de la demora y atendiendo tanto al perjuicio concreto que a ellos les hubiere podido irrogar esa prolongación, como a la posibilidad de que ésta pudiera ser reparado.

Que, por lo tanto, cabe concluir que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". De esta forma, se hace lugar al recurso extraordinario planteada por la actora.

5. Plazo de gracia

El plazo de gracia está consagrado en el artículo 69 in fine del decreto ley 7647/70. Prevé la presentación de un escrito el día posterior al vencimiento dentro de las cuatro primeras horas de atención de la repartición.

³ Gordillo Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas", T 4°, "El procedimiento administrativo", 10° edición, Buenos Aires, FDA, 2010, p.10.

⁴ Cassagne Juan Carlos, "Los plazos en el procedimiento administrativo", ED-83, p. 897.

⁵ SCJN, "Locicer Jorge Alberto c/ BCRA, sent. 26/6/2012.

La admisión del plazo de gracia no fue pacífica en el ámbito del procedimiento provincial y nacional. Figura admitida en el proceso desde sus comienzos, sin embargo, a nivel procedimental fue retaceada por una jurisprudencia restrictiva que con argumentos poco convincentes dejaron sin amparo a los particulares durante muchos años.

En una primera etapa, en las causas B-47412, "Electro Mecánica Argentina S.A", sent. 9-XI-76; B-49359, "Calviño", res. 22-XI-83; B-52853, "Victorel", sent. 4-IV-99; B-45735 "Celulosa Argentina", entre otras, la Suprema Corte sostuvo la inaplicabilidad del plazo de gracia en el ámbito procedimental. Las razones esgrimidas y que fueron aplicadas sistemáticamente en causas posteriores, fueron básicamente sostener la imposibilidad de aplicar por analogía el artículo 124 del Código Procesal Civil y Comercial. En argumentos un tanto confusos, el Alto Tribunal sostuvo "Este tratamiento ya se ha expedido acerca de la inaplicabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo del denominado plazo de gracia previsto en el Código Procesal Civil y Comercial (art. 124). Ello en la inteligencia de que, los trámites administrativos llevan ínsita la condición de que la actividad de que se trate deberá ejercerse indefectiblemente dentro del horario de la Administración, en el día del vencimiento, y el virtual alongamiento del término que consagra el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial constituye un procedimiento que no puede trasladarse a la esfera administrativa sin mengua del buen orden que debe presidir su actividad".

En la causa Pilomeno de Questa⁶, que se trataba de la cesantía en un sumario administrativo de la actora como agente municipal, se destaca el voto del Dr. Negri, que mantuvo su postura anterior en minoría y que en esta causa constituye mayoría. Reconoce la aplicación del plazo de gracia, en el entendimiento de que apunta a un análisis planteado bajo distintos ejes. Por un lado, desde la perspectiva del artículo 27 del Código Civil (actualmente 6°), en el cual los plazos terminan en la medianoche del último día, es decir, del vencimiento, y teniendo en cuenta que la administración tiene un horario limitado de atención, resulta atendible la extensión del plazo en forma consecuente con la garantía de defensa.

Desde el punto de vista procesal, sostiene la aplicación analógica del artículo 124 del citado código y advierte que su reconocimiento no altera el buen orden que debe presidir en la administración cuando la tramitación del mismo puede realizarse en las primeras dos horas del día siguiente.

Un rasgo distintivo que se da en el procedimiento administrativo, es el reconocimiento de los principios que lo rigen, formalismo moderado, debido proceso, verdad material, los cuales guardan armonía con el instituto del plazo de gracia y refuerzan los argumentos para hacer lugar a éste.

Teniendo en cuenta las características de los plazos, es decir, son prorrogables, no perentorios, excepto para la interposición de los recursos administrativos previstos, se infiere que no se puede interpretar en forma rigurosa que termine desnaturalizando el procedimiento. De modo que, rechazar abiertamente la extensión del plazo al día posterior a su vencimiento tiene como consecuencia la pérdida del derecho material al quedar firme el acto cuestionado.

Asimismo sostiene que la aplicación por analogía del art.124 del CPCC resulta de la semejanza que existe respecto a los plazos del proceso judicial y los recursivos, puesto que ambos son perentorios, solución que, por otra parte es la más adecuada teniendo en cuenta las reglas, principios y finalidades del procedimiento.

Con los votos de Negri; Hitters; Ghione; Pettigiani y de Lazzari se hace lugar al plazo de gracia, pero no a la segunda cuestión, es decir, el planteo de fondo.

En la causa Lardani⁷, inexplicablemente se vuelve a la postura anterior a Pilomeno, El voto que desarticula el pronunciamiento está a cargo del ministro Guione, que esta vez ante una incongruencia asombrosa, logra apontocarse con el voto del Dr. Laborde quien reitera los argumentos vertidos en Celulosa Argentina y Electro Mecánica, constituyendo la mayoría. En igual sentido, se vota en la causa Maidana⁸.

Posteriormente el fallo Chipolini⁹, la Suprema Corte de Justicia con una integración renovada de sus miembros, finalmente hace lugar al plazo de gracia, adhiriendo todos al voto de Negri, cuya solidez ya la hubiera puesto en el primero de los fallos comentados.

El largo recorrido hasta el reconocimiento de esta figura pudo haber sido diferente si la justicia hubiera aplicado mucho antes por analogía las normas del Código Procesal Civil y Comercial a través de su artículo 124. En esa etapa intermedia, se retaceó la posibilidad de acceder a la justicia, violando sistemáticamente la garantía de defensa de los interesados.

Los reiterados argumentos de la postura restrictiva al libre acceso a la justicia, exponiendo las diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso, significó no solo el desconocimiento de los

⁶ SCBA B-50082, "Pilomeno de Questa Marta Susana c/ Municipalidad de Morón. DCA", sent.25/10/1999.

⁷ SCBA B-57515, "Lardani Haydeé María c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). DCA, sent. 10/5/2000.

⁸ SCBA B-58634, "Maidana Dina Yolanda c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. DCA", sent. 12/9/2001.

⁹ SCBA B-57987, "Chipolini Susana Alcira y otra c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). DCA", sent. 14/4/2004.

principios que amparan al administrado y nutren al procedimiento administrativo, sino también una visión sesgada del mismo, porque resulta a todas luces inentendible en qué afectaba el buen orden que debía presidir la actividad administrativa el reconocimiento del plazo de gracia, cuando lo que estaba en juego era el acceso a la instancia judicial, quedando, entonces el administrado vedado su acceso al mismo.

Por otra parte, en Nación el reconocimiento en forma pretoriana del plazo de gracia se dio a través del fallo Fundación Universidad de Belgrano¹⁰, por aplicación en forma supletoria del artículo 124 del CPCCN.

En el año 2004 se sanciona la ley 13262¹¹, se modifica el artículo 69 del decreto ley 7647/70, incorporando en su párrafo final el plazo de gracia, quedando de la siguiente forma: "...El escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciere el plazo, podrá ser entregado el día hábil inmediato y dentro de las dos horas del horario de atención".

Posteriormente la ley 13708¹², lo eleva a cuatro horas.

6. Incumplimiento de los Plazos por la Administración y Denegatoria Tácita

Ante el incumplimiento de los plazos por parte de la administración, el administrado puede utilizar la vía del silencio administrativo o el amparo por mora.

El silencio administrativo, cuya naturaleza jurídica puede considerarse como una ficción legal¹³ "en beneficio del interesado y en virtud de la cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquel cuando la administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos en la ley"; presunción legal establecida a favor del administrado a los efectos de poder acceder a la instancia judicial; o un hecho, es decir, ausencia de actividad volitiva, al que la ley le otorga efectos jurídicos. Lo cierto es que, jamás debe ser considerado como acto presunto¹⁴, es decir, porque para esta postura se le aplican efectos procesales como si el acto se hubiera dictado, v.gr. plazo de caducidad, entonces los efectos pueden ser devastadores para el interesado.

Así las cosas, el particular puede acudir a la instancia judicial a través de una resolución expresa o por una presunción de resolución denegatoria. Ante la falta de decisión por parte de la autoridad administrativa, la característica del silencio administrativo es darle efectos de resolución denegatoria

Si bien el artículo 79 introduce la figura del silencio administrativo, debe ser adecuada en cuanto a su operatividad a las previsiones del artículo 16 del CPCA.

Ante el incumplimiento de los plazos del artículo 77 inciso g) por parte de la administración, el interesado deberá presentar pronto despacho, es decir, un escrito en el cual denuncia el incumplimiento de los plazos y solicita el pronunciamiento de la autoridad administrativa. Dicho escrito deberá presentarlo con copia, que deberá contener la fecha de su presentación, requisito imprescindible para poder acreditar el- computo del plazo de treinta días hábiles administrativos los que a su finalización provocara la presunción de denegatoria. Se presenta a opción del interesado ante la repartición en la cual se encuentren radicadas las actuaciones; ante el órgano responsable del procedimiento o ante la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final, es decir, el órgano cuyo acto agota la vía administrativa.

Cabe remarcar las etapas a los efectos de considerar la presunción denegatoria; a) incumplimiento de los plazos por parte de la administración, excepto cuando se encuentran pendientes de producción dictamen de Asesoría General de Gobierno, o vista del Fiscal de Estado, o prueba pendiente de producción; b) presentación del escrito de pronto despacho por parte del particular denunciando dicho incumplimiento; c) transcurso del plazo de treinta días hábiles administrativos, contados a partir del día siguiente a la presentación de dicho escrito; d) la consecuencia es otorgarle efectos de presunción de resolución denegatoria, para que el interesado pueda acceder a la justicia.

La otra vía prevista es el amparo por mora, figura diferente a la anterior, en la cual, el juez es quien ordena a la administración remisa para que se expida en el tiempo prudencial que le fije, de acuerdo a las previsiones del artículo 76 del CPCA.

¹⁰ CSJN "Fundación Universidad de Belgrano", sent. 5/X/1978.

¹¹ Sancionada con fecha 28/10/04 y publicada en el B. O. con fecha 10/12/04.

¹² Publicada en el B.O. con fecha 7/8/07.

¹³ González Pérez Jesús, "Ley 30/1992, 26 de noviembre", Civitas, Madrid, 1998, p.561.

¹⁴ Son partidarios de la postura de considerar al silencio como acto presunto: Entrena Cuesta Rafael, "Curso de derecho administrativo", Madrid, p.548; y Serrano Guirado Enrique, "El recurso contencioso administrativo y el requisito den que la resolución cause estado", Revista de Administración Pública", n° 8, p.167.

7. Avocación por Mora

Ante el incumplimiento del plazo para resolver un recurso de revocatoria por parte de la autoridad correspondiente, la ley prevé un mecanismo a favor del administrado que consiste en dirigirse directamente ante la autoridad superior con la finalidad que se avoque al conocimiento y decisión de dicho recurso. Es decir, el interesado le solicita al superior jerárquico que decida el recurso de revocatoria que la autoridad inferior a él estaba obligada a hacerlo.

En Nación está prevista la Queja por defectos de tramitación que puede consistir en el incumplimiento legal o en la omisión de realizar trámites conducentes a la decisión y también el incumplimiento de plazos ajenos al trámite de recursos.

8. Notificaciones

Según Hutchinson¹⁵ la notificación “es el acto por virtud del cual se informa o pone en conocimiento de una o varias personas un acto o hecho determinado”.

Para Entrena Cuesta¹⁶, la notificación “es un nuevo acto y su función es doble; de una parte, constituye una condición jurídica para la eficacia de los actos administrativos no normativos que afecten directamente a los administrados. De otra actúa como presupuesto para que transcurran los plazos de impugnación del acto”.

De acuerdo a su acepción etimológica proviene del latín *notum facere*, cuya significación se traduce en dar a conocer algo, esto es, comunicar una declaración de voluntad.

8.1. Caracteres

La notificación de los actos administrativos constituye un capítulo muy importante en el procedimiento administrativo configurando un verdadero derecho de los administrados y a la vez una garantía frente a la administración pública en aras de la seguridad jurídica.

La notificación de un acto de carácter individual es independiente del acto que se notifica y es en este sentido que la misma hace referencia a la eficacia y no a la validez de dicha decisión. En consecuencia, no estamos de acuerdo con la doctrina que considera a la notificación como integrante del elemento forma del acto administrativo (Soto Kloss, Cassagne, Revidatti, entre otros), por ello, optamos por la postura que sostiene que la notificación tiene vida propia, independientemente del acto que notifica y, en consecuencia, vinculada a la eficacia (Marienhoff, García de Enterría, Botassi, Hutchinson).

Debemos enfatizar que el acto administrativo de alcance particular para que adquiera eficacia debe ser notificado al interesado, mientras que el acto de alcance general debe ser publicado.

Desde otro mirador, y como corolario de lo expuesto, advertimos que todas las decisiones de la autoridad administrativa contempladas en el artículo 64 (único supuesto que ostenta obligatoriedad), deben ser puestas en conocimiento de los particulares como condición de su eficacia- Por ejemplo, un acto administrativo final puede ser válido pero si no es notificado al interesado, carecerá de eficacia¹⁷.

Por otra parte, la debida notificación de un acto se encuentra íntimamente vinculada con el cómputo de los plazos para recurrir o acceder a la instancia judicial. De ahí la importancia que adquiere la correcta notificación.

Una cuestión interesante se ha plasmado respecto a la notificación en día inhábil y sus efectos en cuanto al cómputo de los plazos. Por ejemplo, dado que el Correo opera los días sábados y en el supuesto que el interesado sea notificado de un acto ese día, nos enrolamos en la postura¹⁸ que estima que la notificación debe considerarse operada el día lunes inmediato y el cómputo deberá comenzar desde el día siguiente, es decir, el martes. Es la solución más adecuada y beneficiosa que puede adoptarse en interés de su defensa.

¹⁵ Hutchinson Tomás, “Las notificaciones administrativas en el orden nacional”, LL 1987-E, p. 1062, en coincidencia con Serrano Guirado, Revista de la Administración Pública española N°1, 1950, p.5.

¹⁶ Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, 8° ed., Madrid, Temos, 1984, p.224.

¹⁷ De igual forma lo determina la ley de procedimiento administrativo N° 30/1992 de España, Cap.III.

¹⁸ Hutchinson Tomás, “Comentario al caso Parodi”, LL 1986-E, p.561.

8.2. Contenido

La notificación deberá contener la motivación del acto; la parte resolutive; la carátula y número de expediente.

De acuerdo con la motivación del acto, debemos correlacionarlo con lo dispuesto en el artículo 108 del decreto ley 7647/70, puesto que la administración no está obligada a fundamentar todos los actos administrativos, sino sólo los actos finales, es decir, los que resuelven la cuestión de fondo. Este elemento del acto está conformado por los fundamentos, la exposición de las razones que determinaron a la administración a dictar el acto, es decir, la exteriorización de la causa.

A tal efecto la Suprema Corte de Justicia ha formulado la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial que admite la fundamentación integrativa¹⁹, por la cual para reputarse satisfecho el requisito de la adecuada motivación se requiere que se encuentren reunidos los siguientes recaudos, a saber: 1) que el acto resolutorio transcriba el texto íntegro o, en su defecto, haga mérito en forma clara de los dictámenes o informes en que se funda; 2) tales actos preparatorios deben, a su vez, reunir los requisitos de legalidad aplicables y, en particular, los inherentes a la motivación suficiente exigible al acto resolutorio pues, de lo contrario, la decisión no satisfaría la exigencia del art. 108 de la Ord. Gral. 267/80; 3) si la resolución se remite a varios actos preparatorios sin detenerse a ponderar lo que cada uno de ellos aconseja, propicia o recomienda, entonces, para reputarla congruentemente motivada, la solución propiciada y los fundamentos esenciales de todos ellos deben ser concordantes; 4) el interesado debió haber tenido acceso o ser notificado de los dictámenes o informes a los cuales se remite o habrá de remitirse el acto administrativo resolutorio, previa o juntamente con éste (art. 62 ord. gral 267/80). Sólo el cumplimiento de todos estos recaudos hará efectiva la motivación prevista en el artículo 108, tanto de la normativa provincial como municipal.

La notificación, además debe contener la parte resolutive o dispositiva, la cual conforma la decisión llevada a cabo por la administración. Es, en definitiva lo que resuelve o dispone.

Por último, debe expresar la carátula y número del expediente en el cual se adoptó la decisión, este requisito coadyuva a su rápida localización.

En la actualidad y según las modalidades adoptadas por cada repartición, suele señalarse los recursos que podrá interponer el interesado, los plazos para hacerlo y si el mismo agota la vía administrativa.

9. Medios de Notificación

Se prevén diversos medios, a saber:

9.1. Notificación por Cédula

El artículo 65²⁰ establece uno de los medios más frecuentes utilizados en el procedimiento administrativo, que garantiza la efectiva recepción. Quien debe llevar a cabo esta diligencia es el empleado que tenga esa función específica en la respectiva estructura orgánica de la repartición o bien un empleado ad hoc.

Un caso paradigmático sentenciado por la Suprema Corte de Justicia²¹ dejó al descubierto las consecuencias nefastas que acarrea una notificación defectuosa producto de la distorsión de este medio de notificación. En el caso que nos ocupa, la cédula fue entregada al empleado de una cochera aledaña al domicilio constituido por el interesado. En ella se ponía en conocimiento del interesado la decisión del municipio rechazando el recurso de revocatoria y con ello, comprometía el derecho material del afectado

Desde otras antípodas, En el caso Bentolila²², el notificador, si bien especificó las características del inmueble "casa con frente de ladrillos y piedras, con rejas", dejó la cédula en un domicilio que no

¹⁹ SCBA causas B-60168 del 12/10/2005, "Ebic S.A. c/Municipalidad de Maipú"; B-57995, del 30/8/2006, "S.M.H. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires. DCA"; B-56525 del 13/2/2008, "Mathieu Américo c/Municipalidad de La Matanza. DCA".

²⁰ "Si la notificación se hiciera en el domicilio del recurrente, el empleado designado a tal efecto llevará por duplicado una cédula en que esté transcrita la resolución que deba notificarse. Una de las copias la entregará a la persona a la cual deba notificar o en su defecto, a cualquiera de la casa. En la otra copia destinada a ser agregada al expediente, se pondrá constancia del día, hora y lugar de la entrega requiriendo la firma de la persona que manifieste ser de la casa, o poniendo constancia de que se negó a firmar.

Cuando el empleado no encontrase la persona a la cual va a notificar y ninguna de las otras personas de la casa quiera recibirla, la fijará en la puerta de la misma, dejando constancia en el ejemplar destinado a ser agregado en el expediente...".

²¹ B-57245, "Venturino Eshur c/Municipalidad de General Pueyrredón. Demanda Contencioso Administrativa", sentencia 11/7/2001.

²² CCAMP, "Bentolila Anahí de las Mercedes c/Arba s/Pretensión anulatoria", sent. Del 9/12/2014.

correspondía al constituido por la apelante. Al no haber sido notificada en forma fehaciente del acto, el plazo para recurrirlo había quedado firme.

En ambos casos descriptos sucintamente la justicia falló a favor de los particulares, haciendo aplicación de la regla *in dubio pro actione*, principio rector en materia administrativa.

Por ello, sostenemos que la notificación debe ser efectuada con estricto cumplimiento legal, tomando todos los recaudos, especialmente en el supuesto del segundo párrafo del artículo 65.

9.2. Notificación en el Expediente

Este medio de notificación también es uno de los más fehacientes. Se realiza mediante la firma del interesado o apoderado al pie del acto a notificar o en un formulario impreso a tal efecto por la autoridad administrativa, debiendo consignar además el día y la hora en que se suscribe.

Al momento de la notificación se le debe entregar copia del acto administrativo producto de dicha comunicación, caso contrario podrá negarse a notificarse personalmente y solicitar a la autoridad que se lleve a cabo por otro medio.

9.3. Otros Medios de Notificación

El artículo 63 del decreto ley 7647/70 también prevé la notificación por telegrama colacionado, certificado o recomendado, del mismo modo que la carta documento, una copia queda en el Correo, la segunda se le entrega al interesado y la tercera en el expediente.

En el polémico fallo Tarquini²³, se le notificó por telegrama la revocación de su mandato como secretario administrativo del Concejo Deliberante de la Municipalidad de Bragado, sin expresar la motivación del acto administrativo. En consecuencia, éste procedió a tomar vista de las actuaciones y de la motivación del acto administrativo, interponiendo recurso a partir ésta última.

La Corte sostuvo, que el acto había quedado firme a pesar que la primera notificación se llevó a cabo sin cumplimentar los recaudos legales, argumentó que, de todos modos el actor tendría que haber recurrido el acto a partir de la primera notificación, es decir, le otorgó efectos convalidantes a una notificación defectuosa, en lugar de declararla nula. Criterio restrictivo del Alto Tribunal que desnaturaliza la función del instituto de la notificación, imponiéndole una carga que no le corresponde y haciéndole perder el derecho material.

También la normativa sostiene como válida la utilización de cualquier medio que permita tener constancia de su recepción como así también de la fecha e identidad del acto notificado (v.gr. carta documento). A su vez, se dirigirá al domicilio constituido por el interesado, en caso de no existir éste se hará efectivo en el domicilio real.

Sin embargo, no consideramos aceptable a la notificación por carta simple o certificada, puesto que sólo acredita la recepción de un sobre cerrado, pero no el contenido²⁴

Desde otro mirador, pensamos que la incorporación de la notificación a través de medios tecnológicos²⁵ debe ser realizada para todos aquellos casos en los cuales se haya denunciado domicilio tecnológico; debe ser facultativo y siempre que no se encuentre comprometido el derecho de defensa del particular. La Asesoría General de Gobierno respecto a la notificación por fax ha dictaminado que "a falta de seguridad de esa recepción se optó por establecer un mecanismo según el cual la notificación solo pueda darse por producida cuando el destinatario contesta de manera fehaciente que lo hubiera recibido" (Dictamen N° 64908 Expediente N° 2900-45773/97, entre otros)²⁶.

²³ SCBA, B-42620, "Tarquini Alfredo P. c/ Municipalidad de Bragado, sent. 1/9/1987.

²⁴ Botassi Carlos A. – Oroz Miguel H.E., "Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", 2ª edición, LEP, 2011, ps. 317, 318.

²⁵ La ley N° 1437/11 de procedimiento administrativo de Colombia implementa el uso de medios electrónicos como medio de notificación a través de mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito, o bien, permitir el uso alternativo de otros procedimientos. Además dispone que toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. Si así lo hace, las autoridades continuarán la actuación por este medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones por otro medio diferente (arts. 53 y 54). Pero en aquellos supuestos en que se deba computar un plazo, la notificación electrónica tiene carácter meramente informativo, debiendo recurrirse a los medios tradicionales para evitar violaciones al derecho de defensa.

²⁶ En el proyecto de reforma a la ley de procedimiento administrativo que tramitara por Expediente D-2987/06-07, se había adoptado la siguiente postura: la notificación se tenía por válida cuando permitiera tener constancia de la fecha de recepción y la identidad del acto notificado. En su defecto era necesario, para otorgarle validez, que la copia de la notificación fuera devuelta por el receptor con su firma y aclaración.

9.4. Notificación por Edictos

Constituye el medio para notificar a personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. Estimamos que en este último supuesto, primero se deben agotar todos los medios a los efectos de constatar su domicilio, por lo tanto, se deberá oficiar a la Junta Electoral, Policía Federal, etc., antes de decidir la utilización de la notificación por edictos, por lo que debe emplearse con criterio restrictivo.

Tratándose de personas inciertas y en el supuesto de haber recabado todas las averiguaciones indicados en el párrafo anterior se publicaran edictos en el Boletín Oficial durante cinco días consecutivos, entendemos que deben ser hábiles, puesto que este aparece de esa forma.

A partir de la última publicación se deben computar cinco días hábiles administrativos, a cuya finalización se considerará notificado en forma ficta, debiendo agregarse al expediente la constancia del órgano encargado de su publicación.

La norma también prevé la citación por la radiodifusora oficial, rigiendo los mismos plazos mencionados para el supuesto de la citación en el Boletín Oficial.

10. Actos que deben Notificarse

Según las prescripciones del artículo 64 del decreto ley 7647/70 deben notificarse los actos administrativos definitivos, es decir, los que deciden la cuestión de fondo planteada en el procedimiento. Coincidimos con Hutchinson²⁷ que también se deberían notificar “aquellos que obsten a la prosecución de los trámites”.

La norma referenciada indica que también deben notificarse los emplazamientos (intimaciones) y citaciones. En innumerables ocasiones puede contener requerimientos en los que se encuentre comprometido un derecho del afectado, por lo que, resulta importante su cabal conocimiento. En el supuesto que no se indique un plazo determinado por la autoridad administrativa, se aplicará lo dispuesto por el artículo 76²⁸, esto es, de diez días.

Es importante que el interesado tome conocimiento de un trámite relevante como la apertura a prueba (artículo 55), a efectos que pueda intervenir en las diligencias.

También resulta necesario notificar las providencias que confieran vistas y traslados, un ejemplo de ello lo constituye el supuesto contemplado en el artículo 56²⁹ del decreto ley.

Tratándose de alguna cuestión planteada por el interesado, la respuesta por parte de la administración se debe dar a conocimiento para su consecuente participación, ya sea que la decisión sea afirmativa o negativa.

11. Nulidad de la Notificación

Como pusimos de manifiesto, la notificación configura un requisito de eficacia de los actos administrativos, si se efectúa en forma deficiente por ejemplo, falta de motivación de un acto final (v.gr. fallo Tarquini), o en el supuesto de que se realice en un domicilio diferente al denunciado, o a la persona incorrecta (v.gr. fallo Venturino), tendrá como efecto la nulidad de esa notificación y deberá efectuarse nuevamente. Jamás se puede convalidar una notificación que ha sido defectuosa.

Por otra parte, si se comprueba fehacientemente que la notificación se efectuó al margen de las disposiciones legales será responsable el agente notificador en el caso que haya obrado con negligencia en el diligenciamiento, por ejemplo cuando la entrega en un domicilio incorrecto, sin cerciorarse si el interesado vive allí. También puede ser responsable el empleado encargado de confeccionar la notificación, cuando agrega un domicilio inexistente surgiendo del expediente el domicilio constituido del interesado. Ambos supuestos constituyen una práctica bastante frecuente en el procedimiento administrativo.

La responsabilidad que le cabe al agente notificador o a quien actúe en desmedro del interesado y que tenga como consecuencia la nulidad de la notificación deberá abordarse desde el tópico de una responsabilidad administrativa, civil y penal, por los daños causados al interesado o a la Provincia.

²⁷ Hutchinson Tomás “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, Astrea, 1995, p.226.

²⁸ Artículo 76 del decreto ley 7647/70 “Cuando no se haya establecido un plazo especial para las citaciones, intimaciones y emplazamientos, éste será de diez días”.

²⁹ Artículo 56 “Producida la prueba, se dará vista por el plazo de diez días al interesado, para que alegue sobre el mérito de la misma. Vencido el plazo sin que el interesado haya hecho uso de su derecho, podrá dársele por decaído prosiguiéndose el trámite”.

12. Prueba

En principio debemos afirmar que la prueba constituye un derecho de raigambre constitucional, formando parte de la garantía constitucional de defensa. Es un “derecho subjetivo del ciudadano y un derecho y deber del Estado o ente público estatal en el procedimiento”³⁰.

En principio debemos afirmar que la prueba constituye un derecho de raigambre constitucional, formando parte de la garantía constitucional de defensa. Es un “derecho subjetivo del ciudadano y un derecho y deber del Estado o ente público estatal en el procedimiento”³¹.

Como vimos anteriormente al estudiar los principios que rigen la materia en estudio, el procedimiento administrativo esta enderezado a la obtención de la verdad real o material; en este punto la Administración deberá obtener las pruebas sobre los hechos que estima necesarios para decidir, prescindiendo de que dichos hechos hayan sido, o no, alegados por los particulares, concretándose de esta manera la “cooperación de la administración hacia el administrado”³².

La carga de la Prueba: En el procedimiento administrativo la carga de la prueba sobre los hechos afirmados³³ recae sobre la Administración pública, debido al carácter instructorio del procedimiento administrativo. Esto no significa que la administración este obligada siempre y en todos los casos, pues existen supuestos en que la ley prevé expresamente en cabeza del particular la carga probatoria o bien cuando la prueba o su producción estén íntimamente ligadas con la actividad del propio particular.

Otra cuestión a analizar es la injerencia de la presunción de legitimidad de los actos administrativos en materia probatoria, toda vez que esta presunción le permite a la Administración actuar en forma directa sin intervención judicial, sin embargo esta característica de los actos administrativos no invierte la carga probatoria pues como afirma Gordillo si bien la presunción de legitimidad “faculta a la administración en ciertos casos para actuar directamente en ejecución de su acto, como si fuera ejecutivo, sin una previa intervención judicial, pero no faculta a prescindir de pruebas que sustenten esa acción”, sin embargo la SCBA ha establecido que si bien es cierto que el procedimiento administrativo no exige los mismos recaudos formales que un proceso judicial, frente a la presunción de legitimidad de todo acto administrativo, resulta razonable exigir -a quien lo cuestiona- que pruebe la verdad de sus afirmaciones³⁴.

13. Medios de prueba

Son modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos³⁵.

En el Procedimiento Administrativo rige el principio de libertad probatoria, por ello debe admitirse cualquier tipo de prueba, siempre y cuando no afecten a la moral o a la libertad personal del administrado o un tercero. El Decreto Ley 7647/70 no menciona los medios de prueba, simplemente se limita a mencionar en su artículo 55 que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba”, por lo tanto, debemos remitirnos a los artículos 385 del CPCC y siguientes que a continuación se hará mención de los más trascendentes.

*Prueba Documental*³⁶: Un documento es todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza³⁷. El criterio que debe tomar la administración en la recepción de pruebas debe ser el de mayor amplitud posible³⁸, la que debe traducirse tanto como libertad de elección de objetos como de medios probatorios.

El cuanto al momento en que debe ser presentada la prueba documental, el artículo 33 inciso e) nos dice que esta debe ser efectuada en la primera presentación que haga el particular. Una vez presentada la

³⁰ Mirta G. Sotelo de Andreau, La Prueba en el Procedimiento Administrativo. XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. RAP.

³¹ Mirta G. Sotelo de Andreau, La Prueba en el Procedimiento Administrativo. XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. RAP.

³² Schmidt-Assmann, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, INAP, Marcial

³³ Algunos autores señalan que la carga probatoria que recae sobre la Administración cede en los casos que la ley prevé expresamente en cabeza del particular dicha carga, o bien cuando la prueba está íntimamente relacionada con el particular.

³⁴ LopezFermelin, J vs. Club de Veleros San Isidro s. Denuncia. Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires 06-08-1992.

³⁵ Palacio, Lino E. Derecho Procesal Civil.

³⁶ La PTN señala que dentro del concepto de prueba documental están reconocidos todos los medios reproductores de palabras o imágenes. Dict. N° 424/05, 22 de diciembre de 2005. Expte. N° 141277/04. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (Dictámenes 255:639).

³⁷ Palacio, Lino E. Derecho Procesal Civil.

³⁸ El decreto reglamentario de la LNPA en su artículo 27 permite la presentación de fotocopias previo cotejo con el original y certificación por parte de la autoridad administrativa. En cambio el DLPABA en su artículo 36 solo admite la posibilidad de presentar originales o bien testimonios expedidos por oficial público u autoridad competente.

prueba por el administrado, la autoridad a cargo del trámite deberá emitir una constancia de recepción de la misma y entregársela al particular³⁹.

De todas formas, como señala Botassi “el principio de informalismo autoriza que la parte incorpore documentos luego de su primera presentación (o señale su concreta ubicación), si la marcha del trámite así lo permite y siempre que ello no lo obstaculice o complique en demasía. Se trata de un caso concreto de la relatividad existente en materia de plazos para el ofrecimiento y producción de prueba”.

Prueba de Informes: Es un medio de aportar al procedimiento aquellos datos que brindan a la Administración elementos tendientes a motivar las decisiones definitivas que esta tome, los cuales se encuentran en poder de otros órganos, de las partes, o de terceros.

El pedido de informes a oficinas públicas se solicita con el objeto de pretender la remisión de elementos útiles y necesarios para la resolución del procedimiento, o bien requerir la intervención de un órgano especializado a los efectos de que emita su opinión sobre la cuestión a resolver. Esta opinión se realiza a través de la emisión de un dictamen.

Este dictamen es una declaración interna de juicio u opinión no vinculante⁴⁰, obtenida mediante el análisis exhaustivo y profundo de una situación determinada.

El organismo que solicite informes de otra repartición deberá requerirlo mediante oficio, y esta se encuentra obligada a proporcionar los datos requeridos en el plazo de 5 días, salvo que se trate de un informe técnico en cuyo caso el plazo es de 10 días hasta un máximo de 30⁴¹.

Respecto del pedido de informes a particulares el DLPABA no impone ninguna obligación a los terceros de responder, para el caso que no lo hagan, se prescindirá de la prueba en cuestión.

Prueba de confesión: Es definida por Palacio como “la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorables a ella y favorables para la otra parte”.

La confesión puede provenir tanto de un particular como de un órgano de la Administración, siempre y cuando este último tenga competencia respecto del hecho o acto confesado.

Prueba Testimonial: Esta resulta ser aquella prueba que incorpora al expediente percepciones o deducciones del pasado de personas físicas distintas del particular interesado.

El DLPABA no hace una referencia específica a este medio probatorio, por lo tanto debemos remitirnos al CPCC.

En primer lugar se excluyen los testigos menores de 14 años⁴², la notificación a comparecer se deberá realizar en forma fehaciente y antes de proceder a la declaración de la misma los testigos deberán prestar juramento de decir verdad.

Los empleados administrativos en principio no se encuentran obligados a brindar testimonio, excepto cuando se trate de sumarios administrativos y de informaciones sumarias⁴³, sin embargo si el superior jerárquico con jurisdicción y competencia le impone el deber de declarar al agente, este deberá proceder a la declaración bajo apercibimiento de ser objeto de una sanción disciplinaria conforme lo establece la ley 10.430.

Con respecto a la citación de funcionarios públicos a prestar declaración testimonial la Corte Suprema ha dictado la acordada 20/67, mediante la cual enumera un gran número de funcionarios nacionales y provinciales que se encuentran exentos de tal obligación en atención al servicio que desempeñan, por ejemplo presidente, vicepresidente, gobernador, etc.

³⁹ Artículo 39 DLPABA.

⁴⁰ Salvo que una norma determine lo contrario

⁴¹ Artículo 77 inciso e) DLPABA.

⁴² Contados a partir del momento en que se presta declaración.

⁴³ Obligación prevista en el art. 78 inciso p) de la ley 10.430

14. Apreciación

Como señala Botassi la apreciación de la prueba implica establecer su influencia respecto de la decisión a adoptar en punto a tener (o no) por acreditados los hechos en cuestión.

El artículo 58 de DLPABA establece que las pruebas se apreciarán con “razonable criterio de libre convicción”, aquí, el legislador al exigir que el criterio de la Administración al valorar la prueba sea “razonable” excluye la posibilidad que esta actúe en forma arbitraria y le exige mayores recaudos a la hora de evaluarla, toda vez que el órgano decisor posee una gran amplitud de criterio para valorar las pruebas rendidas.

El criterio de libre convicción se define como “aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por las partes”⁴⁴.

Finalmente debemos mencionar que el Funcionario encargado de determinar la valoración de las pruebas, deberá estar, en caso de duda, siempre a favor del administrado⁴⁵.

15. Alegatos

El alegato es la actividad del particular tendiente a ordenar, modelar y conducir los elementos de prueba obrantes en el expediente con el fin de persuadir a la Administración que dichos elementos le brindan sustento fáctico a lo peticionado.

Una vez producida la prueba, la administración se encuentra obligada a notificar fehacientemente al particular, para que en el plazo de diez días, pueda tomar vista de las actuaciones a fin de que alegue sobre el mérito de la prueba producida.

En el ámbito nacional el DL 1759/70 en su artículo 60 admite específicamente la posibilidad de retirar en préstamo las actuaciones. A diferencia de la Pcia de Bs As en donde como afirma Botassi el artículo 56 del DLPABA no hace mención a la posibilidad de que el interesado pueda tomar en préstamo el expediente administrativo, por lo tanto nada obsta a su préstamo⁴⁶.

La presentación del alegato es una facultad que puede o no utilizar el administrado, en el caso que se decida por esta última opción, se le tendrá por decaído el derecho. Sobre el particular Cassagne⁴⁷ opina que dicha norma debe reputarse como no escrita en atención a la primacía del informalismo en el procedimiento administrativo, dado que es una exigencia que puede ser cumplida posteriormente, como por ejemplo al momento de ampliar la fundamentación de los recursos.

16. Formas Normales y Anormales de Terminación del Procedimiento

La finalización del procedimiento administrativo puede tener lugar de diferentes maneras⁴⁸.

En este sentido es posible distinguir la conclusión normal, o puede darse su terminación anormal.

La terminación normal tiene lugar cuando se dicta el acto administrativo que decide la cuestión de fondo que causa estado.

Puede suceder que la autoridad administrativa no se expida, entonces existirá una presunción denegatoria o silencio de la administración que para González Pérez⁴⁹ es “una presunción que ha sido

⁴⁴ Couture Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma.

⁴⁵ Tal como afirma González Pires “si la Administración no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados y no se hubiese practicado prueba convincente para demostrar la inexactitud de aquellos, deberá soportar los efectos desfavorables de la falta de la actividad probatoria” – González Pérez Manual de Procedimiento Administrativo 2º Edición Editorial Civitas. 2001. Sin embargo la PTN ha entendido al momento de otorgar el beneficio previsto en la Ley 26.564 que “si bien en el procedimiento administrativo rige el principio de verdad objetiva o material, según el cual éste debe desenvolverse en la búsqueda de la realidad tal cual es y de sus circunstancias, independientemente de cómo hayan sido alegadas, y eventualmente probadas, por las partes, lo cierto es que el peticionario no ha aportado elementos suficientes que permitan tener por acreditados los hechos alegados. En este sentido, aun cuando el contexto histórico de la época impone una valoración de la prueba con un criterio de mayor flexibilidad sin recurrir a exigencias probatorias propias de situaciones normales y ordinarias de un Estado de Derecho, resulta improcedente el reconocimiento del beneficio cuando no se cuenta con elementos probatorios mínimos que autoricen a tener por acreditados los hechos invocados”. Dictamen N° 13/15, 16 de enero de 2015. Expte. N.º S04:0024377/13. Ex Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (Dictámenes 292:58).

⁴⁶ Botassi Carlos A. – Oroz Miguel, “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, LEP, 2011, pág. 271.

⁴⁷ Juan Carlos Cassagne – Derecho Administrativo, Tomo II – Abeledo-Perrot.

⁴⁸ La ley Federal de procedimiento administrativo de México prescribe en su artículo 57 que el procedimiento termina por la resolución del mismo; el desistimiento; la renuncia del derecho en que se funde la solicitud; la declaración de caducidad; la imposibilidad de continuación por cuestiones sobrevinientes; por acuerdo de las partes.

establecida en garantía de los propios administrados, que de otro modo podrían verse afectados en sus derechos y posibilidades jurídicas por la mera inactividad de la administración”.

Consideramos entonces que el silencio es un instituto creado para suplir la inactividad de la administración cuando está obligada a resolver y permitirle al particular, de este modo el acceso a la justicia, ya que, de lo contrario, se vería expuesto a un estado de indefensión. Su naturaleza jurídica puede consistir en un hecho o una ficción creada por el legislador, pero jamás debe considerarse a esta figura como acto presunto⁵⁰, porque puede originar inconvenientes procesales, ejemplo de ello lo constituye la fijación de plazo para demandar.

La otra forma de conclusión del procedimiento administrativo, denominada anormal se da a través de las siguientes figuras: a) desistimiento del procedimiento; b) renuncia del derecho; c) caducidad.

16.1. Desistimiento

El desistimiento en el marco del procedimiento administrativo se produce cuando el interesado expresa la decisión de finalizar su actuación en dicho trámite. Debe ser formulado por el propio interesado. En el supuesto que actúe con apoderado, debe surgir en forma expresa esta posibilidad, dentro de las “facultades especiales otorgadas para ello”⁵¹.

Por otra parte, para que tenga el efecto conclusivo, debe ser efectuado en forma total, es decir, debe comprender todas las cuestiones articuladas por la parte interesada.

Finalmente, debe ser efectuado en forma fehaciente, por escrito, el cual se agregará al expediente administrativo.

Producido el desistimiento, la administración deberá resolver al efecto. En este sentido, teniendo en cuenta la previsión del artículo 60 del decreto ley 7647/70⁵², en aras a la aplicación del principio de la verdad material, podrá continuar las actuaciones si se encontrara afectado el interés general, caso contrario, sería prudente ordenar el archivo de las actuaciones.

Cabe destacar que, como el desistimiento no afecta el derecho sustancial, podrá volver a plantear la misma cuestión con posterioridad.

Pensamos que esta figura debió ser tratada con mayor amplitud en el decreto ley 7647, puesto que la previsión contenida, no resulta abarcativa de las vicisitudes que puedan plantearse.

En cambio, la legislación nacional reguló con mayor énfasis esta figura. El decreto 1759/72⁵³, reglamentario de la ley 19549, determina que el desistimiento tiene que ser formulado fehacientemente por la parte interesada, su representante o apoderado (art.66).

Asimismo plantea la consecuencia que puede generar la misma produciendo la clausura de las actuaciones en el estado en que se encuentren, con la particularidad que, tratándose de un recurso, el acto impugnado quedará firme. Por otra parte, se podrá iniciar nuevamente la cuestión en otro expediente, salvo el supuesto recursivo (art.67).

También contempla el supuesto de pluralidad de partes, el desistimiento sólo incidirá sobre la que lo solicite, no pudiendo afectar a las demás.

En el caso que el desistimiento solicitado por la parte interesada pudiere afectar el interés general, la autoridad administrativa puede llegar a oponerse por resolución fundada (art.70).

16.2. Renuncia del Derecho

A diferencia de la figura antes analizada, aquí lo que se plantea es la renuncia al derecho material invocado. En este supuesto se afecta directamente la relación jurídico administrativa, extinguiéndola. Involucra al derecho sustancial invocado por el interesado, el cual no podrá plantearlo nuevamente.

La legislación nacional hace referencia al desistimiento del derecho –cuestión no tratada en la normativa provincial-, remarcando que no podrá promoverse nuevamente la petición (art.68).

Coincidimos con Hutchinson en el sentido que es preferible la acepción renuncia pues es la actitud asumida cuando se renuncia un derecho en el marco del procedimiento.

⁴⁹ González Pérez Jesús “Los recursos administrativos”, Madrid, 1960, p.95.

⁵⁰ Entrena Cuesta Rafael “Curso de derecho administrativo”, Madrid, p. 548. Este autor considera al silencio como un verdadero acto.

⁵¹ Escola Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, ed.Depalma, 1981, p.237.

⁵² Artículo 60 DLPA “el desistimiento del interesado no obliga a la Administración”.

⁵³ Con las reformas introducidas por el decreto 1883/91.

16.3. Caducidad

El concepto de caducidad para Botassi⁵⁴ “es una forma de extinción de un procedimiento administrativo iniciado por un particular, sin vinculación con el interés general, como consecuencia de una resolución administrativa que presume su abandono de la instancia al cumplirse un determinado lapso de inactividad injustificada”.

Constituye una de las figuras más controvertidas en el procedimiento, puesto que, teniendo en cuenta uno de los principios vigentes como lo es el de impulso de oficio del procedimiento⁵⁵, resulta entonces un contrasentido sostener que un trámite puede paralizarse por causa del interesado. De hecho algunas provincias como Mendoza y Salta no lo han regulado en sus leyes procedimentales.

González Pérez⁵⁶ afirma que “la caducidad de la instancia es muy difícil que se aplique a los procedimientos administrativos, y muy especialmente a los recursivos, por cuanto en ellos la continuación del procedimiento no depende, normalmente, de la actividad del sujeto particular, sino que son instados por la misma administración, que incluso puede suplir esa inactividad”.

Gordillo⁵⁷ sostiene que “no es conceptualmente posible, a nuestro juicio, encontrar –en ausencia de norma expresa- un caso en que el particular pueda ser causante de la paralización del procedimiento cuya instrucción es de oficio. Los casos en que el particular tiene cargas procedimentales están resueltos por la norma en cuanto al alcance que su incumplimiento tiene y es el de continuar con el procedimiento hasta la decisión final, que por cierto puede ser adversa”.

En este sentido la legislación es ambigua, puesto que no determina los casos que pueden llevar a la paralización del trámite, de igual forma se contempló en la ley de procedimiento española⁵⁸

Este instituto tiene las siguientes características de acuerdo a las prescripciones de la legislación provincial:

-El transcurso del plazo de seis meses de paralización de un procedimiento iniciado por el interesado y por causa imputable a éste, tiene como consecuencia la caducidad y su posterior archivo de las actuaciones. Esta figura no se aplicará para los casos de expedientes de Previsión Social (por ejemplo jubilaciones) y también entendemos que puede extenderse a otras cuestiones, a saber, las que estén comprometidas el interés general o de empleo público.

Aunque se determina que quedará configurada al vencimiento del plazo y de oficio, nos apartamos del criterio rígido establecido y sostenemos que será imprescindible la notificación al interesado a los efectos de la reanudación de los trámites pendientes o bien para recurrir la medida adoptada por la autoridad administrativa.

En el ámbito de la Dirección de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), en los trámites de demandas de repetición iniciado por un contribuyente, por el cual solicita la devolución de una suma de dinero por un tributo oblada en demasía, la autoridad correspondiente previo a declarar la caducidad de acuerdo a las prescripciones de la ley, lo intima a efectos que presente la documentación faltante.

Creemos que esa es la solución que más se adecua a la garantía de defensa y al principio de celeridad, economía y eficacia. De esta forma se posibilita la continuidad del procedimiento y evita la presentación de otro expediente por la misma cuestión y el despendio de actividad.

La consecuencia de la declaración de caducidad es el archivo de las actuaciones. No obstante ello, podrá iniciar otro expediente con las piezas presentadas en el que se produjo la caducidad. Cabe remarcar que la autoridad administrativa deberá desglosar toda la documental aportada por el interesado para su posterior entrega.

Un dato a tener en cuenta, lo representa el efecto que puede producir la caducidad de un procedimiento, puesto que no interrumpen plazos legales o reglamentarios. Por ejemplo, si el expediente se encuentra archivado, y existe un acto que decide alguna cuestión adversa al interesado, el acto quedará firme a raíz del decaimiento del efecto interruptivo de los plazos.

⁵⁴ Carlos A. Botassi-Miguel H.E. Oroz, Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, 2ª edición, Librería Editora Platense, 2011, p. 658.

⁵⁵ En sentido concordante Entrena Cuesta, “la paralización sea imputable a los interesados, circunstancia que sólo muy excepcionalmente ocurrirá habida cuenta de que el procedimiento debe impulsarse de oficio”, Curso de derecho administrativo, Madrid, 1965, p. 601.

⁵⁶ González Pérez, “Los recursos administrativos”, Madrid, 1960, p.105.

⁵⁷ Gordillo Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, T.4; Fundación de Derecho Administrativo, 10ª edición, 2010, cap. VIII, p.31. En el mismo sentido, González Pérez Jesús, “Comentarios a la ley de procedimiento administrativo”, Madrid, 1977, p.586. Este autor agrega que este instituto no guarda semejanza con la caducidad de instancia del derecho procesal, atento que es absolutamente inaplicable en la realidad y en el ámbito procedimental.

⁵⁸ Artículo 92 de la ley 30/1992, 26 de noviembre. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. “1-En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo...”.

17. Recursos Administrativos

Antes de abocarnos a la especificidad del subtema que nos ocupa, es importante destacar que los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen en: a) Judiciales (o “contenciosos-administrativos”, o simplemente “jurisdiccionales”); y b) administrativos⁵⁹. Los primeros tienen por objeto agredir resoluciones judiciales⁶⁰, y los segundos es decir los recursos administrativos o para mayor exactitud los recursos de procedimiento administrativo tienen por objeto impugnar actos administrativos⁶¹ de contenido objetivo o materialmente administrativo sea que estos emanen de autoridades administrativas o de personas públicas no estatales o privadas, siempre y cuando actúen en ejercicio de funciones administrativas (potestades públicas delegadas)⁶², y resueltos por ellos mismos.

Ya adentrándonos en el procedimiento, debemos diferenciar cuando estamos en presencia de un recurso, de un *reclamo* o de una *denuncia*; con los recursos solo se atacan actos administrativos, mientras que con la reclamación o la denuncia puede agredirse tanto actos como hechos u omisiones administrativas⁶³. Una reclamación para Botassi Carlos A. estaría configurada por “simples peticiones ensayadas en ejercicio del derecho constitucional de dirigirse a los poderes del estado (art. 14 de la CN, art-14 CPBA)⁶⁴. Y desde la faz de la tramitación, hay obligación de tramitar un recurso pero no así una denuncia⁶⁵.

Donde se observa la mayor controversia es cuando se discute sobre la naturaleza jurídica de los recursos administrativos. CASSAGNE Juan Carlos en la disyuntiva de si un recurso es un acto jurídico o un derecho, no duda en afirmar que es un acto jurídico y no un derecho⁶⁶. Y continúa diciendo siguiendo a DIEZ Manuel que “No debe confundirse, pues, el derecho de recurrir que es emanación conjunta del derecho de peticionar a las autoridades y de la garantía de la defensa trasladada al plano administrativo, con su manifestación concretada en el acto por el cual se recurre. Este último es el recurso, siendo su verdadera naturaleza la de un acto de Derecho Público⁶⁷).

Con la opinión *ut supra* párrafo anterior expuesta, respetuosamente, discrepamos parcialmente; pues entendemos que decir que el recurso administrativo es un acto de derecho público (permítaseme la metáfora), nos parece que es confundir el camino al lago con el lago mismo. El camino al lago (procedimiento y por ende las formalidades y recaudos que deben respetar los recursos), sin dudas es de derecho público. Pero el lago (es decir el acto volitivo del particular a través del cual se realiza el reclamo que contiene una petición), es sin dudas de carácter sustancial y privado, porque es actividad exclusiva del administrado (beneficiario, usuario, consumidor, etc.) que está expresando su voluntad frente a la administración o sus delegados, de que se modifique, sustituya o anule un acto administrativo en virtud del cual se padece un agravio.

Pero hablar de recursos administrativos y para comprenderlo cabalmente, hay que analizarlo desde distintas facetas no excluyentes entre sí⁶⁸. En esa línea de pensamiento se lo puede analizar como a) derecho, como b) acto jurídico, o como c) medio de defensa⁶⁹⁷⁰

Ahora bien, BOTASSI Carlos sostiene que el recurso “constituye una presentación escrita mediante la cual se impugna una decisión definitiva o un acto de trámite de la Administración, ante el mismo órgano que lo produjo o ante su superior jerárquico”⁷¹.

Por lo que nos parece interesante analizar este concepto en virtud de los elementos que lo integran es decir:

Presentación escrita: Que el recurso es una presentación escrita⁷², en el contexto del procedimiento de la Pcia de Buenos Aires implica la redacción de un instrumento privado en conformidad con las formalidades

⁵⁹ Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 5, Libro III, Parte General II (Instituciones del Procedimiento), Capítulo V “Los Recusos, Pág. PRA-V-1.”

⁶⁰ Palacios, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, 2002, Editorial Abeledo-Perrot, pág. 580.

⁶¹ Gordillo, Agustín. Obra citada, Pág. PRA-V-1.

⁶²

⁶³ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, pág 407.

⁶⁴ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Obra citada, pág 407.

⁶⁵ GORDILLO, obra citada, Pág. PRA-V-3.

⁶⁶ CASSAGNE Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial LexisNexis de Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, Tomo II, Cap. VI, Secc 1a, pág 589.

⁶⁷ CASSAGNE Juan Carlos, Ob. citada, pág. 591.

⁶⁸ GORDILLO Agustín, Ob. citada, pág. PRA-V-5.

⁶⁹ GORDILLO Agustín, Ob. citada, pág. PRA-V-5 y 6.

⁷⁰ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, página 405. Recomendamos ampliar con la fuente citada.

⁷¹ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, página 403.

⁷² Nosotros entendemos que el escrito de procedimiento administrativo “es un instrumento privado cuyo fin inmediato es generar un expediente materialmente administrativo o ser incorporado a uno en trámite, en ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades, regulado por la ley procedimental de la provincia de Bs As en sus aspectos formales, y por el ordenamiento

exigidas por la ley procedimental (arts 29 a 39 del Dcto ley 7647/70)⁷³, y de los específicos del recurso o recaudo que se debe tener en cuenta para tramitar el recurso de que se trate para lo cual se debe tener en cuenta lo normado desde el artículo 86 al 102.

Como destaca el autor que comentamos⁷⁴, el reclamo administrativo previo constituía la regla en vigencia del denominado Código Varela y por tanto la forma escrita devenía imperativa a los efectos de agotar la vía administrativa, constituyéndose en la llave de entrada en el procedimiento el “reclamo previo” y de salida hacia la vía judicial.

Actualmente por imperio de la ley 12.008/97 con la reforma de la ley 13.101/03, Art 14, incs solo hay que agotar la vía administrativa cuando el acto administrativo de alcance particular o general es emitido por un órgano inferior y que no dispone de competencia delegada por una autoridad superior⁷⁵ (es decir por el titular del órgano político o judicial de que se trate (Gobernador, Intendente, SCBA), frente a estos casos es opcional para el administrado, pues la vía ya se encuentra agotada (Art 96, 2do Párr, DL 7647/70). Continuando con el elemento b) de la definición de BOTASSI Carlos A., cuando el autor sostiene que la presentación escrita impugna un acto de tramite o una decisión definitiva. Aquí cabe preguntarnos ¿frente a qué tipos de resoluciones nos podemos encontrar en el procedimiento administrativo?

Entendemos que el modo de darle un alcance razonable y ajustado al ordenamiento jurídico, y en atención al principio de que Lex posterior derogat priori, y tal como lo hace el autor que comentamos para ubicar los distintos tipos de actos y actuaciones administrativas, debemos hacerlo a partir del artículo 14 de la ley 12008/97 con la reforma de la ley 13.101/03, y entonces quedaría así:

1- *Actos de mero trámite*: hacen al impulso del expediente y no requieren sustanciación. Ej pases del expediente⁷⁶.

2- *Actos interlocutorios*: “Es decir aparece definido un interlocutor con quien se debate sobre la materia ritual en análisis”. Ej resoluciones que rechazan medidas probatorias. En definitiva lo que hace a la esencia de estos actos recurribles es que “lo hacen en un sentido que afecta su derecho de defensa o le acarrea un agravio jurídico directo”⁷⁷.

3- *Actos Definitivos*: Es recurrible y modificable en sede administrativa, y en sede judicial previa deducción del recurso jerárquico y vigencia del plazo de caducidad del artículo 18 ley 12008/97 (CPA)⁷⁸.

4- *Actos Finales*: Cuando la decisión proviene del órgano jerárquicamente superior. Aquí la interposición de revocatoria es facultativa y a opción del demandante contra los actos administrativos finales se puede ocurrir directamente ante la vía judicial, si nos encontramos dentro del plazo del plazo de caducidad previsto en el artículo 18 del CPA⁷⁹.

Ahora bien, aplicando la hermenéutica que surge del mencionado art 14 de la ley 12008, surgiría que serían recurribles procedimentalmente los actos de mero trámite, los actos interlocutorios y los actos definitivos (Excepto que quien dictó el acto tenga competencia delegada por la autoridad jerárquica superior). Contra los actos finales no hay recurso procedimental obligatorio, pues como dijimos la vía ya se encuentra agotada, y solo a opción del particular se puede ir por revocatoria (Art. 96, 2do párr., DL 7647/70).

Amén de lo dicho en el párrafo anterior, (como ya lo veremos, frente al recurso de revocatoria –que es el más amplio- procede contra todo tipo de acto, aún contra los de mero trámite, siempre y cuando exista un perjuicio o afectación⁸⁰). No sucede lo mismo con el jerárquico que es más restringido desde el punto de vista del acto.

jurídico nacional e internacional en sus aspectos sustanciales, destinado a realizar una petición, denuncia, reclamación, descargo o recurso administrativo, e informado por los principios de escrituración, informalismo a favor del administrado, oficiosidad y debido proceso”.

⁷³ Téngase en cuenta que el recurso es una de las especies que abarca el género escritos de procedimiento pero no el único. Conviven en el mismo género además de los recursos, las reclamaciones, las denuncias, las peticiones.

⁷⁴ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, página 186.

⁷⁵ Causa C-1885-MP1, Cámara Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 07/09/2010, autos “GARCIA COLLINS, JORGE HORACIO G. c/PODER JUDICIAL s/PREENSION ANULATORIA”, “...debo señalar que lo resuelto por la Subsecretaría de Administración de la S.C.B.A. (acto del 14-04-2006), aunque acto definitivo, no revestía la condición de final, careciendo de aptitud para agotar la instancia administrativa, atento que ni de la reglamentación que regula la esfera de actuación de aquella dependencia (Acuerdo 2133 S.C.B.A.), ni de la que prevé la bonificación especial por cese para ex agentes del Poder Judicial (Acuerdo N° 2084 S.C.B.A.), surge patente la delegación de de competencia resolutoria final en materia de reclamos prestacionales como el pretendido en la especie”.

⁷⁶ Botassi Carlos, pág 419, obra citada.

⁷⁷ Botassi Carlos, pág 418, obra citada.

⁷⁸ Botassi Carlos, pág 478, obra citada.

⁷⁹ Botassi Carlos, pág 417, obra citada.

⁸⁰ Art 86 DL 7647/70 y Art 13 ley 12008/97 con la reforma de la ley 13101/03 que es ley especial en relación al art 86 del DL 7647/70).

Cuando se sostiene que la decisión debe impugnarse... En relación a ello, nos parece que nada más ilustrativo que lo dicho por la jurisprudencia⁸¹ a través del voto del Dr Pettigiani "el hoy actor no solo expresó en forma indubitable y en tiempo oportuno su voluntad de cuestionar la disposición del Secretario de Salud del municipio...". Es decir se requiere un cuestionamiento razonado y oportuno (aunque sea breve como en este caso), que controvierta la decisión, pidiendo su modificación, sustitución o revocación.

Asimismo la definición exige que se impugne un acto "del mismo órgano o su superior jerárquico". Desde esta perspectiva, podemos decir que los actos que resuelven una pretensión pueden ser dictados:

1- *Por el mismo órgano.* (ej. revocatoria).

2- *Por el superior jerárquico sin competencia delegada por la autoridad con competencia resolutoria final*, en este caso el acto que se produzca será definitivo pues si tiene competencia delegada de quien ostente competencia resolutoria final, el acto que esta emita, en su consecuencia ostentará naturaleza jurídica de acto administrativo final.

3- *Por quien tiene competencia delegada de quien ostente competencia resolutoria final.* En este caso la resolución que produzca tiene naturaleza jurídica de resolución final.

4- *Por el titular político o judicial* (Gobernador, Intendente, SCBA). En este caso el acto que emita es un acto administrativo final.

Frente a lo que se deduce, que se deben impugnar los actos administrativos emitidos por los órganos mencionados en 1) y 2); y de manera opcional en 3) y 4), a los efectos de que no se tenga por consentidos a tales actos.

Para concluir, y retomando la idea de que un recurso es tanto un derecho como un acto jurídico y un medio de defensa, por nuestra parte diremos que un recurso de procedimiento es un escrito procedimental⁸³ impugnativo⁸⁴ y oportuno, que tiene por objeto impetrar la revisión de un acto administrativo previo (o si esta ya se ha producido) el dictado de un acto administrativo definitivo y firme⁸⁵, conteniendo sustancialmente un acto jurídico unilateral del particular legitimado⁸⁶.

17.1. Efectos de su Interposición

Una de las características más notorias y temibles de la materia recursiva procedimental, es que sus plazos son fatales y breves, y por ende el plazo para recurrir caduca si dejamos de usar el derecho que la ley nos concede.

Pero sin embargo, si usamos ese derecho procedimental a tiempo, la interposición del recurso tiene por efecto, Inc 1 del Art. 98 DL 7647/70 "Interrumpir el plazo del artículo 92° aunque haya sido deducido con defectos formales o ante órgano incompetente". Es decir que el recurso se deberá tratar por más que adolezca de defectos formales por aplicación del principio de informalismo a favor del administrado. Y en consecuencia como sostiene BOTASSI Carlos A. "la mera interposición del recurso, posee consecuencias jurídicas inmediatas en relación al procedimiento (interrumpe el curso del plazo a cuyo vencimiento el acto recurrido se interpreta consentido, impulsa el trámite impidiendo la caducidad del mismo, da nacimiento al plazo previsto para la resolución)". Y sostiene que respecto del acto impugnado "impide que quede firme, (y) autoriza a la Administración a disponer la suspensión de su ejecución"⁸².

Sin embargo con GORDILLO pensamos que en principio la interposición de un recurso interrumpe el plazo de caducidad y suspende la ejecución del acto administrativo, excepto que se trate de materia en que la administración posea facultades legales expresas que le permitan hacer ejecución per se del acto, a pesar de la interposición del recurso procedimental. Es el caso del ejemplo de la multa, en que vía juicio de apremio se le permite cobrar en virtud de la emisión del título de deuda⁸³.

A su turno BOTASSI sostiene que "la suspensión de la ejecutoriedad del acto recurrido debe actuar como regla general cediendo sólo en aquellos supuestos en que la materialización de lo decidido no admita postergación" .Y que "no presentándose situaciones de evidente urgencia, la ejecución del acto debe postergarse hasta tanto quede firme en sede administrativa;..."⁸⁴.

En relación al inciso 3) del Art 98 del DL 7647/70, este prescribe que la interposición del recurso tiene por efecto "Impulsar el procedimiento, haciendo nacer los plazos que los funcionarios públicos tienen para proveerlo y tramitarlo". Es decir que a partir de la interposición de los recursos nace la obligación (para la administración, de tramitarlo y resolverlo). En relación a la impulsión, más allá que el administrado sea un

⁸¹ Causa B. 60.104, SCBA, 29/08/07 "Delledonne, Jorge Alberto contra Municipalidad de San Vicente. Demanda contencioso administrativa".

⁸² Botassi, Carlos A. y Oroz Miguel H.E., Ob. citada, página 480 in fine.

⁸³ Gordillo. Ob. citada, pág. PARA-V-15 y 16.

⁸⁴ Botassi, Carlos A. y Oroz Miguel H.E., Ob. citada, página 480.

colaborador del estado, corresponde que se tramite de oficio, tal como está establecido en el Art 48 del DL 7647/70.

17.2. Trámite

Este tema en gran medida ya lo hemos tratado al analizar el concepto de recursos de procedimiento dentro de este mismo punto, sin embargo en virtud de los Arts 99 y 100 del DL 7647/70 realizaremos algunas precisiones, advirtiendo nuevamente que el art. 14 de la ley 12.008/97 con la reforma de la ley 13.101/03 es ley especial en relación a la ley procedimental.

Que además para el estudio de este tema, se deben considerar los principios de informalismo, impulsión de oficio y de carga de la transmisión de la competencia.

Por otra parte, creemos que estas normas están prescriptas más para la organización administrativa interna que para los administrados.

Con este criterio, entendemos que cuando el Art 99 del DL 7647/70 prescribe que:” Cuando el acto emane de un órgano inferior a director o equivalente, el recurso jerárquico será resuelto por el superior.” Se refiere a la siguiente situación: un órgano inferior a director o equivalente dicta un acto administrativo denegando el recurso de revocatoria. Se interpone recurso jerárquico y frente a esta situación la administración debe establecer quien tiene el ius decidendum del recurso jerárquico. Y Allí la norma nos parece que está indicando que en este caso debe ser resuelta por un órgano superior a director como podría ser un jefe de departamento.

Distinto sería el caso de que el recurso de revocatoria lo resolviese negativamente un director o una autoridad superior a esta. En ese caso por imperio del art. 100 que prescribe que:” Artículo 100º: Emanando el acto de un funcionario de nivel de director o equivalente, el recurso jerárquico será resuelto definitivamente por el Poder Ejecutivo.” Entendemos que si quien resolvió la revocatoria tiene nivel de director o superior a este, el recurso jerárquico lo debe resolver el gobernador, o el ministro del área que corresponda, cuando la temática recaiga en un área ministerial, y que en virtud del art. 15 de la ley 14.803 (de ministerios) tenga facultades delegadas por el gobernador como dicho artículo autoriza.

Y como consecuencia, una vez denegado y firme el recurso jerárquico, directamente se puede ocurrir a la vía judicial, no pudiéndose obligar a reeditar un nuevo recurso frente al mismo órgano⁸⁵.

Amén de lo dicho, hay que considerar que en virtud del Art. 92 del DL 7647/70, el recurso se debe articular frente al órgano que resolvió la revocatoria; y si el particular cometiese un yerro en relación a esto, la administración en virtud de los principios de informalismo a favor del administrado, de impulsión de oficio y de prórroga de la transmisión de la competencia per se, debe girar las actuaciones ante quien hubiese correspondido interponerlo para su posterior elevación al superior.

Con esta inteligencia lo interpresa BOTASSI⁸⁶, cuando afirma que “corresponde a la autoridad administrativa receptora de la presentación, pedido, reclamo, petición y/o recurso del interesado, derivarlo hacia el órgano que se entienda corresponder, no resultando posible ampararse en la ausencia de atribuciones legales para conocer al respecto...”.

17.3. Fundamentación

No se requiere que el recurso esté fundado en derecho, ni tampoco que tenga una fundamentación de hecho, siempre que esa ausencia de explicitación de los hechos no atente contra la claridad de la pretensión. Para GORDILLO lo único exigible es la claridad y concreción de la petición efectuada⁸⁷.

Haciendo la analogía con los recursos judiciales, la sustancial diferencia que encuentra BOTASSI reside en que “los recursos judiciales de ordinario son fundados luego de concedidos” en tanto que los recursos de procedimiento administrativo “deben serlo al momento de su interposición”. Sin embargo aclara que en el caso del recurso jerárquico en subsidio y en conformidad con el art 91 del decreto-ley, una vez que el recurso se recibió por el superior puede mejorarse⁸⁸.

Sin embargo a los efectos de hacer un adecuado ejercicio del derecho de defensa es conveniente desvirtuar todas las conclusiones de hecho o argumentaciones de derecho contenidas en el acto

⁸⁵ Fallo “Manuel Félix c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contenciosa administrativa”.

⁸⁶ Botassi Carlos A. y Oroz Miguel H.E., Ob. citada, página 27.

⁸⁷ Gordillo Agustín, Ob. citada, pág. PRA-V-12.

⁸⁸ Botassi Carlos A. y Oroz Miguel H.E., Ob. citada, página 421.

administrativo impugnado, a través de una crítica concreta en el recurso⁸⁹. En tal sentido la jurisprudencia en el fallo OLSEN Bernardo⁹⁰ ha sostenido “que el requisito de suficiente fundamentación del recurso administrativo no se cumple si el recurrente se limita a expresar que la resolución impugnada es injusta y contraria a derecho y que el recurso se interpone con el único objeto de dejar expedita la vía judicial”.

Y en sentido contrario a la jurisprudencia mencionada en el párrafo anterior se ha considerado que existe suficiente fundamentación cuando en la notificación el actor dijo que “lo hacía (...) en disconformidad por tener un cargo ganado por concurso (...)”⁹¹.

18. Recursos contra Actos Generales

Quizás la cuestión más controvertida en este tema y compleja para dilucidar es si tal como lo señala GORDILLO⁹², estos actos son recurribles, porque no causan un gravamen actual y solo son medidas de alcance general, como además lo ha expresado la jurisprudencia.

Es decir que conforme a ese criterio, la justicia solo podría entender cuando exista una causa o sea que “los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular”⁹³. Lo que además debería generar un hecho o acto administrativo en virtud del cual el particular sufra un gravamen actual para que la justicia entienda que existe causa y en su consecuencia que deba intervenir.

Entendemos además, que para que tal cosa suceda, se debería presentar en un acto de alcance general, los extremos del fallo Halabi⁹⁴ en Nación y López⁹⁵ en Pcia de Buenos Aires, donde se recurrió por la afectación y los derechos individuales y homogéneos de la clase (classe action).

En Pcia de Buenos Aires, a nivel procedimental, esta cuestión se encuentra prescripta en el artículo 95 del DL 7647/70 cuyo texto dice así: “En caso de que, por una medida de carácter general, la autoridad administrativa perjudicase derechos privados o de otra administración pública, deberá acudir individualmente a la misma autoridad que dictó la medida general, reclamando de ella, y solicitando se deje sin efecto la disposición en cuanto al interés a que perjudica o al derecho que vulnera dentro del plazo de 30 días a partir de la última publicación en el “Boletín Oficial” o de su notificación.”

BOTASSI⁹⁶ realiza una distinción entre actos de alcance general y reglamentos. Los primeros constituirían actos administrativos de alcance general, dirigidos a un número indeterminado de personas, sin contenido normativo, que se agota en el mismo momento del cumplimiento y deben ser notificados; en tanto que los reglamentos se deben publicar en el Boletín Oficial.

A diferencia de los actos administrativos de alcance general, los reglamentos configuran una decisión de la Administración creadora de “normas jurídicas generales y obligatorias, operando sus efectos en el plano externo a través de la regulación de situaciones impersonales y objetivas”⁹⁷.

En punto a reglamentos, la doctrina en general habla de reglamentos autónomos, reglamentos delegados y de ejecución.

Ahora bien yendo al mecanismo impugnatorio, de los actos de alcance general y reglamentos administrativos con BOTASSI⁹⁸ entendemos que al deber intentarse ante el mismo funcionario que dictó la medida general, tiene naturaleza jurídica de recurso de revocatoria, debiéndose aplicar lo normado en el artículo 89 en cuanto a su fundamentación por escrito en el acto de ser deducido pero agregamos por nuestra parte, calificado por el órgano emisor del acto o reglamento.

En consecuencia hay que estarse al criterio del órgano que dictó el acto para decidir el camino a seguir en punto a la impugnación procedimental, en consonancia con lo prescripto por el art 14 de la ley 12.008/97 con la reforma de la 13.101/03.

De todos modos, este mecanismo procedimental que venimos comentando es considerado directo en contraposición al indirecto que sería aquel que en virtud de un reglamento la administración pública dicta un acto administrativo de carácter individual, en virtud del cual el particular sufre un gravamen actual y concreto, y por ende como modo de hacer uso de su derecho de defensa, ataca a través de los recursos de

⁸⁹ Botassi, Carlos A. y Oroz Miguel H.E., Ob. citada, pág. 422.

⁹⁰ Causa B- 47.533, SCBA, de fecha 04/09/1979, caratula “OLSEN Bernardo c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”.

⁹¹ Causa B. 60.104, SCBA, 29/08/07 “Delledonne, Jorge Alberto contra Municipalidad de San Vicente. Demanda contencioso administrativa”.

⁹² Gordillo, Agustín, Ob. citada, pág. PRA-III-6.

⁹³ CSJN, FEDERACION GRAFICA ARGENTINA C/KALIFON SRL, - 7/8/58, PUBLICADO: LL 91-448 - DT 1958-682 - JA 1958-IV-40.

⁹⁴ CSJN, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, 2004.

⁹⁵ CSJN, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, 2004

⁹⁶ Botassi, Carlos A. y Oroz Miguel H.E., Ob. citada, página 458.

⁹⁷ Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Ob. citada, T. II, pág. 117.

⁹⁸ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, página 464.

procedimiento el acto administrativo, y de modo indirecto a través de solicitar la nulificación, o modificación del acto administrativo, agrade al reglamento en que este acto administrativo se apoya.

En punto al objeto de impugnación, esta puede consistir en razones de ilegitimidad por vicios esenciales del acto o reglamento (como por ejemplo la falta de publicación o notificación), o en razones de mérito u oportunidad.

En relación a la legitimación para agredir estas resoluciones, se debe interpretar por el juego armónico del artículo 13 de la ley 12.008/97 con la reforma de la 13.101/03 y de los artículos 10 y 86 del DL 7647/70, con más entre otros el fallo de Cámaras de Salas de Bingo⁹⁹, de una manera integrativa tal como se hizo en el precitado fallo.

19. Denuncia de Ilegitimidad

GORDILLO¹⁰⁰ sostiene que “La denuncia de ilegitimidad es en esencia un recurso formalmente improcedente, al que no obstante debe darse algún trámite y consideración”. En un sentido similar COVIELLO lo califica como un recurso administrativo impropio.

Por nuestra parte entendemos que se trata de un instituto de claro tinte administrativista, que tiene por objeto brindar una oportunidad más a la propia administración para que revise la juridicidad de sus actos, y un derecho de defensa impropio hacia el particular, porque usando esta vía no tiene la certeza por un lado de que será tratado y resuelto, y por otro lado implica (de dictarse), un acto que no tiene entidad para agotar la vía administrativa.

En tal sentido la Corte Suprema ha expresado “Que la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía recursiva, y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial”.

El DL trata la figura que comentamos, dentro del capítulo de los plazos (creemos que por una cuestión metodológica sería conveniente que se encuentre en el capítulo de los recursos), en la 2da parte del art 74 que prescribe: “No obstante, todo recurso interpuesto fuera de término será considerado por el órgano superior y si importa una denuncia de ilegitimidad se sustanciará, pudiendo éste revocar o anular el acto impugnado.

Entendemos que tres son los recaudos que se deben cumplir para que sea viable este remedio procedimental:

- 1- Que quien acuda a este remedio, posea legitimación para impetrar un recurso procedimental.
- 2- Que se haya dictado un acto administrativo previo.
- 3- Que ese acto administrativo no haya sido impugnado en plazo de ley y por ende se encuentre consentido.

20. Recursos Administrativos en el Ámbito Nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Los recursos administrativos en el ámbito Nacional se encuentran regulados en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LNPA) N° 19549 y en su decreto reglamentario (RLNPA) N° 1759/72.

20.1. Recurso de Reconsideración¹⁰¹

Es aquel recurso de carácter optativo que se deduce ante el mismo órgano que dicto el acto administrativo¹⁰² (definitivo o asimilable a definitivo, o de mero trámite, siempre que se afecte un derecho

⁹⁹ SCBA, causa B. 66.095, "Cámara Argentina de Salas de Bingo y Anexos contra Provincia de Buenos Aires, (Instituto Provincial de Lotería y Casinos), 7/3/2007.

¹⁰⁰ Gordillo, Agustín, Ob. citada, PARA-X-5.

¹⁰¹ Se encuentra normado en el art. 84 del decreto 1759/72 reglamentario del Decreto ley 19549/72.

¹⁰² Cassagne en su definición le agrega “reglamento”, contemplando la posibilidad de que mediante este recurso sean impugnados actos de alcance general.

subjetivo) a los efectos de que dicho órgano lo revoque o modifique por contrario imperio. Este recurso debe interponerse en el plazo de 10 días de notificado el acto administrativo¹⁰³.

Decimos que es de carácter optativo ya que no es necesaria su interposición a los efectos de agotar la vía administrativa como también no resulta un presupuesto de procedencia para la deducción de otros recursos administrativos. Respecto a la forma, si bien este recurso no se encuentra sujeto a ninguna forma específica¹⁰⁴ la voluntad del particular de impugnar el acto atacado debe quedar expresada en forma clara y manifiesta, no siendo necesaria la fundamentación en Derecho, pero en caso de existir dudas por parte de la Administración sobre la voluntad impugnativa del particular, es de buena práctica administrativa, intimar al recurrente a los efectos de que mejore el recurso, y en caso de ser infructuosa dicha intimación, se deberá tramitar su presentación como un recurso administrativo.

RESOLUCION: Cabe destacar que si bien es optativo deducirlo para el administrado, resulta obligatorio para la Administración (en caso de impetrarse) resolverlo, ante lo cual contará con el plazo de 30 días contados a partir de su interposición.

Una vez promovido el recurso el órgano competente podrá desestimar el recurso y ratificar el acto impugnado o bien dar lugar al recurso interpuesto revocando, modificando o sustituyendo el acto recurrido¹⁰⁵ en base a las argumentaciones manifestadas por el recurrente y de las demás constancias que surjan del expediente administrativo. Si en cambio la administración omite expedirse dentro del plazo legal establecido, el particular puede considerar que se le ha denegado el recurso, sin que sea necesario el requerimiento de pronto despacho¹⁰⁶.

20.2. Recursos no Calificados

Sabemos que en materia recursiva resulta más que trascendente la aplicación de los principios generales de procedimiento administrativo, también sabemos que es común que el recurrente al interponer un recurso no lo califique en forma correcta, en este caso la Administración debe tener como deducido el que mayores posibilidades le otorgue al recurrente, por ello la Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido que en estos casos de falta de denominación o no calificados correctamente, que el particular ha interpuesto un recurso de reconsideración¹⁰⁷.

20.3. Recurso Jerárquico en Subsidio del de Reconsideración

La denegatoria del recurso de reconsideración lleva implícito el recurso jerárquico en subsidio, ante ello el órgano actuante deberá remitir dentro del plazo de cinco (5) días todo lo actuado, a recurrente por el plazo de cinco (5) días, a fin de que este amplíe o mejore el recurso de reconsideración interpuesto, una vez ampliado o bien habiendo transcurrido el plazo citado, el superior jerárquico resolverá el recurso jerárquico en subsidio.

20.4. Recurso Jerárquico

Este es definido como aquel recurso que es promovido por el particular ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto administrativo que intenta impugnar. Debe ser presentado ante el órgano que dictó el acto recurrido dentro del plazo de quince (15) días a partir de su notificación, debiendo elevarlo dentro del término de cinco (5) días a su superior jerárquico, es decir ante la Secretaria o Ministerio a la cual pertenece. El plazo para resolver el recurso es de treinta (30) días desde que la autoridad que debe resolver el recurso haya recibido las actuaciones o bien desde la presentación del alegato (en el caso de haberse dispuesto la apertura aprueba¹⁰⁸), o del vencimiento del plazo para presentarlo.

Para el caso que el acto emanare de un Ministro o Secretario de la Presidencia, el RLNPA establece que será resuelto por el Poder Ejecutivo. Respecto de esto último, la reforma de la Const. Nac. de 1994 ha

¹⁰³ 113 Resulta aplicable el plazo de gracia establecido en el Art. 25 del RNPA.

¹⁰⁴ Sin perjuicio de que el Artículo 77 del RLNPA remite a los Art. 15 y siguientes, que establecen la forma de presentación de los escritos.

¹⁰⁵ Art. 84 in fine (que remite al Artículo 82) del decreto ley 1759/72.

¹⁰⁶ Art. 87 del RLNPA.

¹⁰⁷ Dictamen PTN 131:115.

¹⁰⁸ Situación que no es común en los procedimientos administrativos.

establecido que le corresponde al Jefe de Gabinete la “Administración General del País”¹⁰⁹ por lo que algunos autores¹¹⁰ entienden que es este funcionario quien debe resolver los recursos jerárquicos de los actos emanados de Ministros o Secretarios de Presidencia, ya que entienden que existe una relación de jerarquía entre estos y el Jefe de Gabinete, sin embargo la PTN¹¹¹, en sendos dictámenes¹¹² sostiene todo lo contrario.

Los actos que se pueden recurrir mediante la imposición de este recurso son los actos administrativos de carácter definitivos y aquellos actos administrativos que sin ser definitivos impidan la continuidad del reclamo o petición del administrado.

RESOLUCION: El superior jerárquico podrá o bien desestimar el recurso, o bien dar lugar al recurso, revocando el acto del órgano inferior¹¹³, modificarlo o sustituirlo. En el caso que no se resuelva en el plazo establecido en la norma, no será necesaria la interposición del pronto despacho, ya que se lo entiende denegado en forma tácita por el silencio de la administración.

20.5. Recurso de Alzada¹¹⁴

Este recurso procede contra actos administrativos definitivos o que impiden la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente, emitidos por el superior jerárquico de un ente descentralizado¹¹⁵. Frente a la posibilidad de plantear este recurso el particular tiene la opción de presentar el mismo, o bien discutir su pretensión en sede judicial, si elige esto último pierde el derecho al recurso de alzada procedimental.

Dicho recurso se limita a examinar la legitimidad de los actos emanados por órganos descentralizados creados por el Congreso de la Nación en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. En cambio si el ente fuere creado en ejercicio de una facultad concurrente corresponderá su revisión tanto por cuestiones de legitimidad como también de oportunidad, mérito y conveniencia.

Es decir que para determinar el alcance y los fundamentos del recurso planteado es necesario analizar previamente las características del órgano emisor del acto administrativo a recurrir.

El plazo para interponer el recurso es de quince (15) días desde que se notificó el acto, debiendo interponerse ante el órgano superior del ente descentralizado, el cual debe elevarlo en el plazo de cinco (5) días al Ministerio o Secretario de la Presidencia competente¹¹⁶. El plazo para resolverlo es de treinta (30) días desde la recepción de las actuaciones por el órgano competente.

20.6. Recurso de Revisión¹¹⁷

Este remedio procedimental es de carácter excepcional, puesto que procede contra los actos definitivos y firmes cuyo dictado fue efectuado por medios irregulares, sin culpa o negligencia del particular, ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado.

La PTN lo ha interpretado como un recurso, pese a que la norma no lo trate como tal, manifestando que constituye un medio excepcional de impugnación de los actos administrativos que cierran la vía administrativa, y el cual procede solo en los casos:

- a) Cuando existieren contradicciones en su parte dispositiva.
- b) Cuando una vez dictado el acto se recobraren documentos cuya existencia era ignorada, o bien no se han podido presentar previamente, por cuestiones de fuerza mayor o por el actuar ilegítimo de un tercero que tiendan a modificar lo oportunamente resuelto.
- c) Cuando el acto se hubiere basado en documentos cuya falsedad se desconocía o bien mediando cohecho, prevaricato, fraude, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o de grave irregularidad comprobada.

Este recurso, es de carácter limitado y excepcional, y no tiene la amplitud de otros recursos administrativos, ya que se encuentra restringido a actos firmes y definitivos. El objetivo de este recurso es

¹⁰⁹ Artículo 100 inc. 1º de la Constitución Nacional.

¹¹⁰ J.C. Cassagne, entre otros.

¹¹¹ Procuración del Tesoro de la Nación.

¹¹² 232:184; 236:167; 236:311; 222:53, entre otros.

¹¹³ Lo que trasforma al denominado recurso como un medio de control de los actos administrativos por parte de su superior jerárquico.

¹¹⁴ También llamado por la doctrina como “Recurso Jerárquico Impropio”.

¹¹⁵ 125 Cuestión aparte merecen las Universidades Nacionales, ya que la ley 24.521 manifiesta la imposibilidad de que el P.E entiendan en la resolución del recurso de alzada, debido a la autonomía que las Universidades poseen, sin embargo Hutchinson afirma que este recurso procede para actos emitidos por las Universidades que contengan una arbitrariedad manifiesta.

¹¹⁶ El Ministerio o Secretario competente será aquel que se encuentre en la órbita del ente cuyo acto se intente impugnar.

¹¹⁷ Gordillo lo denomina recurso de reconsideración por motivos de revisión.

darle la oportunidad a la Administración a que tome conocimiento de los argumentos del particular a fin de pronunciarse sobre su procedencia.

Plazo para su interposición:

La norma prevé dos supuestos, en primer lugar, otorga un plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación del acto para los casos donde existan contradicciones en su parte dispositiva; y, en los demás supuestos establece un plazo de treinta (30) días contados desde que se recobraron los documentos, cesó la fuerza mayor, el actuar ilegítimo de un tercero, se comprobare el cohecho, prevaricato, fraude o bien se tomó conocimiento de la declaración de falsedad.

20.7. Otras vías Administrativas que no constituyen recursos

QUEJA: Se puede definir como una vía administrativa mediante la cual el particular procede frente al superior jerárquico del órgano que emitió un acto con el fin de corregir los defectos que este contenga, sin importar la impugnación del mismo.

Procede por defectos en la tramitación (ya sea incumplimiento, cumplimiento defectuoso u omisión de medidas preparatorias tendientes a dilucidar la cuestión) e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios (excepto los que se refieran a la resolución de recursos administrativos).

No hay plazo para su interposición, sin embargo la administración debe resolver la cuestión dentro de los cinco (5) días de presentada la queja.

DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD: Se trata de una petición articulada contra un acto administrativo cuya presentación se efectúa fuera del plazo establecido para la interposición de los recursos administrativos; frente a dicha situación la administración, puede tramitar el reclamo (aunque el particular lo denomine recurso) como denuncia de ilegitimidad, o debe abstenerse de resolver por motivos de seguridad jurídica, o por entender que ha mediado abandono del derecho, por haberse excedido las pautas temporales para su tratamiento en sede administrativa.

Este remedio procedimental obtiene sus fundamentos en el artículo 14 de la Constitución Nacional y el principio de informalismo consagrado en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Cabe destacar que el acto administrativo que desestima la denuncia de ilegitimidad no es susceptible de ser impugnado en sede judicial, toda vez que se trata de un remedio, que no causa un gravamen en el derecho de defensa de quien omitió o decidió no tramitar los recursos pertinentes en tiempo oportuno, pues dar la posibilidad de revisar en sede judicial la resolución que rechace la denuncia de ilegitimidad, sería asignarle a la misma, los efectos de los recursos deducidos en término.

20.8. Los recursos administrativos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La norma que regula el procedimiento administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1510 del año 1997, en el que el Poder Ejecutivo comunal –por no haberse constituido el Poder Legislativo a ese momento- decidió: “que el procedimiento administrativo local objeto de regulación, se rija en cuanto fuera posible, por el mayor número de normas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, junto a sus disposiciones reglamentarias, con el propósito de que coexistan naturalmente y sin colisiones esenciales, dos regímenes análogos en el mismo ámbito territorial, dependiendo la aplicación de uno u otro, tan sólo de la naturaleza de la persona estatal, nacional o local, implicada”.

Así, la norma regula en su título IV todo lo relativo a los recursos administrativos (arts. 91 a 121) disponiendo sus cuestiones generales (recursos contra actos de alcance individual y general, sujetos, órgano competente, interposición de recursos fuera de plazo o denuncia de ilegitimidad, suspensión de plazo para recurrir, formalidades, apertura a prueba, vista a las partes, despacho y decisión de los recursos, resolución y derogación de actos de alcance general) y estableciendo el recurso de reconsideración (arts. 103 a 107), el recurso jerárquico (arts. 108 a 112), el recurso de alzada (arts. 113 a 117), recurso de revisión (arts. 118 y 119). También prevé la rectificación de errores materiales (art. 120) y la aclaratoria (art. 121).

21. Recursos Administrativos en la Provincia de Buenos Aires y en sus Municipalidades

5.B.1. Cuestiones previas a tener en cuenta sobre los recursos administrativos. Hay una serie de cuestiones previas que serían útiles de desarrollar pero brevitatis causam remitimos a los manuales de la cátedra¹¹⁸ y que no son cuestiones superfluas sino que son las que le sirven de apoyatura a la construcción de los recursos de procedimiento. Ellos son 1) Error en la denominación del recurso, 2) Caracteres, 3) Condiciones de viabilidad, 4) Casos de recursos superfluos o improcedentes, 5) Actos no susceptible de recurrirse, 6) legitimación. Y en relación efectos, fundamentación; ver unidad 6.4 que es plenamente aplicable a este segmento lo allí dicho.

5.B.2. Recursos en procedimientos especiales: El procedimiento de este decreto ley“ será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales” (Art 1º DLPABA). Este principio normativo es plenamente aplicable en materia recursiva procedimental por ende si se trata de un régimen específico que prevé un régimen impugnativo también específico, prevalece dicho régimen.

5.B.3. Recursos Administrativos en Pcia Bs As en particular: Ahora bien, yendo al elenco de recursos administrativos en particular contemplados en el DL 7647/70, podemos decir que conforme la jurisprudencia de la CSJN que es el máximo interprete de la constitución, en un sentido amplísimo y conforme la jurisprudencia sentada en el fallo Halabi¹¹⁹ donde se ha dicho “que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido” tanto los recursos de procedimiento en sentido propio o estricto, como los demás remedios previstos en el DL 7647/70 son recursos.

Sin embargo, y no obstante lo dicho en el párrafo anterior, por una cuestión didáctica, y a los efectos de ceñirnos metodológicamente a las prescripciones del DL 7647/70, los clasificaremos en recursos administrativos en sentido estricto¹²⁰ (o propio) y recursos administrativos en sentido amplio. En sentido propio o estricto (como dijéramos en el punto 4.2 de este capítulo) un recurso administrativo sería “un escrito procedimental impugnativo y oportuno, que tiene por objeto impetrar la revisión de un acto administrativo previo (o si esta ya se ha producido vía revocatoria) el dictado de un acto administrativo definitivo y firme, conteniendo sustancialmente un acto jurídico unilateral del particular legitimado”. En tanto que en sentido amplio, serían “todos los remedios o medios de protección al alcance del administrado para impugnar los actos y hechos administrativos ilegítimos, y en general para defender sus derechos respecto de la administración pública”, y que por exclusión no se encuentren comprendidos en los recursos administrativos en sentido estricto. Estos llamados recursos o remedios, no son aptos para agotar la vía administrativa, aunque impliquen para la administración, una oportunidad más para revisar la legitimidad de sus actos, y para el administrado, una posibilidad de que se modifique una resolución que lo agravia. Dentro de los recursos en sentido amplio se encontrarían tanto los llamados recursos de aclaratoria, queja y revisión, como los llamados por la doctrina recursos administrativos impropios dentro de los cuales ubicamos a las denuncias de ilegitimidad, y al recurso de apelación. Para decirlo esquemáticamente:

a) RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN SENTIDO ESTRICTO

a.1. Recurso de revocatoria: Tanto el DL 7647/70 como la OG 267 lo contemplan en los arts 89 y 90.

Cassagne Juan Carlos¹²¹ entiende que el nombre correcto para designarlo sería recurso de reconsideración pues sostiene que “la actividad del órgano que decide el recurso consiste en volver a considerar la legitimidad u oportunidad del acto a raíz de la impugnación que formula el administrado”.

GORDILLO¹²² considera que “el recurso de revocatoria sería aquel presentado ante el mismo órgano que dictó un acto, para que lo revoque por contrario imperio, o sea, el recurso es resuelto por el mismo órgano que dictó el acto impugnado.

Es un recurso apto para transitar el agotamiento de vía administrativa, que si bien es optativo¹²³, para que sea válido y eficaz, debe interponerse en tiempo oportuno (diez días desde su notificación¹²⁴) y su

¹¹⁸ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, 2011, Editorial Librerita Editora Platense.

¹¹⁹ CSJN, autos Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, 24/2/2009.

¹²⁰ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 5, Libro III, Parte Especial (Los Recursos en Particular), Capítulo VIII “Recurso de Revocatoria”. Pág. PRA-IX-2. Aunque en función de la Pcia de Bs As creemos que es conveniente darle el sentido de que en sentido estricto son los que son aptos para agotar la vía administrativa.

¹²¹ CASSAGNE Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Cap VI, Secc 2da, Pág. 598. Editorial LexisNexis de Abeledo-Perrot.

¹²² GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 5, Libro III, Parte Especial (Los Recursos en Particular), Capítulo VIII “Recurso de Revocatoria”. Pág. PRA-VIII-1.

¹²³ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág. 434, pto 384. “...pues no configura requisito previo del recurso jerárquico al que se puede acceder directamente”.

interposición hace nacer plazos resolutivos para la administración, e interpositivos para el administrado (para el caso de que este fuese denegado), y deba recurrirse al órgano jerárquico superior a los efectos de agotar la vía administrativa; y además estos plazos son fatales pues de no impetrarse a tiempo el recurso jerárquico, el acto administrativo queda firme y consentido y con ello se cierra la vía de acceso a la instancia judicial pues se dice en doctrina que causó estado y (ahora), es definitivo.

Como lo destaca BOTASSI el acto definitivo es el que per se opera la creación, alteración o extinción de situaciones jurídicas¹²⁵. Pero aquí debemos hacer una distinción pues existen dos calidades de actos administrativos definitivos. Por un lado tenemos el que fue otorgado por una autoridad inferior, que si bien de no recurrirse causa estado (favorable o desfavorable), pero no es apto para agotar la vía y por ende acceder a la justicia¹²⁶; y por otro lado, tenemos el acto administrativo definitivo emitido por un órgano delegado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final. En este caso, esta calidad de acto administrativo definitivo es la que habilita a ocurrir a la vía judicial¹²⁷. En síntesis:

1- *Procedencia*: contra todo tipo de acto, sea este de mero trámite, interlocutorio, definitivo o final.

2- *Improcedencia*: en principio no procede, contra los actos previstos en el artículo 87 y por falta de fundamentación escrita (Arts 89 y 90).

3- *Legitimación*: Idem unidad 6.4.-

4- *Fundamentación*: se debe fundar por escrito en el momento de su interposición escrita.

5- *Sustanciación*: se debe resolver sin sustanciación (sin traslado a otros interesados). Sin embargo se debe dar intervención a Asesoría general de gobierno para que produzca su dictamen, (y si se trata de una cuestión patrimonial) a Contaduría General de la Pcia, para luego ser enviado a Fiscalía para su vista¹²⁸.

6- *Plazo interpositivo*: Diez días desde su notificación (Art. 89 DL 7647/70).

7- *Plazo resolutivo*: treinta días a partir de la recepción del expediente por el órgano respectivo (Art. 78 y 101 DL 7647/70).

8- *Plazo para recurrir denegatoria de recurso revocatoria*: Diez días desde su notificación por vía del recurso jerárquico (Art. 92).

a.2. *Recurso Jerárquico*: El recurso jerárquico lo encontramos prescripto en los artículos 91 y 92, tanto en el DLPABA como en la OG 267 y se puede manifestar por dos vías. Una implícita o subsidiaria, y la otra explícita o autónoma. Para Gordillo sería el recurso jerárquico en sentido propio es decir "aquel que se emplea para impugnar actos de órganos dependientes del Poder Ejecutivo en la administración, esto es, órganos sujetos a su jerarquía: De allí que "propiamente" se recurra en forma "jerárquica"¹²⁹." Por nuestra parte creemos que esto es consecuencia natural de la propia estructuración jerárquica de la Administración y cuyo objeto es facilitar el control de legalidad y oportunidad por el superior jerárquico¹³⁰.

l) *Recurso jerárquico en subsidio*: este nace a partir de que la resolución de un recurso de revocatoria fuera adversa al administrado y debería tramitarse ex officio pues así lo prescribe el art. 91 (de la OG 267 y del DL 7647/70), cuando dice "El recurso de revocatoria lleva implícito el jerárquico... cuando fuere rechazada la revocatoria, deberán elevarse las actuaciones." En tanto que el 1er párr. del Art. 92 excluye de su entendimiento y resolución a las resoluciones de mero trámite de lo que se concluye que quedarían comprendidos dentro del elenco atacables por esta vía los actos *administrativos definitivos, firmes y recurridos oportunamente* como así también los actos interlocutorios en igualdad de circunstancias que los actos definitivos.

Cabe hacer una aclaración, el art 92 se refiere a actos administrativos finales. Pero aquí entendemos que se le debe dar a la norma el alcance de actos administrativos definitivos en vía de impugnación, pues como lo venimos sosteniendo, el acto administrativo final es dictado por la autoridad jerárquica superior (en conformidad con el art. 14 del CCA), y por ende frente a ella no hay superior jerárquico v. gr. Gobernador¹³¹. En suma estarían excluidos del objeto de este recurso tanto los actos de mero trámite como los actos

¹²⁴ IDEM anterior, inc a).

¹²⁵ IDEM anterior, Nota 59, Causa SCBA B-65.966, autos Lloret Luis O. c/ Banco de la Provincia de Bs As s/ Demanda Contencioso Administrativa".

¹²⁶ Causa C-1885-MP1 "GARCIA COLLINS, JORGE HORACIO G. c. POER JUDICIAL s. PRENSION ANULATORIA", "...debo señalar que lo resuelto por la Subsecretaría de Administración de la S.C.B.A. (acto del 14-04-2006), aunque acto definitivo, no revestía la condición de final, careciendo de aptitud para agotar la instancia administrativa, atento que ni de la reglamentación que regula la esfera de actuación de aquella dependencia (Acuerdo 2133 S.C.B.A.), ni de la que prevé la bonificación especial por cese para ex agentes del Poder Judicial (Acuerdo N° 2084 C.B.A.), surge patente la delegación de de competencia resolutoria final en materia de reclamos prestacionales como el pretendido en la especie".

¹²⁷ Causa SCBA B-66.336 autos "RIESTRA Ricardo A. c/ Municipalidad de La Plata s/ Despido".

¹²⁸ Conf. BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 439.

¹²⁹ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 5, Libro III, Parte Especial (Los Recursos en Particular), Capítulo VIII "Recurso de Revocatoria". Pág PRA-IX-2.

¹³⁰ Conf. BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág. 441, Pto 392.

¹³¹ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág. 417, Pto. 371, 3er párr.

administrativos finales con el alcance ut supra expuesto. Y para el caso de que se lo declare improcedente, en el mismo acto administrativo en que se resolvió negativamente la revocatoria, se le debe poner en conocimiento del rechazo del jerárquico, haciéndosele saber al administrado que la vía administrativa se encuentra agotada y notificado que sea, dispondrá de habilitación de la vía para incoar la demanda contenciosa administrativa¹³².

La 2da parte del Art. 92 faculta al administrado a mejor el recurso, dentro de las 48 hs de recibido el expediente por el superior. A los efectos de que el administrado lo pueda hacer efectivo la norma debería indicar que es a partir de su notificación. Pero la norma guarda silencio, como también lo hace sobre esta cuestión el art. 64 del DLPABA. Por ello como sostiene Botassi¹³³ “resulta de buena administración notificar expresamente al particular el arribo del expediente contabilizando los dos días a partir del siguiente al que aquella se produzca”. Por nuestra parte agregamos, además como un modo de evitar futuros planteos de nulidades.

II) Recurso jerárquico autónomo: Denominamos así al recurso jerárquico que es impetrado por el administrado, para distinguirlo del recurso jerárquico implícito o en subsidio. Gordillo prefiere la denominación de recurso jerárquico en sentido propio por oposición de los que llama recursos jerárquicos impropios¹³⁴. Botassi¹³⁵ lo denomina simplemente Recurso Jerárquico. Por nuestra parte preferimos denominarlo recurso jerárquico autónomo para referirnos a la especie de recurso jerárquico que es impetrado por el administrado, para distinguirlo del recurso jerárquico implícito o en subsidio que debe tramitarlo de oficio la administración con la opción del administrado de mejorar los fundamentos.

Botassi¹³⁶ sostiene que es aquel mediante el cual se impugna un acto administrativo definitivo o que afecta el derecho de defensa del particular, y que debe ser resuelto por un órgano superior a aquel del cual emana.

A nuestro criterio, *recurso jerárquico* es el “escrito procedimental, interpuesto en tiempo oportuno y que persigue la finalidad de obtener del órgano superior, una decisión definitiva y firme y por ende que de resultar adversa, tenga aptitud para habilitar la instancia judicial”.

En este estadio, es decir encontrándose un expediente en estado de resolución del recurso jerárquico, la resolución que se produzca, por distintos caminos puede adquirir la calidad de acto administrativo definitivo a saber:

- 1- En virtud de que la resolución resulte favorable y sea consentida.
- 2- Cuando el acto se dicte con audiencia o intervención del interesado (Art. 97 inc b, CPA).
- 3- Y por último cuando la resolución haya resultado desfavorable y notificada al nos particular. Desde aquí disponemos de un acto administrativo definitivo y firme, y que por ende habilita a ocurrir frente a la instancia judicial.

En relación al nivel de la autoridad que debe entender en el recurso jerárquico nos remitimos a lo dicho en el punto 4.4 (trámite), que es aplicable tanto a los recursos contra actos de alcance general como a los recursos contra actos de alcance individual.

En síntesis los extremos a considerar para la interposición y tramitación del recurso jerárquico en subsidio o autónomo son los siguientes:

1- Procedencia: contra actos interlocutorios y contra trámites en vía de convertirse en

Definitivo. Puede tratarse de un acto administrativo denegatorio de un pedimento o reclamo, o de un acto administrativo que resuelve negativamente un recurso de revocatoria. En todos los casos esos actos administrativos como condición previa a la impugnación deben ser legalmente notificados.¹³⁷

1- Improcedencia: No proceden contra los actos de mero trámite, ni en principio, contra los actos administrativos finales (los que son dictados por el titular político del poder de que se trate). Frente a estos la vía administrativa está agotada y solo tenemos la opción de interponer revocatoria en tiempo oportuno para que se suspenda el plazo de caducidad. Tampoco frente a los actos emanadas del titular de una entidad autárquica ni frente a los del art. 97 inc b del DLPABA (audiencia con él interesado).

2- Legitimación: Idem unidad 6.4.-

3- Interposición: ante el mismo órgano que resolvió la denegatoria pero es resuelto por el superior y si es en subsidio, el mismo órgano que resolvió desfavorablemente debe elevar las actuaciones al superior y

¹³² BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 442, Pto 394.

¹³³ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 444, Pto 394 in fine.

¹³⁴ 148 GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 5, Libro III, Parte Especial (Los Recursos en Particular), Capítulo VIII “Recurso de Revocatoria”. Pág PRA-IX-2.

¹³⁵ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pag Pág 444.

¹³⁶ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pag 445, Pto 395.

¹³⁷ BOTASSI sostiene que procede contra actos que hacen mérito sobre la cuestión de fondo y respecto de actos interlocutorios que afecten el derecho de defensa del administrado. Ob citada pág 445 in fine.

notificar al interesado tanto de la resolución como de la elevación del expediente, aunque esto último no se encuentre reglamentado, hace al derecho constitucional del derecho de defensa.

4- *Fundamentación*: se debe fundar con el escrito de interposición de la revocatoria (Art. 92), pero podrá ampliar los fundamentos conforme al Art. 91 del DL 7647/70 in fine.

5- *Plazo resolutivo*: Diez días a partir de recepción del expediente por el órgano respectivo (Art. 78 y 101 DL 7647/70).

6- *Plazo interpositivo*: Diez días desde su notificación (Art. 89 DL 7647/70).

7- *Órgano resolutivo*: Si el acto previo lo dictó un órgano con rango inferior a director será resuelto por el superior (puede ser un director o jefe de departamento). Si fuese emanada de director o equivalente por el titular del poder de que se trate. Art 166 inc 5to Const. Pcia Bs As, Art 1 CCA y Arts 99 y 100 DL 7647/70. Ej si fue dictado por una secretaria de la SCBA, el jerárquico será resuelto directamente por la SCBA.

8- *Sustanciación*: se debe resolver sin sustanciación (sin traslado a otros interesados). Sin embargo se debe dar intervención a Asesoría general de gobierno para que produzca su dictamen, (y si se trata de una cuestión patrimonial) a Contaduría General de la Pcia, para luego ser enviado a Fiscalía para su vista¹³⁸ (Art 101 DL 7647/70).

a.3. *Recursos Administrativos contra actos de alcance general*: nos remitimos a lo dicho en el punto 4 de la bolilla VI.

b) RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN SENTIDO AMPLIO

Como anticipáramos en este subsistema ubicamos tanto a los recursos administrativos impropios (denuncias de ilegitimidad y recursos de apelación administrativo) como a los remedios.

b) 1. *Recursos administrativos en sentido impropio*:

1. *Denuncias de ilegitimidad*: Fueron tratados en el último sub punto de la unidad VI, es decir en el punto 4.7. al cual remitimos.

2. *Recurso de Apelación (Administrativo)*: esta herramienta jurídica se encuentra contemplada en el artículo 94 del DL 7647/70 y en la OG 267/80, aunque no con idéntico contenido, pues mientras que el DLPABA habla de entes autárquicos, la OG 267/80 habla de entes descentralizados, que es un concepto más amplio y acertado que el del DL 7647/70, porque entre otros quedarían comprendidos también las sociedades mixtas con mayoría de participación estatal, siempre y cuando estén realizando actividad materialmente administrativa y por esta razón quedaría excluida de su revisión tanto la actividad comercial como la civil¹³⁹.

La doctrina mayoritaria y pacífica entiende que se trata de un recurso jerárquico impropio. Gordillo sostiene que el recurso jerárquico impropio sería aquel “medio de impugnación para atacar actos de las entidades descentralizadas (entes autárquicos, empresas del Estado) ante el Poder Ejecutivo. Dado que tales entidades están sometidas a un contralor administrativo pero no estrictamente a un poder jerárquico¹⁴⁰”.

Botassi¹⁴¹ en conformidad con el CPA mencionado ab initio de este apartado, sostiene que el recurso de apelación es “aquel medio de impugnación para ciertas decisiones de las entidades descentralizadas con la finalidad de demostrar su ilegalidad ante el Poder Ejecutivo, quien de corresponder, las anulará”.

En cuanto a su naturaleza jurídica, consideramos que este instituto es de naturaleza mixta, pues mientras tiene carácter optativo (como el recurso de revocatoria), sin embargo se interpone y funda de manera similar al recurso jerárquico implícito, pero aquí no hay una relación jerárquica aunque como sostiene Cassagne se ejerce sobre los entes descentralizados un poder de revisión de carácter tutelar. Y en cuanto al objeto de su competencia solo es posible la revisión de sus actos administrativos definitivos; lo que lo diferencia del recurso jerárquico (que también admiten los interlocutorios) y más aún del recurso de revocatoria. En síntesis los extremos a considerar para la interposición y tramitación del recurso de apelación son los siguientes:

1- *Procedencia*: contra actos definitivos y firmes. Pero coincidimos con Botassi en que incluyen a los que resolviendo un aspecto del trámite impiden su continuación o afecten gravemente el derecho de defensa. (*).

2- *Improcedencia*: No proceden contra los actos emitidos por el titular político de la administración (actos administrativos finales), ni contra los actos emitidos por las entidades descentralizadas que sean de mero

¹³⁸ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 439.

¹³⁹ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 456 ab initio.

¹⁴⁰ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 5, Libro III, Parte Especial (Los Recursos en Particular), Capítulo VIII “Recurso de Revocatoria”. Pág PRA-IX-2.

¹⁴¹ BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 452, Pto 404.

(*) Ampliar BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 454 2do párr. y nota 77.

trámite, ni los interlocutorios (excepto que estos impidan la continuación del trámite); ni por cuestiones técnicas salvo supuesto de arbitrariedad; como así tampoco por cuestiones de mérito.

3- *Legitimación*: Idem unidad 6.4.-

4- *Interposición*: ante la autoridad jerárquica superior del ente excepto que se hubiese pedido que tramite subsidiariamente al jerárquico interno.

5- *Fundamentación*: se debe fundar con el escrito de interposición (Arts. 94/92 DLPABA).

6- *Plazo resolutivo*: Diez días a partir de recepción del expediente por el órgano respectivo (Art. 78 y 101 DL 7647/70).

7- *Plazo interpositivo*: Diez días desde su notificación (Art. 94/92 2da parte DL 7647/70).

8- *Órgano resolutivo*: Titular Poder ejecutivo Art 144 Const. Pcia. Bs. As.

9- *Sustanciación*: se debe resolver sin sustanciación (sin traslado a otros interesados). Sin embargo se debe dar intervención a Asesoría general de gobierno para que produzca su dictamen, (y si se trata de una cuestión patrimonial) a Contaduría General de la Pcia, para luego ser enviado a Fiscalía para su vista¹⁴² (Art 101 DL 7647/70). Nulificado el acto vuelven las actuaciones para que el ente dicte nueva resolución ajustada al derecho ordenado por la resolución del ejecutivo.

b).II. REMEDIOS:

Con Botassi¹⁴³ decimos que “Lo típico del recurso administrativo es alzarse contra un acto, antes que adquiera firmeza para que el mismo órgano que lo dictó u otro, lo deje sin efecto, lo modifique o lo reemplace. A lo que por nuestra parte agregamos o lo anule como en el caso de apelación. Por lo que en el género remedios englobamos a los llamados recursos de queja (Art. 93), revisión (Art. 118) de rectificación de errores materiales (Art. 114), y de aclaración (Art. 116), todos del DLPABA, que para nosotros no constituirían recursos propiamente dichos.

1. *Recurso de Queja*: Se encuentran prescriptos en el Art 93 del DLPABA y en el Art 93 de la OG 267/80 con idéntico texto, pero aquí último bajo el título de “silencio de la administración”, en tanto que el DL 7647/70 lo subsume a su artículo 93 bajo el nombre de avocación por el superior. Consiste en “la potestad de acudir ante el superior jerárquico inmediato, a efectos de que éste disponga las medidas necesarias para subsanar las anomalías incurridas en las actuaciones”¹⁴⁴. Aquí no se produjo un acto administrativo, sino que por el contrario hubo una omisión estatal frente al deber de resolver, por lo que sería improcedente articular ningún recurso para impugnar lo que aún no existe. Sino que precisamente este remedio consiste en “sólo atacar conductas morosas o negligentes de los agentes responsables del procedimiento y siempre que, precisamente, ellas no se refieran a los plazos de los recursos pues éstos tienen, para esas situaciones, sus propios medios de protección y defensa”¹⁴⁵.

2. *Revisión de oficio*: Se encuentran regulados en el Art. 113 del DLPABA y en el Art. 113 de la OG 267/80. Se prevé la modificación, sustitución, anulación y revocación del acto administrativo antes de ser notificado. Por lo que aquí no se ha llegado a vulnerar ningún derecho adquirido por lo que significa que es perfectamente válida. Sin embargo la nulidad debe ser fundada en razones de legalidad exclusivamente. En tanto que la revocación que debe fundarse en razones de oportunidad en virtud del interés público, del juego armónico con el Art. 114 surge que solo se puede revocar el acto formalmente imperfecto o viciado¹⁴⁶.

3. *Revisión a pedido de parte*: Se ubican con idéntico texto en los artículos 118, tanto en el DLPABA como en la OG 267/80. Siempre que existen vicios estos prevalecen frente a la estabilidad del acto. Sin embargo al no tratarse de un recurso sino de un reclamo, no se encuentra prescripto plazo para interponerlo y debe peticionarse frente a la autoridad que resolvió el acto administrativo. Aun siendo ello así, debe peticionarse dentro del plazo de prescripción de los actos administrativos es decir dos años, y siempre que no se trate de actos nulos de nulidad absoluta o de actos inexistente, pues para estos últimos no existe plazo de tiempo¹⁴⁷. Es decir que solo se puede pedir la revisión de actos anulables. Y dicho plazo prescriptivo comienza a correr a partir de la evidencia que lleva al convencimiento de la necesidad de su revisión.

Debe tratarse de un acto definitivo y firme, acompañarse con el escrito la prueba de la oportunidad, apoyarse en las causas que prevé el Art 118 y peticionarse por persona legitimada a tal fin.

¹⁴² BOTASSI Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 439.

¹⁴³ Botassi Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 424.

¹⁴⁴ CASSAGNE Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Cap VI, Secc 2da, Pág. 615 Ab initio. Editorial LexisNexis de Abeledo-Perrot.

¹⁴⁵ Conf. CASSAGNE Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Cap VI, Secc 2da, Pág. 615 in fine. ditorial LexisNexis de Abeledo-Perrot. También “COMADIRA Julio Rodolfo (Director), Curso de Derecho Administrativo, Pág. 70.

¹⁴⁶ 160 Botassi Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 587 in fine 1er párr.

¹⁴⁷ Botassi Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 623.

4. *Aclaratoria*: Es una figura prevista en el Artículo 116 de ambos cuerpos normativos es decir del DLPABA y de la OG 267/80 con igual texto. Consiste en una solicitud del particular para que se clarifique un aspecto ambiguo o contradictorio de la resolución aunque esta hubiese resultado favorable al particular. La norma prevé la posibilidad de pedirla cuando exista contradicción entre la motivación y la parte resolutive o para el caso de que se hubiese omitido resolver alguna petición. En cuanto a los efectos nada dice pero creemos que en virtud del principio de defensa se debería otorgarle efecto interruptivo para que el particular pueda entrar a conocer tanto los hechos como el derecho en que se apoya la administración para así poder realizar un adecuado ejercicio de su derecho de defensa¹⁴⁸.

5. *Rectificación de errores materiales*: Con idéntico texto y numeración tanto en el DLPABA como en la OG 267/80 prescribe que “en cualquier momento podrán rectificarse los errores materiales o de hecho y los aritméticos.” Es decir no existe plazo para hacer el reclamo por tal cuestión y deberá realizarse por el órgano que emitió la resolución. Deben tratarse de errores materiales o aritméticos que no realicen una modificación sustancial en el objeto del acto administrativo, tal es lo que prescribe el decreto reglamentario de la ley 19549 en su art. 101.

El acto rectificatorio se integra al aclarado, no configura una decisión autónoma y sus efectos se retrotraen a la fecha del anterior ya que se trata de convalidación de resoluciones con vicios saneables¹⁴⁹.

6. *Revocatoria contra actos de oficio*: Se encuentra regulado en el artículo 96 del DLPABA y de la OG 267, con igual texto en el primer párrafo pero con diferencias en el 2do párrafo pues mientras en el DL 7647/70 habla del gobernador la OG se refiere al departamento ejecutivo. Sin embargo como solo puede impetrarse el recurso de revocatoria entendemos que el órgano que resuelva debe tener competencia delegada por el titular del ejecutivo municipal, pues la resolución que allí se produzca causará estado.

Como se dijo cuando tratamos el recurso de revocatoria, este es un recurso optativo pues con la resolución producida de oficio una vez notificada en realidad la vía ya se encuentra agotada. Sin embargo ambos cuerpos legales prevén la posibilidad de recurrirse por esta vía y de presentarse prueba, debiéndose presentar y ofrecer la misma con el escrito de interposición. Solo este recurso es viable puesto que no hay superior jerárquico.

22. Los Actos Administrativos en el Decreto Ley 7647/70

Concepto: Antes de la reforma constitucional de 1994, en la provincia de Buenos Aires, en virtud del Art. 1 de la llamada ley Varela, solo eran atendibles judicialmente por la SCBA, las resoluciones definitivas, dictadas por el “*Poder Ejecutivo, las Municipalidades o la Dirección General de Escuelas*”...; es decir nos encontrábamos en el contexto de una concepción orgánica o subjetiva del derecho administrativo y como consecuencia de esto, era natural que solo se considerase acto administrativo a aquellos emanados solo de estas autoridades pre mencionadas. Y en ese contexto resultaba comprensible que se dijese que acto administrativo era “toda declaración proveniente de un órgano estatal¹⁵⁰”.

Devenida la reforma constitucional de 1994, resultaría un contrasentido lógico darle el mismo alcance que cuando teníamos una concepción subjetiva del derecho administrativo. A tales efectos GORDILLO¹⁵¹ señala que es “una contradicción definir la función administrativa en sentido material y el acto administrativo en sentido orgánico, para con ello arribar a la conclusión de que ciertas materias administrativas que en nada difieren de las demás, jamás darán lugar a actos administrativos”.

Por tal razón con BOTASSI¹⁵² decimos que “el acto administrativo emana siempre de un sujeto dotado de autoridad, generalmente público, colocado en una situación de preeminencia en función de las finalidades que persigue y del régimen legal que lo ampara, con modulaciones propias que escapan y se diferencia de los contenidos del derecho común”. Decimos generalmente público, porque en atención a la reforma constitucional de 1994, debe estarse en conformidad con el art. 166, 5to párr., a la función administrativa, con prescindencia del órgano emisor de la resolución, pudiendo ahora dicho acto, ser emitido por otro poder del estado (como el judicial o el legislativo), un ente (como los colegios profesionales), e inclusive por una persona física (como un concesionario); siempre y cuando esa resolución sea materialmente administrativa.

¹⁴⁸ Botassi Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 615.

¹⁴⁹ Botassi Carlos A. y OROZ Miguel H.E., Ob. citada, Pág 612.

¹⁵⁰ CASSAGNE Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Cap VI, Secc 2da, Pág. 47. Buenos Aires. 2002. Editorial LexisNexis de Abeledo-Perrot.

¹⁵¹ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Capítulo I, “El acto administrativo como parte de la función administrativa”, Pág. 1-7.

¹⁵² BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, pág 494/5.

(*) Procurador y Aydtte D. Adm., Catedra II, Comisión 6.

En definitiva coincidimos con los maestros GORDILLO y BOTASSI cuando afirman que es “una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata¹⁵³”.

En el DL7647/70 no se encuentra contenida una definición, aunque coincidimos con BOTASSI en que se enrola en una perspectiva subjetiva, y esto es consecuencia de que su sanción es anterior a la reforma constitucional de 1994, y por ende de lege stricta, quedan excluidos los actos administrativos emitidos por los otros poderes como asimismo de entes o personas físicas.

Hablar de Actos Administrativos, es hablar de una categoría de actos estatales pero no de la única. Dentro del género actos estatales también se encuentran comprendidos: los reglamentos y los contratos administrativos, los actos legislativos en sentido formal, los actos judiciales emanados del Poder Judicial (sentencias y resoluciones), los actos de gestión civiles o comerciales, los actos interorgánicos e interadministrativos, los llamados actos jurisdiccionales administrativos, los actos de gobierno y actos institucionales, los actos preparatorios o de procedimiento¹⁵⁴.

Lo más controversial es en punto a si los contratos administrativos son o no actos administrativos por su carácter bilateral, dado que los actos administrativos por definición, son “una manifestación unilateral en ejercicio de la función administrativa¹⁵⁵”. La doctrina mayoritaria entiende que no lo son. Sin embargo CASSAGNE¹⁵⁶ sostiene que “al contrato administrativo se le aplican los principios de la teoría del acto administrativo (elementos, nulidades, vicios, extinción), con las peculiaridades que hacen a la figura contractual, aplicación que realizan inconscientemente todos los autores que aun cuando adhieren a la concepción del acto unilateral, al analizar los contratos administrativos aplican a estos últimos, las reglas de las nulidades del acto administrativo”. Y en nota 27 cita jurisprudencia contencioso administrativa¹⁵⁷ en que se dice que “Los contratos administrativos son actos administrativos en la medida que le son aplicables los principios de su teoría general”. La diferenciación entre contratos y actos administrativos, a mi entender surge desde el mismo texto de CASSAGNE cuando sostiene que “al contrato... se le aplican... con las peculiaridades que hacen a la figura...; de esta misma afirmación surge que no existe una identidad entre ambas figuras. Tampoco en la jurisprudencia que cita, pues conforme a ella los contratos son actos administrativos pero solo en la medida que le son aplicables sus principios. De donde surge con claridad que si bien en algunos supuestos son equiparables pero de ningún modo se puede afirmar que son idénticos pues cuando no les son aplicables los principios dejarían de serlo. Y por aplicación de las reglas de la lógica sabemos que un objeto no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Por ende ambos son actos jurídicos de carácter público pero de disímil contenido y significación pues mientras los actos administrativos son “una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos individuales en forma inmediata¹⁵⁸” como decía Linares¹⁵⁹ si se examina el contrato administrativo, “se advierte que, desde el punto de vista orgánico, no es puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica”. En definitiva los contratos administrativos son actos jurídicos bilaterales de carácter predominantemente público y no actos administrativos, y como dice GORDILLO¹⁶⁰ todos “están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico-administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión. Además de ello existen otros principios comunes a reglamentos y actos administrativos, particularmente en materia de nulidades y vicios del acto, de las reglas que debe seguir y respetar la administración en su emisión, etc., pero ello no obsta a que existen todavía algunas diferencias entre ambos, que a nuestro modo de ver justifican la distinción terminológica.”

6.2. Estabilidad del Acto Administrativo: En la provincia de Buenos Aires este principio se encuentra consagrada desde la sanción de la ley 2961/05 (ley Varela), que en su artículo 5 prescribía “las autoridades

¹⁵³ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Capítulo IV, Págs. 31 y 32. BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, pág 495.

¹⁵⁴ 168 Ampliar BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, pág 496 a 509.

¹⁵⁵ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, pág 496 a 506.

¹⁵⁶ CASSAGNE Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Cap VI, Secc 2da, Pág. 47. Buenos Aires. 2002. Editorial LexisNexis de Abeledo-Perrot.

¹⁵⁷ Idem anterior.

¹⁵⁸ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Capítulo IV, Pág. 32.

¹⁵⁹ LINARES JUAN FRANCISCO, FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 1975, Editorial Astrea. Pág. 202.

¹⁶⁰ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Capítulo IV, Pág. 4.

administrativas no podrán revocar sus propias resoluciones, en asuntos que den lugar a la acción contencioso administrativa, una vez que la resolución hubiese sido notificada a los particulares interesados¹⁶¹. Va de suyo que si el acto no ha sido notificado aún la administración de oficio lo puede modificar pues aún no ha nacido ningún derecho adquirido para el particular.

En nación este principio fue reconocido a partir del fallo Carman de Cantón como aplicación lógica de la doctrina de los derechos adquiridos¹⁶², y es conocido como cosa juzgada administrativa. Este principio surge del juego sistémico de los arts 114, 117 y 118 de la Ley 7647/70 consagrado el principio de estabilidad de los actos administrativos regulares que entrañan y se traduce en su irrevocabilidad ex officio en sede administrativa¹⁶³.

La cosa juzgada administrativa abarca el horizonte de los actos regulares y los que sin serlo no posean vicios que excluyan sus requisitos esenciales o errores graves y manifiestos¹⁶⁴.

6.3. Elementos o requisitos: son determinados componentes que deben, necesariamente, aparecer en los mismos para que pueda afirmarse su existencia y validez¹⁶⁵.

En la LNPA se encuentran regulados en el Art. 7mo y enuncia los siguientes: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad; y por separado en el Art. 8vo el elemento forma. Hutchinson entiende que el acto administrativo está integrado por el objeto, la motivación y la forma y sostiene que los demás elementos son presupuestos de existencia o requisitos de eficacia¹⁶⁶.

En el DL 7647/70 se encuentran los mismos elementos pero diseminados a lo largo de su articulado. BOTASSI¹⁶⁷ siguiendo a MARIENHOFF agrega como presupuesto insoslayable del acto su condición de voluntario. Los expondremos en el siguiente orden: a) Competencia, b) Voluntad, c) Causa d) Objeto e) Motivación, f) Forma, g) Procedimiento, h) Finalidad. Y conjuntamente con cada elemento mencionaremos el o los vicios que (de presentarse) lo invalidan.

a) **Competencia:** GORDILLO¹⁶⁸ sostiene que es “el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo” y es en principio improrrogable salvo los casos de avocación, sustitución o delegación¹⁶⁹. Y en atención al principio de competencia material decimos que consiste en las potestades del órgano, ente o persona física, que se reputan legítimas, por encontrarse normativamente autorizadas (o al menos no prohibidas expresamente)¹⁷⁰, en el contexto de decisiones materialmente “administrativas, y reconociéndosele en ese caso competencia para actuar”.

El DLPABA en su art. 3 prescribe que “La competencia de los órganos de la Administración pública se determinará por la Constitución de la Provincia, las leyes orgánicas administrativas y los reglamentos que dicten el Poder Ejecutivo y las entidades autárquicas. Entendemos que el concepto órgano es extensible a órganos del PJ y del PL y a entes y personas físicas¹⁷¹”.

La competencia se puede encontrar viciada en razón del grado del órgano, el tiempo en que fue emitida la resolución, la materia objeto del acto administrativo, el territorio y el monto hasta el que se encuentra autorizado a resolver. Si la incompetencia es en razón del tiempo, de la materia o del territorio, acarrea la nulidad o la inexistencia¹⁷². Y si lo es en razón del grado, o el monto acarrea la anulabilidad¹⁷³.

Voluntad: Para que el acto sea imputable al sujeto del cual emana, y para que sea una verdadera y efectiva declaración o manifestación administrativa, debe haber sido dictado con plena “voluntad”, sin que medie error, dolo o coacción (violencia física o moral) de ninguna naturaleza¹⁷⁴. En este elemento lo que cuenta en función del vicio de error, es el error de hecho pues así surge del art. 118 DLPABA. Si se trata de

¹⁶¹ En la nota al Art. 5 Luis Varela dijo que “no habría estabilidad en la adquisición de los derechos, si, al mes, al año de haberse dictado una resolución, por la cual se reconociese un derecho a un particular, la misma autoridad que hizo ese reconocimiento, viniese a hacer un reconocimiento contrario por un acto posterior”.

¹⁶² Autos: Elena Carman de Cantón c/ Gobierno Nacional s/ reconocimiento derecho de pensión, SCJN, 14/08/1936, Fallos 175:368.

¹⁶³ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, pág 611.

¹⁶⁴ Conf BOTASSI Idem anterior.

¹⁶⁵ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 512.

¹⁶⁶ HUTCHINSON Tomás, REGIMEN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Editorial ASTREA, 9na Edición. Pág. 86, comentario Art. 7°.

¹⁶⁷ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 513.

¹⁶⁸ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Capítulo VIII, Pág. 33.

¹⁶⁹ Art 3 in fine DL 7647/70.

¹⁷⁰ Conf. BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág págs85/86.

¹⁷¹ Arg. Art. 166 5to párr. Const. Pcia de Bs As del año 1994.

¹⁷² MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, T° II, Pág 518. GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Capítulo VIII, Pág. 38. BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 526.

¹⁷³ Autos Cortés, Ester R. c/ Municipalidad de La Plata s/ Demanda contencioso Administrativa, SCBA, 05/03/91, causa B-50.287.

¹⁷⁴ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 513.

un error importante, el acto será nulo. Si es menor será anulable. Si el vicio es de dolo o coacción el acto es nulo¹⁷⁵.

c) *Causa*: Se trata de los antecedentes de hecho y de las circunstancias de derecho que llevan al dictado del acto. En el derecho comparado, Manuel Feo la Cruz¹⁷⁶ entiende que se debe proceder a subsumir los hechos en el derecho, para determinar si corresponden al supuesto de hecho consagrado en la norma legal. Si al hacer esta operación se considera que se da la adecuación de los hechos y el derecho, se procede a dictar el acto respectivo. Nuestra jurisprudencia ha dicho que “es la circunstancia de hecho impuesta por la ley para justificar la emisión del acto¹⁷⁷”. Ejemplo de esta adecuación sería cuando un comercio expide bebidas alcohólicas después de las 21 hs. Existe una norma prohibitiva¹⁷⁸, sin embargo el comercio realiza la conducta prohibida y adecuada a la norma, ergo el acto administrativo resultante se encuentra causado.

Vician la causa por el contrario, la afirmación de un hecho¹⁷⁹ o norma inexistente¹⁸⁰ o precepto legal inaplicable al caso¹⁸¹.

d) *Objeto*: Hutchinson¹⁸² siguiendo a Bandeira de Mello, dice que consiste en lo que el acto decide, valora, certifica, registra u opina a través de la declaración pertinente. Debe ser lícito¹⁸³ y posible jurídica y materialmente¹⁸⁴. Y además el DL 7647/70 establece que “el contenido de los actos se ajustará a los dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquellos¹⁸⁵”.

Los objetos que adolecen de vicios serían aquellos cuyo contenido está prohibido por la ley o resultan jurídicamente imposible o aquellas prestaciones imposibles de hecho, o imprecisas u oscuras, o aquellos que deciden de manera irrazonable, contradictoria, desproporcionada, absurda o ilógica, o por último aquellos inmorales o contrarios a la ética¹⁸⁶.

e) *Motivación*: GARCIA DE ENTRERRIA ha expresado que “Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto¹⁸⁷”. Botassi¹⁸⁸ nos ilustra diciendo que es “el relato expreso de las circunstancias de hecho y los fundamentos de derecho que llevan a su dictado”. Existe una diferencia que a primera vista pareciera confundirse entre la causa y su motivación pero a poco de andar vemos que la causa hace a la existencia de los hechos y la norma en que estos se subsumen, en tanto que la motivación hace a la explicitación de las razones que la administración tuvo para adecuar tales normas a los hechos probados en el expediente. En tal sentido la SCBA ha expresado que “la motivación es un modo de reconstruir el íter lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular...y que es derivación del principio republicano de gobierno¹⁸⁹”. BOTASSI¹⁹⁰ sostiene que la motivación tiende a cumplir tres finalidades: 1) que la administración este sometida al derecho en un régimen republicano, y de cuentas de sus decisiones, 2) que estas puedan ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas y 3) que el particular afectado pueda ejercer suficientemente su defensa. El DLPABA la reguló en el art. 108, en el capítulo XIV “De los Actos Administrativos”, y exige que contenga “una relación de hechos y fundamentos de derecho...”.

De ordinario suele estar en los considerandos pero no hay obstáculos en que sea incluida en el visto. Como se desprende del ordenamiento jurídico en su conjunto, la carga de motivar corresponde a la

¹⁷⁵ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 527.

¹⁷⁶ Manuel Feo la Cruz servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-8.pdf.

¹⁷⁷ Causa GIANERA, CNCiv, Sala J, 23/9/99, LL, 1999-E-520).

¹⁷⁸ ley 11825, art. 2º prescribe:” Prohíbese en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires la venta, expendio o suministro a cualquier título, el depósito y exhibición, en cualquier hora del día, de bebidas alcohólicas en comercios de los rubros denominados kioscos, kioscos polirrubros, estaciones de servicio y sus anexos y la venta ambulante de las mismas”.

¹⁷⁹ Hariou cita la jurisprudencia establecida por el Conseil d'Etat, entre otras en la decisión arrêt Blanchart (del 23 de marzo de 1923) donde se trataba de un decreto en el que se decía que el recurrente había sido trasladado a petición propia a otras funciones; como en realidad tal petición faltaba, la causa jurídico era inexistente. Fuente: FERNANDO GARRIDO FALLA, “LOS MOTIVOS DE IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS”, Pág 50/51, Nota 79, www.cepc.gob.es.

¹⁸⁰ 194 Sería el caso de que se diga que el acto se apoya en ley o norma sin precisarlas, o en una norma inexistente.

¹⁸¹ Si se apoyase en una norma anterior implícitamente derogada por una posterior, o en contradicción al principio de congruencia.

¹⁸² HUTCHINSON Tomás, REGIMEN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Editorial ASTREA, 9na Edición. Pág. 88, comentario Art. 7º.

¹⁸³ Art 953 Código de Velez y Arts 279, 958, 1004 del CCC.

¹⁸⁴ El Art. 7 inc c) del DLPAN prescribe “el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible”.

¹⁸⁵ Art. 103 DL 7647/70. Se refiere a los fines públicos que se deben adecuar a todo el ordenamiento nacional e internacional incorporados por nuestra constitución a través del art 75 inc. 22.-

¹⁸⁶ Conf. BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág. 532.

¹⁸⁷ GARCIA DE ENTRERRIA Eduardo, “Curso de Derecho Administrativo” T. I, 5ª Ed., Civitas S.A., Madrid, 1989, pág. 549.

¹⁸⁸ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 518.

¹⁸⁹ Causa PALLARDO Hernán c/ Provincia de Bs As (IPS) s/ Demanda contencioso administrativa, SCBA, Causa B-61402, fecha 25/04/07.

¹⁹⁰ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 519.

administración y si bien excepcionalmente pueden considerarse integrados con los dictámenes conforme a la doctrina de la fundamentación integrativa, (como enseña la profesora Irina Ieal), para ello se deben dar los extremos que surgen del voto del Dr Soria en la causa B. 56.525, Pto VI.4.¹⁹¹ y que recomendamos leer atentamente.

Vician este elementos la motivación insuficiente como por ejemplo, aducir razones de servicio, por aplicación de la normativa vigente o en ejercicio de atribuciones propias; y desde luego la ausencia total de motivación. Ambos casos acarrearán la nulidad¹⁹².

f) *Forma*: La forma del acto es el medio por el cual la voluntad administrativa se exterioriza¹⁹³. Botassi¹⁹⁴ distingue entre formas y formalidades, estas últimas consisten en el procedimiento previo al dictado del acto. El DL 7647/70 la regula en el Art. 104, 1er párr y prescribe que “Los actos administrativos se producirán o consignarán por escrito cuando su naturaleza o circunstancia no exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión y constancia”. La falta de mención del lugar y/o fecha de emisión del acto, lo hacen anulable y si no posee firma deviene en inexistente¹⁹⁵.

g) *Procedimiento*: en materia de acto administrativo cabe postular que la regla son las formalidades del acto, en el sentido de que ellas están concebidas como garantía del ciudadano y como tales deben ser aplicadas e interpretadas¹⁹⁶. No puede resolver inconsultamente y por ende necesita requerir dictámenes e informes; no ha de decidir inauditamente y en consecuencia debe oír al interesado antes de dictar el acto. Si el acto era apto para producir efectos jurídicos, debía entonces estar conforme a derecho en ese momento, y no presentarse a rendir un repechaje tardío¹⁹⁷. BOTASSI¹⁹⁸ sostiene que el procedimiento previo se vincula tanto con el mecanismo de elaboración del acto (voluntad) como con la manera de exteriorizarse (forma). La doctrina en general afirma que los dictámenes y vistas no son impugnables en principio porque no constituyen actos administrativos, y porque una vez producidos no se deberán admitir nuevas presentaciones¹⁹⁹. Sin embargo con Beltrán Gorostegui²⁰⁰ entendemos que el acto de asesoramiento puede ser impugnado, solo que en oportunidad de cuestionar al acto administrativo por encontrarse viciado su elemento procedimiento. Dicho procedimiento se encuentra regulado por el DL 7647/70 en los arts 29 y sgts, 54 y 55, 57, y 106/7.

BOTASSI²⁰¹ entiende que “los vicios del procedimiento acarrearán la nulidad de la decisión cuando son de tal entidad que afectan el ejercicio del derecho de defensa por parte del administrado”. Ejemplo de estos vicios serían cuando falta la vista a la Asesoría General de Gobierno o Fiscalía de Estado o su expedición carece de motivación o es insuficiente²⁰².

h) *Finalidad*: Es precisamente en el ejercicio de la actividad discrecional donde se demuestra la importancia que corresponde asignar al elemento finalidad como requisito esencial y autónomo de validez del acto administrativo, ya que cuando la actividad fuese reglada, bastará confrontar la finalidad del acto con el derecho objetivo para determinar o no su adecuación al interés público²⁰³. La finalidad que se procura al dictar cualquier acto administrativo debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico²⁰⁴.

¹⁹¹ SCBA, Autos “M. , A. contra Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa”, Causa B. 56.525, 13/2/08. Voto del Dr Soria: “(i) el acto resolutorio debe transcribir el texto íntegro o, en su defecto, hacer mérito en forma clara de los dictámenes o informes en que se funda;(ii) tales actos preparatorios deben, a su vez, reunir los requisitos de legalidad aplicables y, en particular, los inherentes a una motivación suficiente exigible al acto resolutorio pues, de lo contrario, éste no satisfaría la exigencia del art. 108 de la ord. gral. 267/80; (iii) si la resolución se remite a varios actos preparatorios sin detenerse a ponderar lo que cada uno de ellos aconseja, propicia o recomienda, entonces, para reputarla congruentemente motivada, la solución propiciada y los fundamentos esenciales de todos ellos deben ser concordantes; y; (iv) el interesado debe haber tenido acceso o ser notificado de los dictámenes o informes a los cual se remite o habrá de remitirse el acto administrativo resolutorio, previa o juntamente con éste (arg. art. 62, ord. gral. 267/80).”

¹⁹² Conf. GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Capítulo IX, Pág 32.

¹⁹³ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Cap IX, Pág. 348.

¹⁹⁴ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 514.

¹⁹⁵ Idem obra anterior, Pág 529.

¹⁹⁶ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Cap X, Pág. 1.

¹⁹⁷ GORDILLO Agustín, Obra citada, Cap X, Pág 2.

¹⁹⁸ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 515.

¹⁹⁹ Art. 57 DLPABA N°7647/70.

²⁰⁰ Beltrán Gorostegui, “El dictamen Jurídico, Edit El Derecho, pag 75.

²⁰¹ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As, La Plata, 2011, Pág 530.

²⁰² bis Causa B. 64.413, de fecha 4/9/2000, autos “Club Estudiantes de La Plata c/ Municipalidad de La Plata s/ Amparo”.

²⁰³ CASSAGNE Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Cap VI, Secc 2da, Págs. 121/122 . Buenos Aires. 2002. Editorial LexisNexis de Abeledo-Perrot.

²⁰⁴ CASSAGNE, Idem anterior, Pág. 121.

Vician a la finalidad la falta de racionalidad entre el medio empleado por la administración y los fines perseguidos por la norma es lo que la doctrina denomina desviación de poder²⁰⁵ y en ese caso el acto administrativo es nulo. GORDILLO²⁰⁶ dice que esta existe cuando el funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una distinta de la perseguida por la ley, y como ejemplo de esto menciona lo que sucedió en la causa De la Torre, José Alejandro²⁰⁷, en la que se dijo que las circunstancias del caso producían “el convencimiento de que, bajo la apariencia de una separación por la vía del art. 13 de la ley 14.794, se ha encubierto una verdadera cesantía”.

En Pcia de Bs As la SCBA ha dicho que “Un acto padece el vicio de desviación de poder cuando la atribución del órgano administrativo ha sido usada con una finalidad distinta a la prevista por las normas, falta que la parte debe probar fehacientemente, dada la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos”²⁰⁸.

“Si se alega desviación de poder debe acreditarse que una atribución ha sido ejercida con una finalidad distinta que la que la norma que la instituyó tuvo en miras al establecerla, mediante pruebas claras y concretas. Esta Suprema Corte desde antiguo ha señalado que un acto padece el mentado vicio (desviación de poder), cuando la atribución del órgano administrativo ha sido usada con una finalidad distinta de la prevista por las normas”²⁰⁹.

23. Bibliografía

- Barra R. “La situación jurídica del administrado –derecho subjetivo e interés legítimo-“. Buenos Aires: RAP N° 11, pág.7.
- Bezzi, A. M. “Las notificaciones administrativas. Análisis de sus principios a la luz de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: el caso Tarquini”. Buenos Aires: ED T. 138, pág.648.
- Bezzi, O. M. “El poder disciplinario de la Administración pública: naturaleza, procedimiento y control jurisdiccional“. La Plata: Revista del colegio de abogados de La Plata N° 43, pág.31
- Bezzi, O. H. (2003). “La teoría del acto administrativo: consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución”. Temas de Derecho Administrativo. La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. –Director-, Oroz, M. H. E. y Mammoni, G. A. -*Coordinadores*- (2010). *Procedimiento tributario bonaerense*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. – Oroz M. H. E. (2014). *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (1994). “Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación”, LL 1994-D, pág.945.
- Cabral, P. O. (2010). “El procedimiento administrativo previo como una vía idónea a la acción de amparo bonaerense”, Buenos Aires: Revista Abeledo Perrot (2010 N° 6, Colección 76 –R- p. 675).
- Cabral, P. O. y Schreginger, M. J. (2009). *El régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Canosa, A. (2005). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Buenos Aires: RAP.
- Canosa, A. (1996). *Los recursos administrativos*. Buenos Aires: Edit. Abaco.
- Canosa, A. (1998). “Los recursos”, *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
- Cassagne, J. C. (1974). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (1990). “Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento y proceso administrativo”, LL 1990-C, pág.967.
- Cassagne, J. C. (2003) “A treinta años de la sanción de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, LL 2003-A, pág.944.
- Cassagne, J. C. “La revocación del acto administrativo por falta de causa”, ED-38, p.291.
- Comadira, J. R. (2006). *El acto administrativo en la ley de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: La Ley.

²⁰⁵ BOTASSI Carlos A – OROZ Miguel H. E., *Procedimiento Administrativo de la Pcia de Bs As*, La Plata, 2011, Pág 533.

²⁰⁶ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Cap IX, Pág 27.

²⁰⁷ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editado por FUNDACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Cap IX, Pág 29.

²⁰⁸ SCBA B-57002, de fecha 09/03/1999, Autos “González, Graciana Ester c/Municipalidad de La Matanza s/Demanda contencioso administrativa”.

²⁰⁹ SCBA, Causa B-57340, de fecha 04/07/2012, Autos: “Centeno, Angel M. c/Municipalidad de General Pueyrredón s/Demanda contencioso administrativa”.

- Coviello, P. (1966) "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de legalidad", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, enero-diciembre de 1966, p.109.
- Dromi, R. (1995). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Escola H. (1981). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- D`Argenio I. (1974). "Revocabilidad de los actos administrativos", *JA*, doctrina, 1974, p.319.
- D`Argenio I. "El mérito del acto como elemento de legalidad", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, año 6, 1994, n° 15/16 p.127.
- De Estrada J. R. (1976) "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular", *LL* 1976-D, p.820.
- Fiorini B. "Teoría jurídica del acto administrativo", Abeledo Perrot, 1969.
- Fiorini B. "La potestad anulatoria de la Administración Pública", *LL* 140, p.462.
- Fiorini B. y Mata I. *Licitación pública*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gambier, B. (1992). "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo", *JA* 1992-III, pág.673.
- García Ghigioni E. y Giuliano J. "El control. Breve reseña histórica y conceptos generales", *Función Pública* N° 123/124, pág.47.
- Halperín D. A. y Bogut Salcedo J. E. "Procedimiento Administrativo: ámbito de aplicación" (Dec. Ley 19.549/72) en "Legislación usual comentada. Derecho Administrativo", Cicero, Nidia Karina (Directora), *La Ley*, 2015, t. I, p. 3.
- Gordillo, A. (2013). "Tratado de Derecho Administrativo". Buenos Aires: FDA.
- Grau, A. "La razonabilidad en el procedimiento administrativo" *La Ley* 131 – 1555.
- Grecco, C. (1990). "Vías de hecho administrativas", *LL* 1990-C, p.1203.
- Gutierrez, R. H. (1993). *Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires Comentado*. Buenos Aires: Depalma.
- Hutchinson, T. (1987). "Las notificaciones administrativas en el orden nacional", *La Ley* 1987-E-1062.
- Hutchinson, T. (1995). *Régimen de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: Astrea.
- Hutchinson, T. (1995). *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Astrea.
- Hutchinson, T. (2006). *Ley Nacional de procedimiento administrativo. Comentada, anotada y concordada con normas provinciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Linares, J. F. "La competencia y los postulados de la permisión". Buenos Aires: *Revista Argentina de Derecho Administrativo* n° 2, 1971.
- Linares, J. F. (1981). "El concepto de acto administrativo y su definición". Buenos Aires: Colegio de abogados y A.A.D.A., 1981, p.5.
- Mairal H. (1989). "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia". Buenos Aires: *LL*, diario del 13 de junio de 1989.
- Mairal, H. (1994). *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Marienhoff, M. S. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Oroz M. H.E. (2002) "Nulidad de la notificación en el procedimiento administrativo". Buenos Aires: *JA* 2002-II, p.714.
- Oroz M. H.E. "El plazo de gracia en el procedimiento administrativo bonaerense y su consagración legislativa", *LL* 2005-C, pág.1214.
- Prieri Belmonte, D. A. (2000). "Principios del derecho administrativo en un fallo de la Suprema Corte Provincial", *LL* 2000-A, pág.105.
- Revidatti, G. (1981). "La prueba en el procedimiento administrativo". La Plata: *Rev. Colegio Abogados La Plata y A.A.D.A.*, 1981, p.83
- Salomone, R. "Breve comentario sobre la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires; *RAP* 156-26.
- Sesín, D. (2003) "Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juridicidad", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- Soria, D. F. (1990) "Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial". Buenos Aires: *LL* 1990-C, p.945.
- Ugarte, J. M. (2015). "Creación del Cuerpo de Abogados del Estado" en Cicero N. K. –Directora- *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: *La Ley*.
- Tawil, G. S. (1985) "El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo". Buenos Aires: *LL* 1985-E, pág.962
- Tawil, G. S. (1986). "El cómputo de los plazos para recurrir y los días hábiles administrativos". Buenos Aires: *LL* 1986-E, pág.561.
- Tribiño, C. R. "El Fiscal de Estado". Buenos Aires: *ED-110*, pág. 858.

CAPÍTULO 7

Procedimiento Administrativo

Carlos Botassi, Homero Villafañe, Franco Israel Silicaro, Guillermo C. Tribiño, Natalia M. Peluso, Guillermo Rizzi, Jérica Celis Romero, Brenda Zaidman, Pablo Cabral e Irina Leal.

1. Procedimientos Administrativos Especiales

Los procedimientos administrativos especiales consisten en aquellas reglas y principios establecidos en una normativa específica que, adecuándose a las disposiciones generales establecidas en el Dec. Ley 7647/70 en el ámbito Provincial, y en su caso a la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 en el ámbito nacional; regulan lo atinente al trámite administrativo a seguir, en lo referente a la participación e intervención de los interesados en la preparación o toma de decisión de la voluntad de la administración.

En el desarrollo del presente capítulo, nos abocaremos al trámite que se establece en materia de selección del contratista en el ámbito provincial y nacional.

2. Selección de Contratistas. Ley de Obras Públicas y Reglamento de Contrataciones del Estado Provincial

El procedimiento de selección del contratista en el marco de la Administración Pública Nacional se encuentra regulado por el Decreto delegado 1023/01, su Decreto reglamentario 893/12, la Disposición 58/14 de la Oficina Nacional de Contrataciones (por medio de la cual se aprueba el Pliego de Bases y Condiciones Generales); y el Pliego de Bases y Condiciones Particulares (el cual es aprobado para cada contratación que se lleve a cabo). En el ámbito Provincial, se encuentra regulado por el Decreto Ley 7.764/71 de Contabilidad, y su Decreto Reglamentario 3300/72.

Es de gran importancia destacar que integran este bloque jurídico la Convención Anticorrupción de las Naciones Unidas, aprobada por Ley 26.097; y la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley 24.759. Las cuales tienden a contrarrestar el actuar arbitrario e irregular de la administración, y los efectos nocivos que pueda acarrear el mismo.

En lo que hace al procedimiento a seguir a la hora de efectuar una contratación, el Dec. 1023/01 establece en su Art. 24 como regla general que tal contratación, debe llevarse a cabo mediante licitación pública o concurso público. Entendiendo por tal aquel procedimiento que se encuentra dirigido a un sinnúmero de posibles oferentes, y que sobre la base de la previa comprobación de la idoneidad moral, técnica, y financiera; tiende a establecer cual persona ofrece la oferta más conveniente. Lo que diferencia la licitación del concurso es que, mientras el factor a tener en consideración para la adjudicación en la licitación se basa en cuestiones de índole económica; en lo que respecta al concurso, se basa en aspectos técnicos, científicos, artísticos y similares. Por lo cual, es común que el concurso se dirima mediante una prueba de oposición y antecedentes, determinando así cual es la persona más idónea para llevar a cabo tal prestación.

El régimen jurídico, prevé otros mecanismos de selección del contratista cuando dadas las características del objeto y el precio del contrato, no sea procedente llevar a cabo una licitación o concurso público. Al respecto se encuentran contemplados en el Art. 25 del Dec. delegado 1023/01 los siguiente procedimientos:

Licitación o concurso privado: Es aquel procedimiento en el cual solo intervienen como oferentes aquellos proveedores que se hallen inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores. Cuando no sea procedente dirigir el llamado a los mismos podrá la propia Administración invitar a otros interesados.

Contratación directa: Este tipo de procedimiento presenta dos variantes, por un lado podemos referirnos a la adjudicación simple por medio del cual el Estado elige al contratista de manera directa, sin puja previa o compulsas de posibles oferentes; y por el otro nos referimos a la compulsas abreviada la cual se da cuando mediando más de un oferente la contratación a efectuarse es de bajo monto, median razones de urgencia o emergencia o hubo un procedimiento de licitación pública fracasado.

Subasta pública: Procedimiento previsto para la compra y venta de bienes públicos, dirigido a un sinnúmero de oferentes, previa publicidad del llamado y cuya adjudicación se efectúa al mejor postor en el mismo acto.

3. Concursos para aspirantes a Agentes Públicos

Un Estado activo requiere contar con un personal competente, debidamente capacitado y seleccionado mediante mecanismos transparentes que garanticen la igualdad de oportunidades, en los que el mérito y la idoneidad sean valorados como el principal capital de los postulantes.

Tanto nuestra Constitución Nacional, como algunos tratados internacionales que Argentina ha incorporado a su derecho interno reflejan la idea anteriormente expuesta, es así que el Art 16 de nuestra carta magna establece que no se requerirá otra condición que la idoneidad para el acceso al empleo. Por su parte, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción¹ dispone en su Art. 7 la obligación de los Estados de adoptar "sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos" que estén "basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud". Esto implica que el Estado argentino y las provincias se encuentran impedidos de establecer mecanismos de selección o actos individuales de ingreso que no consulten estos estándares.

La Ley 26.861 viene a receptar esta garantía, estableciendo el procedimiento de concurso público para ingresar al Poder Judicial y el Ministerio Público de la Nación, cuyo objeto está destinado a regular el ingreso democrático e igualitario de persona.

Distingue la mencionada ley los requisitos a cumplir para ingresar a las categorías² de: personal de maestranza y oficios (Art. 6), empleado (Art. 7), y cargos letrados (Art. 8); así mismo, establece en su Art. 9 que debe reservarse un 4% de los cargos a cubrir para personas con discapacidad.

Para poder acceder a este régimen, los interesados que cumplan con los requisitos allí establecidos, deberán presentar un formulario de inscripción en el mes de marzo de cada año. Vencido el plazo para presentar el mismo, la autoridad de aplicación deberá conformar una nómina con los inscriptos e indicar la fecha de evaluación que consistirá en un examen escrito bajo la modalidad múltiple choice. Habiéndose realizado esta última, se procederá a un examen de antecedentes de quienes hubieran alcanzado el puntaje mínimo de acuerdo a las disposiciones de la ley; y luego procederá a realizarse una lista con el orden de mérito definitivo.

En el ámbito provincial no puede desconocerse que el Poder Ejecutivo tiene potestades de nombramiento de empleados públicos, de acuerdo a los procedimientos legales establecidos al efecto; según las disposiciones del Art. 52 y 144 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia mediante las Resoluciones 3186/06, 327/10 y 867/13 organizó e implementó una prueba de idoneidad para los interesados en ingresar en el agrupamiento administrativo del área Administración de Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, la misma cuenta con una validez de tres (3) años a partir de la fecha de aprobación. Este examen consta de una etapa escrita y una evaluación de tipeo posterior que se desarrollará sólo al momento de contar con una efectiva propuesta de nombramiento puesto que la aprobación del examen es un primer requisito necesario pero no suficiente para el ingreso al Poder Judicial. Por último es importante destacar que al tratarse de puestos administrativos los abogados y estudiantes avanzados de derecho, que acrediten fehacientemente tener

¹ Aprobada en nuestro país por la ley 26097

² El Escalafón Judicial se encuentra regulado en las acordadas 9/05 y 49/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

aprobadas las materias que requiere la reglamentación vigente, están exceptuados de rendir el examen de idoneidad.

Por tratarse de un procedimiento de selección que puede realizarse por oposición o por antecedentes (o por una combinación de ambos), responde a la adaptación de los mismos principios que veremos adelante.

Lo normal es que se realice en razón de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre los que intervienen en el concurso. Para poner un ejemplo de la necesaria adaptación de los principios que ya vimos podemos aseverar que difiere de la licitación pública en que la oposición emergente de la concurrencia no tiene en vista las condiciones de orden económico-financiero, sino las de orden técnico-personal.

Así también las bases del llamado a concurso son el equivalente del pliego de condiciones del procedimiento licitatorio. Se trata de un conjunto de cláusulas obligatorias, impuestas unilateralmente por el Estado de conformidad con las pautas reglamentarias, que regulan el trámite del procedimiento y la elección o aceptación del candidato. Enmarcado en el cumplimiento del principio de igualdad, dichas cláusulas deben contener disposiciones genéricas de manera tal que permitan la participación de un número indeterminado de aspirantes en idénticas condiciones.

El llamado a participar de un concurso efectuado dentro de los plazos que fija la reglamentación vigente en la materia, constituye una garantía para el particular dado que da cumplimiento a los principios de publicidad y transparencia, ambos referidos *ut supra* y a cuya explicación remitimos. Siguiendo en líneas con el desarrollo de este último, si tomamos como ejemplo, un reglamento de concursos de una unidad académica universitaria podemos comentar que la conformación del jurado que intervendrá en el mismo debe darse a conocer conjuntamente con el listado de los aspirantes en el término que fije la reglamentación³.-

4. Principios aplicables

En palabras de Carlos E. Delpiazzo⁴, los principios constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido.

El procedimiento de selección, sea de contratistas o de agentes estatales, se encuentra enmarcado en el cumplimiento de determinados principios, que pueden entenderse como la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos de actuar con transparencia, fomentando la igualdad y seleccionando la propuesta o el postulante que resulte más conveniente para el interés público. Siendo este último, un elemento central que gravita y preside en todo el régimen jurídico, y que en el tema que aquí nos ocupa, reviste particular importancia dado que se encuentra en juego el correcto manejo de los fondos públicos y la mejor eficiencia de la gestión de los intereses colectivos.

Para el mejor desarrollo del tema lo centraremos en el trámite licitatorio sin perjuicio de señalar que los principios que enunciaremos se aplican, *mutatis mutandi*, a los concursos vinculados con el empleo público.

4.1. Principio de Igualdad

Para que la competencia que se da en el proceso de selección del contratista sea real, se debe considerar a todos los interesados en pie de igualdad, lo cual implica evitar todo tipo de privilegios o discriminación que favorezca o perjudique a unos en detrimento o provecho de otro. Es por ello que se establece que los pliegos deben redactarse con reglas generales e impersonales, es decir se deben excluir aquellas cláusulas que sólo puedan ser cumplidas por un determinado concurrente.

Este principio tiene un doble fin protectorio: por un lado respecto de los oferentes y adjudicatarios; y por el otro con relación a la sociedad, cuyos intereses se engloban en el interés público, ya que su vigencia es una herramienta a favor de la transparencia, principio que también entra en juego en este procedimiento.

Garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la administración es un objetivo de naturaleza jurídica, el cuál en nuestro país tiene consagración constitucional a través del art. 16. Este valor puede tener aparentes excepciones ya que debemos tener presente que se trata de igualdad entre iguales.

³ Ver al respecto Ordenanza 179/86 Reglamento de Concursos para la provisión de cargos de profesores ordinarios y el Anexo I de la Resolución 415/04 Reglamento de concursos para auxiliares de la docencia. UNLP.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos-RIVERO YSERN, Enrique, *La contratación pública. Tomo I*. Primera Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 543-558.

4.2. Principio de Concurrencia

La doctrina y la práctica licitatoria privilegian como principio fundamental la concurrencia o competencia entre los oferentes⁵. Este tiene por objeto asegurar la participación del mayor número posible de oferentes calificados, para que el administrador pueda obtener las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer, es decir a quien haya efectuado la oferta más conveniente⁶. No obstante lo dicho, tal principio no implica que si se recibe una única oferta la misma tenga que ser rechazada; ya que debe interpretarse que es la mejor que puede obtenerse en un mercado donde no existen interesados.

El criterio de libre concurrencia, esta receptado en el art. 28 de la Ley de Contabilidad Provincial cuando establece que “El Poder Ejecutivo determinará las condiciones generales y particulares para las Licitaciones de modo que favorezcan la concurrencia de la mayor cantidad de oferentes...”.

4.3. Principio de Publicidad y Transparencia

La publicidad y transparencia constituyen un elemento esencial del procedimiento de selección del contratista, los cuales deben estar presentes durante el desarrollo del mismo e incluso en la etapa de ejecución el contrato respectivo, ya que pueden llegar a ser uno de los ámbitos más vulnerables en materia de corrupción⁷.

La publicidad constituye una garantía tanto para los interesados como para la administración. A los interesados, les garantiza estar en conocimiento de la intención del ente público de celebrar un determinado contrato, de las condiciones para participar en el procedimiento, de los criterios que se utilizarán para la selección y de las cláusulas que tendrá la futura contratación. Por su parte, a la administración, le da garantías de poder contratar efectivamente con quien efectuó la oferta más conveniente; ya que implica una más amplia participación de oferentes y además legitima el proceso, eliminando la posibilidad de revisión o cuestionamiento por parte de la comunidad u otros entes públicos.

Con el fin de alcanzar la transparencia, nuestro ordenamiento jurídico fija una serie de reglas entre las cuales figura el anuncio en diversos medios de comunicación y difusión de las contrataciones que se efectúan; ya que mediante este sistema no sólo se favorece una mayor afluencia de interesados sino que se asegura paralelamente una mayor transparencia en la gestión estatal (ver art. 9 y 32 Dec 1023/2001). Sólo si la publicidad es efectiva se podrá tener un control de la actividad económico financiera de la administración por parte de la sociedad, de los oferentes y de los propios órganos del Estado. }

4.4. Principio de Eficacia, Eficiencia y Economía

Tal principio, comúnmente conocido como la regla de las “3E” rige el procedimiento de selección del contratista atento a las disposiciones del régimen jurídico. El mismo se encuentra contemplado en el Art. 1 Dec. 1023/01, entendiéndose por eficiencia aquel principio en el cual se enmarca el cumplimiento del objeto de acuerdo a las necesidades y los resultados a obtener. Por su parte la eficacia apunta a que la celebración del contrato se lleve a cabo en el momento oportuno para cubrir tal necesidad, en miras a la satisfacción del interés público comprometido. Finalmente, el principio de economía tiene que ver con celebrar el contrato al menor costo posible, o con quien hubiere efectuado la oferta más conveniente.

Entiéndase que tales principios se encuentran vinculados a la exigencia de razonabilidad, inherente a todo el accionar del Estado en tanto el fin específico de la función administrativa se encuentra encaminado a la satisfacción del interés público; razonabilidad que no se agota en la letra de la ley (Art. 28 Const. Nac.), sino que también, es un componente inexcusable de la propia eficacia y eficiencia administrativa⁸.

⁵ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo II*. Buenos Aires, F.D.A: 2014.

⁶ Es importante aclarar que por oferta más conveniente no ha de entenderse aquella que resulte más económica en virtud de ser la de menor precio, si no que para efectuar tal evaluación corresponde tener en cuenta varios aspectos de las ofertas formuladas, tales como el precio, la calidad, etc. Es decir que debe llevarse a cabo un análisis global de la totalidad de las ofertas recibidas. Según lo dispone el Art.15 Dec. 1023/01

⁷ Conforme a ello la Ley 25188 de Ética de ejercicio de la función pública, consigna entre los deberes y pautas de comportamiento ético la de observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad (art 2. inc. a).

Por su parte la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su Art III.5 “Que todos los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:(...)5 Sistemas ... para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia.”

⁸ COMADIRA, Julio R. *Las bases Constitucionales del procedimiento administrativo*. RAP (309), p 229-244

4.5. Principio de Compras Públicas Sustentables

Este principio se viene gestado desde la década del 90 a propósito de los grandes problemas ambientales, por lo que implicó la aparición de aspectos ambientales en las políticas y los procedimientos de compras y contrataciones públicas. Como resultado de la cumbre de Johannesburgo se amplió el concepto incorporando a los criterios ambientales cuestiones sociales y éticas.

Las compras públicas sustentables, son el proceso mediante el cual las instituciones gubernamentales se proveen de bienes, servicios e insumos sobre la base de lograr el mejor rendimiento del dinero considerando aspectos sociales, económicos y ambientales para su adquisición⁹, de modo que, al tiempo que satisfacen una necesidad concreta también contribuyen a objetivos de largo plazo.

Por aplicación de este principio al momento de contratar, deben tenerse en cuenta aspectos tales como las condiciones de producción del bien o servicio a adquirir, los materiales que lo componen, el empleo de energías renovables, las consecuencias directas e indirectas que su producción, consumo o prestación suponen en el corto y largo plazo, las condiciones laborales de las personas que conforman la nómina de empleados dentro de la cadena de valor, sumado a otros criterios éticos y sociales relacionados con convenciones internacionales, derechos humanos y trabajo infantil.

5. Procedimiento de Licitación Pública

La normativa vigente en materia de Licitación Pública prevé los pasos a seguir a la hora de llevar a cabo dicho procedimiento de selección del contratista. El desarrollo del mismo se enmarca en el cumplimiento de los principios referenciados anteriormente.

5.1. Declaración de la Necesidad

Previo a llevarse a cabo el procedimiento de selección del contratista, debe existir una manifestación por parte de la Administración Pública de cubrir determinada necesidad, teniendo en miras la satisfacción del interés público.

5.2. Habilitación Presupuestaria

Una vez definida la necesidad a afrontar, corresponde que se lleve a cabo la aprobación de la partida presupuestaria correspondiente, y la consiguiente reserva del gasto; tendiente a solventar posteriormente el contrato.

Entiéndase que tal obligación, se encuentra receptada en el Art. 6 Dec. delegado 1023/01. Por otro lado, el régimen provincial contempla expresamente en el Art. 7 Dec 3300/72 que "... Toda autorización a un llamado deberá fijar obligatoriamente la imputación preventiva del gasto...". Por su parte la Ley de Obras Públicas (Ley 13.064), establece de manera expresa en su Art. 4 que se requerirá previo al llamado a licitación o contratación directa la "aprobación del proyecto y presupuesto respectivo".

5.3. El Pliego de Bases y Condiciones

El Pliego es aquel documento elaborado por la Administración Pública destinado a regular el procedimiento licitatorio, y el régimen de ejecución del contrato de que se trata. Sus disposiciones constituyen cláusulas obligatorias tanto para la Administración como para los oferentes; por lo que una vez celebrado el contrato, el pliego pasa a ser el programa contractual que regula y garantiza los derechos y obligaciones de los contratantes. Es decir, que resguarda tanto el procedimiento previo a la formación de la voluntad contractual, como el de la ejecución del contrato.

Es importante remarcar que en todo procedimiento de selección del contratista rigen dos Pliegos. Por un lado, el de Bases y Condiciones Generales¹⁰; el cual contiene disposiciones relativas a los contratos de una

⁹ RODRIGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ábaco, 2013, p. 187

¹⁰ La CSJN se expidió reconociendo la naturaleza reglamentaria del Pliego general en el fallo Espacio S.A v. Ferrocarriles Argentinos, del 22/12/93

misma especie. Los pliegos generales configuran reglamentos es decir, son actos de alcance general normativo dada su vocación de permanencia. Y por el otro lado, los Pliegos Particulares, que son actos generales no normativos, ya que se consumen con el procedimiento al que están dirigidos a regir; debiendo subordinarse a las disposiciones del pliego general.¹¹

El Pliego de Bases y Condiciones en líneas generales debe contener especificaciones relativas a:

Identificación del objeto licitado: Clara y específica identificación del mismo, a fin de que las ofertas a efectuarse puedan responder a lo que la Administración está solicitando. Dispone el Art. 45 Dec. 893/12, que debe indicarse al respecto las cantidades, características y calidades del mismo. Así como los criterios de sustentabilidad¹² que deberán cumplir los bienes o servicios, o satisfacer los proveedores.

Habilitación jurídica, técnica y financiera: Deben constar aquellos requisitos que se exigen a quienes pretenden participar en la licitación. Ello por cuanto, el interés público comprometido no se concilia con la posibilidad de celebrar un contrato con quién no se puede comprometer por insuficiencia económica o técnica, menos aún podría vincularse con quién no tenga aptitud jurídica para ello.

Fijación de los actos y términos del procedimiento: El pliego debe contener una especificación clara referente a la regulación de aquellos actos o actuaciones que deben llevarse a cabo a lo largo del procedimiento licitatorio; así como también, indicar los términos del mismo, las solemnidades que se deben cumplir, los derechos y deberes de los oferentes y de la administración durante el trámite de dicho procedimiento.

Fijación de las cláusulas del contrato: Elemento esencial para que existan interesados en contratar, dado que a partir del mismo se conocen los términos en que el futuro oferente debe comprometerse.

5.4. Llamado a Licitación. Publicidad

Constituye un acto administrativo, por medio del cual se aprueba el Pliego, se imputa el gasto, y se ordena la publicación del mismo. Es una invitación abierta a presentar ofertas que se ajusten a las condiciones establecidas.

La publicidad del mismo se debe efectuar a través de la publicación en el Boletín Oficial, se difundirá en el sitio de internet de la ONC; así mismo, se debe comunicar a las asociaciones que nuclean a proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro (ver Art. 49 Dec 893/12, Art 9 Dec. 3300/72). El contenido de tal publicación se encuentra determinado en las disposiciones del Art. 57 Dec. 893/12, el cual debe contemplar: nombre del organismo o repartición contratante, objeto, número de expediente, lugar del retiro del pliego, lugar de presentación de ofertas, lugar día y hora de apertura de las ofertas.

5.5. Pedido de aclaraciones. Impugnación del Pliego

Puede suceder que una vez publicado el pliego de bases y condiciones, a los posibles oferentes les surjan dudas sobre uno o más puntos del mismo, de ahí que el oferente pueda solicitar aclaraciones, formular reservas, y en su caso efectuar impugnaciones al mismo. Tales pedidos deben realizarse de manera escrita y en forma pública y las respuestas deben ser comunicadas a la totalidad de los participantes del procedimiento, puesto que pasan a integrar el marco jurídico que rige la licitación, ello en resguardo de la vigencia del principio de igualdad.¹³

Por su parte, la impugnación de los pliegos debe efectuarse por los oferentes antes de presentar sus propuestas, solicitando en caso de ser necesario, las aclaraciones o modificaciones que estimen convenientes. Como requisito, toda impugnación debe presentarse fundada y detallarse el motivo en el cual se apoya la misma.

En caso de efectuarse una impugnación directa al Pliego General, la misma debe ser realizada conforme las disposiciones que establece el ordenamiento respecto de las impugnaciones de los actos de alcance general. En cambio, si lo que se busca impugnar es el Pliego de Bases y Condiciones Particulares debe tenerse en cuenta que este por revestir el carácter de acto administrativo, está sujeto para su validez a todas las exigencias previstas por las leyes de procedimiento administrativo (cap. XIV de la L.P.A.B.A) y por lo tanto podrá impugnarse directamente en sede administrativa a través de los remedios recursivos previstos.

¹¹ RODRIGUEZ, María José. *Ob. cit.*; IVANEGA, Miriam Mabel. *El procedimiento de la licitación pública*. Derecho PUCP, N° 66, 2011, p. 257-276

¹² Establece al respecto el Art. 195 Dec 893/12: *Los criterios de sustentabilidad deberán garantizar el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente, en especial lo que se relaciona con condiciones dignas y equitativas de trabajo y ausencia de trabajo infantil.*

¹³ DE LA RIVA, Ignacio M. *Apuntes sobre licitación pública*. E.D.A (252) nro. 13:214, 2013

5.6. Presentación de Ofertas

Las ofertas deben presentarse en el lugar, y hasta el día y la hora que hubiese sido indicado en la convocatoria; debiéndose rechazar sin más trámite las que se presenten pasada esa fecha. La normativa vigente establece que la presentación de las mismas implica el pleno conocimiento y aceptación de las disposiciones del Pliego, por lo que no existe la posibilidad de que sean modificadas luego de su presentación¹⁴.

Las ofertas que se presenten deben dar cumplimiento a los requisitos que al efecto estipula la normativa vigente; y se debe acompañar una garantía de mantenimiento de la oferta, equivalente al 5% del monto total de la oferta (Art. 70 y 100 inc a Dec 893/12).

Una vez presentada, las ofertas deben mantenerse por un plazo de 60 días corridos a partir de la fecha del acto de apertura. El plazo indicado se prorrogará automáticamente, salvo que el oferente manifieste su decisión de retirar la oferta con un antelación de 10 días corridos al vencimiento de cada plazo, en ese supuesto no perderá la garantía que hubiera acompañado; si por el contrario manifiesta su voluntad de continuar con el mantenimiento luego del plazo indicado, perderá la garantía.

En el régimen provincial, lo atinente a la presentación y contenido de las propuestas, se encuentra regulado en los Art. 16, 17 y 18 Dec. 3300/72.

5.7. Apertura de Ofertas

La apertura de las ofertas se realiza una vez finalizado el plazo para presentar las mismas, en acto público, y se labrara un acta de apertura en la cual constaran los datos necesarios que permitan identificar el procedimiento licitatorio en cuestión, la autoridad contratante, las ofertas presentadas; así como también, los montos de las mismas, la fecha y hora fijadas en que se labre el acta, y la firma de los funcionarios intervinientes (Art. 75 Dec. 893/12, Art. 35 y 38 Dec. 3300/72).

En el acto de apertura, la Administración no puede expedirse acerca de la admisibilidad o no de las propuestas que se hayan efectuado, sino que debe limitar su actuación a abrir los sobres y consignar las ofertas que se hayan recibido, como así también debe indicar las objeciones que se formulen.¹⁵

Previo a remitir las actuaciones a la Comisión Evaluadora, la unidad operativa de contrataciones deberá efectuar una planilla comparativa de los precios de las ofertas presentadas, (conf. Art. 78 Dec 893/12, Art. 44 Dec. 3300/72)}

5.8. Evaluación de Ofertas. Preadjudicación

La preadjudicación consiste en una propuesta elevada por el cuerpo técnico de evaluación u órgano asesor a la autoridad que debe proceder a adjudicar el contrato.¹⁶ Tal propuesta es obligatoria y no reviste carácter vinculante para la autoridad contratante.

En tal dictamen el órgano asesor debe contener un examen sobre el cumplimiento de los aspectos formales del procedimiento, una evaluación de las calidades de los oferentes y de las ofertas presentadas, y una recomendación sobre la resolución a adoptar.

Una vez emitido el dictamen, se debe notificar a los oferentes para que puedan formular las impugnaciones que estimen procedentes (ver Art.92 y 93 Dec. 893/12, Art. 51 y 53Dec. 3300/72).

¹⁴ Ello sin perjuicio de destacar que podrá solicitarse al oferente que efectuó ciertas correcciones o modificaciones en la oferta que hubiese presentado, siempre y cuando tales cambios no afecte aspectos esenciales de la misma. A fin de no quebrantar el principio de igualdad. Ver Art. 85 Dec 893/12.

¹⁵ GORDILLO Agustín, Ob. cit.

¹⁶ DE LA RIVA, Ignacio M. Ob. cit.

5.9. Adjudicación

Mediante el acto administrativo de adjudicación, se pone fin al procedimiento licitatorio. En palabras de Rodríguez¹⁷, de la oferta y la adjudicación surge el acuerdo de voluntades, el consentimiento que obliga a los oferentes a suscribir el contrato.

La adjudicación, es el acto administrativo por el cual, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, la Administración decide cual es la más conveniente y la acepta, quedando a partir de allí determinado quien es el cocontratante. La misma debe ser notificada al adjudicatario y a los demás oferentes dentro de los tres días de dictado el acto respectivo.

Es importante destacar que previo a la notificación de la orden de compra o la firma del contrato, se debe comprobar la disponibilidad del crédito y efectuar el registro del compromiso presupuestario correspondiente.

5.10. Perfeccionamiento del Contrato

El perfeccionamiento del contrato se produce a partir de la notificación de la orden de compra respectiva en el contrato de suministro o por la firma del contrato en materia de obra pública, la misma deberá ser comunicada al adjudicatario dentro de los 10 días de la fecha de notificación del acto de adjudicación. (Ver Art. 96 y 97 Dec. 893/12, Art 55 Dec. 3300/72).

6. El Procedimiento Licitatorio en la Ley de Obras Públicas y en el Reglamento de Contrataciones de la Provincia de Buenos Aires

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la obra pública se encuentra regulada por la Ley 6021 (en adelante L.O.P.) y su Dec. Reglamentario 5488/59.

En el presente apartado nos abocaremos al procedimiento de licitación pública establecido en dicha normativa, haciendo mayor hincapié en aquellos tramites que presentan una regulación diferente al establecido por el Reglamento de Contrataciones 3300/72, referido ut supra.

En lo atinente a la habilitación presupuestaria, dispone la L.O.P en su Art 5 la necesidad de que previo al llamado a licitación debe estar prevista la financiación respectiva en la ley de presupuesto¹⁸ correspondiente al año en curso.

Previo al llamado a licitación, deben elaborarse los Pliegos de Bases y condiciones Generales y Particulares cuyo contenido se encuentra regulado en el Art. 5 y Art. 15 ap.12 Dec. Reglamentario 5488/59. Habiéndose elaborado los mismos, se procede a publicar el llamado a licitación en el Boletín Oficial y en los diarios locales y regionales del lugar de asiento de la obra a licitar, y en el sitio de internet por el tiempo que fija el Art. 13 L.O.P.

La presentación de las ofertas debe hacerse en las mismas condiciones que anteriormente fueron referenciadas, debiéndose acompañar una garantía de mantenimiento de la oferta del 1% del importe del presupuesto oficial de la obra que se licita (ver Art. 16 L.O.P y su reglamentación).

La apertura de las ofertas debe llevarse a cabo en el lugar y en la fecha y hora fijados, pudiendo los interesados solicitar o formular aclaraciones relacionadas con dicho acto hasta antes de iniciada la apertura de las ofertas; una vez iniciada esta no se admitirán nuevas propuestas ni interrupción alguna. Es importante remarcar, que en el desarrollo de esta etapa se reconoce expresamente en el Art. 17 seg. párr. L.O.P la posibilidad de que la administración rechace aquellas ofertas que no cumplan con los requisitos establecidos en los inc. a, b y c del artículo referenciado. Potestad que se encuentra vedada en el régimen establecido por el Dec. Delegado 1023/01 y el Reglamento de las contrataciones 3300/72.

Otra diferencia que presenta la normativa vigente en el marco del procedimiento de obras públicas, es la posibilidad de que la repartición contratante solicite una mejora de precios cuando hubiera dos o más ofertas convenientes, llamando a mejora de precios en propuesta cerrada entre esos proponentes exclusivamente. Dicho llamado debe llevarse a cabo dentro de los 15 días de celebrado el acto licitatorio (ver Art. 20 L.O.P.).

¹⁷ RODRIGUEZ, María José, ob. Cit.

¹⁸ La Ley de Obras Públicas establece expresamente en su Art. 7 que la ley de presupuesto debe preverse hasta un 10% para ampliaciones, modificaciones, ítems nuevos e imprevisos, cuyo importe se ajustara al monto de la adjudicación. (En virtud de la reforma introducida a dicho artículo por la Ley 12.575).

La normativa vigente establece expresamente la necesidad de la intervención de la Asesoría General de Gobierno, Fiscal de Estado y Contaduría General de la Provincia; previo al dictado del acto de adjudicación. Este último, debe dictarse dentro de los 90 días contados a partir de la fecha de celebración del acto de apertura, por el Ministerio correspondiente.

La adjudicación debe recaer sobre la oferta que resultare más conveniente, entendiendo por tal aquella de menor monto. Pero cuando no sea seleccionada la misma, la administración deberá fundamentar la selección efectuada teniendo en consideración las disposiciones de los Pliegos de Bases y Condiciones. Dicho acto de adjudicación, debe notificarse al adjudicatario para que en el término de 30 días corridos y contados desde el siguiente al de notificación concorra a firmar el contrato respectivo. Debiendo acompañar en dicha oportunidad, una garantía de cumplimiento no inferior al 5% del monto del contrato.

Habiéndose firmado el mismo, el cocontratante deberá presentar un plan de trabajo acorde a lo establecido a la reglamentación, dentro de los 10 días de haberse efectuada dicha firma.

7. Sumario Disciplinario

Este tipo de procedimiento administrativo sumarial tiene por objeto garantizar la tramitación del ejercicio de la potestad disciplinaria que el ordenamiento jurídico le reconoce al Estado en el marco de la relación de empleo público y cuya finalidad es mantener el orden y buen desarrollo de las actividades propias de la Administración Pública por parte de sus agentes. Estas facultades de actuación del Estado deben nacer como consecuencia de habilitación normativa como manifestación de la aplicación del principio de legalidad, mecanismo a través del cual se atribuye dicha potestad a la Administración¹⁹.

La potestad disciplinaria del Estado actúa en el marco de una relación de la Administración Pública con sus trabajadores, que se encuentran expresamente protegidos por el ordenamiento jurídico, y en lo que aquí atañe, mediante la garantía de la estabilidad del empleado público. El agente o empleado público es aquella persona que presta servicios remunerados a favor del Estado enajenando su fuerza de trabajo. Para Jorge Docobo el elemento principal de esta relación es la prestación de servicios para el Estado, siendo indiferente la naturaleza jurídica como la actividad del organismo empleador.²⁰ Adherimos a la definición efectuada por Carlos Botassi donde afirma que: "El contrato de empleo público es aquel mediante el cual una persona física compromete la realización de una serie de tareas, previamente reglamentadas, por las cuales el Estado asume el pago de una suma de dinero en forma periódica."²¹

La estabilidad del empleado público está dispuesta constitucionalmente como un derecho específico de los trabajadores estatales, tanto en la Carta Magna Nacional como en la Constitución bonaerense (Art. 14 bis CN y 103, inc. 12 CPBA) y es definida por Ricardo Mercado Luna al afirmar que consiste en la facultad de conservar el cargo y gozar de los derechos estatutarios-referidos en particular a la carrera administrativa-mientras una causal legal no determine la extinción del vínculo o altere la relación funcional creada en virtud del empleo público.²²

Las potestades si bien no son privativas de la Administración Pública, en el ámbito del derecho público es la técnica específica que el ordenamiento jurídico utiliza para atribuirle prerrogativas para obrar y a través de la cual se concreta el principio de legalidad²³. La potestad disciplinaria se ha fundamentado en el correcto funcionamiento de los servicios a cargo de la administración²⁴, en la actividad de custodia y buen orden de la función y organización de la administración pública sobre sus agentes²⁵, para procurar asegurar el buen funcionamiento del servicio público²⁶. Se ha dicho que es un poder inherente a toda la organización pública o privada imprescindible para la gestión ordenada de sus cometidos²⁷ o para la defensa de la autoridad integral de la Administración pública²⁸. Como especie de la potestad sancionadora es entendida

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso...", cit., t.I, Redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría p.441.

²⁰ DOCOBO, Jorge J., "Tendencias actuales respecto del principio protectorio frente a la relación de trabajo en el sector público", *Revista Derecho Administrativo*, año 7, enero/abril 1996, N° 18, p. 145.

²¹ BOTASSI, Carlos Alfredo: *Contratos de la Administración provincial*, Editora Scotti, La Plata, 1996, p.117.

²² Mercado Luna, Ricardo: "Estabilidad del empleado público", Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, Buenos Aires, 1974, pág.23.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso...", cit., t.I, Redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría p. 444.

²⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado...", cit., t.I, p. 325.

²⁵ FIORINI, Bartolomé A., "Derecho...", cit., t.I, p.845.

²⁶ JÉZE, Gastón. "Principios...", cit., t.II², p.231.

²⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho...", cit., t.III, p.529

²⁸ BIELSA, Rafael, "Derecho...", cit., t.III., p. 358.

como complemento de la potestad imperativa o de mando²⁹. Se la ha fundamentado también como poder para lograr la ejecución o el cumplimiento del contrato administrativo de función o empleo público³⁰, en la relación de subordinación que impone el principio de jerarquía administrativa y protege el orden y disciplina necesarios para el ejercicio de las funciones administrativas.

El incumplimiento por parte de los agentes estatales de los deberes y prohibiciones derivados de la relación de empleo público genera consecuencias jurídicas de carácter sancionatorio³¹ que imponen obligaciones de reparar o satisfacer el daño causado³² pudiéndose distinguir las siguientes especies de responsabilidad: civil, penal, política, administrativa y disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria, procede en el ámbito interno de la organización, y es propia y relativa a la relación de empleo público. Puede comprender conductas realizadas dentro como fuera del servicio cuando han sido previstas por la ley como lesivas de la imagen o el buen funcionamiento del servicio.

La responsabilidad disciplinaria en general tiene por objeto inmediato proteger el buen funcionamiento de la administración pública³³, pero como fin trascendente la necesaria satisfacción del bien público por parte del Estado³⁴.

Las distintas especies de responsabilidad mencionadas no son excluyentes entre sí, ya que se trata de ordenes distintos que protegen bienes jurídicos diferentes, es por ello que aquí no rige el principio *non bis in idem*³⁵ para las sanciones aplicadas como consecuencia de diferentes especies de responsabilidad. Sin perjuicio que, la responsabilidad disciplinaria y la penal, puedan tener cierto grado de conexión, cuando los delitos constituyan en sí prohibiciones previstas en las leyes regulatorias de empleo público o cuando en sede judicial se haya precisado la existencia o no de los hechos o la participación del agente en éstos³⁶.

7.1. La Ley 10.430 y su Reglamento

En el caso de la Provincia de Buenos Aires el ejercicio de la potestad disciplinaria está expresamente previsto en la Ley 10430, sin perjuicio de ello corresponde explicar su origen constitucional.

El encabezado del artículo 144³⁷ de la Constitución Provincial atribuye al Gobernador su condición de Jefe de la Administración Provincial y el artículo 52³⁸ lo habilita a nombrar a sus agentes, salvo los casos expresamente previstos en la propia Constitución. Nada dice la Carta Provincial respecto de la potestad de remoción de éstos, no obstante ello corresponde aplicar el principio de paralelismo de las competencias.

La Carta Provincial al asignar a este organismo la potestad para nombrar a sus agentes, también dispuso su contracara, esto es otorgándole el poder de remoción - lo que supone el ejercicio de la potestad disciplinaria -, a diferencia de su artículo 52 descripto párrafos arriba, que al determinar la competencia del Gobernador para nombrar a los agentes que la Constitución sólo se limitó a prever la prerrogativa de designación.

Los límites de la potestad disciplinaria también tienen sustrato constitucional, ya que su ejercicio debe modularse frente a la garantía de estabilidad del empleado público prevista tanto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional como en el artículo 103 inciso 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. La reglamentación legislativa de dicha garantía debe inferirse del propio artículo 103, tanto del inciso 12, al contemplar a la estabilidad dentro de la enunciación destinada a resguardar la reglamentación de diversas cuestiones que hacen al régimen estatutario de los agentes del estado, donde también se incluyen el tratamiento de las incompatibilidades.

²⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho...", cit., t.I, p.108. Adhiere a la condición complementaria de la potestad sancionadora respecto de la de mando.

³⁰ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado...", cit., t.III-B, p.417.

³¹ BIELSA, Rafael, "Derecho...", cit., t.III., p.280.

³² VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho...", cit., t.III., p.525.

³³ MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado...", cit., t.III-B, p.375.

³⁴ GARCÍA PULLÉS, Fernando (Director)-BONPLAND, Viviana -UGARTE, Marcelo L. (colaboradores), "Régimen...", Introducción Capítulo VII a cargo del Dr. Fernando García Pullés; p.285.

³⁵ MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado...", cit., t.III-B., p.376.

³⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho...", cit., t.III., p. 527. Con referencia a la posibilidad de confluir las responsabilidades civil, penal o disciplinaria frente a un mismo hecho, concluyó que no era aplicable el principio "non bis in idem" o "non ter in idem" respecto de dicha situación resultaba inaplicable.

³⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando (Director)-BONPLAND, Viviana -UGARTE, Marcelo L. (colaboradores), "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional", Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2005, comentario artículo 34 a cargo del Dr. Fernando García Pullés; p.366.

³⁸ Artículo 144 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El gobernador es el jefe de la Administración de la Provincia, y tiene las siguientes atribuciones:..."

³⁸ Artículo 52 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Los empleados públicos a cuya elección o nombramiento no provea esta Constitución, serán nombrados por el Poder Ejecutivo."

Sobre esta base debe ser interpretado en el inciso 3 del artículo 103 de la Constitución Provincial en tanto asigna a la Legislatura potestad para regular el régimen de responsabilidad de los agentes públicos. La garantía de la estabilidad en el empleo público no es absoluta, sino que, como todo derecho, debe ejercerse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Reglamentación que incluye a la delimitación de la potestad disciplinaria como forma legítima de excepcionar la estabilidad cuando de su ejercicio pueda derivarse la extinción del vínculo.

El régimen disciplinario en la ley 10.430.

La ley 10430 prevé en su capítulo régimen disciplinario, desarrollado en sus artículos 80 a 106, la regulación procedimental básica, con las garantías que hacen a la defensa de los agentes durante la tramitación del sumario, los órganos administrativos que intervienen en el mismo, así como varios de los principios que deben regir su tramitación. La ley se encuentra reglamentada por el decreto reglamentario N° 4161/96, que será analizado en el punto siguiente.

El artículo 80 de la Ley 10.430 consagra la vigencia plena del principio *nullum crimen sine lege* previa respecto de los agentes de la Administración Pública provincial, ya que proscribe tanto la aplicación de sanciones disciplinarias como cualquier forma de extinción del vínculo por causas y procedimientos que no hayan sido determinados por la Ley General de empleo público y su reglamentación.

Respecto del régimen disciplinario vemos que el artículo sólo exige el sometimiento a la ley y su reglamentación de las causas y procedimientos para la aplicación de sanciones disciplinarias, esto es la determinación de los deberes y prohibiciones cuya violación es considerada falta y el procedimiento sumarial respectivo, pero no hace referencia a la exigencia de legalidad para la determinación de las sanciones en sí mismas.

El artículo 81 de la Ley 10.430 tiene por finalidad enunciar y clasificar los distintos tipos de sanciones³⁹ adoptando la distinción entre correctivas y expulsivas. Incluye dentro del primer grupo al apercibimiento y a la suspensión, dentro del segundo a la cesantía y la exoneración. El artículo pone un límite temporal a la suspensión en sesenta días y estipula que debe computarse en días corridos.

Las causales para la aplicación de las diversos tipos de sanciones se encuentran reguladas, para las correctivas, en el artículo 82⁴⁰; la cesantía, en el artículo 83⁴¹; la exoneración, en el artículo 84⁴² y el abandono de cargo, en su artículo 85⁴³.

³⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado...", cit., t.I., p.329-330 Señala además de las indicadas, al arresto, al traslado y a la pérdida de derechos jubilatorios. No se han contemplado otro tipo de sanciones tales como el traslado, pérdida de derechos jubilatorios. El arresto ha sido previsto en los regímenes disciplinarios del personal de seguridad, así lo encontramos en el artículo 74 inciso b) del decreto ley 9578/80 –Régimen del personal del servicio penitenciario–, en cambio no está previsto como sanción la Ley 13201 –Régimen del personal de las policías de la Provincia de Buenos Aires, siendo las enumeradas en el artículo 52: a) apercibimiento, b) suspensión sin goce de haberes, c) cesantía y d) exoneración. A diferencia del artículo 41 del decreto ley 9550/80 que preveía: a) Amonestación, b) Arresto, c) Suspensión de empleo, d) Cesantía, e) Exoneración, f) Separación de retiro. DIEZ, Manuel María, "Derecho..."; cit., t.III., p.439 hace referencia también a la multa, postergación del ascenso, retrogradación de categoría.

El Estatuto para el personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires dispoen en el artículo 25 la posible aplicación de las siguientes sanciones: a) llamado de atención, b) apercibimiento, c) suspensión condicional, d) suspensión, e) postergación en el ascenso, f) retrogradación de categoría, g) cesantía y h) exoneración.

MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado...", cit., t.III-B, p.424 también menciona al traslado, quien distingue el traslado como sanción de aquel dispuesto por razones de servicio con prescindencia de la idea de sanción.

⁴⁰ **ARTÍCULO 82.-** Serán causales para aplicar sanciones de carácter correctivo, las siguientes:

- a) Incumplimiento reiterado del horario fijado por las leyes y reglamentos.
- b) Inasistencias injustificadas que no excedan de DIEZ (10) días discontinuos en el lapso de DOCE (12) meses inmediatos anteriores y siempre que no configuren abandono de servicio. La reglamentación podrá determinar los términos, forma y condiciones de las sanciones que correspondan al agente que incurra en inasistencias sin justificar.
- c) Falta de respeto a los superiores, iguales, subordinados o al público.
- d) Negligencia en el cumplimiento de sus tareas o funciones.
- e) Incumplimiento de los deberes determinados en el artículo 78 o quebrantamiento de las prohibiciones establecidas en el artículo 79, salvo que por su magnitud y gravedad deban ser encuadradas bajo las figuras de cesantía o exoneración.

⁴¹ **ARTÍCULO 83.-** Serán causales para aplicar cesantías, las siguientes:

- a) Abandono del servicio sin causa justificada.
- b) Faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas o falta grave respecto a los superiores, iguales, subordinados o al público.
- c) Inconducha notoria.
- d) Incumplimiento de las obligaciones determinadas en el artículo 78 o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el artículo 79 cuando a juicio de la autoridad administrativa por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera.
- e) Incumplimiento intencional de ordenes legal y fehacientemente impartidas.
- f) Inasistencias injustificadas reiteradas que excedan de DIEZ (10) días discontinuos, en los DOCE (12) meses inmediatos anteriores.
- g) Concurso civil o quiebra no causal, salvo caso debidamente justificado por la autoridad administrativa.

⁴² **ARTÍCULO 84.-** Son causas de exoneración:

- a) Falta grave que perjudique material o éticamente a la Administración.
- b) Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito contra la administración o delito grave de carácter doloso de acuerdo al Código Penal.
- c) Las previstas en las leyes especiales.
- d) Pérdida de la nacionalidad, conforme a las leyes que reglan la materia.

Se dispone expresamente, que la sanción disciplinaria de suspensión de hasta diez días podrá aplicarse, según lo establece el artículo 87, sin necesidad de instrumentar el procedimiento sumarial por funcionario no inferior a Director. En estos casos, previamente a la aplicación de la sanción deberá hacerse saber al agente la falta cometida, la norma transgredida y el derecho a presentar descargo en el plazo de tres días.

Es una garantía expresa que reconoce la ley que las sanciones se encuentren debidamente motivadas. El artículo 88 dispone que “Toda sanción deberá aplicarse por resolución fundada que contenga la clara exposición de los hechos y la indicación de las causas determinantes de la medida. La reglamentación establecerá la incidencia de las sanciones en la calificación del agente.”

En el caso del Poder Ejecutivo, la ley 10.430 en su artículo 99⁴⁴ atribuye a distintas autoridades el ejercicio de la potestad disciplinaria, variando de acuerdo a la gravedad de la falta queda en cabeza del Gobernador la imposición de sanciones de tipo expulsivo.

La extinción de la potestad reglamentaria, por fallecimiento del responsable, por desvinculación del agente o por prescripción, se encuentra establecida en el artículo 90⁴⁵ de la ley.

7.2. Órganos Competentes y Etapas del Procedimiento

El artículo 92⁴⁶ es el primero de los artículos de la Ley 10.430 que se refiere al trámite del procedimiento sumarial, en él se diferencia los niveles jerárquicos para pedir la instrucción del mismo del de quienes deben disponer la orden del sumario. En el primer caso podrá ser el titular de toda unidad orgánica aprobada por estructura, en cambio la orden del sumario tiene que emanar de autoridad que tenga jerarquía no inferior a Director Provincial o General con jurisdicción sobre el órgano o el lugar donde hubiere ocurrido el hecho⁴⁷, la substanciación la realiza la dependencia del organismo central de la administración de personal con competencia específica, esta es la Dirección de Sumarios dependiente de la Dirección Provincial de Personal de la Provincia de Buenos Aires.

La reglamentación del artículo 92 en este artículo se ocupa no sólo del trámite de inicio sino de la regulación de prácticamente todo el procedimiento sumarial.

-
- e) Imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.
- ⁴³ **ARTÍCULO 85.-** El agente que incurriera en TRES (3) inasistencias consecutivas, sin previo aviso y previa intimación fehaciente será considerado incurso en abandono de cargo y se decretará su cesantía sin substanciación de sumario. El agente que incurra en inasistencias sin justificar será sancionado conforme se indica seguidamente:
- a) Por tres inasistencias en el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera: CINCO (5) días de suspensión.
 - b) Por tres inasistencias en el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta DOS (2) años, a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: QUINCE (15) días de suspensión.
 - c) Por tres inasistencias en el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta DOS (2) años a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: TREINTA (30) días de suspensión.
 - d) Por tres inasistencias en el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta DOS (2) años a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: Cesantía.
- Al agente que se halle en las faltas que prevén los incisos a), b), c) y d) se le otorgará CINCO (5) días para que formule descargo, previo a la resolución que deberá adoptar la autoridad que corresponda.
- ⁴⁴ Artículo 99 de la Ley 10430: “Son competentes para aplicar las sanciones disciplinarias:
- a) El Poder Ejecutivo, las expulsivas.
 - b) Los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o Provinciales, y demás funcionarios con idéntico rango a los enumerados, las correctivas.
 - c) Los Directores, o sus equivalentes, las correctivas limitándose la suspensión hasta un máximo de DIEZ (10) días.”
- ⁴⁵ **ARTÍCULO 90.-** El poder disciplinario por parte de la administración, se extingue:
- a) Por fallecimiento de responsable.
 - b) Por desvinculación del agente con la administración, salvo que la sanción pueda modificar las causas del cese.
 - c) Por prescripción, en los siguientes términos:
 - 1) Al año, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas correctivas.
 - 2) A los TRES (3) años, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas expulsivas.
 - 3) Cuando el hecho constituya delito, el plazo de prescripción de la acción disciplinaria será el establecido en el Código Penal para la prescripción de la acción del delito de que se trata. En ningún caso podrá ser inferior a los plazos fijados en los incisos precedentes.
- ⁴⁶ Artículo 92: La instrucción del sumario podrá ser pedida por cualquiera de los titulares de una unidad orgánica aprobada por estructura y será ordenada por una autoridad de jerarquía no inferior a Director Provincial o General con jurisdicción sobre el lugar o dependencia donde hubiere ocurrido el hecho y será sustanciada por intermedio de la dependencia del organismo central de administración del personal a la cual se asigne competencia específica para conocer en tales causas.
- ⁴⁷ GORDILLO, Agustín, “Tratado ...”, cit., t. IV, p. 14. El autor desataca que el acto inicial de apertura del sumario sea dispuesta, por acto administrativo fundado y previo dictamen jurídico, por una autoridad con jerarquía, tal el caso del ministro o secretario de Estado, y designando a un funcionario específicamente responsable de los aspectos formales del trámite, tales como su autenticidad, como así asegurar su imparcialidad.

En su encabezado se precisa que la autoridad competente para conocer en el procedimiento sumarial es la Dirección de Sumarios, a posteriori se especifican una serie de facultades, no todas relativas al procedimiento sumarial, tal el caso de la prevista en el inciso a) del encabezado, donde se le asigna una potestad de tipo funcional al prever dentro de su atribución de organizar la Dirección, la facultad de proponer al Poder Ejecutivo –autoridad con competencia para aprobar modificaciones en la estructura orgánico-funcional de la dependencia- la creación de organismos internos y en los incisos b), c) y d) se establecen prerrogativas de instrucción y dirección del procedimiento sumarial. En el primero de ellos la potestad de designar a los instructores que sustanciarán los sumarios y, en su caso, secretarios letrados, cuando el instructor lo requiera por la complejidad de la cuestión o lo justifique el número de sumarios a su cargo, tal como lo prevé el punto XVI del inciso 4º) –Instructores- de la reglamentación del artículo 92.

En el inciso c) se dispone que el Director de Sumarios debe resolver las cuestiones de procedimiento que surgieren del trámite del sumario; tales los casos del punto III del inciso 1º) por el cual el Director puede requerir las aclaraciones pertinentes respecto de la orden de sumario, la prórroga del plazo del sumario prevista en el punto V del inciso 3º), las suspensiones del sumario por razones justificadas prevista en el punto VIII del inciso 3º), el incidente de recusación al que menciona el punto XIX del inciso 4º) y la prórroga para el ofrecimiento de prueba en dicho incidente que contempla el punto XVIII, la comunicación a la autoridad de la que dependa el perito en caso de mora de éste prevista en el punto LVI del subinciso E) del inciso 8º) y la posibilidad de autorizar nuevas pruebas regulada en el punto LXXV del inciso 10º).

En el inciso d) del encabezado del artículo 92 de la Ley se permite al Director de Sumarios requerir directamente, sin necesidad de recurrir a la vía jerárquica, los informes que considere indispensables para la substanciación del sumario a cualquier repartición provincial o municipal. Se dispone un plazo de cumplimiento de cinco días para los organismos provinciales. Este artículo está en consonancia con el 53⁴⁸ del decreto ley 7647 que dispone el pedido directo de informes a otro organismo para substanciar las actuaciones. En idéntico sentido se atribuye en el punto XIV c) potestad al instructor para requerir a las reparticiones provinciales los informes que considere indispensables sin acudir a la vía jerárquica, los que deben contestar en dos días desde la recepción del oficio por remisión al punto LXI; en este último punto se consagra la misma potestad, se dispone el plazo para su contestación y se determina que la falta de respuesta es considerada grave, pudiendo pedir al instructor un lapso mayor por razones fundadas.

El Director de Sumarios debe elevar las actuaciones para la prosecución del trámite a la Junta de Disciplina, ello puede ocurrir, en caso de proponer sobreseimiento tal como lo dispone el punto LXXII del inciso 9º) o de la conclusión del sumario, tal como lo dispone la reglamentación del artículo 93.

La última parte del encabezado alcanza al Director de Sumarios con las mismas causales de recusación y excusación que para los instructores previstas en el punto VII del inciso 4), el incidente debe tramitar por separado y resuelto por el superior jerárquico, esto es el Director Provincial de Personal.

La Junta de Disciplina se encuentra regulada en la ley en su artículo 93⁴⁹ como un organismo asesor y cuyas funciones son expedirse en los sumarios administrativos, en las solicitudes de rehabilitación y en los casos en que se requiera su intervención por la autoridad competente. Se trata de un órgano colegiado con funciones principalmente consultivas y de instrucción. Tiene carácter permanente y único, lo que hace que no existan Juntas descentralizadas.

El artículo 93 enumera las oportunidades en las que debe emitir dictamen. En su primer inciso consagra su función más importante, estos es, dictaminar luego de elevado el informe final por parte del Director de Sumarios y antes del dictado del acto sancionatorio por la autoridad competente.

En el inciso b) prevé su intervención frente a las solicitudes de rehabilitación para ingresar a la Administración por haber transcurrido el plazo de veda como consecuencia de la aplicación de sanciones de cesantía o exoneración, cuyo procedimiento está previsto en la reglamentación del artículo 3 inciso a) por Decreto 4161/96. En el caso, presentada la solicitud ante la repartición a la cual pertenecía, ésta debe remitirla a la Delegación de Personal correspondiente a su jurisdicción, quien previa agregación de los antecedentes del solicitante los remitirá a la Junta de Disciplina, emitido su dictamen corresponde decidir al Poder Ejecutivo.

Por el inciso c) se dispone que debe emitir dictamen cuando lo solicite autoridad competente, esto es cualquiera de las enumeradas en el artículo 99 de la Ley.

⁴⁸ Artículo 53º: El organismo administrativo que necesitare datos de otros para poder sustanciar las actuaciones o informes, podrá solicitarlos directamente mediante oficio, del que se dejará copia en el expediente. A tal efecto las dependencias de la Administración Provincial, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a la colaboración permanente y recíproca que impone esta ley. El expediente se remitirá cuando corresponda dictaminar o lo requiera el procedimiento.

⁴⁹ Artículo 93: A los efectos previstos en esta ley funcionará una Junta de Disciplina única y permanente que tendrá carácter de organismo asesor. La Junta de Disciplina tendrá las siguientes funciones: a) Expedirse en los sumarios administrativos, previo al dictado de la resolución, aconsejando la sanción a aplicar si hubiere motivo para ello. b) Expedirse en los supuestos de solicitudes de rehabilitación. c) Expedirse en los casos en que se requiera su intervención por la autoridad competente.

Por otra parte la Junta de Disciplina también tiene funciones con relación a la dirección del proceso, ya que conforme los puntos LXXIV y LXXV de la reglamentación del artículo 92 por Decreto 4161/96 puede ordenar la ampliación de los medios probatorios declarados inadmisibles por el instructor, o, conforme al punto III de la reglamentación del artículo 96, la Junta puede devolver las actuaciones al Director de Sumarios antes de emitir su dictamen definitivo para que éste produzca las pruebas que expresamente le indique aquella. Entendemos que la misma atribución cabe reconocerle en el caso del sobreseimiento propuesto por el instructor y avalado por el Director de Sumarios (punto LXXII)⁵⁰.

La reglamentación del artículo 93 dispone que no se podrá dictar el acto administrativo sumarial sin el previo dictamen de la Junta de Disciplina. Su omisión aparejaría la nulidad del acto administrativo sancionatorio⁵¹. Entendemos que la participación de la Junta de Disciplina es obligatoria en todos los procedimientos previstos en la Ley 10430 o su Decreto reglamentario, ya que no se la excluye en ningún momento y en ningún artículo, a diferencia de la Asesoría General de Gobierno para las sanciones correctivas o la Fiscalía de Estado para las cuestiones en las que no haya interés fiscal afectado, conforme lo establece el artículo 95 de la Ley.

Conforme al punto I de la reglamentación del artículo 96 por Decreto 4161/96 la Junta debe expedir su dictamen dentro de los diez días de recibidas las actuaciones, salvo que las devolviera con motivo de haber decidido la ampliación probatoria. Emitido el mismo el sumario debe ser remitido a la autoridad que ordenó el mismo.

El dictamen es obligatorio pero no vinculante, si bien el punto II de la reglamentación del artículo 96 dice que éstos “en ningún caso serán vinculantes u obligatorios para la autoridad que habrá de dictar el acto administrativo”, se está refiriendo a la no obligatoriedad de aceptar su contenido no al deber o exigencia de emitir el mismo. Esta consecuencia se deduce claramente de la última parte del punto, ya que para apartarse de él deberán consignarse los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoye para ello.

Este artículo prevé la intervención obligatoria de la Asesoría General de Gobierno y de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, pero limita su intervención a determinados supuestos. En el caso de la Asesoría General de Gobierno no es obligatoria su intervención cuando la falta imputada pudiere dar lugar a sanción expulsiva, en el caso de la Fiscalía de Estado sólo intervendrá cuando en el caso hubiere interés fiscal afectado, esto es en aquellos supuestos en que se haya ocasionado perjuicio material directo o indirecto a la Administración, en este caso al generar el actuar irregular del agente responsabilidad del Estado frente a terceros.

El artículo 96 determina que luego de los dictámenes de la Junta de Disciplina y, en su caso Asesoría General de Gobierno y Fiscalía de Estado debe dictarse la resolución definitiva. La reglamentación no se correlaciona con dicha resolución sino con el trámite previsto ante la Junta de Disciplina, por lo que ésta debe analizarse junto con las disposiciones de los artículos 93 y 94 de la Ley y su reglamentación.

El artículo 100 de la Ley 10430 establece que las autoridades competentes, previstas en el artículo 99, tienen un plazo de cinco días para dictar la resolución final, contado desde el día que dichas recibieron las actuaciones y describe las distintas opciones a las que se pudiere arribar en la decisión que pone fin al procedimiento disciplinario, esto es, sancionar, absolver o sobreseer al o a los inculpados, o declarar extinguida la potestad disciplinaria de acuerdo con las causales previstas en el artículo 90, esto es fallecimiento, desvinculación del agente -renuncia, jubilación ordinaria o por incapacidad, retiro voluntario- o prescripción.

El artículo 103 de la Ley establece la obligación de la Provincia de abonar los haberes que no fueron pagados cuando el agente haya estado bajo medida provisional de suspensión preventiva si en el acto que ponga fin al sumario es sobreseído o absuelto.

El artículo 104 prevé los medios recursivos con los que cuenta el agente para impugnar las sanciones que se le han impuesto, recursos que pueden alcanzar a otros interesados cuando demuestren afectación a un interés jurídicamente tutelado. El artículo 104 sólo prevé al recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio, sin embargo, lógicamente dispondrá del recurso de revocatoria y del jerárquico directo, este último está previsto en el último párrafo del punto V de la reglamentación del artículo bajo comentario. El recurso contra el acto sancionatorio debe interponerse dentro del plazo de diez días de notificado, ello a diferencia del previsto para las medidas precautorias del artículo 97 que es de cinco días conforme al punto VI de la reglamentación de éste artículo. El recurso debe fundarse en el mismo acto, su omisión es causal de rechazo.

⁵⁰ FIORINI, Bartolomé A., “Derecho...”, cit., t.I, p.850. Este autor entiende que debe reconocerse a la Junta de Disciplina amplias facultades para indicar si deben requerirse nuevas pruebas.

⁵¹ DIEZ, Manuel María, “Derecho...”, cit., t.III, p.449. Este autor ha sostenido que la falta de dictamen de la Junta apareja la nulidad de la sanción, sin embargo entiende que no es obligatorio su dictamen en los casos de las sanciones menores con procedimiento abreviado.

El artículo 105 de la Ley 10430 prevé la posibilidad de rever la sanción tanto por parte del agente sancionado o por la propia Administración de oficio, en el primer caso si el agente falleciere pueden pedirla el cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos o personas que comprobadamente hubieren convivido en calidad de cónyuge. Esta posibilidad que excepciona el principio de personalidad del contrato de empleo público tiene por finalidad resguardar el buen nombre y honor, declaración que debe hacerse constar en forma expresa en el acto absolutorio tal como prevé el artículo 103 de la Ley 10430, así como también la eventual indemnización derivada de la anulación del acto. La norma exige que se aduzcan hechos nuevos o circunstancias sobrevivientes susceptibles de justificar la inocencia del imputado, esto puede ser el hallazgo de nuevos documentos o que no tenían en su poder, testimonios declarados falsos, retractaciones, supuestos de violencia sobre testigos.

El artículo 106 de la Ley 10430 establece como principio general que los plazos en el capítulo destinado a regular el régimen disciplinario son perentorios y se computan por días hábiles laborales, salvo en los casos en que se establezca un tratamiento distinto. La perentoriedad de los plazos implica que el sólo transcurso del tiempo producen la caducidad del derecho que se ha dejado de usar, sin necesidad de la contraria, pasándose a la etapa siguiente⁵². De acuerdo a la reglamentación los días y horas tienen que ser las que rijan en forma general para los empleados públicos provinciales y no, los correspondientes al área u organismo en particular, salvo como se dijera, disposición en contrario.

8. Ejecución del Contrato de Obra Pública

8.1. Introducción. Régimen Legal

Se ha definido a la “obra pública” como el resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física o intelectual, solventada directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente a un cometido público y cuya ejecución es de competencia de un ente público⁵³.

Ahora bien, y como se ha indicado, la obra pública puede llevarse a cabo tanto de manera directa por el propio Estado -ejecutando las labores por administración- o a través de la celebración de un contrato con un tercero⁵⁴.

En este último caso se recurre, frecuentemente, a la figura del “contrato de obra pública”⁵⁵, esto es, a un acuerdo suscripto entre el Estado y terceros por el cual aquel se compromete a pagar un precio y éstos a realizar una obra pública, es decir, el trabajo y el resultado consecuente⁵⁶.

Desde el punto de vista de su naturaleza, existe consenso en sostener que esta figura constituye una especie de la locación de obra⁵⁷. A su vez, presenta las características de ser un contrato administrativo oneroso, bilateral, nominado, formal, conmutativo y esencialmente de buena fe⁵⁸, destinado a garantizar una obligación de resultado.

Por otro lado, uno de los aspectos salientes de esta figura radica en crear usualmente un vínculo dinámico y de larga duración⁵⁹, con lo cual existen múltiples circunstancias que pueden ir suscitándose con el transcurso del tiempo, lo que torna complejo su estudio.

⁵² MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – PASSI LANZA, Miguel A. – BERIZONCE, Roberto, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados”, t.II, Editora Platense – La Plata, Abeledo Perrot – Buenos Aires, 1970, p.727.

⁵³ Conf. Barra Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, Ed. Ábaco, Bs. As., 1984, t. I, pág. 67. En similar sentido, el art. 1 de la ley 6.021 consigna que obra pública son “todas las construcciones, instalaciones y obras en general que ejecute la Provincia por intermedio de sus reparticiones, por sí o por medio de personas o entidades privadas u oficiales, con fondos propios de aportes nacionales, municipales o de particulares”.

⁵⁴ Ver por todos Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. Scotti, La Plata, 2ª ed., 2004, T. I, pág. 53.

⁵⁵ Ya que también puede gestionarse la construcción de una obra pública por terceros a través de otros mecanismos, tales como la concesión de obra pública o, aunque de una manera impropia, por vía del contrato de suministro.

⁵⁶ Balbín, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, Ed. La Ley, Bs. As., 2011, T. V, pág. 95.

⁵⁷ Balbín, Carlos F., *Tratado...*, ob. cit., T. V, pág. 95; Mó, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas*, 2ª ed., Ed. Depalma, Bs. As., 1977, pág. 22.

Resulta oportuno advertir que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) legisla a esta figura -a partir del art. 1251- como “contrato de obra”, en una terminología que había sido propiciada por la doctrina especializada (ver, por ej., Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, 2ª ed. actualizada por Leiva Fernández, Luis F., Ed. La Ley, 2009, T. VI, pág. 2).

⁵⁸ Druetta, Ricardo T.–Guglielminetti Ana P., *Ley 13.064 de Obras Públicas comentada y anotada*, 2ª ed, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, pág. 18 y ss.

⁵⁹ Y ello a diferencia del contrato de suministro, en el cual –en su versión más sencilla- la relación contractual es mucho más efímera, al extinguirse el vínculo con la obtención de la cosa mueble y el pertinente pago del precio al contratista.

A los fines meramente didácticos, circunscribimos el análisis al ámbito de la provincia de Buenos Aires, analizando su régimen normativo receptado en la ley 6.021 (en adelante, L.O.P.) y su decreto reglamentario 5488/59, como así también el decreto 2113/02.

Asimismo, estudiaremos especialmente las facultades de inspección a través de las denominadas órdenes de servicio, el procedimiento de medición, certificación y cobro, y, por último, el sistema de redeterminación de precios, en tanto forman parte del desarrollo regular de cualquier obra pública, y más allá de advertir que pueden presentarse muchas otras vicisitudes durante la ejecución del contrato⁶⁰.

8.2. Perfeccionamiento y Comienzo de Ejecución del Contrato

De acuerdo con lo establecido en la L.O.P., el requisito para el perfeccionamiento del contrato es la firma por ambas partes del documento denominado contrata⁶¹. Así se desprende de sus artículos 25 a 28, y en igual sentido lo ha receptado mayoritariamente la doctrina, al sostener que el acto administrativo de adjudicación es sólo la culminación del proceso de selección del contratista, el que, aún notificado, no importa el perfeccionamiento del contrato, para lo que es menester la suscripción entre el funcionario estatal competente y el adjudicatario de un instrumento escrito⁶².

La principal obligación del contratista es ejecutar la obra de manera apropiada "de acuerdo con el proyecto y con las reglas del arte" a fin de lograr el correcto cumplimiento de los trabajos conforme al tiempo y modo pactado⁶³.

A su vez, el hito inmediatamente siguiente a la firma de la contrata, a cumplimentarse dentro de los diez días hábiles, es la presentación del plan de trabajos⁶⁴, el cual debe ser aprobado por la Administración en un plazo no mayor a 5 días hábiles. En caso de mediar observaciones por parte de la repartición, el contratista deberá corregirlo dentro de los 5 días hábiles de notificado⁶⁵.

Este paso es fundamental, ya que sin la aquiescencia del comitente con el plan de trabajos no será posible proceder al replanteo de la obra⁶⁶. Del mismo modo, el incumplimiento por parte del contratista tanto de la obligación de presentar y/o adecuar el plan de tareas como, con posterioridad, de imprimir a las labores el ritmo que allí se había comprometido es motivo para aplicar sanciones e, incluso, para rescindir el vínculo por culpa de aquel⁶⁷.

Relacionado con lo antes expuesto, el plazo de ejecución de la obra comienza a correr, en principio, desde el replanteo de la obra⁶⁸, que consiste en la ubicación de los planos de planta sobre el terreno, es decir, volver a trazar materialmente en el lugar de ejecución lo que gráficamente se trazó sobre la tela o papel respecto de una obra debidamente estudiada, proyectada y calculada. Asimismo, al realizarlo se fijarán puntos de referencia para líneas y niveles inalterables que el contratista deberá conservar⁶⁹.

Sin embargo, la etapa de ejecución propiamente dicha comienza una vez puesto en obra el equipo mínimo de trabajo aprobado por la inspección, el que luego no podrá ser retirado unilateralmente por el

⁶⁰ V.g., ampliaciones de plazo, contratación de tareas adicionales, sanciones, rescisiones, etc.

⁶¹ En los contratos de obra pública suele establecerse un orden de prelación de la documentación reguladora de la conducta contractual de las partes, por lo que las estipulaciones concertadas en la "contrata" sólo pueden tener valor en la medida en que no contradigan, en la letra ni en el espíritu, lo dispuesto en la ley, sus decretos reglamentarios y estos otros reglamentos administrativos llamados pliegos (Barra, Rodolfo C., *Contrato...*, ob. cit., T. II, pág. 487 y sigts.).

⁶² Ver en Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, T III-B, pág. 546.

⁶³ Ampliar en Barra Rodolfo C., *Contrato...*, ob. cit., T. II, pág. 704 y sigts.

⁶⁴ Enseña Barra que el plan o diagrama de trabajos es "la representación gráfica del desarrollo de la ejecución, en sus distintos rubros, del trabajo público objeto del contrato de obra pública. Esta representación gráfica se confecciona teniendo en cuenta el plazo (parcial o total, según el caso) de entrega de la obra concluida y también, fundamentalmente, las exigencias de inversión y financiación de tales trabajos. Por ello, es usual que el plan de trabajos suponga también un plan de inversiones, aún cuando esto último pueda estar graficado en un documento aparte (habitualmente denominado "curva de certificación" o "curva de inversiones") que, lógicamente, deberá guardar estricta relación con el plan de trabajos aprobado por la Administración o, en su caso, presentado por el administrado junto con su oferta" (*Contrato...*, ob. cit., T. II, págs. 795/6).

⁶⁵ Conf. art. 28 de la L.O.P. y su reglamentación.

⁶⁶ Conf. arts. 28 y 29 de la L.O.P. y sus reglamentaciones.

⁶⁷ Conf. reglamentación al art. 28 de la L.O.P., así como el art. 37 y su reglamentación. Más allá de eso, el art. 60 inc. "c" prevé otra causal de rescisión en el supuesto de que el contratista "no llegare a justificar las demoras en la ejecución de la obra, en caso de que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planes de trabajo, y a juicio de la repartición no puedan terminarse en los plazos estipulados". Empero, el último párrafo del precitado artículo exige que previamente la Administración intime al contratista para que inicie o acelere los trabajos hasta alcanzar el nivel contractual de ejecución, en el plazo que a tales efectos se fije. Ver, para ampliar, Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. I, pág. 399 y sigts. y T. II, pág. 478 y sigts. y 716 y sigts.

⁶⁸ Conf. art. 29 de la L.O.P. Empero, es dable reconocer que en la práctica dicho lapso casi nunca permanece inalterado. En toda obra existen circunstancias de diverso tipo, tales como factores climáticos, ampliaciones, modificaciones, paralizaciones dispuestas por la Administración, etc., que hacen que el término original se alargue (conf. Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. I, pág. 407).

⁶⁹ Mó, Fernando F. "Régimen legal...", ob. cit., pág. 388.

contratista⁷⁰. El art. 30 de la reglamentación a la L.O.P., a su vez, indica que este último deberá comunicar el detalle del equipo que utilizará al momento de presentar el plan de trabajos⁷¹.

8.3. Dirección del Contrato. Ordenes de Servicio y Representación técnica

Como advertimos inicialmente, la ejecución del contrato de obra pública, además de un procedimiento técnico, también lo es jurídico, y en el mismo se desenvuelven y aplican las prerrogativas de la administración y las garantías del particular, constitutivas del régimen exorbitante contractual administrativo.

Desde las prerrogativas administrativas se presenta una situación especial de preeminencia del Estado comitente, ya que es quien debe dirigir el contrato por medio de un agente público especialmente designado al efecto, denominado "inspector de las obras"⁷².

Uno de los fundamentos de dicha prerrogativa se asienta en el carácter de la Administración de dueña del emprendimiento y, asimismo, en la potestad genérica de dirección y control, ínsita en la contratación administrativa y con particular relevancia en el contrato de obra pública, que no requiere de norma expresa que en cada caso la autorice⁷³.

En tal sentido, la tarea del inspector resulta trascendente ya que ejerce la representación del comitente, abarcando sus funciones un poder general de vigilancia sobre lugares, cosas y personas afectadas o relacionadas con los trabajos y particularmente sobre éstos últimos, verificando su correcta y adecuada realización⁷⁴.

A los fines de comunicarse con el contratista, el medio de expresión que utiliza el inspector son las denominadas "órdenes de servicio", las cuales constituyen en esencia un acto administrativo por las cuales se instruye, controla y dispone la ejecución del contrato. Importan, además, el medio natural para cursar una intimación de cumplimiento del plazo aprobado por el plan de trabajo⁷⁵.

Es importante destacar que toda orden de servicio se entiende dada dentro de las estipulaciones del contrato, esto es, que no implica modificación alguna ni la encomienda de un trabajo adicional, salvo que en ella se hiciera una manifestación expresa en contrario⁷⁶.

Lo expuesto es sin perjuicio de advertir que, más allá de la labor fiscalizadora y orientadora de la inspección, el art. 32 de la L.O.P. hace responsable al contratista y su representante técnico de la correcta interpretación de los planos y especificaciones para la realización de la obra.

Relacionado con ello, el acatamiento de las directivas efectuadas por la inspección a través de las órdenes de servicio no libera automáticamente de responsabilidad al contratista. Es que dicho sujeto, en tanto especialista y experto en construcciones, responde por los errores o vicios en la ejecución de las obras, salvo que las directivas tuviesen relación directa con los defectos causados y el empresario hubiese advertido sobre tales consecuencias dañosas⁷⁷.

En esta misma línea se enrola el art. 1277 del Código Civil y Comercial, al disponer que "el constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones".

De todo lo que venimos exponiendo se colige que el contratista debe contar con un representante técnico de la especialidad vinculada con el tipo de obra de que se trate⁷⁸, quien, entre otras funciones, debe comunicar a la repartición las deficiencias técnicas que advierta durante la ejecución de las labores⁷⁹.

⁷⁰ Art. 30 de la LOP.

⁷¹ La necesidad de que el contratista comunique juntamente con el plan de trabajos el detalle del equipo que utilizará no resulta contradictoria con la previsión de un equipo mínimo contenida en los pliegos, pues generalmente para la correcta ejecución de los trabajos utilizan otras herramientas o equipos además de los que fija la documentación contractual. Ver Carol, Guillermo C. y Sansoni Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, pág. 425.

⁷² Barra Rodolfo C., *Contrato...*, ob. cit., T. II, pág. 703.

⁷³ Druetta, Ricardo T. y Guglielminetti Ana P., *Ley 13.064...*, ob. cit., pág. 217.

⁷⁴ Barra, Rodolfo C., *Contrato...*, ob. cit., T. II, pág. 710.

⁷⁵ Carol, Guillermo C. y Sansoni Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, págs. 445/6 con cita de jurisprudencia de la Suprema Corte provincial. En análogo sentido se ha dicho que "la orden de servicio es un acto administrativo que como tal debe reunir los recaudos formales para su validez" (Bezzi Osvaldo M., *El contrato de obra pública*, 2ª ed, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1982, pág. 147) y que "la orden de servicio no es otra cosa que un acto administrativo integrado al procedimiento de ejecución del trabajo público según la estructura de los actos coligados" (Barra, Rodolfo C. "Contrato...", ob. cit., T. II, pág. 716).

⁷⁶ Apartado 9 de la reglamentación al art. 32 de la L.O.P.

⁷⁷ Ver al respecto Balbín, Carlos F., *Tratado...*, ob. cit., T. V, págs. 337/8. Similares pautas extrae dicho autor para los supuestos en que existan errores en las condiciones del suelo, la calidad de los materiales o en el mismo proyecto. Es que el constructor tiene el deber de advertir al comitente sobre los defectos y, si estaba en condiciones técnicas de hacerlo y no lo hizo, igualmente será responsable de los perjuicios que pudieran generarse (ver T. V, págs. 475 y sigts.).

⁷⁸ Carol y Sansoni indican que el representante técnico constituye una figura *sui generis*. Ello por cuanto no es estrictamente un dependiente del contratista, ya que le están impuestos una serie de vínculos obligacionales directos con la Administración

Empero, la circunstancia de que el contratista hubiere manifestado su disconformidad contra una orden de servicio no lo dispensa, como regla, de su acatamiento. Ello ha sido expresamente dispuesto por el apartado 12 de la reglamentación al art. 32 de la L.O.P. al consignar que “la observación del contratista opuesta a cualquier orden de servicio no le eximirá de la obligación de cumplirla de inmediato”⁸⁰.

El constructor cuenta, sin embargo, con un procedimiento especial para la impugnación de las órdenes de servicio, ya que si considera que a través de ella se exceden los términos del contrato, dentro del término de 15 días desde la fecha de su notificación puede presentar su reclamación fundada. Interpuesta la objeción, la repartición tiene 30 días para expedirse, considerándose ratificada la orden en caso de silencio, y pudiendo el contratista “apelar” ante el Ministro, quien resolverá en definitiva previo dictamen del consejo respectivo⁸¹.

En cambio, si el contratista deja transcurrir el plazo anterior sin realizar la presentación, caduca su derecho a reclamar, no obstante la reserva que hubiera asentado al pie de la orden⁸².

8.4. Procedimiento de Medición, Certificación y Cobro

El pago del precio de la obra constituye la principal obligación de la Administración comitente y, como contrapartida, el derecho primordial del contratista⁸³.

Ahora bien, el trámite que conduce a la aludida cancelación conlleva el cumplimiento de varios pasos que, en ocasiones, generan dificultades que conspiran contra la adecuada marcha del contrato.

Como punto de partida, el art. 5 de la L.O.P. indica que previo a licitar o ejecutar una obra pública deberá estar prevista su financiación. Del mismo modo, la reglamentación de dicho precepto establece que a tal fin el proyecto debe estar contemplado en el presupuesto o ley especial⁸⁴.

En atención a la magnitud que pueden presentar las obras públicas –que usualmente insumen erogaciones millonarias, así como numerosos meses hasta su finalización- su pago no se suele diferir para el momento de su culminación, sino que se va materializando simultáneamente con la realización de los trabajos⁸⁵.

Es que, de otro modo, se impondría a los contratistas un esfuerzo extraordinario, consistente en ir adelantando los gastos que irroga la ejecución de las tareas, lo cual afectaría no sólo el principio de concurrencia (pues solamente empresas muy grandes estarían en condiciones de absorber tamaña carga) sino que implicaría un fenomenal incremento en el precio a abonar por el comitente, ya que en definitiva los costos derivados de ese esfuerzo se trasladarían al monto de la oferta⁸⁶.

Al respecto, existen diversas modalidades teóricas vinculadas con el pago de las obras públicas⁸⁷ y, de hecho, el art. 40 de la L.O.P. no adopta una definición clara, al indicar que será el pliego de bases y condiciones el que determinará la forma en que debe ser medida y certificada la obra.

Sin embargo, la reglamentación al art. 40 efectúa algunas precisiones, pues dispone que el comitente tiene que verificar, dentro de los 15 primeros días de cada mes, los trabajos ejecutados en el anterior⁸⁸, por

ministerio legis, tales como los indicados en los artículos 17, inciso a) y 53 de la L.O.P. y 29 último párrafo, 32, encabezamiento y apartado 2, 40 y 43 de su reglamentación (*Estudio...*, ob. cit., T., II., pág. 440).

⁷⁹ Como consecuencia de tal responsabilidad, el primer párrafo de la reglamentación al art. 32 de la L.O.P. determina que el representante técnico firmará, con el contratista o sin él, todas las prestaciones de carácter técnico.

⁸⁰ El citado precepto también prevé que si en definitiva se probara que las exigencias impuestas en la orden de servicio excedieran las estipulaciones contractuales, el contratista tendrá derecho a recibir las compensaciones del caso. Asimismo, si este último no se aviniera a acatar la orden de servicio o suspendiera los trabajos, aún parcialmente, como consecuencia de su disconformidad, se hará pasible de las multas que con tal objetivo estuvieran fijadas en el pliego de bases y condiciones. Ver Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, pág. 449.

⁸¹ Apartados 11 y 13 de la reglamentación al art. 32 de la L.O.P. Como se advierte, la norma no establece el plazo para deducir la apelación, pero entendemos que por aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo –y, en particular, las que rigen el recurso jerárquico, que resulta la figura más próxima a este peculiar medio de impugnación- el término deberá ser de diez días hábiles, conforme surge del juego de los arts. 68, 89, 92 y conchs. del Dec. Ley 7647/70. Ver, en similar sentido, Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, pág. 448.

⁸² Apartado 11 de la reglamentación al art. 32 de la L.O.P.

⁸³ Ver por todos, Gorostegui, Beltrán, *Cuestiones en torno al certificado de obras públicas*, en A.A.V.V. *Derecho administrativo*, de Comadira, Julio P.-Ivanega, Miriam M. (Coord.), Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2009, pág. 279 y sigts.

⁸⁴ La reglamentación obliga, además, al Ministerio de Economía a prever en cada presupuesto los créditos suficientes para atender los compromisos diferidos en el supuesto frecuente de obras públicas cuya realización abarque más de un ejercicio.

⁸⁵ Gorostegui, Beltrán, *Cuestiones...*, ob. cit., pág. 279. Empero, Barra indica que, en puridad, estas cancelaciones provisorias constituyen adelantos a cuenta a favor del contratista para permitir la continuación normal de las labores, ya que el pago propiamente dicho se produce al momento de la entrega de la obra (*Contrato...*, ob. cit., T. III, págs. 892 y sigts. y 1007/8).

⁸⁶ Ver, en análogo sentido, Mó, Fernando F., *Régimen legal...*, ob. cit., pág. 318, con cita de Jéze.

⁸⁷ Ampliar en Gorostegui, Beltrán, *Cuestiones...*, ob. cit., págs. 279/80.

⁸⁸ Aunque, como con razón apuntan Carol Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, págs. 533/4), corresponde que la medición se haga en los primeros días del mes, a efectos de que la repartición pueda emitir en tiempo el correspondiente certificado de avance parcial, que, justamente, se confecciona en la primera quincena.

lo que en principio el pago ha de efectuarse mensualmente y en forma proporcional al avance registrado en idénticos períodos⁸⁹.

Este proceso consiste, en esencia, en la mensura y medición de la obra ejecutada por parte de la inspección conforme a las pautas que prevén los pliegos⁹⁰.

Estas mediciones son “parciales” y derivan, justamente, en la emisión del certificado “parcial de obra”, que constituye la certificación “por excelencia”⁹¹. Dicho certificado –así como cualquier otro que se extienda durante el curso de las labores, con excepción del final⁹²– reviste carácter meramente provisorio, en tanto el crédito que allí se consigne queda supeditado a las variaciones que, por error en la determinación originaria o algún otro motivo, surjan con posterioridad⁹³.

Empero, la reglamentación al art. 40 de la L.O.P. permite al representante técnico del empresario manifestar su disconformidad con la operación en el acta de medición, a fin de que ella se tenga en cuenta al finalizar el contrato. Además, se faculta al contratista a presentarse ante el comitente dentro de los 5 días de labrada el acta respectiva a efectos de que se revise “la medición impugnada”.

Es que, como se comprende –y más allá de que las discordancias queden subsanadas al finalizar el contrato⁹⁴– el empresario se encuentra particularmente interesado en que el flujo de fondos que reciba se corresponda con los gastos reales que va efectuando, pues de otra forma caerá fácilmente en un desequilibrio financiero.

A pesar de ello, el art. 40 de la reglamentación de la L.O.P. establece que el comitente puede, en vez de pronunciarse sobre el fondo del reclamo, “postergar su consideración para la oportunidad en que se haga la medición final”⁹⁵.

Efectuada la medición, del juego de los arts. 43 y 45 de la L.O.P. se desprende que el certificado de avance parcial –que constituye el antecedente inmediato de la orden de pago estatal⁹⁶– ha de ser emitido⁹⁷ dentro de los 15 días al mes siguiente de ejecutadas las labores, y abonado en el lapso de 30 días a partir de su emisión⁹⁸.

Existe, sin embargo, una práctica administrativa de sumar ambos términos, al estimar que, en verdad, únicamente existiría demora cuando la cancelación no se produzca dentro de los 45 días desde la finalización del período respectivo, entendiéndose que la infracción autónoma de los lapsos antes indicados no perjudica al contratista⁹⁹.

⁸⁹ Algunos conceptos, sin embargo, se deducen de las cancelaciones mensuales, como la retención fijada en el art. 42 de la L.O.P. en concepto de garantía de la obra. Otro tanto puede suceder si se otorgó anticipo (ver art. 48 de dicha norma).

⁹⁰ Conf. Balbín, Carlos F., *Tratado...*, ob. cit., T. V, pág. 397. Carol y Sansoni apuntan que en las especificaciones técnicas particulares suele establecerse que determinados ítem se medirán y pagarán por metro cúbico (por ej.: excavación para fundaciones); por metro cuadrado (por ej.: construcción de carpeta de concreto asfáltico); por metro lineal (por ej.: colocación de barandas); en forma global (por ej.: construcción de un refugio peatonal); etc. (*Estudio...*, ob. cit., T. II, págs. 513/4).

⁹¹ Gorostegui, Beltrán, *Cuestiones...*, ob. cit., pág. 285.

⁹² Los certificados que emite el comitente no siempre son la contrapartida de determinado avance en la obra sino que, más genéricamente, son la forma en que se documenta todo tipo de créditos del contratista contra el comitente, e incluso de este último contra aquel (v.g. a propósito de la imposición de una multa). Algunos tipos son: parcial de obra, de anticipo, de acopio de materiales, de redeterminación de precios, final, entre otros. Ver Gorostegui, Beltrán, *Cuestiones...*, ob. cit., pág. 284 y sigts. y Barra, Rodolfo C., *Contrato...*, ob. cit., T. III, págs. 935 y sigts.

Es por ello que el art. 41 de la L.O.P. define al certificado como “todo crédito documentado que expida la Administración al Contratista con motivo del contrato de Obra Pública”.

⁹³ Conf. art. 44 de la L.O.P., que prevé que “todos los certificados son provisionales, pero una vez expedidos, no pueden ser modificados en su monto ni trabado su trámite de pago por ninguna circunstancia” y que “de existir errores u omisiones una vez expedidos, serán tenidos en cuenta en la certificación siguiente, cualquier[a] sea su naturaleza”.

⁹⁴ Una medición parcial inferior a la que efectivamente se corresponda con el avance real de las tareas a esa fecha, luego se compensará si la obra concluye exitosamente. Es que cuando se haga su medición final certificándose un avance del 100%, ello importará que en algún período ulterior el contratista percibirá una suma mayor a la verdaderamente ejecutada. Así, dice Barra que cualquier discrepancia en la medición será por naturaleza rectificable en la secuencia certificatoria, y al realizarse la medición final todo defecto o exceso será corregido (*Contrato...*, ob. cit., T. III, pág. 976).

⁹⁵ Mejor parece la solución del art. 48 de la ley nacional 13.064 al consignar que la petición ha de ser resuelta en esta fase, aunque si, a la postre, el reclamo era infundado el contratista “no tendrá derecho al pago de intereses” derivados del retraso en los pagos. Ver, sin perjuicio, las reservas que tiene Gordillo sobre la aplicación de este precepto (Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI, 1ª ed., Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2015, págs. 847 y sigts.).

⁹⁶ Conf. Bezzi, Osvaldo M., *El contrato...*, ob. cit., pág. 173 y Mó, Fernando F., *Régimen legal...*, ob. cit., pág. 322.

⁹⁷ Con las firmas del director de la repartición, así como la del representante técnico y del contratista, salvo que el mismo se expida de oficio (conf. arts. 41, 43 y conchs. de la reglamentación a la L.O.P.). La doctrina, por otra parte, estima que los certificados pueden ser cuestionados de conformidad a las pautas fijadas en los pliegos o, en su caso, por las previsiones genéricas de impugnación de los actos administrativos (ver por todos Balbín, Carlos F., *Tratado...*, ob. cit., T. V, pág. 409 y Gorostegui, Beltrán, *Cuestiones...*, ob. cit., pág. 284).

⁹⁸ Sin embargo, el art. 45 de la L.O.P. le otorga a la Administración la facultad de optar por el sistema de pagos diferidos, siempre que ello se incluya –previa autorización del Poder Ejecutivo– en los pliegos respectivos. Esta mecánica ha tenido escasa aplicación en la práctica, tal como refieren Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, pág. 554.

⁹⁹ Ver Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, págs. 541 y sigts. Esta hermenéutica ha sido receptada por la Suprema Corte provincial al señalar que “la ley tutela el plazo establecido para la cancelación del crédito, el cual se integra con el que fuera conferido para la emisión. No le asigna trascendencia a la demora en la expedición, dado que la misma queda saneada con el pago en término del crédito. La norma ampara el plazo de espera tolerado (45 días) en el cual el contratista se encuentra

En el caso de que la Administración demore el pago de los certificados de conformidad a las pautas recién indicadas, la L.O.P. contiene previsiones especialmente tuitivas de los derechos del contratista.

Así, sus arts. 45 y 46 establecen que en esa hipótesis se deben intereses –calculados con una tasa activa, que es la que fija el Banco Provincia “para el descuento de los certificados de obras públicas”¹⁰⁰ - sin que sea necesario constituir en mora a la Provincia¹⁰¹ o formular reserva al percibir el certificado¹⁰².

En este mismo orden de ideas, el art. 63 inc. d) de la L.O.P. –y su reglamentación- incluyen como causal específica de rescisión del vínculo a pedido del contratista, la demora en la “emisión o pago de algún certificado por más de tres meses después del término señalado en los artículos 43 y 45 (...) excepto que mediara culpa o negligencia” de aquel, especificándose, sin embargo, que previo a ello corresponde intimar al comitente a que subsane tal deficiencia en un lapso de 60 días.

De tal modo, en el ámbito provincial existen reglas claras en orden a la posibilidad del empresario de extinguir el contrato ante la no cancelación de los avances de obra, lo cual ha originado dudas en sede federal ante el silencio que sobre el particular guarda la ley 13.064¹⁰³.

Por último, de acuerdo a lo establecido en la reglamentación al art. 40 de la L.O.P., dentro de los 30 días de la culminación de las labores debe realizarse su medición final¹⁰⁴, que dará lugar, a su vez, a la recepción provisoria de la obra¹⁰⁵ con la consecuente devolución de las sumas retenidas en concepto de garantía de obra¹⁰⁶ y, por regla, la liquidación de las diferencias que puedan haber surgido, en más o en menos, durante la ejecución de la faena¹⁰⁷.

8.5. Redeterminación de Precios

Tal como indicamos en el acápite anterior, el pago del precio constituye la principal obligación de la Administración y, a la inversa, el primordial derecho del cocontratante es el cobro del precio por su prestación.

El precio es un elemento esencial del contrato, junto con el plazo y la prestación (opus). A su vez debe ser cierto y determinado desde el inicio del contrato, lo cual no significa que necesariamente debe ser fijo e inamovible dado que durante la realización de la obra pueden surgir distintas situaciones que modifiquen el monto original¹⁰⁸.

protegido por el gasto financiero que integra su oferta y debió ser objeto de expresa consideración de su parte. No pueden extenderse las consecuencias tipificadas en materia de mora en el pago de los certificados a cuestiones referidas a su emisión” (causa B. 59.744, *Eleprint S.A.*, sent. del 15-XII-2010).

En definitiva, esta corriente se apoya en que lo que realmente le importa al contratista es obtener los fondos respectivos luego de transcurridos 60 días desde el baricentro de la inversión (que se entiende producida en la mitad de cada mes), ya que este es el cálculo que usualmente se incluye como “gasto financiero” en las ofertas.

Tal postura ha sido, sin embargo, criticada, al señalarse que no carece de trascendencia la emisión en término de los certificados, ya que como los mismos son esencialmente negociables, su confección tardía priva al contratista de hacerse de inmediato de los fondos (Gorostegui, Beltrán, *Cuestiones...*, ob. cit., pág. 298, nota 65).

¹⁰⁰ Con igual lógica el art. 48 de la ley nacional 13.064 prevé para este supuesto el cómputo de “la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina, para los descuentos sobre certificados de obra”. Explica Gordillo que estas disposiciones tienen en cuenta el “hecho usual de que los contratistas, cuando tienen certificados que la administración demora en pagarles los presentan al Banco a fin de que en base al mismo les concedan un préstamo: la tasa que les cobra el Banco es la indemnización que la ley reconoce” (*Tratado...*, ob. cit., T. XI, pág. 857).

¹⁰¹ En un régimen que históricamente constituía una ventaja cuando la mora requería interpelar al deudor. La reforma de la ley 17.711 al art. 509 del Código de Vélez –seguida, en lo sustancial, por el art. 886 del Código Civil y Comercial- establece por regla la mora de pleno derecho, restándole importancia a esta disposición.

¹⁰² En una solución diferente a la establecida en el art. 899 del Código Civil y Comercial que presume que si no se incluye una reserva en el recibo extendido por el pago de la prestación principal, se extinguieron los accesorios del crédito. Ver –aunque con referencia al régimen similar del art. 624 del Código Civil de Vélez- Bezzi, Osvaldo M., *El contrato...*, ob. cit., pág. 175 y sigts., quién recuerda que ante la ausencia de una norma análoga en el ámbito federal, se ha reputado que sólo en el certificado final la falta de reserva al momento del cobro extingue los intereses. En relación a esto último, ampliar en Barra, Rodolfo C., *Contrato...*, ob. cit., T. III, pág. 932 y sigts.

En puridad, esta situación no debería acontecer con mucha frecuencia en esta contratación, pues el art. 46 de la L.O.P. prevé que “los intereses a que hubiere lugar por mora serán abonados en el momento de procederse al pago del certificado”. Si a pesar de ello la Administración paga tardíamente sólo el nominal de la certificación, se estima que los intereses adeudados se capitalizarían y generarían nuevos intereses (ver, sobre el particular, Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II, págs. 560 y sigts.).

¹⁰³ Ver, por ej., Balbín, Carlos F., *Tratado...*, ob. cit., T. V, pág. 414 y Mó, Fernando F., *Régimen legal...*, ob. cit., pág. 334 y sigts.

¹⁰⁴ Que puede ser impugnada por el contratista a través de un mecanismo similar al que vimos para la verificación parcial. Ver apartados 2 y 3 de la reglamentación de marras.

¹⁰⁵ Conf. art. 49 de la L.O.P. y su reglamentación.

¹⁰⁶ Conf. art. 53 de la L.O.P. El comitente retendrá, todavía, la garantía de contrato, que únicamente puede ser reintegrada –tras el transcurso del plazo de garantía- al producirse la recepción definitiva (conf. arts. 27, 52, 53, 54 –así como sus reglamentaciones- y conchs. de la L.O.P.).

¹⁰⁷ Conf. Barra, Rodolfo C., *Contrato...*, ob. cit., T. III, pág. 943.

¹⁰⁸ Ver, Balbín, Carlos F., *Tratado...*, ob. cit., T. V, pág. 388.

Esto último constituye una nota diferencial con otras regulaciones afines, tales como el contrato de suministro -cuyo precio históricamente resultaba invariable¹⁰⁹- o el contrato de obra civil, en tanto el art. 1255 del Código Civil y Comercial establece que cuando se ha estipulado un monto global o una unidad de medida, rige para las partes el principio general de invariabilidad del precio¹¹⁰.

En efecto, en el ámbito provincial, y a raíz de la emergencia económica que sacudió a nuestro país a finales del año 2001, se dictó el decreto 2113/02¹¹¹ que, al aceptar la invitación formulada en el art. 14 del decreto nacional 1295/02, estableció la “redeterminación” de precios en los contratos de obra pública¹¹².

Esta figura parece colisionar con las directivas del art. 7 de la ley 23.928 (texto según ley 25.561)¹¹³ que impiden la “actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor”, al punto que se ha dicho con acierto que, en verdad, la diferencia entre el sistema de variación de costos –prohibido- y la redeterminación de precios –admitido- se reduce a una mera cuestión semántica dado que, en definitiva “si los precios se redeterminan es porque han variado”¹¹⁴. Y todo ello sin perjuicio de hacer notar la existencia de grandes esfuerzos doctrinarios en orden a justificar la legalidad del régimen¹¹⁵.

Sin embargo, la práctica administrativa da cuenta del uso corriente de esta figura, con el respaldo de la doctrina especializada que enuncia los ruinosos efectos que podría traer para el Estado –y, en particular, en épocas de alta inflación- la adopción de un sistema más rígido, en donde el empresario se hiciera cargo “en términos totales y sin matices de los posibles riesgos por variación de costos de las obras”¹¹⁶.

Ello así, el Decreto 2113/02 –modificado por el art. 45 de la ley 13.403- establece determinadas condiciones para que la redeterminación de precios resulte viable¹¹⁷, a saber:

- i) procede a solicitud del contratista¹¹⁸;
- ii) el régimen debe hallarse previsto en los pliegos¹¹⁹;

¹⁰⁹ Conf. art. 23 del Reglamento de Contrataciones de la provincia de Buenos Aires (Decreto 3300/72). “Empero, cabe advertir que el dictado del decreto 1.300/16 -reglamentario de la ley 13.981- tornó operativo el nuevo sistema de contrataciones, el cual habilita a la Administración a incorporar en los Pliegos de Bases y Condiciones cláusulas de redeterminación de precios en los procesos de provisión de bienes cuya entrega supere el plazo de un mes, debiendo ajustarse las mismas a los principios de razonabilidad, economía y transparencia (conf. art 7 inc. g) de la ley, y art. 7 ap. 8) del Anexo I del Decreto reglamentario”.

¹¹⁰ Al indicar que en tales casos “ninguna de las partes puede pretender la modificación del precio total o de la unidad de medida, respectivamente, con fundamento en que la obra, el servicio o la unidad exige menos o más trabajo o que su costo es menor o mayor al previsto” salvo que se hubieran configurado circunstancias excepcionales que ameriten la aplicación del instituto de la imprevisión.

¹¹¹ Convalidado por ley 13.154 y luego modificado por su similar 13.403.

En efecto, la normativa que explicaremos reconoce su origen en la emergencia administrativa, económica y financiera declarada en el orden nacional por la ley 25.561 y el decreto 214/02 -con adhesión provincial por ley 12.858- que introdujo modificaciones sustanciales al régimen de convertibilidad; y en el orden local por la ley 12.727 cuya declaración de emergencia fuera prorrogada por decreto 1.465 del 24/6/02.

En las citadas leyes de emergencia, si bien se mantuvo la prohibición de indexación de precios establecida en las leyes de convertibilidad, al mismo tiempo, y mientras persista la emergencia, se autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos. “Con fecha 31 de julio de 2017 se aprobó en el ámbito provincial el Decreto N° 367/17 E, que estableció un nuevo régimen de redeterminación de precios de los contratos de obra pública y derogó expresamente el Decreto N° 2113/02, sobre el cual haremos frecuente referencia. Dado que el nuevo sistema se instauró cuando la presente obra se encontraba en proceso de edición, no fue posible incluir su análisis”.

¹¹² A pesar de que el sistema está literalmente dirigido a aquellos vínculos concertados con anterioridad a enero de 2002, el art. 12 del decreto de marras impone que los pliegos de las licitaciones futuras incorporen –como de hecho ha sucedido- “las pautas que aseguren la plena vigencia y operatividad de sus términos y los de las normas que al efecto dicte el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos”.

¹¹³ Cuyas pautas no han sido abrogadas por el nuevo Código Civil y Comercial. Ver, por ejemplo, Ossola, Federico en A.A.V.V. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, de Lorenzetti, Ricardo L. (Dtor.), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. V, pág. 124.

¹¹⁴ Conf. Carol, Guillermo C. y Sansoni, Félix J., *Estudio...*, ob. cit., T. II., pág. 636.

¹¹⁵ Ver, al respecto, Ymaz Videla, Esteban M., *Redeterminación de precios vs. variación de costos. Una diferencia esencial*, Revista de Derecho Administrativo N° 51, año 2005, pág. 167 y sigts., quien, luego de analizar en detalle el régimen de variación de costos frente a la redeterminación de precios, se pronuncia a favor de su constitucionalidad.

En ese trabajo se señala que en la redeterminación el mismo precio está siempre determinado para el momento que se ejecuta el tramo de obra pertinente, y ello es inmodificable, no pasible de ajuste, lo cual la excluye de la prohibición establecida en la ley de convertibilidad.

También se indica allí que el sentido del régimen en el contrato de obra pública es evitar el ajuste automático, toda vez que su finalidad es permitir el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos en ejecución y otorgando, además, un marco de certidumbre a las licitaciones en curso y a las que se efectúen en el futuro.

¹¹⁶ Ver, por ejemplo, Balbín, Carlos F., *Tratado...*, ob. cit., T. V, págs. 210 y sigts., quien señala que si el precio se reputara inamovible las ofertas serían considerablemente más altas al incluir “en su propuesta económica un valor adicional por el riesgo que se produzcan aumentos en los precios”. Por su lado, Barra apunta que en ese albur el contratista seguramente ejecutará la obra con menor calidad en orden a abaratar costos (*Contrato...*, ob. cit., T. III, pág. 881).

¹¹⁷ Cabe destacar que dicha normativa se encuentra todavía en vigencia, dado que el nuevo régimen fijado por el Decreto 2508/10 nunca alcanzó a ponerse en práctica, y su aplicación continúa suspendida a tenor de lo dispuesto en su similar 45/11.

¹¹⁸ Empero, se prevé que en los casos que la variación de precios se verifique en menos, la Administración de oficio procederá a efectuar la redeterminación y su resultado será notificado al contratista

¹¹⁹ Aunque Balbín, con especial referencia al ámbito federal, opina que las previsiones relativas a la redeterminación de precios serían operativas incluso ante el silencio de la documentación licitatoria (*Tratado...*, ob. cit., T. V, pág. 213). Esta postura es adoptada por

iii) la obra tiene que venir ejecutándose de conformidad al ritmo establecido en el plan oportunamente aprobado;

iv) debe existir una parte pendiente de realización, sobre la cual, justamente, se aplicarán los nuevos precios¹²⁰;

v) los costos de los insumos correspondientes a la porción pendiente tienen que haber variado -en más o en menos- en un cinco por ciento (5%) respecto a los montos del contrato¹²¹, o a los establecidos en la última redeterminación¹²².

vi) Un diez por ciento (10%) del precio originario se mantiene fijo e inamovible durante toda la vigencia del vínculo.

La modificación se instrumenta mediante la suscripción por el comitente y el contratista de un "Acta de Redeterminación de Precios" que, a su vez, implica la renuncia automática a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos o perjuicios de cualquier naturaleza, motivados por los cambios que registre la economía¹²³.

En la provincia de Buenos Aires es el Ministerio de Infraestructura la autoridad encargada de establecer la metodología de Redeterminación de Precios de los contratos de obra pública, así como el dictado de normas interpretativas, aclaratorias y complementarias¹²⁴.

9. Procedimiento de Faltas Municipales¹²⁵

El estudio de los órganos encargados de aplicar sanciones por infracciones administrativas cometidas en el ámbito de los municipios bonaerenses; los procedimientos previstos para tal fin; la normativa de supletoria aplicación y la revisión judicial ulterior, ha sido asumido ya por varios autores a partir del comentario al Decreto Ley 8751/77, en obras mucho más extensas que el presente opúsculo, a las que, en consecuencia, cabe remitir para profundizar la temática.

9.1. La actual Autarquía Municipal Bonaerense. Consecuencia en materia de Faltas

Pese a que la reforma constitucional federal de 1994 afianzó la autonomía municipal¹²⁶, la coetánea reforma de la carta magna bonaerense no introdujo ningún cambio sustancial con relación al régimen municipal estructuralmente autárquico, lo que podría considerarse inconstitucional por omisión. Tal

el art. 2 de la Resolución 404/07 del Ministerio de Infraestructura, al consignar que la metodología de redeterminación de precios "será aplicable a todos los contratos de obra regidos por la ley 6.021 (...) con excepción de los contratos de concesión de obra".

¹²⁰ En este orden de ideas, Ymaz Videla, Esteban M., *Redeterminación...*, ob. cit., pág. 166 y sigts. explica que la redeterminación se efectúa con validez hacia el futuro y no se aplica de manera retroactiva al precio de la parte de la obra ya ejecutada y certificada. Con lo cual, el precio por el que se ejecutó la parte correspondiente de la obra está siempre determinado y no es pasible de ajustes y modificaciones. Es en definitiva una nueva determinación del precio original o ya redeterminado que, una vez establecido, queda así fijo e inamovible para el tramo de obra que se ejecute, hasta que se den las condiciones para una nueva redeterminación. En ese supuesto se determinará otra vez el precio, el que regirá solamente para el tramo que se construya en el futuro, quedando inconvivable para todo ese tramo de obra.

¹²¹ Los que, de acuerdo al art. 6 de la Resolución 404/07 del Ministerio de Infraestructura, serán computados como pertinentes al mes en que se presentó la oferta.

¹²² Y ello en tanto, como se ha explicado, el procedimiento tendiente a arribar a la redeterminación de precios consiste, básicamente, en revisar mensualmente el valor de las obras no ejecutadas con las estructuras de insumos y ponderaciones y los precios de éstos, a efectos de evaluar si la distorsión supera o no el porcentaje antes indicado (conf. Balbín, Carlos F. *Tratado...*, ob. cit., T. V, pág. 437). A tal fin, periódicamente el Ministerio de Infraestructura aprueba, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución 404/07, las "tablas de valores y precios de referencia" de cada mes para efectuar las comparaciones.

¹²³ Conf. artículo 7 del Decreto 2113/02. Empero, el art. 8 de dicha norma prevé que la primer redeterminación se celebra *ad referendum* de la convalidación ministerial que, a su vez, debe dictarse previa intervención de los organismos de asesoramiento y control. Las sucesivas redeterminaciones, en cambio, pueden ser aprobadas directamente por el comitente, aunque han de ser elevadas a conocimiento de los aludidos organismos -así como del Tribunal de Cuentas- antes de la recepción provisoria de la obra.

¹²⁴ Conf art. 3 Dec. 2113/02. Y, justamente en ejercicio de esta atribución, dicha repartición ha dictado, entre otras, la Resolución 404/07 (y modificatorias) mediante la cual se detalla la metodología para efectuar la redeterminación de precios.

¹²⁵ Dada la complejidad de esta temática -cuyo exhaustivo desarrollo excede la finalidad de la presente obra- para un análisis más pormenorizado nos remitimos al trabajo de Villafañe, Homero M. "Código de Faltas Municipales en la Provincia de Buenos Aires", en A.A.V.V. "Tratado de Derecho Municipal", de Bastons, Jorge L. (Dtor.), Ed. Abeledo Perrot. Así lo han hecho, entre otros, BROLA, Daniel Esteban "Código de Faltas Municipales de la Provincia de Buenos Aires. Decreto Ley 8571/77", Omar Favale Ediciones Jurídicas, 2008; GENONI, Eduardo Héctor "Régimen de Faltas de la Provincia de Buenos Aires", Ed. B de F, 2002; GUTIERREZ, Roberto H. "Código de Faltas Municipales de la Provincia de Buenos Aires. Decreto Ley 8571/77", Depalma, 1993; HORTEL, Eduardo. "Régimen de Faltas" Ed. Universidad, 1981; TULIA, Mauro Alfredo. Código de Faltas Municipales de la Provincia. LEP, 2013.

¹²⁶ Con la reforma acaecida en el año 1994, el artículo 123 de la Carta Magna estableció que cada provincia debe asegurar la autonomía municipal, reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

circunstancia explica que el régimen de faltas municipales –como tantos otros– sea establecido por una norma de carácter provincial.

9.2. Distinción entre Delitos y Faltas, Contravenciones o Infracciones; entre Pena y Sanción. Consecuencias

La dificultad para establecer distingos ciertos entre los conceptos mencionados, ha conducido a la adopción de diversas posiciones, entre las que podemos encontrar: i) aquellos que predicen el traslado pleno de los principios penales y procesales penales al ámbito de las faltas y contravenciones; ii) aquellos otros que comparten tal aplicación, pero a partir de matizaciones, coloreos o desdibujes; iii) por fin, aquellos que intentan construir un sistema garantístico, totalmente autónomo.

Entendemos que dos circunstancias no pueden pasar desapercibidas en esta discusión: i) el reparto de competencias entre el Estado Federal y las Provincias (arts. 1, 75, 121 a 123 CN) en cuya virtud es el Congreso quien decide los delitos, quedando reservado a las provincias la determinación de las infracciones relacionadas con el ambiente particular de cada localidad o provincia; y ii) el carácter de garantía, tanto para el individuo como para el interés público, que todo procedimiento administrativo importa y exige.

Aun cuando cabe reconocer que en el procedimiento administrativo sancionatorio –como veremos con algún detalle– no se ven reflejados –en algunos aspectos–, en toda su extensión, las garantías establecidas para el juzgamiento de injustos penales, es unánime el entendimiento acerca de que la tutela administrativa efectiva¹²⁷, la inviolabilidad de la defensa en todo procedimiento administrativo¹²⁸; la garantía de que la decisión sea adoptada por quien reviste carácter de tercero imparcial e independiente y el ulterior control judicial suficiente y adecuado¹²⁹, entre otros, no pueden ser desconocidos o degradados.

La potestad sancionatoria es ejercida en distintos ámbitos del derecho administrativo: i) relaciones disciplinarias; ii) relaciones contractuales; iii) relaciones derivadas de actividades sometidas a especial régimen de derecho público, por razones de interés público y iv) las que la Administración establece con el común de los individuos a partir de la infracción a regímenes jurídicos generales derivados del ejercicio del poder de policía (vgr. de tránsito; de sanidad y salubridad; en urbanismo y edificación, etc.)¹³⁰. El Código de Faltas Municipales limita su ámbito de aplicación a éstas últimas.

9.3. Principales Aspectos del Decreto Ley 8751/77

9.3.a) Ámbito de aplicación

Como quedara dicho, el Código de Faltas municipales se aplica al juzgamiento de las faltas a: a) las normas municipales dictadas en ejercicio del poder de policía y, b) las normas nacionales y provinciales cuya aplicación corresponda a los municipios cuando no se hubiera previsto un procedimiento propio (art. 1).

Por lo tanto quedan excluidas de su ámbito de aplicación las que respondan a otro tipo de situaciones o relaciones jurídicas ius-administrativas (disciplinarias, contractuales; incumplimientos regulaciones en que existe un fuerte interés público). En tales supuestos las sanciones serán aplicadas por las autoridades competentes, previa sustanciación de los procedimientos previstos en cada uno de los ordenamientos.

9.3.b) Aplicación de las disposiciones de la parte general del Código Penal

El artículo 3 del Código Penal, establece que las disposiciones de la parte general de Código Penal serán de aplicación para el juzgamiento de las faltas, siempre que no sean expresa o tácitamente excluidas por esta ley.

Asimismo, no pueden desconocerse garantías básicas derivadas de la Constitución y que han sido desarrolladas por la dogmática penal, tales como: i) el principio de legalidad; ii) la irretroactividad de la norma sancionatoria; iii) la ley penal más benigna; iv) la personalidad de la pena; v) el non bis in idem y iv) la razonabilidad –proporcionalidad– de la sanción.

¹²⁷ CSJN "Astorga Bratch", Fallos 327:4185.

¹²⁸ Art. 8 CADH; art 18.Const. Nacional; art. 15 Const. Provincial; art. 8.1 CADH y se extensión a la función administrativa en tanto determinativa de sus derechos u obligaciones, conf. "Corte Interamericana de Derechos Humanos: i) Opinión Consultiva 9/87; Serie A, n°9 (1987); "Tribunal Constitucional vs Perú", Serie C n°142 (2001); "Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay", Serie C n°142 (2005); "Claude Reyes y otro vs Chile", Serie C n°151 (2006), entre otros.

¹²⁹ Art. 18 Const. Nacional; CSJN "Fernández Arias c/ Poggio", Fallos 249:646; "Angel Estrada", Fallos 328:651.

¹³⁰ Una clasificación similar puede verse en SCJBA causa B-61109 "Silva", sent. Del 31-X-2007.

9.3.c) Sanciones previstas

El Código de Faltas prevé sanciones: a) principales: i) amonestación; ii) multa iii) arresto e iv) inhabilitación, y b) accesorias: i) clausura ii) desocupación iii) traslado y demolición de establecimientos e instalaciones comerciales, industriales o de viviendas y iv) decomiso.

9.3. d) Causales de extinción de la acción y de la pena

El Código de Faltas, en su artículo 16, prevé como causales de extinción de la acción y de la pena: i) la muerte del imputado o condenado; ii) la condonación efectuada con arreglo a las disposiciones legales; iii) la prescripción¹³¹; iv) el pago voluntario, en cualquier estado del juicio, del máximo de la multa para las faltas reprimidas exclusivamente con esa pena; v) el pago voluntario del mínimo de multa antes de la iniciación del juicio, siempre que se trate de infracciones reprimidas con dicha pena, en los casos, formas, plazos y modalidades que determinen las Ordenanzas, Decretos y Reglamentos Municipales.

9.4. Órganos de la Justicia de Faltas Municipales: I) Juez de Faltas¹³²; II) Intendente¹³³

Fácil resulta apreciar el carácter marcadamente limitativo de la autonomía municipal en materia de juzgamiento de las faltas municipales que establece el artículo 18¹³⁴ del Código de Faltas; todo es definido desde la Provincia: i) la organización de la justicia de faltas; ii) su competencia; iii) el régimen de sanciones y iv) el procedimiento.

Asimismo, el Código determina que “La jurisdicción en materia de faltas será ejercida: a) Por los Jueces de Faltas, en aquellos partidos donde su Departamento Deliberativo hubiere dispuesto la creación de Juzgados de Faltas. b) Por los Intendentes Municipales, en los partidos donde no hubiere Juzgado de Faltas y, en los casos de excusación de los Jueces de Faltas, en los partidos donde los hubiere. c) Por los Jueces de Primera Instancia en lo Penal, cuando entendieren en grado de apelación”.

9.5. Procedimiento de Faltas

La estructura del procedimiento de faltas, consta de un proceso con base inquisitiva, en que el mismo funcionario –denominado Juez de Faltas–, primero dirige la investigación (etapa del sumario) y, habiendo mérito para ello, previa acusación, defensa y prueba, juzga (etapa del plenario).

9.5.a) Competencia

El conocimiento y decisión de las faltas municipales, en principio: i) materialmente es improrrogable; ii) territorialmente, se ve circunscripta a aquellas infracciones cometidas en el partido, pudiendo extenderse a otras, conforme lo establezcan las normas nacionales o provinciales de las que los jueces de faltas o intendentes resulten autoridad de aplicación; iii) no existen grados, ni diferenciaciones en razón de la gravedad o cuantía de la falta o sanción; iv) ante la existencia de varios órganos con similar competencia material y territorial es posible que la asignación se determine en función del tiempo o mediante un sistema de distribución equitativo de trabajo.

9.5.b) Improcedencia de la recusación. Deber de excusarse

A su vez, los jueces de faltas no pueden ser recusados pero deben excusarse si se encuentran comprendidos en algunas de las causales previstas en el Código Procesal Penal.

¹³¹ En cuanto a la prescripción, cabe tener presente que conforme un criterio consolidado de la CSJN y de la SCJBA, debe ser declarada, incluso de oficio, en cualquier instancia del proceso y por cualquier tribunal, por tratarse de una cuestión de orden público que, como tal, opera de pleno derecho por el sólo transcurso del tiempo (CSJN Fallos 305:1236; 311:2205; 313:1224; 323:1785; 324:2778; SCJBA: P. 50.959, sent. Del 17-V-2000; P. 62.689, sent. Del 3-X-2001; P. 83.147, sent. Del 14-IV-2004; P. 96.532, sent. del 23-IV-2008; entre otras.).

¹³² Ver art. 19 inc. a, 20, 21, 22 y 23 del Código de Faltas.

¹³³ Ver art. 19 inc. b.

¹³⁴ El juzgamiento de las faltas municipales estará a cargo de la Justicia de Faltas, cuya organización, competencia, régimen de las sanciones y procedimiento se regirán por la presente Ley.

9.6. Sumario¹³⁵

Toda presunta infracción a la normativa dictada por el Municipio para satisfacer el interés público da lugar a una acción pública tendiente a su sanción, aunque dicho carácter se ve desdibujado ante causales de extinción como el pago voluntario del mínimo o máximo de la multa.

La noticia de la comisión de un presunto hecho infraccional, puede tener origen a través del conocimiento proporcionado por agentes municipales o por terceros ajenos a la Administración comunal. Toda presunta infracción a la normativa dictada por el municipio para satisfacer el interés público da lugar a una acción pública tendiente a su sanción.

9.6.a) Instrucción de cargo

La instrucción de cargo es la actuación procedimental tendiente a comprobar la existencia de una infracción y de todas sus circunstancias. Debe ser llevada a cabo por el juez de Faltas, quien podrá delegarla en funcionarios del Juzgado, o en los que, a su pedido, le asigne el Departamento Ejecutivo¹³⁶.

9.6.b) Acta de constatación o comprobación

El acta de constatación o comprobación que debe labrar el "inspector", constituye documento público y puede ser considerado por el juez de faltas como plena prueba de la responsabilidad del infractor¹³⁷. Sin embargo, no constituye un instrumento público en los términos del Código Civil y Comercial de Nación, pues no hace plena fe, ni es necesario redargüirlo de falso, bastando para poner en crisis su fuerza convictiva producir prueba en contrario.

En el mismo acto de comprobación, se debe entregar al presunto infractor copia del acta labrada; si no fuese posible se le enviará por carta certificada con aviso de retorno dentro de las cuarenta y ocho horas.

El acta de constatación o comprobación debe contener: i) lugar, fecha y hora de la comisión del hecho y omisión punible; ii) la naturaleza y circunstancia de los mismos y las características de los elementos empleados para comprometerlos; iii) el nombre y domicilio del imputado, si hubiera sido posible determinarlo; iv) el nombre y domicilio de los testigos que tuvieran conocimiento del hecho; v) la disposición legal presuntamente infringida y vi) la firma del funcionario interviniente, con aclaración de nombre y cargo.

La omisión, el error o defecto, en el contenido antedicho trae aparejada la nulidad del acta, lo que debe declararse, aun de oficio.

El funcionario interviniente, cuando las circunstancias lo justifiquen, puede: i) practicar el secuestro de los elementos comprobatorios de la infracción y/o ii) disponer la clausura transitoria del local en que se hubiere cometido, si ello fuere necesario para la cesación de las faltas o cuando sea presumible que se intentará eludir la acción de la justicia, debiendo comunicar tales medidas de inmediato al juez de faltas o intendente, quien en caso de mantenerlas, deberá confirmarlas mediante resolución expresa y fundada dentro de las veinticuatro horas de adoptadas.

A su vez, el Código habilita al funcionario interviniente a solicitar al Juez de Faltas o Intendente la orden de detención inmediata del presunto infractor cuando así lo exigiere: i) la índole y gravedad de la falta; ii) su reiteración; o iii) el estado en que se hallare quien la hubiere cometido o la estuviere cometiendo. Aquella, debe presentarse como una medida imprescindible a fin de evitar la consumación de la infracción y/o la proyección de sus efectos, no pudiendo exceder las veinticuatro horas. Aquí, el principio de razonabilidad (en sus sub-principios necesidad, adecuación y proporcionalidad) resultan de suma utilidad al momento de ponderar la adopción e intensidad de tales medidas.

Las actuaciones deben ser elevadas al Juez de Faltas o Intendente dentro de las veinticuatro horas de labradas las actas, poniéndose a disposición de estos a las personas detenidas y a los efectos que se hubieran secuestrado; como de cualquier otra persona que considere necesario interrogar para esclarecer un hecho.

¹³⁵ Arts. 35 a 45 del Código de Faltas.

¹³⁶ Art. 37 del Código de Faltas.

¹³⁷ Obsérvese que el desarrollo tecnológico existente en la actualidad permitiría abonar el contenido del acta con documentación complementaria. El espíritu del código se vería rejuvenecido, porque es claro que al tiempo de su sanción tal reaseguro lo aportaban, de existir, los testigos del hecho. Así, en numerosos casos, el acta podría ser complementada además, mediante fotografías o videos, que indudablemente ilustrarían más acabadamente las manifestaciones del inspector, permitiendo una aprehensión de la realidad mucho más rica a efectos de mejor decidir. Serían, además, un reaseguro de su veracidad. Todo ello sin mayores costos.

9.7. Procedimiento ante el Juez de Faltas¹³⁸

El procedimiento ante el Juez de Faltas es básicamente actuado, concentrándose en una única audiencia oral y pública, en la que rige la inmediación.

Tras la elevación de la causa, el Juez de Faltas deberá citar al imputado para que comparezca a una audiencia, bajo apercibimiento de hacerlo conducir por la fuerza pública y considerar su falta de comparendo injustificado como circunstancia agravante. Si el imputado, debidamente citado, no comparece a la audiencia sin causa justificada, y resultaren infructuosas las diligencias tendientes a lograr su comparendo compulsivo, deberá ser declarado en rebeldía.

En la audiencia, el imputado podrá ejercer su derecho a ser oído y a ofrecer, producir y controlar prueba que haga a su defensa, en el mismo acto, teniendo derecho a designar abogado defensor, que será a su costa¹³⁹.

Tras el descargo del imputado y la sustanciación de la prueba ofrecida por éste, el juez, en el mismo acto, resolverá en la forma de simple decreto, bastando para tener por acreditada la falta con el íntimo convencimiento del magistrado encargado de juzgarla, fundado en la sana crítica. Sin embargo, cuando la sentencia fuere apelable el juez la fundará brevemente.

El régimen descrito es susceptible de crítica. Sólo considerando la fecha de su sanción es posible entender –aunque claramente no compartir– la posibilidad de dictar un acto definitivo de sustancia sancionatoria mediante la “forma de simple decreto”, esto es, como si se tratara de un mero despacho de trámite.

Sea por aplicación supletoria de las prescripciones del Código Procesal Penal respecto de la sentencia; sea mediante la remisión –atento a su naturaleza jurídica– a los elementos esenciales de un acto administrativo, sea, por fin –y en cualquier caso– a una de las principales derivaciones de una República, es inconcebible que una autoridad pueda resolver sin dar razones.

De allí que la motivación, entendida como la expresión o explicitación de la causa (¿por qué?), finalidad (¿para qué?) y objeto (¿qué?) del acto, necesario reaseguro para verificar la juridicidad de lo actuado, sea erigida –a la vez– tanto como elemento esencial del acto administrativo cuanto como parte integrante del debido proceso adjetivo.

En definitiva, cabe predicar la nulidad manifiesta de cualquier acto que carezca de motivación.

9.8. Procedimiento ante el Intendente¹⁴⁰

Conforme surge de las disposiciones legales, puede asumir dos formas:

Base escrituraria: tras la recepción de las actuaciones que fueran elevadas, dentro de los tres días se debe notificar al imputado, por escrito, la falta imputada a efectos de que en el mismo plazo pueda formular su defensa y ofrecer y producir la prueba de que intente valerse. Producidos estos actos o vencido el plazo previsto a tal efecto, el Intendente debe dictar resolución en el plazo de diez días;

Base delegatoria: en cuyo caso será un funcionario instructor, designado por el intendente, quien sustanciará el procedimiento previsto para los jueces de faltas, levantando acta de lo sustancial, tras lo cual el Intendente deberá resolver dentro de los diez días.

Varias son las críticas que pueden ensayarse al respecto.

Como viéramos, si el titular del Departamento Ejecutivo ejerce esta competencia: i) no existe dedicación exclusiva atento al cúmulo de tareas propias del desempeño del cargo; ii) no cuenta necesariamente con formación jurídica, lo que en todo caso exigiría la ineludible intervención previa de la asesoría jurídica municipal –que tampoco está prevista–; iii) no resulta suficiente garantía de imparcialidad, en tanto como administrador comunal estaría habilitado a disponer de las sumas producto de las multas que él mismo impuso.

Si bien no puede sostenerse un interés a título personal es indudable que la potencialidad de poder disponer del dinero derivado de las multas para llevar a cabo su gestión, es un elemento objetivo de suficiente entidad como para poner en crisis la imparcialidad del juzgador¹⁴¹.

¹³⁸ Arts. 46 a 51 Código de Faltas.

¹³⁹ Se dirá que tratándose de un procedimiento administrativo especial la prescripción sigue la regla del procedimiento en general, en cuanto a que el patrocinio letrado es un derecho, pero no su gratuidad. Adviértase la gravedad que de ello puede desprenderse, vgr. si vinculamos la potencialidad de sanciones privativas de la libertad con la imputación a personas de escasos recursos económicos: ¿está garantizado, de tal modo, adecuadamente el derecho de defensa? Insistimos: el patrocinio letrado obligatorio en toda gestión administrativa es tan irrazonable como la falta del mismo en procedimientos de carácter sancionatorio, en que hasta la propia libertad personal queda en juego. Sobre el tópico ver CSJN “N. J.G”, sent. del 5-X-2010. Fallos 329:4248.

¹⁴⁰ Arts. 52 a 53 Código de Faltas.

La imposibilidad práctica que el Intendente pueda “estar presente” es superada mediante las dos formas instrumentales antes descriptas: por escrito o mediante un delegado, lo que importa la negación del principio de inmediación.

Otra crítica no menor es la imprevisión respecto de la declaración de rebeldía, para el supuesto que –notificado el traslado del “auto imputatorio”– el sindicato no presentara su defensa o descargo. La norma pareciera soslayar la importancia de tal circunstancia, permitiendo al intendente “decidir en su ausencia”.

9.9. Revisión Judicial

La revisión judicial de la actividad jurisdiccional de la administración debe ser: i) suficiente y adecuada, asegurando un control amplio tanto de los aspectos de hecho como de derecho y ii) eficaz, por lo cual la ejecución de sanciones de naturaleza penal exigen que éstas queden firmes.

Con todo, la revisión, en este ámbito, no exige doble instancia.

El conocimiento y decisión de las impugnaciones concedidas, así como de la queja por su denegación, corresponde al juez en lo correccional en las cabeceras departamentales y a los jueces de paz letrados en aquellos partidos que no lo sean.

En materia recursiva, la concesión de los recursos tendrá efecto suspensivo y deberán ser interpuestos ante la autoridad que dictó la resolución impugnada, dentro de las setenta y dos horas de notificada, debidamente fundados.

Específicamente, el recurso de apelación procede i) contra las decisiones definitivas de los Jueces de Faltas que impusieren sanciones de multa mayor del cincuenta por ciento del sueldo mínimo del personal de la comuna; arresto, inhabilitación mayor a diez días y cuando, cualquiera fuera la sanción impuesta, llevara alguna condenación accesoria; ii) contra las decisiones definitivas del Intendente municipal, sin limitación alguna.

A su vez, el recurso de nulidad resulta procedente por los siguientes motivos: i) resoluciones pronunciadas con violación u omisión de las formas sustanciales del procedimiento; o ii) por contener defectos de los que, por expresa disposición del derecho, anulen las actuaciones, siempre que la decisión resulte susceptible de apelación, deduciéndose juntamente con ésta.

Concedido el recurso, las actuaciones serán elevadas al Juzgado Correccional o de Paz Letrado dentro de los tres días, debiendo aquel resolver dentro de los quince días: i) de recibida la causa; o ii) desde que se hubieran producido las medidas para mejor proveer que hubiere decretado y el expediente se hallare en estado de ser resuelto.

Si los recursos interpuestos contra las decisiones definitivas de los Jueces de Faltas o Intendentes fueran denegados o si se encontraren vencidos los plazos legales para que éstos resuelvan, el imputado podrá ir en queja ante el Juez Correccional o de Paz Letrado.

A pesar de que el Código de Faltas no contempla expresamente vías recursivas contra la decisión adoptada por el Juez en lo Correccional o de Paz Letrado, la aplicación supletoria del Código Procesal Penal establecida en su artículo 60, ha llevado a considerar que tales sentencias son susceptibles de apelación por ante las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal, aunque la cuestión ha suscitado y suscita debates actualmente.

La solución a esta problemática puede provenir de dos fuentes diversas: i) un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia que fije doctrina legal sobre el tópico, proyectándose sobre todo el territorio bonaerense o ii) la creación, por el legislador, de la instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales que prevé el art. 166, segundo párrafo, de la Constitución Provincial.

9.10. Conclusiones

La necesaria reforma constitucional por venir, al regular la autonomía municipal, tendrá un fuerte impacto sobre el actual régimen de faltas municipales.

En la medida en que la potestad sancionatoria es parte del “ius puniendi” estatal y mientras que puedan derivarse de su ejercicio sanciones privativas de la libertad, los principios y garantías aplicables al ámbito penal no pueden ser desconocidos, aunque resultan susceptibles de algún matiz, coloreo o desdibuje.

¹⁴¹ Ver GARCIA PULLES, Fernando “Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración”, El Derecho Administrativo, 2007 pág. 623.

No toda infracción a ordenanzas municipales habilita la competencia de los órganos que tienen asignada la decisión sobre faltas municipales.

Resulta evidente la necesidad y conveniencia de confiar la competencia en materia de faltas municipales a órganos con dedicación exclusiva, especializados y que gocen de garantías que aseguren su independencia e imparcialidad.

El desarrollo tecnológico actual permite, sin mayores esfuerzos, obtener documentos complementarios de lo actuado, tanto por el inspector, como por el juez de faltas. De tal modo se asegura una mejor aprehensión de lo acontecido, insumo invaluable para aquel que tiene que decidir ulteriormente.

El patrocinio letrado, ínsito en el debido proceso adjetivo, debería considerarse obligatorio y gratuito en materia de faltas; o por lo menos, para aquellas de las que pueden derivarse sanciones privativas de la libertad.

Sea por aplicación supletoria de las prescripciones del C.P.P. respecto de las sentencias; sea mediante la remisión a los elementos esenciales del acto administrativo; sea, por fin a una de las principales derivaciones de una República, es inconcebible que una autoridad pueda resolver sin dar razones, en "forma simple de decreto". La motivación es esencial en cualquier acto de autoridad.

Es susceptible de crítica tanto que el intendente sea competente para decidir sobre faltas, como los procedimientos previstos a tal efecto.

La revisión judicial de la llamada actividad jurisdiccional de la administración debe ser suficiente, adecuada y eficaz. En consecuencia, cabe poner en crisis las limitaciones establecidas para la procedencia del recurso de apelación.

Razones de seguridad jurídica imponen definir, a la brevedad, el sistema impugnatorio aplicable contra las decisiones del juez correccional o de paz letrado, a fin de despejar el estado de incertidumbre existente en la actualidad. Ello sin perjuicio de la conveniencia de analizar, en el ámbito parlamentario, un nuevo diseño de revisión.

10. Juicio de Cuentas y Juicio de Responsabilidad. La Contaduría General y el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires

El Tribunal de Cuentas es un órgano de control de carácter constitucional, previsto en el artículo 159 de la Carta Magna Provincial. Está compuesto de un presidente con título de abogado y cuatro vocales contadores, inamovibles, nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. El enjuiciamiento y remoción de los mismos se equipara a los jueces de las Cámaras de Apelación.

Es atribución del Tribunal de Cuentas, examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas provinciales y municipales, pudiendo aprobarlas o desaprobarlas y en este último caso deberá indicar el o los funcionarios responsables y el monto de las mismas.

La ley 10869¹⁴², orgánica del Tribunal de Cuentas fue sancionada el 27 de diciembre de 1989 y publicada en el Boletín Oficial el 12 de enero de 1990. Reglamentada por el Decreto 1770/09¹⁴³, que derogó el Decreto 2503/90.

Dicha legislación determina que el Tribunal de Cuentas es un órgano de control administrativo con funciones jurisdiccionales, presidido por un presidente con el título de abogado y vocales, con título de contadores, debiendo contar con treinta años de edad y seis años como mínimo de ejercicio profesional.

Tanto el Presidente y los vocales tendrán las mismas prerrogativas que los miembros de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial.

Entre las facultades del Tribunal se encuentra la de inspeccionar y examinar los libros de contabilidad y toda documentación existente en todas las dependencias a fiscalizar; efectuar arqueos, etc., pero hay una cuestión muy importante consistente en la aplicación de sanciones. En efecto podrá aplicar llamado de atención; amonestación; cargo pecuniario hasta un importe igual al valor objeto de la diferencia que se encuentre luego de la fiscalización (siendo la sanción más importante que pueda aplicar este órgano) y multas.

La figura del Tribunal de Cuentas estuvo sujeta a los vaivenes históricos. Encontramos algún antecedente remoto en la Ordenanza de Intendentes del año 1812, aunque no con las facultades que ostenta en la actualidad.

¹⁴² Con las modificaciones introducidas por las Leyes 10876, 11755, 12008, 12922, 13101, 13118, 13339 y 13962.

¹⁴³ Derogó al Decreto 2503/90

En una etapa posterior, debido al retraso en sus tareas encomendadas se lo suprime entregándole las mismas a una comisión especial dependiente de la Legislatura. Posteriormente, en el año 1822 se transforma en una comisión de cuentas, con características estrictamente contables.

En el período en que depende del parlamento, su tarea fue ineficaz, al no cumplir con las expectativas de su misión.

Recién con la sanción de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1889 se crea el Tribunal de Cuentas con la facultad para aprobar o desaprobar las cuentas públicas y se organiza con la Carta Magna de 1934, funcionando con arreglo a disposiciones de la ley de contabilidad, hasta la sanción de la ley 4373, que fue la primera en regular sus funciones.

El camino hacia el reconocimiento del control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas no fue fácil. Durante años, más específicamente hasta el año 1983 la posibilidad de acceder a la justicia solicitando la revisión de los actos del Tribunal de Cuentas, era imposible. La complicidad sistemática de la Suprema Corte tornaba ilusoria la defensa de los derechos de quienes se veían afectados por las decisiones de este órgano. Enmarcada en las interpretaciones que consideraban a este órgano como “especial”, confundiendo su naturaleza jurídica y funciones, le otorgaba a sus actos administrativos la característica de “sentencia”, esto se desprende del artículo 26 cuando, en el caso que el Tribunal de Cuentas desaprobara gastos a través de sus actos administrativos, (mal denominado sentencia en dicha ley), entonces el interesado podía demandar ante la Suprema Corte dentro de los diez días de notificado solicitando la nulidad del fallo por errónea interpretación y aplicación del derecho. Es decir, se le atribuía naturaleza jurídica de recurso extraordinario a la demanda de nulidad prevista en este desacertado artículo.

Esa visión particular acerca de la naturaleza jurídica del órgano de control, de sus actos y la revisibilidad de los mismos se transformó en una carrera de obstáculos a lo largo de cincuenta años, porque téngase en cuenta que, además de la interpretación restrictiva de acceso a la justicia establecida en la legislación primigenia, la Corte provincial tenía una materia delimitada por la Carta Magna¹⁴⁴.

La causa Pizzagalli¹⁴⁵ constituye un hito jurisprudencial al reconocer por primera vez la revisión judicial de los actos del Tribunal de Cuentas. En dicho pronunciamiento y a instancia del voto del Dr. Colombo, se concluye que se trata de materia contencioso administrativa porque las decisiones de ese órgano no pueden asimilarse a los recursos extraordinarios, puesto que no son sentencias de tribunales de justicia en los términos del otrora artículo 149 inciso 4° de la Constitución de 1934¹⁴⁶; pero la posibilidad de control judicial surge por tratarse de actos que constituyen causa contencioso administrativa de acuerdo con el artículo 149 inciso 3° de dicha Carta Magna.

En efecto, el artículo 26 de la luego derogada ley 4373 al autorizar la demanda de nulidad –entiéndase demanda (acción) y no de un recurso extraordinario– delimitó la materia contencioso administrativa. A mayor abundamiento, tales actos provienen de un órgano administrativo, con características especiales, de naturaleza administrativa contable. Son actos administrativos, que constituyen una etapa previa al proceso contencioso administrativo. En consecuencia, los llamados “fallos” del Tribunal de Cuentas, poseen el carácter de resolución definitiva equivalente a un decreto del Poder Ejecutivo en cuanto a la revisibilidad por el Poder Judicial. Desde ese cuadrante implicaría un grave error considerar que esos pronunciamientos quedan fuera del control judicial, cuando los actos del Poder Ejecutivo no escapan a tal posibilidad revisora.

Desde otro ángulo se determina que el Tribunal de Cuentas no tiene carácter omnímodo independiente de todo otro poder y debe soportar el control judicial. Destaca que surge por imperio de la Constitución de 1889, y desde entonces se encuentra incorporada al capítulo correspondiente al Poder Ejecutivo, siendo así, resulta de aplicación a sus decisiones la doctrina jurisprudencial que atribuye a la sentencia dictada por tribunales administrativos carácter de resolución definitiva equivalente a un decreto del Poder Ejecutivo en cuanto a su recurribilidad por demanda contencioso administrativa.

Posteriormente en la causa Magnanini¹⁴⁷, el Alto Tribunal entendió en una causa en la cual la parte actora interpone recurso de revisión ante el mismo órgano de control y una vez denegado éste promueve demanda de nulidad en los términos del artículo 26 de la ley 4373, modificando la jurisprudencia anterior¹⁴⁸. Concluyó que el camino elegido (entiéndase que el plazo para recurrir era de quince días y para la demanda de diez), no dejaba al acto cuestionado firme, sino por el contrario, sostuvo que había sido interpuesto

¹⁴⁴ El artículo 149 inciso 3° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1934, entre sus atribuciones establecía: “Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia y los demás procedimientos de este juicio”.

¹⁴⁵ SCBA B-49102 “Pizzagalli Eduardo Elmo c/Provincia de Buenos Aires.D.C.A”, sent. 23/4/1983.

¹⁴⁶ Actual artículo 161 inciso 3° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁴⁷ SCBA B-49284, “Magnanini Luis J, c/Provincia de Buenos Aires, sent. 11/9/1984.

¹⁴⁸ SCBA B-47477, “Cardozo”, sent. 8/6/1976.

temporáneamente en sede administrativa y que, además de ser una vía necesaria lo equiparó al recurso de revocatoria o reconsideración.

El citado fallo mereció el comentario de Hutchinson¹⁴⁹: "...es necesario que no sean los funcionarios administrativos del Tribunal de Cuentas, inexpertos en derecho, quienes pronuncien la última palabra del derecho administrativo, sino que sea un juez quien examine el acto estatal para ver si realmente se trata de un acto jurídico administrativo...¿Por qué tanta insistencia de los controladores para que no se les controle a su vez sus actos? ¿Será, acaso que tienen la íntima convicción de que van a ser anulados?".

Los inconvenientes reseñados conducen al interrogante sobre si las decisiones del Tribunal de Cuentas constituyen o no actos jurisdiccionales. Algunas posturas encontradas se han dado respecto a este tema. Un ejemplo de ello es la consideración de Bielsa¹⁵⁰ quien expresa que el Tribunal de Cuentas no es una dependencia administrativa, "ni su presidente y contadores mayores funcionarios administrativos simplemente, sino de la administración jurisdiccional". En las antípodas, Tristán Bosch¹⁵¹ sostiene que la postura de Bielsa es inadmisibles, argumentando que "Y aun cuando se acepte con el mencionado profesor que en nuestro país puede darse el caso del que órganos del Poder Ejecutivo ejerzan funciones jurisdiccionales iure proprio, o que lo hagan por delegación, en los límites en que ésta es admitida por la Constitución, como pensamos nosotros, es difícil comprender cómo tales órganos, que no por el hecho de ejercer funciones de la referida naturaleza son menos parte integrante del Poder Administrador (y no del Judicial o del Legislativo)". También Fiorini¹⁵² se pronuncia en contra de la postura de que dicho órgano sea jurisdiccional.

Como corolario de las razones expuestas, sostenemos que se trata de un órgano administrativo con características especiales¹⁵³ en cuanto a su función fiscalizadora de la gestión financiera, a través de dos procedimientos distintos: el denominado juicio de cuentas y el juicio de responsabilidad patrimonial, los que serán desarrollados en el presente trabajo.

Advertimos que, aunque la ley apunta a que se trata de un órgano con funciones jurisdiccionales, lo cierto es que siempre debe estar garantizado el acceso al control judicial suficiente¹⁵⁴.

El Tribunal de Cuentas interviene en dos procedimientos administrativos especiales. Por un lado el denominado "juicio de cuentas" llevado a cabo con la finalidad de fiscalizar las cuentas provinciales y municipales, por el otro, el llamado "juicio de responsabilidad" que consiste en su intervención en la etapa final del sumario de responsabilidad administrativa patrimonial, en el cual deberá dictar su fallo definitivo.

10.1. Juicio de Cuentas

El Tribunal de Cuentas es el único que puede aprobar o desaprobar las cuentas rendidas por la Administración Central, Poder Legislativo, Poder Judicial, Reparticiones Autónomas o Autárquicas, Municipalidades y Entes que reciban, posean o administren fondos o bienes fiscales.

Algunos aspectos relevantes de la normativa, remiten a la regulación en forma detallada acerca del procedimiento para el estudio de las cuentas provinciales, a tal efecto, se dividen en Vocablo Administración Central¹⁵⁵ y Vocablo Reparticiones Autárquicas y Entes Especiales¹⁵⁶, que contienen cuatro delegaciones cada una.

A modo de síntesis, respecto a las cuentas provinciales se establece el siguiente mecanismo: los responsables de cada organismo provincial elevan los estados contables y toda la documentación complementaria de la rendición de cuentas al Tribunal a los fines de su estudio por parte de la delegación con posterior remisión del informe de auditoría al relator, éste debe analizar la documentación y formalizar la planilla de cargo para su traslado a los funcionarios alcanzados y a la repartición que corresponda. A su vez,

¹⁴⁹ Hutchinson Tomás, "Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas (A propósito de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires)", ED 115, p.415.

¹⁵⁰ Tristán Bosch Jorge, "¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?", Víctor P. de Zavallá, Buenos Aires, 1951, p.76.

¹⁵¹ Obra citada.

¹⁵² Fiorini Bartolomé, "Inexistencia del acto jurisdiccional", LL, 101, p.1027.

¹⁵³ ST Misiones, "Scarso José", 30/10/1964, sostuvo que se trataba de un órgano administrativo con rasgos y características propias y peculiares.

¹⁵⁴ Fallos 247:646.

¹⁵⁵ Delegación I: Ministerio de Salud; II: Cámara de diputados; Cámara de senadores; III: Ministerio de economía; IV: Jefatura de gabinete; Ministerio de gobierno; Secretaría General de la Gobernación.

¹⁵⁶ Delegación I: Dirección General de Cultura y Educación; Fondo Provincial de Educación; Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires; II: I.P.S; Caja de Jub. Pens. Policía de la Provincia de Buenos Aires; Arba; III: Ioma; Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible; Dirección de Vialidad; Patronato de Liberados; IV: Instituto Provincial de Loterías y Casinos; Ente Administrador Astillero Río Santiago; Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural; Instituto de la Vivienda.

éstos deberán cumplir con la requisitoria y finalmente el Tribunal de Cuentas debe dictar sentencia (entiéndase acto administrativo).

Asimismo, respecto a las cuentas municipales se crearon veinte delegaciones¹⁵⁷ que abarcan diversos partidos, las que estarán integradas por un Auditor jefe; auditores, analistas, oficiales letrados y agentes administrativos.

Las funciones de la delegación consisten en¹⁵⁸: “1. Realizar el estudio integral de las cuentas de los organismos bajo su jurisdicción. A tal efecto deberá: a) Estudiar y dictaminar sobre los estados de ejecución de planta de personal, de ejecución del presupuesto de gastos, de ejecución del cálculo de recursos, de ejecución de cuentas especiales, de ejecución de terceros, de movimiento de fondos y valores, de patrimonio, de resultado económico financiero y todo otro que establezca reglamentariamente el Tribunal de Cuentas. B) Realizar arqueos, relevamiento de inventario de bienes y valores, así como toda otra gestión de control que haga al cometido de su competencia. C) Realizar las inspecciones y auditorías en las oficinas y demás dependencias de la administración municipal y elevar sus resultados al Tribunal de Cuentas, quien a su vez notificará al responsable del órgano municipal que correspondiere. 2. Evacuar por escrito las consultas que se formulen las autoridades municipales; y 3. Informar mensualmente al Tribunal respecto de sus acciones y requerir la intervención de éste cuando lo estime necesario”. La ley regula detalladamente la forma de llevar a cabo la rendición de cuentas por parte de las municipalidades, en tal sentido, previamente, cada intendente debe presentar al concejo deliberante la rendición de cuentas de la precepción e inversión de los fondos comunales. Su pronunciamiento será remitido a la delegación del Tribunal que corresponda según su jurisdicción y al Intendente. A su vez la ley instrumenta diversos plazos para el estudio de las cuentas municipales de cada ejercicio. A su vez cada municipio deberá llevar los libros que establezca el órgano de control.

El juicio de cuentas posee carácter objetivo, es decir, vincula al responsable de rendir cuentas con una gestión contable. Del examen de las mismas pueden surgir diferencias a criterio del órgano de control, lo que derivará en una de las sanciones más importantes y efectivas que aplica, esto es, cargo pecuniario.

En cuanto al procedimiento para el estudio de las cuentas provinciales y municipales por parte del Tribunal de Cuentas, en primer lugar, el relator a cargo del estudio de la cuenta se debe expedir acerca de la documentación y estados, requiriendo la presentación de aquellos que faltaren.

La Ley discrimina tratándose de las cuentas generales de la administración provincial por un lado, y de las cuentas municipales por el otro. En el primer supuesto, se da traslado al Contador General de la Provincia y funcionarios provinciales, de los requerimientos u observaciones efectuadas por el Relator por un plazo no mayor a los treinta días.

En el segundo supuesto se corre traslado por igual plazo a los titulares de los Departamentos Ejecutivo, Deliberativo u Organismos Descentralizados y funcionarios responsables de los requerimientos u observaciones efectuadas por el relator.

Vencido dicho plazo, no compareciendo el funcionario a levantar los cargos efectuados, el presidente dictará providencias de autos para resolver y se pasa el expediente al vocal que corresponda, a los efectos de que proyecte el fallo.

En el supuesto de presentación del funcionario al cual se le formuló cargo, en un mismo escrito deberá presentar su defensa y ofrecer prueba, El presidente ordenará las diligencias probatorias solicitadas, fijando un término para su producción.

Agregada la prueba o vencido el plazo fijado para la producción de la misma, se pasan las actuaciones al relator para que se pronuncie sobre la prueba y con su informe quedará el expediente para sentencia.

El presidente procederá a dictar la providencia de autos para resolver y deberá remitir el expediente al vocal que tuviera a su cargo la división en la cual se efectuó el estudio, a los efectos de que proyecte el fallo en un plazo no mayor a veinte días. Una vez proyectado dicho fallo, se pasa el expediente a los demás vocales de acuerdo al sorteo realizado, en un plazo no mayor a cinco días para cada uno de ellos y por último al presidente.

A continuación de este procedimiento el expediente deberá ser tratado por el vocal correspondiente a la división de origen para que redacte el fallo.

El artículo 38 de la ley 10869 prevé que contra la decisión del Tribunal de Cuentas, el afectado podrá interponer recurso de revisión ante el mismo órgano dentro del plazo de quince días contados a partir de la notificación de dicho acto. Esta impugnación es bastante acotada, puesto que no existe la posibilidad de una discusión amplia, sino que, según los términos de la normativa se infiere que debe estar fundado en

¹⁵⁷ Zonas I La Plata; II Quilmes; III Avellaneda; IV Lomas de Zamora; V San Justo; VI Morón; VII Vicente López; VIII San Isidro; IX Bahía Blanca; X Mar del Plata; XI Mercedes; XII Pigue; XIII Azul; XIV Dolores; XV Pehuajó; XVI Junín; XVII Zárate; XVIII Chascomús; XIX 25 de Mayo; XX Ituzaingó.

¹⁵⁸ Artículo 21 ley 10869.

pruebas o documentos nuevos que justifiquen las partidas desechadas o en la consideración o errónea interpretación de los documentos nuevos ya presentados. Además no será necesario el depósito previo del monto reclamado.

En cuanto a la tramitación se establece que, una vez presentado el recurso de revisión, el Tribunal decide acerca de su procedencia o improcedencia. En el primer supuesto, remitirá al relator el expediente junto con el recurso y documental aportada. Del informe efectuado por el relator, se corre traslado por el plazo no mayor de treinta días al funcionario involucrado para que su contestación por igual término. Posteriormente, el expediente volverá para ser estudiado y se resuelva.

En el supuesto que el funcionario no impugne el fallo del Tribunal, deberá depositar el monto reclamado en una cuenta especial del Banco de la Provincia de Buenos Aires a la orden del Presidente del Tribunal, caso contrario, éste remitirá las actuaciones al Fiscal de Estado a los efectos de su ejecución por vía de apremio, siendo competente la justicia civil y comercial, del departamento judicial al que corresponda según el lugar en el cual desempeñó las funciones el responsable objeto del juicio de cuentas.

En este sentido la Suprema Corte¹⁵⁹ se ha expedido acerca de un conflicto de competencia planteado entre el Juzgado en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro y el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de ese Departamento Judicial.

La Corte sostuvo que a la justicia contencioso administrativa le corresponde resolver en materia de ejecuciones tributarias provinciales iniciadas por vía de apremio – son aquellos en los que se persigue el cobro de tributos provinciales, es decir, impuestos -, pero en aquellos juicios iniciados por el Fisco que no ostenten dicha naturaleza, la competencia será de la justicia en lo civil y comercial. Tal es el caso de la multa aplicada por el Tribunal de Cuentas que no tiene carácter de tributo provincial. En igual sentido, el artículo 35 de la ley 10869 determina expresamente que las acciones que se deduzcan como consecuencia del cumplimiento de las decisiones del Tribunal de Cuentas deberán regirse por la justicia en lo civil y comercial del departamento judicial al que corresponda el lugar en el que desempeñó las funciones el responsable de la inversión de fondos desaprobado.

10.2. Juicio de Responsabilidad

En cuanto respecta al juicio de responsabilidad cabe señalar que, que de acuerdo con lo establecido en el decreto 3260/08¹⁶⁰ el sumario de responsabilidad administrativa patrimonial tiene por objeto establecer la atribución de responsabilidad por todo daño causado a los intereses patrimoniales del Estado, cuando exista presunción o se haya detectado la comisión de irregularidades en la administración de fondos, valores o bienes fiscales o transgresiones de disposiciones legales susceptibles de producir perjuicio fiscal.

La ley 13767 determina que todo sumario por responsabilidad patrimonial será iniciado por la Contaduría General de la Provincia, de acuerdo al procedimiento establecido en su decreto reglamentario antes referenciado. Indica¹⁶¹ que concluida la etapa instructoria enviará las actuaciones al Tribunal de Cuentas para el fallo definitivo. Sólo se podrá reabrir el respectivo sumario en el caso que éste disponga medidas para mejor proveer.

En el procedimiento destinado al pronunciamiento del Tribunal de Cuentas se aplicarán las reglas establecidas en el Capítulo VI, artículo 30 a los efectos del fallo definitivo, y los pertinentes al recurso de revisión. Posteriormente se enviarán las actuaciones de Fiscalía de Estado para el inicio del respectivo juicio de apremio.

10.3. Conclusiones

Pareciera a simple vista que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han otorgado mayor importancia al juicio de cuentas respecto del juicio de responsabilidad, dada la amplitud formulada en los artículos destinados en la normativa. Pero no es así, la práctica administrativa demuestra que los sumarios por responsabilidad administrativa patrimonial se han acrecentado en los últimos años, abarcando no sólo a funcionarios de carrera, sino también a agentes de la administración que se encuentren en esa situación. Nos preocupa y por eso criticamos el estado de indefensión que en muchas oportunidades queda inmerso

¹⁵⁹ SCBA B-69187 “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Correa Patricia y otro s/ Apremio. Conflicto de competencia art. 7° inc. 1° Ley 12008”, sent. 4/7/2007.

¹⁶⁰ Reglamentario de la ley 13767 y modificatorias sancionada con fecha 4/12/2007 y publicada en el Boletín Oficial con fecha 17/12/2007.

¹⁶¹ Artículo 23 del decreto reglamentario n° 3260/08.

el afectado, ya que los medios de defensa que cuenta son muy limitados. Adviértase que el recurso de revisión contemplado en la ley es muy acotado, y sus posibilidades de prosperar en innumerables ocasiones son escasas. Pensamos que lo correcto sería la instrumentación de otro tipo recursivo que permita un debate amplio de la cuestión, garantizando en todo momento la garantía de defensa del particular.

11. Procedimiento Tributario en la Provincia de Buenos Aires. Su regulación en el Código Fiscal

El procedimiento tributario constituye una serie ordenada de tramites tendientes a determinar la existencia y cuantía de los tributos, la identidad del obligado a su pago y los medios de hacerlo efectivo. Se trata, claramente, de una especie dentro del género “procedimiento administrativo” o si se prefiere de un tipo de procedimiento especial. En este sentido resulta comprendido en los términos del artículo 1º del Dec. Ley 7647/70 en tanto expresa que dicha normativa “será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales”¹⁶², de tal suerte que toda cuestión procedimental tributaria que no encuentre expresa solución en el Código Fiscal deberá ser atendida acudiendo a la normativa general de procedimiento administrativa, sin perjuicio –para el caso de ausencia de regla en el Dec. Ley 76437/70- de la aplicación supletoria de los cuerpos normativos señalados en el artículo 4 del Código Fiscal: Códigos de Procedimientos en lo Contencioso administrativo, en lo Civil y Comercial, en lo Penal y en la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de Apelación.

Con la salvedad recién señalada, el procedimiento administrativo tributario se encuentra regulado en el Código Fiscal, destacándose las siguientes normas rituales: artículo 3 (cómputo de los plazos), artículos 60 a 72 (instrucción de sumario), artículos 101 a 103 (procedimiento de determinación de oficio) y artículos 104 a 118 (recursos). En algunos casos la solución aportada coincide con la establecida en la normativa general de procedimiento administrativo (Dec. Ley 7647/70) y en otros se registran algunas diferencias.

Según el artículo 8 del Código Fiscal, el Organismo encargado inicialmente del trámite (sin perjuicio de la eventual intervención posterior del Tribunal Fiscal de Apelación) es la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA)¹⁶³, a la cual se suma cualquier otro organismo existente o que se cree en el futuro, centralizado o descentralizado que posea la facultad –asignada “por ley”- de recaudar gravámenes y aplicar sanciones en sus respectivas áreas.

11.1. Determinación de Obligaciones Fiscales

Todo tributo grava una manifestación de riqueza. El impuesto inmobiliario se calcula sobre la valuación fiscal del bien. A mayor valor más alta será la contribución del propietario. El impuesto a los ingresos brutos se abonará en base a una alícuota o porcentaje que, lógicamente, hará que más pague quien posea mayores ingresos.

Este último impuesto puede calcularse por el ente recaudador en función de las propias declaraciones del obligado o determinarse oficiosamente en función de determinados indicadores (compulsa de talonarios de facturas, balances, declaraciones relacionadas con tributos federales como el impuesto a las ganancias y cualquier otro medio probatorio).

11.2 Determinación sobre Base Cierta y de Oficio

La determinación de oficio de la deuda fiscal, en el régimen de la Provincia de Buenos Aires, puede realizarse sobre base cierta cuando el propio obligado aporta los datos y comprobantes necesarios para el cálculo de su obligación; o sobre base presunta cuando el contribuyente se muestra reacio a aportar prueba de sus ingresos y la autoridad fiscal debe acudir a pruebas indiciarias (patrimonio, consumo en tarjetas de

¹⁶² La SCBA tiene resuelto que “el procedimiento administrativo en materia tributaria es único y comprensivo de la instancia de apelación (ante el Tribunal Fiscal). Prueba de ello es la estricta sujeción a las normas generales de la Administración (dec. Ley 7647/70)” (Causa B-53.739, *Agroganadera del Sur S.A. c/ Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa*, 11.7.1995, A y S 1995-III-69).

¹⁶³ La Ley 13.766 (B.O. 17.12.2007), creó dicha Agencia como entidad autárquica de derecho público y fusionó dentro de su esfera de competencia a las siguientes reparticiones pertenecientes al Ministerio de Economía: Subsecretaría de Ingresos Públicos, Dirección Provincial de Rentas, Dirección Provincial de Catastro Territorial, Dirección Provincial de Defensa del Contribuyente, Dirección de Servicios Informáticos, Dirección de Auditoría y Dirección de Investigación Forense.

crédito, etc.). Para facilitar esta labor el art. 7 del Código Fiscal dispone que “para determinar la verdadera naturaleza de los hechos impositivos, se atenderá a los hechos, actos o situaciones efectivamente realizados, con prescindencia de las formas o de los actos jurídicos de Derecho Privado en que se exterioricen... Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la Ley Tributaria se aplicará prescindiendo de tales formas”. En sintonía con esta norma, el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de Apelación (Dec. ley 7603/70 y sus reformas), establece el impulso de oficio del trámite y asigna a dicho Tribunal “amplias facultades para establecer la verdad de los hechos controvertidos y resolver el caso sin perjuicio de lo alegado por las partes”.

A su turno el Código Fiscal vigente en el año 2015 regula la materia en los términos siguientes:

ARTÍCULO 112. “El monto de las obligaciones fiscales de los contribuyentes y demás responsables, cuando ella no sea declarada o las declaraciones juradas presentadas por los contribuyentes sean impugnables por no ajustarse a derecho, será establecido por la autoridad de aplicación a través del procedimiento de determinación de oficio”.

ARTÍCULO 113. “El procedimiento de determinación de oficio se iniciará mediante una resolución en la que, luego de indicar el nombre, número de inscripción en el gravamen y el domicilio fiscal del sujeto pasivo, se deberán consignar los períodos impositivos cuestionados, las causas del ajuste practicado, el monto del gravamen no ingresado y las normas aplicables.

A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 21 y 24 de este cuerpo legal, también se dará intervención en el procedimiento determinativo y, en su caso sumarial, a quienes administren o integren los órganos de administración de los contribuyentes, y demás responsables, a efectos de que puedan aportar su descargo y ofrecer las pruebas respectivas.

De ella se dará vista al contribuyente o responsable, por el improrrogable término de quince (15) días, para que se formule el descargo por escrito, acompañando conjuntamente la prueba documental, y se ofrezcan todos los restantes medios probatorios que avalen el proceder del administrado, ante la autoridad que lleva adelante el procedimiento.

El citado descargo deberá ser presentado en la dependencia y en el domicilio que a los efectos del procedimiento se establezca en la resolución.

De resultar procedente, se abrirá la causa a prueba en el término de tres (3) días de presentado el descargo, disponiéndose la producción de la prueba ofrecida, carga procesal que pesará sobre el contribuyente o responsable y que deberá cumplimentar en el término de treinta (30) días, desde la notificación de su admisión por la Autoridad de Aplicación.

La Autoridad de Aplicación deberá dictar resolución determinativa de las obligaciones fiscales en el plazo de treinta (30) días a contar desde el vencimiento del período probatorio o desde la presentación del descargo si no existiera ofrecimiento de pruebas o desde la fecha de vencimiento para formular descargo cuando éste no se hubiera presentado, la causa sea de puro derecho o la prueba ofrecida improcedente.

En caso que hubiere mérito para la instrucción de un sumario por infracción a los artículos 61 o 62, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 69.

Se entiende facultada la Autoridad de Aplicación para que, tanto en el procedimiento de determinación de oficio como en los sumarios, disponga medidas para mejor proveer cuando así lo estime pertinente y por el plazo que sea menester para su producción.

Cuando la disconformidad, respecto de las resoluciones dictadas por la Autoridad de Aplicación se limite a errores de cálculo, la causa se resolverá sin sustanciación.

No será necesario dictar resolución determinando de oficio las obligaciones fiscales si, con anterioridad a dicho acto, el contribuyente o responsable, o su representante debidamente habilitado para ello, presta conformidad al ajuste practicado, o en la medida que se la preste parcialmente y por la parte conformada. Esta conformidad, total o parcial, al ajuste practicado tendrá los efectos de una declaración jurada que se podrá ejecutar en los términos del artículo 104 inciso c”).

ARTÍCULO 114. “La resolución deberá contener la indicación del lugar y fecha en que se practique; el nombre del contribuyente; en su caso, el período fiscal a que se refiere; la base imponible; las disposiciones legales que se apliquen; los hechos que las sustentan; el examen de las pruebas producidas y cuestiones planteadas por el contribuyente o responsable; su fundamento; el gravamen adeudado y la firma del funcionario competente”.

11.3. Recursos

Tanto la determinación sobre base cierta como la llevada a cabo sobre base presunta puede ser cuestionada por el contribuyente a través de los recursos administrativos previstos en el Código Fiscal, a saber:

ARTÍCULO 115. "Contra las resoluciones de la Autoridad de Aplicación, que determinen gravámenes, impongan multas, liquiden intereses, rechacen repeticiones de impuestos o denieguen exenciones, el contribuyente o responsable podrá interponer dentro de los quince (15) días de notificado, en forma excluyente, uno de los siguientes recursos:

a) Reconsideración ante la Autoridad de Aplicación.

b) Apelación ante el Tribunal Fiscal, en aquellos casos en que el monto de la obligación fiscal determinada, de la multa aplicada o el del gravamen intentado repetir, supere la cantidad de pesos cincuenta mil (\$ 50.000).

En los supuestos que la resolución determine y sancione en forma conjunta, el monto a considerar para abrir la competencia del Tribunal será el de la suma de ambos conceptos.

No serán computables, a los efectos de este artículo, los recargos e intereses previstos en este Código.

Cuando no haya determinación de monto subsistirá la opción del recurso de reconsideración ante la Autoridad de Aplicación o el de apelación ante el Tribunal Fiscal.

De no manifestarse en forma expresa que se recurre por reconsideración, se entenderá que el contribuyente ha optado por el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de darse las condiciones del monto mínimo establecido en este inciso".

ARTÍCULO 116. "Elegido por el contribuyente el recurso que estime adecuado, el mismo deberá ser presentado ante la Autoridad de Aplicación, en la dependencia y en el domicilio que a los efectos del procedimiento se establezcan en la resolución impugnada.

En caso que la Autoridad de Aplicación no haya determinado domicilio, conforme lo dispuesto precedentemente, el recurso deberá ser presentado ante la dependencia que dictó la resolución recurrida.

Con el recurso deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás que el recurrente intentare valerse. No podrán ofrecerse otros medios que los ofrecidos durante el procedimiento de determinación de oficio, salvo que se refieran a hechos nuevos o estén vinculados con la legalidad del procedimiento determinativo o de la resolución recurrida".

ARTÍCULO 117. "La interposición de los recursos de reconsideración o de apelación, suspende la obligación de pago, pero no interrumpe el curso de los intereses previstos en el artículo 96.

A tal efecto será requisito de admisión, de cualquiera de los recursos mencionados, que el contribuyente regularice su situación fiscal en relación a los importes que se le reclaman y respecto de los cuales preste su conformidad".

ARTÍCULO 118. "Interpuesto el recurso de reconsideración, las actuaciones deberán remitirse, en el término de cinco (5) días contados desde su presentación, al superior jerárquico facultado para su sustanciación.

El recurso de reconsideración deberá ser resuelto en el término de sesenta (60) días de recibido, si no se ofreciese una ampliación de la prueba producida en la etapa previa de determinación de oficio y eventual instrucción de sumario y requerirá informe previo emanado de las áreas con competencia técnica legal de la Autoridad de Aplicación".

De resultar pertinente la ampliación de prueba ofrecida, ella deberá producirse en el término de veinte (20) días de notificada su admisión por el funcionario a cargo de la tramitación del recurso.

ARTÍCULO 119. "La resolución dictada por la Autoridad de Aplicación en los recursos de reconsideración quedará firme con la notificación de la misma, quedando a salvo tanto el derecho del contribuyente de acudir ante la Justicia, como el derecho del Fiscal de Estado a manifestar oposición en idéntica forma.

Será requisito de admisibilidad de la demanda el previo pago del importe de la deuda en el concepto de los impuestos cuestionados. No alcanza esta exigencia al importe adeudado por multas o sanciones".

ARTÍCULO 120. "El recurso de apelación deberá interponerse por escrito, expresando punto por punto los agravios que cause al apelante la resolución recurrida. El recurrente deberá constituir domicilio en la ciudad de La Plata y ser representado o patrocinado por abogado o contador público matriculado en la provincia de Buenos Aires".

ARTÍCULO 121. "Presentado el recurso de apelación ante la Autoridad de Aplicación, ésta lo remitirá al Tribunal Fiscal de Apelación en el término de cinco (5) días contados desde la interposición del recurso, conjuntamente con las actuaciones administrativas que se relacionen con él.

Recibidas las actuaciones por el citado Tribunal, el mismo verificará la existencia de defectos formales en la presentación, intimando de corresponder al contribuyente, representante, apoderado o patrocinante a su subsanación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de declarar firme la resolución recurrida.

Si se verificara el incumplimiento de lo intimado dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, o se tratara de defectos formales insubsanables, el Tribunal Fiscal de Apelación declarará firme la resolución recurrida dentro de los siguientes veinte (20) días y remitirá las actuaciones a la Autoridad de Aplicación, para que la misma proceda de corresponder, conforme a lo previsto en el inciso a) del artículo 104 del presente Código”.

ARTÍCULO 122. “Recibidas las actuaciones administrativas, con el recurso de apelación interpuesto, el Tribunal Fiscal, dará traslado al funcionario que ejerza la representación del Fisco de la Provincia para que en el término de quince (15) días conteste los agravios y, en su caso, oponga las excepciones que estime corresponder”.

En caso de que los recursos de reconsideración o de apelación no prosperaran el interesado podrá promover demanda contencioso administrativa, conforme lo prevé el artículo 2 inc. 1º del Cód. Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

12. Audiencia Pública

El sistema político-institucional argentino cuenta con diversos mecanismos para acrecentar la transparencia de los actos de gobierno, permitir un acceso igualitario a la información y ampliar la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración.

Uno de ellos es la Audiencia Pública. Se puede definir a la audiencia pública como un procedimiento de tipo administrativo en el cual los ciudadanos que podrían verse afectados o que cuenten con algún interés particular en la adopción de decisiones administrativas y/o legislativas, tengan la oportunidad de expresar su opinión respecto a ello.

Los primeros antecedentes de este instituto en nuestro derecho positivo pueden encontrarse en el Código aeronáutico, en el Decreto 1185 referido a la Creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en la ley 24065 atinente al marco regulatorio de la energía eléctrica.

Actualmente este procedimiento se encuentra regulado en el ámbito Nacional por el Decreto 1172/2003, por medio del cual se aprueba el reglamento general de audiencias públicas y en lo que respecta al ámbito de la Provincia de Buenos Aires por la ley número 13.569. Asimismo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires encontramos la ley número 6.

Tanto el reglamento general de audiencias públicas como la ley número 6 de la CABA señalan expresamente como finalidad de este procedimiento permitir y promover una efectiva participación ciudadana, con el objetivo de que los responsables de tomar las decisiones puedan confrontar de forma pública y transparente las diferentes opiniones sobre el tema en cuestión, a través del contacto con los interesados.

Ello cual representa una mejora en la calidad y la razonabilidad de las decisiones que se adopten y una garantía para el administrado, de que no se produzcan actos ilegítimos sin su conocimiento.

No debe dejarse de lado que en este procedimiento también se encuentran en juego la garantía de ser oídos de los usuarios y/o consumidores o de los interesados en general, es decir que se trata nada menos que de la participación ciudadana en el poder público exigida por principios constitucionales y supranacionales como el art. 75 inc. 22 de la CN en sus fases normativas vinculadas a los artículos 21.1 DUDH; 23.1 PSJCR; 19 y 20 DADH; 25 PIDCP; 19 y 20 DADH.

Se trata de elevar el protagonismo del ciudadano sin que ello implique privar de la decisión final a la autoridad administrativa, pues las opiniones vertidas por los administrados en la audiencia no poseen carácter vinculante, sin perjuicio de que las autoridades deberán consignar en los fundamentos de su decisión de qué manera se han tomado en consideración las opiniones, justificando, en todo caso, el motivo por el cual se apartan de ellas.

No existe en la jurisprudencia ni en la doctrina una opinión pacífica en cuanto a en qué supuestos deben ser convocadas las audiencias públicas y si estas representan el único instrumento que posibilita la participación de los usuarios. Por un lado reconocidos autores en nuestra materia como Fonrougey Cassagne, propugnan que sólo será obligatoria la celebración de las audiencias públicas cuando una ley así lo establezca, considerando que no puede derivarse esta obligatoriedad de lo establecido por el Art 42 in fine de la Constitución Nacional.

Por otro lado, Agustín Gordillo sostiene que la administración no está limitada a efectuar la audiencia pública únicamente en los casos preceptivamente impuestos por la ley o el reglamento, sino que tiene

también la obligación de realizar audiencias públicas en todos los demás casos en que los efectos de la decisión excedan del caso particular y en que objetivamente sea necesario realizar el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa de los usuarios y afectados¹⁶⁴. Para este autor el procedimiento de audiencia pública es de raigambre constitucional sea que esté en forma implícita o explícita en su texto.

Esta división doctrinaria también se ve reflejada en relación a los supuestos en que se debe sancionar el incumplimiento de este procedimiento. Mientras que el sector más restrictivo de la doctrina considera, de forma conteste con su postura, que sólo debería sancionarse con la nulidad el incumplimiento de este requisito cuando el mismo se encuentre específicamente previsto en la ley, Gordillo con un criterio amplio, considera que la nulidad alcanzaría a todos aquellos actos o decisiones que debiéndose adoptar previa audiencia pública, por ser dicho procedimiento objetivamente necesario para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, esta sea omitida o incluso realizada en forma defectuosa, independientemente de que el requisito de audiencia pública esté o no previsto por una ley o reglamento.

La doctrina es pacífica sin embargo, en cuanto a que la consecuencia jurídica que acarrea el incumplimiento de la realización de este procedimiento, es decir la nulidad del acto, encuentra su fundamento en la violación de las formas esenciales en el dictado del acto administrativo.

12.1. Principios. El Derecho de Acceso a la Información Pública como presupuesto de una verdadera participación en las Audiencias Públicas

En el ámbito del derecho los principios son el resultado de una sistematización de valores reconocidos por la sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado. Los principios sirven para guiar a los órganos públicos en la elaboración de normas, constituir una fuente de interpretación y permitir suplir las lagunas jurídicas que contienen algunas normas escritas.

El procedimiento de audiencias públicas se encuentra regido fundamentalmente, además de por los principios comunes a todo procedimiento administrativo, por los principios de oralidad y participación

Esto encuentra su justificación en que el procedimiento que comentamos consiste en intervenciones que deben hacerse obligatoriamente de forma oral aunque pueden ser introducidos elementos de escritoria que lleven a un mejor orden del procedimiento sin quitarle oralidad en lo esencial.¹⁶⁵

Por otro lado, la participación es el eje central de este procedimiento, ya que como mencionamos al comienzo, el fin último de las audiencias públicas es que quienes puedan resultar afectados o posean algún interés en la adopción de ciertas decisiones administrativas o legislativas puedan ser escuchados y sus posiciones evaluadas por los encargados de tomar esas decisiones.

Para que esta participación pueda darse de forma real, es necesario que el pueblo pueda acceder a cierta información. Es así que, el reglamento general de acceso a la información pública para el poder ejecutivo Nacional establece en sus Arts. 2 y 3 que El Acceso a la Información Pública constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte ha expresado que: El derecho de acceder libremente a la información existente en los archivos y documentos en poder del estado es una de las garantías fundamentales de la democracia constitucional por cuanto asegura a la vez la participación de la ciudadanía en la discusión y decisión de los asuntos comunes y la transparencia de las actuaciones estatales.¹⁶⁶

Podemos observar, entonces, que el derecho de acceso a la información pública tiene un papel esencial como complemento imprescindible del principio de participación, y como consecuencia de ello una gran incidencia en el procedimiento de audiencias públicas. Si tomamos en cuenta que participar no significa sólo escuchar la exposición de algo, ni defender algo que ya ha sido definido de ante mano, sino aportar ideas propias, experiencias y/o conocimientos, es decir tomar parte activa y protagónica en los asuntos públicos, es evidente que la falta total de información, o su difusión deficitaria impide la posibilidad de que se produzca una participación efectiva, útil real y responsable. Generando, además, una gran asimetría entre la

¹⁶⁴ GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Cáp. XI, Pag. 458

¹⁶⁵ GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Cáp. XI, Pag. 458

¹⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos " Recomendación sobre acceso a archivos y documentación en poder del Estado" 101o .periodo de sesiones 8 de diciembre de 1998

Administración pública que conoce al detalle sus proyectos o reglamentos y los participantes que muchas veces desconocen total o parcialmente los mismos.

En palabras de Roberto Saba podemos decir que el autogobierno y participación resultan ilusorios si la ciudadanía no cuenta con un acceso asegurado a la información que obra en poder del Estado. ¿Qué sentido tiene invitar a la ciudadanía a participar de una audiencia pública para debatir acerca de las bondades de una determinada política si no se le brinda la posibilidad de contar con la información con que cuenta el gobierno para el diseño de esa política? (...) La proclamación e implementación de la democracia participativa resulta incompleta sin el reconocimiento del derecho de acceso a la información. Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfectas que puede arrojar resultados fuertemente dañinos para la comunidad¹⁶⁷.

12.2. Trámite

Al efecto de dar una explicación al tema que nos convoca tomaremos como referencia la normativa nacional y provincial que más se conoce, ello será a título informativo ya que recomendamos no desconocer los reglamentos de cada organismo, empresa o ente desregulado para conocer la normativa específica.

Tanto las normas vigentes en el ámbito nacional como en el provincial, establecen ciertas pautas a cumplir durante el desarrollo del procedimiento de audiencias públicas, es así que la convocatoria deberá contener el objeto del llamado, la fecha y lugar de realización y de inscripción para ser participante y presentar la documentación relacionada con el objeto de la audiencia y la consignación de la autoridad convocante

El artículo 16 del reglamento general de audiencias públicas nacional establece el término en que ésta informará sobre el desarrollo y los resultados del procedimiento junto a los medios por los cuales se dará difusión a la misma.

La difusión, sin dudas, constituye una piedra basal del sistema, la convocatoria deberá ser publicada en el Boletín Oficial y en dos medios de mayor circulación, estableciendo además la normativa provincial, que también deberá publicarse en un medio correspondiente a la zona en donde el proyecto pudiera tener sus efectos¹⁶⁸. Esta publicación deberá hacerse por el plazo de tres días y con una antelación no menor a las treinta días a su realización -en el ámbito Provincia de Buenos Aires- y durante dos días con una antelación no menor a veinte días corridos a la fecha fijada, para su realización en el ámbito nacional.

Las personas que deseen exponer su opinión en la audiencia pública deberán inscribirse previamente en un registro que será habilitado por la autoridad convocante a esos efectos; esta inscripción debe realizarse hasta cinco días antes en el régimen Provincial y hasta 48 hs antes según el régimen Nacional. El orden de exposición estará dado por el orden en que los participantes se hayan inscripto, pudiendo unificarse la exposición en el caso de contar con intereses comunes, el tiempo de la exposición será fijado previamente al comienzo de la audiencia por el área de implementación, no trayendo aparejada la unificación de las exposiciones la unificación del tiempo de las mismas.

Las personas que no se hubieran inscripto como oradores en el registro mencionado anteriormente, sólo podrán intervenir mediante la formulación de preguntas por escrito, previa autorización del Presidente designado. Al comenzar la audiencia uno de los funcionarios presentes del Área encargada o afectada por la materia a tratarse, debe exponer las cuestiones sometidas a consideración de los ciudadanos.

Es necesario no dejar de reiterar que existen procedimientos de audiencias públicas especialmente consignados en las leyes de los entes reguladores de servicios públicos¹⁶⁹. En estos casos el procedimiento se traduce como una forma de control administrativo de los servicios públicos, no sólo por parte de las autoridades pertinentes como son los entes reguladores, sino también por los principales interesados, quienes se ven afectados de forma directa de las resoluciones que allí se dicten. Ello debería incidir sobre la eficiencia, el modo en que se realiza la prestación y principalmente en lo que respecta al Cuadro Tarifario y Régimen Tarifario con que la empresa prestataria realiza el servicio, todo ello según lo prescripto en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

También se prevé el mecanismo de audiencias públicas en la ley general del ambiente (LGA), ya que en el capítulo sobre participación ciudadana se consigna que las autoridades deberán institucionalizar

¹⁶⁷ Saba Roberto "El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno".

¹⁶⁸ Recordamos que una reciente audiencia pública sobre aumentos en la tarifa de la empresa de agua de Buenos Aires (ABSA), se llevó a cabo en un teatro de la localidad de San Cayetano, en el interior bonaerense.

¹⁶⁹ Un ejemplo de esto es el caso del ENRE cuyo reglamento sobre audiencias públicas deviene de la interpretación del artículo 42 de la CN y del artículo 81 de la ley 24.065, el cual faculta al organismo a dictar normas procedimentales de audiencias públicas.

procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. Y que la participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular en las etapas de planificación y evaluación de resultados¹⁷⁰, mientras que correlativamente en la ley 11.723 "Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales" pero en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, también se hace mención a las audiencias públicas.

12.3. Jurisprudencia

Luego de la reforma constitucional de 1994 comenzaron a presentarse al poder judicial casos relacionados con la necesidad de realizar audiencias públicas en determinados supuestos.

Por ejemplo en 1996 el Defensor del Pueblo de la Nación presentó un amparo con el objetivo de que las tarifas telefónicas no pudieran renegociarse sin que se realice previamente una audiencia pública. El mismo año en los autos caratulados "Adelco c/ Ministerio de Economía y Obras y servicios públicos" se dictó una medida cautelar de no innovar con el objetivo de que una propuesta de reestructuración tarifaria fuese discutida en audiencias públicas. A criterio de ambos tribunales de alzada, la inexistencia de una norma legal en el régimen de Telecomunicaciones que exigiera la celebración de audiencias públicas para la fijación de tarifas, resultaba irrelevante (ello así, toda vez que existía una norma emanada del Ministerio de Economía -res. 381/95 art. 3- que lo prescribía).

En el año 1998 tuvo lugar el fallo "Youssefian Martín c/ Secretaria de Comunicaciones", dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en este caso el actor requirió, en el marco de un amparo, que el Servicio Básico Telefónico se abstuviese de prorrogar el período de exclusividad de las Licenciatarias (empresas Telecom Argentina Stet-France Telecom S. A., Telefónica de Argentina S. A. y Telintar S. A.), sin cumplir con la realización previa de una audiencia pública. La Cámara Contenciosa hizo lugar a lo requerido por el actor, para así decidir expresó que el Art. 42 de la Constitución Nacional tiene una doble proyección: el derecho de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses personales y económicos; y el correlativo deber del Estado de asegurarlos¹⁷¹.

Para terminar es dable destacar un fallo dictado el 3 de diciembre de 2014 por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa caratulada "Negrelli, Oscar R. y ots. Contra Poder Ejecutivo y ots. Amparo. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley".

En esta causa se discutía la validez del aumento dispuesto en la tarifa de agua potable y desagües cloacales impuesta mediante el decreto 245/2012, el cual había sido dictado sin la previa celebración de una audiencia pública, ni de ningún otro mecanismo que permitiera la participación de los usuarios del servicio.

Con base en que la obligatoriedad de su celebración se encontraba prevista en el antiguo marco regulatorio del servicio establecido por la ley 11.820, el que pese a la sustitución por el nuevo régimen establecido en el decreto 878/2005 igualmente se mantuvo vigente, en tanto sólo se derogaron las normas que se opusieran a la nueva normativa, el juez de primera instancia decidió declarar la nulidad del decreto que autorizó el aumento de las tarifas, sosteniendo además que "...La audiencia pública constituye un instrumento esencial para permitir el acceso de los usuarios a la información, tal como disponen las constituciones nacional, provincial, los tratados internacionales suscriptos y las leyes de protección al consumidor."

La Cámara de Apelación Regional en lo Contencioso Administrativo, con asiento en La Plata, revocó dicha sentencia con fundamento en que el hecho de que los legisladores no previeran la obligatoriedad del procedimiento de audiencias públicas, pone en evidencia su intención de no contemplar esta exigencia como requisito de validez del acto. Sin embargo al final de su pronunciamiento exhortó al poder ejecutivo a que en el futuro implementara mecanismos efectivos de participación.

Ante esta decisión las asociaciones de defensa de consumidores y usuarios interpusieron el recurso local extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal y como adelantamos más arriba el superior tribunal provincial decidió revocar esa sentencia y declarar la nulidad del decreto 245/2012. Para así decidir, el doctor Genoud basó su voto en el hecho no controvertido de que, más allá de la derogación implícita o no

¹⁷⁰ Artículos 20 y 21 de la ley número 26.675.

¹⁷¹ "La realización de una audiencia pública no solo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, (...) una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que resulta una vía con la que pueden contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el art. 42 de la C.N. antes de una decisión trascendente".

de la norma que prevé las audiencias públicas, en el caso en estudio no se había previsto ningún medio de participación, y ello violentaba de esta manera las normas constitucionales que protegen a los usuarios (conf. arts. 42, Const. nac. y 38 Const. prov.).

Expresó asimismo que no cumple este cometido ni la existencia de un único representante en el Organismo de Control (cuestión que también está prevista en la Constitución como una garantía para los usuarios pero que no supe la información que debe suministrárseles), ni menos aún la publicidad posterior a la aprobación del aumento, pues allí ya no existe otra posibilidad de ser oído o de defensa para los usuarios que un eventual cuestionamiento judicial.

En tanto que los doctores de Lázzari y Kogan al compartir los fundamentos dados por Genoud, agregaron que teniendo en cuenta que los fundamentos del nuevo régimen nada dicen sobre la derogación de la obligación de realizar audiencias públicas como exigencia de la actualización de las tarifas y que el art. 2 del dec. 878/2003 establece que se derogarán todas las normas que se opongan al nuevo régimen, siendo que esta norma no se opone al espíritu de la nueva reglamentación, no puede considerarse derogada implícitamente.-

13. Bibliografía

- Barra R. "La situación jurídica del administrado –derecho subjetivo e interés legítimo-". Buenos Aires: RAP N° 11, pág.7.
- Bezzi, A. M. "Las notificaciones administrativas. Análisis de sus principios a la luz de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: el caso Tarquini". Buenos Aires: ED T. 138, pág.648.
- Bezzi, O. M. "El poder disciplinario de la Administración pública: naturaleza, procedimiento y control jurisdiccional". La Plata: Revista del colegio de abogados de La Plata N° 43, pág.31
- Bezzi, O. H. (2003). "La teoría del acto administrativo: consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución". Temas de Derecho Administrativo. La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. –Director-, Oroz, M. H. E. y Mammoni, G. A. -*Coordinadores-* (2010). *Procedimiento tributario bonaerense*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. – Oroz M. H. E. (2014). *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (1994). "Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación", LL 1994-D, pág.945.
- Cabral, P. O. (2010). "El procedimiento administrativo previo como una vía idónea a la acción de amparo bonaerense", Buenos Aires: Revista Abeledo Perrot (2010 N° 6, Colección 76 –R- p. 675).
- Cabral, P. O. y Schreginger, M. J. (2009). *El régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Canosa, A. (2005). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Buenos Aires: RAP.
- Canosa, A. (1996). *Los recursos administrativos*. Buenos Aires: Edit. Abaco.
- Canosa, A. (1998). "Los recursos", *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
- Cassagne, J. C. (1974). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (1990). "Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento y proceso administrativo", LL 1990-C, pág.967.
- Cassagne, J. C. (2003) "A treinta años de la sanción de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos", LL 2003-A, pág.944.
- Cassagne, J. C. "La revocación del acto administrativo por falta de causa", ED-38, p.291.
- Comadira, J. R. (2006). *El acto administrativo en la ley de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: La Ley.
- Coviello, P. (1966) "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de legalidad", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, enero-diciembre de 1966, p.109.
- Dromi, R. (1995). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Escola H. (1981). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- D`Argenio I. (1974). "Revocabilidad de los actos administrativos", JA, doctrina, 1974, p.319.
- D`Argenio I. "El mérito del acto como elemento de legalidad", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, año 6, 1994, n° 15/16 p.127.
- De Estrada J. R. (1976) "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular", LL 1976-D, p.820.
- Fiorini B. "Teoría jurídica del acto administrativo", Abeledo Perrot, 1969.
- Fiorini B. "La potestad anulatoria de la Administración Pública", LL 140, p.462.

- Fiorini B. y Mata I. *Licitación pública*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gambier, B. (1992). "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo", JA 1992-III, pág.673.
- García Ghigliani E. y Giuliano J. "El control. Breve reseña histórica y conceptos generales", Función Pública N° 123/124, pág.47.
- Halperín D. A. y Bogut Salcedo J. E. "Procedimiento Administrativo: ámbito de aplicación" (Dec. Ley 19.549/72) en "Legislación usual comentada. Derecho Administrativo", Cicero, Nidia Karina (Directora), La Ley, 2015, t. I, p. 3.
- Gordillo, A. (2013). "Tratado de Derecho Administrativo". Buenos Aires: FDA.
- Grau, A. "La razonabilidad en el procedimiento administrativo" La Ley 131 – 1555.
- Grecco, C. (1990). "Vías de hecho administrativas", LL 1990-C, p.1203.
- Gutierrez, R. H. (1993). *Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires Comentado*. Buenos Aires: Depalma.
- Hutchinson, T. (1987). "Las notificaciones administrativas en el orden nacional", La Ley 1987-E-1062.
- Hutchinson, T. (1995). *Régimen de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: Astrea.
- Hutchinson, T. (1995). *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Astrea.
- Hutchinson, T. (2006). *Ley Nacional de procedimiento administrativo. Comentada, anotada y concordada con normas provinciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Linares, J. F. "La competencia y los postulados de la permisión". Buenos Aires: Revista Argentina de Derecho Administrativo n° 2, 1971.
- Linares, J. F. (1981). "El concepto de acto administrativo y su definición". Buenos Aires: Colegio de abogados y A.A.D.A., 1981, p.5.
- Mairal H. (1989). "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia". Buenos Aires: LL, diario del 13 de junio de 1989.
- Mairal, H. (1994). *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Marienhoff, M. S. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Oroz M. H.E. (2002) "Nulidad de la notificación en el procedimiento administrativo". Buenos Aires: JA 2002-II, p.714.
- Oroz M. H.E. "El plazo de gracia en el procedimiento administrativo bonaerense y su consagración legislativa", LL 2005-C, pág.1214.
- Prieri Belmonte, D. A. (2000). "Principios del derecho administrativo en un fallo de la Suprema Corte Provincial", LL 2000-A, pág.105.
- Revidatti, G. (1981). "La prueba en el procedimiento administrativo". La Plata: Rev. Colegio Abogados La Plata y A.A.D.A., 1981, p.83
- Salomone, R. "Breve comentario sobre la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires; RAP 156-26.
- Sesín, D. (2003) "Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juridicidad", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- Soria, D. F. (1990) "Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial". Buenos Aires: LL 1990-C, p.945.
- Ugarte, J. M. (2015). "Creación del Cuerpo de Abogados del Estado" en Cicero N. K. –Directora- Legislación usual comentada. Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley.
- Tawil, G. S. (1985) "El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo". Buenos Aires: LL 1985-E, pág.962
- Tawil, G. S. (1986). "El cómputo de los plazos para recurrir y los días hábiles administrativos". Buenos Aires: LL 1986-E, pág.561.
- Tribiño, C. R. "El Fiscal de Estado". Buenos Aires: ED-110, pág. 858.

CAPÍTULO 8

Demandas contra la Nación

Pablo Octavio Cabral

1. La Nación Argentina ante el Poder judicial

En el presente punto inicial de este capítulo, desarrollaremos panorámicamente algunas cuestiones centrales de la revisión judicial de la actividad administrativa del Estado Nacional, con algunas referencias comparativas a los diferentes sistemas judiciales locales, abordando en primer lugar el derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado para luego describir los aspectos salientes de una nueva justicia administrativa en su rol de revisor de políticas públicas, básicamente en materia social y asistencial. Finalmente propondremos algunas pautas para la creación de un proceso contencioso administrativo con tutelas procesales diferenciadas.

1.1.a) El derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado

Antes de ingresar al análisis del régimen federal de demandas contra la Nación, y a fin de contextualizar el tipo de proceso judicial en que se enmarca, debemos desarrollar brevemente el estado actual del derecho procesal administrativo en la Argentina y, en especial, detenernos en los sistemas vigentes de justicia administrativa en las jurisdicciones provinciales.

El derecho procesal administrativo es el conjunto de normas y principios que reglamentan los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función administrativa por delegación estatal, siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presentes¹⁷². Un ejemplo de ello lo constituyen los requisitos especiales de habilitación de la instancia judicial en materia administrativa que obligan a los ciudadanos en determinados casos a reclamar en forma previa ante la propia Administración Pública, agotando la instancia administrativa, presentando la demanda en un plazo breve de caducidad o cumpliendo con el pago previo exigido por el principio solve et repete. En el ámbito cautelar, la prerrogativa procesal tradicional se manifiesta en la incorporación del requisito de no afectación del interés público para la procedencia de tales medidas contra el Estado. Finalmente, respecto de las sentencias contra el Estado, en muchos casos tienen efecto declarativo, son de difícil ejecución y no existen procesos especiales de cumplimiento en casos complejos de afectación de derechos colectivos o bienes de la comunidad. A esto deben adicionarse dos principios respecto de la actuación administrativa que dificultan su escrutinio judicial, la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, prevista legalmente en la esfera nacional y en muchas regulaciones provinciales. Este arsenal de medidas, principios y limitaciones de la revisión judicial de la actividad estatal se encuentra presente —en mayor o menor medida— desde su nacimiento en todas las legislaciones procesales administrativas en los ámbitos federal, de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo, quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habilitación de instancia, en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549¹⁷³ y, respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁷² González Pérez, Jesús, "Derecho procesal administrativo hispanoamericano", Ed. Temis, Bogotá, 1985.

¹⁷³ Cassagne, Juan Carlos, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009; Comadira, Julio R., "Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

Los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados provinciales y sus municipios pueden ser clasificados según el modelo de justicia administrativa que construyen. Un primer grupo histórico, encabezado por el Código Contencioso Administrativo Varela de la provincia de Buenos Aires de 1905 (hoy derogado) y seguido por las provincias de Salta, Mendoza, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, La Rioja, La Pampa, San Juan, Neuquén, Formosa, Santiago del Estero y Jujuy integran el modelo de la antigua justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la Administración. El antiguo régimen de justicia administrativa —aún vigente en las provincias mencionadas— se caracteriza por estar regulado constitucionalmente, ser de competencia del Máximo Tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia, agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública.

Otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones, Santa Cruz, Santa Fe, San Luis, Tucumán y Tierra del Fuego, ya que si bien fueron establecidos mediante leyes sancionadas en la década del 90, en algunos casos aun posteriores a la reforma constitucional de la Nación —1994—, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. En forma separada se pueden ubicar las provincias de Chubut y Río Negro, que —al igual que la Nación— no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Por último, es de destacar el nacimiento de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos los encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia de Buenos Aires, donde se dispuso la creación de un fuero descentralizado, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con cámaras de apelaciones), se abandona el modelo de justicia revisora de la actuación formal de la administración, que establece un amplio abanico de pretensiones procesales, entre las que se destaca la posibilidad de accionar ante una omisión estatal en materia social —pretensión prestacional—, se incorpora una gran variedad de herramientas cautelares y, aunque no se eliminan, se flexibilizan algunos requisitos de la habilitación de instancia.

Desde la doctrina más conservadora —acorde con la tradicional justicia contencioso administrativa aún presente en la mayoría de las jurisdicciones locales— se sostiene que la socialización de la justicia es un fenómeno que erróneamente le atribuye funciones al Poder Judicial que altera el principio de división de poderes, p. ej., al permitirle controlar y hacer efectivas políticas públicas, transformando nuestro sistema liberal en un sistema paternalista. Así, p. ej., Roberto Luqui, al efectuar una dura crítica a las transformaciones que trae aparejada la socialización de la justicia, afirma: "Esta tendencia socializante se manifiesta por varias acciones concurrentes. La primera es el reconocimiento de nuevos derechos e intereses, que vendría a configurar el núcleo de la cuestión. Las restantes, que podríamos considerar instrumentales, consisten en ampliar la legitimación activa, aumentar las facultades de los jueces, simplificar los procesos y extender el efecto de las sentencias"¹⁷⁴.

Todas estas prerrogativas —que conforman el llamado régimen exorbitante del derecho privado¹⁷⁵— se hallan presentes desde su propio origen en los sistemas judiciales de revisión de la actividad administrativa, dificultan la efectivización de derechos humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Luqui, Roberto E., "Socialización de la justicia", cit., p. 3.

¹⁷⁵ Cassagne, Juan Carlos, "Derecho administrativo", Ed. LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002: "El sistema del derecho administrativo posee, como nota peculiar, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas que componen lo que se ha llamado régimen exorbitante, que se determina y modula en los distintos países de un modo diferente", p. 124.

¹⁷⁶ Saggese, Federico, "El derecho a un nivel de vida adecuado", Ed. Platense, La Plata, 2009: "Así, resulta necesario comenzar remarcando la cuestión de la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico —y en el derecho comparado en general— de mecanismos procesales idóneos para la tutela de los DESC. En efecto: las acciones judiciales tipificadas por nuestro derecho han sido pensadas y diseñadas para la protección de los derechos clásicos (civiles y políticos); lo cual además repercute negativamente en la procura de la protección para los derechos sociales, así como en problemas vinculados con la incidencia colectiva en la legitimación activa; la restricción probatoria en los procesos tradicionales; las medidas a disponerse en casos de omisiones estatales; y la dificultad de ejecución de las condenas contra el Estado", p. 167.

1.1.b) La nueva justicia administrativa revisora de políticas públicas

Frente a esta defensa de la tradicional justicia contencioso administrativa se opone una visión socializante y transformadora del rol de los jueces en nuestra sociedad, que también se articula con una concepción participativa de una democracia en la que los derechos fundamentales son garantizados por el Estado en forma igualitaria¹⁷⁷.

El Poder Judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país, en forma difusa, es decir, tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones públicas (especialmente mediante el control efectuado por la justicia contencioso administrativa). También las reformas de las Constituciones estadales generalizaron el control de la Administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así, desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios, judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

El Judicial es un poder complejo —integrado por varios órganos—, compuesto, porque algunos tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de "Suprema" a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte Suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

1. Derecho continental codificado: el juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y la voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quien reside la soberanía popular.

2. Derecho norteamericano: se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional —escrita, rígida y suprema— y en el cual el judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y, a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general¹⁷⁸.

Como es sabido, los jueces, en nuestro país —aun luego de la reforma del Consejo de la Magistratura—, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (Legislativo y Ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella dice que "en la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria"¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Ampliar en Cabral, Pablo O., "La justicia administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la provincia de Buenos Aires", Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA), año I, ns. 1/2, enero-agosto 2007, y "El Poder Judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa", Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año II, n. 2, septiembre 2008.

¹⁷⁸ Gelli, María Angélica, "Constitución Argentina comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

¹⁷⁹ Gargarella, Roberto, "Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras. Claves para todos", Ed. Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

El Poder Judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objetó en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la Administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al Poder Ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que "ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre"¹⁸⁰. Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el Poder Judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la Administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el Poder Judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular, que impugna la decisión, y por el gobernante, que la sostiene, y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un diálogo entre las posturas de las partes que arribe a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además, existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, donde se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas cuestiones políticas no justiciables ha sido replanteado, interviniendo el Máximo Tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

El Poder Judicial, en especial la justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa. El componente democrático de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia y exponer sus argumentos en contra o a favor de una determinada decisión pública institucional. El componente deliberativo se encuentra tanto en la estructura del propio proceso judicial como en la realización de audiencias públicas, donde no sólo participan las partes sino también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como las más importantes exclusiones para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una Administración sujetos al derecho y a la ley¹⁸¹.

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (en tanto órgano central del sistema representativo), en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, exponen libremente sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la Administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de igualdad de armas. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc.), lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos fundamentales.

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra Constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir

¹⁸⁰ García de Enterría, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la administración", Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 34.

¹⁸¹ Habermas, Jürgen, "La inclusión del otro. Estudios de teoría política", Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 244.

presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Por ello, aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la Administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del Poder Judicial, independiente de los poderes formales y reales o fácticos, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aun en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado. El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la Administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

1.1.c) Hacia la incorporación de tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante técnicas orgánico funcionales o procesales específicas parte del presupuesto de la inexistencia de la neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí, el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.

Roberto Berizonce enseña que "mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentalmente en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva ("primacía de la realidad"), consagración en fin del derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal)"¹⁸².

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgrana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales —en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)— y derechos patrimoniales —en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)— que, en mi opinión, justifican por sí el tratamiento procesal diferenciado, basado en una visión jurídico política más igualitaria de la sociedad. Comienza por establecer que "los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar"¹⁸³, caracterizándolos como derechos subjetivos —intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas—, universales —pertenecientes a todos en condiciones de igualdad— e indisponibles y que "se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia"¹⁸⁴. Agrega que estos derechos "pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos". Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (erga omnes), pudiendo ser dirigidos a todos —como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida— o a determinados sujetos públicos —como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud— y, en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: "La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles... el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la

¹⁸² Berizonce, Roberto O., "Tutelas procesales...", cit., ps. 29 y ss.

¹⁸³ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho", Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

¹⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 776.

disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos... Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa¹⁸⁵. Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales, que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de la igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas que garanticen el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque "mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales —para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces— están en la base de la desigualdad jurídica"¹⁸⁶.

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distintos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos), el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales o, por último, las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir, negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias, Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad.

Afirma este autor que "lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violada, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar"¹⁸⁷.

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales, derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar, mediante acciones positivas y tutelas procesales diferenciadas, el ejercicio y la efectividad de sus derechos fundamentales.

Dicho esto, la protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. P. ej., el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) ha dicho que "los Estados parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás"¹⁸⁸.

Por otra parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad establecen como uno de sus objetivos la elaboración, la aprobación, la implementación y el fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda "priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas

¹⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 718.

¹⁸⁶ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 718.

¹⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 752.

¹⁸⁸ Observación general 4, párr. 11.

que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas"¹⁸⁹.

1.2. El dogma de la indemandabilidad. Evolución histórica. La venia legislativa

Desde el plano institucional, la división de poderes es, por antonomasia, la técnica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países civilizados, idea originada -cabe aludir- en los pensadores prerrevolucionarios que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca. Fue el derecho constitucional, en su devenir histórico, quien tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder, utilizando a tal fin diversas técnicas jurídicas.

Luego de las revoluciones burguesas de Francia (1789) y Estados Unidos (1776) y la conformación los nuevos Estados nacionales nacidos a partir del dictado de su constitución, como cabeza del ordenamiento jurídico, y del reconocimiento de derechos de los ciudadanos y el establecimiento de funciones estatales, requirió la construcción de un sistema institucional de control de la Administración Pública.

Así se erigieron dos modelos alternativos a tal fin, el primero, de raigambre continental y cuyo principal ejemplo es el Estado Francés, se edifica a partir del control de la actividad administrativa por los propios órganos de la Administración Pública. El sistema opuesto, de origen anglosajón, puso en cabeza del Poder Judicial el control del accionar del Poder Ejecutivo.

La Constitución Nacional sancionada en 1853, que diera nacimiento institucional a nuestra República, entre los diversos sistemas de control de la actividad administrativa vigentes en las naciones desarrolladas de la época, optó por la elección del sistema judicialista (Norteamérica) en desmedro del modelo de control en la propia sede administrativa (Francia).

El artículo 100 de la Constitución Nacional de 1853 (hoy 116), al regular las atribuciones del Poder Judicial dice que "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

Ha sido largo el camino recorrido desde aquel principio monárquico de la indemandabilidad del Estado, cuyo fundamento radicaba en la imposibilidad que el Rey cayera en error, a la actual posibilidad de accionar judicialmente contra el Estado, tanto en ámbitos nacionales como internacionales. En esta cuestión se juega, por un lado, la posibilidad de responsabilizar al Estado por su actuación y omisión generadora de daños, y por otro hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico les garantiza a los ciudadanos como garantía y protección frente a las conductas de las autoridades públicas.

En los orígenes del nacimiento institucional de nuestra nación, se discutió si la Constitución, al prever en su artículo 100 la intervención del Poder Judicial en los asuntos en que la Nación sea parte, se estaba refiriendo sólo a su condición de accionante o también a la posibilidad que intervenga en un proceso judicial en condición de demandada ¿Cabía la posibilidad de demandar a la Nación ante los estrados judiciales?

La sanción de la Ley 48 tampoco pudo poner punto final a la discusión sobre esta cuestión, ya que al no alcanzar un acuerdo los legisladores optaron por reiterar la disposición constitucional y dejar que fuera la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien saldara el tema según su interpretación jurisprudencial.

Y así la Corte resolvió esta cuestión, primero, al dictar sentencia en la causa "Seste y Seguich"¹⁹⁰, criterio ratificado luego en el caso "Gómez"¹⁹¹. Don Vicente Seste y Don Antonio Seguich se engancharon en el ejército por el tiempo que durase la guerra y habiendo sido dados de baja en Agosto de 1863, se presentaron al Gobierno pretendiendo cobrar el pago de sus servicios desde la Batalla de Pavón hasta la época de la baja.

Allí sostuvo la Corte para rechazar la acción; "Que el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera, y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República, pues por el artículo 86 de la Constitución, se declara, que es el Jefe Supremo de la Nación, y quien tiene a su cargo la administración del país... Que es uno de los atributos de la Soberanía, reconocido universalmente,

¹⁸⁹ Secc. 1ª, párr. 2. Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6/3/2008.

¹⁹⁰ CSJN, Fallos, t.1, p. 317 y sgtes.

¹⁹¹ CSJN, Fallos, t.2, p. 36 y sgtes.

que, el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante Tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales, y tiene por garantía su buena fe... Que la facultad de juzgar supone la de emplear los medios de hacer obedecer las resoluciones que se dicten; y los Tribunales Nacionales ningunos tienen eficacia para someter al Jefe de la Nación a la obediencia de sus mandatos... Que aun prescindiendo de esta consideración, la facultad de los Tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones, y condenarlo a pagos y reparaciones civiles, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente cometido al Congreso por el artículo 77 en su inciso sexto... Que la jurisprudencia de los Estados-Unidos de Norte-América, que debe servirnos de guía para interpretar nuestra Constitución, reconoce como principio, que el Gobierno Nacional no puede ser demandado ante los Tribunales, y que la cláusula del artículo tercero, sección segunda de la Constitución de aquella República, que corresponde a la del artículo cien de la nuestra, que describiendo los casos a que se extiende la Justicia Federal, dice ser uno de ellos, los asuntos en que la Nación sea parte, solamente se refiere a los pleitos en que es parte demandante”.

Esta solución dispuesta por el máximo tribunal de la nación, aún dejaba en dudas si las acciones debían ser tramitadas y resueltas ante el Congreso de la Nación, o si simplemente éste habilitaba a que sea resuelto el caso por el Poder Judicial o por el propio Poder Ejecutivo. La cuestión fue zanjada por la ley 675 en la que el Poder Legislativo autorizó a un particular a demandar al Estado nacional ante la justicia, dando nacimiento a la venia legislativa previa.

1.3. La Ley 3.952 y sus reformas. Reclamo administrativo previo. Origen y situación actual.

En septiembre de 1900, la legislatura de la Nación sanciona la Ley 3952 de Demandas contra la Nación, instituyendo la reclamación administrativa previa como modo de solucionar los inconvenientes que acarrea la exigencia de obtener como requisito previo a la acción judicial, la venia legislativa. Este instituto dispone que los tribunales federales no podrán dar curso a demandas contra la Nación sin que previamente se acredite haber efectuado un reclamo de tal derecho ante el propio Poder Ejecutivo, y que éste lo haya denegado.

En dicha ley se establece que los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste.¹⁹²

El artículo segundo de la ley dispone que 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.

En su artículo tercero la ley dice que la demanda se comunicaría por oficio al Poder Ejecutivo por conducto del Ministerio respectivo y al Procurador Fiscal, el cual procedería previa consulta y con sujeción a las instrucciones que le transmita dicho Ministerio. Por art. 76 de la Ley N° 24.946 B.O. 23/3/1946 se deroga el presente artículo, en tanto regula la notificación al Procurador Fiscal de toda demanda contra la Nación y su sujeción a las instrucciones del correspondiente Ministro del Poder Ejecutivo.

El término para contestar, según se dispone en su artículo cuarto, será de treinta días, y el mayor que corresponda según las distancias con arreglo a las leyes vigentes si la demanda se dedujera fuera del territorio de la Capital de la República. Dentro de igual término se deducirán las excepciones dilatorias que corresponda. Si se interpusiesen éstas, el término para contestar la demanda, una vez resueltas, será de quince días.

Según el artículo quinto, la Suprema Corte conocerá de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones definitivas de los jueces en los casos a que se refiere la presente Ley, siguiendo el

¹⁹² Artículo 1° de la ley 3952, sustituido por art. 1° de la Ley N° 11.634 B.O. 17/10/1932, “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste.”

procedimiento señalado para la tramitación de las apelaciones concedidas libremente. El sexto de los artículos dispone que los jueces letrados de los Territorios Nacionales elevarán en consulta, ante la Suprema Corte, aun cuando no se interponga apelación, todas las sentencias definitivas, que pronuncien en los casos comprendidos en la presente Ley.

En el cuestionado artículo séptimo se establece que las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda. Esta cuestión será desarrollada en el punto 3 del presente capítulo, al abordar lo referido a los alcances de la sentencia condenatoria.

Como veremos más adelante, cuando se aceptó sin restricciones la demandabilidad del Estado, la reclamación administrativa previa quedó sin las razones que sustentaron su creación hasta la creación del fuero contencioso administrativo federal y la sanción de la ley 19.549. Como explica Guillermo Muñoz; “La creación del Fuero en lo Contencioso Administrativo determinó que comenzara a cumplir una nueva función totalmente distinta a las anteriores; se convirtió en el procedimiento, o en uno de los procedimientos, para llegar al acto que causa estado, a la decisión previa que opera como presupuesto procesal de la acción administrativa. Paralelamente, se siguió usando cada vez en menor medida, en las causas civiles contra el Estado”¹⁹³

2. Normas procesales del Decreto Ley 19.549/72. Aplicación del Cód. Proc. Civil y Comercial

2.1. Normas procesales del Decreto Ley 19.549/72

El derecho procesal administrativo se diferencia de los procesos judiciales en los que participan ciudadanos particulares (civil, comercial, laboral, etc.) por la presencia del Estado como una de las partes del litigio y en él representado el interés público y la voluntad de la comunidad. Esta circunstancia genera un desequilibrio lógico entre el interés general del Estado y los derechos individuales de los particulares, reflejados en las prerrogativas públicas que también se materializan en el proceso contencioso administrativo a través de privilegios como la habilitación de la instancia, el agotamiento de la vía administrativa, los breves plazos de caducidad para interponer la demanda, el pago previo si se trata de impugnación de tributos, el especial régimen cautelar, etc.

A diferencia de lo que ocurrió en la mayoría de los Estados provinciales, a nivel federal no se pudo sancionar un código procesal administrativo, por lo que la tramitación de los procesos contencioso administrativos se encuentra regulada y tramitan por las disposiciones del Decreto Ley 19.549 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El Decreto Ley 19.549, dictado en el año 1972, regula básicamente todo lo relativo al procedimiento administrativo, pero incorpora además en su articulado disposiciones relativas a la impugnación judicial de la actuación y omisión de la Administración Pública Nacional. Estas cuestiones, propias de un código procesal administrativo aún no sancionado, deben complementarse con las normas aplicables de la ley procesal civil y comercial de la Nación, a la hora de llevar adelante un juicio contencioso administrativo. En efecto, los requisitos de habilitación y procedencia de la acción se encuentran regulados en el Decreto Ley 19.549, y las posteriores tramitaciones del proceso judicial por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con algunas adaptaciones precisadas en su texto. Las medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional han sido reguladas en una ley especial (Ley N° 26.854) y la etapa de ejecución de sentencia se encuentra alcanzada por diferentes normas especiales que serán abordadas en el siguiente punto 3.

2.1.a) La habilitación de la instancia contencioso administrativa

El capítulo IV del Decreto Ley 19.549 legisla todo lo atinente a la impugnación judicial de los actos administrativos, dividiendo tal actividad procesal en dos vías de acceso a la justicia (impugnatoria y reclamatoria) e institucionalizando la habilitación de la instancia en el fuero federal contencioso administrativo. Además de este tipo de pretensiones existen en nuestro ordenamiento federal otras vías o

¹⁹³ Muñoz, Guillermo A y Grecco, Carlos M. Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 583.

procesos como las acciones declarativas, la acción de amparo, el amparo por mora, acciones de defensa de consumidores, habeas corpus, habeas data, etc.

La habilitación de la instancia contencioso administrativa es el primero de los requisitos de ingreso de una demanda judicial para su posterior tratamiento por el tribunal competente, resultando un juicio de admisibilidad en el que se verifica la existencia y la condición del tipo de derecho que se pretende esgrimir, la legitimación del actor, la materia, el contenido de la pretensión, el plazo dentro del que se inicia la acción, el pago previo en materia tributaria y las exigencias formales de presentación de inicio del juicio. La exigencia del cumplimiento de tales extremos es una manifestación en materia procesal de las prerrogativas estatales que encuentran justificación en la satisfacción del interés público como finalidad primordial de la existencia del propio Estado.

Explica Rejman Farah el nacimiento jurisprudencial, con fundamento en la normativa aplicable, del requisito de la habilitación de instancia, afirmando que: "Se creó así, conforme a la práctica introducida por los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo federal, con posterioridad a la interposición de la demanda y antes de proseguir con el proceso, una etapa previa en la que se verifica el cumplimiento de las condiciones y requisitos previstos en el decreto –ley 19.549/72 (que exista un acto definitivo o asimilable, que se hubiere agotado la vía administrativa y que la demanda haya sido interpuesta en tiempo oportuno, dentro del brevísimo plazo previsto en el art. 25 de la LNPA). Sólo luego de ese examen, se impulsa el proceso"¹⁹⁴.

Como el requisito de habilitación de instancia es el mayor obstáculo para el ingreso a la jurisdicción administrativa, quisiera desarrollar brevemente algunos de los argumentos de parte de la doctrina que sostienen su inconstitucionalidad. En tanto examen inicial del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la acción (agotamiento de la vía administrativa, plazo de caducidad y pago previo), como vimos aún presente hasta en los sistemas procesales más avanzados, plantea una limitación esencial a la garantía de acceso a la justicia y obstaculiza la efectivización de derechos humanos fundamentales. Así, para Miguel López Olvera: "La habilitación de la vía judicial y el agotamiento de la vía administrativa funcionan en la actualidad con base en esquemas antiguos, que condicionan previamente el acceso a la justicia, lo cual es sin duda alguna una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida"¹⁹⁵. A similar conclusión arribó Andrés Gil Domínguez al afirmar que "en el marco de un Estado constitucional de derecho, no existe ningún argumento que sustente la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, la existencia de un plazo de caducidad fatal de la acción contenciosa y de la consecuente habilitación de instancia de oficio"¹⁹⁶.

Retomemos el análisis de las dos vías en las que la ley estructura la revisión judicial de la administración pública nacional.

La vía impugnatoria, también conocida como recursiva, es aquella que se utiliza para atacar una expresión formal de la administración pública nacional, se encuentra legislada en los artículos 23¹⁹⁷ y 24¹⁹⁸ del decreto ley que tratan de la impugnación de los actos administrativos de alcance particular y de alcance general, respectivamente. Esta impugnación de actos administrativos también está prevista para ser ejercida por el Estado, pretendiendo a través de la acción de lesividad la anulación de su propio actuar formal (art. 17, 18 y 27 del Decreto Ley 19.549).

En el artículo 23 de la Ley se establece los requisitos de impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular cuando; a) se trata de un acto definitivo y que hubiere las instancias administrativas, b) cuando no fuese definitivo impidiera la tramitación del reclamo interpuesto, c) el silencio administrativo y d) la vía de hecho administrativa.

¹⁹⁴ Rejman Farah, Impugnación judicial de la actividad administrativa, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, p.188.

¹⁹⁵ López Olvera, Miguel A., "La instancia administrativa. Problemas actuales de la justicia administrativa. Principios y fuentes del proceso administrativo. Órgano y procedimientos judiciales", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

¹⁹⁶ Gil Domínguez, Andrés, "Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa. Derecho constitucional administrativo", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 88.

¹⁹⁷ Artículo 23.- Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular:

- a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas.
- b) cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto.
- c) cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10.
- d) cuando la Administración violare lo dispuesto en el artículo 9.

¹⁹⁸ Artículo 24.- El acto de alcance general será impugnado por vía judicial:

- a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10.
- b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

Por su parte, el artículo 24, dispone que el acto de alcance general será impugnabile por vía judicial; a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10 y b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

El artículo 25¹⁹⁹ establece la obligatoriedad del cumplimiento del requisito de interponer la acción judicial dentro de un breve plazo procesal de caducidad, pudiendo ser de noventa (90) días, si se trata de la impugnación de la actividad administrativa mediante una acción, o de treinta (30) días, en los casos en que el ataque judicial de tal accionar público sea por la vía de un recurso directo.

Agrega la norma la forma en que se deberán computar los días hábiles judiciales de tales plazos, tratándose de un acto de alcance particular, desde su notificación al interesado; tratándose de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamos resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado el rechazo; tratándose de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agota la instancia administrativa, y tratándose de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.

Desde la doctrina y la jurisprudencia se analizó la constitucionalidad de dicho plazo, cuya brevedad lo distingue notablemente de los plazos de prescripción, obstaculizando en algunos casos el derecho de acceso a la justicia y la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva.

La Corte Suprema de Justicia resolvió esta cuestión en el precedente “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional”, en el que sostuvo que la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en la norma comentada constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio, pues no lo suprime, desnaturaliza o allana²⁰⁰. Al respecto dijo que: “ese especial tratamiento que el ordenamiento confiere a la Administración Pública, consecuencia, a su vez, del denominado régimen exorbitante del derecho privado (Fallos: 308:731) que impera en la relación ius administrativa da sustento jurídico a la institución de los plazos de caducidad, cuya brevedad –acorde, claro está, con la razonabilidad- de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos, buscando siempre que esos dos extremos precedentemente señalados –prerrogativa estatal y garantía del particular- encuentren su armónico equilibrio constitucional”. Tal criterio se extiende aún a los casos en que los actos administrativos impugnados ostenten vicios graves que acarreen su nulidad absoluta.²⁰¹

Por su parte la vía reclamatoria, llamada también reparatoria, es aquella que no tiene como sustento la previa emisión de un acto administrativo por parte de la Administración Pública, pretendiendo de ella el efectivo cumplimiento de una obligación, ya sea mediante la prestación de un servicio o de un beneficio social, el pago de una deuda, atienda un reclamo indemnizatorio, etc., y se encuentra regulada en los artículos 30 a 32 de la norma procedimental.

Así, en el artículo 30 regula el reclamo administrativo previo a la demanda judicial, al disponer que: “El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24”, y agrega a continuación que “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas.”

Continúa el artículo 31 diciendo que “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, 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 bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa.”

En una modificación realizada por el artículo 12 de la ley 25.344, se dispone que: “Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.”

¹⁹⁹ Artículo 25: “

²⁰⁰ CSJN, Fallos: 318:441.

²⁰¹ CNFed. Contencioso administrativo, Sala III, 1/09/1981, “Giménez Voga”.

En el artículo 32 se legisló que “El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.”

La ley también regula la figura del amparo por mora de la Administración al disponer en su artículo 28 que “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.”

2.2. Aplicación del Cód. Proc. Civil y Comercial

En el ámbito federal, tanto en el fuero especializado con sede en la Ciudad de Buenos Aires, como en los juzgados federales del interior, la tramitación de los procesos contencioso administrativos se rigen por la normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aplicándose supletoriamente la ley 19.549. Existen procedimientos con regulaciones específicas como la ley de procedimiento impositivo (ley 11.683) y en todos los casos también se aplican previsiones contenidas en numerosas leyes que integran el llamado derecho administrativo.

2.2.a) Caso o causa judicial

Constituye jurisprudencia pacífica de la Corte Federal que es un requisito necesario para producir la intervención del poder judicial la existencia de un caso o causa judicial. Así ha dicho la CSJN que “La existencia de caso, causa o asunto presupone –como surge del propio artículo 116 de la Ley Fundamental y ha sido recordado precedentemente– la de parte, esto es, la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En ese orden de ideas, al decidir sobre legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquel sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal o que los agravios alegados la afecten de forma suficientemente directa, o sustancial, esto es que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso”²⁰²

Es doctrina pacífica de la Corte Suprema que la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326:3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones.

2.2.b) Legitimación

El derecho administrativo construyó un criterio tripartito respecto a la legitimación dividiendo en las categorías; derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, en un descendente grado de afectación directa e individual, permitiendo en el primer caso el acceso a la revisión judicial, en el segundo a la revisión en sede administrativa y negando todo tipo de respuesta institucional al tercer caso. Esta categorización fue modificada por la reforma constitucional de 1994.

En materia de legitimación procesal la Corte Federal delimitó con precisión en el caso “Halabi, Ernesto v. PEN Ley 25.873 Dto. 1563/04”²⁰³ tres categorías de derechos: a) individuales, b) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y c) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

²⁰² CSJN, Fallos, 331:2287.

²⁰³ CSJN, Fallos 332:111.

Así respecto de la primera categoría -legitimación sobre los bienes jurídicos individuales- reitera que los criterios jurisprudenciales que establecen que los indicados para accionar son sus titulares, dejando en claro que tal situación “no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable”. A tal categoría hace referencia el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, resaltando que el amparo es la acción que “está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”.

La segunda clase es la de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de la esfera social previstos en el artículo 43 de la Constitución, especificando que los legitimados son: a) el defensor del pueblo, b) las asociaciones que concentran el interés colectivo y c) el afectado.

Sus requisitos son: 1) que la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, y 2) que la pretensión debe ser focalizada en la incidencia del derecho.

Aquí la Corte establece un límite a la utilización de los bienes colectivos protegidos por esta legitimación reforzada al exigir que el objeto protegido por tal tutela sea un bien colectivo, lo que sucede cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Así sostiene el Tribunal que; “Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno” (considerando11).

Por último la Corte establece la distinción entre la tutela de los derechos de incidencia sobre bienes colectivos y la protección de los bienes individuales (patrimoniales o no) para los cuales existe una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

Finalmente el máximo tribunal ingresa al análisis de la tercera categoría en cuestión –derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos- adelantando que se hallan regulados en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional y que se trataría de los casos de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. Aclara que en estos casos no existe un bien colectivo, pues se afectan derechos individuales enteramente divisibles existiendo un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, identificado como causa fáctica homogénea. Explica la Corte que “Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.”

Pone en cuestión el fallo la falta en nuestro ordenamiento jurídico nacional una norma que reglamente el ejercicio efectivo de las acciones de clase. Explica que “Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos”. Ante esta ausencia legislativa, la Corte ingresa al análisis de los requisitos que permitirían tramitar un proceso de este tipo.

En el considerando 13 del fallo, la Corte dispuso que la procedencia de la acción de clase exige: a) La verificación de una causa fáctica común, es decir la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, b) la existencia de una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, exigiéndose que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo pueda petitionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de primera categoría y c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, en otras palabras, se exige que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

La Corte aclara que también proceden las acciones cuando, aun si se tratara de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particularidades características de los sectores afectados. Así explica que: “Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.”

Estos criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuestos en el precedente “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25. dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” (Fallos 332:111) fueron reiterados en los casos “Thomas” (Fallos: 333:1023); “Padec c/Swiss Medical”; “Unión de Usuarios y Consumidores c/EN”; “DPN c/TBA”, “Consumidores Financieros. Asociación Civil para su defensa c/Banco Itaú”; “Consumidores Financieros. Asociación Civil para su defensa c/La Meridional Seguros”, entre otros.

2.2.c) Competencia y órgano judicial

El ordenamiento jurídico distribuye entre los órganos judiciales la facultad o atribución jurídica para entender en un determinado caso, ya sea por la materia de que se trata, el lugar geográfico o el tiempo. Esta atribución de los jueces es su competencia. Por su parte la jurisdicción es un concepto más genérico y abarcativo ya que describe la facultad de administrar justicia.

Las cuestiones de competencia son resueltas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 a 13, siendo plenamente aplicables al proceso contencioso administrativo federal, con las modulaciones propias de la especificidad de la materia administrativa.

Lo atinente al órgano judicial está desarrollado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, regulando la recusación y excusación (arts. 14 a 33), deberes y facultades del juez (arts. 34 a 37) y secretarios y oficiales primeros (arts. 38 y 39).

La competencia material y su ejercicio por parte de la Justicia Federal será analizada con más detalle en los puntos 4 y 5 del presente capítulo.

2.2.d) Partes

Es criterio de la Corte Federal la existencia tanto de un caso o causa justiciable como la presencia de al menos dos partes que la constituyan y habiliten la intervención en el conflicto del Poder Judicial. Así tiene dicho que: “La existencia de causa presupone la de parte, esto es la de quien reclama o se defiende y por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. La parte debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional”²⁰⁴

El Estado Nacional puede integrar la litis contencioso administrativa en condición de parte actora o demandada, pues reviste el carácter de persona jurídica estatal de derecho público, en tanto se trata de un ente al que el ordenamiento jurídico le confirió aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación constitucional.

La personería jurídica del Estado nacional surge implícitamente de los arts. 1, 9, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128 CN, normativa que supone su capacidad para las relaciones jurídicas, tanto en el derecho interno como en el internacional. La personalidad jurídica de las provincias se infiere del mismo ordenamiento (arts. 6o, 31, 121 a 127 CN). La Constitución nacional no deja lugar a dudas que el Estado Nacional y las provincias son personas jurídicas con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Este reconocimiento es ratificado de manera expresa por el artículo 146 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que son personas jurídicas públicas: “a) El Estado nacional, las Provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la república a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”.

El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado produce importantes consecuencias jurídicas, entre otras: a. resuelve el problema de la continuidad jurídica del Estado, no obstante los sucesivos cambios de formas de gobierno o regímenes políticos; b. explica las relaciones patrimoniales entre la Administración Pública y los ciudadanos (por ejemplo, creación de tributos y potestades para su cobro compulsivo); c. hace

²⁰⁴ CSJN, Fallos, 331:1364.

posible las distintas formas jurídicas del obrar administrativo: acto administrativo, decretos y contratos administrativos, entre otros; d. legitima las acciones de responsabilidad contra el Estado, quien responde con sus propios bienes; e. da lugar a las relaciones entre “distintos Estados entre sí” (por ejemplo, relaciones entre municipios, provincias, nación u otras personas jurídicas públicas); y f. posibilita que el Estado pueda estar en juicio, sea como actor o demandado.

Las entidades autárquicas son núcleos desprendidos de la organización administrativa del Estado a las que este encomienda funciones públicas específicas para lo cual las dota de un patrimonio propio y de las atribuciones necesarias para su administración. Como toda persona jurídica, las entidades autárquicas tienen los atributos de la personalidad, es decir, nombre, domicilio, capacidad y patrimonio (BCRA, Universidades Nacionales, AFSCA).

Sostiene Carlos Balbín que el Estado como persona jurídica se diferencia de las entidades privadas por la presencia de ciertos caracteres propios; “a saber, es único, originario y en cierto sentido y según el ordenamiento jurídico vigente, superior en el marco del doble Derecho”. Respecto de tal superioridad, en sentido comparativo con el resto de las personas, se explica en razón de las prerrogativas exorbitantes que le reconoce el ordenamiento jurídico.²⁰⁵

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula aquellas cuestiones vinculadas a las partes en juicio en su Título III del Libro Primero de la Parte General. Allí se aboca a la previsión de todo lo relativo a las reglas generales, domicilio, la muerte o incapacidad, sustitución de parte (arts. 40 a 45), representación procesal (arts. 46 a 55), patrocinio letrado (arts. 56 a 58), rebeldía (arts. 59 a 67), costas (arts. 68 a 77), beneficio de litigar sin gastos (arts. 78 a 86), acumulación de acciones y litisconsorcio (arts. 87 a 89), intervención de terceros (arts. 90 a 96), tercerías (arts. 97 a 104), citación de evicción (arts. 105 a 110) y la acción subrogatoria (arts. 111 a 114).

2.2.e) Actos procesales y contingencias generales

Los actos procesales y contingencias generales del proceso contencioso administrativo federal se encuentran legislados, por aplicación supletoria, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Allí se legisla las actuaciones generales (arts. 115 a 117), escritos (arts. 118 a 124), audiencias (art. 125), expedientes (arts. 127 a 130), oficios y exhortos (arts. 131 y 132), notificaciones (arts. 133 a 149), vistas y traslados (arts. 150 y 151), el tiempo de los actos procesales (arts. 152 a 159), resoluciones judiciales (arts. 160 a 168), nulidad de los actos procesales (arts. 169 a 174), incidentes (arts. 175 a 187) y acumulación de procesos (arts. 188 a 194).

2.2.f) Recursos

Los recursos dentro del proceso contencioso administrativo también están regulados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, siendo por ello aplicable lo allí legislado sobre la reposición (arts. 238 a 241), el recurso de apelación y nulidad (arts. 242 a 253), apelación ordinaria ante la Corte Suprema (arts. 254 a 255), apelación extraordinaria ante la Corte Suprema (arts. 256 a 258), procedimiento ordinario en segunda instancia (arts. 259 a 279), procedimiento ordinario ante la Corte Suprema (arts. 280 a 281), queja por recurso denegado (arts. 282 a 287) y recurso de casación, de inconstitucionalidad y de revisión (arts. 288 a 301).

3. La sentencia de condena

3.1. La sentencia de condena. Interpretación jurisprudencial

Los efectos de la sentencia condenatoria del Estado en el proceso contencioso administrativo encontraron una primera dificultad al enfrentarse con la teoría de la indemandabilidad de la administración pública y luego con el legislado carácter declarativo de las sentencias de condena contra la Nación. El artículo séptimo de la ley 3952 establece que las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda.

El fundamento de la limitación en el proceso de ejecución de condenas contra el Estado era la competencia del Poder Legislativo para establecer el orden de pagos en la ley de presupuesto anual. Esta dificultad fue superada por el criterio jurisprudencial de la Corte Federal, primero en materia de

²⁰⁵ Balbín, Carlos F; “Tratado de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo II, p. 8 y sgtes.

expropiaciones²⁰⁶ y luego en un modo más generalizado²⁰⁷, recurriendo a un procedimiento especial para el cobro que podía confluir en la ejecución posterior.

En el precedente “Pietranera”, sentenciado el 7 de septiembre de 1966, la Corte Federal sostuvo que “la regla del art. 7°, ley 3952, ha de entenderse en su significado cabal. Su propósito no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde este punto de vista, la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto”. En dicho fallo confirmó la decisión judicial que había requerido al Gobierno Nacional que manifieste en qué fecha desalojaría el inmueble en cuestión, por entender que “se ha dispuesto por sentencia firme el desalojo de un inmueble ocupado por el Estado; la prolongación sine die de esta ocupación sin derecho vendría a ser una suerte de expropiación sin indemnización o, cuanto menos, una traba esencial al ejercicio del derecho de propiedad”.

Luego de una larga discusión doctrinaria sobre la vigencia o derogación del artículo 7 de la ley de demandas contra la nación, como explica Pablo Perrino²⁰⁸, su texto fue actualizado por el Digesto Jurídico Argentino (Ley 26.939) y renombrado como art. 6 de la ley 3952²⁰⁹. Al respecto sostiene que “Aceptada la vigencia del art. 6° de la ley 3952, cabe entender que la ejecución de sentencias que imponen al Estado obligaciones de hacer, previsto en dicha norma y a los criterios interpretativos elaborados entorno a aquella a partir del fallo dictado en la causa Pietranera. Con arreglo al o establecido en el citado pronunciamiento, si la Administración no indica el plazo en el que cumplirá la sentencia o establece uno irrazonable, el juez lo deberá fijar. Y transcurrido aquel sin que se haya ejecutado, a petición de parte y conforme lo dispuesto en los arts. 512 a 516 del CPCCN –de aplicación analógica al proceso contencioso administrativo- el tribunal deberá ordenar la ejecución directa del mandato judicial, pudiendo, en algunos casos, disponer la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración demandada remisa. Y cuando el cumplimiento in natura de la condena no sea objetivamente posible corresponderá fijar una indemnización sustitutiva que compense los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución del fallo judicial”.

3.2. Suspensión de su ejecución

La Argentina ha vivido durante su historia institucional diversos momentos en los que las crisis económicas justificaron la sanción de leyes de emergencia que, entre otras cosas, implicaron la suspensión de la ejecución de sentencias condenatorias de contenido económico dictadas contra el Estado Nacional. Estas políticas de restricción de derechos, en evidente conflicto con el ordenamiento jurídico, generaron críticas respecto de su constitucionalidad, alcanzando en algunos casos el dictado de sentencias que anularon las leyes de emergencia.

3.3. Normativa nacional sobre consolidación de deudas estatales. Jurisprudencia

3.3.a) Normativa de emergencia económica que afecta a decisiones judiciales

Las graves crisis económicas que sufrió nuestro país luego de recuperar la democracia dieron origen a una serie de normas que suspendieron el cumplimiento de las sentencias condenatorias a pagar sumas de dinero contra el Estado Nacional: decreto 679/1988, ley 23.696 y decreto 34/91. El art. 50 de la Ley de Reformas del Estado (23696), suspendió la ejecución de sentencias que condenen al pago de una suma de dinero dictadas contra el Estado Nacional y demás entes mencionados en el art. 1.

²⁰⁶ CSJN, Fallos 186: 151, “Nación Argentina vs. Domingo Bianchi”.

²⁰⁷ CSJN, Fallos 265:291, “Pietranera” y 269:448, “Chiodetti”.

²⁰⁸ Perrino, Pablo Esteban; “Ejecución de sentencia contra el Estado Nacional”, en la obra *Legislación Usual Comentada, Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo II, p 514.

²⁰⁹ Art. 6, ley 3952 (según Anexo I de la ley 26.939, ADM099): “Las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda.”

3.3.b) Ley de Consolidación del Pasivo Público Nacional N° 23.982

La ley de consolidación del pasivo público nacional fue dictada en el mes de agosto de 1991 por el congreso en ejercicio de los poderes de emergencia y por expresa disposición del artículo 16 reviste el carácter de norma de orden público.

Esta norma de emergencia, luego de establecer que las sentencias judiciales que reconozcan la existencia de obligaciones alcanzadas por la consolidación dispuesta tienen carácter meramente declarativo (art. 3°) establece un sistema de ejecución para los créditos no consolidados, autorizando su cancelación luego de ser sometida la cuestión al Congreso, quien lo incluirá en el presupuesto anual del Estado Nacional.

El artículo 22 de la ley establece que “A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el Poder Ejecutivo nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1 de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la Ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento. El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la Ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo.”

El ejecutante debe remitir oficio a la Secretaría de Hacienda para la inclusión del crédito en el presupuesto del año siguiente, si llega antes del 31 de agosto, y en caso de no resultar aprobada la partida para el pago de su crédito, podrá ejecutar luego del 1 de diciembre del año inmediato posterior.

La ley de presupuesto del año 1996 (24.624) amplió la ley 23982 al declarar la inembargabilidad de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público.

La ley 25.344 extendió la fecha de corte de la consolidación de deudas hasta el 31 de enero de 2000 y la ley 25.725 volvió a extenderla hasta el 31 de diciembre de 2001.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la impertinencia de someter a este sistema la ejecución de sentencias que condenen al pago de la indemnización expropiatoria²¹⁰, aunque fueran montos menores²¹¹ y a los honorarios de dichos juicios²¹².

3.3.c) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En la causa “Giovagnoli, César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro” el juez de primera instancia admitió la pretensión y, en consecuencia, condenó a la Caja Nacional de Ahorro y Seguro -en liquidación a pagar la suma de \$ 109.209,04, con más los intereses correspondientes y las costas del juicio. Antes de que el fallo referido fuese confirmado por la Cámara el letrado apoderado del actor trabó embargo por \$ 131.150,84 -en concepto de capital, intereses y honorarios adeudados sobre las sumas de dinero que el Estado Nacional tenía afectados a la entidad aseguradora estatal. Posteriormente, durante la etapa de ejecución de la sentencia, la demandada invocó la aplicación del art. 19 de la ley 24.624 que prescribe, en síntesis, la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución del presupuesto del sector público, y le pidió al juez de la causa que se abstuviera de dictar medidas de embargo contra los bienes pertenecientes a este Organismo y/o en el supuesto que dicha medida cautelar ya se hubiera dictado, se procederá al inmediato levantamiento de la misma.

Así la CSJN sostuvo que “Ahora bien, es evidente que la aplicación mecánica y generalizada del art. 19 de la ley 24.624 sin consideración alguna a lo que prevén el art. 22 de la ley 23.982 y el art. 20 de la ley 24.624, conduciría a la frustración de los derechos de los particulares que se encuentren en condiciones de ejecutar las sentencias con arreglo a estas dos últimas normas lo que, por cierto, no condice con la intención del legislador (Fallos, 297:142; 299:93; 301:460); por lo demás, semejante criterio hermenéutico debe ser desechado con fundamento en la doctrina de Fallos, 258:75; 301:460 y 307:518, consid. 10 y sus citas, entre muchos otros, porque implica que el órgano competente para fijar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional (art. 75, inc. 8, Constitución Nacional) ha legislado contradictoriamente sobre un mismo tema autorizando por una parte, a ciertos acreedores a cobrarse sobre el producto de la venta de los bienes embargados (conf. art. 22, in fine, ley 23.982 y art. 20, primera parte, ley 24.624) y disponiendo, por la otra, el levantamiento de los embargos que tornan posibles tales ejecuciones. En atención a ello y a que la finalidad perseguida mediante la sanción del art. 19 de la ley 24.624 fue -como ya se expresó- evitar la afectación de los fondos destinados a la ejecución del presupuesto general de gastos y recursos, cabe concluir en que dicha disposición no obsta a la ejecución de las sentencias que se encuentren en las condiciones descriptas en el art. 22, in fine, de la ley 23.982 o

²¹⁰ CSJN, Fallos 318:445 y 318:1353.

²¹¹ CSJN, Fallos 318:1876.

²¹² CSJN, Fallos 319:345 y 320:2349.

que encuadren en la hipótesis del art. 20, primera parte de la ley 24.624, pues en el primer caso el acreedor está legitimado para ejecutar su crédito en virtud de una habilitación expresa de la ley, en tanto que en el segundo supuesto cuenta con una partida presupuestaria afectada al cumplimiento de la sentencia. Conviene agregar que si el Poder Ejecutivo Nacional no cumple con el deber que le impone el art. 22 de la ley 23.982 el actor está facultado, de todos modos, a ejecutar la condena dineraria en los términos previstos en esta norma, pues no es admisible que el Estado pueda demorar el acatamiento de un fallo judicial mediante el incumplimiento de un deber legal.²¹³

Resulta entonces doctrina de la Corte Federal que la mera invocación del art. 19 de la ley 24.624 no determina la aplicación automática de la doctrina sentada por esta Corte en el caso “La Austral” si de las constancias de la causa no surge la acreditación de los siguientes extremos: a) que el Poder Ejecutivo Nacional haya cumplido con la comunicación al Congreso de la Nación que le impone el art. 22 de la ley 23.982 y b) que el acreedor no esté legitimado para ejecutar su acreencia por no encuadrar en la hipótesis prevista en el art. 22 de la ley 23.982 ni en la del art. 20 de la ley 24.624. Cabe destacar que la falta de partida presupuestaria pertinente para atender el pago del crédito reconocido en sede judicial constituye un extremo de hecho cuya existencia no se presume, por lo que debe ser probado por quien invoque la aplicación del art. 19 de la ley 24.624.

La Corte efectuó el control de constitucionalidad de la ley 23.982 en el caso “Fernández, Encarnación c/ Secretaría de Seg. Social”, entendiéndolo que tal norma de emergencia no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales declarados por sentencia firme; sólo restringe, temporalmente, la percepción íntegra de los montos debidos. Hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis, pero esa limitación también está dirigida a proteger los derechos presuntamente afectados, ya que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por el proceso de desarticulación sufrido por el sistema provisional.

Para justificar tal decisorio recordó que: “Desde sus orígenes el Tribunal ha sostenido que los derechos declarados por la CN no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28). Dichas restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron, pues la obligación de afrontar las consecuencias justifica ampliar, dentro del marco constitucional, las facultades atribuidas al legislador, al punto de que la dilación en el pago de los créditos y retroactivos pueda diferirse con la razonabilidad que surge de los temas en examen”.

El máximo Tribunal federal emitió diversos precedentes confirmando el criterio convalidatorio de la constitucionalidad de esta ley de emergencia.²¹⁴

En el caso “Ragnar Hagelin c/ Nación Argentina”, en el que se discutió la reparación por la violación de derechos humanos durante la última dictadura, la Corte analizó la ley 23.982 a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, concluyendo que la norma de emergencia no afectaba el tratado internacional. Así afirmó que “La aplicación del sistema de consolidación de deudas para la indemnización por daño moral – a cargo del Estado Nacional- por la privación ilegal de la libertad y posterior desaparición de la hija del actor no priva al demandante del resarcimiento patrimonial declarado en la sentencia, sino que sólo suspende temporalmente la percepción íntegra de los montos debidos... Si bien debe darse primacía al tratado internacional frente a la ley interna, no puede considerarse que la aplicación de las normas de la ley 23982 implique un apartamiento de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica.”

En definitiva el fallo sostiene que el pago de la indemnización concedida por daño moral puede ser diferido en el tiempo –por aplicación del sistema de la ley 23982- sin que esa modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia importe su desconocimiento sustancial, máxime si el demandante no ha alegado una situación de emergencia o necesidad impostergable de recibir la indemnización, sino tan sólo la inconstitucionalidad genérica del plazo establecido por la ley. El derecho que toda persona tiene a que se respete su integridad física, psíquica y moral que consagra el inc. 1° del art. 5° del Pacto de San José de Costa Rica no resulta incompatible con el sistema de consolidación de deudas, que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales declarados por sentencia firme sino que restringe, temporalmente, la percepción íntegra de los montos debidos.

Como vemos, la Corte sostuvo en dicho precedente que no es constitucionalmente inválida una ley que respetando el juicio que las sentencias contienen y su fuerza ejecutoria, regula el modo y tiempo de obtener

²¹³ CSJN, Fallos 322:2132, “Giovagnoli, César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro”

²¹⁴ CSJN “Radiodifusora Buenos Aires c/ Pcia e Formosa” 5/7/94 (Fallos 317:740; “Escobar, Hector otros c/ Fabricio, Daniel – Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino” 24/8/95. Fallos: 318:1593; C 572 XXVII “Cacace, Josefa c/ Municipalidad de Bs As s/ accidente” 10/10/95; “Laporte, María c/ Caja de Industria y Comercio” L 196 XXIV 4/5/95; “Empresa Argentina de Servicios Públicos SA de Transportes Automotores c/ Pcia de Buenos Aires” 10/12/97. Fallos: 320:2757; “Gutierrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios” 13/8/98 Fallos 321:1291

el efecto de manera distinta a como lo regula la ley vigente cuando la sentencia se dictó, mientras la misma regulación no importe destituir prácticamente de su eficacia a ésta última. Como veremos en el punto siguiente esta doctrina judicial debe ser revisada a la luz de lo resuelto recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte inició un recorrido de especial análisis de determinados casos en los que la aplicación de dicha norma de emergencia podía afectar derechos humanos fundamentales, vinculados a la vida y la salud de los reclamantes. Una de tales excepciones a tal ratificación de la constitucionalidad de la ley 23.982 la encontramos en el caso “Iachemet, María c/ Nación Argentina”²¹⁵, en el que la Corte entendió que La aplicación de la ley 23982 al caso de una pensionada que reclama retroactivamente en base a una sentencia firme y que cuenta con 92 años de edad llevaría no a una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sino al desconocimiento sustancial de ésta. En consecuencia, al no ser posible – sin forzar la letra ni el espíritu de la ley citada- efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el sublite con la garantía del art. 17 de la C.N. (Fallos 312:2467, considerando 9 y sus citas), corresponde resolver que resulta acertado el pronunciamiento de Cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad. Agregó el Tribunal que: “Corresponde concluir que la ley de consolidación 23982 no respeta la exigencia de que la restricción al principio constitucional de la cosa juzgada sea sólo “temporal”, de modo de no “degradar su sustancia” si se la aplica a una jubilada de 93 años de edad pues, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, resulta virtualmente imposible que llegue a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada.”

En el precedente “Escobar, Héctor c/ Fabricio, Daniel –Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino”, la Corte afirmó que “En este caso surge claramente que la reparación integral del damnificado exige la atención inmediata de las secuelas de las gravísimas lesiones sufridas por el actor con motivo del hecho dañoso, así como el tratamiento de afecciones de orden psíquico y estético. En este caso, una modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia como la que resulta del régimen de la ley 23982, comportaría no solamente una postergación en el ingreso de un bien de naturaleza económica en el patrimonio de la víctima, sino principalmente la frustración de una finalidad esencial en el resarcimiento por daños a la integridad psicofísica, cual es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación oportuna. Las consideraciones precedentes permiten concluir que la aplicación al caso de autos del régimen de la ley 23982 llevaría al desconocimiento sustancial de la sentencia. Al no ser posible –sin forzar la letra de la ley o su espíritu- efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el sub iudice con la garantía de los arts. 17 y 18 de la CN corresponde rechazar el agravio del Estado Nacional y confirmar el pronunciamiento de Cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad.”²¹⁶

Similar interpretación realizó la Corte en el caso “Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Daños y perjuicios”, al sostener que: “Ante la necesidad que tiene el demandante de afrontar en forma inmediata una terapia psiquiátrica, como la de contar con las sumas aptas para adquirir el material ortopédico y cubrir el tratamiento kinésico, una modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia como la que resulta de la ley 23982 comportaría no solamente una postergación en el ingreso de un bien de naturaleza económica en el patrimonio de la víctima sino principalmente la frustración de una finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica, cual es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación oportuna.”²¹⁷

3.3.d) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Furlan y Familiares vs. Argentina” sentenciado el 31 de agosto de 2012, se refirió en un caso contra el Estado Argentino, sobre el derecho de propiedad frente al pago de una deuda mediante bonos públicos de consolidación dispuesto por ley 23.982. El Estado es responsable por la vulneración del artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, por haber excedido el plazo razonable, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan y -en lo que aquí interesa- es responsable por la vulneración al derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, consagrados en los artículos 25.1, 25.2.c y 21, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

El 21 de diciembre de 1988, con 14 años de edad, Sebastián Furlan ingresó a un predio cercano a su domicilio, propiedad del Ejército Argentino, con fines de esparcimiento. El inmueble no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada al mismo, hasta el punto que “era utilizado por niños para diversos juegos, esparcimiento y práctica de deportes”. Una vez en el predio, el menor de edad intentó

²¹⁵ CSJN, Fallos, 316:780.

²¹⁶ CSJN, Fallos: 318:1593.

²¹⁷ CSJN, Fallos, 321:1291.

colgarse de “un parante transversal o travesañ” perteneciente a una de las instalaciones, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kilogramos de peso cayera sobre él, golpeándole con fuerza la cabeza y ocasionándole pérdida instantánea del conocimiento. Sebastián Furlan fue internado en el servicio de Terapia Intensiva del Hospital Nacional Posadas, con el diagnóstico de traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento en estado de coma grado II-III, con fractura de hueso parietal derecho. En dicha oportunidad ingresó al quirófano para ser intervenido por “un hematoma extradural”. Luego de la operación, Sebastián Furlan continuó en coma grado II hasta el 28 de diciembre de 1988 y en coma vigil hasta el 18 de enero de 1989.

Así se dictó sentencia en la que se reconoció indemnización a favor de Sebastián Furlan que quedó enmarcada bajo la Ley 23.982 de 1991 (supra párr. 103), por lo cual debía escoger entre dos formas de cobro: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo. Cualquiera de estas dos opciones implicaban que Sebastián Furlan no recibiría de manera inmediata la suma de 130.000 pesos argentinos por concepto de la indemnización a su favor, sino que debía escoger entre un pago de la suma por plazos o un pago por medio de bonos que sólo obtendrían el valor nominal de los mismos después de transcurridos 16 años. Al respecto, se encuentra probado que debido a las precarias condiciones económicas en las que se encontraba (supra párrs. 104, 117) y la necesidad de una rápida obtención del dinero para los tratamientos médicos (supra párr. 71), Danilo Furlan optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional cuyo vencimiento era el año 2016 (supra párr. 104). Asimismo, esta Corte observa que después de que los bonos fueron pagados al beneficiario, el señor Danilo Furlan cobró dichos bonos a un precio del 33% de su valor nominal. Después de sufragar el monto que le correspondía pagar por las costas procesales según la responsabilidad del 30% atribuida, y restar el 30% que correspondía al abogado, Sebastián Furlan recibió en definitiva 116.063 bonos, equivalentes aproximadamente a \$38.000 pesos argentinos, de los 130.000 pesos argentinos ordenados por la sentencia.

Dijo la Corte que el artículo 25 de la Convención Americana tiende a; “garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”.

Corte considera que la ejecución de la sentencia que concedió la indemnización no fue completa ni integral, por cuanto se encuentra probado que Sebastián Furlan debía recibir 130.000 pesos argentinos y realmente cobró aproximadamente \$38.000 pesos argentinos, lo cual es un monto excesivamente menor al que había sido inicialmente ordenado. Si bien el Estado alega que la decisión de vender los bonos fue una decisión que se enmarcaba en el ámbito personal, la Corte observa que las condiciones personales y económicas apremiantes en las cuales se encontraban Sebastián Furlan y su familia (supra párrs. 71, 104 y 214) no les permitía esperar hasta el año 2016 para efectuar el cobro. Igualmente, el Tribunal nota que ni la Comisión o los representantes han presentado alegatos frente al monto inicial que se fijó en la sentencia, sino precisamente al hecho de que al realizarse el cobro, éste haya disminuido hasta casi una tercera parte.”

También el Tribunal considera que a la hora de aplicar la Ley 23.982 de 1991, las autoridades administrativas debían tener bajo consideración que Sebastián Furlan era una persona con discapacidad y de bajos recursos económicos, lo cual lo ubicaba en situación de vulnerabilidad que conllevaba una mayor diligencia de las autoridades estatales.

Dijo la Corte: “En el presente caso, las autoridades administrativas nunca tuvieron bajo consideración que al aplicarse la modalidad de pago establecida en la mencionada Ley, se disminuía en forma excesiva el insumo económico que recibió Sebastián Furlan para una adecuada rehabilitación y mejores condiciones de vida teniendo en cuenta su estado de vulnerabilidad. Por el contrario, el Estado justificó la aplicación de dicha regulación debido a que ocurrió “una de las crisis económicas y sociales más graves y profundas de la historia, que derivó, entre otras cosas, en la devaluación de la moneda, precedida por la derogación de la ley [...] de convertibilidad que establecía la paridad entre el peso y el dólar”. Sin embargo, el Tribunal observa que la regulación aplicada en el presente caso data de 1991, por lo que la Corte considera que era necesario que las autoridades que ejecutaron la sentencia judicial hubieran realizado una ponderación entre el estado de vulnerabilidad en el que hallaba Sebastián Furlan y la necesidad de aplicar la ley que regulaba estas modalidades de pago. La autoridad administrativa debía prever este tipo de impacto

desproporcionado e intentar aplicaciones alternativas menos lesivas respecto a la forma de ejecución más perjudicial para las personas en mayor vulnerabilidad.”

La Corte observa que en este caso existe una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. En efecto, al aplicar un juicio de proporcionalidad a la restricción del derecho a la propiedad ocurrida, se encuentra que la Ley 23.982 cumplía con una finalidad admisible convencionalmente, relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos. El medio escogido para enfrentar dicho problema podía resultar idóneo para alcanzar dicho fin y, en principio, puede aceptarse como necesario, teniendo en cuenta que en ocasiones pueden no existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar la crisis. Sin embargo, a partir de la información disponible en el expediente, la restricción al derecho a la propiedad de Sebastián Furlan no es proporcionada en sentido estricto porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía. No se encuentra en el expediente algún tipo de previsión pecuniaria o no pecuniaria que hubiera podido moderar el impacto de la reducción de la indemnización u otro tipo de medidas ajustadas a las circunstancias específicas de una persona con varias discapacidades que requerían, para su debida atención, del dinero ya previsto judicialmente como derecho adquirido a su favor. En las circunstancias específicas del caso concreto, el no pago completo de la suma dispuesta judicialmente en favor de una persona pobre en situación de vulnerabilidad exigía una justificación mucho mayor de la restricción del derecho a la propiedad y algún tipo de medida para impedir un efecto excesivamente desproporcionado, lo cual no se comprobó en este caso.

4. El Estado nacional en juicio. Procesos civiles, laborales y contenciosos administrativos

Además del proceso contencioso administrativo analizado en los puntos anteriores, el Estado nacional puede estar en juicio en otros fueros y regularse tales juicios por procesos diferentes.

La participación del Estado en otros fueros como el Civil o el Laboral está determinada por las reglas generales de determinación de la competencia federal que surgen de la Constitución nacional, así como de las leyes que la reglamentaron, en especial las relativas a la materia aplicable.

Palacio de Caeiro explica que “La competencia federal por materia –ratione materiae- se circunscribe al conocimiento y aplicación del derecho federal, integrado por las normas de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y los demás instrumentos internacionales en las condiciones señaladas por el art. 75, incs. 22 y 24, respectivamente, y la legislación federal dictada en consecuencia.”²¹⁸

Es criterio jurisprudencial de la CSJN que la competencia federal en razón de la materia es improrrogable, privativa y excluyente de las jurisdicciones provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar estos principios.²¹⁹

En cuanto a los otros carriles formales por los que puede llevarse a juicio a la Administración Pública nacional a través de la acción de amparo y los recursos directos. Respecto de la acción de amparo, su originario reconocimiento jurisprudencial fue ratificado por la Constitución nacional reformada en 1994, al establecerlo como garantía.

5. Fuero Federal, Justicia Nacional y Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

5.1. Fuero Federal

En este punto, desarrollaremos la estructura orgánica del poder judicial federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia contencioso administrativa, entendiendo al fuero como el lugar o tribunal donde se administra justicia, de un carácter objetivo pues refiere al grupo de órganos del poder judicial que ejercen la jurisdicción federal, provincial o de la CABA, ejerciendo competencia especializada en diferentes materias (derecho civil, penal, comercial, laboral, administrativa, etc.).

²¹⁸ Palacio de Caeiro, Silvia B; “Competencia Federal”, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 68.

²¹⁹ CSJN, Fallos: 319:1397.

La jurisdicción federal se ha definido como la facultad conferida al Poder Judicial de la Nación, para administrar justicia en los casos, sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución nacional. Por su parte la competencia de un juez para intervenir en un caso es definida como la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso (Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007).

Ha dicho la CSJN que “la jurisdicción federal lleva al propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima, y la importancia de su existencia es asegurar el cumplimiento de las leyes nacionales dictadas en el marco de las facultades legislativas otorgadas al gobierno central”²²⁰.

La conformación institucional nacional, al adoptar en 1853 el sistema federal de organización política, tuvo su origen en la delegación de funciones de las provincias al Estado nacional y dio como resultado los siguientes órdenes jurisdiccionales; a) Justicia nacional o federal, aplicable a los territorios de la Nación y a las situaciones expresamente previstas en la Constitución (arts. 116 y 117 CN); b) Justicia provincial, que rige los territorios de los estados locales (arts. 50, 121 y sgtes. CN) y c) Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN).

La ley 27 de organización de la justicia nacional *establece en su primer artículo que* la Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación.

Agrega que su intervención nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2°) y que uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella (art. 3°).

En el art. 4° dispone que la justicia nacional conoce y decide en todos los asuntos regidos por la Constitución y Leyes Nacionales, y en todas las causas expresadas en los artículos 100 y 101 de la Constitución pero cuando fuere llamada, de conformidad con el artículo 100, a juzgar entre vecinos de diferentes Provincias, lo hará con arreglo a las respectivas leyes provinciales, agregando en el art. 5° que no interviene en ninguno de los casos en que, compitiendo ese conocimiento y decisión a la jurisdicción de Provincia no se halle interesada la Constitución ni ley alguna Nacional.

Por último especifica que los Juzgados de Sección conocen en primera instancia, de todas las causas que se expresan en el artículo 100 de la Constitución, sin incluir en ellas las exceptuadas en el artículo 101 de la misma Constitución, de las contenciosas administrativas y demás que interesen al Fisco Nacional, más en las de contrabando, lo harán, por ahora, tanto en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, cuanto en el resto de la República, ajustándose a las respectivas leyes y disposiciones dictadas y vigente en ellas (art. 20).

Posteriormente, con la sanción de la ley 48 estableció la jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales disponiendo en su artículo 2° que los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: “5° Toda acción fiscal contra particulares o corporaciones, sea por cobro de cantidades debidas o por cumplimiento de contratos, o por defraudación de rentas nacionales, o por violación de reglamentos administrativos.6° En general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte.”

Agregó el art. 21 de la ley que “Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido.”

Así la justicia federal con competencia contencioso administrativa, debe ser estudiada teniendo en cuenta que existen una construcción estructural diferenciada entre los órganos del Poder Judicial que tienen su sede en la Ciudad de Buenos Aires y los que se hallan radicados en las ciudades de las provincias que integran el Estado Federal.

En las ciudades de las provincias en las que se encuentra presente el Poder Judicial Federal existen juzgados de primera instancia y cámaras con competencia única (penal, civil y comercial, laboral y

²²⁰ CSJN; Fallos: 330:1114.

contencioso administrativo) o dividida en penal y no penal (civil y comercial, laboral y contencioso administrativa).

En la jurisdicción federal ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cambio, existe un fuero especializado con competencia Contencioso Administrativa constituido por doce juzgados de primera instancia y una Cámara Nacional Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, integrada por cinco salas de tres magistrados cada una.

Su origen se encuentra en 1981 con la creación de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo por las leyes 21.628 y 21.752, que separó la nueva competencia del antiguo fuero civil y comercial federal.

Esta pluralidad de órganos judiciales con diferente competencia material en una misma jurisdicción exige que se establezca un criterio para resolver los conflictos que se sucedan entre los distintos fueros (Civil y Comercial, Previsional, Contencioso Administrativo) para entender en tal o cual causa.

Los clásicos sistemas para resolver estas cuestiones de competencia pueden ser clasificados en subjetivos (se determina por la presencia del sujeto Estado como parte del proceso), material (se define por el ejercicio material de función administrativa) u objetivo (el criterio utilizado es el derecho aplicable, en este caso, derecho administrativo). El criterio para determinar la competencia material hoy vigente en la justicia federal contencioso administrativa de la jurisdicción capital es éste último. Veamos.

Ante la inexistencia de un código procesal administrativo federal, la cuestión de competencia fue resuelta por la jurisprudencia de la Alzada que completó el vacío legislativo al establecer como doctrina legal, a través del dictado de fallos plenarios, que la competencia contencioso administrativa requería que la cuestión estuviera regida prima facie, de modo preponderante por el derecho administrativo ("J.R. Kudrnach y Cia. SRL s/ Rec. de Amparo", CNFed.CA en pleno, 2/VIII/59). Criterio luego ratificado en otro conocido plenario que entendió que son las normas de fondo de preponderante aplicación las que determinarán la competencia contencioso administrativa ("Miguel Boccardo e hijos y otros c/Banco Hipotecario Nacional, CNFed.CA en pleno, 30-V/78).

La doctrina judicial del fuero entiende que la competencia del fuero contencioso administrativo no se define porque intervenga el Estado en el juicio (criterio subjetivo), ni porque se cuestione la legitimidad de un acto administrativo, sino por la materia en debate, por su contenido jurídico y por el derecho que se intenta hacer valer, esto es, por la subsunción del caso al derecho administrativo.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que "La competencia del fuero contencioso administrativo federal no se define por el órgano emisor del acto impugnado, por el carácter de las partes o por el hecho que se plantee la nulidad de un acto administrativo, sino por la aplicación de normas de derecho administrativo para regir la cuestión litigiosa"²²¹

5.2. Justicia Nacional

La Justicia Nacional con competencia en derecho común u ordinario que tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra organizada de la siguiente forma: a) Justicia Nacional en lo Comercial, b) Justicia Nacional del Trabajo, c) Justicia Nacional en lo Civil y d) Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.

5.3. Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se constituyó en uno de los primeros desarrollos, junto a la justicia contravencional, del Poder Judicial del nuevo gobierno autónomo.

En la reforma constitucional nacional del año 1994 se reconoció a la ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, estableciendo que su Jefe de Gobierno sería elegido directamente por el pueblo de la ciudad (art. 129 C.N.).

El constituyente nacional estableció que mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación, una ley garantizará los intereses del Estado Nacional. Así el Congreso Nacional sancionó en noviembre de 1995 la Ley 24.588 que, en lo que aquí interesa, dispuso en su artículo 8° que la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del

²²¹ CSJN, Fallos: 321:720.

Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.

Dicho marco de autonomía implicó el dictado de una Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 1996, regulando en su título V, todo lo referente al Poder Judicial (art. 106 a 126), sin establecer en ella los fueros que lo integran.

En la cláusula transitoria décimo segunda, inciso 1°-b), el Jefe de Gobierno, hasta que se constituya la Legislatura de la Ciudad, podrá se estableció que Constituir los fueros Contencioso Administrativo y Tributario, Contravencional y de Faltas y los demás que fueren menester para asegurar el adecuado funcionamiento del Poder Judicial local, crear los Tribunales que resulten necesarios y designar en comisión a los jueces respectivos. La constitución del fuero Contravencional y de Faltas importará la cesación de la Justicia Municipal de Faltas creada por la ley 19.987, cuyas causas pendientes pasarán a la Justicia Contravencional y de Faltas.

En marzo de 1998 se sancionó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 7) en la que se dispuso que el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires es ejercido, entre otros por los Juzgados de Primera Instancia y las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (art. 7°). La composición y competencia del fuero contencioso administrativo está regulado en sus artículos 34 y 41. Allí se dispone que la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario está integrada por nueve (9) jueces y juezas, y funciona dividida en tres (3) salas de tres (3) jueces y juezas cada una. Es tribunal de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los jueces y juezas en lo contencioso administrativo y tributario. Tendrá competencia en los recursos directos previstos en la Ley (art.4° de la Ley N°7) y que la justicia en lo contencioso administrativo y tributaria está integrada por veinticuatro (24) juzgados que entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado (art.41).

El Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 189) es la primer ley procesal de dicha jurisdicción local y regula todos los aspectos de dicho proceso judicial, en un total de 465 artículos.

Respecto del criterio para determinar la competencia material del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el legislador optó por el subjetivo. En sus primeros artículos dice que consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1°). Agrega que son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público (art. 2°).

6. El arbitraje y la Administración Pública nacional. El Estado Nacional ante órganos jurisdiccionales internacionales

6.1. El arbitraje y la Administración Pública nacional

El arbitraje internacional y el juzgamiento del Estado Nacional por organismos internacionales ha sido dispuesto por la ley nacional N° 24. 353 (1994) al aceptar la competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966).

El CIADI es un organismo internacional autónomo que actúa –bajo la esfera del Banco Mundial- como árbitro en los conflictos de naturaleza jurídica que se produce entre los Estados Parte y un nacional de otro Estado Parte respecto de una inversión económica. El Convenio establece en su primer artículo que el CIADI tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de dicho pacto.

En su artículo 25 dispone el Convenio que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho

Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Los conflictos que son llevados al CIADI son los que nacen al amparo de los tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones que firmó nuestro país a partir de la década del noventa. Argentina firmó más de cincuenta acuerdos bilaterales con otros países sobre promoción y protección recíproca de inversiones que, por lo general, establece principios como el de nación más favorecida, trato justo y equitativo, régimen de expropiación y solución de controversias. Actualmente, entre causas concluidas y pendientes, el CIADI tramitó hasta hoy cincuenta y tres causas contra el Estado Argentino.

Compartimos la visión crítica de este sistema de protección de los inversionistas extranjeros expuesta por Carlos Balbín, quien sostuvo su inconstitucionalidad y afirmó que “En síntesis, el modelo del CIADI y los tratados bilaterales crearon un régimen de sobreprotección arbitrario porque los inversores extranjeros en nuestro país reciben un trato más favorable que los propios inversores argentinos. Es más, el trato que los inversores extranjeros reciben aquí es mucho mejor que el trato que ellos mismos reciben en sus propios países”.

El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, conocido como TPP por sus siglas en inglés, estableció una zona de libre comercio para los países que sucesivamente se fueron sumando al tratado (Brunéi, Chile, Nueva Zelanda, Singapur (2005), Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Perú y Vietnam) y prevé un sistema de solución de controversias a cargo de un grupo especial encargado de aplicar las disposiciones del Tratado.

Se puede apreciar, que en el contexto de la Organización Mundial del Comercio, los Estados Nacionales ha delegado competencia para resolver muchos de los conflictos con empresas extranjeras, poniendo en un lugar de privilegio la inversión foránea y renunciando a parte de su soberanía. Estos mecanismos procesales resultan en la práctica una tutela diferenciada en favor de los inversionistas, generalmente de los países del primer mundo, y en nuestro caso, afecta los principios centrales de nuestra organización jurídica y constitucional.

Las consecuencias de reconocer la jurisdicción en los países del que provienen las inversiones (generalmente pertenecen a grupos de naciones desarrolladas del primer mundo) pudimos observarla en la intervención de la Justicia norteamericana en los juicios de tenedores de deuda pública argentina. En este tipo de proceso judicial, en los que los Estados son tratados en igualdad de condiciones que los particulares, es donde se interpretan y aplican textos de tratados que benefician a empresas inversoras de países desarrollados, desconociendo la soberanía de los países no desarrollados o del tercer mundo que recibieron inversiones, y perjudicando las políticas económicas nacionales, obteniendo como resultado el empobrecimiento de sus pueblos y disminuyendo los niveles de satisfacción de derechos fundamentales, en especial los económicos, sociales y culturales.

6.2. El Estado Nacional ante órganos jurisdiccionales internacionales

6.2.a) El nuevo sistema de fuentes creado por la Constitución reformada en 1994

El ordenamiento jurídico interno – y en especial el derecho administrativo-, se ha transformado luego de la incorporación a nuestro texto constitucional de tratados internacionales referidos a derechos humanos con la incorporación de nuevas fuentes del derecho y –la consiguiente- aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos humanos y de otros organismos convencionales de protección de Derechos Humanos. Asimismo, además de reconocer carácter supra legal a todos los tratados, incorporó aquellos destinados a la integración con otros Estados nacionales. Estas transformaciones normativas que reestructuraron los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico abrieron la posibilidad que el Estado Nacional sea juzgado ante órganos jurisdiccionales internacionales.

Este proceso histórico, disparado por la sanción del nuevo artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional reformada en 1994, ha sido acompañado por una señera jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal y luego seguida por los órganos judiciales inferiores, tanto nacionales como provinciales.

Así la Constitución incorporó a las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico cuatro categorías de Tratados Internacionales; aquellos expresamente detallados en su artículo 75, inc. 22 con jerarquía constitucional; los tratados y convenciones de derechos humanos, también con jerarquía constitucional; los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales previsto en el artículo 75, inc. 24; y el resto de los tratados y concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes. Esta modificación constitucional tuvo repercusión directa en la posibilidad que el Estado Nacional se encuentre sometido a jurisdicciones internacionales, tanto en materia de Derechos Humanos, como en aquellas cuestiones vinculadas con la integración regional (MERCOSUR).

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional deben ser interpretados en las condiciones de su vigencia, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y son complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación –en autos “Giroldi”– interpretó esta norma, respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, al decir que “la recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22, párrafo 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.²²²

Es decir nuestro máximo Tribunal Federal entiende que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²²³

La Corte Interamericana de DDHH, siguiendo lo dispuesto por los arts. 62.3 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha dicho que sus fallos son en el caso concreto de cumplimiento obligatorio para los Estados, sobre la base de considerar la responsabilidad internacional de los países derivada del deber de cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este criterio fue seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Espósito [Bulacio]”²²⁴ y “Simón”²²⁵, entre otros.

Por lo demás, cabe tener presente que las sentencias de la Corte I.D.H. así como algunos pronunciamientos de la Comisión están revestidas de cierto valor vinculante en general (ya no en el caso concreto) o, por lo menos, deben servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica por parte de los tribunales argentinos, sobre todo teniendo en consideración la importante función de hermenéutica evolutiva o *aggiornamento* que el órgano jurisdiccional supranacional desarrolla sobre la antigua normativa de la Convención de 1969.

Recientemente la CSJN dictó sentencia en la causa “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional”²²⁶ en la que se pronunció sobre las consecuencias jurídicas que traen aparejadas para el Estado Argentino las recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana, en los términos del informe definitivo previsto en el artículo 51.2 de la citada Convención Americana. Fundamentaron su decisión en que el informe de la Comisión –en el caso, adverso al Estado– constituía la decisión final del sistema, pues el régimen procesal prevé sobre el fondo del asunto una sola y única decisión definitiva que estará dada, o bien por el informe “definitivo” de la Comisión, o bien, por la sentencia de la Corte Interamericana, siendo excluyentes una de la otra. (cons. 8º).

Sostuvo el Tribunal federal, además, que debía conferirse valor vinculante a las mentadas recomendaciones, puesto que el trámite ante ese órgano –si bien rodeado de las garantías atinentes al debido proceso– entraña un “desequilibrio procesal” entre el peticionario y el Estado, en tanto este último, en caso de discrepancia con el informe preliminar del artículo 50 emitido por la Comisión, tiene la “alternativa procesal” de someter el caso a la Corte Interamericana, mientras que para el peticionario la decisión de la Comisión sobre la no violación de las normas convencionales en un caso determinado, “da lugar, directamente, a una decisión tan definitiva como obligatoria, dado que carece absolutamente de *jus standi* para someter el litigio ante la CortelDH”. (cons. 11).

6.2.b) El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva como garantías constitucionales de los derechos fundamentales

Bajo el concepto genérico de “tutela judicial efectiva” se incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintos aspectos de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso criminal y que culminó

²²² CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, Fallos: 318:514.

²²³ CSJN, “Giroldi” (Fallos: 318:514 -7/04/95); “Bramajo” (Fallos: 319:1840 -12/09/96); “Felicetti” (Fallos: 323:4150- 21/12/00) y “Casal” (Fallos: 328:3399 -20/09/05).

²²⁴ CSJN, Fallos 327:5668.

²²⁵ CSJN, Fallos 328:2056.

²²⁶ CSJN, Sent. del 3-VIII-2013.

aglutinando en un concepto más amplio y general todos los derechos y garantías que le permiten gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo.

El Preámbulo de la Constitución Nacional dispone como objetivo de nuestra organización política "afianzar la justicia". Si bien los Constituyentes nacionales de 1853 no incluyeron en forma expresa en nuestra Carta Magna el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizaron a través de su art. 18 la protección del "debido proceso adjetivo" y del "derecho a la defensa en juicio". Esta norma garantiza la existencia de un juicio previo, la intervención del juez natural, la inviolabilidad de la defensa en juicio y la prohibición de la declaración contra sí mismo. No obstante referirse básicamente a garantías aplicables a la esfera del proceso penal, estos derechos sustanciales deben ser observados en todo tipo de proceso administrativo o judicial. Éste es el criterio aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el ámbito regional la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 8 las garantías judiciales, disponiendo que "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 ello, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", complementando tal garantía con la disposición del artículo 25 sobre protección judicial que reconoce que "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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

La Convención obliga a los Estados parte a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, los compromete a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Artículo 25, inc. 2 de la CADH).

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 dispone que "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ello o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

Este artículo del PIDCyP fue interpretado por el Comité de Derechos Humanos al emitir la Observación general N° 32 en el año 2007, titulada "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia".

En cuanto al contenido y extensión de las causas en que se busca determinar derechos de carácter civil, el Comité dijo: "El concepto de la determinación de derechos u obligaciones "de carácter civil" es más complejo...Se trata de un concepto que abarca...b) las nociones equivalentes de derecho administrativo, como el cese en el empleo de funcionarios públicos por motivos no disciplinarios, la determinación de las prestaciones de la seguridad social, los derechos de pensión de los soldados, los procedimientos relativos al uso de terrenos públicos o la apropiación de propiedades privadas" (punto 16).

Todas estas garantías procesales reconocidas expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos constitucionalizados son plenamente aplicables a los procesos contencioso administrativos federal y locales, y –con las debidas adecuaciones- a los procedimientos administrativos en los ámbitos nacional y provinciales.

6.2.c) Organismos internacionales con funciones jurisdiccionales

Una vez repasado el valor jurídico de los tratados con jerarquía constitucional y de las decisiones dispuestas por los órganos creados por ellos, expondremos brevemente los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que pueden someter al Estado argentino ante estrados internacionales.

Los derechos humanos garantizados por los tratados internacional de protección, tanto regional como universal, tienen como principales obligados a los Estados, es decir son los legitimados pasivos de todos los procedimientos jurisdiccionales en los que se determina si se produjo una violación a los derechos y garantías expresamente protegidos por tales instrumentos.

En el ámbito regional (O.E.A.) el sistema de protección interamericano de Derechos Humanos se constituye con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), con protocolos adicionales

(Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales -1988- y Protocolo relativo a la abolición de la Pena de Muerte -1990-).

El sistema de protección de Derechos Humanos interamericano se caracteriza, además de reconocer expresamente derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y proteger a personas o grupos vulnerables (migrantes, niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, trabajadores, etc.), estableció un sistema institucional articulado en dos organismos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el primero con su sede en Washington y el último en San José de Costa Rica.

La Comisión, compuesta por siete miembros, tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, siendo competente para receptor denuncias o quejas de violación de la Convención presentadas por personas, individual o grupalmente, entidades no gubernamentales o Estados miembros de la OEA. El procedimiento reglamentado puede concluir con una solución amistosa, con un informe de la Comisión o con la presentación del caso ante la Corte Interamericana (arts. 34 a 51 de la CADH).

La Corte, integrada también por siete jueces, entiende en las causas -iniciadas por los Estados parte o la Comisión- y decide si hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención Americana, pudiendo disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. También puede disponer la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Asimismo, puede en casos de extrema gravedad y urgencia a fin de evitar daños irreparables a las personas tomar medidas provisionales (arts. 61 a 65 de la CADH). La Corte también tiene una competencia consultiva habiendo dictado muchas resoluciones interpretativas del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, en este marco, la República Argentina fue denunciada en muchas oportunidades, resolviendo amistosamente tales cuestiones ante la Comisión y litigando en varios casos ante la Corte en condición de Estado demandado, habiendo recibido en muchos de ellos condenas por violación de la Convención Americana de Derechos Humanos.²²⁷

Universalmente el sistema de protección internacional de Derechos Humanos enmarcado en el ámbito de Naciones Unidas, tiene una organización más dispersa que su par interamericano, existiendo una serie de órganos creados por cada convención específica, al mismo tiempo que en el ámbito de la ONU existen grupos de trabajos y relatores, ya sean geográficos o temáticos, conocidos como mecanismo extra convencionales.

Así el Comité de Derechos Humanos entiende en el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Desc lo hace respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Existen sendos protocolos que permiten la presentación de denuncias contra los Estados partes, habiendo nuestro país aceptado la jurisdicción de ambos órganos del sistema universal.

Por último veremos brevemente el desarrollo de la construcción de un mercado común suramericano, en el marco del artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional, que –como se adelantó- prevé un sistema de otorgamiento de jurisdicción a organismos internacionales.

En efecto, nuestro país es uno de los Estados suscriptores del Tratado de Asunción, en 1991, que junto con Uruguay, Paraguay y Brasil, dio nacimiento al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), constituyendo una unión aduanera entre los Estados Partes creando una zona de libre comercio y política comercial común. Posteriormente se le reconoció personalidad jurídica internacional y paulatinamente se incorporaron seis nuevos Estados asociados (Chile, Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela).

El Estado argentino, al firmar los tratados de creación y constitución del MERCOSUR, delegó competencias y poderes jurisdiccionales, siendo por ello obligatorio el bloque normativo del mercado común. El Protocolo de Brasilia – reemplazado por el Protocolo de Olivos- creó un sistema de resolución de controversias, integrado por tribunales ad hoc y por el Tribunal Permanente de Revisión.

²²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 18, "Maqueda Vs. Argentina", 17-I-1995; Serie C N° 26 y 39, "Garrido y Baigorria Vs. Argentina", 02-II-1996 y 27-VIII-1998; Serie C N° 85 y 97, "Cantos Vs. Argentina", 07-IX-2001 y 28-XI-1998; Serie C N° 100, "Bulacio Vs. Argentina", 18-IX-2003; Serie C N° 164, "Bueno Alves Vs. Argentina", 11-V-2007; Serie C N° 164, "Bayarri Vs. Argentina", 30-X-2008; Serie C N° 177, "Kimel Vs. Argentina", 02-V-2008; Serie C N° 229, "Torres Millacura y otros Vs. Argentina", 26-VIII-2011; Serie C N° 231, "Grande Vs. Argentina", 31-VIII-2011; Serie C N° 238, "Fontevecchia y D Amico Vs. Argentina", 29-XI-2011; Serie C N° 242, "Forneron e Hija Vs. Argentina", 27-IV-2012; Serie C N° 246, "Furlán y Familiares Vs. Argentina", 31-VIII-2012; Serie C N° 255, "Mohamed Vs. Argentina", 23-XI-2012; Serie C N° 260, "Mendoza y otros Vs. Argentina", 14-V-2013; Serie C N° 265, "Mémoli Vs. Argentina", 22-VIII-2013; Serie C N° 271, "Gutiérrez y Familia Vs. Argentina", 13-XI-2013; Serie C N° 288 y 294, "Arguelles y otro Vs. Argentina", 20-XI-2014 y 23-VI-2015.

En opinión de Carlos Balbín, “El bloque normativo del MERCOSUR y, en particular, las disposiciones dictadas por éste, son fuente del Derecho Administrativo local con rango superior a la ley pero inferior a la Constitución”.

7. Bibliografía

- Balbín, C. F. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Berizonce, R. O (2009). *Tutelas Procesales Diferenciadas*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- Bianchi, A. y Tawil, G. (1992). *Proceso Administrativo y Constitucional*. Buenos Aires: Edit. Ciencias de la Administración.
- Bianchi, A. (1995). “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa”. Buenos Aires: La Ley 1995-A397.
- Botassi, C. A. “El incumplimiento de las sentencias contra el Estado como evidencia de la crisis del Estado de Derecho”. La Plata: Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 53, pág.239.
- Cabral, P. O. (2015). “Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo”. Buenos Aires: Infojus, Sección doctrina (ID Infojus: 150657).
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis- Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (2001). “El plazo de caducidad no rige en las acciones tendientes al reconocimiento de derechos”. Buenos Aires: LL, supl.de Derecho Administrativo del 17/8/2001.
- Cassagne, J. C. (2009). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*. Buenos Aires: La Ley.
- Comadira, J. R. “El caso Gorordo: nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad”. Buenos Aires: ED-181, pág.960.
- Comadira, J. R. (2003). *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Cueto Rua, J. (1988). “La acción por clase de personas (class actions)”. Buenos Aires: LL 1988-C, pág.952.
- Christe G. E. (2005). “Un fallo correctivo de la Corte en materia de habilitación de la instancia contencioso administrativa”, JA 2005-I, Lexis Nexis.
- Diez, M. M. y Hutchinson, T. (1983). *Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta.
- García de Enterría, E. (1998). *Democracia, Jueces y control de la Administración*. Madrid: Ed. Cívitas.
- Gargarella, R. (2004). *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras. Claves para todos*. Buenos Aires: La Ley.
- Gelli, M. A. (2006). *Constitución Argentina comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Gil Dominguez, A (2007). *Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa*. Derecho constitucional administrativo. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- González Pérez, J. “La eficacia de las sentencias en los procesos administrativos”. Buenos Aires: Revista de Derecho Administrativo N° 49, Lexis Nexis, pág.554.
- González Pérez, J. (1985). *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*. Bogotá: Ed. Temis.
- Gordillo, A. (1996). “La prueba en el derecho procesal administrativo”. Buenos Aires: LL 1996-A-1398.
- Grecco, C. (1984). “Impugnación judicial contra actos administrativos del Poder Judicial”. Buenos Aires: LL 1984-D, p.767.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- Hutchinson, T. (2009). *Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Lamoglia, C. M. “Consolidación de deudas y ejecución de sentencias contra el Estado”. Buenos Aires: Revista de Derecho Administrativo N° 51, Lexis Nexis, pág.45.
- Loiano, A. (2003). “Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno: habilitación de instancia y acceso a la justicia”, en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Leiva Fernández, L. (1991) “La suspensión de juicios contra el Estado y el control de constitucionalidad”. Buenos Aires: LL 1991-C, pág.1144.
- Linares, J. F., “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal”. Buenos Aires: La Ley 94-919.
- López Olverá, M. A. (2008). *La instancia administrativa. Problemas actuales de la justicia administrativa. Principios y fuentes del proceso administrativo. Órgano y procedimientos judiciales*. Buenos Aires: Ediar.
- Luqui, R. E. (2002). “La defensa del Estado en juicio”. Buenos Aires: La Ley 2002-D-1211.

- Macarel. (1990). "El rechazo de oficio de la habilitación de la instancia contencioso administrativa". Buenos Aires: La Ley 1990-D-971.
- Mairal, H. (1988) "La evolución del régimen de sentencias contra la Nación". Buenos Aires: LL actualidad del 28/07/88.
- Mairal, H. "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Buenos Aires: ED 117, pág.795.
- Maljar, D. (2002). *El proceso contencioso administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires*. La Nueva Justicia Administrativa. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Marienhoff, M. S. (1980). "Demandas contra el Estado nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional". Buenos Aires: La Ley 1980-B-1024.
- Milanta, C. "Tutela judicial en el estado de emergencia", *El derecho administrativo de la emergencia* Tº II. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, pág.199.
- Palacio de Caoiro, S. B. (2012). *Competencia Federal*. Buenos Aires: La Ley.
- Perrino, P. E. (2015). "Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional", en Cicero, N. K. –Directora- *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Rejtman Farah, C. (2000). *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*. Buenos Aires: La Ley.
- Robles, E. (1999). "Los efectos de la cosa juzgada en las acciones de clase". Buenos Aires: LL 1999-B, pág. 999.
- Rosatti, H. (2014). "El cumplimiento de las sentencias de condena contra el Estado frente al silencio de la ley 26.944, en Rosatti, H. -Director-, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Saggese, F. (2009). *El derecho a un nivel de vida adecuado*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Spota, A. "Sentencias de condena contra la Nación: su ejecutoriedad". Buenos Aires: LL 124, pág.1330.
- Tawil G. S (1988) "El Decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación". Buenos Aires: LL 1988-D, pág.932.
- Tawil G. S. "El recurso extraordinario y las decisiones emitidas por la Administración en ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales". Buenos Aires: LL 1990-E, p.908.
- Tawil G. S. (1991). "Un debate interesante en materia de habilitación de instancia". Buenos Aires: La Ley 1991-C-928.

CAPÍTULO 9

Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Claudia Angélica Matilde Milanta

1. Orígenes de la justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires

La provincia de Buenos Aires fue pionera en establecer, con fuente constitucional, un sistema de Justicia Administrativa, que se caracteriza por reconocer tres elementos esenciales: el órgano, la materia y los procedimientos.

1.1. La Constitución de 1854

La primera Constitución de la provincia, de 1854, cuando se conformaba como Estado de Buenos Aires y se encontraba segregada de la Nación Argentina, incluyó una cláusula referida a la materia contencioso administrativa o parte de ella, por la que se dispuso la creación de un Tribunal Especial para atenderla, el que no llegó a crearse.

Tal el antecedente más remoto, que se encuentra en el art. 129 de dicha Carta Magna, en el que se previó que “Las causas contenciosas de Hacienda y las que nacen de los contratos entre particulares y el gobierno, serán juzgados por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones determinará la ley de la materia”¹.

La norma reglamentaria de la citada disposición constitucional nunca se dictó. Sin embargo, en la ley 166 de año 1857, de organización del Superior Tribunal de Justicia instituido por la misma Constitución, se dispuso que, mientras no se creara aquel tribunal especial correspondía al mencionado Superior Tribunal conocer de todo recurso de apelación que se interpusiere contra resoluciones del gobierno en asuntos con particulares (art. 9°, inc 1°). Esta previsión legal importaba asignar a la intervención judicial el alcance de segunda instancia respecto de la administración, propia de un sistema –como el francés de jurisdicción retenida o delegada- ajeno al judicialista que ya diseñaba para nuestro país, la Constitución nacional.

Entonces, si bien el citado art. 129 instituyó en la esfera del poder judicial un Tribunal Especial para juzgar asuntos en materia administrativa que nunca llegó a crearse, los hechos acaecidos en ese tiempo significaron un verdadero retroceso en el proceso de diferenciación de funciones administrativas y judiciales. Fueron dos episodios: un proyecto originado en el Senado que proponía la creación de un Consejo Consultivo del Poder Ejecutivo para atender las cuestiones contenciosas de hacienda (que finalmente no prosperó) y el dictado de la mencionada ley 166 del año 1857, que atribuyó al Superior Tribunal de Buenos Aires el conocimiento por vía de “apelación” de las resoluciones del gobierno, mientras no se estableciera el Tribunal Especial que ordenaba el art. 129 de la Constitución.

¹ Ver: *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia, La Plata, 1983, p. 74; conf ARGANARÁS, Manuel J; *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, reimpresión inalterada, Lex, La Plata, 1998, p. 29; FIORINI, Bartolomé A. *Sistema y crítica del código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, LL. Un profundo estudio sobre el origen y evolución de la justicia de la administración en la Provincia de Buenos Aires, lo efectúan BEZZI, Osvaldo M, BEZZI, Ana M; BEZZI, Osvaldo H, *La justicia administrativa; origen y actualidad*, REDA, año 4, números 9/10, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 57 y ss.)

1.2. La Constitución de 1873 y enmienda de 1889

Posteriormente, ya integrada Buenos Aires a la Nación Argentina, al sancionarse la Constitución provincial de 1873, y regularse la competencia de la Suprema Corte de Justicia, en el art. 156, inc. 3°, se estableció que “Decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio”². El texto instituye las bases de un sistema de Justicia Administrativa donde se reconocen el órgano (S.C.B.A.), la materia y los procedimientos (ley reglamentaria), sistema de índole judicialista, que, por otra parte, no podía resultar de otro modo en virtud de que tal es el modelo determinado por la Carta Magna nacional, desde sus albores (arts. 18, 109, 116 y concs. Constitución nacional), que establece que la función de decidir causas y controversias –sin excepciones– corresponde con exclusividad a los tribunales de justicia, esto es al Poder Judicial.

A su vez, la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1889 repitió dicho texto de la anterior, con dos interesantes modificaciones que enriquecieron el sistema: de un lado, la inclusión de la acción por retardación no contenida en el anterior y, del otro, a través de una norma que se incorporó –y aún se mantiene, con adaptaciones–, el principio de ejecutoriedad de las sentencias de condena dictadas en las causas contencioso administrativas, de gran valor institucional en atención a la problemática que siempre ha suscitado este aspecto de los juicios contra el Estado. En ello, como en otros puntos, esta Provincia muestra inequívoca superioridad en relación a lo sucedido en el orden nacional.

-Interesa resaltar algunos caracteres de la Justicia Administrativa conforme quedara diseñada en la Constitución de 1873, pues este sistema es el que perduró por más de cien años y en él se encuentran, en gran parte, muchas de las razones que sirven de antecedente y explicación de la trascendente reforma que, a su respecto, tuvo lugar con la Constitución de 1994.

-La expresión “juicio pleno”. Tres significados se han podido atribuir. Juicio pleno en el sentido de proceso ordinario, por oposición a juicio sumario; juicio pleno en el sentido de instancia judicial originaria y plena, por oposición a instancia judicial de apelación y restringida a los límites de una primera instancia ante la autoridad administrativa; y, juicio pleno en el sentido de tramitado y resuelto por el Tribunal en pleno. A ellas se refiere Luis Varela en la conocida Introducción del Código de su autoría, descartando la tercera de tales acepciones, e inclinándose conceptualmente por una suerte de mixtura entre las dos primeras.

En verdad, a la luz de los antecedentes de la cláusula constitucional de 1873 ya comentados, creemos que la calificación constitucional del juicio como pleno, no tuvo por objeto desterrar las vías procesales sumarias, sino apartar cualquier interpretación legislativa o jurisprudencial de la que pudiese resultar un sistema de justicia administrativa donde la intervención de la Suprema Corte pudiera ser entendida como segunda instancia, instancia recursiva o de apelación de la Administración, convirtiendo a esta última en primera instancia de juzgamiento. En todo caso, el proceso sumario carecía de la amplitud de conocimiento –principalmente en orden al ofrecimiento y producción de prueba– importando tal vez por ese motivo un riesgo para la consolidación o, mejor dicho, la culminación del proceso evolutivo de diferenciación de funciones administrativas y judiciales³.

² Ver Textos Constitucionales de Buenos Aires, cit., p. 155, conf. ARGANARÁS, Manuel J; Tratado, cit., p. 29, BEZZI, Osvaldo M, BEZZI, Ana M; BEZZI, Osvaldo H, La justicia..cit, ps. 73 y ss; FIORINI, Bartolomé A. “Sistema..cit pp. 830 y ss. Ver sobre la génesis del sistema bonaerense: D’ARGENIO, Inés A., *El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires*”, en Revista de Derecho Administrativo, N° 19-20, p. 371 y ss. BEZZI, Osvaldo M, BEZZI, A. M. Y BEZZI, O. H., *La protección jurídica del ciudadano*, en *La Justicia Administrativa argentina: origen y actualidad. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, t. II, Cívitas, Madrid, 1993.

La Corte bonaerense ha podido expresar a propósito de las leyes que utilizan la expresión “recurso” -asignándole equivalencia con la acción de plena jurisdicción- que “La Constitución no admite otras apelaciones ante dicho Tribunal (SC) que las de sentencias judiciales. Paralelamente, al asignarle competencia contencioso administrativa ‘en única instancia y en juicio pleno’ (art. 149 inc. 3) descarta su intervención en esta materia en instancia de alzada o apelación de las resoluciones administrativas, como se hallaba establecido antes de la Constitución de 1873 en que el Tribunal Superior de Justicia conocía ‘por apelación’ de los asuntos entre los particulares y el gobierno formando instancia los procedimientos administrativos seguidos previamente...” (causa B. 52.271, “Ceretta de Ferrari Ada Luisa c/Caja de Previsión Social para profesionales de la Ingeniería de la Provincia de Buenos Aires”, resolución de fecha 27-XI-90).

³ Jorge Tristán BOSCH señala que en la Provincia de Buenos Aires, recién al promulgarse la Constitución de 1873 se dejó sentado debidamente (ver lo que decimos en la nota anterior) el principio de que el Poder Ejecutivo carecía de facultades jurisdiccionales en materia administrativa y que éstas correspondían, en única y exclusiva instancia, a la Suprema Corte; y agrega: “esta Constitución y las siguientes tuvieron buen cuidado en establecer la exigencia de un ‘juicio pleno’ ante aquella Corte..., vale decir, de obligar de este modo a que se siga ante dicho tribunal un procedimiento amplio, del tipo del ‘juicio ordinario’ que legislan los códigos de procedimientos en materia civil y comercial...” (*¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 66/67).

La expresión “juicio pleno” no ha desaparecido de la nueva Constitución ni de su legislación reglamentaria⁴.

El alcance del enunciado “juicio pleno” en tales disposiciones coincide con el que históricamente ha tenido; de un lado, descartar la intervención de la justicia en grado de apelación de las resoluciones de la Administración, del otro, garantizar dicha intervención a través de un proceso dotado de las mayores oportunidades y medios de ataque, defensa y prueba. Vale decir, juicio pleno en conjunción con instancia judicial originaria y juicio pleno como equivalente a proceso ordinario.

Cabe precisar que “juicio pleno” operaba en íntima relación con la exigencia, también constitucional, de “única instancia”. Por un lado, en tanto excluyente de otra instancia judicial que no fuera la de la Suprema Corte; por otro, con las mayores garantías en orden a la alegación de hechos y prueba de los mismos sin restricciones, acorde con los alcances de los procesos ordinarios, y principalmente, sin que pudiese asignarse a la vía judicial el carácter de instancia de apelación⁵, en una clara concepción consagratoria de la independencia del Poder Judicial.

Ello implicaba, por un lado, que la totalidad de la competencia material en lo contencioso administrativo correspondía a la Suprema Corte, le era “exclusiva” y, por el otro, que esa competencia debía ser ejercida a través del proceso de pleno conocimiento.

Ese proceso de pleno conocimiento, al momento en que Luis Varela proyectó la primera legislación para la Provincia de Buenos Aires y de acuerdo a la ley que le sirvió de fuente (ley española de 1888 conocida como ley “Santamaría de Paredes”) que, a su vez, representaba una expresión del sistema continental europeo en la materia, era el proceso de “plena jurisdicción”.

Concebido como un sistema de defensa de los particulares frente a la Administración, la legitimación se veía restringida a los titulares de derechos porque su situación de “exclusividad” era la única susceptible de tal medio de tutela⁶; siendo ello así, podían pretender la anulación del acto administrativo lesivo, el reconocimiento del derecho e inclusive la indemnización de daños y perjuicios y, naturalmente, el cauce procesal se hallaba dotado de la mayor amplitud en cuanto posibilidades de alegar y probar.

Una “concepción subjetiva” del contencioso administrativo -protección de derechos subjetivos-, en contraste con la “concepción objetiva” del contencioso administrativo orientado hacia la defensa de la legalidad, del derecho “objetivo”⁷.

La concepción inherente a nuestro sistema judicialista, que ha definido y marcado el nacimiento y desarrollo de la Justicia Administrativa, se mantiene y vigoriza tras la reforma del 94. Se extiende el ámbito de protección que no circunscribe a derechos, se establecen distintos tipos procesales para el trámite de los juicios sobre materia administrativa. Pero siempre la función judicial se abre para juzgar “casos” y no para controlar la legalidad del obrar administrativo, aunque el restablecimiento de la juridicidad ocurra naturalmente como consecuencia de lo anterior y esté presente como aspiración elemental del sistema. Más

⁴ En efecto, la norma constitucional transitoria contenida en el art. 215 la ha mantenido al establecer la continuidad de la competencia contencioso administrativa en cabeza de la Suprema Corte hasta que comience a funcionar el fuero en la materia y luego, en forma residual respecto de los juicios en trámite. Tal previsión, en efecto, expresa en su segundo párrafo “Hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo, la Suprema Corte de Justicia decidirá, en única instancia y juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubiesen iniciado, hasta su finalización”. La disposición es reiterada por el nuevo Código Procesal (art. 78 inc. 1, ley 12.008).

Por su parte, la ley 12.074 (texto según ley 12.310, anterior a la reforma introducida por la ley 13.101) que ha creado dicho fuero, al determinar la competencia de las Cámaras de Apelaciones en lo contencioso administrativo, y tras preceptuar la que les corresponde como tribunal de alzada, decía “...entenderá, en instancia originaria y juicio pleno, en las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia, con aplicación de las reglas del juicio ordinario, establecido en el título I - artículos 1 a 66- del Código Procesal Contencioso Administrativo”. Tal asignación originaria de competencia a las Cámaras de Apelaciones fue derogada por la ley 13.101 quedando esas contiendas en la esfera de atribuciones de los Juzgados Contencioso Administrativos.

Como expresara VARELA “lo que la Constitución ha querido es que el juicio contencioso administrativo tenga la prosecución metódica y sin violencia de un *juicio pleno*; es decir, que las partes no se vean cohibidas en sus defensas por las angustias y apremios de los juicios sumarios” (nota art. 50, CCA).

La semejanza en cuanto amplitud de debate y prueba entre el juicio pleno y el ordinario civil no permitía en cambio establecer una identidad entre ambos sino más bien diferenciarlos debido a la especialidad del primero (cfr. autores citados).

⁵ Como con claridad dice DIEZ “Juicio pleno significa que el litigio debe desenvolverse en forma autónoma en sede judicial. El órgano judicial debe tener la independencia necesaria para poder juzgar los actos del poder administrador. En el juicio pleno debe admitirse toda clase de pruebas aunque no se hayan presentado y diligenciado en el procedimiento administrativo que precede al juicio...” (*Derecho Procesal Administrativo*, p. 111).

⁶ Este criterio de interpretación del derecho como subjetivo -de origen jurisprudencial- que se mantuvo hasta bien entrada la década de 1980, estrechó los alcances del sistema; es que como la Constitución sólo se refería a “derechos” y el Código a “derechos administrativos” podría haberse ampliado tan limitado alcance de la legitimación. Con el tiempo éste se constituyó en uno de los puntos más cuestionados por restringir el acceso a la justicia y la justiciabilidad de la Administración.

⁷ Para el contencioso subjetivo y objetivo, ver Rafael BIELSA, *Sobre lo contencioso administrativo*, Depalma, Bs. As. 1954; ARGANARÁS, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tea, 1955; FIORINI, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001.

allá de las bases dadas por nuestra evolución histórica -decisiva para comprender la cuestión-, la tendencia actual en Europa continental apunta también a la misma concepción subjetiva de la justicia administrativa⁸.

1.3. La Constitución de 1934 y el mantenimiento de la cláusula constitucional precedente

Retomando los antecedentes constitucionales, salvo mínimos retoques de redacción, ni la Carta magna de 1934 que, en el art. 149, inc. 3º, reprodujo el art. 157, inc. 3º, Constitución de 1889⁹ y la preceptiva referida a la fuerza ejecutiva de la condena, como tampoco la reforma de 1949 –de breve duración-, establecieron modificaciones en el sistema instaurado en 1873/1889.

Sobre la base de los conceptos “autoridad administrativa”, “previa denegación” y “derechos” gestionados por la parte interesada, mencionados en el art. 157 inc. 3º, Constitución de 1889, el Dr. Luis V. Varela, escribió el proyecto del Código de procedimientos en lo Contencioso Administrativo¹⁰, sancionado mediante ley 2961¹¹, conocido como Código Varela.

La expresión “*autoridad administrativa*” fue interpretada como excluyente de las causas contencioso administrativas a las concernientes a la actividad administrativa de los otros poderes del Estado, de las personas públicas no estatales y de los concesionarios de servicios públicos (en lo que atañe al derecho administrativo material o sustantivo)¹². A su vez, la de “previa denegación” constituía un resabio de la concepción revisora del proceso que obstaculizaba (al menos impuesta como regla general) el acceso a la jurisdicción¹³ generando situaciones reñidas con el acceso a la justicia. De otra parte, la limitación de la legitimación sólo a los titulares de los derechos subjetivos marginaba del conocimiento de los jueces aquellas situaciones subjetivas que, aun cuando de diferente configuración, merecían igualmente protección jurisdiccional, como era el caso de los llamados intereses legítimos, los denominados intereses difusos y también de los derechos de incidencia colectiva.

De ese modo, el modelo tradicional conformado por la cláusula analizada, el Código Varela y la interpretación jurisprudencial restringida a ese molde, si bien de indudable valor por haber constituido un ámbito de control de la administración mediante un proceso de pleno conocimiento con sentencia de condena ejecutable, requería de la adecuación a las necesidades de la tutela judicial efectiva, en el ámbito de la justicia administrativa.

⁸ V. arts. 24 y 106, Constitución española de 1978. GARCÍA DE ENTERRÍA señala que incluso en Francia se habla de un “redescubrimiento de la plena jurisdicción”, por la recuperación de la facultad de que el Tribunal sustituya el contenido del acto anulado, en lugar de limitarse a su anulación, en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 3ª edición, 1997, esp. p. 310 y ss. y sus notas; del mismo autor *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 2ª edición, 1995, p. 13 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II -novena edición-.

En la Provincia de Buenos Aires esto no es novedad ya que la sentencia dictada en el proceso contencioso administrativo siempre ha tenido aptitud substitutiva del contenido del acto anulado y, principalmente, le es inherente su calidad ejecutoria -y no meramente declarativa- conforme lo ha estatuido la Constitución desde el siglo XIX (enmienda de 1889) y lo ha puesto en práctica la Suprema Corte. El problema no ha provenido de los límites de la sentencia sino, entre otros, de los de la legitimación.

⁹ Conf. TRIBIÑO, Carlos A- PERRINO, Pablo E, *La justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 8

¹⁰ Varela, Luis V. Proyecto de Código de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1904

¹¹ BOBA del 22/12/1905

¹² TRIBIÑO, Carlos A- PERRINO, Pablo E, “La justicia..”, cit pp. 93/103

¹³ Véase la crítica que formula Fernández Torres al dogma revisor en *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 29 y ss, con prólogo de García de Enterría. A partir de la consagración en la constitución española del principio de la tutela judicial efectiva, apunta Fernández Torres que desde esa premisa constitucional (Ahora también existente en Argentina) “no parece posible ahora seguir forzando por más tiempo los contornos de la clásica categoría del acto administrativo con el fin de proporcionar a los ciudadanos una tutela integral de sus derechos e intereses legítimos”, pues “han sido agotadas todas la hipótesis –al menos todas las barajadas desde hace treinta años por la doctrina y, en mucho menor medida, esporádicamente, por la jurisprudencia- de una interpretación extensiva de este concepto jurídico. Su ampliación a otras formas de actuación administrativa, diversas de la convencional del acto no puede estimarse en rigor, ilimitada, amén de que –y esto es preciso reiterarlo- no satisface las legítimas expectativas de los judiciales de obtener una tutela judicial efectiva de sus situaciones jurídicas. En cuanto al eje del sistema jurisdiccional contencioso administrativo, el acto previo encorseta en demasía las facultades del juez de otorgar justicia, cuando no las ahoga pura y simplemente”, (cit pp 348 y 349).

2. La reforma constitucional de 1994. El Fuero Contencioso Administrativo

2.1. La Constitución reformada en 1994

La Constitución Provincial, al ser modificada en el año 1.994, estableció una reforma fundamental en la Justicia Administrativa, reemplazando el antiguo modelo instituido por la Constitución de 1.873 que perduró - con mínimas variantes incluidas en el año 1.889- por más de cien años. Era pues el modelo mantenido por la Constitución de 1.934, vigente al tiempo de producirse el aludido cambio constitucional.

Siempre emplazada en el sistema judicialista -único compatible con la Constitución de la Nación Argentina (arts. 1, 5, 18, 29, 31, 109, 116, 123 y concs.)- la nueva base constitucional de la Justicia Administrativa bonaerense removió la vieja estructura, creando un fuero especializado y descentralizado (art. 215, 217 y concs.) y estatuyendo una cláusula general progresista y moderna (art. 166, última parte), superadora de obstáculos que hacían, de la justiciabilidad plena de la administración y del acceso a la justicia y la tutela judicial, una aspiración cada vez más distante de la realidad.

Los cambios más significativos se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1) la creación de un Fuero Contencioso Administrativo para entender en los casos contencioso administrativos -en sustitución de la competencia originaria y en única instancia y, por lo tanto, exclusiva, de la Suprema Corte, atribución ésta que quedó abrogada- (arts. 161, 166, 215, 217, Const. 1.994; derogación del art. 149 inc. 3° de la anterior Constitución de 1.934);

2) la concepción del contenido de la jurisdicción en materia administrativa a partir de la configuración de un "caso" -conflicto o controversia de intereses- cuya nota distintiva, diferenciadora de los restantes fueros judiciales, reposa en el ejercicio de la "función administrativa" que da origen a la contienda, cualquiera fuera la manifestación de esa actividad (actuaciones u omisiones) (cfr. art. 166, cit.), cualquiera fuera el sujeto que la tiene a su cargo (públicos -estatales o no- y privados) y su posición -y eventual situación procesal- en el conflicto; criterio superador de la estrechez del modelo histórico bonaerense que delimitaba la competencia material a la revisión de actos administrativos emanados de sujetos públicos estatales -por excepción, no estatales- lesivos de derechos administrativos preexistentes (arts. 149 inc. 3°, Const. de 1934; arts. 1, 28 y concs. C.P.C.A. -ley 2.961- y jurisprudencia interpretativa);

3) la liberación de restricciones al juzgamiento de casos derivados, principalmente, de la concepción de justicia revisora atribuida tradicionalmente en esta materia, dogmática que desaparece para dar paso a la plena justiciabilidad de la administración en línea coherente con el principio esencial de tutela judicial. El carácter revisor -de cuño jurisprudencial, no estatuido por ningún precepto- fue responsable de limitaciones formalistas y de significativos espacios excluidos de la justicia administrativa. No tenían cabida otras pretensiones que la anulatoria; ni podían plantearse agravios respecto de omisiones o de actuaciones que no fueran actos; tampoco en relación a cuestiones que no habrían tenido decisión administrativa previa; o que, habiéndolas tenido, no satisfacían todas las cargas para habilitar la instancia judicial.

El valor de esta reforma se proyecta en diferentes sentidos. Jurídicamente, por haberla consagrado la norma superior, cuyo fuerza vinculante es inopinable en nuestro régimen constitucional. Axiológicamente, por los principios esenciales antes mencionados que la informan (art. 15, Const. Prov.). Pragmáticamente, por ser un instrumento apto para la solución judicial de toda controversia originada en el ejercicio de funciones administrativas.

En consecuencia, a partir de esa enmienda¹⁴, tuvieron lugar sustanciales transformaciones en la organización y funcionamiento del régimen de la justicia contencioso administrativa al disponerse la creación de un fuero especializado¹⁵, delimitarse un nuevo criterio más amplio que el anterior de materia contencioso

¹⁴ El 23/12/1993 se promulgó la ley 11488 (ADLA LIV-A-828), por la que se declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de la provincia y se convocó a una convención reformadora a tal fin. En el art. 3°, inc a, se incluyó entre los artículos a modificar las cláusulas 3° de los artículos 149 y 151

¹⁵ Cabe recordar que, en el frustrado proyecto de reforma constitucional de 1990 (ley 10859, ADLA L-A-662) se contempló la modificación del texto del inc. 3 del art. 149, Constitución de la provincia, por el siguiente: "La legislatura establecerá tribunales, determinando los límites de la jurisdicción territorial y las materia de su competencia. La ley creará tribunales que decidirán las causas contencioso administrativas previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente a reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante aquellos tribunales y los procedimientos de este juicio". La enmienda proyectada mantenía, en esencia, la misma redacción que la cláusula que modificaba, con la única diferencia que la competencia contencioso administrativa no se le asignaba a la Suprema Corte, sino a Tribunales inferiores especializados. De tal modo, se establecía un fuero contencioso administrativo, cuya organización quedaba en manos del legislador

administrativa y eliminarse los obstáculos que dificultaban el enjuiciamiento del obrar de las autoridades administrativas.

En la Carta Magna reformada, la justicia contencioso administrativa se encuentra regulada en el Cap. III, de la sección VI, denominado “Administración de justicia”, en el art. 166, párrafo 5°, que prescribe: “Los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, municipios, entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo con los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

La reforma constitucional de 1994 ha introducido cambios de trascendencia que se reflejan en las nuevas formulaciones incorporadas al sistema contencioso administrativo, tanto en su organización, en su materia, como en su cauce formal, es decir, en las reglas procesales.

En este sentido, la Constitución de 1994 eliminó una serie de instituciones y de principios que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, generando típicas denegaciones de justicia, debido a que las formas constitucionales y legales no se adaptaban a los nuevos requerimientos del Estado de Derecho, orientado, decisivamente, hacia la vigencia irrestricta del principio de la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, de una plena accesibilidad a la revisión judicial de las actividades regidas por el derecho administrativo¹⁶. Este principio, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica¹⁷, se encuentra ahora incorporado expresamente en el art. 15, Constitución de la provincia de 1994.

El otro precepto constitucional que cobra trascendencia en la materia está configurado en el párrafo 5° del art. 166, que prescribe: “Los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, municipios, entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo con los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

Este nuevo precepto constitucional puso fin a la denominada concepción restringida del proceso contencioso administrativo al eliminar las fórmulas contenidas en el art. 149 inc. 3°, Constitución de 1934. Se abrió paso así a una etapa donde prevalece una concepción más abierta y protectora de los derechos de los judiciales, caracterizada por estas notas:

-la eliminación de la competencia de la Suprema Corte provincial para entender en jurisdicción originaria y exclusiva en este tipo de causas;

-una mayor amplitud en el acceso a la justicia, tanto en materia de legitimación como respecto de los recaudos habilitantes;

-la superación del carácter revisor que se atribuía a la jurisdicción contencioso administrativa cuyo proceso no se concibe ya como un proceso al acto (Laferrière) sino vinculado a casos originados por la actuación de la provincia, sus entes públicos y personas asimiladas a ellos;

-el quiebre del carácter revisor se proyecta –como derivación del principio de tutela judicial efectiva- en una serie de instituciones procesales: 1) en materia del requisito que imponía agotar la vía administrativa, el cual aparece relativizado al convertirse en excepcional el cumplimiento de dicho recaudo para promover el respectivo proceso¹⁸; 2) en el abandono de la regla del acto previo o de la “previa denegación o retardación de derechos” que la Constitución derogada en 1994 exigía, como recaudo para habilitar la jurisdicción¹⁹; 3) en la ampliación de las pretensiones procesales²⁰, antes circunscriptas a las pretensiones anulatorias y 4) en la inexigibilidad del requisito estricto de congruencia procesal que permite invocar nuevos argumentos o razones no planteadas en sede administrativa, aun cuando siempre se requiera mantener la congruencia de la pretensión en sí misma, en aquellos casos en que resulta necesario agotar la vía administrativa para acceder a la justicia;

-el criterio subjetivo u orgánico para delimitar la función administrativa (que consideraba sólo los actos emanados de “*autoridades administrativas*”) y su reemplazo por un criterio objetivo o material que admite la plena judicabilidad de los actos de otros poderes (Legislativo y Judicial) y de las personas públicas no estatales;

-el reconocimiento de la aptitud de la provincia y los respectivos entes para actuar como parte actora en el proceso (v.gr; procesos de lesividad) como consecuencia natural de eliminar la restricción que impedía

¹⁶ V. Cassagne – Perrino, ob. Cit..

¹⁷ Arts. 8° y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada por ley 23.054

¹⁸ Conf. Art 166 Constitución de la Provincia y causa B. 64.553 “Gaineddu Juan Daniel v Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa”, 23/4/2003 J.A. 2003-III-252 con nota de D’ARGENIO Inés A. “La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes”

¹⁹ Art. 149 inc 3°, Constitución de 1934, y art. 157, inc. 3°, Constitución anterior con las reformas de 1889

²⁰ Art. 12 CCA

juzgar otros actos y situaciones que no fuesen actos de autoridades administrativas denegatorias de derechos;

-la pretensión pasa a convertirse en el eje central del proceso regulándose sus distintas clases en función de la tutela judicial efectiva²¹, sin limitarse a la clásica pretensión anulatoria²².

2.2. La tutela judicial efectiva

El sustento de la nueva concepción del proceso contencioso administrativo radica, evidentemente, en el art. 15 de la nueva Constitución en la medida que prescribe: "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 deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave."

Se trata de un principio que informa todo el ordenamiento, máxime al hallarse ahora también previsto en la Constitución Nacional²³, a través de su incorporación en el Pacto de San José de Costa Rica.²⁴

Una de las consecuencias más trascendentes de la adopción en el Código contencioso administrativo del principio de la tutela judicial efectiva se produce a raíz del quiebre del dogma revisor que regía el contencioso administrativo provincial, lo cual, a su vez, se proyecta en el abandono del requisito del acto previo para acceder a la jurisdicción y en la ampliación de las pretensiones del proceso, el que no se circunscribe, exclusivamente, a la anulación de actos administrativos.

La relativización de la exigencia constitucional (art. 166, último párrafo, Constitución provincial) concerniente al agotamiento de las instancias administrativas en determinadas pretensiones (ritualismo inútil o la impugnación directa de un reglamento emanado de la autoridad jerárquica superior e incluso dictado por delegación)²⁵ contribuye también a facilitar la judiciabilidad efectiva del obrar de la Administración.

2.3. El Fuero Contencioso Administrativo. La ley 12.074 y sus modificatorias. La organización del fuero contencioso administrativo

Con la reforma constitucional de 1994 se produjo la supresión de la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte en lo contencioso administrativo (art. 161²⁶); ello, acompañado del mandato dirigido a la Legislatura de establecer el fuero contencioso administrativo, esto es, una organización judicial descentralizada en la materia (art. 215 -primer apartado-, cit.).

En otras palabras, la Constitución de 1994 atribuye el juzgamiento de las contiendas administrativas a tribunales con competencia para ello (art. 166, quinto apartado, Const. Prov.), un "fuero contencioso administrativo" cuya organización se encomienda al legislador (art. 215, cit.), suprimiéndose del catálogo de atribuciones de la Suprema Corte la atinente a esa materia (art. 161), con lo que queda sustituida la competencia originaria y exclusiva que el régimen constitucional anterior confería a ese único y superior Tribunal. Ello provoca la desconcentración o descentralización de esa competencia y proporciona la base de una justicia administrativa especializada.

Podemos decir que se concreta en Buenos Aires lo que puede considerarse en este tiempo una tendencia en el derecho público provincial argentino. Además, en Buenos Aires desde hace tiempo se venía bregando por este primario capítulo de la actualización del sistema contencioso local, que no podía

²¹ Art. 12 CCA

²² Cassagne – Perrino, ob. Cit.

²³ El art. 75 inc. 22, CN, luego de prescribir que los tratados poseen una jerarquía constitucional (es decir, son ley suprema), precisando, sin embargo, que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos. Entre estos tratados se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuyos arts. 8° y 25 recogen el principio de la protección judicial efectiva.

²⁴ Ver Perrino, Pablo E "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa" en *Proceso Administrativo-I Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 257 y ss.

²⁵ Art 14, aps. 1 y 2 CCA. Si bien el art. 14, CCA –con la modificación de la ley 13.101- sienta la regla general de agotar la vía administrativa, prescribe excepciones de tanta trascendencia que no sólo relativizan la exigencia sino que arroja dudas acerca de la vigencia o eficacia de la regla en el plano de la realidad

²⁶ Esa norma contempla ahora las atribuciones del máximo Tribunal, de cuyo catálogo ha desaparecido la de decidir "las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno..." que, incorporada en la Constitución de 1.873 (inc. 3° art. 156), se había mantenido (inc. 3, art. 157, Constitución de 1.889; inc. 3°, art. 149, Constitución de 1.934; art. 126 Constitución de 1.949; inc. 3°, art 149 cit.) hasta entonces.

encararse, al menos en su integridad, sino a través de una modificación constitucional, debido a que, la competencia originaria del Supremo Tribunal provincial en la materia estaba establecida en la Carta Magna.

En cuanto a la estructura orgánica de la justicia administrativa, la Ley 12.008 –que se dictó con anticipación a la ley del fuero- predeterminó un modelo de organización, ya que –en su primera versión- estableció reglas procesales para ser aplicadas por "tribunales colegiados de única instancia" y "tribunal de casación", luego por tribunales colegiados de instancia única y, finalmente, por Juzgados unipersonales y Cámaras de Apelación. Ello era inevitable ya que no es posible diseñar un régimen procesal completo - como es el que contiene un código- sin referencia al tipo de órgano encargado de aplicarlo -unipersonal, colegiado, de única o doble instancia ordinaria-, pues aquel determina variados aspectos procesales - sentencia, vías recursivas, etc.-.

Poco tiempo después de dictado el Código, se sancionó la Ley 12.074 (B.O. 26- 27/1/98) de organización de la justicia administrativa donde, efectivamente, se acomodó el modelo a los requerimientos y contenidos del régimen procesal, instituyéndose ambas clases de tribunales.

El art. 166, último párrafo, de la Constitución no estableció la forma en que debía organizarse el nuevo contencioso administrativo (v.gr. jueces de primera instancia y cámaras de apelaciones, tribunales de instancia única, etc.). De modo tal, que dicha cuestión quedó en manos del legislador²⁷, la cual se concretó en la ley 12.074.

Originariamente, se estableció un sistema de doble instancia compuesto por tribunales colegiados regionales (art. 11, ley 12.074) y un Tribunal de Casación con sede en La Plata (art. 2°, ley 12.074).

La ley 12.310²⁸ mantuvo los tribunales colegiados de primera instancia, pero reemplazó el Tribunal de Casación por Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo descentralizadas (art. 2°, ley 12.074, modificado por el art. 30, ley 12.310). Además asignó a los jueces integrantes de los tribunales de primera instancia, la función de "juez de trámite" (art. 20, ley 12.074, modificado por el art. 38, ley 12.310²⁹).

Finalmente, la ley 13.101, otorgó al fuero su estructura definitiva. Mediante dicha normativa se estableció un sistema organizativo similar al existente en el orden civil y comercial. De modo tal que se eliminaron los tribunales colegiados de primera instancia y se crearon en su reemplazo los juzgados de primera instancia (arts. 58, 59 y 60, ley 13.101).

En definitiva, el régimen actualmente vigente está conformado con jueces unipersonales en el primer escalón, con asiento en las ciudades cabeceras de cada departamento judicial (art. 60, ley 13.101, modificadorio del art. 14, ley 12.074), y cámaras de apelaciones con competencia regional (art. 3°, ley 13.118, modificadorio del art. 3°, ley 12.074), como tribunales de alzada y con competencia originaria para conocer en "las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia y sentencias definitivas del Tribunal Fiscal de Apelación" (art. 2°, ley 12.074, modif. por ley 13.405), como también en los llamados recursos directos contra las resoluciones de los Colegios profesionales referidas al gobierno de la matrícula (art. 74, ley 12.008, texto según ley 13.325).

En suma, el modelo de la organización de la justicia contencioso administrativa actual, es de doble instancia ordinaria, con excepción de los supuestos de competencia originaria de las Cámaras de Apelación.

A su vez, la doble instancia ordinaria se encuentra a cargo de Juzgados de Primera Instancia unipersonales y Cámaras de Apelación conformadas por tres jueces.

La competencia de dichos órganos es regional, ya que si bien la aspiración del sistema descentralizado es la de instituir tribunales del fuero en cada departamento judicial en que se divide la Provincia, ello se va haciendo con gradualidad en función de índices de litigiosidad y pautas presupuestarias.

2.4. Vigencia del nuevo Sistema Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Se han sucedido varios períodos desde la sanción de la reforma constitucional de 1994. El primero (desde el año 1994 hasta 2002), de inaplicación de toda la reforma de la Justicia Administrativa, con ultractividad del antiguo modelo en su conjunto; el segundo (desde 2002 hasta el 15/12/03), de la

²⁷ Ver al respecto: HUTCHINSON, Tomás. "La proyectada...", cit.

²⁸ B.O del 19/08/1999

²⁹ El párr. 2 del precepto citado establecía "cada magistrado así designado actuará como juez de trámite, correspondiéndole adoptar las diligencias y resoluciones previstas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, además de disponer todas aquellas otras providencias no conferidas al tribunal. A tal fin, decidirá lo conducente al impulso procesal, dispondrá la conducción inmediata por la fuerza pública de testigos y peritos, funcionarios y auxiliares y de toda otra persona cuya presencia fuere necesaria y que no haya comparecido sin causa justificada, y proveerá toda otra actuación eficaz para el desarrollo del proceso. Salvo norma expresa en contrario, no está facultado para disponer medidas cautelares."

operatividad de la nueva cláusula general establecida por el art. 166, quinto párrafo, de la Constitución provincial, pero sin el funcionamiento del Fuero especializado ni la aplicación del Código Procesal respectivo (ley 12.008); por último, con la efectiva implementación del Fuero Contencioso Administrativo acaecida el 15/12/03, se abrió paso a la plena vigencia de todos los componentes que conforman el nuevo sistema: la cláusula general (art. 166, cit.), la organización descentralizada (art. 215, C.P. y ley 12.074 y sus modificatorias) y el Código Procesal Administrativo (ley 12.008 y sus modificatorias).

Se observa un proceso evolutivo en el cual ha tenido notable gravitación la labor jurisprudencial de la Suprema Corte a partir del año 2002, cumpliendo un papel relevante en la transformación entre el viejo y el nuevo modelo³⁰.

A continuación nos detendremos en cada una de las citadas etapas.

Primer período. La Suprema Corte mantuvo un criterio firme en torno a que la vigencia del nuevo sistema de justicia administrativa habría de concretarse con el funcionamiento del fuero contencioso administrativo. Para así decidirlo siempre apeló como fundamento a la disposición transitoria del art. 215 de la Constitución³¹.

Segundo período. A partir del año 2002 en que se renovó parcialmente la composición de la Suprema Corte de Buenos Aires, se produce un cambio decisivo en la doctrina antes expuesta. Se consideró que la cláusula general prevista en el art. 166 último párrafo de la Constitución local, no estaba subordinada en su vigencia a la puesta en marcha del fuero ni al dictado de alguna norma legislativa y que, por lo tanto, debía regir directa e inmediatamente el ejercicio de la competencia contencioso administrativa, por entonces sólo a cargo del alto Tribunal provincial en forma transitoria (art. 215, cit.). El nuevo criterio apoyado en los principios esenciales de acceso a la justicia, tutela judicial y justiciabilidad plena de la Administración (arts. 15 y 166, cit., C.P.) se proyectó en diversos aspectos que conforman la Justicia Administrativa, aun sin aplicarse el nuevo Código Procesal (ley 12.008) y sin que estuviese en funciones el fuero descentralizado. Se abrió paso a la revisión de los postulados tradicionales observándose, en poco tiempo, en la tarea pretoriana, una labor constructiva orientada hacia la efectivización de los contenidos estructurales de la reforma.

En este período, en un franco abandono de antiguas premisas, se acepta la amplia aplicación del Código Procesal Civil y Comercial (cfr. doctr. causa "Risso Patrón" del año 2002 -en el régimen de cautelares-; luego extendida a todos los aspectos del proceso), la viabilidad del amparo en general y del amparo por mora en particular (cfr. doctr. causa "Mayer" del año 2002), la admisión de diversas pretensiones en materia administrativa (impugnatorias de actos, no impugnatorias, resarcitorias, prestacionales, de mera declaración de certeza, etc.) y de diferentes vías procesales (de trámite ordinario, sumario o sumarísimo). Ello resulta de la amplitud con que se consagra la justiciabilidad de la Administración, en sus distintas manifestaciones (actos, omisiones, hechos, vías de hecho) y sin delimitar la existencia del caso en razón de los sujetos o posición que asuman en la contienda (art. 166, últ. p. C.P.). Y el ámbito de la Justicia Administrativa adquiere un espacio apto y generoso para el cabal funcionamiento de la tutela judicial (art. 15, C.P.).

De esta etapa jurisprudencial se destacan como básicos tres precedentes:

A) La resolución interlocutoria dictada el 23-X-02 en el caso "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca"³², donde se declaró la operatividad de la cláusula general contenida en el art. 166 -quinto apartado- de la Constitución provincial, su aplicación directa en punto a la definición de la "materia" contencioso administrativa.

B) La sentencia definitiva pronunciada el 19-III-03 en la causa "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires"³³, en la que se decidió que la falta de implementación del fuero contencioso administrativo constituye una omisión inconstitucional, una demora manifiestamente arbitraria y, por ello, se condenó a la Provincia a ponerlo en funciones antes del 1º de septiembre de ese año.

C) La resolución interlocutoria emitida el 23-IV-03 en la causa "Gaineddu"³⁴ en la cual se complementó la proyección de la operatividad de la cláusula general del art. 166 -quinto párrafo, *in fine*, esta vez, hacia el

³⁰ Ampliar en nuestros trabajos: *Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. Jurisprudencia de la S.C.B.A. del año 2002/2003*, en la obra colectiva *Temas de Derecho Administrativo*, en homenaje al Dr. Agustín GORDILLO, Platense, año 2003 y el citado en nota 16 sobre Doctrina Actual de la Suprema Corte.

³¹ Art. 215. "La legislatura establecerá el fuero contencioso administrativo antes del 1º de octubre de 1997 y sancionará el Código Procesal respectivo, para su entrada en vigencia conjunta. Hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo, la Suprema Corte de Justicia decidirá, en única instancia y en juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubieren iniciado, hasta su finalización. (Corresponde al artículo 166)."

³² Causa b-64.745 "Consorcio de gestión del puerto de Bahía Blanca c/Pentamar S.A. y .A.M. Sucursal Argentina S.A. S/Proceso urgente de medida autosatisfactiva y medida cautelar".

³³ Causa b-64.474 "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Amparo".

³⁴ Causa b-64.553 "Gaineddu, Juan Daniel c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa".

amplio territorio antes dominado por el dogma “revisor” de la competencia en la materia, para enunciar, con arreglo a la norma fuente, el “principio” de la demandabilidad directa del Estado y el carácter excepcional del tránsito por vías administrativas previas -de reclamo o recursivas-.

Estos tres pronunciamientos se fundamentan en la Constitución: la fuerza normativa de sus preceptos, en cuanto aquí interesa, en lo atinente a la Justicia Administrativa (arts. 215 y 166, cits.) y, como piedra angular del sistema, a la tutela judicial consagrada en el art. 15 de la misma Carta.

Tercer período. Con la entrada en funciones del fuero contencioso administrativo, el nuevo sistema logró completar su efectividad. Al avance logrado en el anterior período, se va a sumar ahora el ejercicio de la jurisdicción en la materia por la parte de los órganos judiciales integrantes de la estructura especializada y descentralizada, entrando en vigencia el tan diferido Código Procesal Administrativo en reemplazo del casi centenario Código Varela, que a partir de entonces quedó derogado (art. 84, ley 12.008).

La competencia transitoria y residual de la Suprema Corte también va a quedar sometida a ese nuevo ordenamiento, con algunas salvedades, conforme surge de lo dispuesto por el art. 78 inc 3° (doctrina de la causa “Delbés”, del año 2004).

3. El Código Procesal Administrativo y sus reformas

Desde su sanción la ley 12.008 ha tenido varias reformas, anteriores y posteriores a su entrada en vigencia, ocurrida, como se dijo, el 15 de diciembre de 2003.

A grandes rasgos, los principales aspectos de ese proceso legislativo han sido los siguientes.

a) La ley 12.008 (B.O. 3-11-97) (régimen procesal) se dictó antes que la normativa de organización del Fuero Contencioso Administrativo -ley 12.074 B.O. 26/27-1-98-. Reglamentó el proceso administrativo con los perfiles que hoy mantiene, en sus lineamientos centrales como también los tipos procesales -ordinario y especiales-. En ese primer texto, como se proyectaba para el fuero una estructura de primera y única instancia ordinaria a cargo de órganos colegiados (TCA) con instancia de casación a cargo de un único Tribunal de Casación (que luego constituiría la primera versión de la ley 12.074), cobraba especial interés el Recurso de Casación, que más tarde sería derogado.

b) La ley 12.310 (B.O. 19-8-99) modificó las dos anteriores e introdujo como principal novedad la doble instancia “ordinaria”, “colegiada” y “descentralizada”. Mantuvo los TCA pero eliminó al Tribunal de Casación creando las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo como alzada ordinaria. En reemplazo del recurso de casación -que quedó abrogado- se reglamentó el de apelación, que pasa a ser el escenario procesal más destacable de esta reforma en el Código Procesal (ley 12.008). Al mismo tiempo se asigna a cada uno de los Jueces de los TCA la función de Juez de Trámite para compensar la lentitud y complejidad del proceso en un modelo atípico en la organización judicial³⁵.

c) Antes de la entrada en funciones, por último, tras un proyectado y fracasado intento de eliminar las Cámaras de Apelaciones manteniendo los TCA (única instancia ordinaria y colegiada), la ley 13.101 (19-9-03) vuelve sobre la estructura del fuero en un sentido inverso. Conserva la doble instancia ordinaria pero sustituye la primera colegiada de los TCA por otra unipersonal a cargo de Juzgados en lo Contencioso Administrativo y permanecen las Cámaras como alzada ordinaria. La adecuación del régimen procesal pasa pues por la derogación de toda referencia a los TCA y Juez del Trámite que desaparecen y, en su lugar, refiriendo el ejercicio de las atribuciones y de la competencia al Juez y a las Cámaras.

En otro orden de consideraciones, se incluye la ejecución de tributos provinciales dentro de la competencia contencioso administrativa (art. 2 inc. 8) y, en consecuencia, se agrega como proceso especial el apremio (Capítulo V del Título II), regido por el decreto ley 9122/78, conforme la remisión efectuada por el Código (art. 76 bis).

Entre otras reformas de interés que pueden mencionarse: las expropiaciones, servidumbres administrativas y limitaciones al dominio por razones de interés público pasan a conformar la materia contencioso administrativa (art. 2 inc. 9); se suprime la mención de las ordenanzas municipales del texto legal relativo al objeto de la pretensión impugnatoria (arts. 2 inc. 1, 12 inc. 1 y 67 y concs.) y se derogan las previsiones sobre la pretensión de cumplimiento de una prestación (art. 12 inc. 6 y 17); se modifica el régimen de agotamiento de la vía administrativa que se vuelve más rígido y riguroso (art. 14); cambia el sistema de las costas: del principio objetivo de la derrota al de la imposición por su orden salvo en el apremio o en los supuestos de notoria temeridad o malicia (art. 51), entre otros puntos.

d) Una vez en funciones la nueva organización judicial, se dicta la ley 13.325 (B. O. 4-5-05) que establece las siguientes modificaciones en el marco jurídico aplicable al proceso en la materia y la

³⁵ En la doble instancia ordinaria, por regla, la primera es unipersonal y la segunda colegiada.

competencia de los órganos del fuero: crea un recurso directo ante las Cámaras Departamentales en lo Contencioso Administrativo en reemplazo del proceso especial sumarísimo previsto para la Impugnación – por medio de una demanda ante el Juez de primera instancia- de las Resoluciones de los Consejos o Colegios Profesionales en el Capítulo III del Título II de la ley 12.008 (arts. 74 y 79, primer párrafo, ley 12.008), determina un mecanismo de adecuación del anterior proceso al nuevo recurso para los trámites ya iniciados y pendientes (art. 74 bis) y preceptúa que las contiendas relativas a la intervención y reorganización de colegios o consejos profesionales, serán resueltas por los TCA, aplicándose las reglas del trámite sumarísimo previstas en el art. 21 inc. 2 del Código, en reemplazo del proceso sumarísimo especial que contemplaba el art. 74 ahora derogado (art. 79, segundo párrafo, ley 12.008).

Esa reforma instaura el *recurso directo*, ha sido censurado en su validez constitucional ya por afectar el debido proceso, ya por suprimir la doble instancia, ya por ambas circunstancias.

e) Por medio de la ley 13.406 (B. O. 30-12-05) que reglamenta el *Procedimiento de Apremio* y, por ende, sustituye al régimen regulado hasta entonces por decreto ley 9122/78. Ello proyecta sus efectos en torno a la normativa a la cual remite el C.P.C.A., a los efectos de la *Ejecución Tributaria Provincial*, proceso especial enunciado en el Capítulo V del Título II, para el ejercicio de la competencia que, sobre ese ámbito de ejecuciones fiscales corresponde al fuero contencioso administrativo (art. 2 inc. 8, texto según ley 13.101). Asimismo en torno a la competencia del fuero (art. 2, ley 12.074, texto según ley 13.405).

f) Con el dictado de la ley 13.435 (B. O. 19-1-06) se crea el Fuero de Ejecuciones Tributarias que comprende dos instancias: la primera a cargo de los Juzgados de Primer Instancia de Ejecuciones Tributarias –órganos nuevos- y la segunda, de las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo –ya existentes-.

Interesa destacar que hasta el dictado de la ley, la competencia en materia de ejecuciones de *créditos fiscales por tributos* se desdobra en: provinciales, dentro en la órbita de la competencia del fuero contencioso administrativo (art. 2 inc. 8, C.P.C.A.), y municipales, en la esfera de competencia del fuero civil y comercial o de los juzgados de paz (art. 3 decreto ley 9122/78 y sus reformas).

En cambio, con la nueva estructura se unifican ambos supuestos dentro del Fuero especial, aunque se mantiene la duplicidad de regímenes con respecto a las ejecuciones de créditos fiscales de naturaleza no tributarios.

En efecto, los apremios de créditos fiscales *no tributarios* tanto provinciales como municipales, se hallan dentro de las atribuciones de la justicia civil y comercial o de paz, antes y después del dictado de la ley bajo comentario³⁶.

Con ésta se procura, entre otros cometidos, descongestionar a los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo debido al acentuado nivel de litigiosidad que representan los juicios de apremio tributarios provinciales, cambiando el rumbo de una política legislativa que ha ofrecido flanco de censura³⁷.

El fuero de ejecuciones fiscales todavía no se ha implementado pues no se han establecido aún los juzgados que lo componen. En razón de ello, si bien la instancia de alzada está a cargo de órganos en funcionamiento (CCA), éstos no están aún habilitados para ejercer la competencia que les asigna la nueva ley. Por ende, se mantiene en pleno vigor el régimen anterior, no sólo en tal aspecto sino también en la integridad de las modificaciones que estatuye.

Se han suscitado, no obstante, cuestiones de competencia sobre cuál es la Cámara que debe intervenir en grado de apelación, o bien respecto de la materia, las han quedado zanjadas en el indicado sentido, se reitera, que no se aplica la ley nueva hasta tanto sean efectivamente puestos en funciones los Juzgados de Ejecuciones Fiscales³⁸.

g) Otra modificación relevante en el devenir legislativo del Código procesal administrativo, la constituye la referida al sistema de costas, que, mediante la reforma al art. 51 por ley 14.437 del año 2013, retoma la originaria solución implantada por la ley 12.008 (principio objetivo de la derrota con la salvedad de la materia de empleo público y previsional cuando resultase perdedor el agente o pretense beneficiario), abandonando el principio subjetivo.

El Código está estructurado en tres partes.

³⁶ Sobre la evolución de la competencia en materia de apremios fiscales –provinciales, municipales; tributarios, no tributarios- ampliar en Juan Carlos CASSAGNE-Pablo Esteban PERRINO, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, 2006, pág. 82 y sigts.

³⁷ V. ob. Cit. nota anterior.

³⁸ Así lo viene sosteniendo la CCALP en reiterados casos (ver por todos, causa 2970, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/Girolamo, José Miguel s/Apremio, res. del 10-8-06), criterio corroborado en lo esencial por la Suprema Corte de Justicia, al dirimir los conflictos de competencia suscitados con motivo de la sanción de la ley 13.435 (causas B-69.007, "Dirección General de Servicios Sanitarias Municipales de Quilmes c/Lecce, Francisco s/Apremio. Conflicto de competencia art. 7 inc. 1° ley 12.008", res. del 7-3-07; B- 68.984, "Municipalidad de Florencio Varela c/Alpargatas s/Apremio. Conflicto de competencia art. 7 inc. 1 ley 12.008", res. del 7-3-07, entre otras).

El Título I, *Del Proceso Administrativo*, se integra con las instituciones generales y comunes (competencia material y territorial, representación estatal, terceros, pretensiones, legitimación, requisitos de admisibilidad de las pretensiones, medidas cautelares, recursos, ejecución de sentencia, etc.) y, luego, con la reglamentación del proceso ordinario (demanda, examen de admisibilidad, ampliación o transformación, contestación, excepciones, reconvencción, diligencias ulteriores, audiencia -art. 41-, prueba, alegatos, sentencia, recursos, ejecución de sentencia, otros modos de terminación del proceso). Muchas de las disposiciones del proceso ordinario también serán de aplicación a los procesos especiales. No hay una diferenciación rígida de las normas del Título I en cuanto proceso ordinario-procesos especiales; es la base de todo el proceso administrativo a partir de la cual se van a estructurar las vías abreviadas.

El Título II, *De los Procesos Administrativos Especiales*, con cinco capítulos, prevé varios tipos procesales con régimen particular, a los que más adelante nos hemos de referir.

El Título III, donde se incluyen *Disposiciones complementarias y transitorias* (previsiones relativas a la aplicación del C.P.C.C. y a la vigencia del C.P.C.A.) y *Disposiciones modificatorias y derogatorias*.

4. Normativa constitucional y legal de la materia contencioso administrativa. Casos incluidos y excluidos

4.1. La competencia material en la Provincia de Buenos Aires. La cláusula general y su reglamentación

Con arreglo al enunciado del art. 166 quinto apartado de ley suprema “Los casos originados en la actuación y omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”. La Constitución pone acento en el siguiente dato: *el ejercicio de funciones administrativas*, criterio que importa la modificación del que, para determinar la materia, sustentaba el sistema anterior -acto administrativo emanado de autoridad pública estatal, lesivo de derechos subjetivos de índole administrativa -, produciendo una sensible ampliación de los supuestos comprendidos, al tiempo que brinda una base consagratória de la plena justiciabilidad de la administración. Despejemos la cuestión deteniéndonos en cada elemento de la cláusula general transcrita (“casos”, “actuación y omisión”, “sujetos”, “función administrativa”).

4.1.a) Caso

La voz “casos”³⁹, trascendente porque viene a ubicar al proceso administrativo en paridad con cualquier proceso judicial, significa el acceso a la justicia frente a la efectiva controversia o colisión de derechos o intereses, importa la superación de los límites implícitos en la legitimación “calificada” del sistema anterior⁴⁰, y, por ello, la imposibilidad de restringirla de ese modo con sustento constitucional. Al mismo tiempo, coloca a la justicia administrativa en sintonía con la cláusula prevista en el art. 15 de la misma Constitución.

La naturaleza “administrativa” de la situación exclusiva o por lo menos, personal, directa y actual, terminó por convertirse en una valla para abrir la jurisdicción en esta materia, en casos de evidente configuración de una contienda subsumida en un régimen de derecho público pero que carecían de aquella condición. La noción de “caso” supera aquel contorno que limitaba la materia, brindando la base de un ámbito en el que pueden encontrar adecuada tutela, de acuerdo a su reconocimiento constitucional, las denominadas situaciones colectivas -intereses difusos, derechos de incidencia colectiva, intereses en general, etc.-, aun cuando sea preciso abordar una nueva perspectiva en la función judicial y en el contenido del caso, relativa la expansión del acceso a la jurisdicción, en la que no está ausente el delicado problema del alcance de la

³⁹ Hemos visto que la Constitución anterior decía que la Suprema Corte decide “las causas contencioso administrativas...” (art. 149 inc. 3º); la actual, en cambio, se refiere a “Los casos ... serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo”. Cabe entonces destacar que el objeto que regulan ambas cláusulas es diferente, razón por la cual no cabe hablar, en verdad, de la sustitución de un término por otro sino de una transformación del enfoque; a no ser que se identifiquen las palabras “causa” y “caso”. Dice Grau que se denomina “causa administrativa” al “juicio administrativo”, luego de recordar que, en cambio, para la Constitución nacional “causa” es un “caso” o “asunto”; y de hacer mérito de la necesidad de una mayor precisión terminológica (“Habilitación de la instancia contencioso administrativa”, Buenos Aires, 1971, págs. 10/11 y notas 2 y 3).

⁴⁰ La competencia material y la legitimación coincidían en el régimen tradicional instaurado sobre la base de la ley 2.961 (Código Varela) y de la jurisprudencia de la Suprema Corte, en cuanto el contenido de ambos aspectos estructurales del proceso estaba conformado por la situación subjetiva administrativa: el derecho subjetivo de carácter administrativo y preexistente.

sentencia ⁴¹. El Código de la materia en su artículo 13, adopta el criterio amplio de legitimación, comprensivo de las situaciones tuteladas por el ordenamiento jurídico, como en cualquier fuero judicial, honrando a la norma fuente (art. 166, cit.), para armonizar con lo dispuesto en el art. 15 (C.P.) y con la protección constitucional a nuevos derechos, entre los que se cuentan los de carácter colectivo (arts. 28, 55 y otros).

La jurisprudencia emanada del máximo Tribunal provincial, en línea con tales principios, a partir del breve pero fecundo período en el que comenzó a aplicar las nuevas bases constitucionales de la justicia administrativa sin el fuero en funcionamiento, admitió y admite la legitimación amplia en reemplazo del criterio restringido de la legitimación especial y calificada (derecho administrativo preexistente). Este último, cabe recordar, imprimía de fundamento a la competencia material antes de esta reforma y en los tiempos subsiguientes de la transitoriedad, mientras se siguió rigiendo por los antiguos principios, que dimanaban de la antigua cláusula superior (art. 149 inc. 3°, Const. de 1.934) y de las del Código Varela (arts. 1, 28 y concs.) así como de las pautas interpretativas. Existía una suerte de confusión entre los institutos de materia y legitimación, cuyas más graves consecuencias se hacían sentir cuando se apartaba el asunto de toda justiciabilidad en razón de no reunirse los recaudos específicos (la exclusividad de la situación jurídica y su naturaleza administrativa) que otorgaban, según lo entendía por entonces la Suprema Corte, en ejercicio de su competencia en la materia, aptitud para entablar la acción, en muchos casos, sin posibilidad de replantear la cuestión en otra sede judicial.

En el marco de esa doctrina tradicional, no obstante, se había evolucionado hacia soluciones menos estrictas. Así, del “derecho subjetivo administrativo preexistente” rigurosamente interpretado, se extendió la legitimación, ampliándosela, a los oferentes y concursantes desplazados (casos “Paso del Sol” y “Peltzer”⁴²). Tras la reforma constitucional se fue más lejos al aceptarse para acceder a la vía contencioso administrativa la titularidad de un “interés legítimo” (caso “Rusconi”, del año 1.995⁴³ y doctrina minoritaria antecedente del caso “Thomann”, del año 1.984⁴⁴). De este modo, si bien se mantuvo la exigencia de la situación de carácter administrativo como requisito de legitimación y de determinación de la materia, se tornó menos rígida, al desentenderse del estrecho marco de una relación jurídica concreta y directa con la autoridad, para alcanzar una gama de posiciones de distinta intensidad (en el caso Rusconi, por ejemplo, el actor era un tercero en la relación jurídica administrativa entre la autoridad municipal y el titular de una autorización), pero con un límite: que la situación fuese personal, esto es, individual⁴⁵.

Es así que la competencia contencioso administrativa, ponderada a la luz del recaudo de la legitimación, no alcanzaba aquellas hipótesis en que se invocaban situaciones de carácter colectivo⁴⁶. Limitación que si bien podía tener por efecto desplazar hacia la justicia ordinaria el conocimiento de tales asuntos, importaba marginar nada menos que el grueso de la materia ambiental, urbanística y de servicios públicos en relación

⁴¹ Puede consultarse la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional en relación a la palabra “casos” que utilizaba el art. 101 de la Constitución nacional de 1853. Ver Boch, Jorge Tristán, “¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?”, Buenos Aires, 1951, pág. 133 y sigs., que analiza la cuestión del efecto erga omnes de la sentencia frente a la expresión constitucional “casos”. D’Argenio, Inés, lo hace también en concreta referencia al nuevo régimen bonaerense: “El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho Administrativo, ed. Depalma, año 7, mayo-diciembre 1995, N° 19/20, p. 371 y sigs.. El Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires elaborado -también con motivo de la reforma de 1994- por la Comisión respectiva del Instituto de Derecho Administrativo de la F. C. J. y S. de la U.N.L.P. incorporó entre los legitimados para deducir acción contencioso administrativa, en forma expresa, a quienes invocasen intereses colectivos -art. 7-. Por su parte, la Comisión creada por Decreto 1150/96, propuso como legitimados a los titulares de derechos o intereses, criterio que fue mantenido en las cámaras legislativas que aprobaron ese texto -hoy art. 13- sin modificación alguna.

⁴² Causa B-50.436, “Peltzer, Carlos Federico c/Provincia de Buenos Aires (Coadyuv.: Mielnicki, Januse Antonio). Dem. Cont. Adm.”, res. del 3 de febrero de 1.987.

⁴³ Causa B-55.392, “Rusconi, Oscar c/Municipalidad de La Plata. Demanda Contencioso Administrativa”, res. del 4 de julio de 1.995.

⁴⁴ Causa B-49.544, “Thomann, Federico F. y otros contra Municipalidad de Almirante Brown. Demanda Contencioso Administrativa”, sent. del 7 de diciembre de 1.984.

⁴⁵ Así, ha declarado la Corte que el conocimiento de la pretensión corresponde a su competencia originaria y transitoria sobre la materia contencioso administrativa “si la situación jurídica alegada como fundamento de aquella es personal y directa, de índole administrativa y se denuncia lesionada por un acto emanado de una autoridad provincial basado en normas reglamentarias de derecho local (arts. 1 y 28 inc. 3, C.C.A.)” (causas B-58.738, “Fiscal de Estado s/cuestión de competencia art. 6° C.C.A.. En autos: ‘Lima, Jorge F. c/Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires s/Amparo’”, res. del 23 de diciembre de 1.997; B-58.698, “Scioscia, Miguel s/Acción de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-”, res. del 16 de diciembre de 1.997).

⁴⁶ La Corte sostenía que su competencia contencioso administrativa “no comprende a los supuestos en los que...se procura la tutela de derechos de incidencia colectiva consagrados directamente en la Constitución por parte de quienes no ostentan una situación jurídica determinada frente a la administración demandada”, ponderándose que, en tales supuestos, no existe “relación jurídica alguna regida por el derecho público local en cuyo marco pueda generarse una ‘causa contencioso administrativa’ (arts. 1, 2, 3, 4 y conc., C.P.C.A.)” (causas B-59.080 “Carbajal, Daniel y otros c/Municipalidad de Quilmes y otros s/Acción de Protección y Restauración del Medio Ambiente -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-”, res. del 26 de mayo de 1.998 y sus citas; B-57.354, “Adelco”, res. del 12 de abril de 1.996; B-57.835, “A. DE. COS. S/Acción de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-”, res. del 27 de diciembre de 1.996; B-57.991, “Fiscal de Estado”, res. del 15 de abril de 1.997; B-59.065, “Centro Cultural y de Información de la Mujer ‘9 de Julio’ s/Recurso de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-”, res. del 28 de abril de 1.998; B-59.100, “Alemano, Eduardo Oscar s/Recurso de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-”, res. del 5 de mayo de 1.998)

a usuarios y consumidores, entre otras de evidente gravitación social e institucional, las cuales, sin dudar, resultan inherentes a la justicia administrativa.

Otros son los postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte provincial que arranca en el año 2.002 y evoluciona hasta consolidar el enunciado del caso “Consortio”⁴⁷.

En primer término, porque la Corte no declina su competencia en razón de la legitimación invocada, definiendo la materia con abstracción de la clase y naturaleza de situación jurídica esgrimida al demandar. Pero más trascendente, porque además de ello ha admitido como suficiente para abrir su jurisdicción originaria la alegación de derechos o intereses, individuales o colectivos, en tanto se presente un caso. Sirvan como ejemplo los primeros precedentes: “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires” (del 19 de marzo de 2.003) -donde se reconoció aptitud suficiente a la entidad profesional para accionar en defensa de intereses y derechos de sus colegiados y de la tutela judicial efectiva y administración de justicia, sin apartar el conocimiento de la causa del ámbito de su competencia originaria en razón de la legitimación esgrimida, como ocurriera anteriormente-⁴⁸; “Asociación Civil Ambiente Sur” -en la que admitió, en cabeza de la entidad actora, la titularidad de un derecho de incidencia colectiva que le confería legitimación para entablar, en defensa de un ambiente sano, una acción de amparo en materia administrativa propia del conocimiento originario, por ese entonces todavía, del Suprema tribunal provincial⁴⁹; “Burgués”, esta vez, en beneficio de la legitimación en materia administrativa, de los vecinos de una localidad que cuestionaban, invocando la tutela del ambiente, un emprendimiento municipal⁵⁰. Cabe aclarar que, si bien la mayoría de los precedentes se refieren a acciones de amparo, todos los pronunciamientos, al abordar lo concerniente a la materia, lo hacían en relación a la contencioso administrativa, pues en ese período la Corte provincial sólo entraba a entender en acciones de amparo bajo el criterio de competencia material.

Son ellas las primigenias decisiones que modifican una centenaria jurisprudencia del máximo tribunal, aunque está demás decir que, una vez iniciadas las funciones del fuero descentralizado, se evidencia que la materia propia la justicia administrativa va a alcanzar un gran ámbito de tutela de situaciones de índole colectiva, aunque mayores precisiones excederían los cometidos de este trabajo.

⁴⁷ Este *leading case* -que data del año 2003- reviste significativa trascendencia y proyección en cuanto: declara la operatividad de la cláusula general estatuida por la Constitución de 1994, establece los principios interpretativos generales y especiales de la materia. En tal sentido, de sus enunciados se desprende la plena justiciabilidad de la administración que informa el nuevo sistema.

⁴⁸ La Corte recordó la jurisprudencia nacida a partir del año 2.002, en que comenzó a ejercer su competencia originaria en materia contencioso administrativa sobre la base de la nueva cláusula consuetudinaria -art. 166,- que interpretó a partir de entonces operatividad, en el sentido de que no cabe oponer reparos “a la legitimación en acciones promovidas en resguardo de situaciones de carácter colectivo (conf. causas B-64.119, “Asociación de Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón, Hurlingham e Ituzaingó”, res. del 10-7-2002; B-64.648, “Municipalidad de La Plata s/art. 6° C.C.A., en autos: Ponz”, res. del 2-10-2.002; B-64.785, “Fiscal de Estado s/art. 6° en autos: Cámara Argentina de Agencias de Turf”, res. del 10-10-2.002; B-64.706, “Municipalidad de Morón s/art. 6° C.C.A...” y B-64.829, Sindicato de Trabajadores Municipales de Morón, Hurlingham e Ituzaingó contra Municipalidad de Morón s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.”. res. del 27-11-2.002;...) sin perjuicio del examen que en cada caso corresponda efectuar, con arreglo a las normas aplicables, en torno a la titularidad del interés o derecho”.

⁴⁹ Causa B-65.269, “Asociación Civil Ambiente Sur c/Municipalidad de Avellaneda s/Acción de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.”, res. del 19 de marzo de 2.003). Le entidad actora, en defensa del derecho a un ambiente sano, pretendía la paralización de obras correspondientes a un emprendimiento autorizado por la comuna (Reubicación del Mercado de Abasto de Avellaneda, construcción del Mercado Concentrador Integral de Avellaneda e instalación del Mercado de Flores), argumentando violación de la Ordenanza de Zonificación del partido, Ley Orgánica de las Municipalidades y Ley del Suelo y lesión de derechos constitucionales. Tras declarar su competencia originaria, la Corte se expidió sobre la legitimación y sostuvo que “la pretensión no reposa en la afectación de situaciones subjetivas individuales sino del derecho a un ambiente sano...derecho de incidencia colectiva cuya defensa en el ámbito territorial de Avellaneda justifica la Asociación actora...” por lo que concluyó que resultaba “plausible ...el título jurídico invocado”. A lo que agregó que “en el ordenamiento constitucional...se reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados” y, en el mismo pronunciamiento, confirió una diligencia precautoria. (Ver sobre impugnación del mismo emprendimiento por un concejal de Avellaneda la causa B-65.270, “Alegre, Gabino M. c/Municipalidad de Avellaneda s/acción de amparo -cuestión de competencia art. 6°, C.C.A., res. del 7 de mayo de 2.003).

⁵⁰ Causa B-65.158 “Burgués, Teresita Susana y otros c/Municipalidad de Salto y otros s/Amparo” res. del 30 de abril de 2.003. Los actores invocaron su condición de vecinos de la localidad de Salto y demandaron a la Municipalidad homónima a través de una acción de amparo, cuestionando actos de ella emanados mediante los cuales se habría autorizado la instalación de una boca de expendio de gas natural comprimido en la estación de servicio como así también la obra de tendido de red de gas natural destinada a proveer del fluido al citado establecimiento. La impugnación se sostenía sobre la base de que las normas de zonificación vigentes en la comuna prohíben en el lugar donde se llevaban a cabo los trabajos, la instalación del citado establecimiento. La Corte consideró suficiente la legitimación invocada por los reclamantes, para reconocerles *prima facie* el carácter de afectados por el obrar municipal censurado y, en consecuencia, dar trámite de la acción. Sostuvo que “con prescindencia de la mayor o menor cercanía existente entre el domicilio de los demandantes y el sitio donde está previsto emplazar el equipamiento... no hay duda que la generalidad de ellos pertenece al vecindario y reside en un radio lindero a la estación del servicio”. En el mismo decisorio, se dispuso como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la Ordenanza impugnada además de no innovar sobre la situación existente en la estación de servicio.

4.1.b) Actuación y Omisión.

“Actuación y omisión” (art. 166, quinto ap. Const. Prov.) son expresiones utilizadas por la cláusula general que encauzan en la concepción de amplitud que venimos exponiendo, afianzando la noción de apertura del proceso administrativo. En lugar de una instancia judicial habilitada sólo frente al acto expreso o tácito, ahora se abre indistintamente frente a otras, tal vez todas, las expresiones -formales o no- del ejercicio de la función administrativa, quedando comprendidas como conductas susceptibles de ser controvertidas -u originar el caso- los actos, los hechos⁵¹, las vías de hecho, las inactividades en general, siempre claro está, que respondan al aludido marco funcional. La Constitución no pone límites -sino más bien los remueve-; el ejercicio de la acción no se encuentra ya condicionado a la previa denegación o retardación (inc. 3 del art. 149, Const. de 1934 y arts. 1, 7 y 28 inc. 1 del C. P. C. A. de 1905) como únicas formas de manifestación. Los nuevos conceptos de “actuación y omisión” encuentran, en ciertas materias, como la responsabilidad del Estado⁵² o las prestaciones -en especial de índole social-, entre otras, un campo de definida aplicación. Además, de la relación de este elemento -“actuación y omisión”-, con el de la inversión del principio del agotamiento de la vía administrativa⁵³, se colige sin dificultad la regla de la demandabilidad directa del Estado en el proceso contencioso administrativo, que ha sido expresamente reconocida por la Corte local a partir del caso “Gaineddu”⁵⁴ y que informa el ejercicio de la jurisdicción en el fuero contencioso administrativo⁵⁵, a la vez que desaloja de la competencia el carácter revisor que tantas lamentables restricciones ocasionara en esta materia.

Las resoluciones de la Corte provincial, desde el año 2002 en adelante, son coherentes al expedirse sobre el alcance de la materia administrativa, cuyo juzgamiento comprende diferentes manifestaciones del ejercicio de la función administrativa, y no sólo al acto administrativo. Especialmente relevante son las primeras decisiones adoptadas en tal sentido por el Tribunal en relación a la omisión administrativa material y las pretensiones de carácter prestacional. Es así que, al pulso de la directa aplicación del art. 166 constitucional (doctr. “Consortio”), se abre la jurisdicción sin condicionamientos a las diferentes manifestaciones de la actividad administrativa. El acceso a la justicia no requiere ni presupone la existencia de un acto administrativo como ocurriera en el régimen anterior⁵⁶, desplazándose así ese dato esencial que regía la delimitación de la materia, junto al carácter administrativo del derecho lesionado.

En su reemplazo, el tribunal, por aplicación de la nueva cláusula constitucional, abre su competencia originaria y la vía judicial ante otras formas del obrar estatal, especialmente la inactividad material.

Aquí pueden mencionarse, como novedades del sistema bonaerense, en contraste con el anterior proceso al acto, el juzgamiento de la omisión administrativa. Acerca de ello, entre los primeros precedentes del tribunal provincial se pueden mencionar: los casos “Migone” y “Sarlo” -en relación a la pretensión de vecinos ante los daños padecidos por los demandantes a raíz de las inundaciones ocasionadas por copiosas lluvias, debido a la omisión de conductas debidas en ejercicio de funciones administrativas de la

⁵¹ Gordillo, luego de distinguir entre la actividad jurídica y no jurídica de la administración -según produzca o no efectos jurídicos directos-, dice “que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio, que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así, y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. ...en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental, y constituye nada más que una actuación física o material”. (Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo 1, 3º edición, 1995 -Enteramente rehecha con la Constitución de 1994 y la reforma del Estado-, ed. Macchi, capítulo X.4).

⁵² Es que las consecuencias dañosas que la persona pública estatal está llamada a resarcir, pueden derivar de sus actos legítimos o ilegítimos, de los hechos y omisiones en general que le sean imputables.

⁵³ Art. 166, quinto apartado, *in fine* de la cláusula: “la ley...establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”

⁵⁴ Causa B-64.553 “Gaineddu, Juan Daniel c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa”, resolución interlocutoria dictada el 23-IV-03.

⁵⁵ Pueden consultarse en ese sentido los pronunciamientos de los casos “Comper” de la Cámara de Apelación del fuero, con asiento en San Martín; asimismo los casos “Regalado”, “Ribelli”, “Giannino”, entre otros, de la Cámara del mismo fuero con asiento en La Plata, precisados en notas anteriores. También los hay numerosos de los Juzgados de Primera Instancia.

⁵⁶ Cabe recordar que, entre los postulados de este último, se sostenía que “la materia contencioso administrativa, tal como está circunscripta por la normativa aplicable...sólo autoriza la acción cuando se requiere...la revisión de un acto administrativo denegatorio emanado de la autoridad demandada” (doctr. SCBA causas Ac-33.406, sent. del 23 de abril de 1.985; Ac-33.558, sent. 30 de julio de 1.985; entre otros). O, dicho en otras palabras, si la administración accionada no ha dictado un acto administrativo susceptible de ser impugnado por la vía de la acción contencioso administrativa, la cuestión deviene ajena a la competencia originaria de la Suprema Corte sobre la materia (causa B-55.156, “Juntos S.R.L. c/Municipalidad de La Plata s/Amparo -cuestión de competencia art. 6º C.C.A.-”, res. del 26 de mayo de 1.993, entre otras), pues tal ámbito no comprende los supuestos en los que no se pone en tela de juicio la validez de algún acto administrativo (causa B-57.983, “Turimarcel S.R.L. c/Municipalidad de Villa Gesell s/Amparo, cuestión de competencia art. 6º C.C.A.”, res. del 11 de marzo de 1.997).

Municipalidad, en relación el mantenimiento de alcantarillas y desagües pluviales⁵⁷; o bien, el precedente "Dougherty", en materia urbanística y de tutela ambiental en cuyo marco, a instancia de la acción entablada por vecinos cuestionando un emprendimiento municipal -parador de colectivos-, la Corte censuró el obrar consistente en la omisión comunal incurrida en la realización, en forma previa, del estudio y evaluación de impacto ambiental⁵⁸; la omisión en la prestación del servicio de policía de seguridad que fue asimismo tratada como materia propia de la competencia contencioso administrativa en la causa abierta por vecinos del Partido de Tigre en cuestionamiento de la inobservancia de esa actividad a cargo del estado provincial⁵⁹; como también la omisión en la satisfacción de prestaciones sociales (provisión de medicamentos, entre otras)⁶⁰.

En la misma línea, cabe considerar la apertura de la jurisdicción en la materia para el juzgamiento de la vía de hecho administrativa, como ejemplifica con claridad el precedente "Chacur", del mismo máximo tribunal⁶¹.

⁵⁷ B-64.503 "Migoni, Silvia Celina sobre Medida Autosatisfactiva -cuestión de competencia art. 6°, C.C.A.", res. del 13 de noviembre de 2.002): denuncia de daño temido efectuada por un particular ante el temor fundado de que el inmueble habitado por el actor y su familia, situado en La Plata, padeciera nuevos daños como los sufridos con motivo de copiosas precipitaciones pluviales que provocaron la inundación del barrio y de su domicilio, con pérdida de bienes muebles y afectación del piso y paredes. Situación causada, según la demanda, por el mal estado de limpieza de las alcantarillas, sumideros, cañerías, acuíferos y desagües pluviales, que se encontrarían obstruidos por la acumulación de basuras. La acción se promovió con fundamento en los arts. 2.499 in fine, 2.469, 1113 y concs. C Civil. La Corte resolvió que no obstante que la acción se ha entablado en los términos del art. 2.499 in fine del Código Civil, teniendo en consideración que el origen del caso radica en actuaciones y omisiones administrativas, su conocimiento es propio de la competencia originaria y transitoria del Tribunal de conformidad a lo dispuesto por los arts. 166 y 215 de la Constitución Provincial. Por lo tanto radicó la causa en sus estrados.

Causa B-64.625, "Sarlo, Rubén Mario c/Municipalidad de La Plata s/amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", res. 13 de noviembre de 2.002. El actor, invocando la titularidad del dominio de un inmueble afectado por las inundaciones ocurridas en una zona de la ciudad de La Plata, se agravia de omisiones materiales y obrar negligente que atribuyó a la Municipalidad demandada y solicitó se la condene a desobstruir y mantener en estado de limpieza las alcantarillas, sumideros, cañerías, acuíferos y desagües pluviales obstruidos. El Tribunal, por mayoría, entendió que "el enjuiciamiento de la conducta de la autoridad local -supuestamente omisiva o deficiente, según el amparista- involucra prioritariamente la aplicación de normas e instituciones propias del derecho público provincial. Por tal motivo,...la pretensión intentada compromete la competencia originaria de esta suprema Corte (arts. 166, 215, Const. prov.)". Por ello, radicó la causa en su sede y, tras analizar los presupuestos de admisibilidad de la acción, los entendió incumplidos por lo que rechazó la demanda.

⁵⁸ Causa B-64.464, "Dougherty, Christian y otros contra Municipalidad de La Plata s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", res. 13 de noviembre de 2.002. Los actores, invocando la condición de vecinos del Barrio Hipódromo de la Ciudad de La Plata promovieron acción de amparo contra la comuna por la omisión de brindar información ambiental respecto de una obra -parador de micros- ejecutada por el Municipio en un predio lindero, fundamentando la petición en normas constitucionales y legales. Solicitaron la condena a la demandada a abstenerse de construir en el inmueble en cuestión cualquier tipo de obra destinada a dicho servicio. Afirmaron que tal emprendimiento no cumpliría con los recaudos legales exigibles -Evaluación de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental: normas ley 11.723- e incidiría negativamente en la zona afectando el derecho a un ambiente sano y equilibrado. Al expedirse sobre la competencia material, sostuvo el alto tribunal boanerense que "los actores se amparan ante la omisión que atribuyen a la Municipalidad de La Plata en el cumplimiento de deberes que le resultarían exigibles en virtud de preceptos e instituciones de derecho público provincial. Tal planteo...requiere de una solución judicial que compromete la competencia originaria de esta Suprema Corte (arts. 215 segundo párrafo y 166, último párrafo de la Constitución Provincial)", procediendo a radicarla y darle trámite.

⁵⁹ Causa B-65.450 "Acción de amparo contra Provincia de Buenos Aires -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", resolución del 4 de julio de 2.003. El actor, vecino del Barrio La Bota (Benavidez, Partido de Tigre), en defensa de sus derechos, los de su familia y de otros vecinos, demandó a la Provincia de Buenos Aires por la omisión por parte de sus funcionarios de tomar medidas tendientes a asegurar el correcto ejercicio del poder de policía de seguridad. La Corte decidió que el caso tiene su origen en el ejercicio de la función administrativa de la provincia y se fundamenta en normas de derecho público local, por lo que se halla reservado su conocimiento a la Suprema Corte en forma originaria y transitoria (art. 166, C.P.). Radicó la causa en su sede.

En este, como en otros temas, pueden encontrarse precedentes anteriores al caso "Consortio", resueltos a la luz del criterio tradicional. Vgr.: causa B-64.589 "Acción de Amparo c/Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 16 de octubre de 2.002, en el caso, distintas entidades que funcionan en la ciudad de Don Torcuato reclamaron la afectación de personal policial y la provisión de patrullas a la comisaría de esa localidad a fin de paliar la situación de inseguridad y desprotección de sus habitantes. Denunciaron omisión en la provisión del servicio de seguridad. La Corte entendió allí que, frente a la inexistencia de algún vínculo jurídico entre las partes que pudiera general un caso con arreglo a las normas del Código Varela e invocándose, en forma fundada, afectación a derechos constitucionales esenciales, la acción de amparo intentada ante la justicia ordinaria resulta eficaz a fin de dirimir la cuestión suscitada. Procedió pues a devolver la causa.

⁶⁰ Causa B-64.942, "Yapura Andrade, Keyla c/Ministerio de Salud s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 27 de noviembre de 2.002. La actora demandó a la autoridad pretendiendo la reanudación de la cobertura de un medicamento determinado (hormona de crecimiento) para su hija menor incluida en un programa a ese efecto, cuya provisión había sido interrumpida por razones presupuestarias ofreciéndose en su lugar una droga diferente, cuando, según aducía la interesada sobre la base de informes médicos, la modificación del tratamiento resultaba inconveniente. La Corte declaró la materia propia de su competencia originaria, tras considerar que la pretensión actora se sustenta en la falta de cumplimiento de un convenio encaminado a la satisfacción de un interés colectivo y cometidos públicos que la administración provincial tiene a su cargo (arts. 166 y 215, C.P.), por lo que radicó ante sí la causa, para la continuación de su trámite. Se abrió pues la jurisdicción ante el agravio planteado respecto de la falta de cumplimiento de una prestación a la que, según la demanda, se tenía derecho.

⁶¹ Causa B-64.200, "Chacur, Analía Celia y otros contra Dirección General de Cultura y Educación s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 17 de julio de 2.002. En el caso, docentes de una Escuela del distrito La Plata, promovieron acción de amparo solicitando se ordene a la Dirección General de Cultura y Educación que cese la omisión de pago de una Bonificación conferida por el Estatuto del docente que venían percibiendo hasta que, a partir de una fecha determinada, fue suprimida de sus salarios. Aclararon no cuestionar la constitucionalidad de la ley en que pudiera apoyarse el referido descuento, cifiendo exclusivamente la pretensión al cese de la omisión aludida, considerada manifiestamente ilegítima, esto es una vía de

4.1.c) Sujetos

A continuación de las conductas -positivas o negativas- la cláusula superior bajo estudio (art. 166) se refiere a los “sujetos” cuyo ejercicio de la función administrativa puede originar el caso. Vuelve la Constitución a extender las fronteras del contencioso tradicional, al incluir como sujeto activo de funciones administrativas a cualquier persona pública -estatal o no estatal- o privada. La enumeración es lo suficientemente amplia para avalar esa conclusión. La mención de la Provincia, además, despeja toda duda acerca de la actuación u omisión materialmente administrativa de los Poderes Legislativo y Judicial, aspecto donde la actualización se presentaba como una necesidad debido a que, hasta poco tiempo antes de la sanción del Código, se había visto restringida la justiciabilidad de ese sector, al haberse conservado una interpretación literal del texto del art. 1º del Código Varela en cuanto allí se mencionaba al Poder Ejecutivo⁶².

En otro orden, el precepto constitucional del art. 166 en comentario, es muy cuidadoso al enumerar a los distintos sujetos, sin aludir a su rol en el proceso, razón por la cual entendemos que cualquiera de esas personas, desde el punto de vista constitucional, puede ocupar la posición de legitimado activo o pasivo. Por lo tanto, cambia la estructura clásica o tradicional del proceso administrativo, donde ahora podrán litigar el particular contra el Estado u otros sujetos públicos, el Estado contra el particular, los particulares entre sí, siempre que exista materia contencioso administrativa⁶³.

La primera jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el punto en tratamiento es decisiva. El caso “Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca” representa un típico asunto en materia contencioso administrativa (conflicto surgido entre las partes y en el marco de un contrato administrativo), en el que la controversia se estructura en forma dispar a la exigida por el viejo ordenamiento para surtir esa competencia material.

El pronunciamiento “Consortio”, amén de la operatividad de la cláusula general, presenta una proyección de relieve en aspectos relativos a la materia. En particular, en relación a la cuestión de los sujetos procesales y de la presencia del Estado como parte demandada, deja en claro que la norma del art. 166 de la Constitución supera en forma definitiva la limitación material derivada de la calidad y/o posición de los sujetos en conflicto. En los términos del caso concreto, esta es la consecuencia más directa y definida, puesto que, a la luz del sistema tradicional la disputa hubiese quedado apartada de la competencia contencioso administrativa, en atención a lo preceptuado por los arts. 149 inc. 3 de la Const. de 1934 y 1 y concs., del Código Varela, por tratarse de un diferendo en el que, pese a versar sobre la función administrativa y tener que aplicarse normas de esa naturaleza para dilucidarla, la administración (en el caso un ente público no estatal: Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca) revestía el rol de parte actora y el administrado (en el caso, un contratista), el de parte demandada. Con la nueva cláusula -art. 166, cit.- se remueve la restricción de la materia derivada de una circunstancia subjetiva, irrelevante para definirla en el diseño actual, cuestionable por sus consecuencias -el menos en este régimen- y, sobre todo, contradictoria con la reforma constitucional.

hecho. La Corte sostuvo que la cuestión litigiosa “se debate en el ámbito del régimen de derecho público local que regula la relación de empleo público que mantienen los docentes con la administración”, procediendo a declarar su competencia y radicar ante sí la causa.

⁶² V. C.S.J.N.: “Katzman”, de 1993; “Merchan”, de 1995, entre otros -se acepta la justiciabilidad en jurisdicción provincial de los actos administrativos de las Cámaras Legislativas de Buenos Aires y del Poder Judicial-. V. S.C.B.A.: a partir de la causa B. 55.726, “Cucurullo”, res. 30-V-95, admitió expresamente el sometimiento de esos asuntos -los del ámbito del Poder Legislativo- ante la justicia ordinaria; civil y comercial (B. 55.726) o laboral (B. 56.738, “Ameri”, res. 28-XII-95), según el caso. No ocurrió lo propio, entonces, con los actos de superintendencia del Poder Judicial (v. B. 53.204, res. 31-V-90; B. 57.108, res. 5-III-95), que más tarde también habrán de sumarse a la justiciabilidad de la administración. Fuera de los supuestos en que se abordó el juzgamiento de ambas cuestiones por imperio de lo resuelto, en casos concretos, por la C.S.J.N., o bien, por haber intervenido Cortes locales integradas (ej.: “Villar de Puenzo” -1984-, “Papelera Alsina” -1985-, “Marino” -1986-, “Puga” -1988-, entre otros), es recién en el último tiempo en que se advierte la modificación del criterio, con la consiguiente aceptación de la competencia contencioso administrativa. Lo expuesto ha demorado la efectiva revisión judicial en la materia, a través de la vía de conocimiento específica. V. Soria, Daniel F., “Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo”, La Ley, 1988-B-580; Hutchinson, Tomás “La función administrativa del poder judicial y su revisión jurisdiccional”, en *El Derecho*, 21-IX-79, p. 1 y sigs.. Un ejemplo de revisión judicial de actos de superintendencia del Poder Judicial: C.N.F.C.A., sala II, sent. 13-VI-96, “Ballatore, Juan A. c. Ministerio de Justicia”, publicada en el Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo de La Ley del 29-V-97, pág. 29/32, con nota de Agustín: “Control judicial de la función administrativa del Poder Judicial”.

⁶³ Cabe anotar que, no obstante, el nuevo Código atiende en su reglamentación, de manera dominante, a los procesos iniciados por particulares contra el Estado en general, o contra personas públicas no estatales o contra los prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas. La relación entre sí de tres aspectos principales respaldan la conclusión: regulación específica de la materia (art. 2), de las pretensiones (art. 12) y del contenido de la sentencia (art. 50). Esto no significa que no se prevean o que no se puedan inferir los otros supuestos, sino que, el principio que informa a esta reglamentación es el del particular -administrado, usuario, contribuyente, agente público, vecino, o simplemente particular- contra el sujeto que se encuentra en el ejercicio de la función administrativa, o de alguna de las prerrogativas que le son inherentes. No nos parece objetable, sino por el contrario, la concepción del proceso administrativo como sistema de garantías del particular frente al Estado y, por lo tanto, de atención prioritaria en un código sobre la materia. En sent. conc. Linares, Juan Francisco, “Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)”, La Ley, T. 96, pág. 852 y sigts..

En efecto, en la exégesis del art. 166, en lo que al punto se refiere, la Corte sostiene que esa norma "no reconoce límites a la configuración de la materia en razón de la posición procesal de 'la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas' cuya conducta suscita el conflicto sometido a enjuiciamiento" (consid. 8), pues el único dato esencial es que el caso se haya originado en el ejercicio de funciones administrativas y por ello "no cabe desplazar la competencia contencioso administrativa por la circunstancia de que la entidad pública revista la condición de parte actora y plantee pretensiones contra particulares en el marco de un contrato de obra pública que los vincula" (del mismo consid.).

De conformidad de la nueva cláusula, en cuanto a los sujetos procesales se refiere, pueden anotarse las siguientes consecuencias. La competencia, que depende de la índole administrativa de la controversia, va a surtir aunque el juicio se entienda entre particulares, o aunque la autoridad administrativa revista la condición de actora, siempre que el origen de la contienda responda al ejercicio de la función administrativa. Pasamos revista a los primeros fallos de la Corte que al tema de los sujetos procesales se refiere, amén del recordado caso Consorcio.

4.1.c-i) Juicio entre particulares

La doctrina tradicional, elaborada al calor de la estructura clásica del proceso administrativo que -de algún modo- recogían los preceptos de aplicación (esp. art. 149 inc. 3°, C.P. 1.934 y ley 2.961: arts. 1, 28 y nota art. 48) y en el que el sujeto estatal debía ser parte demandada en la controversia, derivaba de ello un dato esencial a la hora de determinar los alcances de la competencia material, tal como lo entendía la Suprema Corte en jurisprudencia pacífica al respecto⁶⁴, pues, según ese tribunal, "para que exista un juicio de esa índole (contencioso administrativo) es indispensable que la parte demandada sea la autoridad administrativa"⁶⁵.

Esta delimitación al juzgamiento de casos en la materia está desprovista de toda apoyatura en el nuevo sistema (art. 166).

Así, ante la acción entablada por una firma privada -en su condición de usuaria del servicio público portuario del Puerto de Dock Sud- cuestionando el modo de facturar las operaciones de comercio exterior de la demandada -una empresa particular, a quien la Provincia de Buenos Aires le concesionó la prestación de dicho servicio-, la Suprema Corte declaró que el caso correspondía a la competencia contencioso administrativa, pues, conforme lo sostuvo el Tribunal, dicha competencia comprende "los casos suscitados por la actuación u omisión de una empresa concesionaria de un servicio, regido por el derecho público local, como lo es la conducta originada en la función administrativa concerniente a la determinación del monto de las tarifas respectivas (arts. 166 in fine y 215, segunda parte...)"⁶⁶. En consecuencia, radicó la causa ante sí para la continuación de su trámite, sin que fuera óbice para ello el carácter privado de los sujetos procesales.

4.1.c-ii) Juicio en el que la administración es parte actora

En el caso "Consorcio" ya comentado, el sujeto público asumía el rol de parte actora y demandaba al particular contratista. La Corte hizo mérito, al considerar la materia propia de la competencia contencioso administrativa, que el caso se ha originado por la actuación de una persona -pública no estatal- en el ejercicio de funciones administrativas...en un marco contractual público vinculado con la gestión de un puerto de titularidad provincial.". Por lo tanto, ponderando el indudable encuadre de la cuestión en la materia contencioso administrativa, por tratarse de un asunto generado en el marco de un contrato administrativo, así lo declaró, procediendo a mantener la radicación de la causa ante sus estrados, para la continuación de su trámite.

En la misma línea y a raíz del cambio, se registran varios precedentes donde el sujeto público estatal planteaba pretensiones contra particulares en materia administrativa, y en los que, al amparo de la nueva cláusula, se declaró la competencia contencioso administrativa pues, como sostuvo la Corte "la circunstancia de que la autoridad administrativa revista la condición de parte actora en un proceso, no...

⁶⁴ Sostenía que la competencia contencioso administrativa, de acuerdo a las normas y principios que la rigen, "no comprende los litigios entre particulares" (causas B-54.105, "Di Martino, Dino G. c/Pérez Escoda, Antonio J. y otros s/Daños y Perjuicios -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-, res. del 27 de octubre de 1.992; B-58.263, "Machado Talledi S.E. c/Cruz Bolívar S. A. y otra s/Despido y cobro de pesos -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-, res. del 1° de julio de 1.997), aún cuando la accionada fuese una empresa privada concesionaria de obras o servicios públicos (causa B-63.878, "Asociación en Defensa de los Derechos Sociales (ADESO y otros) c/Aguas del Gran Bs. As. S. A. s/Amparo. Medidas Cautelares -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 7 de abril de 2.002) y aún cuando se hubiese citado al proceso al sujeto público, si no existe controversia entre el mismo y la actora (causa B-58.080, "La Primera de Grand Bourg SATCI c/Empresa de Transportes Alberti S.R.L. s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 29 de abril de 1.997).

⁶⁵ Cfr. causa B-54.105, citada.

⁶⁶ Causa B-64.542 "Pecom Energía S.A. c/Exolgán S.A. s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. 18-XII-2.002.

desplaza (dicha competencia)..., debiendo estarse al contenido material de la contienda a los fines de tal determinación... art. 166 quinto párrafo de la Constitución de la provincia” remitiéndose a lo dicho en el caso “Consorcio”⁶⁷.

La intervención y posición de la autoridad administrativa en el juicio, entre otros puntos, como datos para emplazar o desplazar el caso de la materia contencioso administrativa, han desaparecido (art. 166, Const. prov.). Entre las razones de tal temperamento, ahora superado, además de las de orden constitucional y legal que perfilaban la estructura del vínculo procesal, subyacían -al menos en el modelo provincial- las relativas a la presencia del acto administrativo lesivo como centro de esta jurisdicción, de donde resultaba que por medio de la acción se debía resistir alguna decisión de dicha naturaleza y, por lo tanto, dirigirla contra la autoridad que la había dictado.

4.1.d) Función Administrativa

Por último llegamos al dato, en nuestra opinión esencial, decisivo para determinar la materia contencioso administrativa: la “*función administrativa*”. Las bondades de este criterio como pauta general han sido señaladas por la doctrina⁶⁸, por lo menos, en su cotejo con otros -actos del poder público, servicio público, norma legal objetiva, derecho subjetivo administrativo, por citar algunos-.

Como ya dijimos, supera las restricciones implícitas en el criterio anterior -derecho administrativo- reduciendo las distancias entre materia administrativa y materia contencioso administrativa y disminuyendo, a la vez, los riesgos de zonas no justiciables⁶⁹. Empero, simultáneamente, nos encontramos frente a un concepto -de función administrativa y de administración pública- cuya precisión ha ocasionado no pocas dificultades en la doctrina especializada, al punto de haberse ensayado distintas tesis, que según el elemento destacado en el cometido, se denominan: criterio orgánico; negativo o residual; material; formal; formal-material⁷⁰, sin perjuicio de otras variantes.

Para darle un contenido a la expresión constitucional que sea lo suficientemente comprensivo podemos decir que función administrativa es toda la actividad o inactividad -formal o no- de los órganos estatales, que no corresponda a la sanción de leyes formales por el Poder Legislativo o al ejercicio de la función judicial por los órganos del Poder Judicial y que subsuma en un régimen de derecho administrativo -aunque esté integrado por normas del derecho privado, aplicables subsidiariamente o por vía de interpretación

⁶⁷ citarse la causa B-65.261 “Municipalidad de La Matanza c/Pérez, Juan Carlos s/Rendición de Cuentas -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-”, resolución del 19 de mayo de 2.003. La administración, actora en este proceso, demandó a un ex funcionario a fin de que diese cumplimiento a la obligación de rendir cuentas en relación a diversas órdenes de pago que fueran otorgadas con motivo de torneos Juveniles Bonaerenses, el alto tribunal Consideró entonces que el caso era de su competencia originaria debido a que: se pretende hacer efectivas obligaciones emergentes de una relación de empleo público -aspectos referentes a la responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales- y tanto la actuación de la administración actora -antecedente del pleito- cuanto la conducta del ex agente cuyo cumplimiento se persigue así como el vínculo jurídico en el que se sustenta la pretensión, se encuentran regidos por preceptos de derecho público local y el caso se ha originado en el ejercicio de funciones administrativas (arts. 215 y 166, Constitución Provincial). De similar configuración fáctica al anterior, puede citarse la causa B-65.209 “Municipalidad de La Matanza contra Club Social y Deportivo Almafuerte s/Rendición de Cuentas -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-”, resolución del 28 de mayo de 2.003. La comuna demandó a la mencionada institución, beneficiaria de un subsidio municipal para solventar gastos para práctica deportiva, para que rindiera cuentas del dinero entregado en tal concepto.

⁶⁸ Fiorini, al tratar los contenidos materiales de la competencia contencioso administrativa en la jurisprudencia nacional, y efectuar un análisis crítico del principio dominante -preeminencia de las normas de derecho público que forman el fondo del litigio o criterio de la norma legal objetiva-, sostiene que se trata de un criterio que “aparta el valor institucional de la función administrativa que determina el necesario ordenamiento de un régimen jurídico especial...el carácter de la norma administrativa o pública preponderante, es muy limitativa y excluye una variada cantidad de actos y hechos de la administración que deben ser valorados a la luz del derecho administrativo. El derecho administrativo como disciplina jurídica, no sólo estudia las normas positivas que rigen la actividad de la administración pública, sino también los complementarios regímenes jurídicos que regulan la función administrativa, sin perjuicio de que en sus manifestaciones pueda aplicar normas que se califiquen como del derecho privado, pero jamás privativas de la voluntad de los particulares.”, en “¿Qué es el contencioso?”, cit., págs. 202, 203.

⁶⁹ Frente a las controversias suscitadas por el funcionamiento de la administración pública, allí donde el juez contencioso administrativo se declara incompetente por razón de la materia, y ésta, en realidad, involucra temas atinentes a aquella actividad -sobre todo si se halla en tela de juicio algún acto administrativo-, no es muy promisorio la suerte de la judicabilidad del caso ante otro magistrado.

⁷⁰ MARIENHOFF dice que “la función administrativa puede considerarse desde dos puntos de vista fundamentales: a) el material, substancial y objetivo; b) el orgánico o subjetivo. Algunos autores hablan de un tercer punto de vista: el formal. La concepción substancial, material u objetiva, considera a la Administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. En este orden de ideas, de acuerdo con este criterio, puede haber actividad “administrativa”, *stricto sensu*, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos Legislativo y Judicial. La concepción orgánica o subjetiva tiene en cuenta los órganos a que normalmente les están asignadas las funciones administrativas. En tal orden de ideas, función administrativa sería la realizada por el Ejecutivo o por los órganos dependientes del mismo. Con este criterio, las funciones que desarrollen los órganos Legislativo y Judicial no sería tal, sino legislativa o jurisdiccional, respectivamente. En cambio, el concepto de administración en sentido “formal” es impreciso y vag...”, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Bs. As. 1977, pág. 76 y sigs.. Acerca de la insuficiencia de los criterios, v. Gordillo, ob. cit., cap. IX, 3, 4 y 5.

analógica-, así como la actividad o inactividad -formal o no- de las personas públicas no estatales o de las personas privadas, en ejercicio de prerrogativas públicas delegadas -por ley, reglamento, contrato, etc.-.

Ahora bien, si retomamos la precisión del concepto a través de los criterios citados -que encontramos plasmados en la reglamentación del Código respectivo-, se muestra como prevalente -pero no excluyente- el sustancial u objetivo⁷¹, aunque integrado con los restantes.

En primer lugar, con la noción formal u objetiva-formal de la actividad, en cuanto se adoptan como pautas definitorias: el régimen jurídico administrativo aplicable a la actuación u omisión, y los modos de expresión formal de la actividad administrativa (actos administrativos -manifestación por antonomasia de dicha función- aunque se los denomine "fallos" de tribunales administrativos, decretos, reglamentos, etc., sea cual fuere el órgano "estatal" que los emite y sea cual fuere su contenido -general o particular-).

En cuanto a la noción orgánica -por sí sola- resulta insuficiente por dejar fuera de su alcance ámbitos indiscutidos de función desde el punto de vista material y formal, y, a los fines de nuestro estudio, decididamente inaceptable como única pauta, por oponerse a la previsión constitucional que comprende en su enunciado, de modo genérico e indiferenciado -según hemos visto- distintos sujetos, de donde de seguirse este temperamento, se produciría un retorno a las limitaciones que se quisieron superar. Pero funciona como una pauta de hermenéutica general.

Como señalaremos luego, al determinar los casos comprendidos y excluidos, el Código recoge los distintos criterios.

La competencia material se determina con arreglo al criterio de "función administrativa" (art. 166, 5° párr., Const. Prov.) al que se adiciona, en muchos casos, el de la naturaleza administrativa o pública del régimen jurídico, preceptos y/o principios de aplicación para decidir la contienda, pauta que se entiende complementaria o coherente con aquel, según la reglamentación legal y la jurisprudencia. Ello no obsta que puedan presentarse casos originados en el ejercicio de dicha "función administrativa", aun cuando la pretensión repose en normas del "derecho común", según se ha visto.

Entre algunos supuestos que han suscitado dificultades interpretativas en la determinación de la materia se pueden citar: responsabilidad extracontractual del Estado por daños sufridos como consecuencia del desempeño de "funciones judiciales"⁷²; algunos casos relativos al ejercicio de policía administrativa⁷³, como en materia societaria o de las personas colectivas⁷⁴, o la llamada policía laboral⁷⁵ o bien la impugnación de actos dictados por los órganos de la llamada jurisdicción notarial⁷⁶.

A partir del pronunciamiento "Consortio" la operatividad de la cláusula general (art. 166, cit.), no sólo resulta decisiva en cuanto al contenido material de la contienda como único dato para determinar la competencia de orden público, sino que se proyecta en todas las reformas que aquella ha instituido⁷⁷.

⁷¹ Fiorini otorga a la noción de función administrativa desde el punto de vista sustancial un contenido jurídico al reparar para ello en los siguientes datos esenciales e insustituibles: a) relación de órganos subordinados; b) ejecución de normas del legislador; c) excepcionalmente normas de la Constitución por mandato expreso de ésta. Dice "Estos datos son de esencia e inherentes al proceso de la función administrativa y no teniendo en cuenta lo simplemente formal". "Derecho Administrativo", segunda edición actualizada, Tomo I, Bs. As., 1976, págs. 115/117.

⁷² La Corte provincial resolvió al respecto, en una decisión dividida y por apretada mayoría, que correspondía a la competencia en lo civil y comercial (causa B-65.991, "Ginzo, Juan Manuel c/Rizzo Domingo V. y Pcia. de Bs. As. s/daños y perjuicios -cuestión de competencia-", res. 19-4-06); en nuestra opinión, la solución más adecuada es la propiciada por la minoría, tal como lo propusieramos en *Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires*, publicado en RAP, suplemento especial Administración Local y Derecho, N° 4, Buenos Aires, 1997, pág. 4 y sigts.

⁷³ Se trata de supuestos muy específicos en los que, en ciertos casos sobre policía administrativa, las normas especiales han deferido el conocimiento a otros fueros judiciales, a saber, el civil y comercial o el laboral.

⁷⁴ La Cámara Contencioso Administrativa de La Plata decidió, por mayoría, que en ese caso prevalece la solución legal (decreto ley 8671/76), interpretándose que no constriñe la norma constitucional, debido a que la función fiscalizadora de la Dirección Provincial de Persona Jurídica aplica, preponderantemente, normas del derecho común societario, encuadrando el caso en los términos de la exclusión que contempla el art. 4 inc. 1 del Código Procesal Administrativo (causa N° 766 "Asociación de Fomento Social y Deportivo Mayo", res. de fecha 11-8-05), criterio que fue confirmado por la Suprema Corte provincial (en la misma causa, res. de 3-5-06).

⁷⁵ Cfr. CCALP Causa n° 851 "Ferrero Argentina S.A.", resolución del 2-2-06 en relación a las disposiciones de la ley 10.149, texto según ley 12.749, que establecen la competencia de los Tribunales del Trabajo a fin de conocer y decidir las impugnaciones contra las decisiones de la Subsecretaría de Trabajo. La Cámara, en el precedente, decidió -por mayoría- que prevalecía la solución dada por ley especial, que no constriñe la cláusula del art. 166 de la Constitución, sino que, más bien, es adecuada a lo dispuesto por el art. 4 inc. 1 del Código Contencioso Administrativo, que contempla como supuesto excluido de la materia que reglamenta, aquellos casos regidos -entre otros- por el derecho laboral.

⁷⁶ Cfr. CCALP causa N° 1.920 "Juzgado Notarial (en expte. "Gorostiaga)", resolución del 9-2-06. La Cámara decidió, por unanimidad, que los casos de competencia de la *jurisdicción notarial* integrada por el Juzgado y Tribunal Notariales, se impugnan, con arreglo a la ley especial, ante la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (arts. 38, sigts. y concs., decreto -ley 9020/78 y sus modif., entre ellas ley 12.008), solución que no constriñe la cláusula general en materia contencioso administrativo y se adecua a las previsiones del Código de la materia (arts. 4 inc. 1 y concs., ley 12.008). La Corte provincial confirmó el criterio mencionado (en la misma causa, mediante res. del 3-5-06).

⁷⁷ Ampliar en nuestro artículo sobre *"Proyección de a tutela judicial efectiva en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del año 2002/2003*, en la obra colectiva "Temas de Derecho Administrativo", Librería Editoria Platense, La Plata, 2003, pág. 451 y sigts.).

4.2. Algunas conclusiones acerca de la cláusula general de la Provincia de Buenos Aires

Desarticulada la ceñida estructura del viejo modelo, pasan al registro de la historia: 1) los criterios subjetivos que delimitaban la competencia material en razón de la legitimación calificada (situación administrativa preexistente) de la actora y de la presencia del sujeto público estatal como parte demandada en la contienda; 2) la concepción en torno a la cual giraban todos los elementos del sistema anterior, consistente en que la base del juzgamiento de cualquier controversia configurada según los principios subjetivos mencionados, estaba dada en la existencia de un acto administrativo; porque de éste dependía: la lesión del derecho administrativo preexistente, la situación de sujeto público estatal demandado que lo había dictado, la habilitación de la instancia judicial, la medida del conocimiento del asunto por parte del Tribunal Contencioso Administrativo (SCBA) y, consecuentemente, el contenido principal de la sentencia de mérito (referido a la anulación o validez del acto cuestionado).

4.3. Reglamentación de la materia en el nuevo Código Contencioso Administrativo

Como se expresó anteriormente, la cláusula constitucional apunta a garantizar la plena justiciabilidad de la administración, razón que, en el plexo de la norma y de los otros principios superiores en especial el que plasma el art. 15 de la ley fundamental, evidencia que se trata de un concepto material, primordialmente. El Código, al reglamentar los casos o controversias que integran la materia, utiliza no obstante y con una finalidad práctica, desde nuestro punto de vista, varios criterios para determinar el contenido material de la competencia.

Antes de mencionarlos, cabe anotar que este ordenamiento, en su art. 1º, primer apartado, vuelve sobre la cláusula constitucional, para reiterarla aunque con algunos retoques. En particular, hace referencia a la competencia del fuero en relación a las *pretensiones* que se deduzcan en los casos a los que alude la Constitución. Ello nos mueve a prevenir que no debe confundirse la definición de materia con la regulación de las pretensiones, pues son esferas o institutos procesales distintos y, acerca de aquellas últimas, no obstante el enunciado contenido en el art. 1º del C.C.A. no parece apropiado determinar ni delimitar los casos sometidos a conocimiento del fuero en razón del tipo de pretensión articulada, máxime ante una enumeración que no se presenta en forma explícita como *numerus clausus* (cfr. arts. 12 y 77, C.C.A.)

El art. 1, segundo apartado⁷⁸, adopta como pauta hermenéutica el criterio subjetivo-material de la función administrativa, al establecer una presunción de su ejercicio respecto de la actividad de los órganos y sujetos que habitualmente la tienen atribuida -poder ejecutivo, municipalidades, entes descentralizados-. La presunción se extiende al régimen jurídico que rige la actividad del órgano y sujetos mencionados.

El criterio material formal -sea en el sentido de régimen de derecho administrativo o de típicas manifestaciones formales del ejercicio de la función administrativa- se ve reflejado en la presunción de que la actividad de los mismos órganos y sujetos se rige por el derecho administrativo (art. 1, inc. 2, cit.), así como en la inclusión de las controversias que tengan por objeto la impugnación de actos administrativos, y resoluciones de Tribunales de la Administración Pública (art. 2 inc. 1) y las que derivan del ejercicio -por entes públicos no estatales- de prerrogativas regidas por el derecho administrativo (inc. 3 del mismo art.; también: arts. 74 y 79), asimismo, en la exclusión de las que se encuentran regidas por el derecho privado o laboral (art. 4 inc. 1). Y, principalmente, en la disposición de tipo residual donde se atribuye al conocimiento por los tribunales en la materia, otros "casos regidos por el derecho administrativo" (último apartado del art. 2). El régimen normativo también habrá de resultar decisivo a la hora de contemplar la inclusión en la materia de la impugnación de las ordenanzas municipales, aún en forma directa, caso que fuera contemplado entre los incluidos en forma expresa en el texto del Código anterior a la reforma de la ley 13.101 y, pese a su supresión por esta última (arts. 2 inc. 1 y conc. 12, ley 12.008), no cabe entender excluido de esta jurisdicción (art. 15, Const. Prov.)⁷⁹.

⁷⁸ Dice así "La actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los Municipios y de los demás entes provinciales o municipales, se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho."

⁷⁹ En ese sentido se vienen pronunciando diversos órganos del fuero y al respecto, pueden consultarse las muy fundadas razones, que compartimos, básicamente desde la perspectiva del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, en torno a la impugnabilidad directa e indirecta de las ordenanzas municipales ante el fuero contencioso administrativo dadas por Daniel Soria, en *Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, punto 6, A, 3., en la obra colectiva "El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires", Librería Editoria Platense, 2004, págs. 186/191.

El criterio simplemente material -por tratarse de instituciones inherentes al ejercicio de la función está presente en la inclusión de las contiendas suscitadas por la aplicación de sanciones en el ejercicio de la *policía administrativa* -con la salvedad de las que la Constitución reserva al conocimiento de otro órgano judicial- (art. 2, inc. 1; arts. 166, segundo párrafo, 182 y 216 de la C.P. y art. 24 inc. 3 de la ley 11.922), o por la prestación de *servicios públicos* (art. 2, inc. 2), o por la aplicación de *tributos provinciales o municipales* (art. 2, inc. 5) y la ejecución de créditos tributarios provinciales (arts. 76 bis del Código; art. 1, 2 y concs., del decreto ley 9122/78 y de la ley 13.405), así como las referidas a *responsabilidad patrimonial del Estado*⁸⁰ (art. 2 inc. 4) o las relativas a los *contratos administrativos* (art. 2, inc. 6), como también, las que versen sobre *limitaciones al dominio por razones de interés público, servidumbres administrativas y expropiaciones* (art. 2, inc. 7); asimismo, al hacerse referencia, en disposiciones que no reglan estrictamente la materia, a las controversias atinentes a la relación de empleo público (art. 5, inc. 2, a; también: arts. 71 y sigs.) y a las prestaciones *previsionales*⁸¹ (art. 5, inc. 2, b).

Fuera de los supuestos mencionados que delimitan el grueso de la materia, figuran entre los casos excluidos: algunos ámbitos de la policía administrativa (cfr. art. 2 inc. 1 cit. y normas allí mencionadas y leyes especiales⁸²), las controversias regidas por el derecho privado o por normas o convenios laborales (art. 4 inc. 1), las que tramitan mediante los juicios de desalojo, interdictos y las pretensiones posesorias (art. 4, inc. 2), y los conflictos interadministrativos provinciales (art. 4, inc. 3), así como la ejecución de los créditos no tributarios provinciales y los apremios municipales -tributarios o no tributarios- (cfr. art. 3 decreto ley 9122/78; leyes 13.405 y 13.406)⁸³ y el denominado contencioso registral (art. 85 del Código que sustituye el art. 44 del decreto-ley 11.643/63).

Vale aclarar que la materia tributaria conformada por los apremios provinciales y municipales, hoy desdoblada entre la competencia contencioso administrativa y la civil y comercial, se uniformará cuando se instalen los Juzgados de Ejecuciones Tributarias creados por la ley 13.435 que asumirán la competencia en relación a todos los apremios (municipales y provinciales) hoy repartida entre los aludidos fueros. Ello con la particularidad de que, en todos los supuestos, la apelación será de incumbencia de las Cámaras del Fuero Contencioso Administrativo⁸⁴.

Por último, la materia contencioso administrativa también se integra con los casos establecidos por leyes especiales, como por ejemplo el contemplado en la ley 11.723, en su art. 35, sobre cuestiones ambientales.

Cuestiones constitucionales. Interesa destacar que, en el sistema anterior en que la materia del contencioso administrativo se centraba en las cuestiones de legitimidad del obrar estatal, las posibilidad de articular otros cuestionamientos referidos a la norma legal o reglamentaria aplicada, se encontraba muy restringida, pese a que en nuestro país y, en particular, en la Provincia de Buenos Aires, rige el sistema de *control difuso de constitucionalidad*, en virtud del cual a todos los jueces, en la medida de su competencia, les asiste la atribución de ejercitarlo (arts. 57 y concs. de la Constitución provincial y 18, 31, 116 y concs. de la Constitución nacional).

Así, las cuestiones constitucionales han significado otro tropiezo para los litigantes que pretendían alegarlas, en tanto no podían ser incorporadas en el seno de una causa contencioso administrativa

⁸⁰ La doctrina tradicional predicaba que "resulta ajena a la competencia...sobre la materia contencioso administrativa...la pretensión que persigue el cobro de una indemnización que no es consecuencia directa de la ilegitimidad del acto administrativo alguno ni se refiere a la vulneración de una situación jurídica administrativa" (cfr. causa B-55.378, "Martínez de Echeverría, María C. y otros c/Provincia de Buenos Aires s/D.C.A.", res. del 2 de noviembre de 1.993). O bien, que no deriva inmediatamente de la lesión a una situación como la mencionada -sea por acto legítimo o ilegítimo- (arts. 1 y 28 inc. 1°, C.P.C.A.), sino que se sustenta en el comportamiento negligente de la autoridad, enmarcando la supuesta obligación de indemnizar en el ámbito de la responsabilidad aquiliana del Estado, con fundamento en normas del Código Civil (cfr. causa B-55.500, "Barcellos", res. del 14 de diciembre de 1.993, entre muchas otras; ver causas B-63.713, "Campos", res. del 13 de marzo de 2.002; B-63.897, "Hidalgo", res. 29 de mayo de 2.002 y sus citas).

Actualmente, toda pretensión indemnizatoria que persiga hacer efectiva la responsabilidad del estado por el ejercicio de funciones administrativas, corresponde a la competencia contencioso administrativa (art. 166, Const. Prov.), sin que queda efectuar distinciones según la modalidad del obrar estatal que provoca el daño (actuaciones y omisiones en general) o por la fundamentación jurídica de la pretensión. El caso "Gaineddu" es uno de los antecedentes más representativos del cambio jurisprudencial, entre otros motivos, porque la cuestión allí ventilada configura uno de los típicos supuestos excluidos anteriormente (atribución de responsabilidad al Estado por conducta negligente del personal policial, fuera del marco de una relación jurídica administrativa y con sustento en el Código Civil).

⁸¹ Incluimos la materia previsional porque siempre ha estado, en la Provincia de Buenos Aires, como cuestión propia del contencioso administrativo y porque las normas que la rigen integran el derecho público local. El Código Varela, al referirse a la "concesión o denegación de jubilación o pensión" en el art. 4° incluyó a las cuestiones previsionales derivadas de la relación de empleo público; el resto de la materia previsional de regulación local -regímenes para los distintas profesiones liberales- fue incorporada por las leyes especiales de cada uno de ellos. El derecho previsional es en verdad una disciplina autónoma, tanto desde el punto de vista científico como legislativo. En el orden nacional, estas cuestiones eran atendidas por la justicia laboral, ámbito del que se desprendió un fuero específico de la Seguridad Social.

⁸² Nos remitimos a lo expuesto anteriormente en materia de policía societaria y laboral, entre otros casos.

⁸³ Hasta tanto comiencen las funciones de los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias creados por ley 13.435.

⁸⁴ En consecuencia, tales Cámaras verán ampliada su competencia en esa materia y, en cambio, los jueces de primera instancia del fuero contencioso la perderán en relación a los apremios provinciales.

delimitada, según la línea restrictiva tradicional⁸⁵, al control de legalidad, sin poderse ingresar en asuntos que excedieran la compulsa del acto administrativo con la norma sub-constitucional que le sirve de fuente directa, quedando así detraído de la competencia en la materia el tratamiento de cuestiones constitucionales. Otra vez se advierte la influencia del paradigma del proceso al acto.

Esta circunstancia, y la doctrina restrictiva jurisprudencial al respecto que rigió durante buena parte de la vigencia del modelo anterior, dieron lugar a que en el nuevo Código se dejara expresamente establecido que las cuestiones constitucionales no limitan ni desplazan la competencia del fuero contencioso administrativo y, en tanto se presente un caso que le es inherente, pueden ser planteadas, abriéndose la atribución judicial de resolverlas y, de ser procedente, de declarar la invalidez de la norma respectiva, como surge de los arts. 3 y 50 inc. 4 de la ley 12.008.

5. La competencia por razón del territorio

Este elemento incide, en primer lugar, en la determinación de la jurisdicción (federal, local) y, luego, en la del órgano judicial del fuero correspondiente que ha de intervenir en el caso concreto.

En relación a la ciudad de Buenos Aires ha de tenerse presente su condición de capital de la Nación (art. 129, Const. Nac.), razón por la que el factor territorio puede ocasionar una situación de cierta complejidad en el deslinde jurisdiccional.

Como nuestras reflexiones atienden al fuero contencioso administrativo, debemos aclarar que si bien se hallan descentralizados en los tres modelos a los que nos venimos refiriendo, es en la Provincia de Buenos Aires donde dicha circunstancia de multiplicidad de órganos judiciales presenta especial relevancia en la competencia por razón del territorio, por tratarse de una jurisdicción que se encuentra dividida en departamentos judiciales (que actualmente suman 19), a fin de la adecuada administración de justicia y efectiva descentralización de sus órganos. De allí que en cada fuero se delimitan las atribuciones de sus tribunales a determinada zona del territorio provincial (puede tratarse en general y según los casos, de uno o varios de tales distritos llamados departamentos que conforman el mapa judicial de la Provincia).

La importancia del territorio como elemento que concurre a establecer la competencia del juez, radica en que con referencia a él se determina el hecho que suscita la atribución de conocer en el caso (el domicilio, el lugar de celebración del contrato, la ubicación de la cosa, etc.)⁸⁶.

En la Provincia de Buenos Aires, donde los órganos del fuero contencioso administrativo tienen, actualmente, competencia por razón del territorio de alcance regional (varios departamentos judiciales)⁸⁷, el principio para determinarla y sus excepciones, son reguladas por el Código procesal administrativo. Según dispone su art. 5°, la regla general de distribución de los asuntos por razón del lugar es el *domicilio de la persona cuya actuación u omisión dé lugar a la pretensión procesal*. Las excepciones se refieren a las determinadas controversias en las que se atiende a contemplar, principalmente, la situación de la parte actora en algunas materias que así lo justifican, a través de previsiones orientadas a favorecer o, al menos, no dificultar el acceso a la jurisdicción. Así ocurre en las contiendas sobre empleo público donde puede intervenir, a elección del agente, el juez del lugar de la prestación de servicios, o el del domicilio de la demandada, o el del domicilio del demandante; o en materia previsional y pretensiones contra los colegios profesionales y sus cajas previsionales, en que será competente el juez correspondiente al domicilio del interesado o al de la demandada, a elección del demandante; o en materia de servicios públicos, donde el lugar de ejecución de la prestación determina la competencia por razón del territorio. En los pleitos de relativos a contratos administrativos, rige el lugar de celebración para definirla y en cuanto respecta a los que versan sobre servidumbres administrativas y expropiaciones, el sitio de radicación de los bienes como pauta (cfr. art. 5, cit.).

En esa Provincia, asimismo, la descentralización apareja una notable modificación de la competencia territorial del fuero, pues hasta la reforma, la competencia originaria de la Suprema Corte, naturalmente, se

⁸⁵ Ver especialmente en la Provincia de Buenos Aires, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia anterior a las causas "Cebitronic S.A." y "Molinos Río de La Plata" del año 1998, precedentes que significaron un cambio sustancial y definitivo sobre el tema, congruente con el sistema de control constitucional que impera en nuestro país, judicial y difuso (arts. 31, Const. Nac.; 57, Const. Prov.) y de cuya expresión da muestra, como norma de reacción al originario criterio restringido, el art. 3 del nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

⁸⁶ Cfr. RAMIRO PODETTI, ob. cit. pág. 292.

⁸⁷ Cfr. ley 12.074, orgánica del fuero contencioso administrativo, se crean Juzgados en cada departamento judicial para ser establecidos gradualmente de donde resulta que, transitoriamente, al no haber entrado en funciones todos ellos, los que se hallan instalados poseen, por lo general, competencia regional por razón del territorio. Las Cámaras de Apelación, en cambio, son creadas por la ley con competencia regional, si bien les cabe a las existentes similar asignación transitoria de competencia territorial perteneciente a otras que no han sido, aún, puestas en funcionamiento.

extendía a toda la jurisdicción provincial, sin incidencia al respecto del deslinde de los departamentos judiciales, o de otras circunstancias. La modificación que sobrelleva la existencia de este fuero, en relación al acceso a la justicia, encuentra en el dato del territorio, una concreta manifestación de su relevancia en punto a los principios fundamentales que informa el nuevo sistema (arts. 15, 166, 215 y concs. Const. prov.).

5.1. Demandas contra el Estado provincial

Un aspecto que ha merecido preocupación, se refiere a la competencia territorial en las demandas entabladas contra el Estado provincial, debido a que, por imperio de la regla de determinación ya consignada –domicilio de la persona cuya actuación u omisión genera la contienda-, la mayoría de los casos quedan radicados ante los Juzgados y Cámara del fuero de la ciudad de La Plata en tanto ciudad capital y, por ende, sede y domicilio de la Provincia de Buenos Aires, circunstancia que no se compadece con el propósito de efectiva descentralización de la justicia administrativa tanto para garantizar la mayor accesibilidad como para propender al equilibrado reparto de causas entre los múltiples órganos que la componen; todo ello, más aun teniendo en mira la extensión territorial de la Provincia como la existencia de un mapa judicial.

Si bien en algunas materias, como excepción a la regla, tal los supuestos de empleo público y previsional entre otros, posibilitan a los interesados optar por otra radicación, en el grueso de las controversias, como las tributarias donde ello no está previsto, la situación descrita puede resultar disfuncional por generar mayor concentración de litigios en una misma jurisdicción territorial, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una organización que cuenta con pocos órganos judiciales (en La Plata actualmente hay cuatro Juzgados y una Cámara).

Cabe recordar que la competencia territorial es de orden público, lo que significa que no es disponible, salvo en determinadas cuestiones patrimoniales y bajo ciertas circunstancias (doctr. art. 1, C.P.C.C.).

En tal orden de ideas, la problemática suscitada con motivo de la competencia territorial de los juicios en que es parte la Provincia, originados en su función administrativa, ha dado pie a algunas soluciones jurisprudenciales de la Suprema Corte, como tribunal de conflictos de competencia, que ha inclinado la radicación en función de pautas de mayor descentralización y especialidad, antes que la aplicación de la regla general del art. 5 del CCA, expidiéndose por la competencia territorial de la Cámara del fuero con asiento en Mar del Plata, en un juicio seguido contra el Tribunal Fiscal (causa Obras Sanitarias Sociedad del Estado c/Tribunal Fiscal de Apelación s/Acción Directa Tribunal Fiscal –Cuestión de Competencia-, res. 17-6-2015).

5.2. Competencia por razón del grado

El grado es factor funcional en la determinación de la competencia en relación a los sistemas de doble grado de conocimiento, como ocurre en la organización de los fueros contencioso administrativos -federal, de la ciudad y de la Provincia de Buenos Aires- tomados como referencia en este trabajo.

El principio general es que el juez competente es el primer grado o de primera instancia, para el conocimiento y decisión de la causa, y el de segundo o ulterior grado, para conocer de los recursos que se autorizan contra las decisiones de aquel⁸⁸.

Sin embargo en esta materia, a diferencia de otras, se registran, con habitualidad, excepciones a dicha regla, mediante regímenes especiales dando pie, entre otras modalidades, a los mal llamados *recursos judiciales directos contra actos administrativos*. Tal técnica, de la que da cuenta sobradamente la experiencia centenaria del orden nacional, distorsiona el modelo de organización y juzgamiento y sobrelleva una marcada influencia del contencioso administrativo continental, como salta a la vista. Aunque la competencia normativa atribuida a los tribunales de segunda instancia se considere originaria (pues de ello no puede existir duda) cuando se la asigna para conocer *per saltum* de los juzgados, no puede dejar de ponderarse que ello implica una restricción -al privarse de la doble instancia que rige en general para los otros casos-, desmedro que por lo común va acompañado de otros límites (por ejemplo, los fundamentos de la impugnación, los vicios del acto que se pueden invocar, la delimitación del control judicial, etc.) en los

⁸⁸ Fr. PODETTI, obi. cit., pág. 294.

regímenes especiales que implantan esta clase de medios de acceso⁸⁹. Se trata de una técnica en la que subyace el dogma revisor de la competencia contencioso administrativa.

No es nuestro propósito abundar sobre ese problema, sino tan sólo tenerlo presente por las distorsiones que ocasiona en el diseño judicialista puro que nuestra Constitución consagra (cfr. considerando 12 de la sentencia dictada por la Corte Federal en el caso "Angel Estrada y Cía. S.A.", de fecha 5-4-05).

En el nuevo régimen de la Provincia de Buenos Aires la cuestión se ha planteado con mayor gravedad, no sólo por cuanto afecta el principio de plena justiciabilidad de la administración y tutela judicial efectiva que lo inspira, sino debido a que el fuero contencioso administrativo tiene rango constitucional, lo mismo que, una vez creadas, las Cámaras de Apelación y, principalmente, por cuanto las normas legales que han sido dictadas desplazando la competencia de los Juzgados, o bien han excluido también el derecho de defensa y debido proceso, o bien han quebrado el principio de igualdad en torno a las posibilidades de juzgamiento pleno de la controversia, desatendiendo las circunstancias actuales (vgr. el estado de descentralización) en que se halla, actualmente, la organización judicial en la materia⁹⁰.

Si bien la doble instancia no es presupuesto de validez constitucional, hallándose establecida las salvedades no pueden apartarse del principio de razonabilidad. Las reflexiones en punto a la Justicia Administrativa en relación al tema se actualizan, debido a las notables connotaciones que pueden aparejar, desde la justiciabilidad que la Constitución garantiza, las excepciones a un modelo establecido para el conocimiento de las causas contencioso administrativas.

6. Conflictos de competencia

Las cuestiones de competencia, pese a su carácter de incidente normal en la función judicial, en esta materia han funcionado —en el sistema anterior— como vehículo del cierre de la jurisdicción en la provincia de Buenos Aires, ocasionando el archivo de las causas administrativas, sin decisión de mérito o anulando la que se hubiese dictado⁹¹, cuando —como es sabido— un conflicto de competencia sólo puede llevar la estigma del orden público inicial para definir el juez que resolverá la controversia y, salvo el supuesto de excepción, consistente en la pertenencia del conocimiento del asunto a otra jurisdicción del sistema federal que por regla amerita el cierre del proceso (doctr. art. 352 C.P.C.C.N.), dicho orden público no justifica ni la ley admite tal solución que, además, constriñe el derecho de defensa, como se ha encargado de edictar la doctrina de la Corte Nacional⁹².

6.1. Conflictos de competencia

En el art. 7° (texto según ley 13.101) se han previsto los conflictos de competencia. Los supuestos que allí se contemplan son los siguientes⁹³:

a) Conflictos de competencia entre los jueces contencioso administrativos: deben ser "tramitados por vía incidental y resueltos por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con competencia territorial común, causando ejecutoria su decisión" (art. 7°, inc. 1°, párr. 1°).

⁸⁹ Ampliar en nuestro artículo *El control judicial suficiente en la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires*, publicado en la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, edición especial 1905 centenario 2005, año 3 N° 36 nueva serie, pág. 93 y sigts.

⁹⁰ Ver el trabajo citado; asimismo las leyes 13.325 y 13.329 (B.O. 4-5-05) establecen un sistema de impugnación de las resoluciones dictadas por los Colegios o Consejos Profesionales, que modifica al previsto por el art. 74 y concs. del Código Procesal Administrativo (texto según ley 13.101) y las sentencias que declaran inconstitucional dicha modificación, dictadas por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, por transgresión a los arts. 15 y 166 de la Constitución Provincial (casos "Giannini" y "Ribelli", ambas res. del 28-6-05). Asimismo, de la misma Cámara, los pronunciamientos que descalifican la validez del art. 5 de la ley 13.405, en cuanto asignan competencia directa a la alzada en la resolución de las impugnaciones contra los actos del Tribunal de Cuentas y Tribunal Fiscal de Apelaciones de la Provincia (causas N° 3456, "Fernández", res. 24-10-06 y N° 4210, "Cimet S.A.", res. del 28-12-06, respectivamente).

⁹¹ En ese sentido, doctrina mayoritaria de la Corte Provincial, que surge de las causas L-33.717, "Villán, Jacinto Crescencio y otros s/Jockey Club de la Provincia de Buenos Aires s/Despido...", sent. del 2 de abril de 1.985; B-49.296, "Hormigonera Testa Hnos. c/Municipalidad de La Matanza s/Cobro de pesos -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 23 de julio de 1.985 y, en materia de la acción de amparo causa B-52.129, "Barranou, Julio c/Municipalidad de Bragado s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 8 de noviembre de 1.988. Esta línea jurisprudencial rigió hasta el año 2002 en que quedó superada por la nueva doctrina pretoriana.

⁹² Causas D 261 XXI Danna, Salvador A. y otros c/Municipio Urbano de Pinamar s/cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", sent. del 23 de abril de 1.987 (Fallos 310:854) y "Laurens, Héctor s/cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", sent. del 28 de abril de 1.988 (Fallos 311:610).

⁹³ Cassagne Perrino ob. Cit.

b) Conflictos entre un juez contencioso administrativo o una Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y un tribunal de otro fuero: deben ser “resueltos por la Suprema Corte de Justicia, causando ejecutoria su decisión” (art. 7°, inc. 1°, párr. 2°).⁹⁴

Según lo determina el inc. 2° del art. 7°, “Durante el trámite del conflicto de competencia, se suspenderá el procedimiento sobre lo principal, salvo las medidas cautelares o cualquier diligencia de cuya omisión pudiere resultar un perjuicio grave”

Si se declara que el caso es contencioso administrativo se debe disponer la prosecución de las actuaciones en esta vía. En el párr. 2° del inc. 3° del art. 7° se aclara que, en tal supuesto, “para verificar el cumplimiento del plazo previsto en el artículo 18°, la pretensión se considerará presentada en la fecha de interposición de la demanda aunque el juez sea incompetente.”

6.2. Oportunidades para examinar la competencia

Con mucha precisión, el legislador dispone que dos sean los momentos procesales idóneos que los tribunales tienen en el curso del proceso para pronunciarse respecto de su competencia⁹⁵.

El primero de ellos, en la etapa liminar, antes de dar traslado de la demanda, con arreglo al trámite establecido por el art. 8. Según este precepto, “El juez, antes de dar traslado de la demanda, procederá a declarar, si correspondiere, y por resolución motivada, su incompetencia. En tal supuesto remitirá los autos al tribunal considerado competente, si perteneciere a la jurisdicción provincial. En caso contrario, dispondrá su archivo.”

La segunda posibilidad se abre cuando se ha planteado la excepción de incompetencia (arts. 35, inc. 1°, ap. a], y 36, inc. 2° ap. a] del CAA, texto según ley 13.101, la cual podrá ser opuesta por el demandado, como de previo y especial pronunciamiento, dentro de los primeros quince días del plazo para contestar demanda (art. 34, inc. 1°, texto según ley 13.101, Código citado).

Transcurrido este estadio procesal, el juez no puede volver a evaluar esta cuestión.

Tal solución se inscribe en las pautas de accesibilidad y tutela judicial, que privilegian el ingreso a la justicia a fin de lograr la resolución del caso y que impide extender las cuestiones de competencia a unos límites, como sucedía en el sistema anterior, que podían llegar incluso hasta la propia sentencia de mérito.

Así, una vez más, la preceptiva constitucional de los arts. 15 y 166 quinto apartado de la Carta magna provincial, que procuran la tutela judicial efectiva y la plena justiciabilidad de la administración, encuentran en la reglamentación del proceso un aspecto congruente con ella.

7. Bibliografía

- Andreucci, C. A. “Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio”. Buenos Aires: ED 176-747.
- Argañaráz, M. (1998). *Tratado de lo Contencioso Administrativo*. La Plata: Lex.
- Bastons, J. L. y Eliades, A. (2006). “La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense. Caso Agropecuaria Las Garzas”. Buenos Aires: La Ley 2006-D-255.
- Bercaitz de Boggiano, A. L. “Demanda de nulidad de actos firmes y consentidos”. Buenos Aires: ED-131, pág.901.
- Bezzi, O. M., Bezzi, O. H. y Bezzi, A. M. (1987). “El cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa”. Buenos Aires: LL 1987-D, p.102.
- Bezzi, O. M., Bezzi, O. H. y Bezzi, A. M. (1992). “La Justicia Administrativa; origen y actualidad” Buenos Aires: REDA.
- Bezzi, O. M. (1998). “El Código Procesal para el fuero contencioso administrativo de Buenos Aires”. Buenos Aires: La Ley 1998-E-932.

⁹⁴ La Suprema Corte de Justicia provincial ha precisado que dicha atribución no se ha visto modificada por la subrogancia de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial, encomendada para cubrir en forma. interina la función de alzada de las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (Sup. Corte de Bs. As., art. 5°, res. 33034, 18/11/2003, y art. 3°, última parte, res. 260 del 3/3/2004; conf. Art. 27, ley 12.074 –texto según ley 13.101-) Asimismo, respecto de los conflictos de los jueces del fuero contencioso administrativo confiados a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con competencia territorial común (art. 7, inc. 1°, CCA) suscitados durante el período de transición, el alto tribunal sostuvo que “según los casos se determinará el superior tribunal llamado a decidirlos” (Causa B. 67.727 Ardenghi, Ernesto Helvio”, 14/4/2004, RAP, nro. 13, 2004, p. 48).

⁹⁵ Cassagne Perrino, ob cit.

- Bianchi, A. (1995). "Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa". Buenos Aires: LL 1995-A, pág.397.
- Bielsa, R. (1954). *Sobre lo contencioso administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- Botassi, C. A. (1996). "El proceso administrativo bonaerense sobre la base del interés legítimo (un fallo histórico)". Buenos Aires: LL 1996-C, pág.20.
- Botassi, C. A. (2000). "El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado". Buenos Aires: JA 2000-III, p.1141.
- Botassi, C. A. (2000). "Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos". Buenos Aires: LL 2000-F, pág.594.
- Botassi, C. A. (2006). "Ejecución de sentencias contra el estado en el nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires" en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
- Botassi, C. A. (2006). "Contrarreforma del Proceso Administrativo Bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la Ley 13101)", *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2006). "La materia contencioso administrativa. El criterio subjetivo" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A., (2006). "Control judicial de la actividad administrativa discrecional" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2011). "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. y Morello, A. (2003). "Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: JA 2003-II, supl. fasc. n° 6, p.43.
- Bulit Goñi, E. (1997). "El solve et repete desde los principios superiores y la realidad cotidiana". Buenos Aires: Revista Latinoamericana de Derecho Tributario.
- Cabral, P. O. (2002). "La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la Jurisdicción contencioso administrativa". Buenos Aires: JA, Sup. Derecho Administrativo, 09-10-2002.
- Cabral, P. O. (2006). "La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires", en *Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: La Ley.
- Cabral, P. O. (2008). "La pretensión prestacional en el proceso contencioso administrativo bonaerense", en Bastons, J. L. *Derecho Público para Administrativistas*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cabral, P. O. (2007). "La responsabilidad del Estado en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP, Año XXXI, N° 361.
- Cabral, P. O. (2008). "El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia legislativa". Buenos Aires: Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la CABA, año 2, N° 2.
- Cabral, P. O. (2015). "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo", Infojus, Id: DACF150657.
- Cabral, P. O. e Isabella, D. P. (2007). "Competencia del nuevo Fuero Contencioso Administrativo en materia sancionatoria. Especial referencia a los juzgados de faltas municipales". Buenos Aires: Rap Bs.As. (55-56), p.5.
- Cassagne, J. C. (2011). "Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. (Coordinador). *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cassagne, J. C y Perrino, P. (2006). *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Colombo, J. M. (2006). "Enjuiciamiento de los casos administrativos originados en la actuación de los colegios y consejos profesionales de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL Buenos Aires-2006, p.141.
- Comadira, J. R. (2011). "Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública", en Botassi, C. A. -Director y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Creo Bay H. y Hutchinson, T. (2006). *Amparo por mora de la Administración pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- D' Argenio I. (2003). "La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes". Buenos Aires: JA 2003-III, p.252.
- D' Argenio, I. (2006). *La Justicia administrativa en Argentina*. Buenos Aires: F.D.A.
- D' Argenio I. (2011). "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial", en Botassi, Carlos A. (Director) – Oroz, Miguel H. E. (Coordinador), "El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Platense, 3ª edición, 2011.
- Fiorini, B. (2006). *Qué es el contencioso*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Fiorini, B. "Sistema y crítica del código contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley.
- Gamaleri, R. A. "Límites constitucionales al ejercicio del poder tributario". La Plata: Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 52, pág.133.
- García Pullés, F. (1993). "El agotamiento de la vía administrativa". Buenos Aires: LL 1993-A-1044.
- García de Enterría, E y Fernández, T. R. (1995). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Cívitas.
- Gozaíni, O. A. (2005). "Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores". Buenos Aires: LL 1/12/05.
- Grau A. (1971). *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Hutchinson, T. "Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: ED 115-415.
- Hutchinson, T. "El Tribunal de Cuentas rinde cuentas ante el Tribunal de Justicia". Buenos Aires: Función Pública N° 21, pág.15 (comentario al fallo de la SCBA B-49102 "Pizzagalli").
- Hutchinson, T. (2005). *Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Editora Scotti.
- Hutchinson, T. (2011). "El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Isabella, D. P. –Director- (2010). *Código Contencioso Administrativo Comentado*, Buenos Aires: RAP.
- Isabella, D. P. (2006). "La reforma de la ley 13.101. La impugnación de ordenanzas en la Provincia de Buenos Aires", *La Ley Buenos Aires* 2006-973.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (1996) "Control judicial. Habilitación de la instancia judicial", *El Derecho Administrativo hoy*, Jornadas Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (2004) "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", *Derecho procesal administrativo*, obra colectiva en homenaje al Prof. Jesús González Pérez, Hammurabi, Bs.As., 2004, TI, cap.3, 12, pág.461.
- Leal, I. A. "Amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires". La Plata: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 37, *La Ley*, 2007, pág.1.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires mediante la vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad". Buenos Aires: ED-184, p.1029.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (su deslinde con otras vías de control de constitucionalidad en el ámbito local)". Buenos Aires: ED-187, p.862.
- Mairal, H. (2003). "La legitimación en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: RAP Bs.As., mayo 2003, pág.111.
- Maljar, D. (2002). *El proceso contencioso administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires*. La Nueva Justicia Administrativa. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "El solve et repete en el nuevo código contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED, 29-09-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "Responsabilidad del Estado provincial por la no puesta en marcha del fuero contencioso administrativo". Buenos Aires: JA, 20-12-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2002). "Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español". Buenos Aires: JA, 7-08-2002.
- Mamberti, C. E. (2003). "La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Mantarás, P. (2000) "¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?". Buenos Aires: LL 2000-C, p.131.
- Marafuschi, M. (2011) "Principio solve et repete" en Botassi, C A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.

- Milanta, C. (1997). "Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: RAP suplemento especial Administración Local y Derecho N°4, Ciencias de la Administración.
- Milanta, C. (1998). "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL 1998-B, pág.506.
- Milanta, C. (2003). "Proyección de la tutela judicial efectiva en materia administrativa (la fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003)", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (2011). "Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Morello, A. (1987). "La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Tribunal de Cuentas (comentario a Pizzagalli)". Buenos Aires: JA, 1/04/87, p.11.
- Muñoz, G. A. (1990). "Inmunidad del poder: la inactividad administrativa". Buenos Aires: LL 1990-B, pág.891.
- Oroz, M. H.E. (2003). "La Suprema Corte de Buenos Aires en un punto de inflexión hacia la implementación del fuero procesal administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 2003-II, pág.111.
- Oroz M. H.E. (2006) "Los casos de Responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional y la incompetencia del fuero administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-D, pág.240.
- Oroz, M. H.E. (2006). "La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-F, pág.84.
- Oroz, M. H. E. (2011) "Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo bonaerense" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Ortiz, R. M. (2011). "Justicia Administrativa: doctrina fundacional de la Suprema Corte de Justicia", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Perrino, P. E. "Un cambio de jurisprudencia saludable que posibilita el control de constitucionalidad en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED 177-812.
- Perrino, P. E. (1991). "La ampliación de la demanda en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 1991-E, p.954.
- Perrino, P. E. (1995). "La justicia contencioso administrativa en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reformada". Buenos Aires: La Ley 1995-E-798.
- Perrino, P. E. "El requisito del pago previo en el código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis N° 52, pág. 255.
- Perrino, P. E. (2011). "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Richero, M. J. (2011). "El sistema recursivo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Salaberren, R. A. (2011). "La ejecución de sentencias en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Seara, J. I. (2007). "Las excepciones en el Código Procesal Contencioso Administrativo Bonaerense". Buenos Aires: LL Buenos Aires 2007, p.1191.
- Soria, D. F. (1995). "Bases constitucionales del proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP N° 196, Ciencias de la administración, Buenos Aires, 1995.
- Soria, D. F. (1994). "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional". Buenos Aires: REDA N° 17, Depalma, Buenos Aires, 1994".
- Soria, D. F. (1997). "El proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: RAP N° 227, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997.
- Soria, D. F. (1988). "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo". Buenos Aires: LL 1988-B, p.580.

- Soria, D. F. (2011). "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. y Perrino, P. E. (1995). *La Justicia Contencioso Administrativa en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Depalma.
- Tribiño, C. R. (1985). "La exigencia del solve et repete en el régimen contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 1985-III, pág.631.
- Tribiño, C. R. (1993). "La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-B, p.750.
- Tribiño, C. R. (1993). "La demanda en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-E, p.782.
- Tribiño, C. R. "Las excepciones previas en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: ED 102-965.
- Tribiño, C. R. (2003). "El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (2011). "Los plazos para demandar ante los tribunales contencioso administrativos", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tristán Bosch, J. (1951). *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?* Buenos Aires.
- Varela, L. (1904). *Proyecto de código de lo contencioso administrativo para la provincia de Buenos Aires*. La Plata: Boletín Oficial.
- Villafañe, H. M. (2005). "El solve et repete en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2005-241.
- Villafañe, H. M. (2006). "Competencia material contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2006-277.

CAPÍTULO 10

Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

*Carlos Botassi, Ariel Bayón, Álvaro Flores, Juan Pinzas,
Pablo Cabral y María Julia Richero*

1. Legitimación Procesal

Debido a que históricamente el proceso contencioso administrativo bonaerense se configuró como un juicio exclusivamente destinado a impugnar la legalidad de un acto administrativo quedó limitado al examen de los requisitos esenciales y al régimen de nulidades de las decisiones que agraviaban al actor. Por esta razón los administrativistas (y no los procesalistas como cabía esperar) se ocuparon de desentrañar quienes y bajo qué condiciones podían accionar o asumir el rol de demandados.

1.1. Legitimación Activa

En cuanto respecta a la legitimación activa, el derogado artículo 149 de la Constitución Provincial de 1934, al tiempo que asignó a la Suprema Corte la competencia contencioso administrativa, fijó —a través de la interpretación efectuada por el propio Tribunal— pautas relativas a la capacidad para demandar. Su referencia al *derecho administrativo vulnerado* fue interpretada hasta fecha reciente como una limitación para acceder al pleito, considerándose que solo estaban habilitados para accionar los titulares de derechos subjetivos administrativos⁹⁶. En definitiva, durante el Siglo XX, debido la exégesis limitada del recordado art. 149 de la Carta local y a la extensa vigencia del Código de Varela (1906-2003), en la Provincia de Buenos Aires el “incidente” de habilitación de la instancia judicial se transformó, por obra y gracia de la “legitimación” en un obstáculo procesal de dificultad superior al propio litigio sobre el fondo del asunto. Todo accionante, para arribar ganancioso a la sentencia definitiva, debía triunfar primero en ese minijudio previo, engorroso y árido donde todas las presunciones jugaban en su contra y donde todas las situaciones dudosas eran resueltas de manera adversa a su postura.

En cuanto a la legitimación pasiva el enfoque también fue restrictivo admitiéndose únicamente como parte demandada a la Provincia de Buenos Aires y a las municipalidades. No solo quedó vedado el papel de accionado a los particulares, sino también a los entes públicos no estatales, y a las personas privadas que

⁹⁶ Recién en la causa B-49.544 “Thomann” (7.12.84, La Ley 1986-A-27 con nota de Manuel Sarmiento Güemes y E.D. 115-415 con nota de Tomás Hutchinson) cuatro de los nueve jueces del Superior Tribunal propusieron aceptar la legitimación del titular de un interés legítimo, postura que luego se convertiría en mayoritaria en B-55.392 “Rusconi” de julio de 1995 (La Ley 1996-C-20) y resultaría ratificada en B-58.748, “Scioscia”, 16.12.97, es decir luego de la reforma constitucional pero antes de la sanción en 1997 del nuevo Código de la materia. Una descripción acabada de esta superada situación puede verse en Sarmiento Güemes, Manuel: “La acción procesal administrativa en el Código Varela. Derecho subjetivo: única situación justiciable”, La Ley 1986-A-27; Hutchinson, Tomás: “Legitimación suficiente para entablar la acción contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, E.D. 113-629 y “El problema de la legitimación en el Código Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, Rev. de Derecho Administrativo n° 1 p. 43; Bezzi, Osvaldo Héctor: “Justicia administrativa: El Fuero administrativo; su necesidad a la luz de la jurisprudencia contencioso-administrativa bonaerense”, Rev. de Derecho Administrativo n° 11 p. 400; Vallefín, Carlos: “Proceso administrativo y habilitación de instancia”, Edit. Platense, 1994, p.39; Tribiño, Carlos y Perrino, Pablo: “La Justicia contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, Depalma, 1995, p.16 y Botassi, Carlos: “El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo. Un fallo histórico”, La Ley 1996-C-20.

han recibido potestades públicas por delegación estatal. La consecuencia fue que asuntos, causas, casos o conflictos claramente regidos por normas y principios de Derecho Público fueron sentenciados por jueces especializados en Derecho Privado aplicando en cuanto al rito el Código Procesal Civil y Comercial y en cuanto al fondo -salvo contadas excepciones- los códigos del derecho común.

Aunque la limitación a la legitimación actora es la que ha merecido mayores comentarios críticos cabe recordar que el estrechamiento de la legitimación procesal pasiva también constituyó un tamiz que, en no pocos casos, cerró el acceso al servicio de justicia. Sobre todo a partir de la doctrina de la Suprema Corte que consagró la posibilidad de declarar la ausencia de legitimación aún de oficio, sin infringir el principio de congruencia⁹⁷. En cuanto respecta a la legitimación pasiva, la alusión del texto constitucional hoy derogado a la *autoridad administrativa* hizo que el Superior Tribunal entendiera que no podían enjuiciarse ante el fuero contencioso administrativo las decisiones de los Poderes Legislativo y Judicial, ni -mucho menos- los actos administrativos de las personas públicas no estatales. Desde luego que, por su obvia incapacidad de emitir actos administrativos (único objeto del posible litigio en el enfoque "clásico"), jamás pudo demandarse en el proceso administrativo a un particular. Al igual que en el caso de la legitimación activa, cabe propugnar la vinculación estrecha entre legitimación y pretensión y, desde este punto de apoyo, concluir que será válidamente demandado quien reconozca una postura adversa en la relación jurídica que abastece a la pretensión actora.

Felizmente el criterio restrictivo constituye un episodio histórico superado y, como tal, suficientemente recordado en este capítulo. Actualmente tanto la legitimación activa como la pasiva es considerada una consecuencia del nexo lógico-jurídico existente entre quien pretende (actor) y quien se opone a la pretensión (demandado); de tal suerte que toda persona está habilitada para acudir ante el juez cuando un órgano estatal cualquiera adopta una decisión o toma una medida de hecho que afecta su *ámbito particular*. En tales circunstancias no sería necesario invocar la vulneración de derechos subjetivos ni de intereses legítimos sino demostrar que se ha quebrantado el orden jurídico y, con ello, se ha incidido en la esfera jurídica del accionante. Es en este sentido que la Corte Nacional tiene decidido que "la existencia de un caso, causa o asunto judicial en el que el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional resulta exigida por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional"; agregando que "existe caso contencioso cuando se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes...y al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un *nexo lógico* entre el *status* afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquel sea una parte propia y apropiada"⁹⁸.

En nuestra Provincia, a partir de 1994 la normativa constitucional (art. 166), al describir al juicio contencioso administrativo como todo aquel encaminado a la dilucidación de *casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas en el ejercicio de funciones administrativas*, provocó un giro sustancial en la materia. El contencioso clásico se singularizaba por una situación que le era propia y exclusiva: la legitimación activa restringida a titulares de derechos subjetivos y la legitimación pasiva limitada a aquellos entes emisores de actos administrativos pertenecientes al Poder Ejecutivo.

Si quien acciona y/o quien resulta demandado no tienen relación alguna con el tema en debate faltará el "nexo lógico" que permita concluir que estamos frente a un "caso" o "causa" susceptible de ser examinada por los jueces. Los artículos 166 de la Constitución y 13 del Código Procesal Administrativo Ley 12.008, provocaron un giro copernicano en materia de legitimación. Nada de lo que antes existía sobrevive y los análisis liminares que ahora se efectúan serán necesariamente complementados por los futuros enfoques doctrinarios y jurisprudenciales.

Tal como ocurre en cualquier otra subrama del Derecho Procesal, la legitimación activa en el proceso administrativo queda reconocida a favor de aquellas personas que se encuentran en una determinada posición jurídica en relación con la *pretensión*. Quien invoque la vulneración de un interés jurídico (incluyendo, como veremos, el interés en que la ley se cumpla) queda habilitado para fundar su caso ante el tribunal quién decidirá en la sentencia definitiva, analizando los hechos y el derecho, para decidir de qué lado está la razón.

El artículo 13 del Código Procesal Administrativo vigente desde diciembre de 2003 reza: "Legitimación activa. Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico".

Debido a esta norma resultan legitimadas las siguientes personas:

⁹⁷ Por ej. en Ac 57.515, "Zgonc", 8.9.98.

⁹⁸ *In re* "Gómez Díez c/ P.E.N.", 31.3.99, R.A.P. 248-93.

1.1.a) Titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos

Como es obvio, ya que titularizan la máxima protección procesal imaginable, nunca estuvo en disputa la facultad de accionar de quienes detentan derechos subjetivos. Y ya en el recordado caso “Rusconi” la Suprema Corte tuvo oportunidad de decidir que los titulares de intereses legítimos pueden promover una demanda contencioso administrativa y si bien lo hizo en un típico proceso “revisor” de una decisión estatal previa nada impide que, por el andarivel de los artículos 15 y 166 de la Constitución local, quienes detentan intereses legítimos demanden su respeto o exijan prestaciones de restitución sin que exista un acto formal atacable.

1.1.b) Titulares de intereses simples y de derechos de incidencia colectiva.

El denominado “interés simple”, ha sido considerado como la ambición de toda persona de bien de que el Estado respete la legalidad sometiéndose sin cortapisas al orden jurídico. En ese sentido constituye también *un interés tutelado por el ordenamiento jurídico* en los términos del art. 13 del Código Procesal Administrativo, ya que no puede concebirse un interés más intenso en cabeza de todo ciudadano que la vital aspiración de que quienes lo gobiernan se sometan a la Ley de la misma forma en que impulsan, como autoridad, su acatamiento por la sociedad. Sin embargo el camino que viene transitando un sector de la doctrina y la jurisprudencia, para lograr la legitimación judicial de los titulares de “intereses simples” aparece sembrado de obstáculos ya que predomina la tesis negatoria de la existencia en nuestro Derecho de una “acción popular” que otorgue legitimación a cualquier persona para accionar en la sola defensa de la legalidad.

De cualquier manera cabe reconocer que se ha producido el ensanche de la legitimación en un área que posee una trascendencia extraordinaria a poco que se repare en que la Constitución Nacional reformada en 1994 configura un régimen directamente operativo de protección a los denominados *derechos de incidencia colectiva* (derecho a la salud y a un adecuado nivel de calidad de vida, al usufructo de los recursos ambientales, al funcionamiento continuo y eficiente de los servicios públicos, al consumo en condiciones equitativas, a la información veraz y otros)⁹⁹. Esos derechos, también llamados intereses colectivos o difusos, son aquellos que pertenecen a todos y a cada uno de los habitantes, como un bien común, no divisible, sin posibilidad de distinción y encuadre formal dentro de la clásica trilogía de situaciones o grados de emplazamiento en la relación jurídico – administrativa y la problemática de su protección fue puesta sobre el tapete en la década del 70 por la denominada “Escuela Platense de Derecho Procesal”, liderada por Augusto Mario Morello¹⁰⁰. La Constitución Provincial, en su art. 38, consagra este tipo de derecho a favor de los consumidores de bienes y servicios.

El recordado criterio garantista fue acogido por la Suprema Corte de Buenos Aires en la causa Ac. 60.094, “*Almada*” (y otras acumuladas), sentenciada el 19.5.98. Los hechos fueron los siguientes: un grupo de personas se agravió de la contaminación ambiental que padecía debido a la actividad de una industria vecina. La demandada sostuvo que se actuaba en ejercicio de la tan denostada “acción popular” y cuestionó la legitimación. El Superior Tribunal, al ratificar lo sentenciado en las dos instancias anteriores, vinculó una vez más la legitimación activa con la naturaleza de las pretensiones en juego, afirmó que los nuevos artículos 41 y 43 no dejan ya lugar a dudas sobre el tema planteado y elogió la postura del “juez protector y acompañante” en materia medioambiental (del voto del Dr. Hitters). Al mismo tiempo se señaló que la preservación del ambiente no puede restringirse a una mera tutela nominal sino que debe poseer un sentido tuitivo trascendente para salvaguardar los intereses sociales comprometidos: “Ante la obligación de amparar intereses llamados *de pertenencia difusa* la titularidad personal de un derecho o interés legítimo no desaparece cuando el derecho o el interés son compartidos con y por otros, o con y *por todos los demás que se hallan en igual situación*...El individuo ostenta un interés propio, y por añadidura, conforma o forma parte de otro interés distinto, colectivo, *de pertenencia difusa*, si se quiere, pero que también le confiere legitimación para accionar, aunque en este último caso debe *tratarse de un interés razonable y suficiente*, no desde la estimación subjetiva del accionante, sino desde la valorización objetiva y en abstracto que hará

⁹⁹ El nuevo artículo 42 de la Carta Magna establece que “*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno*”.

¹⁰⁰ Augusto M. Morello: “La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal”, J.A. 1978-III-321; Augusto M. Morello, Juan C. Hitters y Roberto O. Berizonce: “La defensa de los intereses difusos”, J.A. 1982-IV-701; Augusto M. Morello y Gabriel A. Stiglitz: “Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, J.A. 1985-IV-651; los mismos autores: “Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia”, J.A. 1988-III-97; los mismos autores: “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia”, La Ley 1987-D-365; los mismos autores: “Concientización de criterios definitivos en torno a la tutela de los intereses difusos”, J.A. 1991-I-325 Augusto M. Morello: “Los intereses difusos y el derecho procesal (del amparo individual al amparo colectivo)”, J.A. 1990-IV-46.

el juez considerando la posible real afectación del reclamante *por su vecindad espacial con el hecho o la circunstancia determinante del interés difuso*" (del voto del Dr. Pettigiani).

El criterio predominante, ahora receptado por la Suprema Corte local, lleva a concluir que en aquellas materias donde aparece comprometido el bien común (por añadidura la cuestión estará regida por el Derecho Administrativo), cualquier individuo civilmente capaz debe considerarse legitimado para demandar en el fuero contencioso administrativo en la medida en que pueda proponer un "caso", indicando de qué manera lo agravia la ilegalidad de la conducta estatal. Si se trata de un consumidor de determinadas mercaderías o un usuario de un servicio público concreto será necesario exhibir un "interés razonable y suficiente" que permita inferir que el entuerto se relaciona con la esfera jurídica del actor. Pero, en materias vinculadas con el derecho a la salud y al medio ambiente sano (garantizados por la propia Constitución Provincial en sus arts. 28 y 38) si el administrador viola el orden jurídico (en cuyo caso estará colocando en riesgo la salud pública o el entorno humano), *cualquier persona* estará legitimada para solicitar al tribunal de lo contencioso administrativo el restablecimiento de la legalidad.

La actitud tuitiva y garantista que reclamamos a los jueces se apoya en el hecho de que la salud y la calidad de vida son los ámbitos en los que debe reflejarse una sociedad igualitaria. Se trata de derechos humanos básicos cuya constitucionalización ratifica la existencia de un programa por cumplir al que deberán avocarse sin demora los gobernantes.

Cuando las autoridades, violando la ley, desconozcan estos derechos esenciales, todo habitante podrá accionar sin que revista entidad calificar a esa potestad de "acción popular", "acción colectiva", "acción pública subjetiva", etc. Aquello que verdaderamente interesa es habilitar a la comunidad en su conjunto, a través de cualquiera de sus miembros, para poner en marcha la *pretensión de restitución de la legalidad*, frente a la vulneración de tales "derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico" como reza el artículo 13 del Código.

Siguiendo el enjundioso voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza reconoció legitimación procesal a un ciudadano que invocó su condición de elector y lo habilitó para demandar la inconstitucionalidad de una medida gubernamental sin exigir demostración de agravio personalizado. El fallo estimó que el actor estaba habilitado para intervenir en un proceso judicial ya que "cuando un elector afirma que un acto de un poder constituido no ha respetado el resultado final de la voluntad obtenida por la mayoría, requeridas de un medio vinculante de la democracia semidirecta no está invocando un interés debilitado, vago e impreciso, simple, desdibujado, sino, que denuncia la violación del resultado del ejercicio de su verdadero derecho subjetivo de naturaleza política". Al comentar el caso Morello sostuvo que la sentencia no ha hecho otra cosa que reconocer la acción pública del elector y entendió que el fallo "aporta en mucho a la fase final del ingreso, liso y llano, de la acción popular"¹⁰¹.

Se ha señalado en contra de nuestra postura que la invocación de un derecho o interés que favorece a un grupo de personas no es suficiente para legitimar al reclamante, ya que muchos de los afectados podrían no compartir su intención impugnatoria por conformarse a la medida (o a la inacción) adoptada por la Administración¹⁰². Si bien esto último es posible creemos que la solución no pasa por negar legitimación a quien denuncia un agravio que, por razones ajenas a su voluntad, comparte con un número indeterminado de personas. Si así fuera se incurriría en la contradicción de dotar de mayor protección al derecho detentado en soledad que a aquel que interesa a un sector y aún a toda la comunidad. El problema que se suscita alrededor del alcance que cabe conferir a la sentencia deberán resolverla los jueces en cada caso concreto, limitando o ampliando sus efectos, es decir restringiendo la solución al ámbito del actor o disponiendo su efecto erga omnes¹⁰³.

Desde luego que aunque la Constitución Nacional solamente menciona a *la acción de amparo* como medio de defensa de los titulares de derechos de incidencia colectiva, nada impide extender esa legitimación a los procesos de conocimiento que permiten un mejor debate y una mayor amplitud probatoria, incluyendo naturalmente al contencioso administrativo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Augusto M. Morello, *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. Platense, 1998, t. 1 pág. 67.

¹⁰² Alberto B. Bianchi: "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala", R.A.P. n° 235 pág. 15. Las acciones por clase de personas generan cuestiones que van más allá de los criterios de legitimación ya que se presentan dificultades vinculadas con la representación en juicio, la compatibilización de los diversos intereses de los accionantes, los mecanismos de notificación y –fundamentalmente– con el alcance de la cosa juzgada. Una completa descripción de tales cuestiones puede verse en Julio C. Cueto Rúa, *La acción por clase de personas (class actions)*, La Ley 1988-C-952. Un análisis del tema en el Brasil puede verse en Oscar M. Andrade, *Acción de clase en el derecho brasileño*, Rev. del Colegio de Abogados de La Plata n° 32 pág. 163 y en Ada Pellegrini Grinover, *Medios de tutela de los intereses colectivos: la acción de clase brasileña*, Idem, n° 53 pág. 129.

¹⁰³ El legislador bonaerense ha relativizado las consecuencias de la sentencia en materia ambiental, estableciendo que la eventual decisión desfavorable al accionante no hará cosa juzgada cuando obedezca a déficit probatorio (art. 38 de la Ley 11.723).

¹⁰⁴ Así lo interpretó la Corte Nacional, considerando como vía apta la acción meramente declarativa, en autos "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina", 22.4.97, La Ley 1997-C-322.

1.1.c) El Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales

Aplicando por analogía lo prevenido en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional para el juicio de amparo, cuando se trate de situaciones en que se vean comprometidos los derechos colectivos recién comentados debe otorgarse legitimación activa al Defensor del Pueblo¹⁰⁵ (Provincial y Municipal) y a las organizaciones no gubernamentales con personería jurídica cuyo objeto social apunte a la defensa de tales derechos.

1.1.d) Entes públicos estatales y no estatales

No existe impedimento alguno para que todo tipo de personas jurídicas públicas actúen como actores en un proceso administrativo¹⁰⁶, demandando a otra persona pública (estatal o no) o a un particular. Aquello que verdaderamente importa es que el diferendo subsuma en normas y principios de Derecho Público.

La Suprema Corte bonaerense, en el caso "*Consortio de Gestión del Puerto Bahía Blanca*" (con cita expresa del art. 166 de la Constitución Provincial) admitió la legitimación activa de una entidad pública no estatal, creada por Ley 11.414, para solicitar una medida autosatisfactiva vinculada a la ejecución de una obra pública. Al hacerlo decidió que el artículo 166 de la Carta local define los contenidos de la materia contencioso administrativo y resulta directamente operativo y, con ello, queda despejada toda duda al respecto.

1.2. Legitimación Pasiva

La legitimación pasiva es la que hace posible que el demandado se encuentre efectivamente vinculado a la pretensión del actor, o, en otras palabras, es aquella que se interroga sobre si el accionado es realmente la persona facultada para controvertir el derecho pretendido.

En el contencioso administrativo bonaerense, uno de los problemas serios que ocasionó la interpretación restrictiva de los artículos 149 de la Constitución de 1934 y 1° y del Código de Varela fue la determinación de los actos administrativos susceptibles de ser revisados judicialmente en relación a la autoridad de la cual emanaban. La Suprema Corte entendió que la "*autoridad administrativa*" referida en aquellas disposiciones no podía ser otra que el Poder Ejecutivo (incluyendo sus reparticiones descentralizadas) y las municipalidades bonaerenses. En consecuencia negó la posibilidad de examinar los actos administrativos de los Poderes Legislativo y Judicial¹⁰⁷.

Con el nuevo régimen vigente desde 2003, en cambio, la Provincia puede ser demandada con motivo de los actos administrativos y en razón del ejercicio que se *haga de la función administrativa* en general, provenientes de los Poderes Legislativo y Judicial. También puede demandarse a las personas públicas no estatales cuando emitan actos administrativos y aún a los sujetos privados cuando ejercen facultades públicas.

Siempre al cobijo del artículo 166 de la Constitución Provincial resulta posible determinar quiénes son los sujetos que pueden ser demandados en el proceso administrativo.

1.2.a) El Estado provincial lato sensu

La Provincia de Buenos Aires, entendiendo por tal a la Administración central y descentralizada, aparece expresamente citada en el último párrafo del artículo 166 de la Constitución y en el artículo 1° del C.P.A. Podrán ser demandados en los casos gestados por el desempeño de sus *funciones administrativas*, sea que se trate de su conducta activa u omisiva. Reiteramos que ya no interesa que la acción u omisión generadora del litigio provenga del Poder Administrador o de otros Poderes del Estado. Existirá legitimación pasiva cuando el órgano realice actividad administrativa aunque estructuralmente dependa del Poder Judicial o del Poder Legislativo.

¹⁰⁵ La vinculación entre la reforma constitucional, la acción popular y la legitimación del ombudsman puede verse en Osvaldo A. Gozaíni, *Legitimación procesal del Defensor del Pueblo*, La Ley 1994-E-1378.

¹⁰⁶ El Código de Varela ya contempla la posibilidad de que el actor sea una persona pública al aludir a "*alguna autoridad administrativa*" (art. 1).

¹⁰⁷ Causas B-50.362 "Martín"; B-51.370 "Persoglia"; B-51.370 "Zibechi". La postura varió en B-48.160 "Villar de Puenzo" y en "Ambrosio" (LLBA 1998-165), pero el Tribunal estuvo entonces integrado por conjucees. Ampliar en Hutchinson, Tomás: "La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional", E.D. 84-843; Soria, Daniel F.: "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo", La Ley 1988-B-580; Bezzi, Osvaldo Héctor: "Justicia Administrativa: el fuero administrativo; su necesidad a la luz de la jurisprudencia contencioso administrativa bonaerense", Rev. de Derecho Administrativo nro. 11 pág. 391; Tribiño, Carlos y Perrino, Pablo: "La Justicia contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires", Depalma, 1995, pág. 93.

Este sustancial avance resultaba impostergable a esta altura del desarrollo de la ciencia del Derecho Administrativo que había abandonado hace décadas la concepción orgánica o subjetiva de la función administrativa.

La circunstancia de que la demanda pueda orientarse hacia el cuestionamiento de actos administrativos de naturaleza materialmente jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Fiscal de Apelaciones o de cualquier otro tribunal administrativo no configura un caso especial de legitimación pasiva. Tales organismos, aunque realizan una actividad diferente de la que lleva a cabo la Administración activa, forman parte del Estado local y será la Provincia de Buenos Aires quien revestirá legitimación como parte accionada, representada como es lógico por la Fiscalía de Estado (Artículo 155 de la Constitución local; artículo 1° del Dec. Ley 7543/69).

Igualmente cabe considerar al Estado Provincial como sujeto legitimado pasivamente cuando se accione contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires y contra una serie de reparticiones provinciales que pueden denominarse “unidades ejecutoras” o “entes” productivos y de fomento, en la medida en que la controversia se encuentre subsumida en el Derecho Administrativo¹⁰⁸. Ello sin perjuicio de que el citado Banco posea su propia representación judicial al margen de la Fiscalía de Estado. En este sentido consideramos que devienen inconstitucionales por vulnerar el citado artículo 166 de la Carta Provincial aquellas leyes que pretenden asignar competencia al Fuero Civil y Comercial para juzgar la actividad administrativa de entes públicos¹⁰⁹ y entra en un cono de sombra la competencia de alzada asignada a la Justicia Penal en relación a las decisiones de los jueces municipales de faltas y de otros organismos que ejercen funciones de policía y aplican sanciones de esa naturaleza¹¹⁰.

1.2.b) Las Municipalidades

El Estado Municipal también aparece mencionado en los artículos 166 de la Constitución y 1° del Código. Se incluyen naturalmente las cuestiones suscitadas por la actividad administrativa de los concejos deliberantes y de los entes municipales descentralizados.

Las decisiones de los jueces municipales de faltas, en cambio, resultan judicialmente controladas mediante el recurso de apelación ante el juez en lo criminal de primera instancia previsto en el Código de la materia.

1.2.c) Los particulares

Las personas físicas y jurídicas de derecho privado pueden ser demandadas en el proceso contencioso administrativo. No aludimos aquí a aquellos sujetos a los que se le han discernido poderes o cometidos típicamente estatales sino a sujetos de derecho cuya relación con las autoridades administrativas es circunstancial. Un ejemplo típico lo constituye el incumplimiento de la parte privada de un contrato administrativo que es demandado por el Estado exigiendo su cumplimiento o la rescisión y el pago de los consecuentes daños y perjuicios. Otra posibilidad es que surjan entre las partes disputas relacionadas con la interpretación o ejecución de lo acordado.

Desde luego que también podrá ser demandado por el Estado el particular favorecido por una decisión administrativa regular, sin vicios aparentes, pero afectada en sus requisitos esenciales (“acción de lesividad”). Se trata de un avance de enorme importancia que permitirá poner límite al abuso en que suelen incurrir las reparticiones oficiales revocando con improcedente frecuencia y latitud sus actos precedentes, notificados a los interesados y generadores de derechos.

1.2.d) Las personas públicas no estatales

Resultan cada vez más numerosos los sujetos de derecho que llevan a cabo tareas vinculadas con el interés general pero, por no pertenecer a los cuadros oficiales, son considerados personas públicas no estatales. En el derecho italiano se denominan “entes de interés público” a aquellas organizaciones de naturaleza jurídica privada que presentan un cierto “perfil publicístico” debido a que se ocupan de asuntos de interés comunitario¹¹¹. En el derecho francés también se admite que personas privadas sean investidas de aquellas prerrogativas típicas de las personas públicas estatales¹¹² y resulta trascendente a la hora de

¹⁰⁸ Soria, Daniel F.: “Aspectos subjetivos de la materia procesal administrativa”, en Rev. Régimen de la Administración Pública n° 240, págs. 15 y sigs.

¹⁰⁹ V. gr: Ley de ESEBA 10.904, art. 10.

¹¹⁰ Es el caso del art. 54 del Código de Faltas Municipales, Dec. Ley 8751/77, t.o. 1986 y de las Leyes 11.720 y 11.459 que regulan ciertos aspectos de la protección medioambiental.

¹¹¹ Massimo S. Giannini: “*Diritto Amministrativo*”, 3ra. Edic., Giuffrè, 1993, Vol. I p. 225.

¹¹² Jean Rivero y Jean Waline: “*Droit Administratif*”, 16° edic., Dalloz, 1996, p. 42.

determinar la competencia contencioso administrativa, la existencia de un asunto (*affaire*) que, por su naturaleza aparezca regulado por el Derecho Administrativo¹¹³

Entre nosotros se reconoce la categoría de persona pública no estatal en los colegios y cajas de previsión social para profesionales, universitarios o independientes¹¹⁴, a cuyo respecto el Código Procesal Administrativo prevé un procedimiento especial en su Título II, Capítulo III (artículos 74 y 75). Se emite de esta manera una respuesta expresamente afirmativa al interrogante que había dividido a la doctrina sobre la posibilidad de que estas instituciones no estatales puedan dictar actos administrativos¹¹⁵, considerándose de esa naturaleza las decisiones que suspendan, cancelen o denieguen la inscripción en la matrícula; las que impongan sanciones y, en general, “los actos de gravamen emanados de aquellos entes” (art. 74).

2. Coadyuvantes y terceros

La intervención de terceros en un juicio contencioso administrativo se encuentra reglada en los artículos 10 y 11 del C.P.A.

Artículo 10 (Texto Ley 13101) “Coadyuvantes.

1. Los terceros directamente favorecidos por la actuación u omisión que diera lugar a la pretensión, intervendrán como coadyuvantes en cualquier estado del proceso. Su intervención no podrá hacer retrotraer, interrumpir o suspender el proceso cualquiera sea el estado en que intervengan.

2. En su primera presentación el coadyuvante deberá cumplir, en lo pertinente, con los recaudos exigidos para la demanda. Cuando hubiere más de un coadyuvante de una misma parte, el Juez podrá ordenar la unificación de su representación.

3. El coadyuvante tiene los mismos derechos procesales que la parte con la que coadyuva. La sentencia tendrá efectos y hará cosa juzgada en relación al coadyuvante”.

El coadyuvante es un tercero cuya intervención resulta subordinada a la actividad de las partes principales (actor o demandado) a la que adhiere. Puede actuar tanto en defensa de la posición oficial como en sustento de la postura privada y, en cualquier caso puede asumir el rol de actor o demandado. El único recaudo de legitimación es que el coadyuvante se vea favorecido por la conducta activa u omisiva de la Administración.

Artículo 11: “Intervención de terceros. Remisión.

En los demás casos la intervención de terceros en el proceso, se regirá por las normas del Código Procesal Civil y Comercial”.

De esta manera el artículo 11 remite a lo establecido en el Capítulo VIII del C.P.C.C., titulado “Intervención de terceros”:

Art. 90: “Intervención voluntaria. Podrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrase, quien: 1°) acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio. 2°) Según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio”.

Art. 91: “Calidad procesal de los intervinientes. En el caso del inciso 1°) del artículo anterior la actuación del interviniente será accesorio y subordinada a la de la parte a quien apoyare, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviese prohibido a ésta.

En el caso del inciso 2°) del mismo artículo, el interviniente actuará como litisconsorte de la parte principal y tendrá sus mismas facultades procesales”.

Art. 92: “Procedimiento previo. El pedido de intervención se formulará por escrito, con los requisitos de la demanda, en lo pertinente. Con aquel se presentarán los documentos y se ofrecerán las demás pruebas de los hechos en que se fundare la solicitud. Se conferirá traslado a las partes y, si hubiese oposición, se la substanciará en una sola audiencia. La resolución se dictará dentro de los 10 días”.

Art. 93: “Efectos. En ningún caso la intervención del tercero retrogradará el juicio ni suspenderá su curso”.

Art. 94: “Intervención obligada. El actor en el escrito de demanda y el demandado dentro del plazo para oponer excepciones previas o para contestar la demanda, según la naturaleza del juicio, podrán solicitar la citación de aquel a cuyo respecto consideraren que la controversia es común. La citación se hará en la forma dispuesta por los artículos 338° y siguientes”.

¹¹³ Charles Debbasch y Jean-Claude Ricci, “*Contentieux Administratif*”, 6° edic., Dalloz, 1994, pág. 191.

¹¹⁴ En la Provincia de Buenos Aires aparecen expresamente calificadas como personas jurídicas públicas los Colegios de Escribanos, Bioquímicos, Odontólogos y Martilleros (Leyes 6119, 6682, 6788 y 10.973, respectivamente).

¹¹⁵ Vid. Tomás Hutchinson: “Las corporaciones profesionales”, FDA, 1982, pág. 99.

Art. 95: “Efecto de la citación. La citación de un tercero suspenderá el procedimiento hasta su comparecencia o hasta el vencimiento del plazo que se le hubiere señalado para comparecer”.

Art. 96: “Alcance de la sentencia. En todos los supuestos, la sentencia dictada después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso, lo afectará como a los litigantes principales.

Será inapelable la resolución que admita la intervención de terceros. La que la deniegue será apelable en efecto devolutivo”.

3. Representación Estatal

La representación judicial de la Provincia de Buenos Aires y de sus entidades autárquicas (IOMA, Instituto de la Vivienda, etc.) está a cargo del Fiscal de Estado, conforme lo estatuye el artículo 155 de la Constitución provincial: “Habrá un fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso administrativos y en todos aquellos en que se controvertan intereses del Estado. La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones. Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia”.

Su competencia surge de la Ley Orgánica de la Fiscalía de Estado (Dec. Ley 7543/69).

El Banco de la Provincia de Buenos Aires, en cambio, tiene su propio cuerpo de abogados.

La representación de las municipalidades bonaerenses, en cambio, puede ser asignada a letrados del mismo municipio (Director de Asuntos Legales, por ej.) o a cualquier abogado de la matrícula otorgando el correspondiente poder.

4. Pretensión impugnatoria o anulatoria

El Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, C.P.C.A.) enumera en su artículo 12 las pretensiones que pueden constituir el objeto de un proceso que se sustancia ante el fuero contencioso administrativo.¹¹⁶

Previo a ingresar en el análisis particular de la pretensión impugnatoria, también denominada anulatoria, recordemos que la pretensión procesal importa un requerimiento en donde, a través del escrito de demanda, la parte interesada solicita la tutela jurisdiccional para los derechos que considera vulnerados.

Asimismo, desde otro ángulo, la pretensión determinará lo que el magistrado interviniente deberá resolver, pues aquel se hallará constreñido a velar por el respeto al principio de congruencia¹¹⁷ que responde -primordialmente- a la garantía constitucional de defensa en juicio.¹¹⁸

La pretensión bajo estudio ha caracterizado históricamente al proceso contencioso administrativo, pues mediante su empleo se cuestiona la actividad administrativa que se manifiesta -generalmente- a través de actos administrativos.

El artículo 12 del C.P.C.A. dispone que en el marco del proceso contencioso-administrativo puede articularse entre otras pretensiones, aquella destinada a obtener la anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general (inc. 1° art. cit).

De este modo, a través de la promoción de la pretensión impugnatoria la parte actora puede requerir ante la justicia:

- a) La anulación de actos administrativos de alcance particular;¹¹⁹
- b) La anulación directa de actos administrativos de alcance general;¹²⁰

¹¹⁶ El C.P.C.A. no contiene disposición alguna que califique a la enumeración de las pretensiones procesales como taxativa, razón por la cual es posible comprender que aquellas no son las únicas que pueden promoverse. Así, a título ejemplificativo y sin perjuicio de hallarse incorporadas en otros textos normativos, pueden promoverse ante el fuero contencioso administrativo las pretensiones vinculadas con la ejecución fiscal de tributos provinciales (Ley N° 13.406), con la expropiación (Ley N° 5.708) y con la protección de los consumidores y usuarios (Ley N° 13.133 - Art. 30 y concs.-), entre otras.

¹¹⁷ El principio de congruencia, establecido por el artículo 163 inciso 6 y reiterado por el artículo 272 del Código Procesal Civil y Comercial, significa que, como regla general, debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, o sea sobre todas las pretensiones sometidas a su examen y sólo sobre éstas y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos (conf. doct. S.C.B.A. *Petrini*, sent. 2-9-15, causa B 58.475)

¹¹⁸ Art. 18 Const. Nac.; Art. 15 Const. Pcial.

¹¹⁹ Es decir, declaraciones unilaterales realizadas en el ejercicio de la función administrativa que producen efectos jurídicos individuales en forma inmediata. Vgr. la promoción de la pretensión anulatoria con el objeto de solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo que dispuso la cesantía de un empleado público.

c) La anulación indirecta de actos administrativos de alcance general que se aplican mediante actos particulares;¹²¹

d) La anulación directa de ordenanzas municipales, sean de alcance general o particular;

e) La anulación indirecta de ordenanzas municipales mediante sus actos de aplicación concreta.¹²²

Ahora bien, corresponde efectuar algunas aclaraciones respecto de la impugnación judicial de ordenanzas municipales, pues si bien la Ley N° 13.101¹²³ derogó la expresión "ordenanzas municipales" contenida en el texto original del artículo 12 inciso 1° del C.P.C.A., aquellas son -para cierta parte de la doctrina¹²⁴- igualmente pasibles de ser objetadas tanto en forma directa o indirecta mediante el cuestionamiento de sus actos de aplicación.

Dicha postura se sustenta en que de la lectura de los artículos 3¹²⁵ y 33 inciso 2°¹²⁶ del C.P.C.A. es posible vislumbrar que ambos mencionan a las ordenanzas municipales, por lo que resulta válido afirmar que aquellas constituyen parte de la competencia del fuero contencioso frente a los supuestos en que se las impugne judicialmente.

A su vez, de comprenderse que la reforma introducida por la Ley N° 13.101 importó una exclusión de las ordenanzas para ser cuestionadas ante el fuero, ello resultaría contrario a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva,¹²⁷ pues tales actos resultarían prácticamente irrevisables en sede judicial, pudiendo ser cuestionados únicamente a través de dos carriles procesales (acción de amparo¹²⁸ y acción originaria de inconstitucionalidad¹²⁹) cuyas particularidades impiden un acceso amplio e irrestricto.

Ahora bien, aclarado que el cuestionamiento de las ordenanzas municipales compete a los jueces de primera instancia en lo contencioso administrativo, corresponde efectuar ciertas aclaraciones al respecto de su impugnación, dado que hay que tener presentes determinados recaudos:

a) Si la Ordenanza municipal posee un contenido normativo, con mandatos generales y abstractos, que de ser aplicados en el futuro, afecten, menoscaben, obstruyan o impidan el ejercicio de derechos constitucionales amparados por la Constitución Provincial, deberá ser impugnada mediante el empleo de la acción originaria de inconstitucionalidad (art. 161 inciso 1° Const. Pcial.; arts. 683 y sgtes. del C.P.C.C.)¹³⁰

b) Si media un acto de aplicación de la ordenanza municipal, la vía para impugnatoria ya no será la señalada con anterioridad, sino la pretensión anulatoria deducida en primera instancia mediante la cual se cuestiona a aquella en forma indirecta.¹³¹

c) Asimismo no procederá la competencia originaria del Máximo Tribunal local si el planteo total o parcial de nulidad de la Ordenanza municipal se cimienta en impugnaciones basadas en el desconocimiento de normas de rango legal,¹³² ya que la discordancia a nivel subconstitucional, aunque pueda configurar una inconstitucionalidad refleja, implica que la validez del precepto impugnado depende de la interpretación que se le asigne a la ley y no a la Constitución provincial.¹³³

d) Tampoco la acción originaria de inconstitucionalidad resultará hábil para impugnar Ordenanzas municipales de alcance particular, esto es, aquellas desprovistas de las notas de generalidad, abstracción e impersonalidad que emanan de los Departamentos Deliberativos municipales.¹³⁴

e) Igualmente impropia para cuestionar una Ordenanza municipal resulta la acción originaria de inconstitucionalidad fundada en violación o menoscabo de derechos contemplados en la Constitución

¹²⁰ Vgr. la promoción de la pretensión impugnatoria con el propósito de obtener la declaración de nulidad - total o parcial - de un reglamento, es decir la declaración unilateral producida en el ejercicio de la función administrativa por la cual se establecen normas jurídicas generales y obligatorias, regulatorias de situaciones impersonales, abstractas y objetivas.

¹²¹ Conf. art. 14 apartado 2° y art. 18 inciso "c" del C.P.C.A.

¹²² Conf. art. 3 y art. 33 inc. 2 del C.P.C.A.

¹²³ Modificatoria de la Ley N° 12.008.

¹²⁴ Cassagne, Juan C.; Perrino, Pablo E.; Isabella, Diego P., entre otros.

¹²⁵ Art. 3 C.P.C.A. Planteo y resolución de cuestiones constitucionales: "La competencia contencioso-administrativa no quedará desplazada aún cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, de ordenanzas municipales o de actos administrativos de alcance general o particular."

¹²⁶ Art. 33 inc. 2° C.P.C.A.: Notificación de la demanda. "La demanda se notificará:... 2. Al Intendente Municipal, cuando la pretensión fuere dirigida contra una Municipalidad. Si se tratare de una impugnación contra una ordenanza municipal, también deberá notificarse al Presidente del Concejo Deliberante."

¹²⁷ Art. 15 Const. Pcial.

¹²⁸ Art. 20 inc. 2° Const. Pcial y Ley N° 13.928. Vale recordar que esta acción es de acceso restrictivo pues - a título ejemplificativo - excluye a la arbitrariedad o ilegalidad que no es manifiesta y debe acreditarse la inidoneidad de otras vías procesales, entre otros extremos requerido por las normas aludidas.

¹²⁹ Art. 161 inc. 1° Const. Pcial y art. 683 y sgtes. C.P.C.C.

¹³⁰ Conf. doct. S.C.B.A. causas *Querequeta*, res. del 28-12-2002, I. 2992; *López*, sent. de 24-3-2004, B. 65.133, *Centro de Orientación y Defensa del Consumidor*, res. de 22-10-2008, B. 69.850.

¹³¹ Conf. doct. S.C.B.A. causas *Chiappari*, res. de 15-6-2005, B. 68.229; *Sociedad de Fomento de Cariló*, res. de 02-5-2013, B. 72.507; *Zabaljauregui*, res. de 06-11-2013, B. 72.719.

¹³² Conf. doct. S.C.B.A. causas *Martínez*, res. de 24-11-2004, B. 68.081; *March*, res. de 01-11-2006, B. 68.868.

¹³³ Conf. doct. S.C.B.A. causa *Zamarreño* (del voto de la mayoría), sent. de 08-10-2008, I. 2204

¹³⁴ Conf. doct. S.C.B.A. causas *Icarfo S.A.*, res. del 20-8-2009, I. 70.015; *Armini*, res. de 28-12-2011, B. 71.739.

Nacional, máxime cuando tales planteamientos no han sido introducidos de la mano de una suficiente argumentación fundada en la infracción al artículo 1° de la Constitución Provincial.¹³⁵

f) Tampoco resultará hábil la acción originaria de inconstitucionalidad cuando el cuestionamiento de la norma municipal se apunala en la posible contradicción con normativa de carácter intrafederal.¹³⁶

Por lo tanto, si el particular se enfrenta a un acto administrativo que aplica la regulación contenida en una Ordenanza municipal que se tacha de inconstitucional o ilegal, el sendero ritual hábil para la impugnación del régimen general es el planteo subsidiario expresamente delineado en el artículo 3 del C.P.C.A., el cual no desplaza la competencia contencioso administrativa para una acción que, en lo principal, persiga la anulación total o parcial del acto aplicativo de la norma municipal.

Ahora bien, si la Ordenanza impugnada aparece desprovista de aquellas notas de generalidad, abstracción e impersonalidad asignables a las normas que de ordinario sanciona el Departamento Deliberativo en ejercicio de sus competencias, conteniendo un mandato que tiene alcance particular exhibiendo una notable concreción y acotamiento personal,¹³⁷ entonces su impugnación podrá ser efectuada ante la justicia en lo contencioso administrativa mediante la pretensión anulatoria tal como si aquella importe un acto administrativo de alcance particular

4.1. Tramitación

Las pretensiones anulatorias no sólo pueden tramitar por diferentes carriles procesales poseyendo cada uno de ellos características particulares, sino que a su vez pueden ser articuladas de manera individual o junto con otras pretensiones tales como -a título ejemplificativo- la pretensión de restablecimiento o reconocimiento de los derechos o intereses tutelados (art. 12 inc. 2 C.P.C.A.),¹³⁸ junto con la pretensión indemnizatoria (arts. 12 inc. 3° y 20 C.P.C.A.),¹³⁹ o bien con la inconstitucionalidad de las normas en las que se fundó el acto impugnado (art. 3 C.P.C.A.).

Tal como se adelantara, la pretensión en tratamiento puede tramitar:

a) por la vía del proceso ordinario reglamentado en el Título I del C.P.C.A.¹⁴⁰

b) por la vía del proceso sumario de ilegitimidad contemplado en los artículos 67 a 70 del C.P.C.A (Título II, Capítulo I).¹⁴¹

c) por el proceso sumario que se halla destinado a requerir la nulidad de los actos administrativos que dispongan sanciones disciplinarias a los agentes públicos provinciales o municipales (arts. 71 a 73 - Título II, Capítulo II C.P.C.A.).¹⁴²

d) por la vía del procedimiento recursivo contenido en el artículo 74 del C.P.C.A. (Título II, Capítulo III) cuando se impugnen resoluciones de los Colegios o Consejos Profesionales.

e) por la vía del proceso sumario de ilegitimidad contemplado en el artículo 75 del C.P.C.A. (Título II, Capítulo III) para las pretensiones que tengan por objeto impugnar los actos administrativos definitivos emanados de los órganos superiores de las Cajas de Previsión Social de Profesionales.¹⁴³

Ahora bien, para promover la pretensión bajo estudio deberán satisfacerse los requisitos de admisibilidad que requiere el C.P.C.A. Entre aquellos y según las circunstancias, deberán cumplimentarse con algunos de los siguientes extremos:

a) el agotamiento de la vía administrativa en los casos en que aquel presupuesto no puede ser prescindido conforme las excepciones contempladas en el artículo 14 del C.P.C.A.

¹³⁵ Conf. doct. S.C.B.A. causa *Aguas Argentinas S.A.*, sent. de 5-3-2008, I. 2340.

¹³⁶ Conf. doct. S.C.B.A. causa *Video Cable Comunicación S.A.*, sent. de 28-5-2010, I. 2070.

¹³⁷ Vgr. la sanción de una Ordenanza por la cual se permita al propietario de un inmueble estacionar libre y exclusivamente frente a su propiedad su vehículo automotor en virtud de la discapacidad que adolece (en tanto ello debe ser acordado por el Concejo Deliberante - art. 27 inc. 18 y concs. Decreto Ley N° 6769/58 - Ley Orgánica de las Municipalidades-).

¹³⁸ Vgr. promoviendo la pretensión impugnatoria destinada a anular el acto administrativo que rechazó la bonificación requerida por el particular solicitando junto con ello, que se ordene su efectivo pago (es decir, el reconocimiento del derecho).

¹³⁹ Vgr. promoviendo la pretensión impugnatoria destinada a anular el acto administrativo que declaró cesante al empleado público y requiriendo el resarcimiento de los daños y perjuicios (daño moral, salarios caídos -lucro cesante-, etc.) que aquel acto estima haberle provocado.

¹⁴⁰ De escogerse este carril procesal, el accionante podrá promover junto con aquella, otra pretensión como -por ejemplo- la indemnizatoria.

¹⁴¹ De articularse la pretensión anulatoria por esta vía, el accionante sólo podrá requerir la nulidad del acto administrativo que motiva el litigio, de modo que los daños y perjuicios que pudieran ser consecuencia directa del acto administrativo cuya nulidad se pretende deberán ser reclamados en un proceso autónomo posterior, promoviendo la pretensión indemnizatoria correspondiente (conf. art. 67 *in fine* C.P.C.A.)

¹⁴² Corresponde advertir que de acuerdo al art. 71 del C.P.C.A. la parte podrá optar por el proceso ordinario.

¹⁴³ Corresponde advertir que de acuerdo al art. 75 del C.P.C.A. la parte podrá optar por el proceso ordinario.

- b) cuando se impugne un acto administrativo de alcance particular, que aquel sea definitivo o asimilable a tal.¹⁴⁴
- c) El acto no deberá encontrarse consentido.¹⁴⁵
- d) Deberá configurarse el silencio administrativo¹⁴⁶ cuando no exista acto expreso de la Administración.
- e) La interposición temporánea de la demanda, es decir con anterioridad al vencimiento de los plazos de caducidad contemplados en el C.P.C.A. para los procesos ordinarios y especiales.
- f) El pago previo en materia tributaria, siempre que no exista una causal que permita prescindir de dicha carga.¹⁴⁷

4.2. La pretensión de lesividad

Párrafo aparte merece el tratamiento de la pretensión de lesividad, es decir, aquella mediante la cual la propia administración requiere mediante la promoción de una demanda, la anulación de un acto administrativo que fuera dictado por ella y que en razón de haber adquirido estabilidad,¹⁴⁸ no la puede revocar en sede administrativa.

Lo cierto es que esta pretensión no se encuentra regulada en el C.P.C.A.¹⁴⁹ pero no obstante ello, la Administración podrá promover la correspondiente pretensión anulatoria¹⁵⁰ cuando no pudiere utilizar la prerrogativa revocatoria que le concede el ordenamiento jurídico,¹⁵¹ pues de conformidad a lo establecido por el artículo 2 inciso 7 del C.P.C.A., los entes públicos estatales a los que alude el artículo 1 inciso 1 de aquel cuerpo normativo, pueden promover cualquiera de las pretensiones enunciadas en el artículo 12, todo ello sin perjuicio de la potestad del Fiscal de Estado de deducir demanda contencioso-administrativa o de inconstitucionalidad, según corresponda, cuando la resolución administrativa cuya nulidad se pretende hubiese sido dictada con transgresión de la Constitución, de la ley y/o de un reglamento administrativo.¹⁵²

5. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado

La pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados se encuentra contemplada en el ámbito bonaerense en el Art. 12 inc. 2 del C.C.A.

Comprende el reconocimiento de una situación jurídica, o la adopción de medidas necesarias para su pleno restablecimiento, vinculadas directa o indirectamente con derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico (léase Constitución, Leyes, Decretos, Ordenanzas, Reglamentos, Contratos, Precedentes Administrativos, principios generales del derecho, etcétera). Asimismo, en un sentido análogo, se ha considerado que dicha pretensión se pretende el restablecimiento, la superación o reconstrucción de un estado anterior al creado por un comportamiento administrativo ilegítimo que el actor no está obligado a soportar¹⁵³.

¹⁴⁴ Conf. art 14 ap. 1° inc. "a" C.P.C.A. Entre los actos asimilables a definitivos pueden citarse a título ejemplificativo: aquellos que declaran la caducidad de la instancia administrativa, los que en determinadas circunstancias especiales ordenan el archivo del expediente, actos que rechazan la intervención de un interesado en el procedimiento, etc.

¹⁴⁵ Art. 35 inc. "i" C.P.C.A.

¹⁴⁶ Art. 16 C.P.C.A.

¹⁴⁷ Art. 19 C.P.C.A.

¹⁴⁸ Art. 114 Decreto Ley N° 7647/70 (L.P.A.B.A.) y Ord. Gral. N° 267/80: "*La Administración no podrá revocar sus propias resoluciones notificadas a los interesados y que den lugar a la acción contencioso administrativa, cuando el acto sea formalmente perfecto y no adolezca de vicios que lo hagan anulable.*"

¹⁴⁹ Algunos autores (Botassi, Carlos A y Hutchinson, Tomás, entre otros) estiman que la ausencia de regulación expresa de la acción de lesividad se debe a la amplia potestad revocatoria que la propia L.P.A.B.A. y la citada Ord. Gral. N° 267 le otorga a la Administración pues la garantía de la estabilidad resulta operativa cuando "*el acto sea formalmente perfecto y no adolezca de vicios que lo hagan anulable*" (art. 114), lo que torna -prácticamente- innecesario que aquella acuda a la vía judicial para obtener su nulidad.

¹⁵⁰ La representación y defensa en juicio de la Provincia de Buenos Aires le corresponde, en la mayoría de los supuestos, al Fiscal de Estado (art. 155 Const. Pcial.; Decreto Ley N° 7.543/69 y sus modificatorias y arts. 9, 33 y concs. C.P.C.A.). En estos casos la defensa procesal de la autoridad provincial que dictó el acto cuya impugnación deduce el Fiscal de Estado está a cargo del Asesor General de Gobierno (art. 9 inc. 2° C.P.C.A.) y para el supuesto en que existan intereses de un particular que fue beneficiado por el acto administrativo cuya nulidad se requiere, éste podrá intervenir en carácter de coadyuvante (conf. art. 10 C.P.C.A.).

¹⁵¹ Art. 114 Decreto Ley N° 7647/70 (L.P.A.B.A.) y Ord. Gral. N° 267/80.

¹⁵² Conf. art. 40 últ. párr. Decreto Ley N° 7.543/69.

¹⁵³ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo E. "*El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*". Editorial Lexis Nexis. Año 2006. Pág. 165.

Pueden tratarse de situaciones jurídicas preexistentes a la actuación u omisión administrativa (Ej. Derechos nacidos de fuente contractual), o bien puede no tener desarrollo previo al haberse impedido su nacimiento (Ej. Vedar la aprobación de un proyecto urbanístico). El restablecimiento de una situación jurídica perturbada, puede consistir en el levantamiento de restricciones ilegítimas (Vgr. impedimento a participar de un concurso; denegatoria de un ascenso habiendo triunfado en un concurso)¹⁵⁴.

Su utilidad es trascendental en lo concerniente a la justiciabilidad de la inactividad formal y material de los organismos provinciales u otras personas en el ejercicio de la función administrativa.

En función de lo expuesto, para los supuestos de inactividad formal, el ciudadano afectado recurrirá al instituto del silencio administrativo estatuido en el Art. 16 del C.C.A. -cumplimentando el recaudo de admisibilidad sentado en el Art. 14 inc.1 punto d) del C.C.A.-, y para el tratamiento de los tópicos sustanciales impetrará -en forma concomitante- la pretensión bajo estudio.

La incomprensible derogación de la denominada “pretensión prestacional” contemplada originariamente en los Arts. 12 inc. 6 y 17 del C.C.A. por la Ley 13.101, generó -paralelamente- la revitalización de la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos. Nos animamos a formular esta afirmación, atento a que, actualmente este tipo de pretensión se erige como el cauce formal para atender a los conflictos derivados de la inactividad material administrativa. Esta circunstancia, ubica a la pretensión analizada en una posición determinante para hacer operativa la manda constitucional referida a la tutela judicial continua y efectiva (Ref. Art. 15 CPBA).

Asimismo, como pudo verse en otro de los puntos de esta obra, las nuevas exigencias que plantea el Estado Constitucional de Derecho, producto de la transformación de sus funciones en aras de alcanzar el bienestar común de la sociedad, le brindan una novedosa impronta a la pretensión de reconocimiento de derechos e intereses. Se erige como el vehículo necesario para canalizar las nuevas problemáticas.

Es indistinto el tipo de derecho o interés que se encontrare en juego, y por tal motivo, quedan englobadas en los términos de ésta cuestiones patrimoniales o vinculadas con derechos personalísimos y con aspectos institucionales.

Como se dijera someramente más arriba, el derecho o interés que pretende ser reconocido, restablecido o reconstruido deberá hallarse en alguna de las fuentes del ordenamiento jurídico. En esta inteligencia, la inactividad material podrá hallar sustento en la Constitución, las Leyes dictadas por el Congreso Provincial, en Ordenanzas Municipales, en actos generales normativos (Decretos Provinciales, Municipales, Pliegos de Bases y Condiciones Generales de Contrataciones, entre otros), actos generales no normativos (Pliego de Condiciones Particulares, actos de llamado a concurso) contratos públicos o efectuados en el ejercicio de la función administrativa por las “otras personas” que menciona el Art. 166 de la CPBA y el Art. 1 del C.C.A., y en hasta principios generales del derecho (Vgr. enriquecimiento sin causa, configurado en los casos de “legítimo abono” o prestaciones efectuadas por los ciudadanos sin sustento contractual¹⁵⁵).

Siguiendo a Soria¹⁵⁶, los supuestos que se encuadrarían en esta pretensión se emparentan con el incumplimiento de ciertos deberes de hacer o de dar (y excepcionalmente de no hacer) por los entes que ejercen función administrativa. A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes situaciones: la realización de una actuación relevante para decidir un procedimiento -realización de una audiencia pública, evaluación de impacto ambiental-; la práctica de ciertos controles administrativos; la ejecución de obras determinadas -rampas de acceso para discapacitados-; la remoción de obstáculos a la transitabilidad de vías públicas; la conexión de un servicio público de distribución domiciliaria; la provisión de determinados medicamentos o tratamientos médicos; la abstención de realizar operaciones materiales que puedan afectar determinados bienes jurídicos; la protección y la adecuada utilización de los bienes del dominio público provincial y municipal; la tutela del patrimonio cultural; cumplimiento de prestaciones contractuales -ej. Pago de una facturación de suministros, de un certificado de obra pública, de un anticipo de un contrato de consultoría-

5.1. Modos de Planteamiento

La amplitud que reviste la pretensión de reconocimiento de derechos, trae aparejada como consecuencia la función divergente que dicha pretensión detenta en el ámbito del proceso contencioso bonaerense.

¹⁵⁴ SORIA, Daniel F. “Aspectos Básicos de las Pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, publicado en “El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires” Director BOTASSI, Carlos A, Coordinador OROZ, Miguel H.E. Tercera Edición. Editorial Librería Editora Platense. Año 2011. Pág. 198.

¹⁵⁵ Sin perjuicio de lo expuesto, en relación al enriquecimiento sin causa, en la actualidad se erige como una fuente autónoma de obligaciones, de conformidad a las previsiones de los Arts. 1785/1786 del Código Civil y Comercial.

¹⁵⁶ SORIA, Daniel F. op., cit., Pág. 231/233.

Así las cosas, conforme a las características que reviste el proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires referido a la unidad de acción y pluralidad de pretensiones luego de la reforma constitucional de 1994 y la aparición del C.C.A., la pretensión sujeta a análisis puede ser incoada en forma autónoma o en forma complementaria o accesoria respecto de las otras pretensiones legisladas en el Art. 12 del C.C.A.

A.- Planteamiento Autónomo. El carácter residual y no subsidiario de la pretensión: Como se puso de manifiesto en el punto anterior, la pretensión de marras es el instrumento idóneo para dar cauce a los pedimentos sustentados en la inactividad material de los entes que ejercen la función administrativa.

Enraizado con el criterio determinante para sustentar la competencia del fuero, es decir, la función administrativa, esta pretensión adquiere un carácter residual en relación a los demás cauces procesales específicos tipificados en el ordenamiento procesal administrativo bonaerense. Bajo esta vía, se intenta evitar que alguna lesión que produzca la administración en la esfera jurídica de los administrados quede marginada de enjuiciamiento judicial¹⁵⁷.

Esta característica, no convierte -a nuestro juicio- en exclusivamente subsidiaria a esta pretensión. Como bien destaca Isabella¹⁵⁸, dicho criterio no surge de la letra del código, ni tampoco puede ser una derivación de carácter residual, o genérico que se le imputa a esta pretensión. La adopción de este temperamento tiene decisivas consecuencias prácticas, debido a que si ésta pretensión sería exclusivamente subsidiaria, obligaría al litigante a justificar la elección de esta vía procesal en el escrito de demanda, puntualizando los motivos por los cuales su petición no se adecua a los postulados de las demás pretensiones reguladas. Quedaría asimilada a la actividad que debe desplegar el amparista al momento de fundamentar la inexistencia de otras vías idóneas o remedios ordinarios tal como lo exige el Art. 20 inc. 2 de la CPBA.

Por lo tanto, la incoación de la pretensión en forma autónoma dependerá de la estrategia procesal adoptada por el profesional letrado interviniente, sin perjuicio de las exigencias en materia de recaudos de admisibilidad, tal como se verá más adelante. Su autonomía constituye un factor de primer orden que ofrece el nuevo Código, para ensanchar las posibilidades de tutela judicial efectiva en el ámbito del proceso administrativo¹⁵⁹.

B.- Planteamiento accesorio o complementario: En este caso, la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos aparece concatenada con alguna o algunas de las otras pretensiones del C.C.A. Esta modalidad quedaría configurada, por ejemplo, cuando se recurre a la pretensión anulatoria a fin de impugnar judicialmente el acto administrativo de alcance particular que dispone una sanción contra un empleado público; en este supuesto, además de la impugnación del acto, se petitiona la reincorporación al cargo y el cobro de los haberes caídos, aspectos que tendrían asidero interponiendo en forma conjunta -detallando dicha cuestión en el escrito de demanda- las pretensiones de reconocimiento e indemnizatoria respectivamente.

Otro tipo clásico de presentación accesoria se configura en la articulación de reclamos por conducto de la vía del silencio administrativo. Aquí -como pudo verse anteriormente- el cauce procesal para ingresar a la vía judicial será la utilización de la vía anulatoria del acto administrativo no emitido por el órgano con competencia resolutoria final, y para adentrarse a los aspectos sustanciales de la controversia, podría ser utilizada la pretensión desentrañada en este punto. Lo mismo podría ocurrir en los supuestos en que la Administración no se expida con relación al pedido de rescisión de un Contrato de Obra Pública -requisito insoslayable según la jurisprudencia de la SCBA-, dado que, configurado el silencio, el contratista junto con la pretensión anulatoria podrá reclamar los derechos nacidos en razón del vínculo contractual a través del pretensión de reconocimiento de derechos.

Adquiere relevancia la pretensión bajo estudio en los supuestos en los cuales es interpuesta alguna medida cautelar o precautelar autónoma, o cualquier tipo de modalidad referida a tutelas urgentes (vgr. reclamos en materia de derecho a la salud). Generalmente en estos casos, la pretensión de reconocimiento de derechos habrá de ser interpuesta en forma principal, a los efectos de sostener un eventual pronunciamiento favorable respecto de las medidas entabladas (cumplimentando con lo previsto en el Art. 23 inc. 2.b del C.C.A. y Art. 207 del C.P.C.C.).

5.2. Requisitos de Admisibilidad

Los recaudos de admisión de la pretensión sufrirán profundas variaciones teniendo en cuenta el modo de planteamiento adoptado por el letrado interviniente.

¹⁵⁷ CASSAGNE, Juan C. – PERRINO, Pablo E. op., cit., pág. 166.

¹⁵⁸ ISABELLA, Diego P. "Pretensiones, Agotamiento de la Vía y Plazos de Caducidad" en "Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires –La Justicia Administrativa–" ISABELLA, Diego P. Director. Ediciones RAP. Año 2010. Pág.488.

¹⁵⁹ SORIA, Daniel op., cit., pág. 251.

Para los casos en que decida incoarse la pretensión en forma autónoma, vale aclarar que, el régimen constitucional bonaerense no exige la existencia de un reclamo administrativo previo ante los entes en el ejercicio de función administrativa. Asimismo, el C.C.A. tampoco lo estipula en forma expresa, luego de la derogación del mencionado Art. 17¹⁶⁰, que de todas maneras, era opcional para el interesado.

En tal sentido, por regla y en la medida que no se persiga la anulación de un acto general o particular o una ordenanza municipal, la demandabilidad es directa (sin la necesidad de agotar la vía, como veremos luego)¹⁶¹, no resultando indispensable instar previamente un procedimiento administrativo¹⁶².

Eventualmente, para garantizar el éxito del examen de admisibilidad de la pretensión, es recomendable cumplimentar con la carga de exponer -sin perjuicio de que el C.C.A. no lo ordena- la clara conducta de la demanda que haga presumir la ineficiencia de acudir previamente a la Administración, y que por ende, se erija como una carga excesiva o inútil (Conf. Art. 14 inc. b C.C.A.). En estos casos, dicha previsión podría satisfacerse acreditando precedentes administrativos¹⁶³ decididos en forma adversa a las pretensiones de la actora. Postulamos esta tesis, debido a la actual redacción del Art. 14 del C.C.A., el cual -implícitamente- no excluye a la pretensión de reconocimiento de derechos del recaudo del agotamiento de la vía, que en estos casos, operaría como una suerte de reclamo administrativo previo.

La situación muta completamente cuando la pretensión de reconocimiento es articulada en forma accesorio o complementaria respecto de la pretensión anulatoria. Esto genera que, cuando exista un acto administrativo -al encontrarse sometido a las previsiones de los Arts. 14 y 18 del C.C.A.- su utilización en forma autónoma resulta restringida. Lo expuesto obedece a que dicha pretensión no puede erigirse como un instrumento para sortear los requisitos de admisibilidad de la pretensión de impugnación de actos administrativos, que impone -más allá de las fundadas críticas constitucionales realizadas- el C.C.A.

En suma, en los casos de incoarse la pretensión anulatoria en forma concomitante con la de reconocimiento de derechos, su admisibilidad formal estará sujeta al cumplimiento de los recaudos contemplados en los Arts. 14 inc.1.a y 18 del C.C.A.

5.3. Contenido de la Sentencia

Conteste a las previsiones del Art. 50, la sentencia que haga lugar a la pretensión decidirá “El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios a tales fines”.

6. La Pretensión Indemnizatoria

La pretensión indemnizatoria o de condena de daños y perjuicios contra el Estado Provincial a favor de los particulares, se encuentra contenida el Art. 12 inc. 3 del C.C.A. En consonancia con las previsiones del Art. 2 inc. 4 del Código, en el supuesto bajo trato, se encuentran enmarcadas en esta pretensión la responsabilidad patrimonial del Estado Provincial, Municipal o de los Entes Públicos, por actividad u omisión ilícita o lícita, de fuente contractual o extracontractual, regidas por el Derecho Público.

6.1. Fundamento

La Responsabilidad Estatal, sea cual fuere su clasificación, tiene su fundamento en la propia existencia y continuidad del Estado de Derecho. Los postulados del actual Estado Constitucional de Derecho (Neoconstitucionalismo) hacen reposar el sustento de este tipo de Responsabilidad en la Constitución Nacional, Provincial y en los Tratados Internacionales. En la actualidad, no existen dudas respecto a que el resarcimiento de los daños ocasionados por el Estado se encuentra regido por principios del Derecho Público. Esta postura, acarrea como efecto que por regla, el instituto de la responsabilidad estatal sea una cuestión regida por del derecho público administrativo local (Conf. Arts. 1765 y 1766 Cód. Civ. y Com.), de acuerdo al sistema de distribución de competencias estatuido en la Constitución Nacional (aspecto consolidado en la causa Barreto de la CSJN, Fallos 329:759).

¹⁶⁰ Dicho artículo contemplaba la figura del reclamo administrativo previo ante el órgano con competencia resolutoria final, para dejar expedita la vía judicial.

¹⁶¹ CCALP Causa N° 3699 “Lagoa”, en cuestiones relativas con Contratos Públicos; CCASM Causa N° 1071 “Carrizo”.

¹⁶² En contra, CCASM “Di Rocco” Causa N° 1161/07.

¹⁶³ Con respecto a la naturaleza de los mismos, ver SCBA Causas B.61020, B.62593, Q.70810.

Recordando brevemente las consideraciones vertidas en los Capítulos anteriores, la responsabilidad estatal halla asidero constitucional en el ámbito bonaerense en la protección al derecho de propiedad de los habitantes de la provincia (Conf. Arts. 10 y 31 CPBA), el principio que veda la posibilidad de dañar al otro (contenido implícitamente en los Arts.25 y 26 de la CPBA), y la igualdad de las cargas públicas (Art. 11).

6.2. Requisitos

Los extremos para determinar la procedencia de la pretensión indemnizatoria variarán según el tipo de responsabilidad que se procure imputar al Estado o a los entes en el ejercicio de función administrativa. En todos los casos, por regla, se configura la demandabilidad directa de los entes eventualmente responsables.

En forma previa, podemos señalar que ante la inexistencia de una legislación vernácula dirigida a regular la Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires (al no regir la Ley N° 26.944), obliga al operador jurídico a recurrir a las soluciones pretorianas a fin de exponer los requisitos que impongan una condena resarcitoria a los entes en el ejercicio de la función administrativa.

Cuando se encontrare comprometida la responsabilidad estatal por acción u omisión ilícita, en el escrito de demanda, revestirá de particular interés acreditar y demostrar la existencia de una “falta de servicio”. Al respecto, la jurisprudencia de la SCBA ha entendido que “La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, y su acreditación debe importar una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño” (Causas A.70729, C.106346, C.92937). En estos casos, es indispensable comenzar por la individualización y configuración de la omisión antijurídica para tener por existente la falta de servicio del Estado (SCBA B. 97468). Conviene asimismo recordar que con lo expuesto, se reafirma la responsabilidad objetiva del Estado, la cual radica en que está obligado a responder solo y nada más que por la falta del servicio (SCBA L.71070).

Cabe advertir que se ha aclarado el ilícito omisivo deberá poseer una delimitación adecuada. Acorde a lo manifestado, el Estado deberá enfrentarse a una situación en la cual está obligado a actuar; esa obligación, no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; la necesidad material en actuar para tutelar ese interés; y la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar. El examen de estas cuestiones deberá hacerse, necesariamente, desde la perspectiva de la razonabilidad (SCBA C.92937).

En forma clara, el accionante deberá probar el nexo causal entre la individualización de la falta de servicio con los daños padecidos por el legitimado activo. Al respecto, serán aplicables en forma analógica las disposiciones contempladas en el Código Civil y Comercial, en especial, los Arts. 1082, 1726, 1727, 1728, 1730, 1736, 1738, 1739, 1740, 1744, 1745, 1746, 1747, 1748 y concordantes del cuerpo normativo citado.

Con relación a la responsabilidad por actividad lícita, el actor –al momento de entablar la demanda– deberá puntualizar (además de los requisitos mencionados, falta de servicio, nexo causal y daños resarcibles) los extremos exigidos por la jurisprudencia en general para esta tipología de responsabilidad: la ausencia del deber de soportar el daño y la presencia de un sacrificio especial. En palabras del Máximo Tribunal provincial, “El reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, entre los que se encuentran la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada, la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño” (SCBA C.115218, C.114057, C.103956, C.100622, C.92796).

Si bien ha sido expuesto anteriormente, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha admitido la procedencia -en caso de ser debidamente acreditada- de la reparación integral para ambas especies de responsabilidad estatal (Causas C.112112, C.92756, B. 58326).

El C.C.A. regula especialmente en el Art. 20, el supuesto vinculado con la pretensión indemnizatoria derivada de la ilegitimidad de actos administrativos. El ordenamiento procesal, estipula dos opciones al actor para incoar la pretensión resarcitoria por el dictado de actos administrativos viciados de nulidad. La primera solución que estipula, es la chance de incoar la pretensión anulatoria e indemnizatoria en forma conjunta. En este caso, además de emanar del órgano con competencia resolutoria final, la acción deberá ser entablada dentro del Plazo del Art. 18 del C.C.A.

La otra posibilidad que fija el Código, consiste en la tramitación de la pretensión anulatoria del acto administrativo objetado, y una vez finalizado dicho proceso, el actor podrá interponer la correspondiente

pretensión de daños y perjuicios dentro de los plazos vigentes en materia de prescripción (3 años, según el Art. 2561). La jurisprudencia bonaerense ha aclarado que el cómputo del plazo comienza a partir de la declaración judicial de ilegitimidad recaída en cosa juzgada, es decir, cuando dicha decisión haya adquirido firmeza (Causa A.87447¹⁶⁴).

6.3. Cuestiones de Competencia

La redacción de la cláusula constitucional, la cual ha fijado como criterio de imputación para la competencia del fuero el ejercicio de la función administrativa, ha incidido profundamente en la determinación de la competencia jurisdiccional cuando se encuentra comprometida la Responsabilidad del Estado Provincial, Municipal o de los demás Entes.

Si bien –como apuntáramos anteriormente– la responsabilidad estatal se encuentra regida y regulada por normas y principios del derecho público (principalmente por el derecho constitucional y administrativo), la exégesis jurisprudencial del Art. 166 de la CPBA y del Art. 1 del C.C.A. ha entendido que únicamente ingresan en la competencia del fuero la responsabilidad generada por actividad exclusivamente administrativa.

La consecuencia que esta hermenéutica acarrea, que la responsabilidad estatal emergente de su actividad jurisdiccional o legislativa quede excluida del fuero contencioso administrativo, y que por añadidura, deban ser presentadas ante la justicia en lo civil y comercial (Causas Ginzo, agregar actuales).

7. La Pretensión Prestacional en el Proceso Administrativo Bonaerense

En este punto analizaremos la pretensión prestacional en la provincia de Buenos Aires, su definición, su desarrollo histórico, sus alcances y límites procesales.

En primer medida corresponde mencionar que la pretensión prestacional es la vía procesal que actúa como garantía de la efectividad de los derechos sociales de los ciudadanos bonaerenses que, permite al particular demandar ante la justicia administrativa la realización por parte del Estado de una conducta positiva o prestación, o bien como explica Pablo Perrino la pretensión prestacional es un remedio procesal frente a la inactividad material de la Administración producida fuera de un procedimiento administrativo y generada en el ámbito de cualquiera de las funciones que el Estado desarrolla.¹⁶⁵

El antiguo sistema judicial contencioso administrativo no preveía la posibilidad para los particulares de iniciar una acción pretendiendo una decisión judicial tendiente a realizar una conducta positiva material por parte del Estado provincial o municipal. El proceso regulado por el código Varela se distinguió por su carácter revisor de la actuación administrativa y por su formalismo extremo que, acompañado por una interpretación restrictiva de la Suprema Corte provincial, desvaneció toda posibilidad de control judicial del poder político, negando sistemáticamente el acceso a la justicia administrativa en el territorio bonaerense¹⁶⁶. Esta regulación era acorde al modelo constitucional que sostuvo institucional y jurídicamente al Estado liberal y capitalista de occidente.

Luego de la modificación constitucional del sistema de justicia administrativa la legislatura bonaerense sancionó la ley 12.008 (en adelante CCA) que, como vimos, adoptó el sistema de unidad de acción y pluralidad de pretensiones enunciando en su artículo 12 las peticiones procesales que pueden ser radicadas en el fuero contencioso administrativo.

La pretensión procesal administrativa constituye, según la clásica definición de Jesús González Pérez, el objeto de la contienda judicial y se manifiesta a través de la declaración de voluntad por la cual el actor peticiona ante un órgano jurisdiccional frente a un sujeto pasivo, diferente del accionante, en demanda de que se haga algo jurídico.¹⁶⁷

En el inciso 6 del art. 12 del CCA se incorporó la llamada pretensión prestacional al afirmar que en el proceso contencioso administrativo podrán articularse pretensiones con el objeto de obtener la realización de una determinada prestación, por parte de alguno de los entes previstos en el art. 1 del mismo texto. Por

¹⁶⁴ Ampliar en OROZ, Miguel H.E. *“El acto administrativo ilegítimo frente al reclamo de daños y perjuicios. El cómputo de la prescripción”*, LLBA, 2006-19.

¹⁶⁵ Perrino Pablo: “Las pretensiones en el CCA”, ED, T180, pág 893.

¹⁶⁶ Ver nuestro trabajo: “La tutela judicial efectiva en la Provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa”, JA, Suplemento de derecho administrativo, 9 de octubre de 2002, pág. 2.

¹⁶⁷ González Pérez, Jesús: “Derecho procesal administrativo hispanoamericano”, Editoriral Temis, Bogotá, 1985.

su parte el artículo 17 regulaba el procedimiento ante otros supuestos de inactividad administrativa que pusieran en marcha la pretensión prestacional.

La reforma del CCA efectuada mediante ley N° 13.101 realizó una modificación estructural del sistema de la ley 12.008, reestableciendo algunas instituciones del viejo código Varela y eliminando del listado de pretensiones la regulada en el inciso 6.

Esta “contrarreforma” llevada a cabo por el poder político provincial no logró eliminar de la realidad jurídica las pretensiones utilizadas por los ciudadanos, encaminada a que el Estado provincial y los municipios cumplan con sus obligaciones constitucionales originadas en el reconocimiento de los derechos sociales y de tercera generación.

Desde la dogmática jurídica, la doctrina ha reconocido el mero carácter enunciativo del artículo 12 del código y que las diversas pretensiones, enunciadas y no enunciadas en dicho catálogo, pueden ser utilizadas en forma conjunta o individual siendo factible acumular varias pretensiones en una sola acción procesal¹⁶⁸. También se argumentó a favor de la procedencia de la pretensión prestacional combinando el artículo 166 de la Constitución bonaerense que considera materia contencioso administrativa la conducta estatal omisiva con el artículo 15 del mismo texto que garantiza la tutela judicial continua y efectiva.¹⁶⁹

Salvada esta cuestión corresponde analizar los alcances, límites y potencialidades que esta nueva pretensión tiene en cuanto a lograr la efectivización de los derechos sociales y los llamados derechos de tercera generación.

La pregunta a responder es si un ciudadano puede exigir a través de una pretensión prestacional que el estado le efectivice un derecho social o de tercera generación que se encuentra expresamente garantizado en la Constitución nacional o provincial.

Consideramos que una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico local nos autoriza a afirmar que en la provincia de Buenos Aires los derechos sociales son garantizables del mismo modo que los demás derechos patrimoniales, porque los actos requeridos para su satisfacción son exigibles jurisdiccionalmente y su acción u omisión susceptible de control judicial.

Reafirmamos que los derechos sociales deben ser tan exigibles como el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad, la vía procesal para ejercerlos es la acción contencioso administrativa y la pretensión concreta es la llamada “prestacional”.

8. La Justicia Administrativa Bonaerense y la Efectividad de los Derechos Sociales

El nacimiento de un nuevo Estado Social alteró la tradicional teoría de la división de poderes, pensada para un Estado Liberal, y generó nuevas funciones de control de la administración por parte del Poder Judicial. Así, a partir de la expansión de la actividad estatal el Poder Judicial pasó a decidir sobre materias nuevas empezando a desempeñar atribuciones que, en consonancia con la doctrina clásica de separación de poderes, no deberían ser asumidas por los jueces. Paralelamente a la asunción por el Poder Judicial de estas nuevas funciones, se inició un proceso de crítica de la actuación del sistema político en lo concerniente a la formulación e implementación de políticas públicas aptas para atender las crecientes demandas sociales.

La justicia administrativa es la encargada de efectuar el control de la actividad estatal e intervenir en los conflictos que se produzcan entre los particulares y la administración pública, buscando la protección de todos los derechos que el ordenamiento les garantiza a los ciudadanos.

La vía procesal que actúa como garantía de la efectividad de los derechos sociales de los ciudadanos bonaerense es la llamada pretensión prestacional.

Es por ello que la reciente jurisprudencia del nuevo fuero administrativo¹⁷⁰ desmiente la teoría de la no justiciabilidad de los derechos sociales ya que a pesar de no estar expresamente prevista la pretensión prestacional en el reformado CCA encontró medios procesales de ampliación de la protección jurisdiccional a través de medidas cautelares anticipadas, acciones de amparo o pretensiones de reconocimiento o

¹⁶⁸ Soria, Daniel F: “Apuntes sobre el régimen de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en el libro colectivo: “El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires”, LEP, La Plata, 2000.

¹⁶⁹ Botassi, Carlos A: “Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la ley 13.101), JA-Suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 3 de noviembre de 2004, pág. 2

¹⁷⁰ CSJN, Causas Q. 64. XLVI. “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, R. 1148. XLI. ORIGINARIO “Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo” SCBA, causas “A. 71.230, “Gutiérrez, Griselda Margarita y otra contra Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro sobre Amparo,” A. 70.571, “Asociación por los Derechos Civiles contra Dirección General de Cultura y Educación. Amparo”.-

restablecimiento de derechos en materia de salud, vivienda, reparación del medio ambiente, seguridad social, etc.

La lucha por los derechos sociales y de tercera generación debe comenzar por considerar a estos derechos como bienes, incorporados a los activos de cada ciudadano y no como una abstracción conceptual que sólo puede encontrarse en un texto constitucional o un libro de la materia.

Los derechos económicos, sociales y culturales han sido protegidos expresamente por el derecho internacional a través de los tratados de protección de los Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo Adicional de San Salvador) que en el año 1994 – a través de la reforma constitucional- fueron incorporados al ordenamiento jurídico nacional en su misma cúspide.

En el contexto interamericano de protección de los derechos humanos, los derechos económicos sociales y culturales son definidos como aquellos derechos fundamentales que posibilitan al individuo una calidad y nivel de vida adecuado a su naturaleza, reconociendo como tales a los siguientes: al empleo, a la seguridad social, a la vivienda, a la educación, a la salud, a la alimentación, a la cultura, entre otros.

La realidad nacional y regional nos impone el desarrollo de garantías eficientes para tutelar y efectivizar los derechos sociales de gran parte de la población que se encuentra aún excluida de los beneficios que la comunidad reconoce a los incluidos en ella. Estas técnicas o mecanismos de tutela de los derechos, destinados a lograr su efectividad, pueden ser tanto institucionales (políticas o jurisdiccionales) como extrainstitucionales o sociales (acceso a la información y participación de la ciudadanía). Así, tanto a nivel federal, como en el ámbito bonaerense, la revisión judicial de las políticas públicas y la consiguiente efectivización de los DESC es competencia de la justicia contencioso administrativa. A partir de las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron creados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la jurisdicción provincial bonaerense nuevos organismos judiciales descentralizados con competencia material de derecho público. La puesta en funcionamiento de estos tribunales permitió el desarrollo de una jurisprudencia de efectivo control de las políticas sociales de los estados y la garantía de los derechos sociales en dicho ámbito judicial.

En nuestra provincia existía una falta de tradición cultural sobre la posibilidad de judicializar los derechos sociales, en parte debido a la resistencia del propio Poder Judicial para resolver cuestiones de apariencia típicamente política y en parte causada por el desconocimiento del sistema de derechos reconocidos en los tratados de protección de los derechos humanos. Esta resistencia cultural está siendo superada por la labor de los magistrados del Fuero Contencioso Administrativo y el empeño de muchos defensores oficiales, abogados particulares, organizaciones no gubernamentales y de base que litigan en esta materia.

Por ello consideramos imperioso, en esta etapa histórica gestacional de un nuevo paradigma en la distribución social de derechos, construir teóricamente un sistemas de ideas en el que la unidad de la actividad del Estado -bajo un nuevo régimen común de derecho público- sea una herramienta eficaz para garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, requiriéndose para ello una intervención planificada del Estado en el sistema económico y social de nuestras naciones. Ahora bien, la viabilidad de la interpretación propuesta, no dependerá sólo del texto de la constitución o las leyes, ni tampoco de las políticas sociales de un gobierno progresista o de izquierda, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado Social y Democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.

Es así que es imprescindible lograr mediante una efectivización de los llamados derechos sociales una estructura económica que garantice una disminución de las desigualdades económico-sociales y la inclusión de sectores de la población excluidos y marginados. Para ello, la función del Estado, la construcción de políticas públicas adecuadas, la transformación de los servicios públicos y la edificación de una ciudadanía social y participativa son problemas que deben ser abordados desde el derecho administrativo con una visión políticamente igualitaria. Además el sistema institucional requiere el acompañamiento de un poder judicial que concrete la revisión de políticas públicas sociales de forma tal de garantizar estos derechos fundamentales a la ciudadanía más desaventajada.

Para pensar en un abordaje del derecho público desde una postura crítica a la tradición liberal conservadora de nuestra tradición jurídica e institucional es necesario revisar las teorías doctrinarias sobre la que se construyó el derecho administrativo y constitucional. Dice Luigi Ferrajoli que: "Todo esto requiere voluntad y capacidad de proyección reformadora y de innovación teórica e institucional. La innovación es necesaria sobre todo en el campo del derecho administrativo donde la ciencia jurídica legada carece todavía

de una teoría de los derechos sociales y de las correlativas obligaciones públicas capaces de dar forma y garantía de efectividad a las expectativas correspondientes a las funciones positivas del Welfare State¹⁷¹.

8.1. El Principio de Progresividad y no Regresividad en materia de Derechos Sociales

8.1.a) La progresividad como una característica común a todos los derechos humanos y como criterio hermenéutico en materia de derechos sociales

Una necesaria aclaración previa; no se deben confundir los principios de progresividad y no regresividad, en tanto herramientas interpretativas positivizadas normativamente para los Derechos Sociales, con la progresividad como una de las característica general de los Derechos Humanos, junto con la universalidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia. La progresividad, en esta última acepción, denota la constante aparición en la historia de la humanidad de nuevos derechos humanos desconocidos hasta el momento en que son reconocidos jurídicamente por los Estados (Entre las últimas apariciones se puede pensar el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la verdad, entre otros). Fabián Salvioli explica esta característica común de los derechos humanos al decir que estos: “no pueden quedar al margen de la evolución histórica, y de allí su característica de progresividad; por una de las facetas de la misma, el contenido de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres experimentan una actualización y evolución permanentes”¹⁷².

Para sintetizar entonces esta diferencia básica de la que partimos para abordar la presente cuestión a los principios interpretativos de los derechos sociales- recorro a la clara explicación de Pedro Nikken sobre los alcances de la mencionada característica de los derechos humanos con la que los primeros sólo comparten el nombre: “La progresividad no debe entenderse como una nota de la exigibilidad de los derechos humanos, en el sentido de que ésta no sería inmediatamente realizable. Por el contrario, una vez identificado un derecho determinado como inherente a la dignidad de la persona humana, éste merece protección inmediata como tal. La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la aparición, es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible.”¹⁷³

8.1.b) Reconocimiento normativo del principio de progresividad

Tratándose del estudio de un principio jurídico corresponde adelantar que en su definición conceptual se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas. El concepto de principios jurídicos que utilizaré aquí presenta las siguientes características: 1) Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. 2) Están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado. 3) Disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas “lagunas del derecho”. 4) Tienen un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica. 5) Los llamados principios generales del derecho integran nuestro ordenamiento jurídico, y disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez. La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones: i) Informadora: Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico; ii) Normativa: Sirven para llenar los vacíos legislativos actuando en forma supletoria en caso de ausencia de norma; por ello se afirma que los principios son medios de integrar el derecho; ii) Interpretadora: Esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

Como bien lo dice Courtis, los principios de progresividad y no regresividad son empleados en materia de derechos sociales, siendo ajenos al ámbito de protección de los derechos civiles y políticos. Tal

¹⁷¹ Ferrajoli, Luigi; “El garantismo y la filosofía del derecho” Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 15, Bogotá 2001.

¹⁷² Salvioli, Fabián, “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir.), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

¹⁷³ Nikken, Pedro; La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°52, p. 55, San José, Costa Rica.

circunstancia obedece a la propia historia de reconocimiento y positivización de los derechos humanos que dispusieron estructuras diferentes en uno y otro caso por cuestiones ideológicas, políticas, sociales y – principalmente- económicas. La división del mundo en dos bloques ideológicos contrapuestos (capitalismo-socialismo) dio origen a la división conceptual histórica respecto de las dos clases de derechos humanos reconocidos por los ordenamientos jurídicos. Como explica Pedro Nikken, “para el bloque liderado por los Estados Unidos, el ejercicio de la libertades individuales, en particular la libertad de empresa y las demás libertades económicas dentro de una economía de mercados, cimentaría la prosperidad dentro de la cual las necesidades humanas de naturaleza económica, social y cultural podrían quedar satisfechas. Los DESC no resultaban, dentro de ese concepto, equiparables a los derechos civiles y políticos, pues estos eran verdaderos derechos subjetivos justiciables y exigibles inmediatamente, mientras que los primeros sólo reflejarían aspiraciones, expectativas y metas logrables, no a través del sistema legal sino de los mecanismos propios de la economía y de las políticas públicas en ese ámbito.”¹⁷⁴ Agrega que la división en dos Pactos puede ser también vista como la exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales de los mecanismos legales de control de los derechos civiles y políticos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, lo que habría significado una victoria del entonces Bloque Occidental.

Los derechos civiles y políticos reconocidos en los tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, entre muchos otros) son operativos y deben ser garantizados y efectivizados a sus habitantes por los Estados. Este reconocimiento se expresa en tres tipos de obligaciones de los Estados en la materia: 1- Respetar los derechos protegidos; 2- Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción y 3- Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.

No sucedió lo mismo con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que los instrumentos jurídicos internacionales que los reconocieron no dispusieron su plena efectividad o su exigibilidad directa e inmediata, sino que mediatizaron su satisfacción por el mecanismo de la progresividad. Los motivos centrales de esta limitación, además de aditamentos ideológicos, son de naturaleza económica y encuentran su núcleo en la escasez de recursos para afrontar la plena efectividad de los derechos sociales.

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

En el ámbito regional la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 26 similar criterio (Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados), reiterado luego en el art. 1 del Protocolo Adicional de San Salvador (Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo).

Estas normas acuñaron el principio de progresividad y -su consecuencia lógica- la prohibición de regresividad y otorgaron al sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos una disminuida herramienta de efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. En palabras de Abramovich y Courtis; “se trata de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para todo país asegurar la plena realización de los derechos sociales”¹⁷⁵

No obstante la dificultad para efectivizar los derechos sociales que tal progresividad conlleva, la doctrina y jurisprudencia han intentado –con cierto éxito- limitar los alcances de tal principio estableciendo pautas

¹⁷⁴ Nikken, Pedro, La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°52, p. 55, San José, Costa Rica.

¹⁷⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

para determinar un piso mínimo de protección de esos derechos, los contenidos básicos a garantizar y disponer criterios precisos para medir el progreso en su goce efectivo.

A pesar de los intentos de optimizar las herramientas interpretativas que brindan estos principios, sus alcances se aplican sólo respecto a un estado general colectivo en el goce de un determinado derecho, limitándose su intervención en los casos de regresividad respecto de situaciones individuales. Por ello, como explica Oscar Parra: “La prohibición de regresividad no es, entonces, absoluta. Por el contrario, puede un Estado adoptar una política regresiva sin incumplir sus obligaciones, si demuestra que la misma está justificada en relación a todos los derechos del PIDESC (o de la CADH, o del PSS), teniendo en cuenta la utilización del máximo de los recursos disponibles. Es decir, si la medida regresiva en relación a un derecho se adopta a efectos de posibilitar la satisfacción de otros derechos o su goce de modo más igualitario y, teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta el Estado, tal medida era ineludible para lograr los objetivos antedichos, entonces no se estará incumpliendo el Pacto. De todas formas, una medida regresiva se presume violatoria del tratado. Esto quiere decir que, llegado el asunto al examen de algún organismo de control, será el Estado quien deba probar que la medida regresiva está justificada.”¹⁷⁶

8.1.c) Interpretación de los principios por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas)

A nivel universal la limitación y determinación del principio de progresividad se puede observar en la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que al respecto sostuvo: “La principal obligación de resultado que se refleja en el artículo 2 (1) es tomar medidas “para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos” en el Pacto. La expresión “progresiva efectividad” se usa a menudo para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general no será capaz de lograr en un corto período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere significativamente de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la realización en el tiempo, o en otras palabras progresivamente, se ha previsto en el Pacto no debe interpretarse como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Es por un lado, un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes en relación con la plena realización de los derechos en cuestión. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible hacia ese objetivo.”

Sin embargo el propio Comité habilita en ciertos casos la adopción de medidas regresivas por parte de los Estados. Al respecto dijo en la misma Observación General que: “las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de la plena utilización de los máximos recursos disponibles”.

El camino hacia la efectivización de los derechos sociales está directamente vinculado con la posibilidad de su judicialización y la necesaria existencia de recursos procesales para obtener el goce pleno de tales derechos. Así, en la Observación General N° 9, el Comité avanzó en dicha dirección al expresar que el Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contienen los sistemas en que se prevé tal opción y a tal fin entendió que “no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes.”

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también utilizó el principio interpretativo en cuestión al evaluar el tercer informe periódico de Alemania, censurando el aumento de las tasas

¹⁷⁶ Parra Vera, Oscar, Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p.140.

universitarias, dado que el art. 13 del PIDESC pide por lo contrario, esto es, la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita.

8.1.d) Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (O.E.A.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la efectivización de los derechos sociales al interpretar la aplicación del artículo 26 de la CADH, determinando los alcances del principio de progresividad en la materia. Así lo hizo en los precedentes “Cinco Pensionistas vs. Perú” y “Acevedo Buendía vs. Perú”.

En el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” la Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, en cuanto el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

La Corte entendió que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención. Además consideró que el Estado violó el artículo 25 de la Convención Americana al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas éstas.

Respecto de la progresividad en el pleno goce de los derechos sociales dijo la Corte que: “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

En el caso “Acevedo Buendía y otros vs. Perú” nuevamente la corte interpretó el principio de progresividad afirmando que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate distinguiendo las obligaciones estatales cuando se trata de un derecho civil (propiedad y garantías judiciales) respecto de los casos en que está en juego un derecho social (progresividad).

La Corte sostuvo que “En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una mención directa a los derechos económicos, sociales y culturales; una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación; así como los respectivos mecanismos para su promoción y protección, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo recogían en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales.”

Agregó luego que “el Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos no podrá lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.

En el meollo de la cuestión en debate, la Corte sostuvo que “El incumplimiento de las referidas sentencias judiciales y el consecuente efecto patrimonial que éste ha tenido sobre las víctimas son situaciones que afectan los derechos a la protección judicial y a la propiedad, reconocidos en los artículos 25 y 21 de la Convención Americana, respectivamente. En cambio, el compromiso exigido al Estado por el artículo 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la obligación estatal que se desprende del artículo 26 de la Convención es de naturaleza diferente, si bien complementaria, a aquella relacionada con los artículos 21 y 25 de dicho instrumento.”

8.1.e) Interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El principio de progresividad en materia de derechos sociales ha sido utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendiendo que impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en esta materia requiere la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el marco del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga, siguiendo las pautas interpretativas, tanto del Comité Desc, como de la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos (Ver fallos: “Aquino”, “Madorrán”, “Milone”, “Torrillo”, “Medina”, “Silva”, “Sánchez” y “Asociación Trabajadores del Estado”).

En el precedente “Benedetti, Estela Sara c/ P.E.N. ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo”, resuelto en fecha 16 de septiembre de 2008, utilizando el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales reconoció el derecho de la actora a percibir las sumas en concepto de renta vitalicia previsional en la moneda y demás condiciones pactadas. Así, observó la Corte que “es inculcable que las normas que alteraron las condiciones pactadas se han desinteresado de la concreta realidad sobre la que deben actuar, a la par que han desvirtuado lo establecido en el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, norma que asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11 inc. 1, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora continua de sus condiciones de existencia.”

La Corte volvió a aplicar el principio de progresividad en otro caso en el que se encontraba en juego un derecho social (vivienda) en abril de 2012 ordenando a la demandada (CABA) garantizar los derechos desconocidos de la amparista. Así en el caso “Q. c., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.” la actora se agraviaba por el alcance restrictivo que la sentencia apelada otorgó al principio de progresividad. Sostuvo que si la progresividad se mide con relación al conjunto general de la población -y no respecto de la situación de cada individuo- resulta prácticamente imposible evaluarla. Explica que ello obligaría a los afectados por una medida regresiva a cotejar todas las partidas presupuestarias destinadas a todos los derechos económicos, sociales y culturales -de forma tal de determinar si la regresión denunciada puede entenderse subsanada o compensada-. Por último, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

Allí dijo la Corte que: “Según el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una

nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual. Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.”

En el caso “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, fallado el 18 de junio de 2013, la Corte sostuvo que “debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú. Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, convinieron en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación, entre otros del principio según el cual el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia”

8.1.f) Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires aplicó recientemente -24-09-2014- el principio de progresividad al resolver otorgar una medida cautelar en el caso "Picorelli Jorge Omar y otros c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Inconst. Ord. N° 21.296" que ordenó suspender la vigencia de una normativa municipal que podría afectar la salud de la población y el medio ambiente. Allí dijo que “la circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad (CSJN, Fallos 326: 1442; 327: 2293; 5002; 329: 976; 1586; 333: 108; 2222; entre muchos otros), en modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse el medio ambiente y la salud de la comunidad, afectando el interés público implicado en su tutela constitucional (arts. 41, C.N.; 28 Const. Pcial.). Desentenderse de los efectos que sobre la población pueda provocar la iniciativa de reformas normativas como la aquí analizada, se exhibe, al menos en esta instancia inicial, reñido con el principio de progresividad vigente en la materia (conf. art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316; esta Corte causa I. 71.446, “Fundación Biosfera”, res. cit.) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires ineficaces. El despacho cautelar favorable luce conteste con la interpretación del principio de prevención, precautorio y de progresividad de aplicación al ámbito normativo urbano ambiental que esta Suprema Corte efectuara en los autos C. 111.706, sent. del 8-VIII-2012 (art. 4 de la ley 25.675; cfr. Asimismo causas B. 64.464, “Dougherty”, cit.; I. 68.174, “Filón” e I. 71.446, “Fundación Biosfera”, cit.).

9. Pretensión meramente declarativa

9.1. Objeto

Las pretensiones declarativas, se dirigen en pos de un pronunciamiento clarificador con fuerza de cosa juzgada, y contienen como presupuesto un estado de incertidumbre acerca de la existencia o modalidades de una determinada relación jurídica proyectándose en dos direcciones según sea que el estado jurídico se discuta realmente (pretensión declarativa en sentido amplio) o bien que se base en un litigio eventual en virtud de la puesta en duda de esa situación jurídica (pretensión meramente declarativa).

Es *su función preventiva* dada por la inexistencia de un daño actual como requisito de procedencia y solamente exigirse la presencia de un interés jurídico actual frente a un estado de duda, peligro, incertidumbre o inseguridad y que constituye el fundamento jurídico para activar la verificación jurisdiccional que satisfaga ese interés acerca de la existencia de la norma y del hecho que constituye su presupuesto.

Conforme lo ha expresado la CSJN que este tipo de pretensión –como la de amparo- tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos: es un medio eficaz y suficiente para satisfacer e interés de la actora que se agota en una mera declaración de certeza.

Se puede señalar que la sentencia declarativa puede despejar *un estado de incertidumbre o duda actual sobre ciertos derechos* o relaciones jurídicas (sentencia declarativa) o bien alejar la *amenaza o peligro eventual, por daño potencial, sobre situaciones jurídicas conflictivas* (sentencia meramente declarativa).

Al respecto, postula Chioyenda "...se llama propiamente acción y sentencia meramente declarativa a aquella figura general de acción y de sentencia con la que el actor que la propone o la invoca tiende exclusivamente a procurarse la certeza jurídica frente a un estado de falta de certeza que le es perjudicial, pidiendo a tal objeto que se declare existente un derecho suyo e inexistente el derecho ajeno, con independencia de la efectiva realización de la condena, de la ejecución forzada"¹⁷⁷

La idea básica –sostiene Chioyenda– consiste en entender que se da interés suficiente cuando la situación de hecho es tal que el actor, sin la declaración judicial de certeza, sufrirá un daño, de modo que la declaración judicial se presenta como medio necesario para evitarlo¹⁷⁸. Así para este autor son casos típicos de interés, la negación pública de un derecho que el actor juzga poseer y la jactancia de un derecho por parte del demandado¹⁷⁹.

Por su parte Carlo Carli ha señalado "...que la sentencia declarativa se encuentra desde antaño en el ordenamiento procesal y no necesita ser legislada, la pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza incorpora al esquema procesal una actividad jurisdiccional de carácter preventivo, por la cual se obtiene la eliminación de la incertidumbre aun cuando no existiera en ese instante una lesión, desconocimiento o violación del derecho."¹⁸⁰ Y aunque la ley 12.008 ha omitido el adverbio puesto que se refiere a "declaración de certeza", ello no hace perder su substancia al mencionado instituto.¹⁸¹

Así podemos decir que, se caracteriza esta pretensión porque se agota su satisfacción con la declaración judicial requerida y en esto se distingue de otras que requieren de una declaración judicial pero no se agotan en ella. De ahí que se destaque en doctrina que la palabra "meramente" que acompaña a "declarativa" para denominar la pretensión es esencial.

Por otra parte, la declaración de certeza debe sustentarse en un caso originado en la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas de los entes mencionados en el artículo 1° del Código Contencioso Administrativo, de modo tal que el accionante debe invocar *un interés real, concreto y suficiente* para incitar la jurisdicción. No puede pretender la interpretación abstracta de una norma jurídica, ni pronunciamientos meramente teóricos o hipotéticos.

Así, la Corte Suprema de Justicia Nacional tiene decidido que la acción declarativa no comprende planteamientos académicos o declaraciones abstractas, pues la petición tiene que referirse a una relación jurídica concreta, esto es, responder a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad (Fallos: 304:759; 310:606; 311:421 y 1835; 318:2374).

Ahora bien, el artículo 12 inciso 4 del CCA, persigue la declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el derecho administrativo, la cual tramitará por el cauce procesal previsto en el art. 322 del CPCC.

Resulta *esencialmente preventiva* y ello ha llevado a entender que resulta inconciliable complementarla con el propósito dirigido a lograr un pronunciamiento de condena, en tanto, esa intención conlleva necesariamente el análisis y posterior condena de ilegalidad de actos particulares o generales.¹⁸²

Esta acción no persigue, contrariamente a lo que caracteriza a las de condena, un pronunciamiento que cree en los órganos de ejecución el deber de actuar compulsivamente contra el obligado. La sentencia que en ella recaiga tiene como finalidad la de fijar, con carácter irrevocable, una relación jurídica o un estado de derecho que hasta entonces permanecía desconocido o en incertidumbre¹⁸³

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Provincial, se ha ocupado de delinear los contornos de esta acción, al expresar que: "La pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza tiene por finalidad primordial obtener una declaración judicial que ponga fin a un estado de incertidumbre sobre la existencia, modalidades o alcances de una relación jurídica en aquellos casos en los que esa falta de certeza pueda producir un perjuicio o lesión actual al actor, tal como reza el artículo 322 del C.P.C.C. (por remisión expresa del art. 12 inc. 4 de la ley 12.008 -texto según ley 13.101-). La existencia de una duda acerca de alguno de los esos extremos es un requisito sine qua non para la procedencia de esta acción, siendo menester además, que quien la promueve no cuente con otro medio legal para poner término a esa situación"¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Chioyenda, Giuseppe. *Acciones y sentencias de declaración de mera certeza. Relación general sobre el tema en Ensayos de derecho procesal Civi*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. T. I.

¹⁷⁸ Chioyenda, Giuseppe *Revista de Derecho Procesal*, año V, primera parte, p. 561.

¹⁷⁹ Chioyenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1940, t. 1, p. 198 y ss..

¹⁸⁰ Carlo Carli *La demanda Civil*, Lex, La Plata 1977, pag. 41 y sgs.

¹⁸¹ Milanta Claudia A.M. *El nuevo proceso contencioso administrativo*, Editorial Scotti, La Plata 2011, p. 651

¹⁸² CCALP 5978 *Administradora Barrio Privado Las Lomadas SA*, sent. 22/08/2008.

¹⁸³ SCBA B:66.031 *Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/Municipalidad de Avellaneda s/Acción declarativa de certeza*, res. 06/04/2004.

¹⁸⁴ SCBA, B 66737 *Spicer Ejes Pesados S.A. s/ Acción meramente declarativa*, res.06/07/2005; en similares términos la causa B 68.876 *Gualco, María F. y otro c/ Colegio de Escribanos de la Provincia Buenos Aires s/ Acción declarativa. Cuestión de competencia*, l 13/12/2006.

En el marco del régimen anterior al nuevo código, esta vía procesal era virtualmente inoperante, ya que se condicionaba su admisibilidad al cumplimiento de los requisitos especiales de la acción contencioso administrativa. Fue la Suprema Corte en su actual integración la que admitió esta clase de acciones, bajo la órbita de su jurisdicción originaria, cuando de casos contencioso administrativo se trataba.¹⁸⁵

En dicho pronunciamiento, la Corte afirmó que el conocimiento y decisión de las cuestiones administrativas no debía soslayarse por la circunstancia de haberse articulado la pretensión prevista en el art. 322 del CPCC. Y que, supuesto un caso administrativo, en ausencia de limitación constitucional al respecto, la competencia del tribunal no quedaba desplazada por el tipo de pretensión planteada.¹⁸⁶

Es dable aclarar y como señalara la SCBA en distintos pronunciamientos que la acción declarativa de certeza no puede ser utilizada como un medio omnicompreensivo y versátil que permita superar los obstáculos jurídicos y/o temporales que puedan plantear las vías legales específicamente previstas para cada caso por el legislador.¹⁸⁷

9.2. Regulación

9.2.a) Cauce Procesal

De acuerdo a lo establecido en el CCA, corresponde determinar cuál es el alcance de la remisión que efectúa el art. 12 inc. 4° del texto legal citado en relación al art. 322 del CPCC. Esto es, si es al sólo efecto de determinar el tipo de proceso -ordinario, sumario o sumarísimo- aplicable, o bien, además determina las condiciones de admisibilidad de la pretensión que establece el referido artículo del CPCC-

La doctrina ha entendido que el código ha equiparado todas las pretensiones reguladas en él, luciendo la pretensión declarativa, como un remedio legal “autónomo y principal”, por lo que esta pretensión no goza del carácter residual.

De acuerdo a lo establecido en los párrafos segundo y tercero del art. 322 del CPCC, el tipo procesal dependerá, en primer lugar, de la elección del actor y, en definitiva, de la resolución que con carácter irrecurrible adopte el órgano jurisdiccional teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.¹⁸⁸

9.2.b) Requisitos de procedencia

Pese a la remisión normativa efectuada por el art. 12 inciso 4 del CPCA, conviene recordar que ello no implica hacer valer en este proceso los requisitos que surgen del CPCC. Aclarado ello, se pueden mencionar los siguientes requisitos de procedencia de la pretensión:

a) estado de incertidumbre, debe existir duda, inseguridad, hipótesis de problema, y consiguiente intranquilidad que debe ser subjetiva y objetiva, no es suficiente un simple capricho o ignorancia.

El estado de incertidumbre debe versar sobre la existencia, el alcance o las modalidades de una relación o situación jurídica (cfr. arts. 12 inc. 4. CPCA y 322, CPCC). Puede producirse durante la vigencia de una relación jurídica, sea porque no existe certeza respecto de la existencia o inexistencia de la situación, o sobre la interpretación de una cláusula del contrato, o sobre alguna modalidad del mismo, supuestos que colocarían a alguno de los sujetos de ese vínculo en condición de ignorar jurídicamente sus derechos

b) existencia de un interés jurídico suficiente.

El interés en obrar, en tanto interés jurídico suficiente para abrir la jurisdicción, presenta en esta pretensión particularidades que son consecuencia del carácter esencialmente preventivo de la acción. Esta clase de tutela presupone que la lesión, el agravio o menoscabo no se ha consumado, pero, simultáneamente, que habrá de concretarse

La precisión sobre el interés jurídico para formular la pretensión permite ubicar la función judicial en un ámbito que le es propio, fuera de cuyo alcance se encuentra el evacuar consultas o emitir meras opiniones o

¹⁸⁵ Causa B: 64.222 *Caja de Previsión Social para Agrimensores, Arquitectos, Ingenieros y Técnicos*, res. 17-07-2002.

¹⁸⁶ Soria, Daniel Fernando *Aspectos Básicos de las Pretensiones en el Código Procesal Administrativo de Buenos Aires*, en la obra *El nuevo proceso contencioso administrativo*, Editorial Scotti, La Plata 2011, p. 245.

¹⁸⁷ SCBA B 66.031 *Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/Municipalidad de Avellaneda s/Acción declarativa de certeza. Tercero: Fiscalía de Estado*, res. 06/04/2004; SCBA B 66.737 *Spicer Ejes Pesados S.A. s/ Acción meramente declarativa*, res.06/07/2005.

¹⁸⁸ ARTICULO 322°: Acción meramente declarativa. Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. Si el actor pretendiera que la cuestión trámite por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, la demandada deberá ajustarse a los términos del artículo 484°. El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida. Esta resolución no será recurrible.

declaraciones abstractas o genéricas que son, a todas luces, ajenas a la tarea de los jueces. La actualidad de la lesión referida al estado de incertidumbre no extralimita esa función, desde que sin la declaración judicial de certeza el daño jurídico se habrá de producir.

c) que la cuestión objeto de aclaración se encuentre regida preeminentemente por normas de derecho público o administrativo en la especie y

El pronunciamiento que se persigue obtener habrá de referirse a una determinada relación o situación jurídica regidas por el Derecho Administrativo. De este modo delimita el Código la materia sobre la base de la norma objetiva, pero que se ha de integrar con la cláusula general que comprende todo caso originado en el ejercicio de funciones administrativas (art. 166, Const. prov. y 1, ley 12.008).

En cuanto a la innecesidad de acreditar la indisponibilidad de otro medio legal (opinión en disidencia de la Dra. Milanta en la causa 447 "Murialdo" -esto último cfr. se desprendería del juego de los arts. 12, inc. 4, y 14, inc. 1, ap. "d", del C.P.C.A.-), considero al igual que la doctrina mayoritaria que la remisión del artículo 12 inciso 4 del CPCA debe quedar limitada al tipo de trámite.

A diferencia de lo que sucede en el régimen del CPCC, en la ley 12.008 desaparece la exigencia de que no exista otra vía o medio para lograr el efecto pretendido, de forma tal que la pretensión de mera declaración de certeza en materia administrativa no presenta carácter subsidiario. De todos modos, aunque no funcione la subsidiariedad como recaudo, la disposición de otros remedios legales en procesos abiertos impediría prima facie su utilización pues escapa al carácter ejercicio de la actividad jurisdiccional.¹⁸⁹

Sin perjuicio de ello, la SCBA y la CCASM han entendido que la remisión comprende el recaudo concerniente a la "indisponibilidad de los otros remedios legales", por lo tanto le han conferido a esta pretensión el mismo carácter subsidiario y residual que le tiene asignado el C.P.C.C.

En este entendimiento, la Suprema Corte Provincial, ha dicho que: "...cuadra advertir que la acción deducida es, como el propio texto del artículo 322 del C.P.C. y C. lo indica, un remedio subsidiario, que procede sólo cuando el actor "... no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente..."¹⁹⁰

La Cámara de La Plata en este aspecto señala que "...ha de advertirse que si bien no se desprende del referido art. 12, inc. 4 del C.C.A. la exigencia del requisito previsto por el art. 322 del C.P.C.C. en cuanto a la indisponibilidad de otro medio legal para hacer cesar en forma inmediata el estado de incertidumbre (Cassagne, Juan Carlos- Perrino, Pablo Esteban. "El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires" Lexis Nexis. Mayo 2006, pág. 172; cfr. asimismo pareciera colegirse, como se mencionara más arriba, del art. 14, inc. 1, ap. "d" del C.C.A.), ello no implica que pueda utilizarse dicho derrotero procesal para sustituir los carriles propios en que debió desarrollarse la pretensión o reclamo del demandante...."¹⁹¹

A este respecto, la Suprema Corte Provincial, ha dicho que: "La acción declarativa de certeza no puede ser utilizada como un medio omnicompreensivo y versátil que permita superar los obstáculos jurídicos y/o temporales que puedan plantear las vías legales específicamente previstas para cada caso por el legislador"¹⁹².

9.2.c) Presupuestos de admisibilidad

En principio, no son presupuestos de la pretensión declarativa ninguno de los relacionados con la impugnación de actos. En particular el agotamiento de la vía administrativa resulta inaplicable, toda vez que la pretensión meramente declarativa no configura, de suyo, un remedio estricto o necesariamente impugnatorio. (art. 14 inc.1, apartado d)).

Ello es así, ya que exigirle inexorablemente el tránsito por la pretensión anulatoria puede afectar la efectividad de la tutela judicial de sus derechos o intereses (art. 15, Const. Pcial).

En cuanto al pago previo en materia tributaria, sin perjuicio del derecho de la autoridad provincial o municipal de promover contra el demandante el correspondiente juicio de apremio, este requisito no resulta exigible (art. 19, inc. 3, b).

Aquí el CPCA sigue la línea de alguna jurisprudencia federal¹⁹³ que ha eximido el cumplimiento del solve et repete, precisamente, cuando la pretensión incoada es de mera certeza. Claro está, ello no obsta al cobro compulsivo del tributo. La Administración pública puede intentarlo por las vías procesales pertinentes, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema nacional y expresamente puntualiza el CPCA (art. 19 inc. 3, b, última parte).

¹⁸⁹ Soria, Daniel Fernando *Aspectos Básicos de las Pretensiones en el Código Procesal Administrativo de Buenos Aires, en la obra El nuevo proceso contencioso administrativo* Editorial Scotti, La Plata 2011, p. 2468

¹⁹⁰ SCBA, B 66737 Spicer Ejes Pesados S.A. s/ Acción meramente declarativa, res. 06-07-2005.

¹⁹¹ CCALP causa n° 3679 Tierra Greda S.A. c/ Rentas – Ministerio de Economía - s/ Pretensión Declarativa de Certeza, res. 01-07-2007

¹⁹² Ídem 10

¹⁹³ Fallos 310:606

Aun así, algunos tribunales inferiores admitieron pretensiones de este tipo para que la autoridad se abstenga de iniciar una ejecución fiscal, poniendo énfasis en el carácter preventivo del instituto procesal en cuestión.¹⁹⁴

Con respecto al requisito temporal del plazo de caducidad para su interposición, esta pretensión no está sujeta al mismo. (art. 18 CPCA).

9.2.d) Medidas cautelares

El código no hace ninguna limitación en torno a la aplicación de las medidas cautelares autorizadas por éste para el caso de la articulación de este tipo de pretensión, es decir una tutela urgente en el marco de un proceso principal.

Por lo tanto resulta aplicable a esta pretensión, sin ninguna limitación, todo el régimen cautelar dispuesto en el CPCA –arts. 22 y sgs.–, a pesar del criterio que sostiene que por la finalidad declarativa de la pretensión –cuyo propósito se agota en la declaración del derecho- debiera restringirse la admisibilidad de dichas medidas asegurativas.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata ha dicho que “...Este Tribunal de Alzada ha tenido oportunidad de expedirse en el sentido que si bien, en el marco de una acción declarativa de certeza, pueden otorgarse medidas cautelares (arts. 15, 166 y concs., Const. Prov.; 1, 12, 22 y concs., CCA, causas CCALP n° 270 “Botto” y n° 272 “Abelleira” res. del 8-3-05 y 10-3-05, respectivamente), no se advierte la concurrencia de los presupuestos que justifiquen el sostenimiento de la dictada en autos...”¹⁹⁵

9.2.e) Recursos

Sin perjuicio del trámite procesal asignado a esta pretensión, el recurso de apelación y los plazos se rigen por el Código Contencioso Administrativo.¹⁹⁶

Por su parte, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata ha entendido que el ordenamiento ritual aplicable a los fines de la apelación que se deduzca resulta ser el previsto en el Código Procesal Civil y Comercial.¹⁹⁷ Igual ordenamiento procesal resulta aplicable con relación a la apelación de la medida cautelar dictada en el marco de este proceso.¹⁹⁸

Sin perjuicio de ello, frente a una resolución de incompetencia del juzgado interviniente consideró que la apelación deducida en los términos del artículo 55 inciso 2° apartado c) del CCA, resultaba formalmente procedente.¹⁹⁹

10. Cesación de vía de hecho

10.1. Objeto

La pretensión representa una novedad por tratarse de un caso de demandabilidad directa de la Administración y una vía alternativa de la acción de amparo, que es en verdad el ámbito propio de tutela contra aquellos comportamientos materiales que por constituir un grosero y manifiesto apartamiento de la legalidad, quepa calificar de vías de hecho administrativas.²⁰⁰

El Decreto-Ley 7647/70 define a las vías de hecho en el artículo 109 al establecer que: “La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico.”

¹⁹⁴ Soria, Daniel Fernando *Aspectos Básicos de las Pretensiones en el Código Procesal Administrativo de Buenos Aires*, en la obra *El nuevo proceso contencioso administrativo* Editorial Scotti, La Plata 2011, p. 246.

¹⁹⁵ CCALP causa n° 454 *Norma S.R.L. c/ Ministerio de Economía - Rentas s/ Pretensión Declarativa de Certeza s/ incidente de Apelación medida Cautelar*, res. del 04/08/2005.

¹⁹⁶ Así lo sostuvo la CCALP en la causa 3991 *Sindicato de Vendedores de Diarios, Revistas y Afines de Bahía Blanca*, res. del 19-12-2006 en el sentido de afirmar que “...este Tribunal ha interpretado el vacío legal existente en la etapa recursiva de la acción contencioso administrativa en la que se articula una pretensión declarativa de certeza, para cuyo trámite se remite a lo dispuesto por el art. 322 del CPCC -art. 12 inc. 4, CPCA-, estableciendo que el régimen aplicable es el previsto en el Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo -ley 12.008 y sus modificatorias- (causas CCALP 272”Abelleira”, res. del 10-3-05; n° 975 'Frigorífico La Estrella', res. del 30-3-06; entre otras). Que, en el caso, el escrito impugnatorio ha sido presentado con arreglo a las disposiciones procesales aplicables, cumpliendo los extremos de tiempo y forma exigidos (arts. 55 inc. 1°, 56, 57 y 58, CCA)”.

¹⁹⁷ CCAMP causa n° 615 *Cooperativa Obrera Ltda. de Consumo y Vivienda*, res. del 25-07-2008.

¹⁹⁸ CCAMP causa n° 1525 *Centro Médico Mar del Plata*, res. del 22-09-2009

¹⁹⁹ CCAMP causa n° 1033 *"Ghezzi"*, res. del 07-10-2008. Adviértase que en este caso no se había consentido por las partes el trámite procesal previsto en el CPCC.

²⁰⁰ Milanta Claudia A.M. *Reforma procesal Administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y Procesos Especiales*. En la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo*, Editorial Scotti, La Plata 2011, p. 655

La doctrina acertadamente las calificó como un límite a la actuación administrativa y las definió como operaciones materiales cercenadoras de derecho y garantías individuales que no tienen una habilitación legal que generan, como principales efectos, la ilicitud del obrar de la administración y consiguientemente su responsabilidad patrimonial.²⁰¹

Este instituto, al que se califica como una de las más sutiles construcciones de la doctrina francesa para atenuar el principio de independencia de la administración pública de la atribución competencial de la jurisdicción administrativa, subyace la idea de que son los actos administrativos, esto es los dictados con arreglo a los requisitos y luego de sustanciarse los procedimientos reglados en las leyes de procedimientos administrativos, los que permiten la apertura del proceso contencioso judicial por lo que cuando éstos no se dictan, ocasionan una afectación al derecho de defensa del administrado al impedirle en definitiva, producto de esa omisión, presentar los descargos y recursos legales tendientes a su cuestionamiento primero en sede administrativa y, una vez agotada ésta, en la judicial.

En el régimen anterior, las vías de hecho para ser susceptibles de juzgamiento a través de la acción contencioso administrativa, debían ser materia de reclamo previo y agotamiento de la instancia administrativa, revelándose así una alteración del objeto impugnatorio y un grave riesgo para la eficacia de la tutela judicial, pues aquel actuar que efectivamente constituye una vía de hecho administrativa requiere un rápido restablecimiento de la legalidad, celeridad incompatible con la apertura, curso y agotamiento del trámite administrativo y con las reglas del proceso judicial ordinario posterior.

Más en razón de la jurisprudencia mayoritaria de la Suprema Corte hasta el año 2002, ese remedio constitucional había quedado delimitado a márgenes sumamente estrechos, ya que la acción contencioso administrativa no era la vía idónea para el cuestionamiento de las vías de hecho. El único medio específico que el ordenamiento jurídico preveía era la pretensión de amparo.

La SCBA en el caso "Chacur"²⁰² delimitó esta figura legal al señalar que: "...En general, se considera que una vía de hecho administrativa se presenta cuando la Administración Pública incurre en un grosero atentado (cfr. Morand Deviller, J.; "Cours de droit administratif", 6e. Ed. Paris, 1999, p. 624) a los derechos de las personas (tradicionalmente, la propiedad o una libertad fundamental; cfr. Chapus, René, "Droit Administratif General", 9e. Ed. Paris, 1995, P. 765) no susceptible de imputarse a un poder jurídico de la Administración pública, por tratarse de operaciones materiales cercenadoras de aquellas situaciones subjetivas, desplegadas sin base de sustentación en un acto o en una norma jurídica habilitadora (cfr. Grecco, Carlos M., "Vías de hecho administrativas", "La Ley", 1980 C 1207)...."

Continúa expresando que "...La vía de hecho evidencia, así, una actuación de suyo irregular, que desborda las atribuciones que legítimamente ejerce la autoridad administrativa y, en tal carácter, mal puede ser reconocida como la aplicación o derivación de un texto legal o reglamentario (cfr. González Varas, Santiago, "La vía de hecho administrativa", Madrid, 1994, p. 25). A la par que desprovisto de título jurídico que lo justifique, es un obrar que afecta o vulnera derechos individuales (o de "los particulares", como refiere el citado art. 109 del dec. ley 7647/1970). En ello radica su condición esencial: una actuación administrativa material y ofensiva, realizada sin los necesarios soportes jurídico formales (cfr. López Menudo, Francisco, "Defensa del administrado contra la vía de hecho" en V.A. "El procedimiento administrativo y el control judicial de la administración pública", Madrid 2001, ps. 230, 232)...."

Concluye expresando que "...De ordinario, dicho título o fundamento jurídico (art. 109 cit.) ha de identificarse con y reside en un acto administrativo previo (Garrido Falla, Fernando, "El objeto del recurso contencioso administrativo", en V.A. "Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa", Jesús González Pérez, Director, Madrid, 1997, ps. 99, 110). Esto se explica porque el ordenamiento suele deferir a la administración pública el desarrollo, reglamentario, aplicativo y ejecutivo, de las determinaciones generales de la ley. De allí que, en ausencia de tal decisión justificadora, el obrar material puede engendrar supuestos incluidos en el enunciado descrito en el citado art. 109 de la ley procedimental...."

La ley 12.008 establece que en el proceso administrativo puede articularse la pretensión cuyo objeto consista en "la cesación de una vía de hecho administrativa" (inc. 5, art. 12).

Cabe aclarar que el amparo también es un ámbito propio de tutela contra las vías de hecho administrativas, y el interesado podrá entonces optar entre el remedio constitucional ante cualquier Juez (art. 20, Constitución prov.) o bien la acción contencioso administrativa mencionada ante el Juez contencioso administrativo (arts. 12 inc. 5, 18 inc. e y 21, ley 12.008).

Debido a ello, no cabe asignar el carácter de remedio ordinario a dicha acción procesal administrativa para oponerla a la admisibilidad del remedio constitucional (art. 20 inc. 2°, segundo párrafo Const. prov.). En

²⁰¹ Grecco, Carlos *Vías de hecho administrativas*, La Ley 1980-C, p. 1203

²⁰² SCBA B: 64.200 *Chacur, Analia C. y otros contra Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo*, sent. 27/11/2002

tal sentido, el tema de carácter principal o subsidiario del amparo como remedio de impugnación de vías de hecho administrativas puede verse el fallo "Dorrego" donde incidentalmente se abordó ese asunto²⁰³

10.2. Tramitación

La regulación de la pretensión de cese de vías de hecho administrativa se encuentra establecida en el artículo 21 del CPCA.

10. 2. a) Presupuestos

De acuerdo a lo establecido en el artículo 21 el CPCA se trata de un caso de demandabilidad directa. No resulta menester formular un reclamo previo en sede administrativa -art. 14 inc. 1, d- ya que se encuentra expresamente excluida esta pretensión del agotamiento de la vía. Así el primer párrafo del mencionado artículo prescribe que " Contra las vías de hecho producidas por alguno de los entes previstos en el artículo 1°, podrá deducirse la pretensión directamente en sede judicial, sin que sea menester formular un reclamo previo en sede administrativa."

En cambio la demanda está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 18 inc. e) del CPCA, siendo de 90 días desde que la vía de hecho administrativa que fuere conocida por el afectado.

En cuanto al trámite procesal se rige por las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el CPCC -art. 496-, conforme lo establece el artículo 21 segundo párrafo del CPCA que dice: "A excepción de lo relativo al plazo para la interposición de la demanda, el trámite de esta pretensión se regirá por las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el Código Procesal Civil y Comercial."

Por su parte el artículo 496 del CPCC señala que " En los casos del artículo 321°, presentada la demanda, el juez teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si corresponde su trámite según las normas del juicio sumarísimo. La sustanciación se ajustará a lo establecido en los artículos anteriores con estas modificaciones: 1°) No será admisible reconvencción ni excepciones de previo y especial pronunciamiento; 2°) Todos los plazos serán de 2 días, salvo el de contestación de la demanda que será de 5 días y el de la prueba, que fijará el juez; 3°) La audiencia de prueba deberá señalarse dentro de los 10 días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo; 4°) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten medidas precautorias. El recurso se concederá en relación y en efecto devolutivo; 5°) En el supuesto el artículo 321°, inciso 1, la demanda rechazada únicamente podrá reproducirse si tuviere lugar un nuevo acto, cuya reparación no pueda obtenerse por vía de ejecución de sentencia.6°) El plazo para dictar sentencia será de diez o de quince días, según se tratara de tribunal unipersonal o colegiado."

En cuanto al alcance del pronunciamiento que se habrá de dictar, el artículo 50 inc. 3 del CPCA señala que la sentencia decidirá "la cesación de la vía de hecho controvertida", no siendo posible que alcance otras variables de condena.²⁰⁴

Ahora bien, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de La Plata, entendió que en el proceso sumarísimo en el que tramita la pretensión de cesación de una vía de hecho administrativa correspondía la aplicación del art. 51 del CCA en materia de costas.²⁰⁵

En cuanto a la tutela cautelar, por una parte es importante considerar que las medidas pueden solicitarse antes de la promoción de la demanda -art. 23 inc. 1° del CPCA-, por otra también es admisible imponer una conducta positiva -art. 22 inciso 3° del CPCA-, ya que ambas modalidades –anticipada y positiva- son de suma utilidad, porque en ocasiones la mera paralización precautoria de la actividad cuestionada podrá ser insuficiente para remediar el daño o prevenir su agravamiento –art. 22 inc. 1, b del CPCCA-.

²⁰³ CCALP causa n° 28 *Dorrego Silvia Alejandra c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Amparo*, sent. 30/09/2004

²⁰⁴ CCALP causa n°5419 *Blanco Mendez, Alejandro c/ Dirección General de Cultura y Educación s/ Pretensión de Cesación de una vía de hecho Administrativa*, sent. del 19-02-2008 así ha establecido que: "Para el alcance relativo al reconocimiento de los salarios devengados otra es mi conclusión. En efecto, las variables de condena, a la luz del derrotero adjetivo transitado, quedan valladas por el perfil de la pretensión promovida, sin que quepa razonamiento alguno para asimilarla a otras de muy distinta composición procesal. El juez de la causa trata a la articulada, al tiempo de decidirla, como si fuera una pretensión anulatoria validando desde allí una extensión que no sólo fuerza los confines de la deducida (arts. 12 inc. 5 y 50 inc. 3 ley 12.008), sino, a la vez, ingresa incorrectamente en los efectos jurídicos propios del régimen de las nulidades, sin los cuales el producto del artículo 73 inciso 1 c) del código de rito (ley 12.008) carece de toda posibilidad. Ello así configura un evidente error de juzgamiento, sin que puedan alegarse frente a ese suceso razones de economía ni de exégesis integradora pues, en esa labor va en juego la misma garantía del debido proceso, violentada con toda claridad a partir de un andarivel de decisión al que se arriba a despecho de las cuestiones controvertidas en la litis (art. 18 CN). Las alternativas decisorias por las que transcurre el juez de la causa son extrañas a la pretensión articulada y, por lo tanto, en ese segmento de pronunciamiento la sentencia luce incongruente y por ello se torna irrita (conf. art. 34 inc. 4 del CPCC, art. 77 CCA)." (voto del Dr. De Santis con adhesión de la Dra. Milanta)

²⁰⁵ CCALP, Causa N° 1953 *Abella Juan Carlos José y otros c/Provincia de Buenos Aires s/Pretensión de cesación de una vía de hecho Administrativa*, del 25-X-05, entre otros.-

La tutela judicial urgente ha de cumplir es estos supuestos el doble propósito de detener la actividad administrativa lesiva y obligar la reconstrucción del estado de cosas vigente ex ante.²⁰⁶

10.2. b.) Recursos

Teniendo en cuenta la remisión efectuada en el segundo párrafo del artículo 21, en cuanto a que para el trámite de esta pretensión se aplicarán las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el CPCC, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa de La Plata entiende que esta disposición está referida sólo a los trámites propios del proceso, pero no comprende los medios recursivos en cuanto estos requieren de una exégesis uniforme que evite toda dispersión en el tratamiento de los medios de impugnación reglados en el código de la materia.²⁰⁷

En cambio en la causa "Ruppell"²⁰⁸ la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa con sede en Mar del Plata consideró que si la tramitación se rige por las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el CPCC, conforme expresamente lo impone el art. 21 inciso 2° del CCA, cabe concluir que el régimen procesal aplicable al recurso de apelación intentado es el reglado por el mentado ordenamiento ritual civil y comercial para aquel tipo de juicios. Idéntico criterio es el sostenido por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa con sede en San Nicolás al considerar que no corresponde aplicar a este proceso (juicio sumarísimo), los plazos para apelar contemplados en el art. 56 del CCA y si los previstos en el art. 496 inc. 2° del CPCC al que remite la norma procedimental contencioso administrativa.²⁰⁹

11. Amparo por Mora

11.1. Objeto

Se puede definir el amparo por mora como una acción judicial sumarísima contra la Administración Pública con motivo de la ilegítima omisión en el desarrollo y/o culminación de un procedimiento administrativo, acción que tiene por objeto obtener una orden judicial de pronto despacho de tales actuaciones administrativas, según el estado en que se encuentren.

La forma en que se configura la mora es por principio frente al vencimiento de los plazos correspondientes que la autoridad debió cumplir ya para la emisión de actos preparatorios o de trámite, o el dictado de actos interlocutorios, de la resolución final o de la resolución de los recursos administrativos; cualquiera de tales situaciones de retardo en el procedimiento pueden hallar remedio en este instituto.

Es un medio de tutela judicial contra una especie de omisión administrativa, a saber, la inactividad formal de la Administración en el procedimiento. Agota su finalidad en la obtención de una orden judicial de cumplimiento de las obligaciones formales que conciernen a la autoridad remisa.

Por ello, la pretensión última del interesado está en obtener pronunciamiento final de la autoridad administrativa; sólo que el amparo por mora puede interponerse ya frente al retardo en tal pronunciamiento, como también respecto de otros actos del procedimiento que impidan su avance hacia la decisión definitiva.²¹⁰

Cabe aclarar que queda excluida del objeto de este proceso, el conocimiento y decisión de la cuestión de fondo involucrada en las actuaciones administrativas, puesto que su único objeto y finalidad está en superar la inactividad procedimental para que el interesado obtenga, la expresa decisión sobre el fondo en sede administrativa.

Se ha dicho que se trata de un remedio de carácter instrumental, ya que el Juez no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión sino que interviene, transitoriamente, en un segmento del procedimiento administrativo, el que, una vez subsanada judicialmente la inactividad con la orden de pronto despacho, continúa en su ámbito propio -sede administrativa- por cuanto es la Administración, y no el Juez, quien deberá resolver expresamente.

La pretensión propia de esta acción no es impugnatoria -en el sentido estricto- ya que no configura su objeto controvertir ningún acto expreso o presunto. Por ello, cabe hacer notar que no cualquier deficiencia o

²⁰⁶ Soria, Daniel Fernando *Aspectos Básicos de las Pretensiones en el Código Procesal Administrativo de Buenos Aires*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo* Editorial Scotti, La Plata 2011, p. 246.

²⁰⁷ CCALP causa n° 1913 "Fernández, María Celeste", res. 20/07/2006

²⁰⁸ CCAMP causa n° 1191 "Ruppell", res. del 08-07-2009

²⁰⁹ CCASN causa n° 576 "Solana", res. del 14-10-2008

²¹⁰ CCASM causa n° 177 "Cenerelli", res. 15/06/2005.

defecto del procedimiento administrativo puede ser subsanada, corregida o remediada mediante la acción de amparo por mora, sino sólo y únicamente la inactividad.

Cuando hay actuación administrativa lesiva, aun de las situaciones procedimentales -y no sustantivas- la vía carece de andamio y, en tal caso, el afectado deberá utilizar o bien el amparo común -si concurren los requisitos pertinentes-, o bien el proceso ordinario o el sumario -si se trata de actos definitivos o equiparables-.

Respecto a las omisiones que pueden dar lugar a la acción de amparo por mora, ellas son de amplio espectro, pero siempre dentro del marco de un procedimiento administrativo. Alcanza a cualquier acto del procedimiento, en cualquiera de sus etapas, que paralice su desarrollo en el sentido de exceder el tiempo fijado o razonable para su dictado o emisión. Asimismo puede tratarse de una actuación requerida por el interesado o que corresponda adoptar de oficio.

Cabe advertir que este remedio específico estaba antes ausente en el Código, y los medios de defensa ante la negligencia por omisión o falta de tramitación administrativa de un reclamo, incumplimiento de plazos procedimentales o cualquier otra modalidad de desidia cuando la autoridad está obligada a dar curso y resolver eran:

a) la denegatoria tácita por el juego de los arts. 77 inc. g) y 79 del Decreto-Ley 7647/70, siempre subordinada al urgimiento de parte o pedido de pronto despacho;

b) la avocación jerárquica o avocación por mora -para el supuesto de falta de decisión en tiempo del recurso de revocatoria- art. 93 del mismo Decreto-Ley 7647/70;

c) la acción contencioso administrativa por retardación en el dictado de la resolución definitiva o por retardación en el trámite (art. 149 inc. 3° Constitución de 1934; art. 7 del Código Varela);

d) la acción de amparo contra la omisión de órganos o agentes de la Administración Pública (art. 20, Constitución y ley 7166). Los mencionados en a) y b) son remedios administrativos; los citados en c) y d), judiciales.

Cabe aclarar que si tenemos en cuenta el objeto de los distintos mecanismos mencionados, ninguna de esas técnicas o instrumentos suple al amparo por mora.

11.2. Regulación

El artículo 12 inciso 6° del CPCA prevé como una de las pretensiones posibles en el proceso administrativo la de "librar orden judicial de pronto despacho", en los términos previstos en el Capítulo IV del Título II. Se trata de una pretensión de condena y naturalmente también será de condena la sentencia estimatoria.

El conocimiento y decisión de la pretensión de amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires es una cuestión que integra la competencia material del fuero contencioso administrativo (arts. 1°, 12 inc. 6 y 76, ley 12.008), identificando la expresión "amparo por mora" no sólo a "un tipo de "proceso", sino que también cabe considerarlo como un "caso contencioso administrativo" en sentido material que se traduce en el incumplimiento por omisión de la función administrativa en el procedimiento de esa índole.

11.2.a) Supuestos

El código en el artículo 76 inciso 1° establece que el que fuere parte en un procedimiento administrativo, podrá solicitar judicialmente se libere orden judicial de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando alguno de los entes referidos en el artículo 1° del presente Código hubiere dejado vencer los plazos fijados y, en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable, sin emitir la resolución o el acto de trámite o preparatorio que requiera el interesado o corresponda adoptar para continuar o resolver el procedimiento.

El ejercicio de la acción no está sujeto a plazo de caducidad, ni tampoco subordinado a algún tipo de actuación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa. En el supuesto que el particular hubiese intentado algún medio de urgimiento en sede administrativa -vgr. Pedido de pronto despacho- antes de acudir a la instancia judicial, esa circunstancia así como la eventual configuración del silencio o denegatoria tácita no le hará perder la vía del amparo por mora

También se podría plantear que el interesado deduzca la demanda por silencio y el amparo por mora en juicios paralelos. En principio, la demanda por silencio que somete a decisión judicial el fondo del asunto parecería abortar la posibilidad de planteamiento del amparo por mora. Si el amparista persigue el pronunciamiento administrativo devela cierta contradicción que, al mismo tiempo, requiera el judicial.

De todos modos el Código no resuelve expresamente el punto de modo que también podría suponerse que se deducen las dos para el caso de que, fracasada la sumarísima del amparo, se encuentre ya en

trámite la otra o, a la inversa, obtenida la finalidad perseguida por la primera (decisión administrativa) se desista la segunda, lo que podría equipararse a la situación en que deducida sólo la demanda por silencio, durante el trámite del proceso se resuelva favorablemente la pretensión en sede administrativa tornándose abstracta la cuestión.

11.2.b) Sustanciación

El inciso 2° del artículo 76 establece que una vez declarada la admisibilidad de la pretensión, según dispone el inc. 2 del art. 76, el Juez requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en un plazo que le fije, no mayor a los cinco días, informe sobre la causa de la demora.

Con arreglo al inc. 4 del mismo dispositivo legal, contestado tal requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiera hecho, el Juez resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del asunto.

La sentencia puede rechazar la pretensión o estimarla, en cuyo caso en limitará a emplazar a la Administración a pronunciarse, mas no puede indicarle el sentido de la decisión.

11.2.c) Recursos

Las resoluciones que adopte el tribunal en el trámite del amparo por mora son irrecurribles. En cambio, la sentencia definitiva puede ser impugnada mediante el recurso de reposición dentro del plazo de tres días de notificada mediante escrito fundado (art.76, inc. 5°, CPCA).

Adviértase que de la regla particular (art. 76 último párrafo del CCA) no cabe extraer el principio de inapelabilidad del fallo, pues la imprevisión normativa no implica la improcedencia del recurso. Por el contrario, el precepto específico guarda coherencia con las normas generales para predicar su admisibilidad.

11.3. Jurisprudencia

La vía procesal desarrollada tuvo postergada su vigencia, hasta el 15-12-2003 en que se comenzaron a aplicar sus disposiciones, ya que en la competencia originaria contencioso administrativa hasta entonces ejercida solamente por la Suprema Corte con carácter transitorio (art. 215, Const. prov.), se consideró que el amparo por mora no conformaba una materia ni un proceso que pudiese residenciarse en ese ámbito.

La Suprema Corte interpretaba que la pretensión de obtener el libramiento de una orden judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas no era susceptible de plantearse a través de la vía contencioso administrativa (doctr. causas B-55.223, "Gómez", res. 22-VII-93; B-57.191, "Videla", res. 19-III-96; B-59.683, "López", res. 9-Xn-98; B-61.270, "Quiles", res. 12-IV-OO; B-61.413, "Pasaresi", res. 15-V-OO; B-61.697, "Raccaro", res. 5-VII-OO; B-63.026, "Fernández", res. 12-IX-OI; B-63.862, "Aristimuño", res. 17-IV-02, entre otras).

Este criterio es el que se va a modificar en el caso "Mayer".²¹¹ El actor se presentó ante la Corte provincial, en los términos de la ley 7166, agraviándose de la mora de la autoridad demandada en resolver un expediente administrativo iniciado con motivo de la disminución de sus remuneraciones, admitiendo la SCBA su jurisdicción originaria y transitoria en la materia y asignando al proceso el trámite establecido en la ley 7166.

Este criterio fue reiterado en otros pronunciamientos como las causas "Verchick"²¹² y "Laluk"²¹³ entre otras, a partir de las cuales el Tribunal determinó la aplicación de la ley 7166 para encauzar las peticiones que importaran denuncias de la inactividad de la Administración y persiguieran un emplazamiento judicial para que ésta resolviera expresamente.

Empero, en el curso del trámite y encontrándose el proceso en estado avanzado comenzó a funcionar el nuevo fuero contencioso administrativo, hecho que tuvo lugar el 15-XII-2003 (art. 27 y conchs., ley 12.074, texto según ley 13.101 y Acuerdo 3034 del 18-XI-2003) y simultáneamente con ello, entró en vigor la ley 12.008, texto según ley 13.101. A la luz de dicha circunstancia el Tribunal decidió la aplicación de las disposiciones del citado cuerpo legal a las causas en trámite iniciadas con anterioridad a esa fecha, en tanto las normas resulten compatibles con la jurisdicción que le atribuye el art. 215, 2° apartado de la Constitución provincial.

²¹¹ SCBA B: 64.030 *Mayer, Adolfo c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Amparo*, res. 26-06-2002

²¹² SCBA B:64.984 "Verchick", sent. 14-04-2003

²¹³ SCBA B:64.202 "Laluk", sent. 16-07-2003

12. Bibliografía

- Andreucci, C. A. "Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio". Buenos Aires: ED 176-747.
- Bastons, J. L. y Eliades, A. (2006). "La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense. Caso Agropecuaria Las Garzas". Buenos Aires: La Ley 2006-D-255.
- Bercaitz de Boggiano, A. L. "Demanda de nulidad de actos firmes y consentidos". Buenos Aires: ED-131, pág.901.
- Bezzi, O. M., Bezzi, O. H. y Bezzi, A. M. (1987). "El cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa". Buenos Aires: LL 1987-D, p.102.
- Bezzi, O. M. (1998). "El Código Procesal para el fuero contencioso administrativo de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley 1998-E-932.
- Bianchi, A. (1995). "Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa". Buenos Aires: LL 1995-A, pág.397.
- Botassi, C. A. (1996). "El proceso administrativo bonaerense sobre la base del interés legítimo (un fallo histórico)". Buenos Aires: LL 1996-C, pág.20.
- Botassi, C. A. (2000). "El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado". Buenos Aires: JA 2000-III, p.1141.
- Botassi, C. A. (2000). "Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos". Buenos Aires: LL 2000-F, pág.594.
- Botassi, C. A. (2006). "Ejecución de sentencias contra el estado en el nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires" en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
- Botassi, C. A. (2006). "Contrarreforma del Proceso Administrativo Bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la Ley 13101)", *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2006). "La materia contencioso administrativa. El criterio subjetivo" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A., (2006). "Control judicial de la actividad administrativa discrecional" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2011). "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. y Morello, A. (2003). "Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: JA 2003-II, supl. fasc. nº 6, p.43.
- Bulit Goñi, E. (1997). "El solve et repete desde los principios superiores y la realidad cotidiana". Buenos Aires: Revista Latinoamericana de Derecho Tributario.
- Cabral, P. O. (2002). "La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la Jurisdicción contencioso administrativa". Buenos Aires: JA, Sup. Derecho Administrativo, 09-10-2002.
- Cabral, P. O. (2006). "La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires", en *Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: La Ley.
- Cabral, P. O. (2008). "La pretensión prestacional en el proceso contencioso administrativo bonaerense", en Bastons, J. L. *Derecho Público para Administrativistas*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cabral, P. O. (2007). "La responsabilidad del Estado en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP, Año XXXI, N° 361.
- Cabral, P. O. (2008). "El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia legislativa". Buenos Aires: Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la CABA, año 2, N° 2.
- Cabral, P. O. (2015). "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo", Infojus, Id: DACF150657.
- Cabral, P. O. e Isabella, D. P. (2007). "Competencia del nuevo Fuero Contencioso Administrativo en materia sancionatoria. Especial referencia a los juzgados de faltas municipales". Buenos Aires: Rap Bs.As. (55-56), p.5.
- Cassagne, J. C. (2011). "Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. (Coordinador). *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.

- Cassagne, J. C y Perrino, P. (2006). *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Carli, C. (1977). *La Demanda Civil*. La Plata: Lex.
- Chiovenda, G. (1940). *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Santiago Sentis Melendo.
- Colombo, J. M. (2006). "Enjuiciamiento de los casos administrativos originados en la actuación de los colegios y consejos profesionales de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL Buenos Aires-2006, p.141.
- Comadira, J. R. (2011). "Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública", en Botassi, C. A. -Director y Oroz, M. H. E. -Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Creo Bay H. y Hutchinson, T. (2006). *Amparo por mora de la Administración pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- D' Argenio I. (2003). "La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes". Buenos Aires: JA 2003-III, p.252.
- D' Argenio, I. (2006). *La Justicia administrativa en Argentina*. Buenos Aires: F.D.A.
- D' Argenio I. (2011). "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial", en Botassi, Carlos A. (Director) – Oroz, Miguel H. E. (Coordinador), "El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Platense, 3ª edición, 2011.
- Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Fiorini, B. (2006). *Qué es el contencioso*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Giuliani Fonrouge, C. M. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma.
- Gamaleri, R. A. "Límites constitucionales al ejercicio del poder tributario". La Plata: Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 52, pág.133.
- García Pullés, F. (1993). "El agotamiento de la vía administrativa". Buenos Aires: LL 1993-A-1044.
- González Pérez, J. (1985). *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Bogotá: Temis.
- Gozáini, O. A. (2005). "Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores". Buenos Aires: LL 1/12/05.
- Grau A. (1971). *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Grecco, C. (1980). *Vías de hecho administrativas*. Buenos Aires: La Ley.
- Hutchinson, T. "Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: ED 115-415.
- Hutchinson, T. "El Tribunal de Cuentas rinde cuentas ante el Tribunal de Justicia". Buenos Aires: Función Pública N° 21, pág.15 (comentario al fallo de la SCBA B-49102 "Pizzagalli").
- Hutchinson, T. (2005). *Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Editora Scotti.
- Hutchinson, T. (2011). "El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", en Botassi, C. A. -Director- y Oroz, M. H. E. -Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Isabella, D. P. -Director- (2010). *Código Contencioso Administrativo Comentado*, Buenos Aires: RAP.
- Isabella, D. P. (2006). "La reforma de la ley 13.101. La impugnación de ordenanzas en la Provincia de Buenos Aires", La Ley Buenos Aires 2006-973.
- Jarach, D. "El principio solve et repete en el derecho fiscal argentino y especialmente en la provincia de Buenos Aires". La Plata: Revista de la Dirección Provincial de Rentas.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (1996) "Control judicial. Habilitación de la instancia judicial", El Derecho Administrativo hoy, Jornadas Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (2004) "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", Derecho procesal administrativo, obra colectiva en homenaje al Prof. Jesús González Pérez, Hammurabi, Bs.As., 2004, TI, cap.3, 12, pág.461.
- Leal, I. A. "Amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires". La Plata: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 37, La Ley, 2007, pág.1.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires mediante la vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad". Buenos Aires: ED-184, p.1029.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (su deslinde con otras vías de control de constitucionalidad en el ámbito local)". Buenos Aires: ED-187, p.862.
- Mairal, H. (2003). "La legitimación en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: RAP Bs.As., mayo 2003, pág.111.
- Maljar, D. (2002). *El proceso contencioso administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires*. La Nueva Justicia Administrativa. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "El solve et repete en el nuevo código contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED, 29-09-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "Responsabilidad del Estado provincial por la no puesta en marcha del fuero contencioso administrativo". Buenos Aires: JA, 20-12-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2002). "Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español". Buenos Aires: JA, 7-08-2002.
- Mamberti, C. E. (2003). "La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Mantarás, P. (2000) "¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?". Buenos Aires: LL 2000-C, p.131.
- Marafuschi, M. (2011) "Principio solve et repete" en Botassi, C A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (1997). "Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: RAP suplemento especial Administración Local y Derecho N°4, Ciencias de la Administración.
- Milanta, C. (1998). "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL 1998-B, pág.506.
- Milanta, C. (2003). "Proyección de la tutela judicial efectiva en materia administrativa (la fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003), *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (2011). "Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Morello, A. (1987). "La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Tribunal de Cuentas (comentario a Pizzagalli)". Buenos Aires: JA, 1/04/87, p.11.
- Morello, A. (1998). *Estudios de Derecho Procesal*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Muñoz, G. A. (1990). "Inmunidad del poder: la inactividad administrativa". Buenos Aires: LL 1990-B, pág.891.
- Oroz, M. H.E. (2003). "La Suprema Corte de Buenos Aires en un punto de inflexión hacia la implementación del fuero procesal administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 2003-II, pág.111.
- Oroz M. H.E. (2006) "Los casos de Responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional y la incompetencia del fuero administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-D, pág.240.
- Oroz, M. H.E. (2006). "La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-F, pág.84.
- Oroz, M. H. E. (2011) "Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo bonaerense" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Ortiz, R. M. (2011). "Justicia Administrativa: doctrina fundacional de la Suprema Corte de Justicia", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Palacio, L. E. (2002). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Perrino, P. E. "Un cambio de jurisprudencia saludable que posibilita el control de constitucionalidad en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED 177-812.
- Perrino, P. E. (1991). "La ampliación de la demanda en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 1991-E, p.954.
- Perrino, P. E. (1995). "La justicia contencioso administrativa en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reformada". Buenos Aires: La Ley 1995-E-798.
- Perrino, P. E. "El requisito del pago previo en el código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis N° 52, pág. 255.
- Perrino, P. E. (2011). "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Richero, M. J. (2011). "El sistema recursivo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.

- Salaberren, R. A. (2011). "La ejecución de sentencias en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Seara, J. I. (2007). "Las excepciones en el Código Procesal Contencioso Administrativo Bonaerense". Buenos Aires: LL Buenos Aires 2007, p.1191.
- Soria, D. F. (1995). "Bases constitucionales del proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP Nº 196, Ciencias de la administración, Buenos Aires, 1995.
- Soria, D. F. (1994). "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional". Buenos Aires: REDA Nº 17, Depalma, Buenos Aires, 1994".
- Soria, D. F. (1997). "El proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: RAP Nº 227, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997.
- Soria, D. F. (1988). "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo". Buenos Aires: LL 1988-B, p.580.
- Soria, D. F. (2011). "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (1985). "La exigencia del solve et repete en el régimen contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 1985-III, pág.631.
- Tribiño, C. R. (1993). "La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-B, p.750.
- Tribiño, C. R. (1993). "La demanda en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-E, p.782.
- Tribiño, C. R. "Las excepciones previas en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: ED 102-965.
- Tribiño, C. R. (2003). "El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (2011). "Los plazos para demandar ante los tribunales contencioso administrativos", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Villafañe, H. M. (2005). "El solve et repete en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2005-241.
- Villafañe, H. M. (2006). "Competencia material contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2006-277.

CAPÍTULO 11

Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Irina Leal, Jonatan Vargas, Ariel Bayón, Homero Villafañe, Natalia Peluso y Lucio Villarreal

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales son los requisitos indispensables para que la relación jurídica procesal se inicie, se desarrolle y se extinga con una sentencia motivada.²¹⁴ Cuando aquellos requisitos se encuentren satisfechos los jueces, que se encuentran constreñidos a asumir el concreto contralor de tales presupuestos procesales,²¹⁵ pueden ingresar al análisis de la cuestión de fondo.

Los litigios que se dirimen bajo el C.P.C.A., además de los presupuestos procesales comunes a todos los procesos,²¹⁶ requieren otros que son propios de aquellos, como lo son el agotamiento de la vía administrativa²¹⁷, el plazo de caducidad²¹⁸ y el pago previo en materia tributaria.²¹⁹

Corresponde anticipar que estas exigencias procesales varían según la pretensión procesal²²⁰ que se promueva como así también según las circunstancias propias de cada caso particular.²²¹

1.1. El agotamiento de la vía administrativa

El agotamiento de la vía administrativa constituye uno de los presupuestos procesales de algunas pretensiones contenidas en el C.P.C.A.

Este requisito se satisface a través de la interposición de los recursos administrativos que, dirigidos a cuestionar el acto administrativo que afecta al recurrente, permiten obtener un nuevo acto administrativo emanado del superior jerárquico con competencia resolutoria final o del órgano que actúe con competencia delegada por aquel.

²¹⁴ Conf. causas S.C.B.A., *Castro*, sent. 3-6-2009, L. 89.354; *Asociación Civil Hoja de Tilo y otros* (voto minoría Juez Dr. De Lázari), sent. 23-12-2009, A. 70.117; *Municipalidad de La Matanza*, (voto minoría Juez Dr. De Lázari), sent. 28-12-2011, C. 90.757.

²¹⁵ Vgr. arts. 19 ap. 2 y 31 C.P.C.A.

²¹⁶ Vgr. la existencia de un "caso" judicial, es decir una cuestión, controversia o conflicto de intereses de orden fáctico o jurídico (art. 168, Const. Pcial.).

²¹⁷ Arts. 14 y 15 C.P.C.A.

²¹⁸ Arts. 18, 69 inc. 1°, 72 y 75 inc. 2° C.P.C.A.

²¹⁹ Art. 19 C.P.C.A.

²²⁰ Art. 12 C.P.C.A.

²²¹ Vgr. El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad no se exigen para los supuestos en que se encuentra configurado el silencio administrativo, como así tampoco resultará exigible el pago previo ante las circunstancias que la propia norma procesal exime de tal carga (art. 19 ap. 3 inc. a y b C.P.C.A.). Asimismo, vale ejemplificar que aquellos recaudos son enteramente aplicables a la pretensiones anulatorias, mas no a aquellas que pretenden hacer cesar una vía de hecho administrativa (conf. art. 14 ap. 1 inc. "d" C.P.C.A.).

1.1.a) Fundamentos del presupuesto procesal de agotamiento de la vía administrativa

Previo a introducirnos en el análisis del instituto, destacaremos los fundamentos que, desde el ámbito doctrinario y jurisprudencial, se han brindado para justificar su exigencia.

A tal fin, la doctrina ha afirmado que:

a) Permite a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores (Linares, Juan F.; Silvestri, Beatriz y González Arzac, Rafael M.); constituye una etapa de conciliación previa al juicio (Argañarás, Manuel; Linares, Juan F.; Silvestri, Beatriz y González Arzac, Rafael M.); pone en funcionamiento el control jerárquico de legitimidad y oportunidad (García Pullés, Fernando R.; Silvestri, Beatriz y González Arzac, Rafael M.); actúa como filtro de contiendas que arriban a los tribunales de justicia, pues permite alcanzar una solución en sede administrativa a través de los recursos previstos para aquella instancia y evita la interferencia prematura de los jueces en el procedimiento administrativo (Mairal, Héctor A.); promueve la eficiencia administrativa (Canosa, Armando N.); evita que la Administración sea llevada a juicio por decisiones adoptadas por órganos inferiores e impide que la Administración resulte enjuiciada sorpresivamente (Parada, Ramón), entre otros.

Por su parte, en el orden judicial se ha señalado que:

b) Constituye una prerrogativa de naturaleza procesal que integra el régimen exorbitante del derecho público (C.S.J.N., *Serra*, sent. 26-10-1993, Fallos 316:2454); sustrae a los entes estatales de la instancia judicial en una medida compatible con la integridad de los derechos, evitando juicios innecesarios (C.S.J.N. Díaz, sent. 12-12-1989, Fallos: 312:2418).

1.1.b) Normativa constitucional y legal

Expuestos los distintos argumentos justificantes del instituto bajo análisis, pasaremos a analizar su fundamento constitucional y legal.

El último párrafo del artículo 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone "Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa."

De la lectura del texto transcrito es posible observar que el constituyente le delegó al legislador la labor de determinar los supuestos en que el requisito en tratamiento debe ser satisfecho, razón por la cual si bien aquel presupuesto procesal no fue suprimido, la Constitución local lo ha morigerado para los supuestos en que la ley determine su cumplimiento obligatorio.

En otros términos, es la legislación procesal la que debe determinar expresamente los supuestos en los cuales resulta indispensable agotar la vía administrativa.

No obstante ello, cuadra advertir que el vigente régimen de agotamiento de la vía administrativa no se ajusta al texto constitucional, pues el artículo 14 del C.P.C.A.,²²² dispuso como regla que aquel requisito es exigible "...en todos los casos...", fijando -seguidamente- los supuestos que conforman su excepción.

De este modo, el actual régimen procesal determina como regla el deber de satisfacer el presupuesto procesal de agotamiento de la vía administrativa y, como excepción, la demandabilidad directa.

Previo a analizar el artículo citado, resulta oportuno anticipar que la falta de cumplimiento del presupuesto procesal bajo tratamiento en aquellos casos en que es expresamente requerido, conlleva a la inadmisibilidad formal de la pretensión, ya sea de oficio²²³ (conf. art. 31 C.P.C.A.) o a pedido de parte a través de la interposición de la excepción contenida en el artículo 35 apartado 1° inciso "i" del C.P.C.A.

1.1.c) El artículo 14 del C.P.C.A.

Ahora bien, del texto procesal que conforma el artículo 14 del C.P.C.A. resulta posible extraer los supuestos en los cuales se exceptúa la regla del agotamiento administrativo previo. Veamos:

a) *En razón de la jerarquía del órgano del cual emana el acto administrativo* (art. 14. Ap. 1° inc. "a" C.P.C.A.).

²²² Texto según Ley N° 13.101. El texto originario del C.P.C.A. (Ley N° 12.008), contenía un régimen de agotamiento de la vía administrativa en donde se detallaba expresamente los supuestos en los cuales aquel recaudo resultaba obligatorio, por lo cual todo aquel supuesto que no se encontraba enunciado expresamente se encontraba eximido de tal exigencia, resultando aplicable el principio constitucional de demandabilidad directa (art. 166, párr. 5° Const. Pcial.). Aquel texto normativo disponía: " 1. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente Código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos:..."

²²³ No obstante ello, el juez puede ordenar la subsanación de aquel defecto (art. 31 inc. 3° C.P.C.A.).

Los actos administrativos asimilables a definitivos²²⁴ y los actos administrativos definitivos que emanen de la máxima autoridad administrativa con competencia resolutoria final o de un órgano inferior con competencia delegada por aquella, agotan la vía administrativa y tras ello, son directamente impugnables ante la justicia.

Corresponde advertir aquí que si bien contra aquellos actos no resulta obligatorio interponer ningún recurso administrativo, en caso de incoarse una impugnación procedente²²⁵ contra el acto que ya agotó la vía administrativa, el plazo de caducidad para demandar previsto en el artículo 18 inciso 1 del C.P.C.A. se interrumpirá y comenzará a computarse nuevamente desde el día siguiente a la notificación de la decisión que -mediante un nuevo acto administrativo- rechace el recurso interpuesto.

b) *En razón de la ineficacia cierta de acudir a la vía administrativa impugnatoria, o cuando exigirla importe una carga excesiva o inútil* (art. 14. Ap. 1° inc. "b" C.P.C.A.).

Preliminarmente, corresponde advertir que lo que se exige aquí es de agotar la vía administrativa, mas no del reclamo administrativo previo.

Ahora bien, tal como puede vislumbrarse, la norma bajo análisis contempla dos parámetros para tornarla operativa.

El primero de ellos, se configura cuando la exigencia del agotamiento de la vía administrativa al interesado a través del carril de la impugnación administrativa se presenta como ineficaz en virtud de la conducta de la autoridad administrativa.²²⁶

En segundo lugar, la norma contempla el supuesto en el cual exigir el agotamiento de la vía administrativa se exterioriza como una carga excesiva e inútil.²²⁷

²²⁴ Vgr. Los actos que declaran la caducidad de la instancia administrativa, los que en determinadas circunstancias especiales ordenan el archivo del expediente, actos que rechazan la intervención de un interesado en el procedimiento, etc.

²²⁵ Vgr. Interposición de recurso de revocatoria en legal tiempo y forma.

²²⁶ En la causa "E. S. G." (N° 3732/13) la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, con fecha 10 de Octubre de 2013, resolvió bajo este fundamento legal la excepción a la regla del agotamiento de la vía administrativa. Dicha controversia se inició en virtud de la pretensión anulatoria dirigida contra el acto administrativo que siendo suscripto por la Coordinadora de Becas de la Dirección Provincial de Coordinación de Sistemas Regionales de Salud, rechazó la solicitud de reconocimiento de antigüedad por las tareas desempeñadas por la demandante como Clínica Tocoginecóloga en la Municipalidad de Moreno. La pretensión promovida fue desestimada por el juez de primera instancia tras efectuar un análisis oficioso de los requisitos de admisibilidad de aquella (art. 31 C.P.C.A.). Frente a dicho decisorio, la accionante interpuso recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones quien revocó la resolución de grado bajo los siguientes argumentos: "...el CCA dispone que no es necesario agotar la vía administrativa cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso, exigirla resultare para el interesado una carga excesiva o inútil (ver art. 14 inc. 1° ap. "b" del CCA, ley 12008 -texto según 13101-)."

8) *Bajo tales perspectivas, adelanto que en este caso no cabe exigir el agotamiento de la vía administrativa, puesto que existe una clara postura adversa de la demandada evidenciada en precedentes anteriores, que hace presumir razonablemente la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación.*

En efecto, de las constancias de autos surge que la actora pretende, en sustancia, que se reconozca su antigüedad y se efectúe el pago retroactivo de aportes por los servicios prestados como Médica Tocoginecóloga en la Municipalidad de Moreno (fs. 294/301).

En ese punto, tal como se adelantara, con anterioridad al presente caso, el Ministro de Salud ha entendido que la vinculación existente entre el becario y el Estado Provincial no configura empleo público de acuerdo al Dec. 5725/89, no correspondiendo a su entender -entre otras pretensiones- el pago de aportes previsionales (cfm. Res. 317/06 del Ministro de Salud en el marco del exp. adm. 2900-85093/08, agregado en autos "Attili Amelia C/ Prov. de Bs. As. - Ministerio de Salud de la Pcia. de Bs. As. - Dirección Provincial de Hospital y otros s/ Despido"). Además, de considerar que no corresponde el reconocimiento de la antigüedad y el pago de los aportes previsionales al becario (cfm. Res. 3258/02 del Ministro de Salud en el marco del expte. 2972-0774/01, citado en autos SCBA B. 65.219, "Pisano, Juan José contra Provincia de Buenos Aires -Poder Ejecutivo-. Demanda contencioso administrativa", del 30/6/09).

En consecuencia y en el particular contexto referenciado, en aras de preservar la optimización de los principios "pro accione", "pro homine" y "la tutela judicial efectiva", forzoso es concluir en que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y declarar admisible la pretensión, debiendo volver a la instancia de grado para su sustanciación (cfr. art. 15 de la CProv. y 14 inc. 1° ap. b del CCA, ley 12008 -texto según ley 13101-)..."

²²⁷ En la causa "Fittipaldi" (N° 11.470) la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, con fecha 16 de Junio de 2011, resolvió bajo aquel fundamento la procedencia de la excepción a la regla del agotamiento de la vía administrativa. En el marco de aquel proceso, el actor planteó la pretensión anulatoria contra la Resolución dictada por el Jefe del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, mediante la que se desestimó el reclamo de pago de la bonificación por el título terciario invocando (Técnico en Saneamiento Ambiental). Corrido el traslado de la demanda compareció la Fiscalía de Estado oponiendo la excepción de inadmisibilidad de la pretensión por ausencia de agotamiento de la vía administrativa, alegando que se había omitido provocar el dictado del pronunciamiento por la autoridad con competencia resolutoria final. Dicha excepción previa fue desestimada en primera instancia, la cual siendo recurrida por la demandada, fue confirmada por la citada Cámara de Apelaciones. Para arribar a su decisorio el órgano colegiado señaló que: "*Con arreglo a la citada previsión de la ley procesal de la materia, no es necesario agotar la vía administrativa, entre otras hipótesis, cuando en atención a las particulares circunstancias del caso, exigirla resultare para el interesado una carga excesiva o inútil.*"

El examen de las constancias de la causa, permite verificar la ineficacia del agotamiento de la vía administrativa jerárquica tras el dictado de la resolución denegatoria. Ello pues no solamente se advierte en ese acto administrativo, impugnado en la causa (Resolución del 18-1-2010 del Jefe del Servicio Penitenciario), la remisión a otro expediente donde se expidiera la Asesoría General de Gobierno en igual sentido (v. fs. 43 vta., considerando segundo y dictamen antecedente obrante a fs. 42 de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la repartición), sino que, además, la demandada, en esta sede judicial, ha hecho referencia y adjuntado una copia de la resolución ministerial que así lo decidiera en otro trámite, aludiendo asimismo a los casos similares al presente con igual criterio de solución (v. fs. 47/49).

Finalmente, corresponde observar que la última parte del inciso bajo comentario permite salvaguardar los derechos del accionante, pues para el caso en que el actor inicie la demanda entendiendo que se encuentra comprendido bajo alguno de los supuestos de excepción anteriormente enunciados y ello fuere desestimado por el juez interviniente, el acceso a la justicia no se vea imposibilitado, pudiendo entonces interponerse los recursos administrativos pertinentes para lograr el agotamiento de la instancia previa.²²⁸

c) Impugnación directa de un acto administrativo de alcance general que emane de la autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquella. (Art. 14 ap. 1° inc. "c" C.P.C.A.).

Este supuesto, además de asimilarse al contenido en el artículo 14 apartado 1° inciso "a" del C.P.C.A., importa una lógica excepción a la regla pues el acto administrativo se encuentra exento de ser recurrido en aquella sede toda vez que fue dictado por la máxima autoridad administrativa o por el órgano a quien aquella autoridad le delegó su competencia específica, razón por la cual será susceptible de ser impugnado en forma directa en sede judicial mediante la pretensión procesal pertinente.

d) La pretensión meramente declarativa. (Art. 14 ap. 1° inc. "d" C.P.C.A.)

Dado que la pretensión contenida en el artículo 12 inciso 4 del C.P.C.A. tiene como propósito la declaración de certeza sobre una determinada situación o relación jurídica regida por el derecho administrativo, mas no la impugnación de un acto administrativo, resulta lógico y por ende justificado, eximir del cumplimiento del agotamiento de la vía administrativa al promotor de esta pretensión.

e) La pretensión de cesación de una vía de hecho administrativa. (Art. 14 ap. 1° inc. "d" C.P.C.A.)

Al igual que en el supuesto anterior, la pretensión dirigida a hacer cesar una vía de hecho²²⁹ a más de estar exenta de ser precedida de un reclamo administrativo previo,²³⁰ se halla exceptuada de cumplimentar el presupuesto procesal bajo estudio, pues siendo que lo que se cuestiona a través de aquella es un comportamiento administrativo (es decir, hechos, no actos administrativos), no resulta posible impugnarlo mediante recurso administrativo alguno a los fines de agotar la vía.

En consecuencia, la exclusión frente a la regla en tratamiento se encuentra razonablemente justificada.

f) El silencio administrativo. (Art. 14 ap. 1° inc. "d" C.P.C.A.)

Si bien resulta prácticamente una obviedad la inclusión del silencio administrativo contemplado en el artículo 16 del C.P.C.A. pues al configurarse aquel no hay acto administrativo que permita agotar la vía administrativa, la previsión normativa tiene justificada su presencia. Ello debido a la existencia de corrientes doctrinarias que han considerado al silencio administrativo como un acto denegatorio ficto frente al cual estimaban que debían interponerse los recursos administrativos pertinentes.

Ahora bien, ante esta disposición expresa, la exigencia del presupuesto bajo análisis en los supuestos del silencio administrativo queda completamente excluida disipando cualquier tipo de vacilación al respecto.

En estas condiciones, cae el argumento central de la queja, consistente en la falta de antecedentes que demuestren la intervención de la autoridad con competencia resolutoria final, pues si bien en forma sutil la referencia del apelante se efectúa en relación a lo expresado en la sentencia interlocutoria por la a-quo, no cabe desagregar en la ponderación del acierto del pronunciamiento, las restantes constancias de la causa, máxime las que fueron aportadas por la misma autoridad demandada. De otro modo, se estaría parcializando el material de la causa arribando a conclusiones contrarias a los datos en ella existentes.

Siendo así, se advierte acreditada en estos autos la salvedad prevista en el ordenamiento legal procesal (art. 14 inc. 1° "b", cit.), componiéndose una solución que se condice con la tésis de la cláusula constitucional (art. 166 cit.) como bien destaca la magistrada, orientada a la resolución de las controversias en armonía con la tutela judicial (art. 15, de la misma Constitución) en tanto supuesta la efectiva configuración de un caso el tránsito por vías administrativas ha de tener cabida como excepción a la directa demandabilidad estatal, en aquellas hipótesis expresamente requeridas por un enunciado normativo de rango legal. Regulación de la cual la carga de acudir ante la administración ha de ser una expresa y razonable consecuencia, a fin de no contrariar el principio de accesibilidad irrestricta a la jurisdicción (art. 15, cit.; SCBA causa "Gaineddu", res. 23-4-03)..."

²²⁸ Cuadra advertir que para que se produzca la interrupción de los plazos para la interposición de los recursos en sede administrativa, la demanda deberá ser interpuesta con anterioridad al vencimiento de aquellos, pues no resulta factible interrumpir un plazo ya consumado.

²²⁹ La Suprema Corte de Justicia local ha señalado que la vía de hecho administrativa se presenta cuando la Administración Pública incurre en un grosero atentado a los derechos de las personas, no susceptible de imputarse a un poder jurídico de la administración, por tratarse de operaciones materiales cercenadoras de aquellas situaciones subjetivas, desplegadas sin base de sustentación en un acto o en una norma jurídica habilitadora (S.C.B.A., causas *Chacur*, sent. 27-12-2.002, B. 64.200; *Lazarte*, sent. 02-4-2.003, B. 61.541), agregando -dicho Tribunal- que la vía de hecho evidencia una actuación de suyo irregular, que desborda las atribuciones que legítimamente ejerce la autoridad administrativa y, en tal carácter, mal puede ser reconocida como la aplicación o derivación de un texto legal o reglamentario. A la par que desprovisto de título jurídico que lo justifique, es un obrar que afecta o vulnera derechos individuales o de "los particulares", como refiere el artículo 109 del Decreto-Ley N° 7647/70. En ello radica su condición esencial: una actuación administrativa material y ofensiva, realizada sin los necesarios soportes jurídico-formales (S.C.B.A. causas B. 64.200 y B 61.541 anteriormente citadas).

²³⁰ Conf. art. 21 inc. 1° C.P.C.A.

1.2. Supuestos no contemplados expresamente en el C.P.C.A.

Sumado a las excepciones anteriormente analizadas, corresponde señalar algunos de aquellos supuestos que si bien no se encuentran expresamente contemplados en la norma, se hallan exentos de cumplir el presupuesto procesal bajo estudio.

1.2.a) La pretensión indemnizatoria

Siempre y cuando la pretensión destinada a obtener una indemnización en concepto de daños y perjuicios²³¹ no se encuentre enlazada a la impugnación de un acto administrativo, el presupuesto procesal del agotamiento de la vía administrativa resultará inaplicable.²³²

De lo contrario, si la pretensión indemnizatoria se encontrare asociada a la pretensión impugnatoria, además de resultar necesario obtener previamente la declaración de nulidad del acto administrativo enjuiciado,²³³ requerirá del agotamiento de la vía administrativa,²³⁴ siempre que aquel acto no se encuentre dentro de las excepciones contenidas en el artículo 14 del C.P.C.A.

1.2.b) El amparo por mora

Esta pretensión²³⁵ posibilita a quien es parte del procedimiento administrativo, a acudir a la instancia judicial a fin de que, a través de la sentencia que recaiga en el marco de aquel proceso especial, la administración sea condenada a dictar el acto administrativo correspondiente.²³⁶

²³¹ Vgr. aquellas controversias en las que se dirima la responsabilidad patrimonial de la Provincia de Buenos Aires, un Municipio o los entes descentralizados y otras personas que en ejercicio de funciones administrativas hubieren causado un daño, ya sea por su actividad lícita u ilícita, por acción u omisión.

²³² En la causa *Gaineddu* (Res. 23-4-2003, causa B.64.553) la Suprema Corte provincial se manifestó al respecto de la demandabilidad directa ante supuestos de responsabilidad del Estado. El caso fue promovido tras imputarle la parte actora a la demandada Provincia de Buenos Aires la responsabilidad por omisión en el ejercicio de sus funciones administrativas, derivadas de la sustracción del automóvil de propiedad del actor que se hallaba estacionado frente a la Comisaría de San Isidro.

La Corte local señaló que *"Aunque resulte obvio precisarlo, la petición no presupone la impugnación de ningún acto administrativo sino que se asienta en la negligencia que se atribuye a funcionarios de la Policía de la Provincia en el cumplimiento de obligaciones de custodia de un automóvil de propiedad del actor. La falta de diligencia ocasionó, según el relato, la sustracción del vehículo y son los daños y perjuicios derivados de tal comportamiento los que motivan, por ahora con el objeto de interrumpir la prescripción, la presente demanda."*

Asimismo advirtió que *"4. Por lo pronto, el mencionado art. 166, in fine prescribe, en lo pertinente, que la ley "... establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa"*.

Resulta inocultable el cambio paradigmático que introduce el nuevo texto constitucional, en cuanto persigue extender el enjuiciamiento de las contiendas administrativas y vigorizar el control de la administración, favoreciendo el acceso a los tribunales contencioso administrativos. Se deduce, entonces, de aquella norma y de la explícita consagración de la eficaz tutela judicial (art. 15, Const. Pcial.) la superación del formalismo extremo que caracterizó, a veces como una rémora inconducente para la obtención de una solución judicial de los conflictos, a ciertos institutos correspondientes al régimen de admisibilidad del proceso en la legislación adjetiva gestada en el anterior sistema.

En este contexto, supuesta la efectiva configuración de un caso (art. 166, in fine, Const. Pcial.), para cuya ocurrencia en ocasiones puede ser menester la articulación de un pedimento ante la entidad administrativa, el tránsito por vías administrativas -ora la reclamación ante la autoridad, ora el procedimiento recursivo en la misma sede- han de tener cabida, como excepción a la directa demandabilidad estatal, en aquellas hipótesis expresamente requeridas por un enunciado normativo de rango legal. Regulación de la cual la carga de acudir ante la administración ha de ser una expresa y razonable consecuencia, a fin de no contrariar el principio, de accesibilidad irrestricta a la jurisdicción (art. 15, Const. Pcial.).

Finalmente el Máximo Tribunal local señaló que *"...con arreglo a lo dicho, corresponde aplicar al sub lite, directamente, la Constitución (art. 166, in fine) y el Código Procesal Civil y Comercial, normas de cuyos términos no se deriva exigencia alguna de pedimento, interpelación o reclamo administrativo previos, para entablar la pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios (arts. 320 inc. 2 y 484/495, C.P.C.C.).*

Entender de otro modo la cuestión, importaría tanto como reconducir, sin apoyo normativo, el enjuiciamiento que de la conducta omisiva garantiza la Constitución (art. 166, in fine, cit.) a los términos de la pretensión impugnatoria., restringiendo el alcance que la norma fundamental otorgó al diseño de los casos administrativos, con franco menoscabo a la plena justiciabilidad del obrar de la administración."

²³³ Conf. Plenario *Petracca e Hijos S. A.* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal; sent. 24-4-1986); *Alcántara Díaz Colodrero* (C.S.J.N., sent. 20-8-1996, Fallos: 319:1476); *Navas* (C.S.J.N., Fallos: 319:1532), *Terminales Río de La Plata* (S.C.B.A., sent. 7-2-2007, B. 58.147). En este último caso la S.C.B.A. rechazó la petición resarcitoria vinculada a la ilegalidad de la resolución enjuiciada expresando que: *"cuando se demanda el pago de daños y perjuicios cuyo origen se encuentra en un acto administrativo ilegítimo, es preciso que previamente se declare esa ilegitimidad. Ya que si se advierte que esta última constituye la causa de la obligación de reparar los daños ocasionados por aquel, cabe concluir que el carácter firme e irrevisable de dicho acto configura un obstáculo insalvable para la procedencia de la aludida pretensión (conf. doc. causa Ac. 33.275, "Oasis S.R.L.", sent. del 26-II-1985; C.S.J.N., "Fallos", 319:1476 y 319:1532).*

Por las razones indicadas, cuando se reclama una reparación cuya causa se encuentra en el obrar ilegítimo de la Administración, el art. 20 del Código Contencioso Administrativo (ley 12.008 en su texto de la ley 13.101) habilita al interesado a deducir, a su opción, la pretensión en forma simultánea y juntamente con la impugnatoria o a hacerlo en forma autónoma luego de finalizado el proceso de anulación que le sirve de sustento."

²³⁴ Debe tenerse presente que el cumplimiento del recaudo del agotamiento de la vía administrativa será exigible sólo para la impugnación judicial del acto administrativo que se considera ilegítimo, mas no para la promoción concomitante o posterior pretensión indemnizatoria.

²³⁵ Arts. 12 inc. 6° y 76 y sgtes. C.P.C.A.

²³⁶ Sea éste preparatorio, de trámite o final.

En efecto, siendo que lo que motiva la promoción de esta pretensión es la inexistencia del acto administrativo, resulta lógico eximir a aquella del presupuesto procesal en estudio.

1.2.c) La pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos

Sin ingresar en la discusión acerca del carácter autónomo o subsidiario de esta pretensión frente a las restantes pretensiones contenidas en el artículo 12 del C.P.C.A., corresponde señalar que a la misma no le resultará aplicable la exigencia del agotamiento de la vía administrativa siempre que aquella no se articule en forma simultánea con la pretensión anulatoria, toda vez que en este último supuesto le serán requeridos sus presupuestos procesales, entre los cuales se encuentra el previo agotamiento de la vía administrativa.

1.3. El agotamiento de la vía administrativa ante tribunales administrativos y entes reguladores de servicios públicos (Art. 15 C.P.C.A.)

Por último, en lo que refiere al presupuesto procesal bajo análisis, el C.P.C.A. contempla una referencia específica para los supuestos en que debe agotarse la vía administrativa ante tribunales administrativos o entes reguladores de servicios públicos. Más precisamente, el artículo 15 de aquel cuerpo legal dispone que en los casos de pretensiones anulatorias que se promuevan contra actos administrativos emanados de Tribunales de la Administración Pública o de entes reguladores de servicios públicos, el agotamiento de la vía administrativa se regirá por las disposiciones que determinen las leyes que regulan los procedimientos ante los mismos, resultando de aplicación supletoria el C.P.C.A.

De este modo, entre los Tribunales de la Administración Pública, se deberá observar el procedimiento instituido para el Tribunal Fiscal de la Provincia de Buenos Aires en el Código Fiscal²³⁷, mientras que para el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires deberán emplearse las prescripciones contenidas en su Ley Orgánica.²³⁸

Por su parte, entre los Entes Reguladores de Servicios Públicos habrá de aplicarse distintas normativas. Veamos algunas de ellas. Así frente al Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (O.C.E.B.A.) se deberá recurrir a la Ley que regula las actividades de generación, transporte y distribución de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires²³⁹ como a su decreto reglamentario.²⁴⁰

Por otro lado, ante el Organismo Regulador Bonaerense de Aguas y Saneamiento (O.R.B.A.S.) deberá emplearse el marco regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales que determina el procedimiento para la solución de conflictos.²⁴¹

2. Plazo de caducidad

Corresponde comenzar por recordar que la caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo determinado por la ley.

De este modo, la oportunidad para ejercer el derecho asume, frente a un plazo de caducidad, un carácter esencial, ya que aquel nace originariamente con esa limitación de tiempo, de modo que no se puede hacer valer luego de transcurrido el plazo respectivo.

Las leyes procesales (como el C.P.C.A.) sujetan determinados derechos y acciones a plazos de caducidad, por lo general mucho más breves que los de prescripción.²⁴²

Tal como seguidamente analizaremos, los plazos de caducidad instituidos en el Código de la materia constituyen un término perentorio de naturaleza procesal, aplicables tanto a los procesos ordinarios y especiales como así también a las medidas cautelares.²⁴³

²³⁷ V. Código Fiscal Ley N° 10.397 (modif. por leyes N° 14.301, 14.333, 14.357, 14.394, 14.553, 14.653 y 14.739. -Texto ordenado por Resolución N° 39/11 del Ministerio de Economía-), en especial artículos 115 a 132.

²³⁸ V. Ley N° 10.869 (modif. por leyes Leyes N° 10.876, 11.755, 12.008, 13.101, 13.118, 13.339 y 13.963), en especial arts. 31 y 38 a 41.

²³⁹ V. Ley N° 11.769 (modif. por leyes N° 13.929 y 14.068 - Texto Ordenado por Decreto N° 1868/04-), en especial art. 68.

²⁴⁰ V. Decreto N° 2479/04, en especial art. 68.

²⁴¹ V. Ley N° 11.820 (modif. por ley N° 12.292), en especial art. 53 del Anexo I de la Ley.

²⁴² Tradicional es la corriente doctrinaria sobre las diferencias y similitudes entre los institutos de caducidad y prescripción, a la que se suman autorizadas opiniones (BORDA, Guillermo y SPOTA, Alberto) que niegan toda distinción, considerando a la caducidad como una prescripción más breve e intensa que ésta, aun cuando entre ambas medien diferencias notorias. No obstante ello, corresponde recordar las principales diferencias destacadas por la doctrina: a) la caducidad extingue el derecho, mientras que la prescripción extingue la acción, dejando subsistente una obligación natural; b) la aplicación de la prescripción depende de su expreso planteo, mientras que la caducidad puede ser declarada de oficio; y entre otras diferencias, c) la caducidad, a diferencia de la prescripción, no se halla sujeta a interrupción ni a suspensión.

2.1. Procesos Ordinarios

El plazo de caducidad para la promoción de diversas pretensiones en el marco del proceso ordinario se encuentra prescripto en el artículo 18 del C.P.C.A.

De su lectura puede vislumbrarse que contiene un único plazo de caducidad de noventa (90) días para las pretensiones anulatorias,²⁴⁴ las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento del derecho o intereses tutelados²⁴⁵ y para aquellas pretensiones destinadas a hacer cesar una vía de hecho administrativa.

Asimismo, corresponde advertir que este plazo perentorio resulta exigible frente a actos administrativos expresos o frente a los supuestos en que se cuestiona una vía de hecho administrativa, no siendo aplicable ante el silencio administrativo o frente a cualquier otro supuesto no previsto expresamente en el C.P.C.A.²⁴⁶

Sumado a ello debe señalarse que si bien el texto del artículo bajo análisis no especifica si el plazo de caducidad que instituye corresponde a días corridos (hábiles e inhábiles), resultando aquel un plazo procesal no sólo corresponde computarlo como días hábiles judiciales,²⁴⁷ sino que a su vez le resulta aplicable el plazo de gracia instituido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, C.P.C.C.).²⁴⁸

Si bien el plazo indicado en la norma procesal debe ser computado de conformidad con lo allí estipulado y de acuerdo al tipo o a la naturaleza del acto o hecho que se cuestiona, corresponde analizar una particularidad que determina la segunda parte del inciso "a" del artículo 18 del C.P.C.A.

Allí se prevé la interrupción del plazo instituido cuando ante un acto administrativo definitivo y que agotó la vía administrativa, la parte interesada interpuso un recurso administrativo.

Claro que para que aquella interrupción tenga efectos, el recurso administrativo debe resultar procedente²⁴⁹, pues la interposición de recursos improcedentes, aun cuando fueran sustanciados por la autoridad administrativa, no tiene la virtualidad de interrumpirlo²⁵⁰.

Asimismo, dicho recurso deberá interponerse dentro del plazo legal correspondiente, ya que de lo contrario el efecto interruptivo señalado tampoco surtirá sus efectos.

De este modo, la ineficacia del recurso administrativo por alguno de los motivos señalados generará que el plazo de noventa (90) días comience a correr desde el día siguiente al de la fecha de la notificación al interesado del acto definitivo y que agotó la vía administrativa²⁵¹.

²⁴³ Supuesto que será analizado oportunamente en la presente obra colectiva

²⁴⁴ Ya sean entabladas en forma directa contra actos administrativos de alcance particular y general, o en forma indirecta contra éstos últimos.

²⁴⁵ En virtud de lo señalado oportunamente en el presente capítulo, este plazo resulta aplicable para aquellas pretensiones que se encuentren asociadas a la anulación de un acto administrativo.

²⁴⁶ Desde antiguo la S.C.B.A. ha sostenido con acierto que el plazo de caducidad para promover la demanda contencioso administrativa no rige cuando se acciona ante la configuración de un supuesto de silencio de la Administración (cfr. doc. causas *Farías*, sent. del 28-3-1995, B. 54.951 y *Donnarumma*, res. del 17-6-1997, B. 57.216, "D.J.B.A.", 158:142; *Armendariz*, sent. de 30-3-2005, B. 55.909; *Inmar*, sent. de 8-2-2006, B. 64.791, entre muchas otras), es decir, en aquellos casos en que, aun mediando un pedido de pronto despacho por parte del peticionante, la Autoridad omite brindar a éste una respuesta expresa sobre su reclamo dentro del término fijado para ello (cfr. art. 16 C.P.C.A.; doct. S.C.B.A *Galesio*, sent. de 6-7-2005, causa B. 61.558). Sumado a ello, el Máximo Tribunal señaló que el artículo que establece el plazo de caducidad para deducir la pretensión (art. 18 C.P.C.A.) claramente se refiere a la de anulación, la de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados y la de cese de una vía rehecho administrativa, sin que pueda inferirse de la enunciación que luego efectúa acerca de cómo debe computarse el término, que el legislador haya pretendido extenderlo al supuesto de silencio en el cual, en rigor, no se impugna ningún acto (conf. causas S.C.B.A. *Dueñas*, res. del 30-6-2004, B. 63.055; *Barrón*, res. del 26-9-2007, B. 65.706).

Ello resulta lógico por las siguientes razones:

1.- Ante el silencio, no se presume que la autoridad administrativa ha actuado, por el contrario se sabe fehacientemente que no lo ha hecho. (Cfr. MUÑOZ, Guillermo Andrés; *Silencio de la Administración y Plazos de Caducidad*, Edit. Astrea, 1.982).

2.- De la presunción legal "de una resolución denegatoria o adversa" (Art. 16 C.P.C.A.) no cabe inferir la existencia de "un acto desestimatorio presunto o tácito" al que le fuera aplicable el plazo de caducidad; máxime por la naturaleza del instituto y por no encontrarse previsto expresamente en la ley.

3.- El plazo para deducir la pretensión, y la forma de computarlo en los distintos supuestos se encuentra expresamente fijado por el artículo 18 del C.P.C.A., no previendo plazo de caducidad para el supuesto del silencio.

4.- Tal exigencia resultaría una injusta carga para el particular al "permitir que la Administración, sin ninguna razón venza dos veces: primero no resolviendo nada; segundo haciendo caducar el recurso" (FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, pág. 275-276).

²⁴⁷ Conf. art. 156 C.P.C.C.; Art. 77 inc. 1° C.P.C.A.

²⁴⁸ Por esta razón a los noventa (90) días hábiles judiciales se le deberá añadir las cuatro (4) primeras horas del siguiente día hábil inmediato (conf. art. 124 C.P.C.C. -Texto según Ley 13708-; Art. 77. Inc. 1° C.P.C.A.).

²⁴⁹ Es decir, que aquel debe encontrarse instituido en las leyes aplicables.

²⁵⁰ Conf. doct. causas B. 51.159, "El Rápido S.R.L.", sent. del 5-VI-1990; B. 49.329, "Ferraro", sent. del 20-X-1992; B. 57.015, "Freschi de Hours", sent. del 22-XII-1998, B 61.850 "Telefónica de Argentina" sent. 7-III-07, entre otras.

²⁵¹ No obstante ello, nada impide que el interesado entable la demanda dentro de los primeros noventa (90) días hábiles judiciales sin tener aún resuelto su recurso administrativo deducido extemporáneamente.

De lo contrario, es decir de haberse interpuesto un recurso procedente en legal tiempo y forma, el plazo originario se verá interrumpido y comenzará a correr desde el día siguiente en que el particular sea notificado de la resolución que desestime su impugnación.

2.2. Procesos Especiales

Tal como se adelantó oportunamente, los procesos especiales estatuidos en el C.P.C.A. contienen plazos que difieren a los determinados para el proceso ordinario. Veamos.

A.- La pretensión anulatoria que se promueve con el objeto de obtener la declaración de nulidad de un acto administrativo de alcance particular o general a través del proceso sumario de ilegitimidad regulado en el Título I, Capítulo I del C.P.C.A. (Arts. 67 a 70 y concs.) debe ser instaurada dentro del plazo de sesenta (60) días hábiles judiciales contados en la forma prevista por el artículo 18° del aludido Código.²⁵²

B.- Idéntico plazo rige para las pretensiones anulatorias destinadas a impugnar los actos administrativos que dispongan sanciones disciplinarias a los agentes públicos provinciales o municipales (arts. 71 a 73 y concs. C.P.C.A. - Título II, Capítulo II-), y para las controversias en las que se pretende obtener la nulidad de los actos administrativos definitivos emanados de los órganos superiores de las Cajas de Previsión Social de Profesionales (art. 75 C.P.C.A. -Título II, Capítulo III-).

C.- Finalmente, para el supuesto de impugnación de actos administrativos definitivos emanados de los Colegios o Consejos Profesionales referidos al gobierno de la matrícula o registro de profesionales y/o control disciplinario de los mismos y los definitivos emanados de los órganos de control disciplinario, rige el plazo de quince (15) días a partir de la notificación de la última resolución administrativa para interponer el recurso directo ante el Órgano Colegial que dictó el acto administrativo, quien deberá remitirlo a la Cámara de Apelaciones correspondiente (Art. 74 y concs. C.P.C.A. -Título II, Capítulo III-).

3. El Pago Previo²⁵³

3.1. Antecedentes

El instituto del pago previo es conocido habitualmente como "solve et repete", una locución latina que significa "paga y repite", debiendo atribuirse al término "repetir" el significado de gestionar la devolución del importe pagado²⁵⁴.

En el ámbito procesal administrativo se presenta como un presupuesto de admisibilidad, de modo tal que es una carga que pesa sobre quien pretende impugnar un acto administrativo que imponga una obligación tributaria de dar sumas de dinero, cuyo incumplimiento se constituye en causal de inadmisibilidad de la pretensión impugnatoria. Mas debe quedar en claro que en modo alguno ello obsta, en virtud del carácter ejecutivo del acto administrativo, a la atribución del Fisco de perseguir por la vía del apremio (art. 104 Código Fiscal, texto ordenado según Resolución 39/11) el cobro de las deudas resultantes de las resoluciones definitivas de la Autoridad de Aplicación, del Tribunal Fiscal, de declaraciones juradas u otras liquidaciones, aun cuando tales decisiones no revistan el carácter de firmes.

En relación a los fundamentos del instituto²⁵⁵, la doctrina es pacífica al sostener que el "solve et repete" tiene la finalidad práctica de que la actividad del Estado no resulte perturbada por dilaciones en la oportuna percepción de los tributos, siendo una derivación de los principios de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo, que opera como "medida protectora de política financiera" cuya finalidad, función o motivo es proteger las finanzas públicas, erigiendo una valla contra los contribuyentes de mala fe²⁵⁶.

²⁵² Es decir, tal como lo determinan los incisos "a", "b" y "c" del artículo 18 del C.P.C.A.

²⁵³ Dada la complejidad de esta temática -cuyo exhaustivo desarrollo excede la finalidad de la presente obra- para un análisis pormenorizado nos remitimos al trabajo "El "Solve et repete" en el nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Villafañe, Homero M., en LLBA 2005, pág. 241 y sig.

²⁵⁴ Jarach, Dino "El principio "solve et repete" en el derecho fiscal argentino y especialmente en la Provincia de Buenos Aires", Revista de la Dirección Provincial de Rentas, Año II, número 4, pág. 55.

²⁵⁵ Giuliani Fonrouge, Carlos M. "Derecho financiero", Volumen II, Ed. Depalma, Buenos Aires, pág. 835 y sigs.

²⁵⁶ En tal sentido se pronuncian De Juano, M. "Curso de Finanzas y Derecho Tributario", Ed. Molachino, Rosario, 1963, T. I, pág. 446/447 y Bielsa, Rafael. "Compendio de Derecho Público, Constitucional, Administrativo y Fiscal", Ed. Depalma, Buenos Aires, T. III, Bs. As. 1952, pág. 100.

No obstante lo expuesto, la exigencia bajo análisis ha sido objeto de numerosas críticas²⁵⁷, formuladas desde distintos puntos de vista. Sintéticamente, puede decirse que se la ha cuestionado por resultar violatoria del derecho de defensa, al debido proceso y a una tutela judicial efectiva (art. 18 "in fine" de la Constitución Nacional, art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional), del principio de razonabilidad²⁵⁸ (art. 28 de la Constitución Nacional), y del principio de igualdad²⁵⁹ (art. 16 de la Constitución Nacional).

Resulta relevante que las conclusiones elaboradas en diversas jornadas y congresos internacionales hayan sido coincidentes, en el sentido de la conveniencia de eliminar al "solve et repete" como requisito de procedencia tanto en la interposición de recursos administrativos como en el ejercicio de la acción contenciosa²⁶⁰.

El mismo criterio es seguido por Giuliani Fonrouge²⁶¹, quien ha sostenido que mantener tan írrito privilegio en favor del Fisco resulta innecesario, en tanto éste se halla dotado de otros medios, incluso más eficaces, para desarrollar su actividad y percibir sus créditos. Así, ya en 1956, sostenía que si cuarenta o cincuenta años atrás, con una fiscalidad incipiente, podría peligrar la recaudación normal de los ingresos por una excesiva tolerancia hacia los contribuyentes, en la actualidad la supresión del pago previo no puede afectar el funcionamiento regular de la administración.

A tales fundamentos debe agregarse, tal como fue expuesto previamente, que la circunstancia de que el contribuyente ocurra a la justicia sin que pague previamente no impide el progreso del cobro compulsivo por vía del apremio, caso en el cual el Fisco puede pretender cautelarmente un variado menú de medidas asegurativas del crédito (ver, arts. 13 y 14 del Código Fiscal).

3.2. Normativa constitucional y legal

3.2.a) Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En virtud de las numerosas críticas efectuadas al "solve et repete", referidas a su presunto carácter violatorio de diversas normativas de rango tanto constitucional como convencional –las cuales fueron objeto de mención en el párrafo que antecede– resulta imprescindible conocer los criterios sostenidos al respecto por la Corte Federal.

Dicho Tribunal ha consagrado –como principio general– la constitucionalidad de la exigencia del pago previo, no solo en materia tributaria sino además en lo relativo a aportes previsionales y multas.²⁶² Sin embargo, esta consolidada doctrina no ha resultado óbice para el establecimiento de excepciones a dicha regla. En efecto, nuestro máximo Tribunal Nacional ha sostenido que la exigencia del pago previo importaría un supuesto de denegación de justicia en aquellos casos en que exista una desproporcionada magnitud entre la suma de dinero exigida y la concreta capacidad económica del recurrente, y la falta comprobada de medios para afrontar dicha erogación sea inculpable.²⁶³ Tal es el sentido interpretativo que, conforme la doctrina de dicho Tribunal, cabe asignarle al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁶⁴

²⁵⁷ Para un meduloso desarrollo sobre el tema, ver Casas, José O. "Tratado de la Tributación", de A.A.V.V. García Belsunce, Horacio A. (Dtor.), T. I, Derecho Tributario, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, en particular pág. 375 y sigs. y sus citas.

²⁵⁸ Por cuanto no existe adecuación entre el medio empleado por la norma (condicionar la intervención judicial al pago previo) y el fin que se persigue (lograr la presta recaudación).

²⁵⁹ Al declarar la inconstitucionalidad de la exigencia del pago previo, con fecha 31-03-61, la Corte Constitucional Italiana sostuvo que "como consecuencia de la aplicación del "solve et repete" se generaban resultados marcadamente disvaliosos y dispares entre el contribuyente que se encontraba en condiciones de afrontar inmediata y totalmente el tributo y aquel que no contaba con medios suficientes para satisfacer la obligación, cercenándole a éste último, el acceso a la tutela jurisdiccional amparada por la Constitución".

²⁶⁰ Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (1957), Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (1958), Séptimas Jornadas luso-hispano-americanas de estudios tributarios (1976), Terceras Jornadas Rioplatenses de Tributación (1988), Decimosextas jornadas Latinoamericanas de derecho tributario (1993), Vigésimas Jornadas Latinoamericanas de derecho tributario (recomendación 5°), Modelo de Código Tributario para América Latina.

²⁶¹ Giuliani Fonrouge, Carlos M. "Acerca del solve et repete". La Ley, 82-624.

²⁶² Ver Fallos 31:103, 101:175, 184:162 y 261:101. La postura esbozada fue mantenida en recientes pronunciamientos de la Corte Suprema, en su actual integración, tales como los de Fallos 328:2938, 333:161, y 333:2251.

²⁶³ Ver Fallos 250:208, 256:38, 321:1741 y "Dintel S.A." de fecha 11-IX-90.

²⁶⁴ Ver Fallos 312:2490, 319:3415 y 322:1284.

3.2.b) Su regulación en la provincia de Buenos Aires

En el derogado Código Procesal (ley 2961), el “*solve et repete*” se encontraba previsto en el art. 30, en cuya nota el Dr. Luis Varela fundamentaba la norma explicando que “Es un principio universal que siempre que se trate de impuestos o de obligaciones pecuniarias para con el Estado, el contribuyente o deudor no puede promover una acción contra la autoridad, sin previamente abonar la suma que la resolución administrativa determine. Esto tiene su aplicación no sólo en la presunción de legalidad y verdad que acompaña a los actos del poder público, sino también en la necesidad de que las rentas con que el Estado cuenta para la administración sean percibidas en la oportunidad que la ley determina”.

La doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha sido conteste en señalar que el fundamento de este instituto reside en la necesidad de que las rentas con que el Estado cuenta para la administración sean percibidas regularmente, preservando el normal desenvolvimiento de las finanzas públicas, y poniéndolas a cubierto de argucias procesales o expedientes dilatorios.²⁶⁵

El máximo Tribunal Provincial estableció como condición y límite para la exigibilidad del cumplimiento de este presupuesto procesal, la existencia de una liquidación practicada por la autoridad administrativa²⁶⁶; y adoptó un criterio mucho más restrictivo que el seguido por la Corte Federal en relación a la posibilidad de dispensar el cumplimiento de dicho requisito en ciertos supuestos excepcionales, estableciendo que la imposibilidad de pago invocada por la parte actora no obsta a la exigibilidad del recaudo.²⁶⁷

Por otro lado, conforme la Suprema Corte provincial, únicamente resultan excluidas del régimen del “*solve et repete*” las sanciones en materia tributaria²⁶⁸ y los cargos deudores por haberes percibidos en exceso.²⁶⁹ Sin perjuicio de ello, cabe tener en cuenta que más acá en el tiempo, dicho órgano de justicia – por ajustada mayoría– en la causa “Herrera”, declaró inconstitucional el art. 42 de la ley 11.477 en cuanto exige el depósito previo de la multa como condición de admisibilidad de los recursos de reposición y apelación en subsidio²⁷⁰.

El Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.008, texto según ley 13.101), regula el “*solve et repete*” en su artículo 19, cuya redacción presenta relevantes innovaciones en relación a la del Código Varela.

En primer lugar, ya no se refiere a la “resolución administrativa que ordenase el pago de suma alguna de dinero, proveniente de liquidación de cuentas o de impuestos”, sino al “acto administrativo que imponga una obligación tributaria de dar sumas de dinero”. Resulta apropiada la terminología empleada, toda vez que evita confusiones en relación a los vocablos “impuesto” y “tributo”, quedando claro que la normativa vigente entiende al tributo como una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público²⁷¹, comprensiva tanto de los impuestos, tasas y contribuciones, dejando fuera de su alcance otras obligaciones dinerarias (vgr. cánones contractuales). Es necesario aclarar que la nueva codificación ha limitado el alcance de la exigencia bajo examen al capital e intereses, quedando excluidos las multas y recargos.

En cuanto a la oportunidad en que debe cumplirse con la exigencia bajo análisis, la legislación provincial establece, en principio, que la misma es prejudicial, aunque su cumplimiento no está impuesto como requisito de admisibilidad de los recursos en sede administrativa ya sea el de reconsideración ante la Autoridad de Aplicación, o el de apelación ante el Tribunal Fiscal. En verdad, conforme lo normado en el artículo 117 del Código Fiscal, la interposición de estos recursos tiene como efecto la suspensión de la obligación de pago, aunque no interrumpe el curso de los intereses previstos en el artículo 96 de dicho ordenamiento. Sin embargo, una reforma sustancial al respecto es aquella incorporada por el inciso 2° del artículo 19 del C.P.C.A., en virtud de la cual el incumplimiento del pago previo no conlleva en forma automática la declaración de inadmisibilidad de la pretensión, ya que la nueva codificación contempla la posibilidad de subsanar tal deficiencia en el plazo de diez días a contar desde la intimación efectuada por el juez.

Resulta menester poner de resalto que el inciso 3° de dicho artículo, en sus apartados a) y b), recepta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consagrando legislativamente las excepciones en virtud de las cuales el requisito de pago previo no será exigible cuando su imposición configurase un supuesto de denegación de justicia, ni cuando se deduzca una pretensión meramente

²⁶⁵ Ver Causas B-48.839, “Bigatti de Moujan”, sentencia del 21/XII/1984; B-53.829, “Luis A. Zaiden y Alfredo O. Carnevari. Sociedad de Hecho”, sentencia del 03/XI/1992; B-55.283 “Pertenezer S.A.”, sentencia del 14/XII/1993 y B-55.927, “American Express Arg. S.A.”, sentencia del 06/VI/1995.

²⁶⁶ Ver causa B-48.543, “Olivetti Argentina S.A.”, sentencia del 30/VI/1987 y B-48.839, “Bigatti de Moujan”, sentencia del 21/XII/1984.

²⁶⁷ Ver causa B-56.201, “Cooperativa de agua y luz de Pinamar Ltda.”, sentencia del 11/IV/1995.

²⁶⁸ Ver causa B-53.829, “Luis A. Zaiden y Alfredo O. Carnevari. Sociedad de Hecho”, sentencia del 03/XI/1992

²⁶⁹ Ver causa B-48.839, “Bigatti de Moujan”, sentencia del 21/XII/1984

²⁷⁰ Ver causa I- 3361, “Herrera”, sentencia del 19/XII/2012.

²⁷¹ Giuliani Fonrouge, Carlos M. “Derecho Tributario”. Tomo I, 6° edición, Depalma, Buenos Aires, pág. 311 y sigs.

declarativa, aclarando que en este último supuesto la autoridad provincial o municipal tendrá derecho a promover contra el demandante el correspondiente juicio de apremio.

En suma, a modo de recapitulación, puede aseverarse que los fundamentos que justifican el instituto del “solve et repete” son de naturaleza jurídico-política: de una parte, se sustenta en los caracteres de presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo; de otra, en la finalidad práctica de que la actividad del Estado no resulte perturbada por dilaciones en la oportuna percepción de los tributos. En tal sentido cabe advertir que, sin perjuicio del carácter ejecutivo que habilita al Fisco a promover la ejecución fiscal (apremio), la exigencia bajo estudio importa una suerte de ejecutoriedad impropia, en tanto la Administración logra por su conducto el ingreso de las sumas objeto de debate, antes de la promoción de la pretensión impugnatoria.

En cuanto a la nueva regulación procesal bonaerense, se observa un considerable avance legislativo, toda vez que las modificaciones precedentemente señaladas evidencian la búsqueda de un delicado equilibrio entre las exigencias públicas de contar oportunamente con la renta prevista y las garantías de defensa, efectivo acceso a la justicia, y seguridad de que sólo le sean exigidos al ciudadano los tributos en la medida en que la ley lo ha establecido, restringiendo saludablemente el alcance del principio a aquellos rubros directamente relacionados con el desenvolvimiento normal de las finanzas públicas.

4. Proceso ordinario y sumario

4.1. Introducción

Con Palacios²⁷² entendemos al Proceso como el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual, destinada a regir un aspecto determinado de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano judicial, que han requerido la intervención de este en un caso concreto.

Desde el punto de vista estructural CPA hace una distinción entre proceso ordinario y procesos especiales que se tramitan bajo la forma de un proceso sumario, por lo que aquí vamos a dar las pautas generales del proceso ordinario y de lo que implica un proceso sumario, quedando para la unidad 13 el tratamiento de los procesos especiales.

4.2. Proceso ordinario y sumario

El proceso ordinario es un proceso general, básico y de carácter supletorio o residual en relación a los procesos especiales o sumarios aunque la elección de uno u otro proceso siempre depende de la parte²⁷³, es lo que el CPA en su art. 67 denomina opción²⁷⁴. El CPA trata de este proceso en el título I desde los artículos 1 a 66.

Es general porque resulta procedente para todos los casos que integran la competencia contencioso-administrativa, salvo norma expresa en contrario. Y básico porque sobre él se estructuran el resto de los procesos especiales. Asimismo tiene carácter residual o supletorio toda vez que al fracasar la opción por el proceso sumario, el trámite deberá sustanciarse bajo las prescripciones normativas del proceso ordinario.

Es un proceso que se diferencia de los procesos especiales (sumarios) porque cuenta con plazos más extensos, mayores posibilidades de ofrecer y producir pruebas, como así también mayor cantidad de excepciones y medios de defensa.

Contiene tres etapas a saber:

1- La parte introductoria o de planteamiento, y que comprende desde la iniciación del juicio hasta la recepción de la causa a prueba.

2- La parte probatoria donde se producen las pruebas ofrecidas con el escrito de demanda.

3- Finalmente la etapa decisoria que se inicia con el llamamiento de autos para dictar sentencia y culmina con su dictado.

²⁷² Palacios, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Editorial Abeledo-Perrot, 2002.

²⁷³ Conf. Claudia A. M. MILANTA “El nuevo proceso contencioso Administrativo de la Pcia de Bs As, 3ra Edición, año 2004, LEP, Director Carlos A. BOTASSI, pág 561.

²⁷⁴ Para su ampliación remitirse a la Unidad XIII, Pto 1.

(*) **Abogado y Adscripto D. Adm., Catedra II, Comisión 6.**

En tanto que el proceso sumario es de conocimiento acotado para el juez en relación al proceso ordinario, trayendo como consecuencia la simplificación de los plazos, de las excepciones y medios de defensa, como así también de la limitación de la prueba. Se encuentra regulado en el título II (De los Procesos Administrativos Especiales).

Milanta²⁷⁵ sostiene que “dentro de los procesos administrativos especiales (sumarios), se podría asignar el carácter de proceso especial básico al sumario de ilegitimidad²⁷⁶ debido a que se lo regula con carácter general para cualquier materia en relación a la clásica pretensión impugnatoria mientras que el resto resultan ser más específicos desde el punto de vista material o bien se vinculan directamente con una pretensión determinada”.

Dentro del género sumarios se encuentran los procesos sumarios de ilegitimidad, impugnaciones de sanciones en materia de empleo público, impugnaciones especiales contra resoluciones de colegios o consejos profesionales y de cajas de previsión social de profesionales, amparo por mora y ejecución tributaria provincial.

La estructura de la litis en un proceso sumario es la siguiente:

- 1- Demanda.
- 2- Contestación.
- 3- Producción de prueba documental.
- 4- Sentencia.

4.3. Cómputo

Atendiendo al tipo de proceso, es decir si es ordinario o especial (sumario), será la norma que se deberá aplicar, y en función de ello devendrá la extensión y el momento en virtud de los cuales se deberá realizar el cómputo. Para ello deberemos distinguir de cómputo en los procesos ordinarios y cómputo en los procesos especiales.

2.2.1. Cómputo en los procesos ordinarios: en relación al cómputo en los procesos ordinarios remitimos al punto 1 de esta unidad.

2.2.2. Cómputo en los procesos especiales:

El cómputo y los pasos procesales en los procesos especiales surge del art. 69 del CPA, en sus incisos 1 a 7.

En relación al plazo para interponer las pretensiones administrativas en procesos especiales (sumarios), este es de 60 días contados de la forma prevista en el art. 18 del CPA.

En punto al traslado de la demanda, este se correrá por un plazo de 20 días. Si se contestare la demanda, no se dará traslado a la actora (particular legitimado).

Aquí tampoco se produce la audiencia prevista en el art. 41 del CPA.

Tampoco se puede producir otra prueba que no sea la documental, agregada por las partes o que se encuentren en los expedientes de procedimiento administrativo.

Las excepciones previas deberán ser planteadas en el escrito de contestación de la demanda y ser resueltas en la sentencia.

Contestada la demanda, o vencido el plazo para hacerlo, se conferirá vista a las partes para que, en el plazo común de cinco días presenten el alegado, vencido el cual se llamará autos para sentencia.

Finalmente la sentencia deberá dictarse en el plazo de treinta días.

5. Silencio administrativo o denegatoria tácita

5.1. Silencio administrativo o denegatoria tácita

El silencio administrativo constituye un instituto que puede definirse como una presunción o ficción legal en virtud de la cual, transcurrido un determinado plazo sin que la Administración se expida y cumplimentados los demás requisitos previstos por la ley, el reclamo, petición o recurso planteado en sede administrativa pueda ser interpretado como acogido (silencio positivo) o desestimado (silencio negativo).

²⁷⁵ Claudia A. M. MILANTA “El nuevo proceso contencioso Administrativo de la Pcia de Bs As, 3ra Edición, año 2004, LEP, Director Carlos A. BOTASSI, pág 563.

²⁷⁶ Nos limitamos a nombrar solo algunos aspectos, porque el desarrollo integral, será desarrollado en la unidad 13, pto 1.

En otros términos, el silencio se constituye como una "respuesta" de la Administración que la ley presume ante determinadas circunstancias y frente al requerimiento deducido por un interesado.

Lejos de ingresar a un análisis profundo sobre su naturaleza jurídica, corresponde señalar que existen distintas posturas al respecto. Así, en el campo doctrinario se ha debatido acerca de si el silencio administrativo importa una ficción,²⁷⁷ una presunción,²⁷⁸ una infracción,²⁷⁹ o de un verdadero acto.²⁸⁰

Más allá de las variadas apreciaciones, el silencio administrativo debe entenderse como una ficción legal de consecuencias esencialmente procesales que facilita al particular afectado la fiscalización y revisión ulterior -administrativa o judicial- de la inactividad administrativa.

Debe tenerse presente que el silencio administrativo en sí mismo no posee un sentido positivo o negativo, sino que adquiere tal acepción por imperio del mandato de la ley, que le otorga relevancia jurídica y le asigna ese carácter. De ese modo, frente a la pasividad del órgano administrativo, el ordenamiento jurídico reacciona y le confiere un determinado significado, imponiendo, al mismo tiempo, las condiciones y vías por las que llegará a adquirir trascendencia en el ámbito del derecho.²⁸¹

Asimismo, cuadra destacar que en torno al instituto bajo análisis se debate una cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con el derecho constitucional de petición²⁸² y, a su vez, con las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial continua y efectiva.²⁸³

Ello debido a que la Administración tiene la obligación de expedirse respecto de los planteos que le formulen los particulares y éstos, a su vez, tienen el derecho a que aquella resuelva sus pretensiones, sea admitiéndolas o rechazándolas, en uno u otro caso, de manera fundada.²⁸⁴

5.1.a) El silencio administrativo en el C.P.C.A.

La figura jurídica en tratamiento se halla contemplada en el artículo 16 del C.P.C.A., del cual puede vislumbrarse que distingue dos especies diferentes de inactividad formal administrativa:²⁸⁵

- a) la que se verifica en la emisión de la resolución definitiva y,
- b) aquella que acaece ante el deber de expedir providencias de trámite.

El primer supuesto²⁸⁶ se presenta cuando encontrándose las actuaciones administrativas en estado de ser resueltas,²⁸⁷ el órgano competente omite dictar la resolución correspondiente.

La otra hipótesis,²⁸⁸ se configura cuando la autoridad no dicta las providencias que impulsan las actuaciones administrativas.²⁸⁹

En base a lo expuesto, es posible deducir que la solicitud de pronto despacho puede interponerse contra asuntos en estado de resolver o contra la retardación de actos preparatorios.

Asimismo, del texto normativo puede observarse que el silencio administrativo es una omisión que prolongándose durante el lapso contenido en la ley, genera la producción de los efectos jurídicos que la misma prevé para los supuestos en que no se expide expresamente.

²⁷⁷ Hutchinson, Tomás.

²⁷⁸ Muratorio, Jorge I.

²⁷⁹ Muñoz, Guillermo A.

²⁸⁰ Sotelo de Andreu, Mirta G.

²⁸¹ Conf. doct. Causas S.C.B.A. *De Grazia* (voto mayoritario del Juez Dr. Petigiani), sent. 21-5-08, B 59.316; *Lunazzi*, (voto minoritario del Juez Dr. Petigiani) sent. 2-7-08, B. 61.267; *Velázquez* sent. 8-2-12, B 58.927; *Kovalskys*, sent. 29-12-14, B 61.229, entre otras.

²⁸² Art. 14 Const. Nac.; Art. 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 75 inc. 22, Const. Nac.).

²⁸³ Art. 18 Const. Nac.; art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 75 inc. 22, Const. Nac.), art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 75 inc. 22, Const. Nac.) y art. 15 Const. Pcial.

²⁸⁴ Art. 15 Const. Pcial; Art. 108 Decreto Ley N° 7.647/70 (L.P.A.B.A.) y Ordenanza General N° 267/80. Cabe destacar que aquellos plexos normativos prescriben expresamente que el procedimiento administrativo debe impulsarse de oficio (art. 48), que incumbe a las autoridades encargadas de su despacho adoptar las medidas oportunas para que la tramitación no sufra retrasos (art. 50), generando el incumplimiento de los plazos, la responsabilidad imputable a los agentes directamente a cargo del trámite o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección y fiscalización (art. 80). Ello así, dado que los plazos administrativos son obligatorios para las autoridades públicas (art. 71).

²⁸⁵ Corresponde recordar la diferencia existente entre la actividad material y la actividad formal de la Administración Pública. Si bien son expresiones de una misma conducta omisiva (inactividad), ambas detentan diferencias.

Se entiende por inactividad material a la pasividad (es decir, al no hacer) de la Administración dentro del marco de sus competencias ordinarias.

Por su parte, la inactividad formal refiere a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento manifestándose, por ende, con la ausencia de una contestación expresa frente a la petición de un particular.

Éste último supuesto es al que refiere el artículo 16 del C.P.C.A.

²⁸⁶ Contemplado en el art. 16 inc. 1° C.P.C.A.

²⁸⁷ Vgr. cuando ya hubieren intervenido los organismos de asesoramiento y control de la Provincia de Buenos Aires (Asesoría General de Gobierno, Fiscalía de Estado y Contaduría General de Gobierno).

²⁸⁸ Contemplada en el art. 16 inc. 2° C.P.C.A.

²⁸⁹ Vgr. pases (art. 77 inc. "a" Decreto Ley N° 7647/70 y Ord. Gral. N° 267/80), providencias de mero trámite (art. 77 inc. "b" Decreto Ley N° 7647/70 y Ord. Gral. N° 267/80).

En otras palabras, el silencio estatuido en el C.P.C.A. importa la declaración expresa que debió hacer en un plazo determinado la Administración ante la petición efectuada y que en el caso no se traduce más que por uno solo de los modos: el negativo.

Esta equivalencia es presumida por la norma y se torna operativa si el particular lo desea, pues será aquel quien deba interponer el "pronto despacho" ya que esta ficción legal que nuestro ordenamiento consagra se encuentra establecida exclusivamente en beneficio del interesado y surtirá sus efectos si el mismo revela inequívocamente su voluntad de implementarla.

En suma, de lo hasta aquí expuesto es posible colegir que el silencio negativo constituye una herramienta en virtud de la cual el interesado puede, si lo desea, acceder a la jurisdicción contencioso administrativa a partir de la *fictio iuris* de una respuesta desestimatoria a su reclamo o petición. La ley procesal cubre el vacío de voluntad derivado de la pasividad administrativa otorgándole un sentido *ficto* , con el fin de que aquel pueda llegar a la vía jurisdiccional superando los efectos de aquella omisión²⁹⁰ y así evitar tanto las dificultades que se ocasionarían para acceder a la jurisdicción frente a la ausencia de una resolución administrativa expresa susceptible de impugnarse judicialmente,²⁹¹ como asimismo consagrar una vía de solución frente a la incertidumbre que le generaría a la parte interesada la determinación del temperamento a seguir ante la omisión o el retardo de los órganos responsables de la tramitación de su requerimiento.²⁹²

5.2. Configuración

Como veremos detenidamente, para configurar el silencio administrativo se requiere que la demora de la autoridad administrativa en resolver se produzca cuando el asunto resulte paralizado por su inercia, conformada por el retraso en dictar providencias de trámite o cuando, encontrándose la cuestión en condiciones de ser resuelta, la dilación se refiera al dictado de la decisión final; y que en uno y otro supuesto, luego de producirse la tardanza, el interesado urja el procedimiento con un pedido de pronto despacho y, a posteriori de ello, transcurra el segundo plazo de inactividad previsto por la ley.²⁹³

Entonces, para configurar el silencio negativo contenido en el artículo 16 del C.P.C.A. se requiere:

a) *La existencia de un reclamo, petición o recurso presentado ante los entes mencionado en el artículo 1° del C.P.C.A.*

b) *La retardación de la Administración en resolver la petición, reclamo o recurso, o en dictar los actos preparatorios o de trámite correspondientes.*

Debemos tener presente que habrá retardación cuando la Administración hubiere dejado vencer los plazos contenidos en el artículo 77 del Decreto Ley N° 7647/70^{294 295} los cuales se computarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 78 de aquel cuerpo normativo.²⁹⁶ Ello, siempre y cuando no existan plazos contenidos en leyes que regulen tramitaciones administrativas con regímenes especiales, supuesto en el cual regirán aquellas, resultando la L.P.A.B.A. y la Ordenanza General N° 267/80 de aplicación supletoria.²⁹⁷

Corresponde advertir que el requisito bajo análisis resulta sustancial, pues el efectivo vencimiento de aquellos plazos es la circunstancia que habilita a conminar a la Administración para que se pronuncie

²⁹⁰ Conf. doct. Causas S.C.B.A. *Rodríguez*, sent. 1-6-11, B 65.387; *Descalzo*, sent. 6-6-11, B 61.209; *Kovalskys*, sent. 29-12-14, B 61.229, entre otras.

²⁹¹ Conf. doct. Causa S.C.B.A. *Ocampo*, sent. 4-7-07, B 56.753; *Kovalskys*, sent. 29-12-14, B 61.229, entre otras.

²⁹² Conf. doct. Causas S.C.B.A. *Galesio*, sent. 6-7-05, B 61.558; *Aparicio* sent. 14-5-08, B 66.380; *Rodríguez* sent. 25-8-10, B 59.619; *Guenzatti*, sent. 22-8-12, B 58.076; *Kovalskys*, sent. 29-12-14, B 61.229, *Noriega*, sent. 8-4-15, B 60.833, entre otras.

²⁹³ Conf. doct. Causa S.C.B.A. *Kovalskys*, sent. 29-12-14, B 61.229.

²⁹⁴ Artículo 77 de la L.P.A.B.A.: "*Toda vez que para un determinado trámite no exista un plazo expresamente establecido por leyes especiales o por ésta y sus disposiciones complementarias, deberá ser producido dentro del plazo máximo que a continuación se determina:*

a) *Registro de Resoluciones, de expedientes y sus pases a oficinas que proveen el trámite: dos días*

b) *Providencias de mero trámite administrativo: tres días*

c) *Notificaciones: tres días contados a partir de la recepción de las actuaciones por la oficina notificadora.*

d) *Informes Administrativos no técnicos: cinco días*

e) *Dictámenes pericias o informes técnicos: diez días. Este plazo se ampliará hasta un máximo de treinta días si la diligencia requiere el traslado del agente fuera del lugar de sus funciones.*

f) *Decisiones relativas a peticiones del interesado referidas al trámite del expediente y sobre recursos de revocatoria: cinco días.*

g) *Decisiones definitivas sobre la petición o reclamación del interesado: diez días para resolver recursos jerárquicos y en los demás casos treinta días contados a partir desde la fecha, en que las actuaciones se reciban con los dictámenes legales finales."*

²⁹⁵ Y su par, Ordenanza General N° 267/80.

²⁹⁶ Artículo 78 de la L.P.A.B.A.: "*Estos plazos se cuentan a partir del día siguiente al de la recepción del expediente por el órgano respectivo. En caso de que éste, para poder producir el dictamen, pericia o informe de que se trate, o para decidir la cuestión, deba requerir nuevos informes o dictámenes de otros órganos, quedarán suspendidos hasta tanto los mismos sean contestados o venzan los plazos para hacerlo."*

²⁹⁷ Conf. art. 1° L.P.A.B.A. y Ord.Gral. N°267/80.

expresamente luego de la presentación del "pronto despacho". Es por ello que esta denuncia no debe ser prematura, es decir previa al vencimiento de los plazos contenidos en el ordenamiento jurídico aplicable.

c) Solicitud de pronto despacho.

Atendiendo que el silencio administrativo se produce sólo si el particular lo incita, aquel deberá denunciar la mora a través de un escrito que sin estar sujeto a términos sacramentales,²⁹⁸ requiera expresamente el "pronto despacho".

Dicha solicitud puede ser presentada, a opción del requirente, en tres ámbitos distintos:²⁹⁹

- 1.- Ante la dependencia donde se hallaren radicadas las actuaciones,
- 2.- ante el órgano responsable del procedimiento o bien,
- 3.- ante la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final.

d) Cumplimiento del plazo de inactividad de treinta (30) días posteriores a la denuncia de la mora.

Presentado el pronto despacho, la administración contará con treinta (30) días hábiles administrativos³⁰⁰ para dictar el acto administrativo correspondiente.³⁰¹

Agotado aquel plazo y satisfechos los requisitos anteriormente analizados, el mismo ordenamiento procesal le otorga a la pasividad administrativa un efecto de consecuencias procesales y de protección de garantías constitucionales,³⁰² pues la inactividad administrativa adquiere por imperio de la ley, la denegación o resolución adversa del reclamo o recurso, habilitando a favor del peticionante el acceso a la instancia judicial.

3.2.a) Efectos y comportamientos posteriores a la configuración del silencio administrativo

La configuración del silencio administrativo no impide que cada una de las partes involucradas (la administración y el particular) adopte ciertos comportamientos.

Por su parte, la administración no se encontrará impedida de decidir el asunto preterido, pues sobre ella persiste la obligación de pronunciarse acerca de la cuestión suscitada más allá de la facultad del interesado de acudir a la vía judicial.

Por otro lado, reunidas las condiciones exigidas para predicar la existencia del silencio administrativo, el interesado puede optar por:

a) Dar inicio a un proceso judicial sin necesidad de aguardar el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa.

b) Aguardar a que el correspondiente acto administrativo sea finalmente emitido por la autoridad administrativa.

c) Promover la pretensión de amparo por mora,³⁰³ procurando obtener una sentencia que condene a la autoridad administrativa a dictar el acto demorado u omitido.

Finalmente resta señalar qué sucede ante las resoluciones tardías, es decir aquellas que son dictadas con posterioridad a haberse configurado el silencio administrativo. Veamos los siguientes supuestos:

a) Resolución que desestima el reclamo, petición o recurso y es notificada al interesado con anterioridad a que promoviera la pretensión procesal correspondiente.

Ante tal hipótesis y según las circunstancias, deberá impugnarse en sede administrativa la decisión adoptada si aquel acto no agota la vía administrativa o, caso contrario, podrá impugnarse judicialmente debiéndose promover la demanda dentro del plazo de caducidad.

b) Resolución que desestima el reclamo, petición o recurso y es notificada al interesado con posterioridad a que promoviera el juicio contencioso.

En este caso, de no haberse trabado la litis, el particular podrá ampliar su demanda.³⁰⁴ Caso contrario, y a opción de las partes, podrán denunciar aquel acontecimiento (dictado del acto administrativo) como hecho nuevo, siempre y cuando se cumplan los requisitos contemplados en el Código de rito.³⁰⁵

c) Resolución que acoge el reclamo, petición o recurso habiéndose promovido o no la demanda.

De haberse deducido la pretensión procesal, la misma devendrá abstracta. Caso contrario, el interesado carecerá de motivo, como de causa o controversia³⁰⁶ para impugnar judicialmente la resolución que le resulta favorable.

²⁹⁸ En virtud del principio del formalismo moderado.

²⁹⁹ Conf. C.P.C.A. art. 16 inc. 1° e inc. 2°, el cual remite expresamente al inciso 1°.

³⁰⁰ Si bien resulta clara la disposición, vale recalcar que aquel plazo no es judicial.

³⁰¹ Sea este de fondo o de mero trámite.

³⁰² Arts. 14, 18 Const. Nac.; Arts. 18, 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 75 inc. 22, Const. Nac.), art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 75 inc. 22, Const. Nac.) y art. 15 Const. Pcial.

³⁰³ Art. 12 inc. 6 y 76 C.P.C.A.

³⁰⁴ Art. 331 C.P.C.C.; Art. 77 inc. 1° C.P.C.A.

³⁰⁵ Art. 42 C.P.C.A.

³⁰⁶ Art. 166 *in fine* y 168 Const. Pcial.

6. Demanda. Estructura y formalidades

6.1. Introducción

La demanda es el acto inicial del proceso, configurando la apertura de la instancia judicial³⁰⁷. Para Grau³⁰⁸, “el acto procesal en el cual se formula la pretensión y que inicia un juicio administrativo en el proceso administrativo ordinario, es la demanda”.

Según Carlo Carli, “demanda es el acto procesal que contiene una declaración de voluntad del justiciable dirigida al órgano jurisdiccional para la apertura de la instancia”³⁰⁹.

La demanda como acto procesal que conlleva una declaración de voluntad está sujeta a ciertos requisitos formales que se deben cumplimentar para su correcta presentación, los que serán expuestos en el capítulo siguiente.

6.2. Contenido y formalidades

Si bien el artículo 27 del CPCA establece³¹⁰ los contenidos que deberá tener la demanda, la práctica administrativa indica que además de ellos, se deberán abordar otros aspectos a tener en cuenta, es decir, una redacción clara y prolija; un correcto enfoque de los hechos; precisión en los datos; análisis de doctrina y jurisprudencia aplicable al caso; evitar relatos sobreabundantes y agregar en la parte superior del escrito el resumen o sumario.

En cuanto a los requisitos enumerados y que hacen al abordaje de la cuestión encontramos que se impone la forma escrita para su presentación³¹¹. Los dos primeros incisos contienen los recaudos formales, es decir, datos del demandante y demandado, que permitan su individualización, como así también el domicilio constituido y real del demandante. En cuanto al demandado, este dato es primordial a los efectos de la determinación de la competencia del juzgado interviniente, en concordancia a lo estipulado en el artículo 5 del CPCA que como principio general establece “Será competente el juzgado contencioso administrativo correspondiente al domicilio de las personas cuya actuación u omisión dé lugar a la pretensión procesal”.

El inciso tercero determina que el escrito de demanda debe comprender la individualización y contenido de la actuación u omisión administrativa que configura el caso que da lugar al conflicto de intereses entre el particular y la persona pública, que actuando en ejercicio de función administrativa lesiona, afecta o desconoce el derecho o interés jurídicamente tutelado por la demandante. Dicha individualización es imprescindible a los efectos de poder atribuir la competencia del juez y el marco de su actuación y deberá hacer referencia al órgano involucrado; expediente administrativo; actos administrativos impugnados (si los hubiere), y en tal caso dicho cuestionamiento debe ser concreto y razonado, atacando los elementos del acto que se encuentren conculcados.

Los hechos fundantes de la pretensión deben ser expuestos en forma clara y concisa, evitando relatos superfluos o sobreabundantes. En este sentido la Suprema Corte ha sostenido que “en la exigencia de claridad y precisión que las normas legales imponen al escrito de demanda, se halla interesada la garantía constitucional del debido proceso...”³¹².

³⁰⁷ En el mismo sentido Díez “La demanda es el escrito por el que se inicia la acción procesal, es el acto por el que se exige del órgano judicial la tutela de un derecho ejercitando la correspondiente acción. Nuevamente debemos referirnos a tres conceptos inseparables: acción (que forma parte del proceso); demanda (inicia el proceso) y pretensión, Díez Manuel María, “Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo), Plus Ultra, 1996, p.113.

³⁰⁸ Grau Armando E. “Habilitación de la instancia contencioso administrativa, Editora Platense, 1971, p.63.

³⁰⁹ Carli Carlo, “La demanda civil”, La Plata, Aregua, p.71.

³¹⁰ “La demanda será presentada por escrito y contendrá: 1. El nombre, domicilio real o legal según corresponda, domicilio especial constituido y demás condiciones personales del demandante. 2. El nombre y apellido, domicilio y demás condiciones personales del demandado. 3. La individualización y contenido de la actuación u omisión administrativa que configura el caso, precisando los motivos por los que se considera lesionado, afectado o desconocido el derecho o interés jurídicamente tutelado del demandante. 4. La relación metódica y explicada de las circunstancias del caso, con especial referencia a los hechos en que se funda la pretensión, expuestos en modo conciso y claro. 5. El derecho en que se funda la pretensión, expuesto sucintamente. 6. La justificación de la competencia del juzgado. 7. El ofrecimiento pormenorizado de toda la prueba cuya producción se propone en el proceso. 8. El objeto y alcance de la pretensión, expuestos con claridad y precisión. Deberá fijarse el monto reclamado, salvo cuando a la actora no le fuere posible determinarlo al promover la demanda, por las circunstancias del caso o porque la estimación dependiera de elementos no establecidos definitivamente al momento de la pretensión. En tales supuestos no procederá la excepción de defecto legal. La sentencia determinará, en su caso, el monto que resulte de las pruebas producidas.”

³¹¹ En este sentido, debemos recordar las previsiones del Acuerdo 2514/92 de la SCBA, en cuanto a las formalidades de los escritos, entre otras cuestiones, y que se encuentra vigente.

³¹² SCBA B-46990 “Cura”, 20/10/81, entre otras.

La narración de los hechos en la demanda tiene una particularidad que está dada por el abordaje del tema en ciernes. Por ejemplo, tratándose de una pretensión anulatoria será primordial el cuestionamiento de los actos administrativos conculcados contenidos en las decisiones impugnadas, y además el análisis expositivo del actor llegado el caso, puede suplir el expediente administrativo, en el supuesto que la autoridad administrativa no lo remita. En este sentido, el CPCA ha seguido los lineamientos del CPCC en cuanto a la teoría de la sustanciación, mediante la cual “requiere que la demanda contenga una narración de los hechos, más o menos detallada, según las circunstancias del litigio...”³¹³.

El demandante debe invocar el derecho en el cual basa su pretensión de manera sucinta, por otra parte siempre es considerado adecuado hacerlo. Aportar el marco jurídico a través de los argumentos normativos, además de fundamentarlo en doctrina y jurisprudencia facilita la tarea al juez a la hora de su análisis y convicción al sentenciar.

La demanda también debe contener la justificación de la competencia del juzgado. Este requisito es específico del Código de la materia, en consecuencia, el demandante deberá explicitar los motivos que llevan a su juzgamiento. Para ello, deberá tener en cuenta las prescripciones de los artículos 2 y 5 del CPCA.

Respecto a la prueba, la ley es clara al respecto, se debe acompañar la documental y ofrecerse la restante cuya producción se hará en el juicio. Entonces el escrito deberá detallar en un capítulo del mismo, como así también en el resumen o sumario, la documental que acompaña, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 28 del CPCA. Por ende será el instrumento que acredita la representación invocada, de esta forma se hace una remisión al CPCC³¹⁴, es decir, poder general o especial o cualquier otra forma de acreditación, incluso podrá hacer uso de la facultad que dispone el artículo 48, el cual preceptúa que, en casos urgentes puede admitirse la comparecencia en juicio sin los instrumentos que acrediten la personalidad, debiendo ser agregados dentro de los sesenta días siguientes a la presentación o ratificarse la gestión dentro de ese plazo, de lo contrario, será nulo todo lo actuado y además deberá pagar las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños causados; también deberá acompañar la documentación o indicación del lugar donde se encuentre el título en que se funda el derecho o interés tutelado expuesto por el demandante³¹⁵, los cuales en numerosos casos se encuentran agregados al expediente administrativo y por último, las copias para traslado, requisito ausente en la legislación anterior y que supone las copias de la demanda y documentación presentada.

Asimismo, de acuerdo a las prescripciones del artículo 29 del CPCA, el cual contempla la posibilidad de presentar documentos después de interpuesta la demanda o de contestada la misma, teniendo en cuenta las diferentes pautas: debe ser de fecha posterior a la demanda y contestación, guardando conexión directa con la cuestión debatida en el proceso; ser de fecha anterior, pero se le exige a la parte juramento de su falta de existencia; habiendo especificado dicho documento en la demanda o en la contestación, la parte ha tenido acceso al mismo después de su presentación. Cabe destacar que la redacción guarda similitud con el artículo 38 del Código Varela, con el aditamento del traslado a la otra parte.

La jurisprudencia invariablemente ha sostenido que “corresponde admitir dentro del proceso el hecho nuevo oportunamente denunciado...si tiene relación directa con la cuestión que se ventila en la causa”³¹⁶.

Por último, deberá exponer con claridad y precisión el objeto y alcance de la pretensión articulada en la demanda. Este requisito guarda similitud con el inciso 6° del artículo 31 del Código Varela³¹⁷ y con el artículo 330 inciso 6° del CPCC³¹⁸. Desde el punto de vista de la legislación actual, este requisito deberá correlacionarse con el artículo 12 del CPCA, esto significa que la parte actora podrá articular cualquiera de las pretensiones allí contempladas.

Teniendo en cuenta que el inciso 8° in fine determina la fijación del monto reclamado³¹⁹ en la pretensión, excepto cuando la demandante no pudiera determinarlo al momento de interponer la demanda, cuestión que no amerita la oposición de la excepción de defecto legal, puesto que el legislador así lo ha previsto, con buen criterio.

Por lo tanto al no existir un monto determinado, éste quedará relegado a las resultas de las pruebas producidas en el juicio y será definido en la sentencia.

³¹³ SCBA C-95711 “González Juan Alberto c/ Martín Beatriz Edith y otros. Daños y perjuicios”, 22/10/2008.

³¹⁴ “Aun cuando la ley procesal civil es supletoria, el régimen de la prueba contencioso administrativa tiene características que le son propias”, Argañarás Manuel “Tratado de lo contencioso administrativo”, 1955, ed. TEA, p.309.

³¹⁵ Requisitos también contemplados en el artículo 31 del Código Varela.

³¹⁶ SCBA B-53708 “Flores García”, 3/11/1992, entre otras, (arts. 25 CCA y 363 CPCC).

³¹⁷ Artículo 31 inciso 6° del Código Varela “la petición que se formula, precisando con claridad la pretensión que se deduce”.

³¹⁸ Artículo 330 inciso 6° “la petición en términos claros y positivos”.

³¹⁹ En igual sentido lo establece el artículo 330 párrafo segundo del CPCC.

6.3. Ampliación de la demanda

En la legislación anterior, el Código Varela no preveía la posibilidad de ampliar la demanda, sólo se contemplaba la cuestión referida a la presentación de nuevos documentos³²⁰. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia argumentaba que el plazo para interponer la acción contencioso administrativa del artículo 13 era de caducidad, y no admitía suspensión ni interrupción³²¹. Aquella demanda que no cumpliera con los requisitos previstos en el artículo 31 de ese código ritual, era rechazada *in limine*.

De la simple lectura de la anotación que efectúa Varela se desprende que el plazo es fatal³²², entonces, una vez vencidos los treinta días para la interposición de la demanda no podía ampliarse la misma, salvo la presentación de nuevos documentos previsto en el artículo 38, que tuvieran relación directa con la cuestión planteada y de fecha posterior a la presentación de la demanda³²³.

Posteriormente, a partir del año 2002, en una etapa que podríamos denominar intermedia y coincidentemente con el cambio de integración de algunos de sus miembros, el Alto Tribunal dispuso de la remisión reglada por el artículo 25 del C.C.A, y aplicó el artículo 331 del Código Procesal Civil y Comercial³²⁴. Recordemos que éste determina que “el actor podrá modificar la demanda antes de que ésta sea notificada”.

Con el dictado de la ley 12008 y sus modificatorias, el artículo 32³²⁵ sólo prevé la ampliación o transformación de la demanda dentro de los quince días de la notificación por cédula de la recepción de los expedientes administrativos. Entendemos que hubiera sido conveniente adoptar la postura que aplicaba el artículo 331 del CPCC, atento la mayor amplitud de plazo para llevar a cabo la ampliación—antes de la notificación de la demanda—.

Transcurrido el plazo de quince días a los efectos de la ampliación o transformación de la demanda, el juez examinará el requisito de la admisibilidad de la pretensión y posteriormente ordenará correr traslado de la demanda.

6.4. Incorporación tardía de documentación

Como dijimos los documentos que acompañen a la demanda deberán ser presentados conjuntamente con esta, pero por excepción pueden aceptarse documentos de fecha posterior al inicio de la demanda, siempre y cuando guarden relación directa con la cuestión sometida al proceso³²⁶.

Es para aquella documentación de fecha anterior a la demanda, que la ley impone la obligación de prestar juramento sobre la falta de conocimiento alguno de su existencia al momento de presentar la demanda, y como segundo recaudo dar traslado a la contraparte a los efectos de que reconozca o se oponga a los documentos presentados. Otra excepción es que habiendo sido individualizados en la demanda, la parte solo pudo obtener la documentación con posterioridad al inicio de la misma.

³²⁰ Artículo 38 del antiguo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (ley 2961).

³²¹ Dana Montaña Salvador M., “Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires”, 1955, Depalma, p. 193.

³²² Varela en su nota expresaba: “...no hay peligro alguno en fijar un término fatal para que la demanda se estudie formalmente; puesto que, en el peor de los casos, los derechos que hubiera vulnerado la resolución de la autoridad, siendo derechos puramente administrativos, deben suponerse renunciados por el particular negligente o indiferente...”.

³²³ SCBA B-55016 “Rossia Vilma Magdalena c/Provincia de Buenos Aires (IPS), DCA, 14/10/1997.

³²⁴ Causas B-64344 “Automatizaciones del Sur c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ DCA”, entre otras.

³²⁵ Artículo 32 CPCA Ampliación o transformación de la demanda “Recibidos los expedientes administrativos en Secretaría, la parte actora, dentro de los quince (15) días de notificación por cédula tal recepción, podrá ampliar o transformar la demanda. Cumplido el referido trámite o vencido el plazo, el juez dispondrá correr traslado de la demanda, previo examen de admisibilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del presente Código”.

³²⁶ “Si se agrega prueba documental posterior a la sentencia y recursos promovidos, tal documentación no puede dejar de meritarse por su extemporaneidad (...) si ella es sustancial para decidir la cuestión, la negación a considerar esta documentación comprobatoria del derecho de las partes, constituiría un exceso ritual manifiesto, máxime al haber ofrecido prueba extemporánea” Rossia Vilma M. c/ Provincia de Buenos Aires (IPS) s/ demanda contencioso administrativa – SCBA 14/10/1997-.

7. Examen de admisibilidad. Subsanación de defectos. Notificación de la demanda

7.1. Introducción

El examen de admisibilidad de la pretensión coincide con la tramitación especial que desde antaño (aunque ha variado inexorablemente) se reconoce como el requisito de la habilitación de la instancia. Entendida en otra etapa del proceso como presupuesto de la jurisdicción, en la actualidad es considerada como una “etapa preliminar del litigio en la cual el juez determina si concurren los recaudos de admisibilidad, y consecuentemente, cita y emplaza al demandado a contestar la demanda”³²⁷. Por otra parte, Grau³²⁸ sostiene que esta etapa “tiende a evitar que un proceso se desarrolle hasta su finalización, existiendo una pretensión que resulta inadmisibile, lo cual llevaría a un dispendio de actividad jurisdiccional...”.

Además constituye una fase necesaria en la cual el juez tiene la oportunidad de analizar los requisitos de admisibilidad de la demanda, y en caso de que observe defectos procesales subsanables otorgará un plazo al demandante a los efectos de su corrección.

Debemos poner énfasis en que el análisis efectuado por el juez se hará de acuerdo al tipo y contenido de la pretensión deducida. Tratándose de una pretensión anulatoria, el juzgador deberá contar con las actuaciones administrativas para poder verificar la concurrencia de las condiciones de admisibilidad establecidas en el CPCA. Nos lleva a analizar a modo de síntesis, el requisito de la habilitación de la instancia. Constituye la primera fase en la cual el juez debe examinar si están reunidos los presupuestos procesales de admisibilidad de la pretensión procesal y además proceder al requerimiento del expediente administrativo si correspondiere, de acuerdo a la pretensión planteada.

7.2. Procedimiento de habilitación de la instancia

Durante la vigencia del Código Varela –recordemos que se trataba de un régimen denominado de plena jurisdicción³²⁹–, este trámite riguroso estaba delineado en los artículos 33 a 36, se daba un requerimiento mediante oficio dirigido a la autoridad administrativa a los efectos de la remisión del expediente administrativo por un plazo de quince días y en caso negativo un reiteratorio por un plazo de ocho días. No obstante ello, el artículo 35 prescribía que ante los dos supuestos fallidos de remisión de las actuaciones el interesado tenía que presentar un escrito denominado de insistencia en entablar la acción y el tribunal debía tomar como base la exposición del demandante.

Este trámite estricto culminaba con la declaración de procedencia o improcedencia de la demanda, solicitando un tercer requerimiento del expediente administrativo.

En cambio, a diferencia del Código Varela, el CPCA ha regulado la habilitación de la instancia con prolijidad utilizando un mecanismo sencillo. Esta etapa del proceso se inicia con el requerimiento de los expedientes administrativos por oficio judicial al órgano o ente, según corresponda, a los efectos de que los remita en un plazo de quince días. Es necesario aclarar que dicho artículo comienza diciendo “cuando correspondiere por las características del caso”, esto significa que se aplicará cuando se interpongan determinadas pretensiones, por ejemplo, la anulatoria, porque necesitará analizar los requisitos de admisibilidad específicos de este tipo de pretensión, a saber, acto definitivo; agotamiento de la vía administrativa; plazo; etc.

En el caso que los expedientes (o copia certificada de los mismos), no se remitan en el plazo mencionado anteriormente, el juez deberá continuar el trámite en la forma prescripta por el artículo 32 (dispondrá correr traslado de la demanda, previo examen de admisibilidad). En este supuesto, al no tener los expedientes a la vista, tomará como base la exposición de los hechos contenida en la demanda.

Presentada la demanda y antes de su traslado, según lo prescribe el artículo 31 del CPCA, el juez deberá examinar el cumplimiento de todos los requisitos legales a los efectos de declararla admisible de acuerdo a la pretensión planteada, esto es: agotamiento de la vía; plazo de caducidad; configuración del

³²⁷ Cassagne Juan Carlos-Perrino Pablo Esteban, “El nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires”, Lexis Nexis, 2006, p.356

³²⁸ Grau Armando E, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa”, ed. Platense, La Plata, 1971, p. 121.

³²⁹ González Pérez Jesús, Derecho procesal administrativo, t II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p.316 sostiene que “se solicita al órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino también el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma (v.gr., indemnización de los daños y perjuicios)”.

silencio (si presentó el escrito de pronto despacho ante la autoridad administrativa a los efectos de quedar configurado el silencio); cumplimiento del solve et repete (si surge el cumplimiento del pago de la obligación tributaria); etc. Como así también cumplir con lo dispuesto en el artículo 8 del CPCA, es decir, antes del traslado de la demanda deberá declarar, si correspondiere, su incompetencia.

Por ello, en consonancia con lo referenciado anteriormente, si el juez no se declaró incompetente y habiéndose pronunciado por la admisibilidad de la pretensión, no podrá plantearlo nuevamente³³⁰, excepto en el supuesto que la demandada oponga las excepciones previstas en el artículo 35 del CPCA.

Por el contrario, si la pretensión no cumple con determinados requisitos de admisibilidad, el juez deberá intimar a la actora a los efectos de que lo subsane en un plazo de cinco días, de lo contrario deberá proceder a desestimarla. Cabe destacar que tratándose del supuesto de pago previo en cuestiones tributarias, el plazo para su cumplimiento será de diez días, supuesto abarcativo para las sumas determinadas, excluidas las multas y recargos.

Si el juez estimare que la subsanación es improcedente, deberá declarar inadmisibile la pretensión articulada.

Es dable remarcar la importancia que tiene la subsanación en el régimen procesal vigente porque prioriza el principio pro actione de orden constitucional (artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), permitiendo al demandante corregir aquellos defectos que tenga la demanda, siempre que los mismos sean conducentes.

7.3. Notificación de la demanda

De acuerdo con el artículo 33, la demanda se notificará:

1.- Al Fiscal de Estado, cuando la pretensión está dirigida contra la Provincia o ente provincial cuando le correspondiere. Recordemos que el Fiscal de Estado defiende el patrimonio fiscal, es parte legítima en todos los juicios en los que se controviertan intereses del Estado.

En el marco de la legislación reguladora respecto a dicho órgano de control³³¹, el artículo 27 establece que en los juicios tramitados en el departamento judicial La Plata deberán ser notificados en su despacho oficial las providencias allí mencionadas. Mientras que en los restantes departamentos judiciales sólo se notificarán de esa forma el traslado de la demanda y acusación de negligencia, solicitud de caducidad de instancia y sus resoluciones, las restantes se entenderán con los representantes del Fiscal de Estado en el domicilio constituido por ellos.

Una interesante jurisprudencia surgió en “Lacuadra Víctor Horacio c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”³³², donde el actor interpone demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, cuyo traslado fue notificado en la delegación de Fiscalía de Estado situada en Zárate-Campana. El delegado fiscal apela argumentando que el a quo no había tenido en cuenta los artículos 6 y 27 del decreto ley 7543/69. En consecuencia, la Cámara de San Martín entendió que dicho traslado debió haberse efectuado en el despacho oficial del Fiscal de Estado en la ciudad de La Plata tal como lo prescribe la normativa, por lo tanto hizo lugar al recurso de apelación planteado por el delegado fiscal, declarando la nulidad de la notificación efectuada y ordenando una nueva de acuerdo a lo prescripto en la legislación.³³³

2.- Al Intendente Municipal, cuando la pretensión fuere dirigida contra un municipio. En el supuesto de impugnarse una ordenanza municipal, además se notificará al Presidente del Concejo Deliberante.

Este supuesto deja al descubierto una cuestión un tanto ríspida que ha originado debates doctrinarios en cuanto a la naturaleza jurídica de las ordenanzas municipales y la posibilidad de su cuestionamiento directo³³⁴, luego de la reforma de la ley 13101. Por un lado, sostenemos que las ordenanzas constituyen ley en sentido material similar a los reglamentos y por el otro, adherimos a su cuestionamiento en forma directa³³⁵ (tal como se desprende de este inciso), e indirecta mediante los actos aplicativos.

3.- A la Autoridad superior del ente descentralizado provincial, cuando correspondiere y la representación fiscal no estuviera a cargo del Fiscal de Estado.

³³⁰ Opera la regla de la preclusión.

³³¹ Decreto Ley N° 7543/69.

³³² CCASM, 7/9/2004.

³³³ En igual sentido, “Establecimiento La Magdalena S.A. s/Beneficio de litigar sin gastos”, CCMDP, 7/2/2012.

³³⁴ Cassagne y Perrino sostienen “A nuestro parecer, la mención que realizan ambas normas-arts 3 y 33 inc.2- de las ordenanzas municipales constituye un argumento irrefutable para concluir que la competencia del fuero contencioso administrativo en los pleitos en los que controvierta, ya sea que se las impugne en forma directa o indirecta. De lo contrario, no tendría sentido alguno lo dispuesto en los arts. 3° y 33 inc. 2°, CCA”, Casagne Juan Carlos – Perrino Pablo E. “El nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires”, LexisNexis, 2006, p.70.

³³⁵ Botassi sostiene que “la pretendida exclusión de las ordenanzas municipales, como objeto de la acción anulatoria, resulta así inconstitucional”, Botassi Carlos A. “Ensayos de derecho administrativo”, LEP, 2006, p.460.

- 4.- A la autoridad superior del ente descentralizado municipal.
- 5.- A la autoridad superior de la persona pública no estatal.
- 6.- Al particular demandado, de acuerdo a las reglas del CPCC.
- 7.- Al Asesor General de Gobierno, en el supuesto que la demanda la iniciare el Fiscal de Estado contra una autoridad provincial.

8. Excepciones

8.1. Introducción

Las excepciones procesales son las oposiciones a través de las cuales el demandado coloca frente a las afirmaciones del actor, circunstancias impositivas o extintivas destinadas a desvirtuar el efecto jurídico perseguido por aquellas aseveraciones.

Desde el punto de vista de los efectos que aquellas producen, pueden agruparse en perentorias y dilatorias.

Las perentorias son aquellas que, en caso de ser admitidas por el magistrado, extinguen definitivamente el derecho del actor, de modo que el accionante no podrá proponerla nuevamente.

Por su parte, las dilatorias son aquellas que en caso de prosperar, impiden transitoriamente un pronunciamiento judicial sobre el fondo de la cuestión, por lo que la pretensión promovida sólo pierde su eficacia actual, pero no impide que una vez subsanados los defectos que llevaron a su acogimiento, la controversia que motivó el litigio pueda ser resuelta luego de sustanciado todo el proceso o bien, ser propuesta nuevamente con posterioridad.

8.2. Las excepciones procesales contenidas en el C.P.C.A.

En el marco del proceso contencioso administrativo las excepciones que pueden ser opuestas tanto por la parte demandada como por el actor reconvenido,³³⁶ se encuentran contempladas en el artículo 35 apartado 1° del C.P.C.A. el cual prescribe que "sólo³³⁷ se admitirán como previas" las siguientes:

- a) Incompetencia del juez.
- b) Falta de personería en el demandante, en el demandado o en sus representantes.
- c) Litispendencia.
- d) Defecto legal en el modo de proponer la demanda, por no cumplir con los requisitos que aquella pieza procesal debe satisfacer.³³⁸
- e) Cosa Juzgada.
- f) Transacción, conciliación y desistimiento del derecho.
- g) Falta de legitimación para obrar en el demandante o en el demandado cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no ocurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva.
- h) Prescripción.
- i) Inadmisibilidad de la pretensión, por:
 - 1) no haberse agotado la vía administrativa cuando ello resulta obligatorio,³³⁹
 - 2) no haberse agotado la vía administrativa ante un tribunal administrativo o un ente regulador, de conformidad las normas específicas de aplicación;³⁴⁰
 - 3) no haberse configurado debidamente el "silencio administrativo";³⁴¹
 - 4) haberse deducido con posterioridad al plazo caducidad;³⁴²
 - 5) no haberse satisfecho el "pago previo" en materia tributaria cuando aquel resulta exigible,³⁴³

³³⁶ Art. 39 C.P.C.A.

³³⁷ A pesar de dicha afirmación, cierta doctrina (entre ellos, Hutchinson, Tomás y Mancuso, Francisco) considera que la enumeración contenida en el artículo 35 apartado 1 del C.P.C.A. tiene el carácter de enunciativa, señalando que podrían oponerse otras excepciones como la de arraigo que se halla contemplada en el art. 346 del C.P.C.C. (conf. art. 77 inc. 1 del C.P.C.A.).

³³⁸ Conf. art. 27 C.P.C.A.

³³⁹ Art. 14 C.P.C.A.

³⁴⁰ Art. 15 C.P.C.A.

³⁴¹ Art. 16 C.P.C.A.

³⁴² Art. 18 C.P.C.A.

³⁴³ Art. 19 C.P.C.A.

6) demandarse la nulidad de un acto administrativo consentido;

7) demandarse la nulidad de un acto administrativo que no reviste la condición de definitivo o asimilable a tal.³⁴⁴

Tal como puede vislumbrarse, todas las excepciones que fueran anteriormente enumeradas pueden ser opuestas como de "previo y especial pronunciamiento".³⁴⁵ Ello resulta lógico pues importaría un dispendio jurisdiccional de magnitud sustanciar un litigio en donde finalmente se arribe a una sentencia que rechace la pretensión por concurrir alguna causal que justifica alguna de las excepciones previas destacadas.

Luego de enunciar las excepciones, el C.P.C.A. indica³⁴⁶ que aquellas destinadas a objetar la falta de legitimación para obrar en el demandante o en el demandado (inc. "g") como aquella mediante la cual se plantea la prescripción (inc. "h") pueden ser opuestas como defensas de fondo al contestar la demanda.

Asimismo, corresponde tener presente que la parte puede interponer más de una excepción, supuesto en el cual el magistrado, al momento de resolverlas, comenzará por examinar las perentorias. De ser desestimadas, continuará con el análisis de las dilatorias, pues en razón de los efectos que produce el acogimiento de aquellas (las perentorias), resultará innecesario considerar las restantes.³⁴⁷

Por otra parte resta destacar que las excepciones señaladas también pueden ser interpuestas en el marco de ciertos procesos especiales (sumario de ilegitimidad;³⁴⁸ impugnación de sanciones en materia de empleo público;³⁴⁹ impugnación de resoluciones emanadas de las Cajas de Previsión Social de Profesionales³⁵⁰) bajo ciertas particularidades propias de estas vías,³⁵¹ como así también pueden ser empleadas ante las pretensiones destinadas a librar la orden judicial de pronto despacho³⁵² y hacer cesar una vía de hecho administrativa.^{353 354}

Finalmente, cuadra advertir que, frente al proceso especial de ejecución tributaria provincial al cual refiere el artículo 76 bis del C.P.C.A., pueden oponerse únicamente las excepciones que se hallan contempladas en la Ley N° 13.406.³⁵⁵

8.3. El análisis particular de las excepciones contempladas en el C.P.C.A.

Pasemos a analizar cada una de las excepciones contenidas en el ordenamiento jurídico bajo estudio:

8.3.a) Excepción de incompetencia (Art. 35 ap. 1° inc. "a" C.P.C.A.)

Mediante esta excepción procesal se denuncia que la pretensión promovida ha sido incoada al margen de las reglas atributivas de competencia.³⁵⁶

Caracterizada por incluirse en las llamadas excepciones dilatorias,³⁵⁷ la incompetencia planteada puede estar fundada por razón de la materia³⁵⁸, del territorio³⁵⁹ o bien, por ambas causales.

³⁴⁴ Vgr. Los actos que declaran la caducidad de la instancia administrativa, los que en determinadas circunstancias especiales ordenan el archivo del expediente, actos que rechazan la intervención de un interesado en el procedimiento, etc.

³⁴⁵ Denominadas de este modo en razón del momento en que se plantean (con anterioridad a contestar la demanda, en el marco del proceso ordinario) y en virtud de la hipotética "sencillez" para la acreditación de los fundamentos que las sustentan y la consiguiente "simplicidad" con la que pueden ser resueltas por el juez.

³⁴⁶ Art. 35 ap. 2°

³⁴⁷ Vgr. Ante la interposición conjunta de las excepciones de prescripción (de carácter perentoria) y de falta de personería en el demandante (de carácter dilatoria), acogida por el magistrado la primera de ellas, resultará innecesario abordar al análisis y tratamiento de la restante.

³⁴⁸ Art. 67 y sptes. C.P.C.A.

³⁴⁹ Art. 71 y sptes. C.P.C.A.

³⁵⁰ Art. 75 C.P.C.A.

³⁵¹ Ante estos casos, deben ser opuestas con la contestación de la demanda, y ser resueltas en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva.

³⁵² Art. 76 C.P.C.A.

³⁵³ Art. 12 inc. 5 C.P.C.A., la cual se rige por las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el C.P.C.C. (conf. art. 21 inc. 2 C.P.C.A.), el cual impide la interposición de excepciones previas en el marco de aquel proceso (art. 496 inc. 1 C.P.C.C.).

³⁵⁴ En estos dos últimos supuestos, si bien, como se verá, las normas no autorizan a interponer excepciones, la parte demandada en ejercicio de su derecho de defensa en juicio puede alegar como defensa de fondo las mismas circunstancias impeditivas o extintivas con relación a la pretensión del actor que faculta expresamente el propio C.P.C.A. en su artículo 35 apartado 1°.

³⁵⁵ Art. 9 Ley cit.

³⁵⁶ Las reglas de competencia en el fuero contencioso administrativo son regladas por el art. 166 de la Constitución Provincial y los arts. 1 a 8 del C.P.C.A.

La violación de estos preceptos, autoriza a oponer la excepción de incompetencia, si el juez interviniente no se hubiera inhibido previamente de oficio, antes de correr traslado de la demanda (arts. 8° y 31 inc. 1 del C.P.C.A.).

³⁵⁷ Pues siendo admitida, la causa será remitida al juez competente o, en su caso, deberá ser nuevamente iniciada ante el magistrado correspondiente (art. 8 C.P.C.A.).

³⁵⁸ Art. 2 C.P.C.A. Vgr. será claramente incompetente un juez de fuero contencioso administrativo, en las materias expresamente aludidas en el artículo 4 C.P.C.A.

³⁵⁹ Art. 5 C.P.C.A.

8.3.b) Excepción de falta de personería (Art. 35 ap. 1° inc. "b" C.P.C.A.)

La falta de personería constituye una excepción dilatoria,³⁶⁰ en tanto no hace a un presupuesto de la acción sino a la capacidad de actuar por sí en quien la ejerce.

Esta excepción procede frente a dos circunstancias:

- a.- Cuando el actor o demandado son civilmente incapaces³⁶¹ o;
- b.- cuando el mandato invocado por una de las partes resulte defectuoso o insuficiente.³⁶²

Si bien para ambos supuestos habrá que remitirse al C.P.C.C. (art. 77 inciso 1 C.P.C.A.), la segunda causal se halla expresamente contemplada en el C.P.C.A. pues a la representación procesal (en cuanto a la justificación de la personería -art. 46 del C.P.C.C.-³⁶³ y la presentación de los poderes -art. 47 del C.P.C.C.-³⁶⁴) le son aplicables las normas del C.P.C.C. en virtud de lo prescripto por el artículo 28 apartado 1° inciso "a" del C.P.C.A.³⁶⁵

Corresponde advertir que la presente excepción no resulta apta para cuestionar la legitimación para obrar,³⁶⁶ es decir la circunstancia que el actor o el demandado no son los sujetos habilitados por el ordenamiento jurídico para asumir tales calidades en la controversia que se suscita, pudiendo ser cuestionado tal supuesto mediante la interposición de la excepción estatuida en el artículo 35 apartado 1° inciso "g" del C.P.C.A.

8.3.c) Excepción de litispendencia (Art. 35 ap. 1° inc. "c" C.P.C.A.)

La institución de la litispendencia tiene como propósito evitar que una única situación de hecho y de derecho se juzgue en dos procesos distintos, lo que desvirtuaría la función judicial y generaría la posibilidad de encontrarnos con sentencias contradictorias

Aquella resulta admisible cuando existe otro proceso:

- a) entre las mismas partes (identidad de partes);
- b) por la misma causa (identidad de causa) y,
- c) por el mismo objeto (identidad de objeto).

Más precisamente, esta excepción perentoria³⁶⁷ resulta viable frente a la coexistencia de dos pretensiones donde los tres elementos se presentan idénticamente y en forma simultánea. Caso contrario, es decir de no presentarse aquella "triple identidad", las causas podrán acumularse por razones de conexidad para evitar sentencias contradictorias, lo que puede ocurrir a pedido de parte o de oficio.³⁶⁸

8.3.d) Excepción de defecto legal (Art. 35 ap. 1° inc. "d" C.P.C.A.)

Esta excepción dilatoria³⁶⁹ se halla destinada a salvaguardar y restaurar -principalmente- la garantía constitucional de defensa en juicio³⁷⁰ por una demanda que no se ajusta a los requisitos contemplados en el artículo 27 del C.P.C.A.³⁷¹

³⁶⁰ Pues es esencialmente subsanable en el mismo proceso, ya sea por la comparecencia del representante legal en el supuesto de un menor o un incapaz o un inhabilitado, o bien cuando se acompaña la documentación necesaria para justificar debidamente la representación invocada.

³⁶¹ "Legitimatío ad processum"

³⁶² "Legitimatío ad praxis"

³⁶³ ARTÍCULO 46 C.P.C.C.: (Texto según Ley 14365) Justificación de la personería. "La persona que se presente en juicio por un derecho que no sea propio, aunque le compete ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste. Sin embargo, los padres que comparezcan en representación de sus hijos y el marido que lo haga en nombre de su mujer, no tendrán obligación de presentar las partidas correspondientes, salvo que el juez, a petición de parte o de oficio los emplazare a presentarlas, bajo apercibimiento del pago de las costas y perjuicio que ocasionaren...."

³⁶⁴ ARTÍCULO 47 C.P.C.C.: Presentación de poderes. "Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder. Sin embargo, cuando se invoque un poder general o especial para varios actos, se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte, podrá intimarse la presentación del testimonio original."

³⁶⁵ Art. 28 C.P.C.A.: Documentos que deben acompañarse con la demanda: "1. Junto con el escrito de demanda, deberá acompañarse toda la prueba documental que estuviere en poder del demandante. En particular, deberán acompañarse los siguientes documentos: a) El instrumento que acredite la representación invocada, con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Comercial..."

³⁶⁶ "Legitimatío ad causam"

³⁶⁷ Pues conforme lo dispuesto por el art. 36 ap. 2° inciso "c" C.P.C.A., de ser acogida la excepción, la pretensión se declarará inadmisibile.

³⁶⁸ Arts. 188 a 194 C.P.C.C.; art. 77 inc. 1 C.P.C.A.

³⁶⁹ Pues subsandos los defectos, la demanda podrá continuar su curso.

³⁷⁰ Art. 18 Cons. Nac.; art. 15 Const. Pcial.

³⁷¹ Art. 27 C.P.C.A.: (Texto según Ley 13101) Estructura y formalidades. "La demanda será presentada por escrito y contendrá: 1. El nombre y apellido, domicilio real o legal según corresponda, domicilio especial constituido y demás condiciones personales del demandante. 2. El nombre y apellido, domicilio y demás condiciones personales del demandado. 3. La individualización y contenido de la actuación u omisión administrativa que configura el caso, precisando los motivos por los que se considera lesionado, afectado o desconocido el derecho o interés jurídicamente tutelado del demandante. 4. La relación metódica y explicada de las

Claro que las falencias obrantes en la demanda deberán ser de una magnitud tal que sitúe al demandado en un estado de indefensión o duda que le obstaculice contestar la demanda u ofrecer las pruebas conducentes en razón de los vicios que aquel libelo inicial contiene, razón por la cual su interpretación es restrictiva y sólo podrá acogerse cuando genere dicho estado.

Corresponde advertir que previo a la interposición de esta excepción el juez, de advertir los vicios que habilitan a incoar la misma, puede ejercer de oficio la facultad contenida en el artículo 31 inciso 3 del C.P.C.A. y otorgarle al actor un plazo para sanear los defectos que contiene la demanda.

Resta señalar que las consideraciones anteriormente vertidas resultan enteramente aplicables para los supuestos de reconvencción, pues ésta pieza procesal -también- debe satisfacer los requisitos contenidos en el artículo 27 del C.P.C.A.³⁷².

8.3.e) Excepción de cosa juzgada (Art. 35 ap. 1° inc. "e" C.P.C.A.)

Esta excepción perentoria³⁷³ procede cuando existe una sentencia firme respecto de una pretensión sustanciada entre las mismas partes y por la misma causa y objeto.

Así, quien la interpone debe acreditar que existe un pronunciamiento anterior firme que configure la "triple identidad" señalada.³⁷⁴

Es necesario puntualizar que la extinción de la nueva acción como consecuencia del acogimiento de la excepción planteada puede ser total o parcial.³⁷⁵

De este modo, la excepción tiene como objetivo impedir la tramitación y resolución de una controversia que ya fuera dirimida a través de una sentencia que se halla firme, todo ello con el objetivo de evitar que entre las partes involucradas los debates se reabran indefinidamente e incluso, se puedan arribar a sentencias contradictorias.

8.3.f) Excepciones de transacción, conciliación y desistimiento (Art. 35 ap. 1° inc. "f" C.P.C.A.)

Estas excepciones perentorias pueden ser opuestas en la medida que se presenten los supuestos contemplados -respectivamente- en los artículos 308³⁷⁶, 309³⁷⁷ y 305³⁷⁸ del C.P.C.C., por expresa remisión del artículo 61 inciso 1 del C.P.C.A.

A través de los motivos que sustentan la excepción en examen, se procura evitar que como consecuencia de circunstancias extintivas anteriores a la acción (transacción) como posteriores a ella (conciliación y desistimiento del derecho), se sustancie un nuevo pleito sobre una controversia que ya fuera dirimida mediante aquellos modos anormales de terminación del proceso.

Al igual que la excepción de cosa juzgada, para su admisibilidad se requiere la identidad entre los elementos integrantes de la pretensión extinguida y los que configuran la nueva pretensión.

Veamos cada una de aquellas excepciones con mayor detenimiento:

a) Aquellos derechos que se renuncian y/o reconocen en la *transacción* quedan irrevocablemente definidos, no pudiendo volverse a debatir sobre ellos, estando facultado, a quien se le haga algún reclamo al respecto, a oponer la excepción de transacción.

circunstancias del caso, con especial referencia a los hechos en que se funde la pretensión, expuestos en modo conciso y claro. 5. El derecho en que se funda la pretensión, expuesto sucintamente. 6. La justificación de la competencia del juzgado. 7. El ofrecimiento pormenorizado de toda la prueba cuya producción se propone en el proceso.

El objeto y alcance de la pretensión, expuestos con claridad y precisión. Deberá fijarse el monto reclamado, salvo cuando a la actora no le fuere posible determinarlo al promover la demanda, por las circunstancias del caso o porque la estimación dependiera de elementos no establecidos definitivamente al momento de la pretensión. En tales supuestos no procederá la excepción de defecto legal. La sentencia determinará, en su caso, el monto que resulte de las pruebas producidas."

En consecuencia, procederá, por ejemplo, cuando aquella no individualice -con nombre y apellido- al actor (o reconveniente); cuando no se expone con claridad el objeto y alcance de la pretensión; cuando no se fijare el monto reclamado aún cuando ello fuera posible; cuando la demanda se presenta como una pieza jurídica confusa, imprecisa, ambigua u oscura, cuya lectura impide determinar lo pretendido, etc.

³⁷² Conf. art. 39 inc. 1 C.P.C.A.

³⁷³ Pues, de prosperar, imposibilitará al actor de promover nuevamente su pretensión.

³⁷⁴ Partes, causa y objeto.

³⁷⁵ Vgr. si resuelto el primer litigio se condeó a la demandada a abonar ciertos rubros indemnizatorios y luego de la sentencia firme se inicia un nuevo proceso por el mismo objeto causa y partes, pero esta última demanda integra -entre otros- un rubro indemnizatorio no incorporado en el juicio anterior, la excepción de cosa juzgada tendrá un alcance parcial.

³⁷⁶ Art. 308 C.P.C.C.: Forma y trámite. "Las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción de acta ante el juez. Este se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción, y la homologará o no. En este último caso continuará los procedimientos del juicio."

³⁷⁷ Art. 309 C.P.C.C.: Efectos. "Los acuerdos conciliatorios celebrados por las partes ante el juez y homologados por éste tendrán autoridad de cosa juzgada. Se procederá a su cumplimiento en la forma establecida para el trámite de ejecución de sentencia."

³⁷⁸ Art. 305 C.P.C.C.: Desistimiento del derecho. "En la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior, el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio, y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa."

De modo que documentada la misma, el juez podrá acoger la excepción declarando inadmisibles las pretensiones incoadas.

b) Como puede observarse de la norma procesal a la que remite el C.P.C.A. (art. 309 C.P.C.C.), la *conciliación* supone la intervención del juez en la búsqueda de un avenimiento amigable entre los intereses de las partes. Se diferencia de la transacción en tanto esta última no requiere la existencia de un proceso judicial en curso, ni de su celebración ante el juez, como sí acontece en el acuerdo conciliatorio.

Aclarado ello, cabe señalar que aquellos acuerdos conciliatorios que son celebrados por las partes ante el juez y homologados por éste tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que le resultan aplicables los fundamentos señalados para aquella excepción.

c) Respecto *del desistimiento del derecho* como excepción, deberá distinguirse previamente si el demandante, antes de la sentencia adoptó tal conducta y si aquel desistimiento versa sobre el proceso (art. 304 C.P.C.C.) o sobre el derecho (art. 305 C.P.C.C.).

Ello debido a que el desistimiento del proceso (art. 304 C.P.C.C.) no afecta el derecho material de la parte, quien podrá promover su pretensión en un nuevo proceso, razón por la cual la excepción en tratamiento no será viable.

Diferente es el supuesto en el cual el desistimiento es sobre el derecho, en tanto aquí se renuncia a los fundamentos jurídicos de la pretensión lo cual además de extinguir el proceso, impide al actor la interposición de otra pretensión por el mismo objeto y causa, adquiriendo por lo tanto un efecto equivalente a la cosa juzgada.

8.3.g) Excepción de falta de legitimación (Art. 35 ap. 1° inc. "g" C.P.C.A.)

A diferencia de la excepción de falta de personería,³⁷⁹ la excepción bajo análisis se configura cuando alguna de las partes no resulta titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión ("legitimatio ad causam").³⁸⁰

En otros términos, lo que aquí se plantea es que quien acciona o contra quien se acciona,³⁸¹ no reviste la condición de persona idónea y habilitada para discutir el objeto sobre el que versa la litis.

De acuerdo al C.P.C.A. puede ser opuesta como excepción previa o bien en oportunidad de contestar la demanda como defensa de fondo. De interponerse en forma previa por entender la parte que la falta de legitimación es "manifiesta" el juez, luego de dar traslado, la resolverá admitiendo o desestimándola siempre y cuando considere que aquella resulta patente, pues de lo contrario podrá decidir al respecto en la sentencia definitiva,³⁸² luego de sustanciado todo el proceso.³⁸³

8.3.h) Excepción de prescripción (Art. 35 ap. 1° inc. "h" C.P.C.A.)

La prescripción es una excepción para repeler una acción por el sólo hecho de que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere.³⁸⁴

Al igual que en la excepción de falta de legitimación, el C.P.C.A.³⁸⁵ habilita a interponerla como de "previo y especial pronunciamiento" o bien, como defensa de fondo en oportunidad de contestarse la demanda o reconvencción.

No obstante aquella facultad para el particular, corresponde advertir que la excepción bajo estudio será resuelta como "previa" cuando la cuestión que la sustenta es de puro derecho, es decir que sólo y exclusivamente habrá de resolverse de aquel modo cuando no hubiere dudas sobre los hechos alegados relacionados con el planteo, esto es cuando su abordaje requiere de un simple cómputo de plazos.³⁸⁶ Más

³⁷⁹ Mediante la cual, vale recordar, se denuncia la incapacidad civil de la parte o cuando el mandato invocado por una de las partes resulte defectuoso o insuficiente (art. 35 ap. 1° inc. "b" C.P.C.A.)

³⁸⁰ Hutchinson señala que también procede: a) cuando mediando una hipótesis de litisconsorcio necesario (activo o pasivo), la acción no es deducida por o contra todos los sujetos legitimados, y b) cuando quien se presenta como sustituto procesal no concorra con la documentación que lo habilite a obrar en tal carácter.

³⁸¹ Pues puede presentarse tanto con relación al demandante o al demandado (falta de legitimación activa o pasiva, respectivamente)

³⁸² Art. 35 ap. 1° inc. "g" *in fine* C.P.C.A.

³⁸³ Cuadra señalar que en ambos supuestos contemplados en el art. 35 ap. 1° inciso "g". y ap. 2° del C.P.C.A. existe un tratamiento anticipado de la excepción por una cuestión lógica. En el primer supuesto resulta razonable evitar la sustanciación de un proceso cuando existe certeza de que alguna de las partes (actora o demandada) no se encuentra habilitada por el ordenamiento jurídico para discutir el objeto sobre el que versa el litigio. En el otro supuesto (tratamiento en la sentencia definitiva) resulta lógico resolver la excepción interpuesta en forma previa a analizar el fondo de la cuestión pues acogida aquella, devendrá innecesario abordar la cuestión que fuera materia de *litis*.

³⁸⁴ Conf. causas S.C.B.A. B 65.325 "C. .S." sent. 26-IV-06; B 64.996 "Delbés" sent. 5-V-10.

³⁸⁵ Art. 35 ap. 1° inc. "h" y ap. 2° C.P.C.A.

³⁸⁶ La cuestión relativa a la resolución de la excepción de prescripción dejará de ser de "puro derecho" por ejemplo, si se afirmara la existencia de hechos interruptivos o suspensivos de aquella.

cuando hubiere dudas sobre los hechos alegados, relacionados con el planteo y que ameriten plena acreditación, la prescripción será resuelta en la sentencia definitiva.³⁸⁷

8.3.i) Excepción de inadmisibilidad de la pretensión (Art. 35 ap. 1° inc. "i" C.P.C.A.)

Esta excepción de mayor empleo en los procesos contencioso administrativos comprende a la inadmisibilidad de la pretensión por:

1) no haberse agotado la vía administrativa cuando resulta obligatorio conforme lo estipulado por el artículo 14 del C.P.C.A.;

2) no haberse agotado la vía administrativa ante un tribunal administrativo o un ente regulador, de conformidad las normas específicas de aplicación;³⁸⁸

3) no haberse configurado debidamente el "silencio administrativo" contenido en el artículo 16 del C.P.C.A.;

4) haberse deducido la pretensión de modo extemporáneo al plazo caducidad previsto en el artículo 18 del C.P.C.A.;

5) no haberse satisfecho el "pago previo" en materia tributaria cuando aquel resulta exigible de conformidad al artículo 19 del C.P.C.A.;

6) demandarse la nulidad de un acto administrativo consentido y;

7) demandarse la nulidad de un acto administrativo que no reviste la condición de definitivo o asimilable a tal.³⁸⁹

Atento a que las causales contempladas en los incisos 1 a 5 fueron analizadas al momento de abordarse en esta obra colectiva cada una de aquellas en forma específica y a las cuales remitimos, seguidamente examinaremos los dos últimos supuestos.

De acuerdo a la casual contenida en el anterior inciso 6, la excepción de inadmisibilidad de la pretensión será viable bajo aquel fundamento cuando se demande la nulidad de un acto administrativo que adquirió firmeza en virtud de haber sido consentido -expresa³⁹⁰ o tácitamente³⁹¹- por el actor.

Por otro lado, el último supuesto (inciso 7) se configura cuando la pretensión que se promueve está dirigida a obtener la nulidad de un acto administrativo que no es definitivo o asimilable a tal,³⁹² dado que en este supuesto la demanda se considerará prematura pues no se ha agotado la vía administrativa, tal como lo requiere el art. 14 del C.P.C.A.

8.4. Plazo para la interposición de las excepciones procesales y su procedimiento

En el marco del proceso ordinario, de conformidad a lo estatuido por el artículo 34 del C.P.C.A. las excepciones deben ser opuestas dentro de los primeros quince (15) días³⁹³ del plazo para contestar la demanda, el cual comenzará a correr desde el día posterior al de su notificación.³⁹⁴

Asimismo, tal como se señalara al comienzo del presente capítulo, el plazo para interponer excepciones difiere en los procesos especiales.

En los casos de los procesos especiales de sumario de ilegitimidad³⁹⁵ como en el de impugnación de sanciones en materia de empleo público³⁹⁶ y resoluciones de las Cajas de Previsión Social de Profesionales³⁹⁷, las excepciones pueden plantearse únicamente en el escrito de contestación de la demanda y serán resueltas en la sentencia³⁹⁸.

³⁸⁷ Sin perjuicio de que la posibilidad de postergar la resolución de una excepción opuesta como de previo y especial pronunciamiento se halla expresamente contemplada en el C.P.C.A. para aquella destinada a cuestionar la falta de legitimación al estimar el magistrado que aquella no resulta manifiesta (conf. art. 35 ap. 1° inc. "g" *in fine*), similar solución ha adoptado la S.C.B.A. (Causa B 61.843, "Gazzano de Elegi", resol. 23-XI-05) respecto de la excepción de prescripción que no resulta latente, aún cuando la norma procesal no habilita expresamente a su postergación.

³⁸⁸ Art. 15 C.P.C.A.

³⁸⁹ Vgr. Los actos que declaran la caducidad de la instancia administrativa, los que en determinadas circunstancias especiales ordenan el archivo del expediente, actos que rechazan la intervención de un interesado en el procedimiento, etc.

³⁹⁰ Vgr. Si bien no es usual, ello puede acontecer cuando el actor se notifique personalmente del acto administrativo y manifieste en las actuaciones su conformidad al respecto sin interponer, si correspondiere, los recursos administrativos pertinentes.

³⁹¹ Vgr. cuando el particular deja vencer los plazos que, conforme el ordenamiento jurídico, tenía para impugnar el acto en sede administrativa.

³⁹² Vgr. una providencia de mero trámite, como lo es la orden de remisión de las actuaciones hacia otra dependencia administrativa.

³⁹³ Más su plazo de gracia (conf. art. 124 C.P.C.C. -Texto según Ley 13708-; Art. 77. Inc. 1° C.P.C.A.)

³⁹⁴ No obstante el plazo señalado, cuadra recordar que las excepciones de falta de legitimación y prescripción, pueden ser opuestas como defensa de fondo, razón por la cual podrán ser introducidas al momento de contestar a la demanda (o reconvención).

³⁹⁵ Art. 67 a 70 C.P.C.A.

³⁹⁶ Art. 71 a 73 y conchs. . C.P.C.A.

³⁹⁷ Art. 75 y conchs. C.P.C.A.

³⁹⁸ Art. 69 inc. 5 C.P.C.A.

Por su parte, en el caso del amparo por mora³⁹⁹ como la pretensión de cese de una vía de hecho administrativa,⁴⁰⁰ si bien las normas procesales no autorizan a interponer excepciones, la parte demandada, en ejercicio de su derecho de defensa en juicio puede alegar como defensa de fondo las mismas circunstancias impeditivas o extintivas con relación a la pretensión del actor que faculta expresamente el propio C.P.C.A. en su artículo 35 apartado 1º⁴⁰¹.

Señalado lo relativo al plazo para la interposición de las excepciones, corresponde adentrarnos al procedimiento aplicable a ellas en el marco del proceso ordinario⁴⁰².

Con la interposición de una o más excepciones⁴⁰³, la parte podrá acompañar toda la prueba documental que estime pertinente y ofrecer toda aquella que resulte necesaria para acreditar sus afirmaciones.

De aquella presentación se debe correr traslado⁴⁰⁴ a la parte contraria, quien desde el día siguiente al de su notificación tendrá un plazo de cinco (5) días para contestarla.⁴⁰⁵

Asimismo, a fin de comprobar los fundamentos que justifican su defensa frente a la excepción opuesta, la parte actora (o reconveniente, en su caso) podrá agregar toda la prueba documental que estime pertinente, como así también ofrecer la restante.⁴⁰⁶

Previo a la resolución de la excepción pueden presentarse distintos supuestos:

- a) que la parte actora no conteste el traslado;
- b) que la parte actora conteste el traslado y no ofrezca prueba, o bien;
- c) que la parte actora conteste el traslado y ofrezca prueba;

Una vez contestado el traslado o vencido el plazo para ello, y no habiéndose ofrecido prueba, o si esta fuere desestimada, se llamará a autos para resolver.⁴⁰⁷

De lo contrario, si alguna de las partes (o ambas) hubiere ofrecido prueba y el juez la considerase procedente, abrirá el proceso a prueba por un plazo no mayor a diez (10) días.⁴⁰⁸

Producida la prueba o vencido el termino probatorio, el juez deberá dictar sentencia⁴⁰⁹ dentro del plazo de quince (15) días de quedar firme el llamamiento de autos para resolver.⁴¹⁰

Finalmente y por otra parte, resta advertir que planteada alguna excepción como defensa de fondo, el juez deberá dar nuevo traslado por cinco (5) días⁴¹¹ a la otra parte pues ello, a más de resultar una práctica habitual, se ajusta al derecho de defensa en juicio.⁴¹²

8.5. Efectos y resolución de las excepciones procesales

La interposición de excepciones genera, como primer efecto, la suspensión del plazo para contestar la demanda⁴¹³ para todos los emplazados en la causa, aún respecto de aquellos que no las hubieren opuesto.⁴¹⁴

Como segundo efecto, se encuentran aquellos que se producen al momento de la resolución de cada excepción en particular.

³⁹⁹ Art. 76 C.P.C.A.

⁴⁰⁰ Art. 12 inc. 5 C.P.C.A.. Esta pretensión se rige por las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el C.P.C.C. (conf. art. 21 inc. 2 C.P.C.A.), el cual impide la interposición de excepciones previas en el marco de aquel proceso (art. 496 inc. 1 C.P.C.C.).

⁴⁰¹ Vgr. a) Alegar como defensa de fondo la falta de legitimación de quien promueve el amparo por mora por no ser parte del procedimiento administrativo sobre el cual pretende obtener una sentencia que comine a resolverlo; b) Aducir como defensa de fondo la inadmisibilidad de la pretensión de cesación de vía de hecho por haberse deducido con posterioridad al plazo estatuido en el artículo 18 inciso "e" del C.P.C.A.

⁴⁰² Art. 34 C.P.C.A.

⁴⁰³ De incoarse más de una, deberán ser articuladas en una misma presentación, es decir en un mismo escrito.

⁴⁰⁴ Por cédula o bien, notificándose personalmente (Conf. art. 34 inc. 3 C.P.C.A.).

⁴⁰⁵ Más su plazo de gracia (conf. art. 124 C.P.C.C. -Texto según Ley 13708-; Art. 77. Inc. 1º C.P.C.A.)

⁴⁰⁶ Art. 34 inc. 3 C.P.C.A.

⁴⁰⁷ Art. 34 inc. 4 C.P.C.A.

⁴⁰⁸ Art. 34 inc. 5 C.P.C.A.

⁴⁰⁹ Corresponde reiterar que frente a las excepciones de falta de legitimación y prescripción, el juez se encuentra habilitado para prorrogar su resolución para el momento de dictar sentencia definitiva por considerar que no se evidencian en forma manifiesta. En el primer supuesto, en virtud de lo dispuesto por el art. 35 ap. 1º inc. "g" *in fine* del C.P.C.A. y, en la hipótesis restante (excepción de prescripción) en razón de la conducta precedente que adoptara la S.C.B.A. en la causa B 61.843, "Gazzano de Elegi", resol. 23-XI-05.

⁴¹⁰ Art. 34 inc. 4 C.P.C.A.

⁴¹¹ Conf. art. 34 inc. 3 C.P.C.A.

⁴¹² Vgr. Ante el supuesto en que la parte demandada interponga junto con el escrito de contestación de demanda, la defensa de prescripción.

⁴¹³ A diferencia de lo prescripto por el art. 344 párr 3º C.P.C.C.

⁴¹⁴ Art. 34 inc 1 C.P.C.A

Así, en la hipótesis en que se rechacen las excepciones planteadas,⁴¹⁵ el magistrado ordenará la reanudación del plazo para contestar la demanda, lo que deberá hacerse dentro de los treinta (30) días de notificada aquella resolución desestimatoria.⁴¹⁶

En caso de ser admitidas las excepciones, sus efectos difieren según cuál de ellas se trate (dilatatoria o perentoria), indicando el C.P.C.A. en su artículo 36 inciso 2 el comportamiento que el magistrado debe adoptar frente a cada una de ellas. Veamos:

a) Excepción de incompetencia: las actuaciones deberán remitirse al juzgado o tribunal que se considere competente para resolver la litis planteada, ello siempre y cuando el órgano judicial pertenezca a la jurisdicción provincial, pues de lo contrario,⁴¹⁷ deberá disponerse su archivo.⁴¹⁸

b) Excepciones de falta de personería y defecto legal: el magistrado interviniente deberá fijar un plazo para que la parte alcanzada por el decisorio subsane los defectos que las motivaron, ello bajo apercibimiento de tener por desistido el proceso. Subsanaos los defectos, el iudex ordenará la reanudación del plazo para contestar la demanda, la que deberá evacuarse en el término de treinta (30) días hábiles judiciales.⁴¹⁹

c) Excepción de inadmisibilidad de la pretensión por motivo de la falta de agotamiento de la vía administrativa⁴²⁰ o por la ausencia de "silencio administrativo"⁴²¹ el juez, si resultare procedente, determinará el modo de subsanar el defecto que motivó cada excepción; ello bajo apercibimiento de tener por desistido el proceso. Subsanaos, ordenará la reanudación del plazo para contestar la demanda, la que deberá evacuarse en el término de treinta (30) días hábiles judiciales. Caso contrario, es decir de no ser posible su subsanación, declarará inadmisibile la pretensión.⁴²²

d) Excepciones referidas a los demás casos de inadmisibilidad de la pretensión (acto que no reviste la condición de definitivo o asimilable a tal, cumplimiento del plazo de caducidad para demandar e incumplimiento del pago previo)⁴²³ como el consentimiento del acto administrativo impugnado: el juez deberá declarar en forma directa la inadmisibilidad de la pretensión sin intentar su subsanación.⁴²⁴

e) Excepciones de litispendencia, cosa juzgada; transacción, conciliación y desistimiento del derecho; falta de legitimación; prescripción:⁴²⁵ el acogimiento de aquellas conllevará a que el juez declare inadmisibile la pretensión promovida.

9. Bibliografía

- Andreucci, C. A. "Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio". Buenos Aires: ED 176-747.
- Bastons, J. L. y Eliades, A. (2006). "La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense. Caso Agropecuaria Las Garzas". Buenos Aires: La Ley 2006-D-255.
- Bercaitz de Boggiano, A. L. "Demanda de nulidad de actos firmes y consentidos". Buenos Aires: ED-131, pág.901.
- Bezzi, O. M., Bezzi, O. H. y Bezzi, A. M. (1987). "El cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa". Buenos Aires: LL 1987-D, p.102.
- Bezzi, O. M. (1998). "El Código Procesal para el fuero contencioso administrativo de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley 1998-E-932.
- Bianchi, A. (1995). "Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa". Buenos Aires: LL 1995-A, pág.397.
- Botassi, C. A. (1996). "El proceso administrativo bonaerense sobre la base del interés legítimo (un fallo histórico). Buenos Aires: LL 1996-C, pág.20.
- Botassi, C. A. (2000). "El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado". Buenos Aires: JA 2000-III, p.1141.

⁴¹⁵ Art. 36 inc. 1 C.P.C.A

⁴¹⁶ Claro que ante aquel decisorio, la parte agraviada podrá recurrirla ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que corresponda.

⁴¹⁷ Es decir, si el juez competente pertenece a otra jurisdicción, sea federal o de otra provincia.

⁴¹⁸ Conf. Art. 8 C.P.C.A

⁴¹⁹ Art. 36 ap. 1° y 2° inc. "b" C.P.C.A.

⁴²⁰ Art. 14 C.P.C.A.

⁴²¹ Art. 16 C.P.C.A.

⁴²² Art. 36 ap. 2° inc. "c" C.P.C.A.

⁴²³ Art. 36 ap. 2° inc. "d" C.P.C.A.

⁴²⁴ Art. 36 ap. 2° inc. "d" C.P.C.A.

⁴²⁵ Art. 36 ap. 2° inc. "d" C.P.C.A.

- Botassi, C. A. (2000). "Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos". Buenos Aires: LL 2000-F, pág.594.
- Botassi, C. A. (2006). "Ejecución de sentencias contra el estado en el nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires" en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
- Botassi, C. A. (2006). "Contrarreforma del Proceso Administrativo Bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la Ley 13101)", *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2006). "La materia contencioso administrativa. El criterio subjetivo" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A., (2006). "Control judicial de la actividad administrativa discrecional" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2011). "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. y Morello, A. (2003). "Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: JA 2003-II, supl. fasc. n° 6, p.43.
- Bulit Goñi, E. (1997). "El solve et repete desde los principios superiores y la realidad cotidiana". Buenos Aires: Revista Latinoamericana de Derecho Tributario.
- Cabral, P. O. (2002). "La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la Jurisdicción contencioso administrativa". Buenos Aires: JA, Sup. Derecho Administrativo, 09-10-2002.
- Cabral, P. O. (2006). "La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires", en *Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: La Ley.
- Cabral, P. O. (2008). "La pretensión prestacional en el proceso contencioso administrativo bonaerense", en Bastons, J. L. *Derecho Público para Administrativistas*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cabral, P. O. (2007). "La responsabilidad del Estado en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP, Año XXXI, N° 361.
- Cabral, P. O. (2008). "El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia legislativa". Buenos Aires: Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la CABA, año 2, N° 2.
- Cabral, P. O. (2015). "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo", Infojus, Id: DACF150657.
- Cabral, P. O. e Isabella, D. P. (2007). "Competencia del nuevo Fuero Contencioso Administrativo en materia sancionatoria. Especial referencia a los juzgados de faltas municipales". Buenos Aires: Rap Bs.As. (55-56), p.5.
- Cassagne, J. C. (2011). "Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. (Coordinador). *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cassagne, J. C y Perrino, P. (2006). *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Carli, C. (1977). *La Demanda Civil*. La Plata: Lex.
- Chiovenda, G. (1940). *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Santiago Sentis Melendo.
- Colombo, J. M. (2006). "Enjuiciamiento de los casos administrativos originados en la actuación de los colegios y consejos profesionales de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL Buenos Aires-2006, p.141.
- Comadira, J. R. (2011). "Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública", en Botassi, C. A. -Director y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Creo Bay H. y Hutchinson, T. (2006). *Amparo por mora de la Administración pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- D'Argenio I. (2003). "La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes". Buenos Aires: JA 2003-III, p.252.
- D'Argenio, I. (2006). *La Justicia administrativa en Argentina*. Buenos Aires: F.D.A.
- D'Argenio I. (2011). "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial", en Botassi, Carlos A. (Director) – Oroz, Miguel H. E. (Coordinador), "El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Platense, 3ª edición, 2011.

- Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Fiorini, B. (2006). *Qué es el contencioso*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Giuliani Fonrouge, C. M. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma.
- Gamaleri, R. A. "Límites constitucionales al ejercicio del poder tributario". La Plata: Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 52, pág.133.
- García Pullés, F. (1993). "El agotamiento de la vía administrativa". Buenos Aires: LL 1993-A-1044.
- González Pérez, J. (1985). *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Bogotá: Temis.
- Gozaíni, O. A. (2005). "Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores". Buenos Aires: LL 1/12/05.
- Grau A. (1971). *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Grecco, C. (1980). *Vías de hecho administrativas*. Buenos Aires: La Ley.
- Hutchinson, T. "Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: ED 115-415.
- Hutchinson, T. "El Tribunal de Cuentas rinde cuentas ante el Tribunal de Justicia". Buenos Aires: Función Pública N° 21, pág.15 (comentario al fallo de la SCBA B-49102 "Pizzagalli").
- Hutchinson, T. (2005). *Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Editora Scotti.
- Hutchinson, T. (2011). "El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Isabella, D. P. –Director- (2010). *Código Contencioso Administrativo Comentado*, Buenos Aires: RAP.
- Isabella, D. P. (2006). "La reforma de la ley 13.101. La impugnación de ordenanzas en la Provincia de Buenos Aires", *La Ley Buenos Aires* 2006-973.
- Jarach, D. "El principio solve et repete en el derecho fiscal argentino y especialmente en la provincia de Buenos Aires". La Plata: Revista de la Dirección Provincial de Rentas.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (1996) "Control judicial. Habilitación de la instancia judicial", *El Derecho Administrativo hoy*, Jornadas Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (2004) "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", *Derecho procesal administrativo, obra colectiva en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Hammurabi, Bs.As., 2004, Tl, cap.3, 12, pág.461.
- Leal, I. A. "Amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires". La Plata: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 37, *La Ley*, 2007, pág.1.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires mediante la vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad". Buenos Aires: ED-184, p.1029.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (su deslinde con otras vías de control de constitucionalidad en el ámbito local)". Buenos Aires: ED-187, p.862.
- Mairal, H. (2003). "La legitimación en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: RAP Bs.As., mayo 2003, pág.111.
- Maljar, D. (2002). *El proceso contencioso administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires*. La Nueva Justicia Administrativa. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "El solve et repete en el nuevo código contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED, 29-09-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "Responsabilidad del Estado provincial por la no puesta en marcha del fuero contencioso administrativo". Buenos Aires: JA, 20-12-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2002). "Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español". Buenos Aires: JA, 7-08-2002.
- Mamberti, C. E. (2003). "La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Mantarás, P. (2000) "¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?". Buenos Aires: LL 2000-C, p.131.
- Marafuschi, M. (2011) "Principio solve et repete" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (1997). "Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: RAP suplemento especial Administración Local y Derecho N°4, Ciencias de la Administración.

- Milanta, C. (1998). "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL 1998-B, pág.506.
- Milanta, C. (2003). "Proyección de la tutela judicial efectiva en materia administrativa (la fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003)", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (2011). "Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Morello, A. (1987). "La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Tribunal de Cuentas (comentario a Pizzagalli)". Buenos Aires: JA, 1/04/87, p.11.
- Morello, A. (1998). *Estudios de Derecho Procesal*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Muñoz, G. A. (1990). "Inmunidad del poder: la inactividad administrativa". Buenos Aires: LL 1990-B, pág.891.
- Oroz, M. H.E. (2003). "La Suprema Corte de Buenos Aires en un punto de inflexión hacia la implementación del fuero procesal administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 2003-II, pág.111.
- Oroz M. H.E. (2006) "Los casos de Responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional y la incompetencia del fuero administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-D, pág.240.
- Oroz, M. H.E. (2006). "La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-F, pág.84.
- Oroz, M. H. E. (2011) "Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo bonaerense" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Ortiz, R. M. (2011). "Justicia Administrativa: doctrina fundacional de la Suprema Corte de Justicia", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Palacio, L. E. (2002). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Perrino, P. E. "Un cambio de jurisprudencia saludable que posibilita el control de constitucionalidad en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED 177-812.
- Perrino, P. E. (1991). "La ampliación de la demanda en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 1991-E, p.954.
- Perrino, P. E. (1995). "La justicia contencioso administrativa en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reformada". Buenos Aires: La Ley 1995-E-798.
- Perrino, P. E. "El requisito del pago previo en el código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis N° 52, pág. 255.
- Perrino, P. E. (2011). "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Richero, M. J. (2011). "El sistema recursivo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Salaberren, R. A. (2011). "La ejecución de sentencias en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Seara, J. I. (2007). "Las excepciones en el Código Procesal Contencioso Administrativo Bonaerense". Buenos Aires: LL Buenos Aires 2007, p.1191.
- Soria, D. F. (1995). "Bases constitucionales del proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP N° 196, *Ciencias de la administración*, Buenos Aires, 1995.
- Soria, D. F. (1994). "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional". Buenos Aires: REDA N° 17, Depalma, Buenos Aires, 1994".
- Soria, D. F. (1997). "El proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: RAP N° 227, *Ciencias de la Administración*, Buenos Aires, 1997.
- Soria, D. F. (1988). "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo". Buenos Aires: LL 1988-B, p.580.
- Soria, D. F. (2011). "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo*

- proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (1985). "La exigencia del solve et repete en el régimen contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 1985-III, pág.631.
- Tribiño, C. R. (1993). "La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-B, p.750.
- Tribiño, C. R. (1993). "La demanda en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-E, p.782.
- Tribiño, C. R. "Las excepciones previas en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: ED 102-965.
- Tribiño, C. R. (2003). "El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (2011). "Los plazos para demandar ante los tribunales contencioso administrativos", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Villafañe, H. M. (2005). "El solve et repete en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2005-241.
- Villafañe, H. M. (2006). "Competencia material contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2006-277.

CAPÍTULO 12

Proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires

*Guillermo C. Tribiño, Jéssica R Celis Romero, Lucio Villarreal,
Natalia M. Peluso, Guillermo F. Rizzi, Homero Villafañe
y María Julia Richero.*

1. Introducción

El accionado, al ser debidamente notificado de una demanda, está en condiciones de adoptar diversas conductas¹.

Ante todo, puede no comparecer², lo cual lo coloca en una situación muy delicada. El C.P.C.A. no contiene ninguna previsión sobre el particular, por lo que corresponde entonces abreviar en los preceptos del C.P.C.C. (conf. art. 77 del C.P.C.A.) que regulan la rebeldía³.

Por derivación de esas reglas, si el demandado queda rebelde⁴ en lo sucesivo será notificado por ministerio de la ley de todas las providencias que se dicten en el pleito, con las únicas excepciones previstas en los arts. 59, segundo párrafo, y 62 del C.P.C.C.

Este último cuerpo normativo prevé también el dictado de medidas cautelares contra el rebelde (art. 63 del C.P.C.C.) y, además, consigna que “en caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración” (art. 60, segunda parte, del C.P.C.C.).

Finalmente, el art. 37 inc. 2 del C.P.C.A. edicta que la falta de contestación de la demanda “podrá considerarse” como una admisión “de la autenticidad de los documentos” acompañados con el escrito de inicio y, en su caso, de su recepción⁵.

Con todo, se ha señalado que la rebeldía “no exime al actor de evidenciar la justicia de su reclamo, aportando a la causa los elementos de convicción que justifiquen su legitimidad”⁶ ni implica la mecánica admisión de la pretensión, desde que el referido art. 60 del C.P.C.C. prevé que debe pronunciarse sentencia “según el mérito de la causa”.

¹ En esta parte seguimos el hilo expositivo de Carli, Carlo, *La demanda civil*, Ed. Lex, La Plata, 3ª reimp. 1983, pág. 132. En similar sentido, y con referencia a los procesos contencioso administrativos, Tribiño, Carlos R., *La contestación de la demanda en el proceso contencioso administrativo bonaerense*, La Ley 1994-C, pág. 810 y sigts. y Hutchinson, Tomás, *Código Procesal Contencioso Administrativo. Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado*, Ed. Scotti, La Plata, 2005, págs. 221/2.

² Esta situación no es muy frecuente en los litigios contencioso administrativos, ya que los entes que ejercen función administrativa – de ordinario demandados- cuentan con cuerpos letrados permanentes cuya función principal es representarlos en juicio.

³ Conf. Tribiño, Carlos R., *La contestación...*, ob. cit., pág. 813, si bien refiriéndose al régimen del Código Varela. En forma parecida se expide Tomás Hutchinson, sin perjuicio de indicar –de *lege ferenda*- que atento la significativa presencia del interés público en el proceso administrativo, cabría limitar al máximo “los efectos de la declaración de rebeldía o aun su supresión (...) manteniendo incólume la carga probatoria del actor” y disponiéndose de oficio medidas adecuadas para esclarecer los hechos controvertidos”, pues este instituto “no parece adecuado para el proceso administrativo en el que la preservación del interés público suele requerir el establecimiento de la verdad, más allá del mayor o menor grado de diligencia” de los sujetos procesales” (*Derecho procesal administrativo*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, T. II, págs. 531/4).

⁴ Declaración que, sin embargo, no se produce de manera automática ante la no comparecencia. Es que, atento lo establecido en el art. 59 del C.P.C.C., tal calificación debe ser instada por el actor.

⁵ El régimen del C.P.C.C. parece más terminante, al consignar, frente a idéntica circunstancia, que “a los documentos **se los tendrá** por reconocidos o recibidos, según el caso” (art. 354 inc. 1 de dicho cuerpo normativo).

⁶ SCBA, causa C. 118.232, *Delgado*, sent. 8-IV-2015.

Tales directrices han sido reforzadas en el proceso contencioso administrativo de anulación, pues de acuerdo a una jurisprudencia tradicional “la falta de contestación de la demanda no basta por sí sola para admitir el progreso de la acción” al configurar “solamente una presunción que debe hallarse corroborada por la prueba producida en la causa, y que en la instancia contencioso administrativa adquiere relevancia en relación con los hechos que surgen del expediente administrativo en que se documentó el procedimiento antecedente del acto que se impugna”⁷.

Por otra parte, el C.P.C.C. es generoso en materia recursiva, pues permite al rebelde que luego se presenta apelar la sentencia definitiva e, incluso, ofrecer prueba en dicho estadio procesal para que tales elementos sean recibidos en Cámara (arts. 66 y 67 del C.P.C.C.).

Sin embargo, lo habitual es que el demandado comparezca a estar a derecho, lo que abre un abanico de opciones que, ordenadas desde una menor a mayor resistencia, son:

a) *Allanarse*, lo que supone la exteriorización de su voluntad de someterse a la pretensión que porta la demanda⁸.

Si bien el primer inciso del art. 61 del C.P.C.A. indica que para este instituto rigen las prescripciones contenidas en el C.P.C.C., a continuación trae una disposición especial dirigida a los entes estatales o aquellos que, sin serlo, ejercen función administrativa, al señalar que a estos fines “deberán estar expresamente autorizados por la autoridad competente (...) agregándose a la causa testimonio de la decisión respectiva”⁹.

Es que, atento la trascendencia que para la resolución del asunto usualmente tendrá un allanamiento, se requiere que un funcionario del ente demandado –y no quien ejerce su representación procesal- preste su aquiescencia expresa con una demanda concreta. No basta entonces el otorgamiento anticipado de un poder al letrado actuante, y aun cuando se incluya expresamente tal facultad.

El allanamiento resulta un hecho fundamental en un litigio, al punto que normalmente apareja la victoria del actor con especial basamento en esa actitud del accionado. Empero, el art. 307 del C.P.C.C. manda que se dicte sentencia “conforme a derecho”, por lo que deben, en puridad, examinarse todos los presupuestos de la pretensión y, por ende, es admisible que se rechace la demanda incluso en esta hipótesis¹⁰.

Por otro lado, si se dan las rigurosas circunstancias establecidas en el art. 70 del C.P.C.C., el allanamiento permitirá que no se impongan totalmente las costas al demandado vencido.

Esta diferente manera de establecer el pago de los gastos causídicos dista de ser automática. En particular, no sería dable eximir de tal concepto a la autoridad administrativa cuando, a pesar de allanarse en el juicio, “hubiere dado lugar a la reclamación” al denegar idéntica pretensión efectuada en sede administrativa.

b) *Simplemente comparecer*, aunque sin asumir la contestación de la demanda. Esta situación, ciertamente no muy usual, presenta puntos de contacto con la del rebelde.

Así, ya vimos que el art. 37 inc. 2 del C.P.C.A. prevé que el silencio del accionado “podrá considerarse como reconocimiento de los hechos” consignados en la demanda y una admisión sobre la autenticidad o recepción de los documentos acompañados con ella.

Del mismo modo, la experiencia indica que la falta de réplica es un dato importante en la evaluación que hace el magistrado a la hora de conceder una medida precautoria contra el accionado que, si bien se ha presentado a estar a derecho, ha quedado incontestado.

c) *Oponer excepciones previas*, en una temática que ya ha sido abordada en la presente obra, y a la cual remitimos.

d) *Contestar la demanda*.

e) *Reconvenir*.

Nos ocuparemos de estas dos últimas cuestiones.

⁷ SCBA, causa B. 62.137, *Balzola*, sent. 23-V-2007 y, en muy similares términos, B. 67.078, *Galli*, sent. 24-VI-2015; B. 63.881, *Liendo*, sent. 4-XI-2009; B. 57.162, *Tripoli*, sent. 2-XI-2005, entre muchas otras.

⁸ Conf. Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., pág. 147. Ver, en la pág. 156 de dicha obra, la discusión respecto a si el allanamiento puede o no ser parcial.

⁹ Una disposición análoga encontramos en el art. 15 del decreto ley 7543/69, referido a la actuación del Fiscal de Estado. Similares restricciones para el allanamiento de las entidades públicas rigen en el ámbito federal, de acuerdo a lo establecido en el art. 8 del Decreto 411/80 (ampliar en García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T. II, págs. 1015/6).

La legislación española también requiere la autorización del funcionario competente (conf. arts. 74 inc. 2 y 75 inc. 1 de la ley 29/98). Puede consultarse el interesante trabajo de González Pérez, Jesús, *El allanamiento de la administración*, Revista de la Administración Pública, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 27, año 1958, pág. 89 y sigts.

¹⁰ Ver por todos Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, T. V, núm. 696, págs. 514 y sigts. En igual sentido, el art. 75 inc. 2 de la ley 29/98 de España, antes mencionada. Ampliar en González Pérez, Jesús, *El allanamiento...*, ob. cit., pág. 94. Carlos Triñiño apunta, con razón, que el allanamiento de la Administración puede resultar ineficaz, entre otros supuestos, cuando se controvierten derechos en donde esté comprometido el orden público (conf. art. 307 del C.P.C.C.) o si interviene como coadyuvante el particular que ha resultado favorecido por la decisión administrativa impugnada (*La contestación...*, ob. cit., pág. 813).

2. Contestación de Demanda

2.1. Nociones básicas

Enseña Carli que la contestación de la demanda, en sentido estricto, “es el acto procesal mediante el cual quien ha sido demandado (...) opone a la pretensión del actor, la propia pretensión de sentencia declarativa de certeza negativa: desestimación de la demanda”¹¹.

Este acto procesal tiene una extraordinaria importancia, pues, entre otras consecuencias, los términos del responder fijan los hechos litigiosos y delimitan el *thema decidendum*, encorsetando la decisión judicial a tenor del principio de congruencia¹².

Asimismo, con la contestación de la demanda –y como luego veremos- comienza a cerrarse la etapa introductoria¹³.

2.2. Plazo

El art. 38, inciso 1 del C.P.C.A. otorga 45 días para responder la demanda en el proceso ordinario, en un lapso que triplica el establecido a idénticos fines por el art. 337 del C.P.C.C.

La inclusión de un largo plazo para presentar el responde en litigios que involucran a reparticiones públicas –usualmente demandadas en el fuero contencioso administrativo- no es una novedad del C.P.C.A.

En efecto, el art. 47 del Código Varela establecía 30 días a estos efectos¹⁴ y el art. 31 del decreto ley 7543/69 prevé idéntico término para contestar “la demanda, reconvención o citación como tercero” cuando se promueven acciones contra “la Provincia o sus organismos autárquicos o descentralizados”¹⁵. Franquicias similares existen en el ámbito nacional¹⁶, en el proceso contencioso administrativo de la ciudad de Buenos Aires¹⁷ y en diversas provincias¹⁸.

La generalización de dicha prerrogativa se apoya en la idea de permitir una mejor organización de la defensa estatal, reconociéndose la complejidad de los mecanismos necesarios para contestar una demanda, incluyendo la recopilación de los antecedentes administrativos pertinentes a tal fin¹⁹, lo cual, sin embargo, ha merecido críticas por parte de la doctrina²⁰.

El término en cuestión puede, todavía, ampliarse en razón de la distancia de acuerdo a las prescripciones de los arts. 158 y 340 del C.P.C.C.²¹ y, además, suspenderse si interponen excepciones previas²². Y ello sin perjuicio de que se disponga el detenimiento del cómputo a pedido del accionado si concurren graves circunstancias que dificulten la normal ejecución de este acto procesal²³.

Finalmente, el art. 38 inc. 2 del C.P.C.A. prevé que si existe más de un demandado el lapso para presentar el responde será común y en esa lógica “cuando procediere la suspensión o ampliación respecto de uno, el plazo se suspenderá o ampliará respecto de todos”. Es una regla más sencilla que la establecida por los arts. 341 y 342 del C.P.C.C. para el litisconsorcio pasivo.

¹¹ Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., pág. 244.

¹² Ver por todos, Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., T. VI, núm 757, págs. 154/5.

¹³ Otros efectos han sido apuntados por Cassagne, Juan C.-Perrino, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 365.

¹⁴ Es interesante apuntar que en la redacción original de dicho cuerpo normativo el lapso para contestar la demanda era de tan sólo 9 días. Fue el Decreto Ley 8626/76 el que –al modificar ese precepto- lo amplió a 30 días.

¹⁵ Esta última disposición tiene un ámbito de aplicación residual, esto es, para aquellos pleitos que no se desarrollen bajo las reglas del C.P.C.A. o, en general, cuando no exista una disposición especial que la contradiga.

¹⁶ Ello en tanto el segundo párrafo del art. 338 del C.P.C.C.N. indica que “cuando la parte demandada fuere la Nación, UNA (1) provincia o UNA (1) municipalidad, el plazo para comparecer y contestar la demanda será de SESENTA (60) días”. Ver también lo establecido en el art. 9 de la ley 25.344.

¹⁷ El art. 276 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad fija 60 días para contestar la demanda.

¹⁸ Ver Hutchinson, Tomás, *Derecho procesal...*, ob. cit., T. II, págs. 530/1.

¹⁹ Hutchinson, Tomás, *Derecho procesal...*, ob. cit., T. II, pág. 524.

²⁰ Se sostiene que esta clase de disposiciones acuerdan injustificadas ventajas procesales a los entes públicos y conspiran contra el principio de celeridad (Morello, Augusto M. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2ª ed., Ed. Abeledo Perrot-Platense, La Plata, 1990, T. IV-B, pág. 126).

²¹ Conf. Tribiño, Carlos R., *La contestación...*, ob. cit., pág. 814.

²² Conf. arts. 34 inc. 1 y, aunque de manera algo confusa, 36 inc. 1 del C.P.C.A.

²³ Conf. art. 157, tercer párrafo, del C.P.C.C. Carlos Tribiño señala que un caso típico se produce cuando hay actuaciones administrativas agregadas al expediente judicial y las mismas, por diversos motivos, no pueden ser compulsadas por el demandado (*La contestación...*, ob. cit., pág. 815).

2.3. Contenido

El art. 37 inc. 1 del C.P.C.A. comienza prescribiendo que la contestación de la demanda debe contener los mismos requisitos que el escrito de inicio, los cuales ya hemos tratado en esta obra.

Señalamos, empero, que el representante judicial del demandado se encuentra eximido de justificar su personería cuando esa función ha sido conferida por disposiciones normativas²⁴. Asimismo, la necesidad de efectuar una prolija reseña de los hechos en que se fundan las defensas (así como la cita de las normas jurídicas aplicables) se relativiza cuando se ventila una pretensión impugnatoria, desde que, de ordinario, las razones de hecho y de derecho en las que se sustenta el acto cuestionado se encuentran consignadas en las actuaciones administrativas que precedieron a su dictado²⁵.

Por otro lado, el inciso 2 del precepto de marras impone una carga que resulta específica del accionado, esto es, la de “reconocer o negar en forma categórica cada uno de los hechos expuestos en la demanda, así como pronunciarse en la misma forma sobre la autenticidad de los documentos que se le atribuyen”, con la prevención de que “el silencio o la ambigüedad en la contestación de tales extremos, podrá considerarse como reconocimiento de los hechos, de la autenticidad de los documentos y de su recepción”.

Se siguen, así, los lineamientos habituales, por lo que es inadmisibles que el demandado efectúe la denominada “contestación con reserva”, pensada para hipótesis en las que el convenido se encuentra en inexcusable ignorancia sobre la veracidad de las circunstancias afirmadas en el escrito de inicio –y, en su caso, sobre la autenticidad de ciertos documentos- facultándose a diferir dicho pronunciamiento hasta que se produzca la prueba²⁶.

De tal modo, y sin importar las dificultades que pueda acarrear el conocimiento de los hechos que dan motivo al pleito en el marco de la cada vez más compleja burocracia, los entes públicos, como cualquier otro litigante, tienen que investigarlos por sí mismos a fin de cumplir cabalmente con esta carga. Salvo, claro está, que en algún proceso puntual exista una disposición especial²⁷.

Despejadas ya estas cuestiones, a fin de solicitar el rechazo de la pretensión al demandado le es dable recurrir a las más variadas argumentaciones, cuyo límite está en principio dado por la imaginación y pericia del letrado que prepara el responde.

Sin embargo, y simplificando esta problemática a los efectos didácticos, digamos que el accionado básicamente puede²⁸:

a) admitir los hechos, pero discutir las consecuencias jurídicas señaladas en la demanda. El proceso, entonces, es “de puro derecho”, quedando, a estar a lo establecido en el art. 41 inc. 1, ap. “e” del C.P.C.A., listo para el dictado de la sentencia definitiva;

b) no aceptar la plataforma fáctica consignada por el actor, ya sea asumiendo un rol pasivo –únicamente negando sus afirmaciones, intentando salir victorioso por derivación de las cargas de la prueba²⁹- o efectuando su propia descripción de los acontecimientos, en cuyo caso también le corresponde aportar elementos de convicción tendientes a acreditar su tesis o, si cabe, destruir el panorama detallado por el contrario;

c) oponer a la situación jurídica del accionante otras circunstancias derivadas de aquella que neutralicen sus efectos, evidenciando que al demandante no le asiste *derecho* a que prospere la pretensión (ej. contra una demanda por cumplimiento de una obligación contractual, argüir la nulidad del vínculo o alegar su pago), en una técnica que ha sido conceptualizada como la “defensa por antonomasia”³⁰;

d) introducir argumentaciones de hecho o de derecho que demuestren que el adversario carece de acción (v.g. porque la misma se encuentra prescripta) o, en su caso, que el *proceso* no se encuentra

²⁴ Tal es el caso del Fiscal de Estado o del Asesor General de Gobierno (arts. 155 Const. Prov., 1 del decreto ley 7543/69, 40 de la ley 14.853; ver Tribiño, Carlos R., *La contestación...*, ob. cit., pág. 815/7).

²⁵ Tribiño, Carlos R., *La contestación...*, ob. cit., pág. 817.

²⁶ Son los supuestos del “defensor oficial y el demandado que interviniere en el proceso, como sucesor a título universal de quien participó en los hechos o suscribió los documentos o recibió las cartas o telegramas” (art. 354 inc. 1, segundo párrafo, del C.P.C.C.).

²⁷ Así, el art. 31 del decreto ley 7543/69 para los casos en que se demande a la Provincia en un proceso de usucapión. Bien que estos pleitos tramitan por ante el fuero civil (conf. art. 4, inc. 1 del C.P.C.A. y SCBA *in re Caminos*, causa B. 68.226, res. 11/V/2005).

²⁸ Ver, en una línea muy similar a la que se sigue en el texto, Carli, Carlo, *La demanda...*, págs. 244/245.

²⁹ Los representantes de las entidades públicas debieran reservar esta alternativa para el supuesto en que, a pesar de realizar esfuerzos razonables, no hayan podido conocer cómo acontecieron los hechos que luego dieron lugar al litigio. Es que resulta posible exigirle a aquellos una actividad de mayor colaboración en la búsqueda de una solución justa que la esperable de un abogado particular. Todo ello sin perjuicio de que a veces es difícil ubicar el punto de equilibrio entre el “ejercicio leal de la actividad procesal, con el debido aprovechamiento de las situaciones ventajosas que el incumplimiento de las cargas adjetivas de sus ocasionales contradictores pudiera generar en beneficio del Estado” (ver García Pullés, Fernando R., *Tratado...*, ob. cit., págs. 1016/8).

³⁰ Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., pág. 245.

válidamente constituido (por ej., incompetencia del juez), denominándose a dichas categorías como excepciones e impedimentos procesales, respectivamente³¹.

Empero, por derivación de las pautas establecidas en el art. 354 del C.P.C.C. –cuya lógica siguen los arts. 31 inc. 2 y 36 inc. 2 del C.P.C.A.– el accionado no puede ensayar en la contestación de la demanda oposiciones especialmente identificadas como susceptibles de introducirse por vía de excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Con otro giro: si aquel quiere cuestionar el progreso de la pretensión con base en las hipótesis contempladas como excepciones previas (art. 35 del C.P.C.A.) debe inexorablemente realizar esa alegación en una oportunidad anterior³², y no luego, en el responde³³.

Dicha pauta presenta dos salvedades según la letra del art. 36 inc. 2 del C.P.C.A.³⁴, en las cuales, a opción del accionado, las respectivas alegaciones pueden efectuarse tanto en el marco de una excepción previa como al contestar la demanda. Nos referimos a la falta de legitimación³⁵ y la prescripción³⁶.

Finalmente, el art. 37 inc. 3 del C.P.C.A. consigna que el demandado no sólo podrá invocar hechos que se opongan a los alegados por el actor³⁷, sino también esgrimir “argumentos de derecho que no se hubieran planteado en el procedimiento administrativo, siempre que se relacionen con el objeto de la pretensión”.

Esta amplia conceptualización de las posibilidades defensivas –que no están indisolublemente ligadas a la postura sustentada por el accionado en el procedimiento administrativo– resulta consecuencia forzosa del abandono en la provincia de Buenos Aires del sistema revisor³⁸.

Es que, en la nueva lógica del proceso contencioso administrativo –diseñado como un juicio de conocimiento pleno– es posible “invocar nuevos argumentos o razones no planteadas en sede administrativa aun cuando siempre se requiera mantener la congruencia de la pretensión en sí misma, en aquellos casos en que resulta necesario agotar la vía administrativa”³⁹.

En sentido concordante, una sostenida línea jurisprudencial admite los “fundamentos novedosos, de hecho o de derecho, introducidos por el representante de la Administración demandada en el proceso”⁴⁰. Corresponde, sin embargo, efectuar dos precisiones.

En primer término, cuando el accionado introduce este tipo de argumentaciones se reputa conveniente, a efectos de garantizar el derecho de defensa del actor, otorgarle un formal traslado a fin de que pueda refutarlas⁴¹.

Asimismo, esta facultad encuentra su límite “en la imposibilidad de auspicar, justificar o convalidar que la Administración omita la motivación de sus actos, intentando brindar, recién ante el tribunal, los fundamentos que, verosíblemente, debieron integrar la decisión cuestionada”. Es que tal intento reflejaría la nulidad del acto administrativo cuestionado ante su “falta de motivación oportuna”⁴².

³¹ Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., págs. 167 y sigts.

³² Dentro de los primeros quince días del lapso para contestar la demanda (art. 34 inc. 1 del C.P.C.A.)

³³ Tan es ello así que se ha definido a la contestación de la demanda, en sentido estricto, como “el acto destinado a la alegación, por parte del demandado, de todas aquellas oposiciones que, de acuerdo con la ley, no deben deducirse como de previo y especial pronunciamiento” (Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., T. VI, núm. 757, pág. 154).

³⁴ Esta regla se ha relativizado para otros supuestos, como la defensa de cosa juzgada, que a pesar de estar incluida en el listado de excepciones previas (art. 35 inc. 1, ap. “e” del C.P.C.A.) podría resultar “invocable” en cualquier estado del juicio (ver Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., págs. 205/7 y 252).

³⁵ El C.P.C.A. ha resuelto expresamente esta cuestión al otorgarle carácter facultativo al planteo como excepción previa de la ausencia de legitimación, sea o no manifiesta, siguiendo las aguas de la doctrina dominante (ver por todos Morello y otros, *Códigos...*, ob. cit., T. IV-B, pág. 221 y Colombo, Carlos J.-Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, T. III, pág. 673).

³⁶ Esta previsión se encuentra en línea con lo establecido en el art. 2553 del Código Civil y Comercial, que, mejorando la redacción del Código de Vélez, ahora prevé que “la prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento”.

³⁷ Los alcances de la facultad del accionado de invocar –y como consecuencia intentar acreditar– la existencia de circunstancias no puestas de manifiesto en el procedimiento administrativo, será abordada en el punto siguiente.

³⁸ Sin perjuicio, Carlos Tribiño recuerda que incluso durante el régimen del Código Varela la Suprema Corte local permitió introducir defensas o argumentos diferentes a los consignados en el acto impugnado (*La contestación...*, ob. cit., pág. 820/1).

³⁹ Cassagne, Juan C., *Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva*, en A.A.V.V., *El nuevo proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, de Botassi, Carlos A. (Dtor.) Oroz, Miguel H. (Coord.), Ed. Platense, La Plata, 3ª ed., 2011, págs. 25/6

⁴⁰ SCBA, causa B. 55.127, *Roig*, sent. 31-VIII-2011 y, en similar sentido, B. 60.505, *Barbalarga*, sent. 27-X-2004, entre otras.

⁴¹ Ver, por ej., fallos citados en la nota anterior, en donde incluso se reconoció la posibilidad de controvertir las nuevas defensas al alegar. Este es un criterio histórico del Alto Tribunal provincial, como lo pone de manifiesto Carlos Tribiño (*La contestación...*, ob. cit., pág. 821).

⁴² Causas B. 55.127, *Roig*, sent. 31-VIII-2011; B. 57.995, *S., M. H.*, sent. 30-VIII-2006, entre otras.

3. Reconvencción

3.1. Concepto y antecedentes

La reconvencción puede definirse como una demanda formulada por el accionado (reconviniente) contra el actor (reconvenido), en oportunidad de presentar el responde, a fin de que la resuelva el mismo tribunal que interviene en aquella, en la misma sentencia y por los mismos tramites⁴³. De tal modo queda configurado un supuesto de acumulación sucesiva de pretensiones⁴⁴.

El Código Varela guardaba completo silencio en relación a la reconvencción.

En ese marco, sin perjuicio de mediar opiniones favorables a la vigencia del instituto por aplicación supletoria del C.P.C.C.⁴⁵, la Suprema Corte bonaerense sistemáticamente rechazó la posibilidad de reconvenir en el proceso contencioso administrativo, haciendo foco en el esquema revisor sobre el cual se cimentaba el anterior régimen y, además, al no aceptar que el Estado interviniera como actor en dichos litigios, rol este último que, como veremos, en sustancia asume el reconviniente⁴⁶.

Esta discusión ha sido zanjada por el art. 39 del actual C.P.C.A. que –en línea con el criterio establecido en su art. 2 inc. 7 al aceptar que los entes estatales demanden en el fuero contencioso administrativo– otorga expresamente al accionado la facultad de reconvenir.

Empero, en la práctica es infrecuente que la Administración Pública (quien en la mayoría de los casos contencioso administrativos es demandada) recurra a esta figura, atento a que usualmente fija su posición a través del dictado de actos administrativos, y sin necesidad de solicitar la declaración judicial de sus derechos.

3.2. Características salientes del régimen del C.P.C.A.

La legislación procesal civil adopta diferentes posturas con relación a la reconvencción, de acuerdo al tipo de proceso de conocimiento por el cual la pretensión se haya encarrilado.

Así, la admite generosamente en el proceso ordinario, al someterla a exigencias mínimas⁴⁷ y aun cuando el objeto de la reconvencción no tenga un vínculo estrecho con el de la demanda⁴⁸.

En cambio, en el proceso sumario, el art. 485 del C.P.C.C. exige “unidad jurídica”, ya que el objeto de la contrademanda tiene que derivar de la misma relación jurídica, o presentar conexidad con la pretensión del accionante. Finalmente, la reconvencción está proscripta del proceso sumarísimo (art. 496, inc. 1 del C.P.C.C.).

El C.P.C.A. recepta la tesis seguida por el ordenamiento procesal civil para el proceso sumario. En efecto, su art. 39 inc. 1 replica, prácticamente a la letra, las previsiones del art. 485 del C.P.C.C., al puntualizar que “la demandada podrá deducir reconvencción, siempre que las pretensiones planteadas deriven de la misma relación jurídica o guarden conexidad con las invocadas en la demanda”, requiriéndose, entonces, el antes aludido recaudo de “unidad jurídica” para proponer una contrademanda⁴⁹.

En el escrito de reconvencción deben observarse las disposiciones previstas en los arts. 27 y sigts. del C.P.C.A., en lo atinente a la estructura y formalidades de la demanda (art. 39 inc. 1 C.P.C.A.).

⁴³ Hutchinson, Tomás, *Derecho procesal...*, ob. cit., T. II, pág. 534.

⁴⁴ Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., T. VI, núm. 763, pág. 172.

⁴⁵ Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, Ed. Castellví, Santa Fe, 3ª ed., 1964, pág. 241; Hutchinson, Tomás, *Derecho procesal...*, ob. cit., T. II, pág. 534 y sigts.

⁴⁶ Ampliar en Tribiño, Carlos R., *La contestación...*, ob. cit., pág. 823/4. Puede verse también, Milanta, Claudia A., *Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales*, en A.A.V.V., *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, de Botassi, Carlos A. (Dtor.) Oroz, Miguel H. (Coord.), Ed. Platense, La Plata, 3ª ed., 2011, págs. 585/6; o Cassagne, Juan C.-Perrino, Pablo E., *El nuevo...*, ob. cit., pág. 365.

⁴⁷ Básicamente, que exista unidad de sujetos, competencia y trámite entre la pretensión original y la que se inserta en la reconvencción. De hecho, el art. 355 del C.P.C.C. no establece ningún recaudo, habiendo sido tarea de la doctrina y jurisprudencia fijarlos (ver Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., pág. 287 y sigts.).

⁴⁸ Así, y por poner cualquier ejemplo, la persona a la cual se le demanda un crédito derivado de un contrato, puede deducir reconvencción a causa de conceptos que le adeude el accionante con base en un contrato diferente que liga a las mismas partes.

⁴⁹ Un ejemplo en el cual esta herramienta puede ser útil en el proceso contencioso administrativo lo brinda Hutchinson, al indicar que ante el pedido de rescisión de un contrato por culpa de la Administración formulado por un particular, aquella puede reconvenir por rescisión imputable al actor, si es que no quiere declararla en sede administrativa, y con la ventaja de evitar un nuevo juicio (*Código Procesal...*; ob. cit., pág. 227).

Por otro lado, la reconvencción sólo puede efectuarse dentro del plazo para contestar la demanda, salvo, claro está, el derecho a hacer valer la pretensión en otro juicio⁵⁰.

Además, el juez debe ser competente para entender en la reconvencción y la nueva pretensión debe ser susceptible de ventilarse por el mismo trámite que la originaria⁵¹.

Por fin, la doctrina expresa que, en principio, la reconvencción debe dirigirse exclusivamente contra el actor, lo cual, sin embargo, genera zozobras en los casos de litisconsorcio⁵².

3.3. Trámite

Dada la identidad de la reconvencción con la demanda, el trámite a seguirse al respecto coincide con el previsto para aquel acto procesal (conf. art. 39 inc. 2 del C.P.C.A.). El reconvenido –en tanto demandado– puede entonces asumir cualquiera de las conductas descriptas con anterioridad, salvo reconvenir nuevamente⁵³.

Empero, el art. 39 inc. 2 del C.P.C.A. inexplicablemente establece un plazo de 30 días para contestar la reconvencción, esto es, un lapso menor que el previsto para contestar la demanda. No compartimos esta diferenciación, pues implica un injustificado quiebre del principio de igualdad de trato procesal en perjuicio del actor/reconvenido.

Por otra parte, aclara Hutchinson que la contestación de la reconvencción debe ceñirse a los hechos y el derecho que son materia de la misma, pues no es oportunidad para que el actor refute las alegaciones formuladas en el responde, ya que ello constituiría una réplica no admitida en nuestros ordenamientos rituales⁵⁴.

4. Diligencias Ulteriores

Como antes señalamos, con la contestación de la demanda –o de la reconvencción, en su caso– comienza a cerrarse la etapa introductoria del pleito, ya que el art. 357 del C.P.C.C. no admite sustanciaciones plurales de los escritos constitutivos, a diferencia de lo que acontecía en otros tiempos⁵⁵.

Sin embargo, habitualmente será menester realizar algunos pasos procesales más hasta finiquitar este estadio.

En efecto, si con la contestación de la demanda se acompañaron documentos, se prevé –en orden a garantizar el principio de contradicción– un traslado por cédula al actor, cuyo único objeto es que dicha parte, como en su hora lo hizo el demandado, cumpla con la carga de reconocerlos o desconocerlos bajo el apercibimiento fijado por el art. 37 inc. 2 del C.P.C.A., que antes examinamos⁵⁶.

Empero, al evacuar ese traslado el accionante puede, también, requerir prueba dirigida a contrarrestar los efectos de dichos documentos⁵⁷.

Relacionado con ello, y por aplicación supletoria del art. 484 del C.P.C.C., dentro del lapso de 5 días desde la notificación de la providencia que tiene por contestada la demanda –o la reconvencción, en su caso–

⁵⁰ Conf. art. 355 del C.P.C.C. Lo cual implica que si la demanda se contesta, en ese mismo momento debe reconvenirse. Empero, y a diferencia de lo que sostiene Hutchinson (*Código Procesal...*, ob. cit., pág. 228) estimamos que quien no responde la demanda igualmente está habilitado a reconvenir. Ver, en ese sentido, Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., pág. 290 o Falcón, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, T. II, págs. 410/1.

⁵¹ Ver por todos, Hutchinson, Tomás, *Código Procesal...*, ob. cit., pág. 228.

⁵² Ampliar en Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., págs. 297/8 y Falcón, Enrique M., *Tratado...*; ob. cit., T. II, págs. 409/10.

⁵³ Si bien no existe una prohibición expresa, la doctrina es conteste en rechazar –salvo supuestos extremos– la *reconventio reconventionis*, impidiendo que el reconvenido pueda, a su vez, reconvenir. Y ello porque la introducción sucesiva de contrademandas prolongaría indefinidamente el litigio, transformándolo en un verdadero laberinto. Ampliar en Palacio, Lino E., *Tratado...*, ob. cit., T. VI, núm. 766, págs. 182/3 y Falcón, Enrique M., *Tratado...*, ob. cit., T. II, págs. 412/4.

⁵⁴ Hutchinson, Tomás, *Código Procesal...*, ob. cit., pág. 228.

⁵⁵ Carli recuerda que la legislación española –vigente en nuestro país hasta la sanción de los códigos procesales vernáculos– se establecía una serie de confrontaciones entre la pretensión y la defensa, aunque limitando a dos los escritos que cada parte podía presentar. De tal modo, de la contestación de la demanda se daba traslado al accionante a fin de que presentara una “réplica” que, a su vez, podía ser controvertida mediante la “dúplica” (*La demanda...*, ob. cit., pág. 304/5).

⁵⁶ Arts. 135 inc. 1 y 356 del C.P.C.C. Obsérvese que el art. 40 inc. 1 del C.P.C.A., con deficiente técnica, sólo contempla de manera expresa la bilateralización de los documentos adjuntados al contestar la reconvencción, omitiendo expedirse sobre el traslado de la documentación acompañada en el responde. Similar crítica efectúa Mancuso, Francisco, *Código Procesal Contencioso Administrativo. Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado*, Ed. Scotti, La Plata, 1999, págs. 89/90.

⁵⁷ Conf. Carli, Carlo, *La demanda...*, ob. cit., pág. 305/7 y Palacio, Lino E., *Derecho Procesal...*, ob. cit., núm. 760, T. VI, págs. 166/7, si bien se circunscriben a la facultad de acompañar nuevos documentos, al hacer foco en la lógica del proceso ordinario del C.P.C.C., en donde, como es sabido, el resto de las probanzas se ofrece posteriormente. Adviértase que el uso de esta facultad podría generar la necesidad de otorgar un nuevo traslado –esta vez, al demandado– en la hipótesis de que el accionante adjunte documentación a los efectos recién indicados.

el actor podrá ampliar su prueba con respecto a los “nuevos hechos” o “hechos no considerados” invocados por su adversario en el responde.

Este instituto se justifica desde que al accionante no le es posible replicar las argumentaciones insertas por el demandado. Y, por ello, es razonable garantizarle, al menos, la producción de elementos a fin de desvirtuar la plataforma fáctica descrita por aquel⁵⁸.

Se advierte, así, que esta herramienta constituye una excepción al principio según el cual toda la prueba se ofrece con los escritos constitutivos. Es que se supone que dicho ofrecimiento puede lucir incompleto, sea por el desconocimiento de circunstancias puestas de resalto por el demandado o, tal vez, por haberse originalmente reputado inoficioso demostrar ciertos acontecimientos que, ahora, son cruciales a la luz de la postura sustentada por el accionado⁵⁹.

Cumplidos los trámites antes referenciados, el litigio, ahora sí, puede pasar a la siguiente fase, abriéndose la causa a prueba, o bien declarándose la cuestión de puro derecho.

5. Hechos nuevos

Hechos nuevos son aquellos sucesos que guardan incidencia directa con las cuestiones debatidas en el pleito y que –sin alterar los elementos constitutivos de la pretensión– tienden a confirmar, completar o desvirtuar su causa. Empero, y a diferencia de los acontecimientos relatados en los escritos constitutivos, se produjeron –o, en su caso, llegaron a conocimiento de las partes– luego de la traba de la litis⁶⁰.

Los ordenamientos rituales suelen adoptar una solución de compromiso, procurando, por un lado, asegurar el normal desarrollo del litigio –que se transformaría en un caos si a cada momento pudieran variarse los fundamentos fácticos en los que se apoyan las pretensiones y defensas– y, por el otro, que el judicante cuente con mejores elementos para arribar a una equitativa composición de la controversia⁶¹.

De tal forma, si bien es admisible introducir hechos nuevos, se contempla que el juez debe pronunciarse de manera expresa sobre su admisibilidad como tales, previa sustanciación con la parte contraria a la que los puso de manifiesto⁶². Además, se fijan severas pautas de preclusión para su alegación⁶³.

Lamentablemente, en este punto la técnica del C.P.C.A. no ha sido feliz.

Así, su art. 42, inc. 1 permite que estas circunstancias se pongan de resalto hasta “cinco días después de celebrada” la audiencia preliminar, lo que puede generar complicaciones si el planteo se formula luego de dicho acto, ya que sería menester suspender el plazo de prueba y, eventualmente, disponer una segunda convocatoria para tratar la cuestión⁶⁴.

Además, el inc. 2 del art. 42 del C.P.C.A. copió irreflexivamente el art. 363 del C.P.C.C. al señalar que tanto la introducción de hechos nuevos como su bilateralización se realice por escrito, lo cual colisiona abiertamente con el art. 41 inc. 1, ap. “c” del C.P.C.A. que apunta a que ello se realice verbalmente en la audiencia preliminar, provocando dudas en relación a cómo se compatibilizan ambos preceptos⁶⁵.

Como si ello fuera poco, se ha destacado con acierto que el art. 57 inc. 1, ap. “b” del C.P.C.A. –al regular la apelación de la sentencia– sólo permite alegar acontecimientos novedosos ocurridos –o conocidos–

⁵⁸ Palacio, Lino E., *Derecho Procesal...*, ob. cit., T. VI, núm. 761, pág. 167.

⁵⁹ Para un análisis detallado de esta herramienta puede consultarse Eisner, Isidoro, *¿Cuáles son los “nuevos hechos” invocados en el responde que permiten ampliar la prueba ofrecida con la demanda en el juicio sumario?* (La Ley 150, pág. 985). Nótese, una vez más, que si el actor acompaña documentos al usar esta facultad, debería concederse traslado de los mismos a su adversario (ver por todos, Palacio, Lino E., *Derecho Procesal...*, ob. cit., T. VI, núm. 761, pág. 169).

⁶⁰ Conf. en lo sustancial, Falcón, Enrique M. en A.A.V.V. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado*, 2ª ed., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, T. I, pág. 828.

⁶¹ Ver, en sentido similar, Camps, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado, comentado, concordado*, 2ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, T. II, págs. 1166/7.

⁶² Y, en ese trance, dicha parte puede adoptar diversas posiciones, ya sea admitiendo la introducción de tales hechos, oponerse con base en los más variados argumentos o desvirtuar su veracidad, a cuyos fines podría incluso ofrecer contraprueba. Ver, por ej., Camps, Carlos E., *Código...*, ob. cit., T. II, págs. 1167/8.

⁶³ Todo ello sin perjuicio de que el art. 163 inc. 6 del C.P.C.C. permite que en la sentencia haga “mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”.

⁶⁴ Es una pena que el C.P.C.A. no siguiera las aguas del art. 365 del C.P.C.C.N. (texto según ley 25.488) en el sentido de que la alegación de los hechos nuevos debe realizarse “hasta cinco días después **de notificada** la audiencia prevista en el art. 360” y resolverse en dicho acto (art. 365 del C.P.C.C.N.). Una solución parecida estableció la ley 12.310 al reformar el precepto de marras, pero en este aspecto la misma fue vetada por el Decreto 1937/99 con fundamentos que denotan notorios errores conceptuales.

⁶⁵ Una vez más el art. 365 del C.P.C.C.N. acuerda una mejor solución, al dejar en claro que la introducción del hecho nuevo –y su traslado– se realizan por escrito antes de la audiencia, mientras que la incidencia la resuelve verbalmente el magistrado en tal acto.

“después de dictada la sentencia de mérito”, quedando entonces en una nebulosa cuándo y cómo pueden introducirse los sucesos producidos entre la audiencia preliminar y la sentencia definitiva⁶⁶.

Finalmente, la providencia que resuelve sobre la introducción de hechos nuevos –y ante la ausencia de disposiciones específicas- es impugnabile de acuerdo a las pautas generales establecidas en el art. 364 del C.P.C.C.⁶⁷

6. Prueba. Audiencia preliminar. Medios de prueba. Medidas para mejor proveer. Alegatos⁶⁸

Como primera aproximación corresponde señalar que el C.P.C.A. contiene muy pocas previsiones sobre la prueba, y aun cuando los grandes lineamientos sobre este instituto son similares a los que imperan en sede civil, existen peculiaridades que motivan apartamientos –a veces significativos- de los principios que rigen en este último fuero.

Los trataremos a continuación de manera sucinta.

6.1. Objeto de Prueba

En principio, únicamente resultan objeto de prueba aquellos hechos que, habiendo sido afirmados por las partes, se encuentren controvertidos y, además, resulten conducentes para la resolución del litigio⁶⁹.

Si bien la regla es que el derecho no es susceptible de prueba, se han generado dificultades interpretativas en relación a si es necesario que las partes acrediten la existencia de aquellas normas que no fueron publicadas en los Boletines Oficiales. Esta circunstancia es especialmente recurrente en litigios que involucran a las comunas, pues –al menos hasta la sanción de la ley 14.491- no existían pautas suficientemente claras sobre la manera en que debían difundirse las Ordenanzas y reglamentaciones municipales⁷⁰.

La cuestión debe, entonces, ser resuelta de conformidad a lo establecido por el art. 375 del C.P.C.C., que ha generalizado la solución que para la aplicación del derecho extranjero traía el art. 13 del Código Civil (ley 340)⁷¹, al indicar que incumbe “la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer”.

Sobre esa base, y en una posición ortodoxa, la Suprema Corte ha decidido reiteradamente que “el principio según el cual los jueces deben conocer el derecho, iura novit curia, no se extiende a la totalidad de las reglamentaciones locales que, al igual que el derecho extranjero, les resulta imposible conocer”, concluyendo que por esa razón tales “normas configuran un hecho que debe acreditarse de acuerdo a las reglas que rigen la carga de la prueba en cualquier proceso (arg. art. 375, C.P.C.C.)”⁷² y llegando incluso a señalar que tal conclusión no se desvirtúa por el hecho de “que pudiera existir alguna forma de publicación

⁶⁶ Ver Hitters, Juan M., *Medios de impugnación ordinarios en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires*, J.A. 2004-IV, pág. 1346.

⁶⁷ Que edicta que “la resolución que admitiere el hecho nuevo será inapelable. La que lo rechazare será apelable en efecto diferido”. Bien que se podría también intentar la revocatoria del decisorio, a la luz de que el art. 53 inc. 1 del C.P.C.A. indica que toleran ese recurso no sólo las providencias simples, sino también las interlocutorias.

⁶⁸ Dada la complejidad de esta temática -cuyo exhaustivo desarrollo excede la finalidad de la presente obra- para un análisis pormenorizado nos remitimos al trabajo *La prueba en el proceso contencioso administrativo bonaerense*, de Villafañe, Homero M. y Tribiño, Guillermo C., en A.A.V.V. *El contencioso administrativo bonaerense* de Bastons, Jorge L., Ed. Scotti-Zavalia, en prensa.

⁶⁹ Conf. art. 358 y concs. del C.P.C.C. En esta línea, el art. 40, inc. 2 del C.P.C.A. prevé, justamente, que la apertura a prueba de la causa procede cuando “se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes”, reproduciendo casi a la letra el evocado art. 358 del C.P.C.C.

⁷⁰ La citada ley 14.491 –modificatoria de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto Ley 6769/58 y modific.)- impuso a los municipios la obligación de confeccionar un “Boletín Oficial Municipal en el que deberán publicarse las Ordenanzas del Concejo, Decretos y Resoluciones de ambos departamentos, que dicten las Autoridades del Gobierno Municipal” (conf. art. 108, inciso 18 de la L.O.M.).

⁷¹ Dicho precepto indicaba que “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. El art. 2595 inc. “a” del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) contiene una regulación diferente, al seguir una línea más moderna, estableciendo -aunque refiriéndose a la aplicación del derecho extranjero- que le corresponde al juez establecer su contenido “sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada”, rematando que únicamente cuando “el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido” procede aplicar el vernáculo.

⁷² Causas B. 61.673, *Amadeo*, sent. 25-IX-2013; B. 64.682, *Poli*, sent. 19-XII-2012; B. 64.188, *Machado*, sent. 21-III-2012, B. 63.590, *Saisi*, sent. 5-III-2003.

electrónica”, pues la prueba pertinente e idónea para acreditar la existencia y contenido de estas reglamentaciones era la documental o informativa⁷³.

Por otro lado, un aspecto que ha sido soslayado casi por completo en el C.P.C.A es si es posible suplir, en sede judicial, la orfandad probatoria sobre circunstancias fácticas que, en puridad, debieron ser corroboradas (o, al menos, afirmadas) en sede administrativa.

Dado que el sistema revisor ha sido abandonado en la provincia de Buenos Aires, a primera vista la respuesta a esta incógnita tendría que ser afirmativa. Es que si el proceso contencioso administrativo se presenta, ahora, como un juicio de conocimiento pleno, no se explicaría por qué habría de maniatarse la actividad probatoria de las partes atendiendo a las conductas que asumieron anteriormente.

Empero, a poco de reflexionar surgen algunos inconvenientes, en particular cuando es la autoridad administrativa la que, recién en sede judicial, despierta de su letargo y pretende acreditar hechos que conspiran contra la pretensión del ciudadano, la cual, por hipótesis, ya fue desestimada en la instancia administrativa. En palabras de Gordillo: ¿puede la administración demostrar tardíamente el sustento fáctico de su comportamiento?⁷⁴

El jurista recién citado indica, con su habitual agudeza, que si en verdad se quiere reafirmar el debido proceso en sede administrativa, cabe desestimar tal posibilidad, perjudicando, de esa forma, a la repartición pública que no basó su decisión “en un sustento fáctico y probatorio razonable y suficiente”, pues “no se trata de que la administración ‘acierte’ por ‘intuición’ o clarividencia la prueba futura en sede jurisdiccional, sino que tenga frente a sí al momento de resolver todos [los] elementos de prueba sobre los cuales adoptará entonces una decisión objetiva, sensata y razonable”⁷⁵.

Partiendo de tal premisa, parece prudente la opinión de Safi, en el sentido de que si bien la autoridad demandada es libre de ofrecer toda la prueba de su defensa y/o la contraprueba de la pretensión del actor, no puede, sin embargo “suplir el vacío ni la ausencia total de prueba del expediente administrativo, sino tan sólo complementar la que se produjo en esa instancia previa”⁷⁶.

En cambio, a los particulares no se les aplicarían estas limitaciones, no sólo por el hecho de que usualmente no cuentan con patrocinio letrado en el procedimiento administrativo, sino porque allí es la Administración quien se encuentra obligada a verificar de oficio tales extremos⁷⁷.

La única disposición que guarda relación con el tema se encuentra en el art. 37 inc. 3 del C.P.C.A. que, al regular las formalidades de la contestación de la demanda, indica tangencialmente que en esa pieza procesal pueden “invocarse hechos que se opongan a los alegados por el actor o argumentos de derecho que no se hubieran planteado en el procedimiento administrativo, siempre que se relacionen con el objeto de la pretensión”.

Sin perjuicio que hubiera sido conveniente contemplar también alguna disposición al legislarse sobre el escrito de inicio –esto es, al enfocar la problemática desde el punto de vista del actor– el citado art. 37 parece encontrarse en línea con las conclusiones sentadas, al dejar entrever que: a) ante la ausencia de regulación expresa, las restricciones probatorias en el supuesto que estamos analizando no se aplicarían al accionante que, de ordinario, será el ciudadano; y b) si es el demandado –usualmente, el Estado– el que ha sido displicente en el procedimiento administrativo, únicamente podría intentar refutar los “hechos alegados por el actor”, pero no acreditar otras circunstancias fácticas que hacen a su defensa.

6.2. Procedimiento Probatorio

6.2.a.) Ofrecimiento

Del juego de los arts. 27 inc. 7, 28 y 37 del C.P.C.A. se desprende que toda la prueba que los interesados pretendan hacer valer en un litigio contencioso administrativo debe acompañarse u ofrecerse con los escritos postulatorios (demanda, reconvencción y sus contestaciones), salvo los clásicos supuestos de hechos nuevos, o “no considerados”, así como documentos nuevos o anteriores desconocidos.

Se advierte, así, una diferencia con el proceso ordinario del C.P.C.C.⁷⁸

⁷³ Causas B. 59.803, *Ochandio*, sent. 29-X-2014; B. 57.092, *Bueno*, sent. 27-XI-2013; B. 69.722, *Porretti*, sent. 15-X-2008.

⁷⁴ Gordillo, Agustín, *La prueba en el Derecho Procesal Administrativo*, La Ley 1996-A, pág. 1404.

⁷⁵ Gordillo, Agustín, *La prueba...*, ob. cit., pág. 1404

⁷⁶ Safi, Leandro K., *La prueba en el proceso administrativo (con especial referencia a la provincia de Buenos Aires)*, Jurisprudencia Argentina 2004-I, pág. 1269.

⁷⁷ Conf. art. 54 del Decreto Ley 7647/70.

⁷⁸ Pues en el mismo con la demanda y su contestación sólo es menester acompañar la documental –o, en su caso, indicar dónde se encuentra– ya que el resto de las probanzas se requieren en una etapa posterior, esto es, luego de la apertura a prueba (conf. arts. 332, 365 y conchs. del C.P.C.C.).

6.2.b.) Admisión. La “audiencia preliminar”

A diferencia de lo que sucede en el proceso sumario del C.P.C.C., al producirse la apertura a prueba no se realizará simultáneamente su proveimiento, ya que para esta última decisión habrá que esperar la celebración de la audiencia prevista en el art. 41 del C.P.C.A.

En efecto, el citado artículo prevé el desarrollo de una audiencia preliminar con el objeto de que allí se ventile y decida, fundamentalmente, la pertinencia de que en las actuaciones se reciba prueba y, en su caso, cuáles de los concretos medios ofrecidos se ordenarán para dilucidar los hechos controvertidos⁷⁹.

La doctrina administrativista ha destacado las bondades del instituto en orden a la inmediatez y simplificación de los trámites⁸⁰. Empero, no es usual que en el proceso contencioso administrativo las partes concilien⁸¹ y, además, en numerosas ocasiones la prueba fundamental para la resolución de la causa es el expediente administrativo, que de ordinario se agrega en la etapa introductoria, en virtud de lo cual, como contrapartida, la fijación de la audiencia preliminar a veces significa un dispendio de tiempo⁸².

Sin ánimo de agotar el estudio de esta figura, efectuaremos algunas breves reflexiones.

En primer lugar, cabe aclarar que únicamente corresponde celebrar dicho acto en aquellos casos en que el juzgador entienda que existen hechos controvertidos y, además, se haya ofrecido prueba para su acreditación⁸³.

Es que si, al culminar la fase introductoria, el juez estima que no existen circunstancias controvertidas, no debe fijar audiencia preliminar, consignando en ese momento que la causa es de puro derecho y salteando, así, la etapa probatoria. De igual modo habrá de proceder si en aquel estadio embrionario –a pesar de haber disconformidad en los hechos– no existieran medios probatorios pendientes de producción.

En segundo término, el art. 41 del C.P.C.A. no ha sido muy claro sobre la necesidad de que el judicante dirija de manera personal la audiencia preliminar. Mejor hubiera sido adoptar un criterio terminante, como acontece en el ámbito nacional, ya sea fijando expresamente la sanción de nulidad en el caso de incumplimiento de esta obligación⁸⁴ o remarcando que la función es indelegable⁸⁵, y que si el magistrado no está presente no corresponde realizar la diligencia. En cambio, la incomparecencia de alguna de las partes no impide que el acto se lleve a cabo⁸⁶.

Como tercer punto, y en cuanto a los aspectos a tratar, allí ineludiblemente han de fijarse “los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del proceso, sobre los cuales versará la prueba” y, como correlato, el proveimiento de las pruebas “procedentes para la continuación del juicio”⁸⁷. Sin embargo resultará habitual que inmediatamente después de abierto el acto se procure que los interesados arriben a una conciliación.

Por otro lado deberán las partes plantear, si las tuvieren, sus objeciones no sólo con la apertura a prueba en general, sino con las probanzas específicas ofrecidas y, en particular para la pericial, determinar el número de peritos que actuarán, así como los puntos sobre los cuales se expedirán y el lapso que tienen para producir el informe.

Es más, y aun cuando el C.P.C.A. no lo diga expresamente, es obvio que el judicante debe establecer en esta ocasión cuál es el plazo total que abarcará el período de prueba, el que no debe exceder los 40 días⁸⁸. Asimismo, nada impide que ya en la propia audiencia preliminar el magistrado decreta alguna medida para mejor proveer⁸⁹, máxime atendiendo a que el art. 46 del C.P.C.A. permite utilizar dicha potestad “en cualquier estado del proceso”.

⁷⁹ Empero, se ha señalado que la audiencia preliminar tiene por finalidad no sólo establecer los hechos litigiosos y la producción de la prueba, sino que también tiene propósitos conciliatorios y saneatorios (Bermejo, Patricia, *La audiencia preliminar en el Proceso Civil*, Revista C.A.L.P., n° 55, pág. 261 y sigts.).

⁸⁰ Conf. Milanta, Claudia A. M., *Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales*, en A.A.V.V. *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, de Botassi, Carlos A. (Dtor.) Oroz, Miguel H. (Coord.), Ed. Platense, La Plata, 3ª ed., 2011, pág. 587. Bazzani también elogia el instituto, estimando que redundará en un proceso judicial eficaz (Bazzani, Juan, *De la prueba, los alegatos y la sentencia*, en A.A.V.V. *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La justicia administrativa*, de Isabella, Diego P. (Dtor.) Ed. RAP, Bs. As., 2010, T. II, pág. 245).

⁸¹ Y ello en atención a las restricciones que sobre el particular existen cuando uno de los litigantes es una repartición estatal. Ver el art. 61 inc. 2 del C.P.C.A., y el art. 15 inc. “a” del Decreto Ley 7543/69.

⁸² Ampliar en Villafañe, Homero M.-Tribiño, Guillermo C., *La prueba...*, ob. cit.

⁸³ Ello a pesar de que una lectura lineal del art. 40 inc. 2 del C.P.C.A. –en su juego con las previsiones de los incisos 1, ap. “e” y 2 del art. 41– daría lugar a pensar que, cuando los recaudos antes mencionados no se encuentran reunidos, igualmente debería convocarse a las partes al sólo efecto de declarar, en ese solemne acto, que la causa es de puro derecho.

⁸⁴ Conf. art. 360 del C.P.C.C.N., texto según ley 24.573.

⁸⁵ Conf. art. 360 del C.P.C.C.N., texto según ley 25.488, no modificada, en este aspecto, por la ley 26.589, actualmente vigente.

⁸⁶ Arg. art. 125 inc. 3 del C.P.C.C.

⁸⁷ Art. 41, inc. 1, ap. “a” y “d” del C.P.C.A.

⁸⁸ Art. 43 C.P.C.A.

⁸⁹ Conf. Colombo, Carlos J.–Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed., 2006, T. IV, pág. 34.

Es posible, también, que en la audiencia preliminar tenga que resolverse la admisión de hechos nuevos –y, en su caso, qué prueba debe rendirse a fin de acreditarlos– como lo establece el art. 41 inc. 1, ap. “c” del C.P.C.A.⁹⁰

Se desprende, entonces, que la audiencia de marras no constituye una “vista de causa”, en tanto en ella no se produce, en puridad, ningún medio probatorio⁹¹, rigiéndose esta fase del procedimiento probatorio por las reglas generales del C.P.C.C., bien que con las adaptaciones para algunos medios puntuales que luego explicaremos.

6.2.c.) Clausura del período probatorio. Alegatos

En relación a la clausura del período probatorio, si bien el art. 47 del C.P.C.A. consigna que “vencido el plazo para la producción de las pruebas, el Secretario lo hará constar por nota puesta en los autos al pie de la última diligencia practicada” y que “después de ello, de la prueba pedida por las partes y no realizada” sólo podría producirse con expresa autorización del magistrado, es usual que los jueces contenciosos aguarden a que se encuentre recolectada, incluso fuera de plazo, la totalidad de las probanzas –o, en su caso, que se declare la negligencia o caducidad a su respecto– para finalizar esta etapa.

Ello así, el inciso 1° del art. 48 del C.P.C.A. dispone que “una vez que las pruebas recibidas a petición de las partes, o las mandadas producir de oficio por el Juez estén reunidas, se pondrán los autos en la Secretaría por el término de diez (10) días comunes, dentro de los cuales las partes podrán presentar el alegato sobre el mérito de la prueba producida”, para luego establecer, en su segundo inciso, que “presentados los alegatos o vencido el plazo indicado en el artículo anterior o el establecido en el artículo 41 inciso 2), el Juez llamará autos para sentencia”.

En suma, y siguiendo las aguas del Código Varela, el C.P.C.A. faculta a las partes a alegar en la fase final de la etapa probatoria, esto es, a presentar escritos en los que los litigantes “examinan la prueba rendida con relación a los hechos afirmados en la demanda y contestación, para demostrar su exactitud o inexactitud”⁹².

Al respecto, a las críticas que en general se le han hecho a esta figura –que giran en torno a las demoras que acarrea, máxime cuando su presentación es meramente facultativa y, se dice, raramente es tenida en cuenta por los magistrados– se le suma, en el proceso contencioso administrativo, el hecho de que en numerosos litigios la prueba fundamental la constituye el expediente administrativo.

Es que como, por regla, dicha documentación ya pudo ser compulsada –y, obviamente, ponderada– por las partes en la etapa introductoria del proceso⁹³ otorgar una nueva posibilidad para que se analice el material probatorio constituiría –al menos en estas hipótesis– una reiteración innecesaria. Adviértase que incluso si las únicas pruebas aportadas fueran “las constancias del expediente” o “la documental ya agregada y no cuestionada” el art. 41 inc. 2 del C.P.C.A. igualmente prevé la posibilidad de presentar una suerte de alegato simplificado, al contemplar un traslado a los litigantes por 5 días comunes para que “expongan sus alegaciones sobre los hechos y el derecho controvertidos en la causa”⁹⁴.

Con todo, la puntual regulación que sobre el alegato trae el C.P.C.A. se aprecia como adecuada, al salvar los principales inconvenientes prácticos que esta figura genera en otras regulaciones.

En efecto, en primer lugar remarcamos que, al no existir ninguna disposición especial, la providencia que pone los autos para alegar se notifica –al igual que en el régimen del C.P.C.C. – por ministerio de ley⁹⁵.

Por otro lado, y a diferencia de lo establecido en el art. 480 del C.P.C.C., el art. 48 del C.P.C.A. no prevé que las actuaciones puedan ser retiradas por las partes a fin de preparar el alegato, pues indica que las mismas “se pondrán (...) en la Secretaría por el término de diez (10) días comunes”.

No se nos escapa que esta modalidad puede complicar la tarea de los letrados, en especial cuando hay que examinar expedientes complejos y voluminosos. Sin embargo, esta desventaja se compensa por la supresión de las incertidumbres que apareja la adopción de un sistema de entrega de actuaciones a las

⁹⁰ Sobre los defectos de técnica en relación a la inclusión de hechos nuevos en el proceso contencioso administrativo, ver lo que se expuso en el punto 5 de este mismo capítulo.

⁹¹ Conf. Milanta, Claudia A. M., *Reforma procesal...*, ob. cit., pág. 587.

⁹² Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Ediar, Bs. As., 2ª ed., 1961, T. III, pág. 707.

⁹³ Recuérdese que en el sistema del C.P.C.A. con anterioridad a correr traslado de la demanda –y en la fase de “habilitación de instancia”– resulta, en principio, menester que el magistrado solicite la agregación de las actuaciones administrativas (arts. 30 y 31 del C.P.C.A.), permitiéndose que el actor “amplíe o transforme” el escrito de inicio tras su consulta (conf. art. 32 C.P.C.A.).

⁹⁴ En estas situaciones, ciertamente frecuentes en el ámbito del proceso contencioso administrativo, la causa, según indica Safi, tramita “como de puro derecho”, ya que, si bien contienen un debate sobre los hechos “reducen toda la prueba a la documental agregada y no cuestionada desde el inicio del proceso” (Safi, Leandro K., *La prueba...*, ob. cit., pág. 1270). En los procesos de puro derecho en sentido estricto –esto es, cuando las partes están conformes en la plataforma fáctica, pero difieren en la interpretación o aplicación de las normas–, tras su declaración no corresponde realizar más actividades en la etapa probatoria, quedando la causa “concluida para definitiva”, conforme lo prevé el art. 41 inc. “e” del C.P.C.A.

⁹⁵ Salvo que la Fiscalía de Estado sea parte en el proceso (ver arts. 27 inc. 8 y 52 del Decreto Ley 7543/69).

partes, en particular en lo que hace al momento en que ellas pueden ser retiradas, al orden en que debe producirse y a los pasos a seguir cuando los interesados no las devuelven en término⁹⁶. Todo ello sin contar el alargamiento del juicio en los supuestos en los que, por existir litisconsorcio, el plazo para alegar se va extendiendo según la cantidad de litigantes que actúen con una representación exclusiva⁹⁷.

En definitiva, el C.P.C.A. ha eliminado la mayoría de los problemas hermenéuticos que sobre este instituto existen en el fuero civil, quedando tan sólo librado a la interpretación de los magistrados el aspecto vinculado al dies a quo del término para alegar, que también ha provocado algunas polémicas⁹⁸.

De tal modo, las dilaciones que el cumplimiento de esta fase procesal acarrea, no empañan, a nuestro criterio, las indudables ventajas que reporta esta figura, en particular para robustecer las posturas sostenidas en la etapa introductoria del proceso.

6.3. Medios de Prueba

Sin perjuicio que en esta materia existe, por derivación de lo prescripto en el régimen procesal civil, libertad de medios probatorios⁹⁹, analizaremos los aspectos peculiares de algunos de ellos en el marco de un litigio que se desarrolle bajo la regulación del C.P.C.A.

6.3.a.) Prueba documental

En torno a la prueba documental, resulta ineludible detenerse en el análisis del valor probatorio del expediente administrativo en general, y de las actas de constatación, comprobación o infracción, en particular.

En cuanto al valor probatorio del expediente administrativo, no puede considerarse que el mismo en su conjunto, ni aún los actos llevados a cabo por la Administración que en él se encuentran instrumentados, puedan tener una única e idéntica naturaleza; de allí que el distingo civilista entre instrumentos públicos y privados aparezca como insuficiente y la cuestión requiera mayores precisiones.

En efecto, más allá de que los actos formalizados en un instrumento privado no pierden tal condición por la circunstancia de agregarse a una actuación administrativa (vgr. presentaciones del interesado, informe de una entidad bancaria, etc.), la extensión del carácter de instrumento público a toda actuación llevada a cabo por funcionarios merece reparos, ya que sólo debe reconocerse este carácter a los expedidos por funcionarios con facultades fedatarias, mientras que los restantes quedarían alcanzados en una nueva categoría, propia del derecho administrativo: la de los documentos administrativos o públicos. Éstos sirven de prueba, aunque su valor puede ser desvirtuado por otros elementos de convicción (sólo ostentan una presunción de certeza)¹⁰⁰, motivo por el cual no resulta necesario acudir al proceso de redargución de falsedad para atacar el contenido de dicha documentación.

Estos razonamientos resultan aplicables al analizar el valor probatorio de las actas de constatación o infracción. De tal modo, el contenido de las mismas será suficiente para tener por acreditadas las circunstancias en ellas consignadas, siempre que el imputado no las contradiga mediante la producción de otros elementos de convicción. Atribuir a un acta carácter de instrumento público importa desbalancear gravemente, en perjuicio del ciudadano, el equilibrio siempre tenso entre autoridad y libertad¹⁰¹.

6.3.b.) Prueba confesional

La cuestión referente a si el Estado puede ser sometido a la prueba de posiciones ha provocado disonancias en la doctrina.

Al respecto, los procesalistas no han objetado, en líneas generales, que este medio probatorio se utilice contra una repartición pública, aunque aclarando que, de conformidad a las previsiones del art. 405 del C.P.C.C., la diligencia no se realiza verbalmente en una audiencia, sino por escrito y a través de un oficio dirigido "al funcionario facultado por ley" para representarla. Esta regulación diferencial se justificaría en orden a asegurar la eficacia de la prueba y dado que, usualmente, los hechos sobre los cuales los agentes

⁹⁶ Ver, sobre todos estos problemas, Calvino, Gustavo, *El alegato en el proceso civil argentino*, "El Dial" DCD76.

⁹⁷ Conf. art. 480, segundo párrafo, del C.P.C.C. Obsérvese que el litisconsorcio es ciertamente muy frecuente en el proceso contencioso administrativo, por ejemplo por derivación de la figura del coadyuvante (art. 10 C.P.C.A.) atento a lo cual, de haberse seguido el régimen recién referido, en muchos casos el plazo para alegar sería de al menos 18 días, lo cual resulta un despropósito.

⁹⁸ Ampliar en Villafañe, Homero M.-Tribiño, Guillermo C., *La prueba...*, ob. cit.

⁹⁹ Conf. art. 376 del C.P.C.C.

¹⁰⁰ Esta cuestión es sin embargo problemática en doctrina y en jurisprudencia. Ver, para ampliar Villafañe, Homero M.-Tribiño, Guillermo C., *La prueba...*, ob. cit.

¹⁰¹ Villafañe, Homero M.-Tribiño, Guillermo C., *La prueba...*, ob. cit.

públicos son llamados a declarar constan en archivos o documentación administrativa¹⁰², apuntándose que, por esa razón –y en atención a la gran cantidad de procedimientos que a diario genera la actuación estatal– “es difícil que los funcionarios puedan recordar claramente los hechos; hasta es posible que conteste un funcionario que reemplazó a quien intervino directamente en los hechos controvertidos”¹⁰³.

De tal modo, la incontestación del oficio o, en su caso, la respuesta que no fuere “clara y categórica, afirmando o negando” los hechos consignados por el ponente, llevarían a tener “por cierta la versión de los hechos contenidos en el pliego”. Ello implicaría, en principio, plena prueba, de acuerdo a los términos del art. 421 del C.P.C.C. Con todo, atento la manera en que se rinde la prueba –sin la presión que implica expedirse en una audiencia, contando con un buen tiempo para sopesar la respuesta y, adicionalmente, con la posibilidad de que la contestación sea preparada por un cuerpo de abogados especializados– su utilidad práctica es casi nula¹⁰⁴.

Sin embargo, Bielsa explicaba que la “Administración Pública sólo se obliga por actos casi siempre complejos, de derecho público”, apuntado que la imposición de un “interrogatorio a los agentes de la Administración Pública, para comprometer con la sola declaración de éstos, el interés público y el patrimonio del Estado, destruiría la base institucional de la competencia de los órganos administrativos y el valor eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos”¹⁰⁵.

En esta línea, el art. 52 del Código Varela impedía que una entidad administrativa fuera sometida a posiciones, y establecía una figura híbrida, emparentada con la prueba informativa o, en su caso, con la testimonial¹⁰⁶.

El C.P.C.A., por su lado, prevé la declaración de funcionarios públicos en su art. 45, pero omite considerar si esa declaración debe producirse con las formalidades de una confesional y si han de seguirse las gravosas consecuencias antes vistas para las hipótesis de reconocimiento (expreso, implícito o ficto) de los hechos contenidos en las posiciones.

A nuestro modo de ver, acierta Hutchinson al señalar que el art. 45 del C.P.C.A. implícitamente impide la absolución de posiciones de una repartición estatal, ya que el mismo “habla de las `preguntas a... y las contestaciones de los funcionarios”, sin hacer mención que la declaración “lo sea con carácter de absolver posiciones”¹⁰⁷.

Este ha sido, también, el criterio de la Suprema Corte, quien ha resuelto, de manera tajante, que no es admisible “en la materia la prueba de confesión destinada a los funcionarios públicos”, indicando, además, que las preguntas que se incluyan en el oficio “no podrán estar redactadas en términos afirmativos, sugerir la respuesta ni contener más de un hecho”, asimilando esta figura a la prueba testimonial¹⁰⁸.

6.3.c.) Prueba pericial

En relación a la prueba pericial, su desarrollo se rige mayormente por las reglas que al efecto fija el C.P.C.C., aun cuando cabe anotar algunas diferencias.

El art. 44 del C.P.C.A. agrega un motivo para el apartamiento de los expertos designados, indicando que “no será causal de recusación para los peritos la circunstancia de que sean funcionarios o agentes públicos, salvo cuando se encontraren bajo la dependencia jerárquica directa del órgano cuya actuación u omisión diera lugar a la pretensión”¹⁰⁹.

En segundo lugar, en el proceso contencioso administrativo no se celebra, al estilo del art. 459 del C.P.C.C., una audiencia especial a fin de determinar el número de peritos que actuarán en el pleito, así como los puntos sobre los cuales se expedirán y el plazo que cuentan para producir el informe. Es que todas esas cuestiones tienen que haber sido resueltas, ya, en la audiencia preliminar.

Por otra parte, el art. 77 inc. 2 del C.P.C.A. prevé el traslado de los dictámenes periciales por el lapso de 10 días, lo cual representa un alargamiento del término de 5 días que –ante la ausencia de norma expresa– se acuerda a idénticos efectos en el ámbito del C.P.C.C.¹¹⁰

¹⁰² Morello, Augusto M. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Ed. Platense, La Plata, 2ª ed., 1991, T. V-B, pág. 34.

¹⁰³ Colombo, Carlos J. – Kiper, Claudio M., *Código...*, ob. cit., T. IV, pág. 240.

¹⁰⁴ García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, T. II, págs. 660/1

¹⁰⁵ Bielsa, Rafael, *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Ed. Castellví, Sta. Fe, 3ª ed., 1964, pág. 259. En muy similar sentido se expiden Tomás Hutchinson, *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, T. III, pág. 63) y García Pullés, Fernando R., *Tratado...*, ob. cit., T. II, págs. 659/660. Otros argumentos han sido ensayados por Fiorini, Bartolomé, *Qué es el contencioso*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, pág. 288.

¹⁰⁶ Conf. Fiorini, Bartolomé, *Qué es...*, ob. cit., págs. 288/9.

¹⁰⁷ Hutchinson, Tomás en A.A.V.V., *Código Procesal Contencioso Administrativo. Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado* de Hutchinson, Tomás (Dtor.), Ed. Scotti, La Plata, 2005, pág. 252.

¹⁰⁸ Causa B. 61.793, *Giménez*, res. 31-VII-2013.

¹⁰⁹ En virtud de ello no pueden ser recusados con tales fundamentos en un contencioso provincial los peritos dependientes de la Suprema Corte.

¹¹⁰ Conf. art. 150 de dicho cuerpo normativo.

Finalmente, la valoración de la prueba pericial presenta algunas zozobras cuando se procura revisar decisiones preponderantemente técnicas de una repartición pública. En particular, se debate si es posible otorgar cierta deferencia a las conclusiones de los informes científicos existentes en sede administrativa que sustentaron el acto impugnado y concluir, por ende, que las pericias que se rindan en sede judicial deben contradecir acabadamente los análisis efectuados por aquellos¹¹¹.

Empero, como esta cuestión depende de las singularidades de cada caso concreto, la omisión del codificador de incluir reglas particulares al respecto es elogiable. Es mejor que esta delicada problemática quede librada a la prudencial evaluación de los magistrados.

6.4. Carga de la Prueba

Otro aspecto importante es el vinculado con la carga de la prueba, esto es, con el conjunto de reglas rituales que determinan a cuál de las partes le corresponde acreditar la existencia de los hechos debatidos en el proceso y, como correlato, indican cómo debe proceder el judicante si alguna de esas circunstancias no ha quedado debidamente demostrado, esto es, fallando en contra de quien tenía el peso de su demostración.

El C.P.C.A. no contiene ninguna disposición sobre el particular, lo cual implica que rigen las pautas comunes previstas en el art. 375 del C.P.C.C. Empero, una primera matización se encuentra dada por el mayor protagonismo que en el proceso contencioso administrativo se le acuerda a las denominadas “medidas para mejor proveer”, lo cual lleva a que “las consecuencias de la falta de diligencia de las partes en la proposición y práctica de las pruebas que les incumban no alcanzan tanta gravedad como en aquellos otros procesos en los que el juez actúa como un mero convidado de piedra, impasible ante el curso de los actos procesales, pues, frente a lo que sucede en esos procesos” aquí “el incumplimiento de la carga de la prueba no conduce necesariamente al estado de incertidumbre del juzgador que justificaría la aplicación de la `regla de juicio`”¹¹².

Por otro lado, y en lo que hace al tradicional proceso contencioso de anulación, algunos estudiosos entienden que de la presunción de legitimidad del acto sólo se desprende la necesidad que tiene el afectado de instar una acción judicial a fin de destruir los efectos inmediatos que, por su sola fuerza, poseen las decisiones administrativas, sin que ello implique un paralelo desplazamiento de la carga de la prueba, que debe regirse por los principios generales¹¹³. La conclusión sería, entonces, “que la presunción de validez únicamente supone la carga de recorrer, pero no la carga de probar”¹¹⁴. Esta postura, sin embargo, fue expresamente descartada por la Corte Suprema nacional, entendiendo que de seguirse una tesis como la consignada anteriormente –que distingue la “carga impugnatoria” (que, en principio, pesa sobre el ciudadano) de la “carga probatoria” (que recae sobre ambas partes del proceso)– la “prerrogativa de la Administración respecto de la legitimidad de sus actos desaparecería frente a cualquier proceso judicial, obligando al Estado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta, cuando, por el contrario, es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (Fallos: 218:312; 324 y 372; 294:69)”¹¹⁵.

La Suprema Corte provincial ha sostenido un criterio similar, al indicar que en el marco del nuevo proceso contencioso administrativo, les compete a las partes acreditar los hechos justificativos de la pretensión que articulan, aclarando –a propósito de pretensiones anulatorias, incluso en materias disciplinarias y de seguridad social– que pesa sobre el actor “la carga de demostrar la realidad de la situación fáctica en que sustenta su reclamo, no sólo por revestir tal calidad en el proceso (arg. art. 375, C.P.C.C), sino también en virtud de la presunción de legitimidad que distingue a la actividad de la Administración Pública”¹¹⁶.

No obstante, es acertado lo que señala Safi en cuanto a que si existen vicios manifiestos en el procedimiento que precedió acto administrativo –o, en su caso, la repartición pública no acompaña las

¹¹¹ Ampliar en Villafañe, Homero M.-Tribiño, Guillermo C., *La prueba...*, ob. cit.

¹¹² Hutchinson, Tomás, *Código...*, ob. cit., pág. 244.

¹¹³ Conf. Hutchinson, Tomás, *Código...*, págs. 245/6; Merteikian, Eduardo, *La prueba en el Proceso Administrativo a la luz de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad*, en A.A.V.V. *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* de Cassagne, Juan Carlos (Dtor.), Ed. La Ley, Bs. As., 2007, T. II, pág. 46/7.

¹¹⁴ Aguado I Cudolà, Vicenç, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo: ¿supleitoriedad de la legislación procesal civil o necesidad de una regulación específica?*, UNAM, Méjico, 2013, pág. 940.

¹¹⁵ Del dictamen del Procurador General, al que se remitió la Corte Suprema, en Fallos: 328:53.

¹¹⁶ Causas B. 60.616, *Uzal*, sent. 29-X-2014; B. 65.509, *Villalba*, sent. 26-X-2010, entre muchísimas otras. Este es un criterio que dicho órgano de justicia ha adoptado desde antiguo, tal como refiere Tribiño, Carlos R., *La demanda en el Proceso Contencioso Administrativo Bonaerense*, La Ley 1993-E, págs. 790/1.

actuaciones en donde aquel se dictó— procede atemperar sustancialmente la aludida presunción, debiendo favorecer la duda, en estos casos, al particular¹¹⁷.

6.5. Las Medidas para mejor proveer

Como expresamos anteriormente, un aspecto que históricamente ha diferenciado al proceso contencioso administrativo bonaerense es el vinculado a la potestad que poseen los judicantes de aportar, por su propia iniciativa, material probatorio a fin de resolver con mejores elementos las peticiones de las partes.

Así, ya el Código Varela receptaba este instituto con singular amplitud y la doctrina administrativista clásica se encargó de señalar que la generosidad del régimen obedecía a que “la naturaleza de los asuntos que se ventilan en estos juicios imponen esa mayor y libre facultad de investigar por parte del tribunal” a fin de establecer la verdad real¹¹⁸, y dado que la justicia contencioso administrativa “no se limita a declarar el derecho del particular, sino que debe ejercer un superior contralor de legalidad sobre la Administración misma”¹¹⁹.

De conformidad a tales generosas pautas ha de interpretarse, entonces, el art. 46 del C.P.C.A. según el cual “el Juez podrá ordenar de oficio la producción o ampliación de toda medida de prueba que considere conducente a la averiguación de la verdad de los hechos. Esta potestad podrá ejercerse en cualquier estado del proceso, aún después del llamamiento de autos para sentencia. La decisión será irrecurrible”.

Obsérvese que el C.P.C.A. se refiere a la potestad de los magistrados de “averiguar” la verdad de los hechos, en una terminología que, como alguna vez se sostuvo, refleja un tinte más inquisitivo que el vocablo “esclarecer” que utiliza el art. 36 inc. 2 del C.P.C.C. al contemplar esta institución¹²⁰.

Ello ha llevado al Alto Tribunal provincial a admitir en alguna ocasión la agregación tardía de una documental por una de las partes —que era decisiva para resolver un aspecto del conflicto— recurriendo a las amplias facultades que para disponer medidas para mejor proveer le otorgaba el Código Varela, y apuntando que los elementos que puedan concurrir a descubrir la verdad pueden ser recolectados “aun cuando estén vencidos todos los términos que (...) acuerdan las leyes”¹²¹. Incluso, ha suplido la completa omisión probatoria sobre extremos indispensables para el acogimiento de pretensiones de las partes¹²².

Sin embargo, es evidente que no es posible que mediante el dictado de diligencias instructorias se alteren los términos en que quedó trabada la litis¹²³, en tanto un criterio contrario infringiría el principio de congruencia que también reina en el proceso contencioso administrativo.

Asimismo, el hecho de que en este ámbito las medidas para mejor proveer estén instituidas con un criterio más generoso no influye en la facultad que tienen las partes de controlar e intervenir en su producción como si hubiese sido ofrecida por ellos mismos.

6.6. Valoración de la Prueba

No existe en el C.P.C.A ninguna pauta diferencial en relación a la forma en que los magistrados deben apreciar las pruebas rendidas, por lo que rige, a este respecto, el sistema de la “sana crítica” establecido en el art. 384 del C.P.C.C. que, en breve síntesis, implica que el judicante tiene amplio margen para evaluar el grado de convicción de las mismas, aunque respetando las reglas de la lógica y de la experiencia.

Y ello sin perjuicio de las dificultades que, en el marco de los procesos de anulación, suelen presentarse cuando se pretende la revocación de actos dictados en ejercicio de actividades discrecionales o arguyéndose que ha existido un desvío de poder¹²⁴.

¹¹⁷ Safi, Leandro K., *La prueba...*, ob. cit., pág. 1267.

¹¹⁸ Argañarás, Manuel J., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Ed. Lex, La Plata, 1988, pág. 321.

¹¹⁹ Bielsa, Rafael, *Sobre...*, ob. cit., pág. 250. En similar sentido, ver Fiorini, Bartolomé, *Qué es...*, ob. cit., pág. 282.

¹²⁰ En efecto, en la causa B. 49.529, *Hercam S.A.*, res. 23-IV-2003, el Dr. de Lázzari explicó que la diferencia entre ambos vocablos era “diáfana”, en virtud de que “esclarecer la verdad (...) importa integrar o complementar el material ya obrante en la causa”, mientras que “averiguar (...) es algo más: consiste en obtener lo que sea necesario aun careciendo de todo soporte antecedente”. Consecuentemente, la Suprema Corte Provincial se ha apartado de las pautas tradicionales, que estiman que las medidas para mejor proveer deben completar el acervo probatorio, pero nunca producirlo en su integridad. En efecto, en el precedente mencionado, la mayoría de la Suprema Corte convalidó la posibilidad de ordenar, como medida para mejor proveer, una pericia a fin de determinar si estaban reunidos los recaudos para reconocer gastos improductivos como consecuencia de la paralización de una obra pública, a pesar de que el interesado no había ofrecido ninguna prueba sobre el particular.

¹²¹ Causa B. 53.581, *Corvin S.A.-Sorsa S.A.*, sent. 22-XII-1998, con cita de Bielsa y Argañarás.

¹²² Causa B. 49.529, *Hercam S.A.*, res. 23-IV-2003, antes citada. Ver también causa B. 63.050, *V., F. A.*, res. 6-IX-2006, a propósito de una pericial médica fundamental para resolver un beneficio previsional.

¹²³ Conf. Hutchinson, Tomás, *Código...*, ob. cit., pág. 255. En contra Mertehtikian, Eduardo, *La prueba...*, ob. cit., págs. 56/8.

¹²⁴ Ampliar en Villafañe, Homero M.-Tribiño, Guillermo C., *La prueba...*, ob. cit.

7. Sentencia y costas

7.1. Sentencia definitiva

7.1.a.) Concepto

Siguiendo a Falcón, podemos definir a la sentencia definitiva como un acto de autoridad emanada de un magistrado en ejercicio de la jurisdicción, emitida mediante un juicio, en un proceso, que declara los derechos de las partes y que puede condenar y absolver en todo o en parte, o constituir nuevos estados jurídicos poniendo fin a la etapa declarativa del proceso¹²⁵.

7.1.b.) Forma y plazo para su dictado

El C.P.C.A. contempla lo atinente a la sentencia definitiva en los artículos 49 y 50. La breve regulación se justifica en tanto el primero de estos preceptos, tras fijar un plazo de 60 días para dictar dicho acto procesal -contados a partir de que la providencia de autos quede firme¹²⁶- efectúa una remisión a las normas del C.P.C.C.¹²⁷ en relación a los requisitos formales establecidos para su dictado; razón por la cual en materia contencioso administrativa resulta aplicable lo normado en el art. 163 de tal ordenamiento¹²⁸.

El C.P.C.A. también contempla, para los procesos especiales, lapsos más breves que el contenido en el art. 49¹²⁹. Por otra parte, en el art. 59 inc. 2° se establece un término de 30 días para el dictado de las sentencias de las cámaras de apelaciones.

Resulta llamativo que para la emisión de las resoluciones de segunda instancia, se haya establecido un plazo más exiguo en relación al consagrado para las sentencias de grado, ya que al ser la Cámara un órgano colegiado la formación de la decisión conlleva un proceso de estudio -y, en su caso, de elaboración del voto- por cada magistrado, siendo a priori más complejo -al menos en ese aspecto- que el dictado de sentencias por parte de un órgano unipersonal¹³⁰.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en virtud de lo normado por el art. 58 del C.P.C.A., al interponerse un recurso de apelación las Cámaras deben efectuar primeramente un análisis separado de su admisibilidad, mediante resolución fundada. Podría entonces suponerse que el legislador tuvo en miras esta circunstancia al momento de fijar el plazo del art. 59 inc. 2, toda vez que los 30 días comienzan a correr desde el dictado de dicha resolución; lo cual implica que en la práctica, el término transcurrido desde que las actuaciones arriban al órgano revisor hasta que éste se pronuncia sobre el fondo del recurso, puede terminar siendo más extenso que el previsto para el dictado de la sentencia de primera instancia.

7.1.c.) Contenido

El art. 50 del C.P.C.A. regula exclusivamente el contenido de la sentencia que hace lugar a la pretensión, pasando por alto la lógica posibilidad de que la misma sea rechazada.

Asimismo, la enumeración allí efectuada resulta sobreabundante a la vez que defectuosa. Es sobreabundante dado que reitera casi en su totalidad el contenido del art. 12 del C.P.C.A. en materia de pretensiones que pueden articularse en el proceso contencioso, adoptando una técnica criticable en tanto es obvio que en la sentencia el magistrado debe pronunciarse sólo respecto de lo pretendido¹³¹.

¹²⁵ Falcón, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, T. III, pág. 535.

¹²⁶ El llamamiento de autos, de ordinario, se produce luego de presentados los alegatos, tal como surge del art. 48 del C.P.C.A. Asimismo, y a falta de disposición especial sobre su notificación, de acuerdo al principio general que emana del art. 133 del C.P.C.C., esta providencia se comunica por nota, salvo en los supuestos en los cuales interviene el Fiscal de Estado, a tenor de lo establecido en los arts. 27 inc. 9, 28 y 52 del decreto ley 7543/69.

¹²⁷ La remisión efectuada por el artículo 49 *in fine* del C.P.C.A. es superflua, dado que ya el art. 77 de dicho cuerpo normativo prevé un reenvío general a las disposiciones del C.P.C.C. para todas aquellas situaciones no previstas.

¹²⁸ En cuanto a la estructura y requisitos de la sentencia definitiva, la misma se compone de tres partes esenciales relativas al contenido, sin perjuicio de otros aspectos formales, relativos a los requisitos de redacción exigidos por el art. 163 del C.P.C.C., tales como lugar, fecha, firma del juez, etc. Las tres partes esenciales son los resultandos, los considerandos, y la parte dispositiva o sentencia propiamente dicha; para cuyo estudio propiciamos la lectura de Falcón Enrique M., *Tratado...*, ob. cit., T. III, pág. 538 y sigs.

¹²⁹ Así, se prevé un plazo de 30 días para el dictado de la sentencia en los procesos sumario de ilegitimidad (art. 69 inc. 7) y de impugnación de sanciones en materia de empleo público, pudiéndose destacar que este lapso más breve coincide con el previsto por el art. 494 del C.P.C.C. para el proceso sumario. No se entiende, entonces, por qué en esta materia el codificador al regular el trámite ordinario se apartó del régimen procesal civil y otorgó un período más extenso para el dictado de la sentencia definitiva (comparar art. 49 del C.P.C.A. y art. 34 inc. 3, ap. "c" del C.P.C.C.).

¹³⁰ Obsérvese que, siguiendo la lógica que esbozamos en el texto, los arts. 34 inc. 3 c), 494 y 496 del C.P.C.C. siempre prevén un plazo mayor para el dictado de sentencias por parte de tribunales colegiados.

¹³¹ Y ello por derivación del principio de congruencia, que consiste en la relación inmediata necesaria que debe existir entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el juez. La incongruencia se produce por juzgar más allá de lo pedido (*ultra petito*), fuera de lo solicitado (*extra petito*), o por omisión de resolver cuestiones planteadas (*citra petito*), pero no por otorgar menos de lo solicitado (*infra petito*). Ver por todos, Falcón, Enrique M., *Tratado...*, ob. cit., T. III, pág. 565 y sigs.

Por otro lado, es defectuosa porque no sólo omite mencionar la posibilidad de que se libre orden judicial de pronto despacho –prevista en el art. 12 inc. 6 del C.P.C.A.–, sino que además genera confusión al mencionar autónomamente la declaración de inconstitucionalidad de normas o actos impugnados en el proceso, cuando en realidad tal manifestación en el fuero contencioso administrativo debe ser accesoria de otra pretensión¹³², pudiendo ser autónoma únicamente en el supuesto de la acción originaria de inconstitucionalidad entablada originariamente ante la Suprema Corte local (arts. 683 y sigts. del C.P.C.C.).

Por todo ello, consideramos que el art. 50 del C.P.C.A. podría suprimirse con provecho.

7.2. Costas

7.2.a.) Concepto

Si bien durante la sustanciación del proceso cada litigante va satisfaciendo los gastos que de él se derivan, conforme lo normado por el art. 163 inc. 5° y 8° del C.P.C.C. toda sentencia interlocutoria y definitiva deberá contener el pronunciamiento sobre el pago de las costas, las cuales constituyen las erogaciones o desembolsos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la tramitación del proceso y dentro de él¹³³.

Y es que, como con agudeza remarcaba Carnelutti, resulta “una verdad manifiesta que el proceso, lo mismo que la curación de una enfermedad, tiene junto a su rendimiento su coste”¹³⁴, ante lo cual resulta fundamental que el legislador se pronuncie en relación a cómo habrán de distribuirse esos gastos entre los litigantes.

Sin embargo, esta carga no es equivalente en términos monetarios a la totalidad del costo de la prestación del servicio de justicia, ya que existen varios gastos que son internalizados por el Estado al no integrar las costas del proceso (v. gr., salarios de los agentes judiciales, mantenimiento edilicio, compra de elementos necesarios para administrar justicia, etc.), en virtud de encontrarse en cabeza de aquel la prestación de dicho servicio¹³⁵.

7.2.b.) Fundamento

A pesar de que se han esbozado diversos criterios con relación al fundamento de la condena en costas¹³⁶, el que mayor recepción ha tenido en el derecho procesal argentino –bajo la influencia de Chiovenda– fue el criterio del principio objetivo de la derrota.

Según esta posición doctrinaria, la condena en costas se determina por el simple hecho de la derrota, descartando toda circunstancia subjetiva, es decir, sin tener en consideración la existencia o inexistencia de culpa, mala o buena fe, ejercicio abusivo del derecho, etc.¹³⁷.

¹³² El Código Varela nada decía en relación a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas y actos en el proceso contencioso. Empero, históricamente la Suprema Corte bonaerense sostuvo que en los juicios contencioso-administrativos sólo podía ser cuestionada la conformidad de un acto administrativo con normas legales o reglamentarias, pero no alegando la inconstitucionalidad de la ley que le da sustento.

La aludida interpretación fue severamente cuestionada, ya que implicaba dejar de lado el principio según el cual el control de constitucionalidad en nuestro país es difuso. La vía originaria de control de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte provincial es directa, y tiene una finalidad esencialmente preventiva, que no desplaza ni obstaculiza la obligación que tienen todos los tribunales provinciales (incluida la Suprema Corte cuando ejercía su competencia contencioso-administrativa originaria y exclusiva) de examinar por vía indirecta la constitucionalidad de las disposiciones que deben aplicar en las causas que se tramitan ante sus estrados (Conf. Tribiño, Carlos R.-Perrino, Pablo E., *La justicia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires*, Ed. Depalma, 1995, págs. 107 y sigts.).

Esta hermenéutica del Máximo Tribunal local subsistió hasta el año 1998, en donde cambió el criterio a partir de las causas B. 51.686, *Cebitronic S.A.* y B. 53.450, *Molinos Río de la Plata S.A.* De tal modo, el nuevo C.P.C.A., a través de sus arts. 3 y 50 inc. 4 reaccionó enfáticamente frente a esa antigua doctrina de la Suprema Corte, zanjando todo resabio de duda sobre el particular.

¹³³ Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, núm. 311, T. III, pág. 363, ejemplificando con el sellado de actuación, el impuesto de justicia, los honorarios de los abogados y procuradores o de los peritos, etc.

¹³⁴ Citado por Hutchinson, Tomás, *Código Procesal Contencioso Administrativo Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado. Jurisprudencia*, Ed. Scotti, La Plata, 2005, pág. 276.

¹³⁵ Casás Faiden, Laureano M., *Régimen de costas y honorarios en el proceso contencioso administrativo bonaerense*, en A.A.V.V. *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La justicia administrativa*, de Isabella, Diego P. (Dtor.), Ed. Rap, Buenos Aires, 2010, T. II, pág. 290. En similar sentido, ver Gozaíni, Osvaldo A., *Costas procesales*, Ed. Ediar, Bs. As., 2ª ed., 1998, págs. 16/7.

¹³⁶ Así Gozaíni recuerda que antiguamente se sostuvieron tanto teorías subjetivas (vgr. de la culpa) como objetivas (vgr. del riesgo), en donde las primeras intentan destacar el carácter civil de la condena, responsabilizando la conducta negligente o culposa que debe presumirse en el perdidoso. Las teorías objetivas, por su lado, prescinden de factores subjetivos para determinar la imposición de los gastos. Es por ello que, por ejemplo, quienes adhieren a la teoría del riesgo consideran que todo proceso supone la asunción de riesgos basados en el presupuesto de la generación necesaria de gastos inherentes al mismo, los que deberán ser afrontados por quien resulte vencido en él (*Costas procesales*, ob. cit., pág. 26 y sigts.).

¹³⁷ Ver por todos Gozaíni, Osvaldo A., *Costas...*, ob. cit., pág. 31.

La tesis de Chioyenda parte de la base de impedir, en lo posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia, haciendo hincapié en la necesidad de resguardar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora, ya que, en caso contrario, los gastos realizados para obtener ese reconocimiento se traducirían, en definitiva, en una disminución del derecho judicialmente declarado¹³⁸.

Este principio, empero, no es absoluto, pues suelen establecerse excepciones, al facultarse al juzgador a imponer las costas en el orden causado e, incluso, a la parte vencedora.

Y, es más, este modelo no sólo no es universalmente aceptado¹³⁹, sino que también ha tenido importantes excepciones a nivel vernáculo, como luego veremos.

A manera de síntesis, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que los sistemas previstos para la imposición de costas reconocen tres variables principales: i) el que propugna que cada litigante pague las suyas; ii) el que propone que el vencido las pague todas (modelo chioyendano); iii) el intermedio, que considera que, en principio, las debe satisfacer el vencido aunque contemplando morigeraciones en su aplicación, tanto por disposición de la ley como al conferir a tal efecto atribuciones a los jueces. Y todo ello sin perjuicio de destacar que por principio, las regulaciones adjetivas provinciales han seguido el tercer modelo¹⁴⁰.

7.2.c.) Régimen del C.P.C.C.

Ya hemos adelantado que nuestro régimen procesal civil recepta el principio objetivo de la derrota, estableciendo que las costas se imponen como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, los cuales deben ser reembolsados por el vencido, con prescindencia de su buena o mala fe. En efecto, el art. 68, 1° párr., del C.P.C.C. establece que “La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado”.

Sin embargo, el hecho de la derrota no es siempre determinante a estos efectos. Prueba de ello es que el segundo párrafo del citado artículo otorga un margen de suficiente libertad al magistrado con el fin de resguardar la equidad de la decisión, facultándolo a eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad.

Ejemplos típicos en los que se utiliza esta facultad la constituyen el cambio de la jurisprudencia imperante durante el desarrollo del proceso, o cuando se debaten cuestiones novedosas o de marcada complejidad¹⁴¹.

Un esquema muy similar rige para los incidentes (art. 69 del C.P.C.C.), mientras que los arts. 70 y sigts. de dicho cuerpo normativo prevén cómo deben distribuirse las costas en supuestos especiales¹⁴².

7.2.d.) Sistema en el proceso contencioso Administrativo

7.2.d-i) Ley 2.961 (Código Varela)

La ley 2.961 establecía en su artículo 17 que “La Suprema Corte, como tribunal de lo contencioso-administrativo, al fallar, en definitiva, sobre el fondo de la causa, y al resolver sobre los incidentes que se promoviesen, impondrá las costas a la parte que sostuviese su acción en el juicio, o promoviese los incidentes, con notoria temeridad”.

De lo expuesto se desprende que como regla general –y a diferencia del C.P.C.C.- el Código Varela distribuía las costas en el orden causado, es decir, que cada parte debía soportar los gastos derivados de su actuación en el proceso. Sólo excepcionalmente, imponía su pago a los litigantes que sostuvieran posturas temerarias.

En un pasaje de la nota al art. 17 el codificador justifica la regulación señalando que “En lo contencioso-administrativo, esta disposición es tanto más necesaria cuanto que, en muchas ocasiones, no se promoverían los juicios por temor de que los gastos excediesen el importe del pleito”.

Se aprecia que la imposición de las costas por su orden implicaba un modo de alentar la promoción de demandas de los particulares, poniéndose en la piel de un litigante cauteloso que quizás no hubiera promovido el pleito por temor a tener que afrontar importantes gastos en caso de perderlo.

¹³⁸ Conf. Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., núm. 312, T. III, págs. 367/8.

¹³⁹ Así Falcón, Enrique M., *Tratado...*, ob. cit., T. III, págs. 622/3, destaca que el sistema anglosajón, a diferencia del continental europeo, la regla general es que cada uno paga lo suyo, con independencia del resultado del proceso.

¹⁴⁰ Causa Q. 71.091, *Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Agroservicios Pampeanos S.A. y otros*, sent. del 2-X-2013.

¹⁴¹ Ver, al respecto, Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., núm. 313, T. III, págs. 373/4.

¹⁴² Referidos a los supuestos de allanamiento, vencimiento parcial y mutuo, pluspetición inexcusable, conciliación, transacción, desistimiento y declaración de nulidad del proceso.

7.2.d-ii). Esquema del C.P.C.A. (según ley 13.101)

El texto del C.P.C.A. que en definitiva rigió en reemplazo del Código Varela (art. 51, según la redacción de la ley 13.101) autorizaba la imposición de costas al vencido únicamente en los procesos de ejecución tributaria o cuando la parte vencida hubiese actuado con notoria temeridad o malicia.

Tal precepto implicó, en esencia, la continuidad del centenario sistema establecido por la ley 2.961, al disponer como regla general, que el pago de las costas debía ser soportado en el orden causado.

El régimen motivó algunas críticas e, incluso, se dudó sobre su constitucionalidad con base en la supuesta infracción a la garantía de acceso irrestricto a la justicia¹⁴³, partiéndose de una hipótesis opuesta a la pensada por Varela, esto es, la del litigante ganador que, de todos modos, debía correr con parte de los gastos del proceso.

Empero, la Suprema Corte bonaerense –tanto durante la vigencia del Código Varela como al comenzar a regir el C.P.C.A.- avaló reiteradamente este esquema, apuntando que resulta una cuestión de política legislativa elegir el criterio de distribución de los gastos causídicos, en donde por “sobre la opinión personal de los jueces, prevalece el criterio razonable del legislador”¹⁴⁴, sin que sea indispensable que en todos los casos aquellas se impongan al vencido¹⁴⁵.

Dicho Alto Tribunal estimó, además, que no se advierte infracción a la igualdad, dado que el esquema se aplica tanto a los particulares como a la Administración¹⁴⁶. Asimismo, indicó que tampoco se perjudica a las personas con escasos recursos económicos, quienes cuentan con diversos remedios para granjearse el acceso a la jurisdicción¹⁴⁷.

Este ha sido también el criterio de los comentaristas del régimen, al expresar, con buen tino, que no constituye un principio constitucional el derecho del ganancioso de salir incólume del proceso¹⁴⁸.

Por similares aguas ha navegado la Corte Suprema nacional al convalidar la distribución de costas por su orden establecida –sin ninguna excepción- por el art. 21 de la ley 24.463 de solidaridad previsional¹⁴⁹.

Sentado lo que antecede, resulta fundamental aprehender el alcance de las excepciones del régimen en cuestión, que permitan al juez ordenar el pago de los gastos causídicos de acuerdo a las reglas establecidas por el C.P.C.C., esto es, imponiéndoselas al perdedor.

Un primer supuesto acontecía en las ejecuciones tributarias (art. 51, inc. 2, ap. “a” C.P.C.A., texto según ley 13.101), lo cual significaba una ventaja para el Estado, normalmente vencedor en esos pleitos. Dicha regulación se justificaba para desalentar la morosidad tributaria al agravar la situación del deudor recalcitrante del Fisco provincial¹⁵⁰. Asimismo, tal disposición se encontraba en sintonía con los restantes procesos de apremio que, al no relacionarse con tributos provinciales, tramitan por ante el fuero civil y comercial¹⁵¹.

Dejando de lado dicho supuesto, existía consenso en que el principio de distribución de costas por su orden –y más allá de que el art. 51 del C.P.C.A. está inserto en el primer título, dedicado al proceso

¹⁴³ Ver, por ej., Mainetti, Natalia, *El comienzo deseado: la nueva justicia administrativa se hace oír. A propósito del caso "Savoretti"*, La Ley 2004-D, pág. 675.

¹⁴⁴ Causa B. 48.922, *Igartúa*, Ac. y Sent. 1984-I-241; y en similar sentido, causa A. 68.850, *Saravia*, sent. 18-III-2009.

¹⁴⁵ Causa A. 68.418, *Asenjo*, sent. 15-IV-2009 y A. 71.152, *Formoso*, sent. 12-IX-2012.

¹⁴⁶ Causa B. 48.569, *Miner*, sent. 28-XII-1982, Ac. y Sent. 1982-II-726. Ver también causas A. 68.850, *Saravia*, sent. 18-III-2009 y A. 71.152, *Formoso*, sent. 12-IX-2012. Y ello sin perjuicio de que, como se ha apuntado con acierto, la Administración se encuentra en una posición más cómoda en este sistema, al contar con un cuerpo estable de abogados que cuentan con una retribución fija, no regulándoseles honorarios sino cuando la contraria es condenada en costas (Casás Faiden, Laureano M., *Régimen de costas...*, ob. cit., T. II, pág. 295).

¹⁴⁷ Causa B. 48.922, *Igartúa*, Ac. y Sent. 1984-I-241.

¹⁴⁸ Conf. Hutchinson, Tomás, *Código Procesal...*, ob. cit., págs. 277/8 quien, a pesar de estar en desacuerdo con el régimen, expresa con elocuencia que “entre el desagrado y la inconstitucionalidad no hay ninguna relación”. Ver también Casás Faiden, Laureano M., *Régimen de costas...*, ob. cit., T. II, pág. 301/2 y Cassagne, Juan C.-Perrino, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2006, págs. 370/1.

¹⁴⁹ Fallos: 333:71 y 78; 331:1873 y sus citas, entre muchísimos otros.

¹⁵⁰ Conf. Hutchinson, Tomás, *Código Procesal...*, ob. cit., pág. 279. Es interesante apuntar, sin embargo, que la Suprema Corte provincial, en un meduloso fallo, ha reputado inconstitucional la disposición del último párrafo del art. 13 del Código Fiscal en cuanto prevé que en todos los casos en que el contribuyente solicite la sustitución de una medida cautelar dispuesta a pedido del Fisco “las costas serán a su cargo”. Al respecto, se entendió irrazonable una previsión “que estableciera que las costas de una incidencia, en la totalidad de los casos –fuere cual fuere su resultado, existiere o no contradicción previa a su resolución y sin reparar en el comportamiento de las partes- debiera ser soportada por una de ellas” (causa A. 71.091, *Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Agroservicios Pampeanos S.A.*, sent. 2-X-2013).

¹⁵¹ Arg. art. 2 inc. 8 del C.P.C.A., y normativa concordante. Es dable destacar que la percepción de dichos conceptos se regía por el decreto ley 9122/78 que, en lo que aquí interesa, no modificaba el régimen del art. 68, primera parte, del C.P.C.C. En el mismo sentido, el art. 25 de la ley 13.406 de apremio, actualmente vigente, prevé que este último cuerpo normativo será de aplicación supletoria.

ordinario- regía para todos los pleitos que tramitaban bajo las reglas de aquel cuerpo normativo¹⁵² e, incluso, para el amparo por mora¹⁵³.

A la inversa, en los procesos que, a pesar de tramitar por ante el fuero contencioso administrativo, contaban con regulaciones específicas en esta materia, no se aplicaba el esquema del art. 51 del C.P.C.A.¹⁵⁴

Por otro lado, ya vimos que en la sistemática de la ley 13.101 –y siguiendo en sustancia la lógica del Código Varela- las costas eran impuestas al vencido que hubiera actuado con notoria temeridad o malicia.

Sobre el particular, la doctrina señala que si bien los dos conceptos recién indicados conforman conductas disvaliosas que agreden el principio de moralidad procesal, dichos comportamientos, aunque no son excluyentes entre sí¹⁵⁵, no se identifican conceptualmente¹⁵⁶.

Así, la temeridad alude a la conducta de un litigante que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamentación no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad, esto es, cuando existe conciencia de la propia sinrazón del planteo¹⁵⁷. La malicia es, en cambio, una noción más ambigua, que en general es vinculada a actitudes distorsivas de los fines del proceso, obstruyéndolo y dilatándolo¹⁵⁸.

En síntesis, mientras que la temeridad se relaciona con el contenido de las peticiones, la malicia se refiere al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales¹⁵⁹.

Se ha dicho que la regulación de marras adoptaba, entonces, un criterio de corte subjetivo¹⁶⁰. Empero, dicho régimen también tenía en cuenta un dato objetivo, pues sólo permitía imponer los gastos del pleito a la parte temeraria o maliciosa que, además, hubiera sido vencida¹⁶¹.

Sea como fuere, es importante remarcar que la temeridad y la malicia constituyen situaciones de excepción, que apuntan a castigar conductas especialmente graves y no cualquier irregularidad procesal.

En este orden de ideas, se destaca que no todo derrotado es un improbus litigador¹⁶² y que, por ende, la temeridad queda excluida de la disputabilidad de las razones, exigiéndose que la falta de fundamento de las alegaciones aparezca en una indagación elemental¹⁶³. Del mismo modo, y en relación a la malicia, se indica que es menester que la conducta exceda la simple destreza o astucia y refleje un acto de deslealtad contrario al principio de probidad que debe regir en un litigio¹⁶⁴.

Se trata, en suma, de institutos de interpretación restrictiva, ya que, en caso de duda, debe evitarse su aplicación a fin de favorecer la amplitud de la defensa¹⁶⁵. Y, si ello es así general, con mucha mayor razón debe primar un criterio prudente en el proceso contencioso administrativo, en tanto el art. 51 del C.P.C.A.

¹⁵² Conf. Cassagne, Juan C.-Perrino, Pablo E., *El nuevo proceso...*, ob. cit., pág. 372. En el mismo sentido Casás Faiden, Laureano M. (*Régimen de costas...*, ob. cit., T. II, pág. 297) quien hace hincapié en que los procesos especiales del Título II del C.P.C.A. –y salvo el amparo por mora- remiten al ordinario para toda situación no prevista.

¹⁵³ SCBA, causas B. 67.041, *Orazi*, sent. 12-IV-2006; B. 66.082, *Bergez Dillon*, sent. 19-IV-2006. Todo ello sin perjuicio de que en este proceso se califique la conducta de alguna de las partes como temeraria, tal como aconteció en la causa A. 68.914, *Larrauri*, sent. 22-XII-2008, en donde se tuvo en cuenta que la demandada había desobedecido, en forma reiterada, el mandato judicial de envío de las actuaciones administrativas.

¹⁵⁴ V.g., art. 37 ley 5.708 –expropiaciones- que también se aplica a la servidumbre de electroducto (conf. art. 35 ley 8398); art. 19 ley 13.928 (amparo), etc.

¹⁵⁵ Como explica Palacio, es frecuente que la conciencia de la injusticia de la oposición (temeridad, como luego veremos) vaya unida con el deliberado objetivo de diferir el pronunciamiento de una decisión judicial, esto es, reflejando una actitud maliciosa (*Derecho procesal...*, ob. cit., T. III, núm. 219, pág. 53).

¹⁵⁶ Ver por todos, Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2ª ed., 2010, pág. 79.

¹⁵⁷ Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., T. III, núm. 219, pág. 51; Arazi, Roland-Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, 2ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, T. I, pág. 196.

¹⁵⁸ Arazi, Roland-Rojas, Jorge A., *Código Procesal...*, ob. cit., T. I, pág. 197. Un caso típico de malicia estaría dado por el ofrecimiento de pruebas o interposición de recursos que demuestran propósitos dilatorios (conf. Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., T. III, núm. 219, pág. 59).

¹⁵⁹ Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., T. III, núm. 219, pág. 53; Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia...*, ob. cit., pág. 80.

¹⁶⁰ Conf. Milanta, Claudia A., *Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales*, en A.A.V.V. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, de Botassi, Carlos A. (Dtor.) Oroz, Miguel H. (Coord.), Ed. Platense, La Plata, 3ª ed., 2011, pág. 589, al señalar que las costas se imponían según el comportamiento procesal y no por el resultado objetivo del proceso.

¹⁶¹ Al respecto, cabe advertir que si bien la condición de vencido es connatural a la noción de temeridad, no siempre ello es así para el litigante malicioso, quien (independientemente de su mala fe) perfectamente puede salir airoso en el proceso. Palacio ha justificado la no imposición de una sanción al vencedor malicioso, con base en que la parte contraria tenía "en el allanamiento un medio procesal apto para evitar que aquella se produzca" (*Derecho procesal...*, ob. cit., núm. 127, T. II, pág. 253) lo cual no nos resulta del todo convincente.

¹⁶² Couture, Eduardo, citado por Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia...*, ob. cit., págs. 84/5.

¹⁶³ Carmelutti, Francesco, citado por Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia...*, ob. cit., pág. 87.

¹⁶⁴ Así Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, ob. cit., T. III, núm. 219, pág. 50 expresa que "la habilidad, e incluso la astucia, son armas lícitas dentro del funcionamiento de la contradicción procesal, ya que ésta, sin dejar de ser una tarea común de los contradictores, implica necesariamente la adopción de posturas opuestas".

¹⁶⁵ Ver por todos, Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia...*, ob. cit., págs. 91/92.

establecía –al igual que en su hora el Código Varela- que la temeridad o malicia debía resultar “notoria” a los efectos de modificar la imposición de costas por su orden¹⁶⁶.

Pues bien, y sin pretender agotar la lista de posibles situaciones que puedan encuadrar dentro de esos conceptos, señalamos que durante algún tiempo la Suprema Corte provincial reputó temerario sostener alegaciones contrarias a reiterada doctrina del Tribunal¹⁶⁷, en un criterio que luego varió a propósito de agudas reflexiones efectuadas por uno de sus integrantes¹⁶⁸. Asimismo, en otros supuestos se estimó configurada esta conducta ante el pedido de aplicar normativa derogada¹⁶⁹ o frente a alegaciones que no se correspondían con las constancias del expediente administrativo¹⁷⁰ o en virtud de una defensa de actos groseramente ilegítimos y contrarios a dictámenes obrantes en el procedimiento administrativo¹⁷¹.

Destacamos, finalmente, que la calificación de conducta temeraria o maliciosa debe realizarse al momento de dictar la sentencia definitiva, ya que únicamente en ese estadio es cuando es posible determinar cuál de las partes resulta vencida, así como efectuar la valoración integral de su comportamiento procesal¹⁷².

7.2.d-iii) Reforma de la ley 14.437

Por intermedio de la ley 14.437, publicada en enero de 2013, se ha modificado el régimen de costas previsto en el art. 51 del C.P.C.A., estableciéndose ahora que el pago de las mismas será soportado por la parte vencida, aunque estableciendo algunas excepciones que a continuación analizaremos.

El mencionado artículo, reza:

“El pago de las costas estará a cargo de la parte vencida en el proceso. Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente del pago de las costas al vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad.

Cuando la parte vencida en el proceso fuere un agente público o quien hubiera reclamado un derecho previsional, en causas en materia de empleo público o previsional, las costas le serán impuestas sólo si hubiere litigado con notoria temeridad”.

De este modo, el legislador reiteró el régimen originario del C.P.C.A. (ley 12.008)¹⁷³, el cual nunca llegó a regir en la práctica, toda vez que la ley 13.101 lo modificó antes de la puesta en marcha del fuero contencioso.

Si bien no considerábamos inconstitucional el sistema anteriormente en vigencia, la reforma efectuada nos parece apropiada, toda vez que la imposición de costas al vencido –aunada a los especiales beneficios previstos para los particulares en procesos de empleo público y previsional– representa una variable que puede fomentar el planteamiento de controversias contencioso administrativas y, con ello, propiciar un mayor control de la actividad de la Administración Pública¹⁷⁴.

¹⁶⁶ Conf. Casás Faiden, Laureano M., *Régimen de costas...*, ob. cit., T. II, pág. 296.

¹⁶⁷ Causas B. 49.365, *Falbo*, Ac. y Sent. 1985-II, pág. 109; B. 49.403, *Ibáñez*, Ac. y Sent. 1985-III, pág. 630, entre otras. Y ello salvo que, con nuevos argumentos, se traten de rebatir “con fundamentos serios” la doctrina de dicho Tribunal (ver causa B. 49.052, *Bejar*, Ac. y Sent. 1984-I, pág. 127). Esta es la tesis que sostenía Carlos Ayarragaray, si bien circunscripta al desconocimiento por parte de los litigantes de los pronunciamientos de la Corte Suprema nacional (ver su enjundioso trabajo *La doctrina de la Corte Suprema Nacional y la temeridad*, La Ley, 130, pág. 894).

¹⁶⁸ En efecto, el Dr. Ghione indicó, en la causa B. 49.886, *Barnaba*, Ac. y Sent. 1986-II, pág. 349 (ver también su voto *in re* B. 49.918, *Arago*, Ac. y Sent. 1986-II, pág. 404) que “la condición de notoria temeridad (...) no concurre ante la mera discrepancia de las partes con las posiciones jurisprudenciales vigentes. Resulta jurídica e intelectualmente ilegítimo imponer a priori a los justiciables los criterios tribunales como si fueran la ley misma y además, como si fuesen leyes claras e indiscutibles bajo sanción de tenerlos por notoriamente temerarios”. Dicho criterio, si bien fue sostenido primeramente en solitario, luego mereció la adhesión de la mayoría de la Suprema Corte (ver, por ej., causas B. 61.071, *Sinigalia*, sent. 20-IV-2005; B. 67.077, *Tau*, sent. 26-VIII-2009; B. 62.951, *Gómez*, sent. 29-XII-2009, entre otras).

¹⁶⁹ SCBA, causa B. 63.059, *Schat*, sent. 24-VIII-2005. En similar sentido, B. 48.894, *Bambikian*, DJBA 127, pág. 446, en donde también se hizo hincapié en que había un dictamen jurídico contrario a la posición sustentada por la accionada.

¹⁷⁰ SCBA, causa B. 56.675, *Lallana*, sent. 7-VI-2000.

¹⁷¹ SCBA, causa B. 50.693, *Veloso*, DJBA 154, pág. 189.

¹⁷² Conf. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal...*, ob. cit., núm 219, T. III, págs. 54/5, sin perjuicio de remarcar que en las hipótesis en las que se prevén sanciones por inconducta procesal específica (v.g. art. 29 del C.P.C.C. ante una recusación maliciosa) es posible su aplicación inmediatamente después de cumplido el acto en cuestión.

¹⁷³ Y que había recibido elogios por parte de la doctrina especializada. Ver, por ejemplo, Casás Faiden, *Régimen de costas...*, ob. cit., T. II, págs. 294/5, y Hutchinson, Tomás, *Código Procesal...*, ob. cit., págs. 276/7.

¹⁷⁴ Sin perjuicio de ello, en los grandilocuentes fundamentos de la ley 14.437 se sostuvo que el art. 51 de la ley 13.101, además de ser una disposición injusta e inconveniente, era abiertamente inconstitucional, y exponía a la Provincia a incurrir en responsabilidad internacional. Ello así, toda vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Carcazo vs. Venezuela, expresó que “Las costas y gastos deben entenderse comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana”. En los fundamentos también se agregaba que la disposición desalentaba litigar en justos reclamos, muchas veces por el temor a los costos, por lo cual se terminaba configurando un supuesto de denegación de justicia, violentándose el art. 18 de la Constitución Nacional y los artículos 10 y 15 de la Constitución Provincial.

El nuevo texto adopta para el fuero contencioso una línea similar a la del art. 68, 2° párrafo, del C.P.C.C., al prever la posibilidad de que el juez exima total o parcialmente del pago de las costas al vencido, siempre que encontrare mérito para ello.

Estimamos provechoso que el C.P.C.A. otorgue esta facultad al magistrado, toda vez que la misma opera como una herramienta tendiente a asegurar la primacía del valor justicia, ante circunstancias particulares que acaezcan en el marco del proceso y tornen inequitativa la mecánica imposición de costas al vencido.

El apartado 2° del artículo bajo análisis consagra otra excepción de suma trascendencia, al establecer que cuando la parte vencida en el proceso fuere un agente público o quien hubiera reclamado un derecho previsional, las costas le serán impuestas sólo si hubiere litigado con notoria temeridad.

De tal forma, si dichos sujetos triunfan en el pleito en principio el contrario cargará con la totalidad de las costas; mientras que si son derrotados, la distribución, también por regla, será en el orden causado.

Esta regulación tuitiva está en línea con otras disposiciones que benefician tanto a los empleados públicos como a quienes reclaman un derecho previsional, en virtud de ser considerados grupos vulnerables que merecen una protección diferencial¹⁷⁵.

Además, cabe poner de resalto que estos últimos gozan del beneficio de litigar sin gastos automático previsto por la ley 12.200¹⁷⁶, por lo cual si bien las costas podrán serles excepcionalmente impuestas si hubieren litigado con notoria temeridad, a los efectos de lograr su efectiva percepción deberá todavía demostrarse que poseen los medios económicos suficientes para afrontar su pago de conformidad a las pautas generales que rigen el mencionado instituto¹⁷⁷.

Por último, deseamos remarcar que por intermedio de la eliminación del término “malicia” el legislador ha retornado a la línea del Código Varela, limitando el reproche exclusivamente a la actitud temeraria, la cual ha de ser evaluada de conformidad a las pautas que antes analizamos.

Esta supresión nos parece desafortunada, toda vez que pareciera tolerarse el despliegue de actitudes tendientes a la obstrucción y dilación del proceso, lo cual implica un retroceso en relación al régimen de la ley 13.101. Sin embargo, aún podría sancionarse la actitud maliciosa del vencido mediante la aplicación supletoria del art. 45 del C.P.C.C., que faculta al juez a imponer una multa a la parte vencida y/o a su letrado patrocinante en aquellas circunstancias¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Fundamentalmente, el *in dubio pro operari* establecido en el art. 39 inciso 3° de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; las reglas especiales de competencia establecidas en los incisos a) y b) del art. 5 del C.P.C.A.; la mera caución juratoria exigida por el inciso 3° del art. 24 del C.P.C.A.; y el proceso especial para impugnar sanciones de empleo público contemplado en los arts. 71 a 73 del C.P.C.A.

¹⁷⁶ Ver al respecto, Cabral, Pablo O., *El régimen de las costas del juicio en el proceso administrativo bonaerense en materia de empleo público*, en A.A.V.V. *Código Procesal...*, de Isabella, Diego P. (Dtor.), ob. cit., T. II, págs. 313 y sigts.

¹⁷⁷ Con una opinión disímil, se ha dicho que “estando garantizada para esa clase de asuntos la gratuidad, legal y constitucionalmente, para el titular de una situación jurídica derivada de una relación de empleo o una cuestión previsional nos da la impresión que el juicio llevado adelante debe ser sin costas, porque relevar de su pago se refiere a todas las costas, incluidas las propias” (Oroz, Miguel H., *El nuevo régimen de costas en el proceso administrativo bonaerense*, Abeledo Perrot on line N° AP/DOC/1581/2013). Dicha interpretación se aparta de la letra de la ley, así como del criterio sentado por la Suprema Corte bonaerense sobre el particular, según la cual “el beneficio de gratuidad previsto en el art. 22 de la ley 11.653 (conf. asimismo, ley 12.200) no impide la imposición de los gastos causídicos al vencido, ya que sus efectos sólo se proyectan de pleno derecho como una eximente de pago hasta que se mejore de fortuna” (causas C. 106.485, *Fernández de Balbiano*; y C 106.827, *Valiño de Segura*, ambas del 11-V-2011). En el mismo sentido, se indicó que “el beneficio de gratuidad de que goza el trabajador público –beneficio de litigar sin gastos de puro derecho– (arts. 1 y 2 de la ley 12.200) implica que estará exento del pago de costas hasta que mejore de fortuna y, si venciera en el pleito, deberá pagar las causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba, ello por todo concepto” (causas A. 68.418, *Asenjo*, sent. del 15-IV-2009; A. 71.152, *Formoso*, sent. del 12-IX-2012; B. 60.505, *Barbalarga*, sent. del 21-VIII-2013, entre otros).

¹⁷⁸ Y, en su caso, aún a la parte vencedora, pues el art. 34 inc. 5 “d” del C.P.C.C. que atribuye a los jueces una potestad genérica para sancionar cualquier actitud reñida con la buena fe (Conf. Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia...*, ob. cit., pág. 95).

8. Recursos previstos en el Código Procesal Administrativo y en el Código Procesal Civil y Comercial

8.1.a) Introducción

Los recursos tienen por finalidad evitar la posibilidad que un error judicial ocasione un agravio al particular. De esta forma se busca garantizar una correcta administración de justicia, como así unificar la jurisprudencia. Es además el medio idóneo para impedir que una providencia produzca sus efectos, como así de fiscalizar la equidad de los pronunciamientos jurisdiccionales y el cumplimiento por parte de éstos de las normas jurídicas vigentes.

El llamado derecho a impugnar el fallo, viene a ser en definitiva, la atribución comprendida en la potestad de acción y contradicción, de lograr ante un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al que lo pronunció y en algunos casos ante el mismo juez, un re examen del foco litigioso que ha sido objeto del pronunciamiento.¹⁷⁹

Ahora bien, en cuanto al proceso de impugnación de las decisiones judiciales, debemos tener en cuenta que luego de dictarse una resolución por el órgano jurisdiccional, puede suceder que la misma sea atacada o no por quien no vea satisfecha su pretensión. Por ello, en el supuesto que surjan dudas sobre si esta decisión constituye el mejor resultado que podría obtenerse, los distintos ordenamientos admiten la posibilidad de la impugnación de los resultados de un pleito.

La impugnación procesal, que recibe el nombre de recurso, consiste en la depuración del resultado de un proceso, en la circunstancia de volver a trabajar sobre la materia procesal, ya decidida, para que su nuevo curso permita depurar la exactitud o inexactitud de las conclusiones procesales primeramente obtenidas.¹⁸⁰ En idéntico sentido Couture sostuvo que la palabra recurso significa regreso al punto de partida. Es un correr de nuevo el camino andado. La palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se re-corre el proceso.

Por ello, muchas veces se suele decir, que los recursos dan lugar a un nuevo objeto dentro del proceso, el que se encuentra definido por una finalidad específica, que es la impugnación, ya que por más que en ciertas ocasiones se refiera a las mismas cuestiones planteadas en el proceso en que se dictó la decisión atacada, las mismas aparecen desde una nueva perspectiva.

Para recurrir debe siempre existir agravio, y éste está unido a la noción del vencido. Por ello algunos autores opinan que sufre un gravamen, el justiciable que recibe un perjuicio con la decisión judicial, esto es, cuando ha quedado en una situación más desfavorable de la que tenía con anterioridad al fallo y ello sucede si se le ha repelido algún pedimento o si se le ha hecho lugar al del adversario.

A pesar que resulta imposible efectuar una clasificación integrativa de todos los recursos existentes, dado que todos los ordenamientos establecen distintos medios recursivos, los mismos se acomodan a las circunstancias contingentes. Debido a ello podemos establecer diferentes clases de recursos de acuerdo a los requisitos que se tengan en cuenta para su clasificación.

Así, por ejemplo, algunos autores han puntualizado la diferencia entre “medios de impugnación” y “recursos”, los primeros son resueltos por el mismo órgano que emitió la resolución impugnada (por ejemplo en el caso de la aclaratoria y la reposición), mientras que “recurso” es aquel que es resuelto por el órgano superior (apelación y extraordinarios).

También corrientemente se los clasifica en ordinarios, extraordinarios y excepcionales. Los primeros son aquellos que se dan con cierto grado de normalidad dentro de las leyes rituales, por lo que son admitidos con facilidad, sin exigirseles causales específicas, dándole al órgano que los resuelve grandes poderes. Los extraordinarios se configuran de un modo más particular y limitado ya que se exigen motivos especiales. Por su parte los excepcionales son los que van generalmente contra las sentencias firmes (por ejemplo el Recurso de Revisión).

En tal sentido el código procesal administrativo no sólo consagra la posibilidad de impugnar las decisiones de los jueces contencioso administrativo, sino también las decisiones de las Cámaras de Apelaciones, generándose entonces una doble instancia de juzgamiento, pudiendo además el particular acceder a la vía extraordinaria tanto en el orden provincial como federal.

¹⁷⁹ Hitters, Juan Carlos *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*, Librería Editora Platense, 1984, pág. 138.

¹⁸⁰ Guasp, Jaime *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1961 págs. 1323/1324.

8.1.b) El sistema recursivo en el nuevo proceso administrativo

La organización del fuero contencioso administrativo sufrió distintos cambios y ello generó que el sistema recursivo siguiera la suerte de estas modificaciones. El texto original de la ley 12.008 preveía el sistema de la doble instancia compuesto como se dijera por tribunales colegiados regionales y un tribunal de Casación con sede en la ciudad de La Plata y como consecuencia de esta estructura los recursos que podían deducirse eran los de aclaratoria y reposición (arts. 52 y 53 de la Ley 12.008) y un recurso de casación que permitía la impugnación no sólo de las sentencias definitivas, sino también las providencias que declaren la inadmisibilidad de la pretensión, las recaídas en la ejecución de sentencias, siempre que contradigan lo ejecutoriado, las que decidan sobre las medidas cautelares y finalmente sobre todas las que, aun recayendo sobre una cuestión incidental, terminen el litigio o hagan imposible su continuación. (arts. 54 a 56 de la Ley 12.008).

Asimismo en cuanto a los recursos contra las sentencias definitivas del Tribunal de Casación, el artículo 60 de la ley 12008, establecía que procederán los recursos extraordinarios previstos en el artículo 161 de la Constitución Provincial. En el supuesto que se impugnen resoluciones del Tribunal de Cuentas, contra las decisiones del Tribunal de Casación procederían los recursos de Aclaratoria (art. 52), Reposición (art. 53) y Extraordinarios (art. 60) y un recurso de nulidad por los fundamentos previstos en el artículo 55 inciso 3ro.

La ley 12.310 al modificar la ley del fuero y suprimir el Tribunal de Casación, no sólo crea las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, sino que además adapta el proceso de impugnación a la nueva organización que se establece, modificando de esta forma el sistema recursivo previsto en la ley 12.008, a su vez la ley 13.101 al crear los juzgados de 1ª. Instancia en lo contencioso administrativo genera una nueva modificación del sistema recursivo.

De esta forma se prescinde del recurso de reconsideración, previsto en el art. 54 de la ley 12.310, el que procedía contra las providencias simples o sentencias interlocutorias del juez de trámite que causaran un gravamen que no pueda ser reparado en la sentencia definitiva.

En tal sentido el sistema recursivo vigente para cuestionar las decisiones judiciales es el siguiente: a) Recursos Ordinarios: 1) aclaratoria, 2) reposición, 3) apelación y 4) nulidad; b) Recursos Extraordinarios: 1) de inconstitucionalidad, 2) de inaplicabilidad de ley y 3) de nulidad.

8.1.b.i) Recursos ordinarios

8.1.b.i.a). Aclaratoria

El artículo 52 del CCA inserta en el rubro de los recursos a la aclaratoria, pero ello no altera su naturaleza jurídica que sigue permaneciendo en el campo de los medios de impugnación sin llegar a ser un recurso propiamente dicho, porque su tramitación y decisión se encuentran a cargo del mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución atacada.¹⁸¹ Ahora bien, puede ser que la corrección del pronunciamiento se produzca de oficio, entonces no nos encontraremos ante una vía recursiva.¹⁸²

Tiene por finalidad:

a) corregir errores materiales, es decir, se trata como los llama Carnelutti de defectos de expresión, tales como aritméticos, nombres de las partes, calidades de las mismas, de impresión, constituyen meras equivocaciones que de ninguna manera pueden asimilarse a los llamados errores in iudicando, debido a que no son fallas en el razonamiento del magistrado ni en la fijación de los hechos.

b) aclarar algún concepto ambiguo o contradictorio del fallo. Se consideran así a aquellos pronunciamientos que pueden interpretarse o entenderse de distinta manera y que son susceptibles de originar dudas o incertidumbre. Se trata de deficiencias puramente lexicográficas, terminológicas o idiomáticas que influyen en la expresión de voluntad del juez

c) suplir cualquier omisión incurrida en el tratamiento y decisión de algunas de las pretensiones planteadas y debatidas en el proceso. El mecanismo tratar de efectivizar el postulado de la congruencia, ya que se configura este supuesto cuando se ha dejado de decidir sobre asuntos oportunamente planteados en el proceso, ya sea en forma principal o accesoria. (art. 52 inciso 1) del CCA).

¹⁸¹ Hitters, Juan M. *Medios de impugnación ordinarios en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires* JA-2004-IV, suplemento del fascículo 5, página 63, noviembre 3 de 2004.

¹⁸² **El artículo 36 inciso 3° del CPCC** que resulta aplicable al proceso administrativo en forma supletoria de acuerdo a lo prescripto por el artículo 77 inciso 1° del CCA establece que: "Aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales podrán: (...) inciso 3°) Corregir algún error material o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones deducidas en el litigio, siempre que la enmienda o agregado no altere lo sustancial de la decisión, y esta no hubiese sido consentida por las partes." Por su parte **el artículo 166 inciso 1° del CPCC** puntualiza que: "Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla. Le corresponderá, sin embargo: 1°) Ejercer de oficio, antes de la notificación de la sentencia, la facultad que le otorga el artículo 36°, inciso 3). Los errores puramente numéricos podrán ser corregidos aún durante el trámite de ejecución de sentencia".

El límite de la aclaratoria está dado porque la decisión no debe alterar lo sustancial de la decisión, ni afectar la integridad ideológica de la sentencia¹⁸³, ni ampliar el espectro de causales permitidas¹⁸⁴.

Debe ser interpuesto fundadamente dentro del plazo de cinco (5) días siguientes al de la notificación de la decisión recurrida y debe ser resuelto por el mismo juez que dictó la resolución también dentro del plazo de cinco (5) días siguientes a su interposición, sin substanciación alguna. (art. 52.2)

La doctrina procesalista¹⁸⁵ considera que la aclaratoria no sólo es admisible respecto de la sentencia definitiva sino también respecto de cualquier clase de resolución judicial, incluyendo las providencias simples.¹⁸⁶ Sin embargo, el Código Procesal Contencioso Administrativo como el Código Procesal Civil y Comercial regulan la aclaratoria sólo respecto de la sentencia definitiva.

Asimismo su interposición no interrumpe el plazo para deducir el recurso de apelación, el que deberá deducirse cumpliendo los requisitos propios, ya que resulta inaceptable la aclaratoria con apelación en subsidio.¹⁸⁷

Cabe destacar que también se admite la aclaratoria respecto de una resolución de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo por aplicación supletoria del artículo 267 del Código Procesal Civil y Comercial¹⁸⁸. La sentencia que se dicte deberá reunir los recaudos del acuerdo y en su caso el voto individual.¹⁸⁹ Resulta también procedente este recurso respecto del pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁹⁰

Finalmente tampoco se admite la aclaratoria de la aclaratoria, ya que quien ya la solicitó no puede plantear una nueva si no le conforma el resultado de la primera.

8.1.b.i.b) Reposición

El presente recurso procede contra las providencias simples o interlocutorias, a fin que el órgano que las haya dictado las modifique o revoque "por contrario imperio". Se observa que este recurso en el proceso contencioso administrativo es más amplio que el previsto en el Código procesal civil y comercial¹⁹¹, ya que también alcanza a las providencias interlocutorias y no sólo a las simples.

El plazo para su interposición es idéntico al previsto para el recurso de reposición en el Código Procesal Civil y Comercial¹⁹², es decir, tres días, ya que la ley 13.101 modificó el plazo de cinco (5) días que preveía la ley 12.008.

Ahora bien, en el supuesto que la resolución se dictare en una audiencia, deberá interponerse verbalmente en el mismo acto¹⁹³. El juez resolverá sobre su admisibilidad y procedencia sin más trámite dentro de los cinco días (artículo 53.1 del CCA).

Tratándose de providencias que causen un gravamen que no pueda ser reparado en la sentencia definitiva, la reposición podrá ser acompañada del recurso de apelación en subsidio. En su defecto la

¹⁸³ SCBA, L 92944 S 27-3-2008. *Medina, Luis A. c/ Empresa Sans S.C.C. s/ Indemnización por despido*, allí ha dicho nuestro Superior Tribunal que: "No se violan los arts. 36 inc. 3 y 166 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial si el sentenciante al disponer la aclaratoria no hizo otra cosa que enmendar la equivocada expresión de su voluntad manteniendo la integridad ideológica del fallo; no lo modificó sino que corrigió la forma escrita de expresar su pensamiento poniendo de manifiesto su verdadera intención."

¹⁸⁴ SCBA, C 98635 S 9-6-2010, *Cámara, Mirta c/ Asselbon, Hugo César s/ Nulidad de escritura pública*, en el que se ha expresado: "Si bien entre lo que se denomina error material se encuentran aquellos que se producen por defecto de copia, lo cierto es que para tenerlos por configurados se estará a lo expresado en los considerandos de la sentencia o del voto del que se trate y no como en el presente caso en el que la corrección vendría a cubrir por el contrario la falta de motivación del juez de Cámara que se expidió en segundo orden."

¹⁸⁵ Hitters, Juan Carlos, *Técnica...* cit, pgs. 181/182.

¹⁸⁶ Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo *"Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires"*, Lexis Nexis, página 410.

¹⁸⁷ CC0002 AZ 51072 RSD-137-7 S 6-9-2007 "Cuando se interpone recurso de aclaratoria con apelación en subsidio - hipótesis que resulta inaceptable-, corresponde interpretar que el recurso de apelación se dedujo en forma directa, el cual será admisible en tanto reúna todos los requisitos propios de tal medio recursivo."

¹⁸⁸ Art. 267 CPCC: "...Podrá pedirse aclaratoria en el plazo de 5 días."

¹⁸⁹ SCBA, L 83609 *"Sosa, Felipe Atilio c/ Molinos Río de la Plata s/ Daños y perjuicios"*, sent 03/09/2008

¹⁹⁰ Fallos 303:241 causa *Salas de Allende Pinto, Lucila Magdalena c/ Allende Pinto, Fernando*, en la cual se expresa que: "No corresponde hacer lugar a la aclaratoria pedida si el pronunciamiento de la Corte es suficientemente claro en cuanto decide que en el caso no ha mediado cuestión federal que autorice la apertura de la instancia extraordinaria."

¹⁹¹ Art. 238 del CPCC

¹⁹² Art. 239 del CPCC

¹⁹³ En la causa B 63.806 *Estigarribia, Juan José c/ Municipalidad de Avellaneda s/ Demanda contencioso administrativa* Resolución I del 30-5-2007, la SCBA hizo lugar al recurso de reposición planteado por la demandada de lo actuado en la audiencia de absolución de posiciones, ordenando que se absuelvan las posiciones observadas. En disidencia los Dres. Hitters y Roncoroni consideraron que: "Aún dejando de lado la circunstancia de que según los términos de los artículos 377 y 409 del C.P.C.C., las resoluciones que versan sobre la producción de prueba, no admiten recurso alguno, no debe olvidarse que -conforme lo estatuye el art. 239 de dicho cuerpo normativo- cuando la decisión que causa agravio fuera dictada en audiencia, la reposición contra la misma debe interponerse verbalmente en dicho acto y no -como ocurre en la especie- por escrito presentado días después de su finalización. Por regla -salvo excepciones- las normas citadas son de aplicación supletoria a este pleito. Ello precipita la suerte del embate, atento su manifiesta inadmisibilidad."

resolución que recaiga hará ejecutoria. (art. 53. 2 del CCA). Es decir que debe tratarse de una resolución susceptible de apelación de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 del CCA.

Ahora bien, si la apelación subsidiaria fue resuelta sin que el juez de grado le confiriera previamente traslado, corresponde que el recurso se sustancie con la contraparte en primera instancia (art. 246 del CPCC).

A su vez el artículo 54 establece que en los casos en que la resolución dependiere de hechos controvertidos, el juez podrá imprimir al recurso de reposición el trámite de los incidentes. La reposición de providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que recurrió, será resuelta sin sustanciación. Si lo es contra autos dictados a pedido de la contraparte, habrá que sustanciarlo.

En cuanto a la actividad que puede estar sujeta a recurso de reposición, podemos mencionar, a modo de ejemplo, los siguientes supuestos:

- 1) La unificación de la representación cuando hubiese más de un coadyuvante (art. 10.2);
- 2) La intimación al pago previo en materia tributaria cuando no estuviese cumplido este requisito procesal (art. 19.2);
- 3) El requerimiento de los expedientes administrativos relacionados con la pretensión deducida (art. 30);
- 4) La apertura a prueba de las excepciones (art. 34.5);
- 5) La citación a la audiencia preliminar (art. 41 del CCA);
- 6) La fijación del plazo para producir las pruebas (art. 43);
- 7) El anticipo de gastos del perito (art. 461 del CPCC);
- 8) Las resoluciones sobre costas;
- 9) Lo vinculado con la ejecución de la sentencia (art. 63);
- 10) Lo vinculado a la determinación del proceso sumario de ilegitimidad (art. 68);
- 11) Lo referente a ordenar la remisión de los antecedentes en los procesos sobre impugnaciones a las resoluciones de las cajas y colegios profesionales (art. 74); etc.

En el proceso de amparo por mora, la sentencia será susceptible de reposición, y el recurso deberá ser deducido dentro de los tres días de notificada la sentencia en escrito fundado, mientras que las resoluciones que adopte el juez en el trámite del amparo por mora serán irrecurribles. (art. 76.4 in fine del CCA). Adviértase que de la regla particular (art. 76 último párrafo del CCA) no cabe extraer el principio de inapelabilidad del fallo, pues, la imprevisión normativa no implica la improcedencia del recurso. Por el contrario, el precepto específico guarda coherencia con las normas generales para predicar su admisibilidad.¹⁹⁴

También se admite la revocatoria en segunda instancia sólo contra providencias simples suscriptas por el Presidente del Tribunal (art. 268 del CPCC), y si bien jurisprudencialmente ha sido aceptada la reposición "in extremis" para aquellos casos en los que se advierte un manifiesto error en el pronunciamiento y ante la inexistencia o inoperancia de otras vías procesales para corregirlo, ello resulta una creación pretoriana a la que se ha recurrido sólo en ocasiones cuando liminarmente se advierte cierto grado de razón al planteo del afectado.¹⁹⁵

Procede también la revocatoria¹⁹⁶, de acuerdo a lo establecido en el artículo 290 del CPCC¹⁹⁷, a los efectos de atacar providencias simples e interlocutorias dictadas en el trámite de los recursos extraordinarios provinciales¹⁹⁸, pero no respecto de las resoluciones que deniegan o declaran desiertos los recursos extraordinarios establecidos en los artículos 278, 296 y 299 del CPCC.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido que sus decisiones no son susceptibles de recursos de reposición, revocatoria o nulidad,¹⁹⁹ salvo excepciones creadas por la propia doctrina del tribunal.

¹⁹⁴ CCALP causas N° 16 "Gallo", del 10-10-2004 y N° 32 "Domínguez" del 31-08-2004.

CCAMdP causa M-388-MP1 "Baiocchi" res. del 20-05-2008.

¹⁹⁵ Conforme doctrina CCAMP causas A-323-MP0 "Faidutti" (res. del 15-V-2008); M-1186-MP1 "Fernández" (res. de 21-V-2009).

¹⁹⁶ SCBA Ac. 70.312 interlocutoria del 25-11-2009 "Corresponde desestimar la reposición articulada contra el pronunciamiento de esta Corte que intimó a la demandada a cumplir con el depósito previsto en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial, si los argumentos expuestos resultan insuficientes para conmovir lo decidido, ya que el recurrente se limita a reiterar las consideraciones vertidas al fundar el recurso concedido, las que en su oportunidad fueron ponderadas por esta Corte en sentido contrario a las pretensiones del impugnante."

¹⁹⁷ Art. 290 del CPCC: "Salvo lo dispuesto en este Capítulo con respecto a determinadas resoluciones, las providencias de trámite y las sentencias interlocutorias dictadas por la Corte durante la sustanciación del recurso, serán susceptibles del de revocatoria."

¹⁹⁸ SCBA Ac 99.378 Res. Interlocutoria del 09-05-2007 causa "Pietrafesa, Susana" ha expresado que: "El art. 290 del Código Procesal Civil y Comercial sólo autoriza la interposición del recurso de revocatoria contra las providencias de trámite y las sentencias interlocutorias dictadas por la Corte durante la sustanciación del recurso, por lo que resulta manifiestamente improcedente la intentada contra la sentencia definitiva."

¹⁹⁹ CSJN Fallos 303:241. causa "Campos Valentina".

8.1.b.i.c) Apelación

Es el remedio procesal que tiene por finalidad lograr que un órgano jerárquicamente superior, con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta, la revoque o modifique total o parcialmente.

8.1.b.i.c.1) Presupuestos

El artículo 55 de la ley regula el recurso de apelación, debiendo cumplirse respecto del mismo los requisitos de admisibilidad de las vías recursivas, ellos son, a) legitimación; b) gravamen; c) que la resolución sea impugnada; d) ejercitación en el plazo; e) cumplimiento de las formalidades de procedencia, es decir, cuando el juicio de mérito apunta al contenido de la misma y es el ad quem quien lo lleva a cabo.

a) En cuanto a la legitimación, es dable aclarar que se encuentran legitimados para interponer el recurso quien haya sido parte en el litigio y los que no revistiendo tal condición reciben por extensión dicho rol, como asimismo los que sin serlo hubiesen podido asumir esa condición en el juicio que se dictó la sentencia que se pretende apelar. Asimismo frente a supuestos de partes múltiples, los litisconsortes, sea el litisconsorcio facultativo o necesario, el representante fiscal y el coadyuvante, ya que posee los mismos derechos que la parte con la que coadyuva.

Ha señalado la jurisprudencia que cuando la carencia de legitimación es manifiesta, debe desestimarse la presentación sin entrar a considerar los agravios, encontrándonos frente a una hipótesis de inadmisibilidad.

b) respecto a la existencia de gravamen, cuando falta interés como medida de agravio el tribunal no puede entender.²⁰⁰

c) En cuanto a las decisiones recurribles, la apelación procede en principio:

1) Contra las sentencias definitivas dictadas por el juez. (art. 55.1 del CCA)

2) Contra las sentencias que a) declaran la inadmisibilidad de la pretensión procesal administrativa, b) decidan sobre las medidas cautelares, c) recayendo sobre una cuestión incidental terminen el litigio, hagan imposible su continuación, afecten el cumplimiento de la sentencia o generen un gravamen que no pueda ser reparado en la sentencia definitiva (artículo 55. 2 incisos a, b y c. del CCA).

3) Contra las providencias simples que causen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva (art. 55.3 del CCA)²⁰¹

4) A su vez comprende también el de nulidad por defectos de la sentencia (art. 55 .4).

d) Con referencia al plazo para la interposición del mismo, se distingue si la apelación es contra las sentencias definitivas donde el plazo es de diez días contados a partir del día siguiente al de la notificación y en los demás supuestos se establece un plazo de cinco días. (art. 56.1 del CCA)

e) que se cumplan las formalidades de procedencia.: Resulta importante considerar que se debe interponer por escrito fundado ante el mismo juez cuya sentencia se impugna (art. 56.2), debiendo contener el escrito la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, no siendo suficiente la remisión a presentaciones anteriores. (art. 56. 3 del CCA)

Una consecuencia de la regionalización de las Cámaras de Apelaciones es el requisito de tener que constituir domicilio en la ciudad donde tiene asiento el tribunal de segunda instancia, ya que en caso de no cumplirse por las partes este requisito serán notificadas por ministerio de ley. (art. 56.4 del CCA).

8.1. b.i.c.2) Efectos:

En cuanto a los efectos de la apelación, se prevé que el recurso de apelación tenga efectos suspensivos (art. 56 inciso 5^a del CCA), lo que implica paralizar la ejecución de la providencia atacada, llegando a detener todas las consecuencias del pronunciamiento, no sólo las ejecutivas o ejecutorias.²⁰²

En cambio, se exceptúa de este principio, a las providencias que dispongan medidas cautelares, en las el juez resolverá conforme lo señalado en el artículo 26 (art. 56.5 del CCA). En tal sentido el recurso tiene efectos devolutivos, por lo cual de acuerdo a lo establecido en el artículo 26, la provincia, un municipio o un ente provincial o municipal, podrán invocar fundadamente que la medida cautelar provoca un grave daño al interés público, y solicitar el levantamiento de la misma.

²⁰⁰ CCALP causa 1822 *Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Berdine, José s/ Apremio provincial*, resolución del 01-11-2005, en la cual no consideró que la cuestión litigiosa se haya tornado abstracta, ya que debía respetarse la modalidad prevista en el respectivo "plan de pagos", por lo cual el recurso fue declarado admisible al existir gravamen.

²⁰¹ CCALP causa 940 *Guzmán, Marta Elena s/ Acción de Amparo*, en la cual se expresó que: " No es apelable la providencia simple del juez de grado que intima al cumplimiento de la medida cautelar dispuesta."

²⁰² Hitters, Juan Carlos *Técnica de los Recursos Ordinarios*. Librería Editora Platense, pág. 124.

8.1.b.i.c.3) Trámite ante la Segunda Instancia

En el escrito de interposición de los recursos de apelación contra las sentencias definitivas en procesos ordinarios, las partes podrán indicar las pruebas denegadas o que no hubiesen podido producirse antes de la sentencia y que tuvieren interés en practicar en razón de su importancia actual para la solución del litigio. También podrán articular hechos nuevos, acaecidos después de dictada la sentencia de mérito, o conocidos con posterioridad a la misma, por lo que serán sustanciados juntamente con el recurso. (art. 57.1 incisos a) y b). del CCA)

Todo lo relativo al trámite probatorio y la articulación de hechos nuevos en instancia de apelación se regirá por las disposiciones previstas en el Libro I, Título IV, Capítulo IV, sección 3 del Código Procesal Civil y Comercial para el trámite de los recursos concedidos libremente. (art. 57.1 inciso c) del CCA.)

En los restantes supuestos de apelación (esto es, las sentencias que declaren la inadmisibilidad de la pretensión procesal administrativa, la que decida sobre las medidas cautelares y las que aun recayendo sobre una cuestión incidental, terminen el litigio, hagan imposible su continuación, afecten el cumplimiento de la sentencia o generen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva, como así las que cayeren sobre providencias simples que causen un gravamen que o pueda ser reparado por la sentencia definitiva -art. 55. 2 incisos a, b, y c) y 3.- las partes no podrán ofrecer pruebas ni alegar hechos nuevos. (art. 57.2 del CCA).

8.1.b.i.c.4) Admisibilidad

El artículo 58 del Código regula el examen de admisibilidad y la concesión del recurso de apelación, en tal sentido se establece que el juez correrá traslado a la otra parte por igual plazo al señalado para su interposición, el que se notificará personalmente o por cédula. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, dentro de los cinco días se remitirán a la cámara de apelaciones los autos principales y los incidentes vinculados al recurso planteado.

Recibidas las actuaciones la Cámara examinará si el recurso reúne los requisitos de admisibilidad y se expedirá al respecto mediante resolución impersonal y fundada. En caso de declararlo inadmisibile se dispondrá la devolución del expediente al juzgado de origen. En caso de considerarlo admisible no habiéndose articulado las diligencias procesales previstas en el artículo 57 inciso 1, o siendo estas desestimadas, se dictará la providencia de autos y consentida que fuera el expediente pasará al acuerdo sin más trámite. En ambos supuestos la decisión correspondiente se notificará personalmente o por cédula.

Cabe destacar que en la providencia que decida la concesión del recurso, se resolverá lo relativo a las diligencias procesales que se hubiesen peticionado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 inciso 1 del código. En caso de admitirse las citadas diligencias, una vez cumplidas o vencidos los plazos correspondientes, se dictará la providencia de autos y consentida que fuera el expediente pasará a acuerdo sin más trámite. (art. 58. 3 y 4 del CCA)

En cuanto a la caducidad de la instancia se regirá por las reglas del C.P.C.C. (con la modificación introducida por la Ley 12.357)²⁰³, es decir que el plazo será de tres meses contados a partir de la fecha de la última petición o resolución del tribunal que tuviere por efecto impulsar el procedimiento; correrán los días inhábiles, salvo los que correspondan a las ferias judiciales, pero no el tiempo que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por acuerdo de partes o por disposición del juez. (art. 311).

La declaración de caducidad podrá ser pedida en los recursos por la parte recurrida. La petición deberá formularse antes de convenir el solicitante cualquier actuación del tribunal posterior al vencimiento del plazo legal y se sustanciará previa intimación a las partes para que en el término de cinco días manifiesten su intención de continuar con la acción y produzca actividad procesal útil para la prosecución del trámite bajo apercibimiento de decretarse la caducidad de instancia.

Podrá ser declarada de oficio, previa intimación y comprobación de los plazos señalados en el artículo 310 del C.P.C.C., pero antes que cualquiera de las partes instare el procedimiento. La caducidad operada en la cámara de apelaciones otorga fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida.

Las sentencias de las Cámaras de Apelaciones deberán dictarse dentro del plazo de treinta días. En el caso de recursos de apelación contra resoluciones sobre medidas cautelares la resolución del Tribunal de Alzada sobre la admisibilidad y procedencia de la medida cautelar deberá dictarse dentro del plazo de cinco días. (art. 59. 2 y 3)

Sin perjuicio de la aplicación de las normas de la ley 12.074, en cuanto a las formas y contenido de la sentencia de Cámara regirán en lo pertinente las disposiciones previstas en el Libro I, Título IV, Capítulo IV, Sección 3 C.P.C.C. (art. 59.4)

²⁰³ B.O. Pcia. de Buenos Aires de fecha 27-12-99

En tal sentido la ley 12.074 establece que el orden de estudio y votación de las causas para pronunciar sentencia será determinado por sorteo, el que se realizará por lo menos dos veces por semana. Las sentencias de las cámaras de apelaciones o de sus salas se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros siempre que estos concordaren en la solución del caso.

Si hubiese desacuerdo se requerirán los votos necesarios para obtener mayoría de opiniones, Las sentencias definitivas se dictarán por deliberación y voto de los jueces que las suscriben, En los restantes supuestos las resoluciones podrán ser redactadas en forma impersonal. (confr. Art. 9 de la Ley 12.074)

En forma expresa establece la aplicación supletoria del C.P.C.C. en todo lo pertinente, por lo cual la sentencia de la cámara de apelaciones será susceptible de aclaratoria dentro del plazo de cinco días conforme lo establece el art. 267 in fine del C.P.C.C.

8.1.b.i.d) Supuestos Especiales

Existen procesos que tramitan por ante el fuero contencioso administrativo que se encuentran excluidos del trámite del recurso de apelación previsto en los artículos 55 a 59 del CCA, ya que poseen un procedimiento propio; ellos son:

8.1.b.i.d.1) Acción declarativa de certeza

El artículo 12 inciso 4) del CCA regula la pretensión de declaración de certeza, aclarando que la misma tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 322 del CPCC. Sin perjuicio del trámite procesal asignado a esta pretensión, el recurso de apelación y los plazos se rigen por el Código Contencioso Administrativo.²⁰⁴

Por su parte, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa con sede en Mar del Plata ha entendido que el ordenamiento ritual aplicable a los fines de la apelación que se deduzca resulta ser el previsto en el Código Procesal Civil y Comercial.²⁰⁵ Igual ordenamiento procesal resulta aplicable con relación a la apelación de la medida cautelar dictada en el marco de este proceso.²⁰⁶

Sin perjuicio de ello, frente a una resolución de incompetencia del juzgado interviniente consideró que la apelación deducida en los términos del artículo 55 inciso 2° apartado c) del CCA, resultaba formalmente procedente.²⁰⁷

8.1.b.i.d.2) Cesación de vías de hecho

El artículo 12 inciso 5° del CCA regula la pretensión de cesación de una vía de hecho administrativa, aclarando el artículo 20 inciso 2° que a excepción de lo relativo al plazo para la interposición de la demanda, para el trámite de esta pretensión se aplicarán las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el CPCC.

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa de La Plata entiende que esta disposición está referida sólo a los trámites propios del proceso, pero no comprende los medios recursivos en cuanto estos requieren de una exégesis uniforme que evite toda dispersión en el tratamiento de los medios de impugnación reglados en el código de la materia.²⁰⁸

En cambio en la causa "Ruppell"²⁰⁹ la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa con sede en Mar del Plata consideró que si la tramitación se rige por las disposiciones relativas al proceso sumarísimo previstas en el CPCC, conforme expresamente lo impone el art. 21 inciso 2° del CCA, cabe concluir que el régimen procesal aplicable al recurso de apelación intentado es el reglado por el mentado ordenamiento ritual civil y comercial para aquel tipo de juicios. Idéntico criterio es el sostenido por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa con sede en San Nicolás al considerar que no corresponde aplicar a este proceso (juicio sumarísimo), los plazos para apelar contemplados en el art. 56 del CCA y si los previstos en el art. 496 inc. 2° del CPCC al que remite la norma procedimental contencioso administrativa.²¹⁰

²⁰⁴ Así lo sostuvo la CCALP en la causa 3991 *Sindicato de Vendedores de Diarios, Revistas y Afines de Bahía Blanca*, res. del 19-12-2006 en el sentido de afirmar que "...este Tribunal ha interpretado el vacío legal existente en la etapa recursiva de la acción contencioso administrativa en la que se articula una pretensión declarativa de certeza, para cuyo trámite se remite a lo dispuesto por el art. 322 del CPCC -art. 12 inc. 4, CPCA-, estableciendo que el régimen aplicable es el previsto en el Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo -ley 12.008 y sus modificatorias- (causas CCALP 272"Abelleira", res. del 10-3-05; n° 975 'Frigorífico La Estrella', res.del 30-3-06; entre otras). Que, en el caso, el escrito impugnatorio ha sido presentado con arreglo a las disposiciones procesales aplicables, cumpliendo los extremos de tiempo y forma exigidos (arts. 55 inc. 1°, 56, 57 y 58, CCA)".

²⁰⁵ CCAMP causa n° 615 "Cooperativa Obrera Ltda. de Consumo y Vivienda", res. del 25-07-2008.

²⁰⁶ CCAMP causa n° 1525 "Centro Médico Mar del Plata", res. del 22-09-2009

²⁰⁷ CCAMP causa n° 1033 "Ghezzi", res. del 07-10-2008. Adviértase que en este caso no se había consentido por las partes el trámite procesal previsto en el CPCC.

²⁰⁸ CCALP causa n° 1913 "Fernández, María Celeste", res. 20/07/2006

²⁰⁹ CCAMP causa n° 1191 "Ruppell", res. del 08-07-2009

²¹⁰ CCASN causa n° 576 "Solana", res. del 14-10-2008

8.1.b.i.d.3) Amparo por mora

Se reitera lo expresado en oportunidad de tratar el recurso de reposición, en el sentido de que en el proceso de amparo por mora la sentencia será susceptible de reposición, y el recurso deberá ser deducido dentro de los tres días de notificada la sentencia en escrito fundado, mientras que las resoluciones que adopte el juez en el trámite del amparo por mora serán irrecurribles (art. 76.4 in fine del CCA).

Adviértase que de la regla particular (art. 76 último párrafo del CCA) no cabe extraer el principio de inapelabilidad del fallo, pues la imprevisión normativa no implica la improcedencia del recurso. Por el contrario, el precepto específico guarda coherencia con las normas generales para predicar su admisibilidad²¹¹

8.1.b.i.d.4) Ejecuciones tributarias

La ley 13.406 regula el juicio de apremio por lo cual el régimen recursivo que se aplicará es el previsto en dicha normativa y por la remisión prevista en el artículo 25 de la ley 13.406 en forma supletoria las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial.²¹²

8.1.b.i.d.5) Expropiación

La ley 5708 establece, en su artículo 32, que la concesión del recurso de apelación debe ser "en relación", como asimismo la naturaleza del juicio de expropiación de alcance sumario y las características de los plazos establecidos en la norma, es que corresponde interpretar la manera que conjuga aquel con el artículo 33 del mismo cuerpo.

Este último dispone que una vez concedido el remedio por parte del juez de primera instancia, deben ser elevados los autos a la Cámara, para que ésta los ponga a sentencia. Es pues, que los recursos de apelación articulados deben fundarse en primera instancia para que lleguen los agravios a la alzada, previo traslado del memorial.²¹³

8.1.b.i.e) La Nulidad

Procede contra las resoluciones definitivas o interlocutorias dictadas sin los requisitos de tiempo, lugar o forma, en él se cuestionan los errores in procedendo. Este recurso se encuentra incorporado en el artículo 55 inciso 4) del CCA y con idéntica redacción en el artículo 253 del CPCC.²¹⁴

La finalidad de este medio de impugnación es rescindir, casar o anular. Habiéndose efectuado ello, la consecuencia es doble en el sentido de anular el fallo y en el dictado de una nueva sentencia.

La nulidad abarca también los considerandos, no sólo cuando faltaren sino cuando sean insuficientes, o se haya omitido alguna parte sustancial de la sentencia, o se haya omitido la cuestión de prejudicialidad. El trámite se encuentra absorbido por la apelación ya que no goza de autonomía.

8.1.b.i.f) La Queja

Este recurso no se encuentra legislado en el Código Procesal Administrativo, habida cuenta que el juez de grado no tiene la facultad de conceder el recurso de apelación, por ello resulta de aplicación las disposiciones previstas en el CPCC.

Así el artículo 275 del CPCC prescribe que: " Si el Juez denegare la apelación, la parte que se considere agraviada podrá recurrir directamente en queja ante la Cámara pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente. El plazo para interponer la queja será de 5 días, con la ampliación que corresponda por razón de la distancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158°."

Por su parte el artículo 276 del CPCC puntualiza que: "Al interponerse la queja deberá acompañarse copia simple de la resolución recurrida y de los recaudos necesarios suscriptos por el letrado patrocinante del recurrente, sin perjuicio de que la Cámara requiera el expediente. Presentada la queja en forma, la Cámara decidirá, sin sustentación alguna, si el recurso ha sido bien o mal denegado. En éste último caso mandará tramitar el recurso. Mientras la Cámara no conceda la apelación no se suspenderá el curso del recurso".

Asimismo la queja prevista en el artículo 292 del CPCC

²¹¹ CCALP causas N° 16 "Gallo", del 10-10-2004 y N° 32 "Domínguez", del 31-08-2004. CCAMdP causa M-388-MP1 "Baiocchi", res. del 20-05-2008

²¹² CCALP causa N° 10492 *Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Moldeados del Interior SAIC y Otro s/ Apremio Provincial*, res. del 30-06-2010.

²¹³ CCASN causa n° 451 "San Vitale" res. del 05-02-2008.

²¹⁴ Art. 253 del CPCC: "El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia."

8.1.b.ii) Recursos Extraordinarios

Contra las sentencias definitivas emanadas de las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo se podrán articular los recursos extraordinarios previstos en el artículo 161 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, aplicándose en lo pertinente las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial, salvo disposición expresa en contrario. (art. 60. 1)

Debemos entender como sentencia definitiva no sólo la sentencia de mérito sino también la que aun recayendo sobre cuestión incidental, termina la litis o hace imposible su continuación.

Los recursos extraordinarios previstos en el artículo 161 de la Constitución son:

a) El de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, contra las sentencias definitivas de las cámaras y de los tribunales colegiados de instancia única

b) El de nulidad extraordinario que procede contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia, cuando se alegue violación a las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia.

c) El de inconstitucionalidad, que es admisible contra las sentencias definitivas de los jueces o tribunales de última o única instancia, cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema.

En los recursos extraordinarios es el tribunal recurrido, quien debe examinar si éstos reúnen las condiciones de admisibilidad y limitarse a dictar la resolución fundada admitiendo o denegando el recurso (art. 281 CPCC). Si se admite se eleva el recurso a la Suprema Corte, si se deniega o concedido lo declara desierto, se puede recurrir en queja ante la Suprema Corte, dentro del plazo de cinco días. (Art. 292 CPCC).

El recurso de inaplicabilidad de ley sólo será admisible cuando el valor de lo cuestionado ante la instancia extraordinaria exceda, respecto de cada recurrente, la suma fijada por el Código Procesal Civil y Comercial. no siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 278 y 280 del CPCC sobre el valor del litigio y depósito previo cuando el mismo se interponga contra sentencias que recaigan en materia de impugnaciones a resoluciones del Tribunal de Cuentas y Fiscal de Apelación. (Artículo 60 .3)

El pronunciamiento recaído en los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, si se ha planteado en forma una cuestión federal, es susceptible del recurso extraordinario reglado por el artículo 14 de la Ley 48.

8.2. Recurso Extraordinario Federal de la Ley 48

8.2.a) Concepto

Este recurso ha sido definido como “un remedio procesal a través del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en función revisora de las sentencias pronunciadas por los jueces y tribunales inferiores (nacionales o provinciales) asegura la primacía de la Constitución Nacional sobre normas o actos emanados de autoridades nacionales o locales”.²¹⁵

Constituye una apelación extraordinaria, por lo cual su procedencia es restrictiva o excepcional, encontrándose la competencia del tribunal circunscripta al conocimiento y la decisión de las cuestiones federales. Aquellos que consideran que constituye una nueva instancia (tercera en el ámbito nacional y cuarta en las causas de los tribunales locales) admiten que ésta no tiene la amplitud de la instancia ordinaria, ya que se habilita exclusivamente para decidir sobre la cuestión federal en juego, quedando excluida –como principio general- toda revisión respecto de cuestiones que versen exclusivamente sobre normas o actos no federales, ya sean de derecho común o local, como las cuestiones procesales o de hecho y prueba.

Mediante este recurso, la Corte Suprema asegura: a) la preeminencia de la Constitución Nacional por sobre las normas y los actos de las autoridades nacionales y locales, b) la preeminencia del orden federal por sobre el orden local y c) la aplicación uniforme del derecho federal.

8.2.b) Aspectos particulares

La principal regulación del recurso extraordinario federal, se encuentra en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 48, como los arts. 256 y sgs. Y 280 y sgs, del CPCCN, la ley 4055, la ley 27, el decreto-ley 1285/1958 y la Acordada de la CSJN 4/2007.

²¹⁵ Palacio, Lino *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y Técnica*, 3ª. Edición Abeledo-Perrot, 2001 pág. 20 y sgs.

Así el artículo 14 establece que: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1°) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez. 2°) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. 3°) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.”

Por su parte el artículo 15 prescribe que: “Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una resolución directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, Tratados o comisiones en disputa, quedando entendido, que la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la Constitución” y el artículo 16 establece que: “En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón.”

Asimismo, conforme surge del texto de los arts. 14 de la Ley 48 y 6 de la Ley 4055 puede deducirse el recurso extraordinario federal contra las sentencias de los tribunales superiores de provincia y las cámaras federales de apelación.

De esta forma la admisibilidad de este recurso está determinada por la verificación, en el caso concreto de los requisitos comunes²¹⁶, propios²¹⁷ y formales.²¹⁸ La mayoría de estos requisitos fueron objeto de diversas interpretaciones jurisprudenciales que permitieron, en algunos casos ampliar y en otros restringir los supuestos de procedencia formal del recurso. Por su parte las interpretaciones de la CSJN dieron lugar a la creación pretoriana del recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia, por gravedad institucional y el per saltum.

8.2.c) Trámite

Se debe interponer dentro de los diez días hábiles judiciales contados desde la notificación de la sentencia que se recurre, por ante el juez o tribunal que la dictó (art. 257 del CPCCN)²¹⁹. El recurso debe deducirse por escrito y debe surgir de él claramente la descripción del caso judicial planteado ante los tribunales de la causa, no resultando admisible las meras enunciaciones genéricas al respecto, así como tampoco la introducción de nuevas cuestiones no planteadas en sede ordinaria, excepto el caso de arbitrariedad, ni la apertura a prueba (artículo 280 del CPCCN). Debe constituirse domicilio dentro del radio de la ciudad de Buenos Aires, bajo pena de quedar notificado por ministerio de Ley (artículo 257 del CPCCN).

En cuanto a la presentación se deberá estar a lo establecido por la Acordada 04/2007 de la CSJN, por la cual se aprobó el reglamento para la presentación de los escritos de interposición del recurso extraordinario que en sus artículos 1 a 3 menciona las siguientes formalidades:

Art. 1°. El recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Art. 2°. Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual deberán consignarse exclusivamente los siguientes datos: a) el objeto de la presentación; b) la enunciación precisa de la carátula del expediente; c) el nombre de quien suscribe el escrito; si actúa en representación de terceros, el de sus representados, y el del letrado patrocinante si lo hubiera;

²¹⁶ Que provenga de un Tribunal de Justicia, que exista un juicio, que se trate de una cuestión justiciable, que el recurrente sufra un gravamen por dicha decisión y que todas estas condiciones subsistan al momento de la resolución del recurso

²¹⁷ Que exista una cuestión federal, que ésta guarde relación directa con el objeto del pleito, que la decisión recurrida sea contraria al derecho federal invocado, que se trate de una sentencia definitiva y que ésta haya sido dictada por el superior tribunal de la causa.

²¹⁸ Que quien lo deduce haya planteado la cuestión federal en la primera oportunidad procesal y haberla mantenido ininterrumpidamente a lo largo del proceso, resultando el incumplimiento la inadmisibilidad del recurso. El planteo no puede ser genérico, sino que debe explicar concretamente en qué consiste la cuestión federal en el caso de que se trate.

²¹⁹ La habilitación de días debe computarse de acuerdo con la que resulte aplicable al tribunal de la causa.

d) el domicilio constituido por el presentante en la Capital Federal; e) la indicación del carácter en que interviene en el pleito el presentante o su representado (como actor, demandado, tercero citado, etc.); f) la individualización de la decisión contra la cual se interpone el recurso; g) la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la decisión recurrida, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; h) la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; i) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con simple cita de las normas involucradas en tales cuestiones y de los precedentes de la Corte sobre el tema, si los hubiere; como así también la sintética indicación de cuál es la declaración sobre el punto debatido que el recurrente procura obtener del Tribunal; no se considerará ninguna cuestión que no haya sido incluida aquí; j) la cita de las normas legales que confieren jurisdicción a la Corte para intervenir en el caso.

Art. 3°. En las páginas siguientes deberá exponerse, en capítulos sucesivos y sin incurrir en reiteraciones innecesarias: a) la demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte; b) el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad; c) la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación; d) la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas; e) la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquellas.

A su vez en los artículos 4 a 7 se fijan las reglas para la procedencia del recurso de queja por denegación de aquel.²²⁰

En el Anexo de la mencionada Acordada se agregan los formularios que deberán acompañar en cada presentación, bajo pena de rechazar la presentación por cuestiones formales.

9. Medios anormales de terminación del proceso

9.1. Introducción

El proceso judicial distingue la sentencia definitiva como modo ordinario y normal de terminación del proceso, en la cual el órgano judicial debe pronunciarse sobre la cuestión de fondo controvertida, de los otros modos anormales que también le ponen fin a la relación jurídica procesal y cuyo cauce se produce a través del allanamiento, el desistimiento, la conciliación, la transacción y la caducidad de instancia.

El Código Procesal Contencioso Administrativo (ley 12.008) trata de manera sucinta a través del Capítulo XI otros modos anormales de terminación del proceso.

El art. 61, inciso primero, del CPCA establece una remisión expresa al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, al determinar que las disposiciones allí contenidas, respecto al allanamiento, el desistimiento, la conciliación y la transacción, regirán en el proceso contencioso administrativo en cuanto sean compatibles con el Código de la materia.

²²⁰ **Art.4°.** El recurso de queja por denegación del recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a diez (10) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). **Art 5°.** Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual deberán consignarse exclusivamente los datos previstos en el art. 2°, incisos a, b, d y e; y, además: f) la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; g) la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; h) la aclaración de si se ha hecho uso de la ampliación del plazo prevista en el art. 158 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; i) en su caso, la demostración de que el recurrente está exento de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. **Art. 6°.** En las páginas siguientes el recurrente deberá refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la resolución denegatoria. El escrito tendrá esa única finalidad y no podrán introducirse en él cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso extraordinario. **Art. 7°.** El escrito de interposición de la queja deberá estar acompañado por copias simples, claramente legibles, de: a) la decisión impugnada mediante el recurso extraordinario federal; b) el escrito de interposición de este último recurso; c) el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; d) la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal. Con el agregado de las copias a que se refiere este artículo no podrán suplirse los defectos de fundamentación en que hubiera incurrido el apelante al interponer el recurso extraordinario.

Seguidamente, en su inciso segundo, la norma impone a los representantes de los entes mencionados en el artículo 1 del CPCA, a que estén expresamente autorizados por la autoridad competente para proceder con arreglo a lo dispuesto en el inciso anterior, debiendo agregar a la causa testimonio de la decisión respectiva.

9.2. Allanamiento

Mediante esta figura, el demandado acepta lo pretendido por el actor, reconociendo los fundamentos del planteo de éste.²²¹ Como medio de un proceso judicial “es el acto jurídico procesal del demandado del que resulta su sometimiento a la demanda, conformándose con que el proceso se falle total o parcialmente de acuerdo a ella²²²”.

La remisión al CPCC, la hallamos receptada en el art. 307 de dicho cuerpo normativo²²³.

Es loable resaltar que presentado el allanamiento, el juez realizará el control tendiente al resguardo del orden público y en caso de entender que se trata de un derecho plenamente disponible, dictará sentencia de acuerdo con lo que legal y fácticamente resulte de lo actuado.²²⁴ En caso contrario, de hallarse comprometido el orden público, debe suplir la inactividad de la parte y permitir que el proceso siga su curso normal.

Los requisitos que debe reunir al momento de presentarse son los siguientes: i) total o parcial: ya que puede recaer parcialmente sobre las pretensiones deducidas por la parte actora o sobre la totalidad de aquellas²²⁵; ii) categórico: en el sentido de que el mismo si bien puede ser expreso o tácito, no puede dar espacio a duda acerca de la actitud que está adoptando el demandado y de allí que se sostenga también que debe ser concreto; iii) oportuno: el demandado podrá hacerlo en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia; iv) Incondicionado: quién admite una pretensión ajena, no puede condicionar la oponibilidad de la misma al cumplimiento de algún cargo²²⁶.

En el caso que sea la Administración la que se allane, deberá existir un poder suficiente otorgado por la autoridad competente que lo habilite al efecto e incluso deberá acreditarlo en el expediente acompañando la documental que así lo avale. Un ejemplo importante lo hallamos en la autorización previa que debe obtener el Fiscal de Estado por parte del Poder Ejecutivo para realizar determinados actos procesales²²⁷.

9.3. Desistimiento

En el Derecho argentino, existen dos clases de desistimiento, debiendo distinguirse el desistimiento del proceso o de la instancia (art. 304 del CPCC)²²⁸, acto bilateral que corresponde a ambas partes, del desistimiento del derecho (art. 305 del CPCC), acto unilateral del actor²²⁹.

²²¹ PALACIO, Lino E., Manual de derecho procesal, 18ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 382.

²²² HUTCHINSON, Tomás, Director, “Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Concordado y Comentado”, 1ª ed., Scotti, Buenos Aires, 2005.

²²³ A mayor abundamiento transcribimos el art. 307 del CPCC, regulado bajo el Título v, Capítulo II – “Allanamiento: Oportunidad y efectos. El demandado podrá allanarse a la demanda en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia. El juez dictará sentencia conforme a derecho, pero si estuviere comprometido el orden público, el allanamiento carecerá de efectos y continuará el proceso según su estado.

Cuando el allanamiento fuere simultáneo con el cumplimiento de la prestación reclamada, la resolución que lo admita será dictada en la forma prescripta en el artículo 161”.

²²⁴ CAMPS Carlos Enrique Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 556.

²²⁵ PALACIO, Lino E., Manual de derecho procesal..., cit., ps. 383.

²²⁶ HUTCHINSON, Tomás, Director, “Código Procesal Contencioso Administrativo”, cit.

²²⁷ El Decreto ley 7543/1969 de Fiscalía de Estado, expresamente lo recepta en el art. 15 al establecer “El Fiscal de Estado no podrá, sin que sea autorizado por el Poder Ejecutivo, o por la autoridad competente: a) Efectuar transacciones en los juicios en que interviene, o allanarse a las demandas entabladas contra la Provincia; b) Desistir de la acción o del derecho en los juicios iniciados por la Provincia, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. El Fiscal de Estado podrá consentir sentencias u otras resoluciones, sin necesidad de autorización previa.”

²²⁸ La norma mencionada lo regula del siguiente modo: “Desistimiento del proceso. En cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, las partes, de común acuerdo, podrán desistir del proceso manifestándolo por escrito al juez, quien sin más trámite lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones. Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado, notificándosele personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa.”

²²⁹ Dicho artículo establece lo siguiente: “Desistimiento del derecho. En la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior, el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio, y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa.”

El desistimiento del derecho constituye un acto en cuya virtud el actor declara su voluntad de abdicar del ejercicio del derecho material invocado como fundamento de la pretensión²³⁰. En tal sentido, tiene efectos más graves, dado que se renuncia al derecho por el cual fundamos nuestra pretensión, y por lo tanto, no sólo se extingue el proceso, donde lo realizo, sino que además no se podrá utilizar ese fundamento para iniciar otro proceso.²³¹

A su turno, el desistimiento del proceso o de la instancia solo entraña el expreso abandono del proceso y la consecuente desaparición de su objeto (pretensión), pero no afecta el derecho material que pudiere corresponder al actor.

9.4. Caducidad

En cuanto al proceso contencioso administrativo la caducidad se encuentra regulada por el artículo 62 de la Ley 12.008, que sólo establece los plazos de inacción a considerar para tenerla por configurada y por el artículo 58, inciso 2º, que remite a las reglas del Código Procesal Civil y Comercial respecto de la declaración de caducidad en el trámite de alzada²³².

La caducidad de la instancia configura básicamente el modo de extinción del proceso administrativo mediante el cual éste queda sin efecto. Tiene lugar en razón de la declaración por parte del juez cuando el mismo se encuentra paralizado por causas imputables al interesado y éste no impulsa el trámite en los plazos señalados por la ley que son de seis meses dentro del proceso ordinario y de tres meses en los procesos especiales que contempla el CCA y en las pretensiones destinadas a obtener el cese de vías de hecho administrativas.

Siguiendo la clasificación de CABALLERO SÁNCHEZ, se ha ubicado al supuesto de la caducidad de instancia como manifestación de la denominada caducidad-perención, que se distingue de las categorías de la caducidad-carga y de la caducidad-sanción, por ser la que da lugar a la forma anormal de extinción del proceso contencioso administrativo por su excesiva paralización, perención que constituye una válvula de seguridad del proceso respecto a su adecuada duración.²³³

La causa de la caducidad entonces es un hecho -no un acto- que sólo pone fin al proceso pero no extingue el derecho material, dado que en caso de no encontrarse alcanzado por plazos de prescripción el mismo podrá hacerse valer en un nuevo proceso e, incluso, podrán hacerse valer los actos de prueba ya realizados.

El instituto puede ser utilizado siempre que sean las partes las que deben instar el proceso, por lo que no puede argüirse cuando es el órgano jurisdiccional quien debe impulsar la instancia y dicha actividad se encuentra pendiente.

En cuanto a su fundamento, se han formulado dos posiciones: Una subjetiva, por la que se sustenta la caducidad en la presunción, ante la inactividad procesal prolongada, de que es intención de las partes abandonar el proceso; y la otra, objetiva, que entiende que la caducidad se funda en la necesidad de evitar una duración excesiva de los procesos y los peligros que para la seguridad jurídica ello encierra.²³⁴ Se ha sostenido que el beneficio de la caducidad es especialmente notable cuando ayuda a consolidar el principio de la seguridad jurídica del acto administrativo y los efectos, sean favorables o de gravamen, sobre la esfera de los administrados, sin que ello suponga una cortapisa al principio dispositivo.²³⁵

²³⁰ Revista de Derecho Procesal: Modos anormales de terminación del proceso / dirigido por ARAZI Roland. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p.19 y ss.

²³¹ HUTCHINSON, Tomás, cit.

²³² Artículo 58 (según Ley 13.101): "Examen de admisibilidad y concesión del recurso de apelación (...) 5. La caducidad de la instancia se regirá por las reglas del Código Procesal Civil y Comercial". Por su parte, la regulación específica relativa al cobro judicial de los créditos fiscales por tributos provinciales (cfr. art. 2º inc. 8, C.C.A. y Ley 14.306), contiene asimismo una norma referida a este tópico, determinando quiénes pueden solicitar la declaración de caducidad, su oportunidad y la necesidad de cursar intimación previa, incluso por un plazo mayor -10 días- al establecido en la legislación procesal civil y comercial -de 5 días (cfr. art. 315, C.P.C.C.)-, entre otras particularidades. Y en materia de disposiciones complementarias, procede recordar la remisión genérica establecida respecto de las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial (cfr. art. 77 inc. 1º, C.C.A.) y la específica, referida a las causas residuales en trámite por ante la Suprema Corte (art. 215, seg. párr., Constitución provincial), a las cuales se aplica -expresamente, en cuanto a la caducidad de instancia- las normas de la Ley 2.961 (Código Varela).

²³³ BREMOND TRIANA, Luis, "La terminación anormal del proceso contencioso-administrativo", 1a ed., Reus S.A., Madrid, 2013, pág. 255/6)

²³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La terminación anormal del proceso administrativo", Revista de Administración Pública, núm. 18, Madrid, septiembre/diciembre 1955, págs. 73/125.

²³⁵ BREMOND TRIANA, Luis, "Génesis de la terminación anticipada en la regulación del proceso contencioso-administrativo (1845-1956)", Revista de Administración Pública, núm. 186, Madrid, septiembre/diciembre 2011, págs. 137-179).

El cómputo del plazo para la aplicación se realiza sobre días hábiles e inhábiles, con excepción de los plazos correspondientes a ferias judiciales y puede ser decretada tanto por pedido de las partes como también de oficio.

Consideramos que, no obstante estar regulado expresamente el instituto bajo estudio en el CCA, resultan aplicables las reglas contenidas en el CPCC, por ende ante el pedido de caducidad realizado por la parte, como así también en el supuesto de pretender declararla de oficio, corresponde siempre la intimación previa a la parte interesada.²³⁶

En el marco de procesos sometidos a su decisión ha entendido la Suprema Corte provincial que -en atención a lo normado por el artículo 78, inciso 3°, de la Ley 12.008 (CCA)-, debe efectuarse previamente a la declaración de caducidad la intimación prevista en el artículo 315 del Código Procesal Civil y Comercial.²³⁷

De todos modos estamos obligados a señalar que desde la puesta en marcha del fuero contencioso existe una disparidad interpretativa (ver nota 16) con relación a esto, que surge de los distintos criterios seguidos por las Cámaras Regionales de Apelación en lo Contencioso Administrativo, los que se traducen básicamente en la adopción de dos posturas.

La primera, sustentada por la Cámara residenciada en la Ciudad de Mar del Plata considera inaplicable "...el reenvío al rito civil (...) atento encontrarse reglado especialmente el instituto de la caducidad de la instancia por el art. 62 del CCA"²³⁸, descartando con ello la previa intimación a las partes (cfr. arts. 315 y 316 del C.P.C.C.) pues, "a diferencia de lo que acontece en el digesto civil, el Código Procesal Contencioso Administrativo no regula un dispositivo equivalente y, por tanto, no es dable exigir al juez el cumplimiento de tal recaudo previo a la declaración de caducidad"²³⁹.

La otra posición es asumida por restantes Cámaras las cuales sostienen -en líneas generales- que, en tanto la disposición que emana del artículo 62 hace referencia únicamente a los plazos en los que opera la caducidad, una correcta hermenéutica del régimen de dicho instituto en las causas contencioso administrativas, presupone remitir a las normas del CPCC, en cuanto a su trámite se refiere.

Respecto a los efectos de su declaración, se observan los siguientes: i) una vez decretada la caducidad se ordena el archivo del expediente; ii) el derecho material se puede volver a hacer valer en caso de no estar alcanzado por los plazos de prescripción, ya que priva a la demanda de su efecto interruptivo (art. 2547 Código Civil y Comercial de la Nación); iii) la prueba puede utilizarse en otro proceso; iv) la caducidad beneficia o perjudica a todos los litisconsortes y, v) la caducidad de la instancia principal comprende la reconvencción y los incidentes, pero la de éstos no afecta la instancia principal.

Cabe remarcar asimismo que este es uno de los temas más controversiales en cuanto a los modos anormales de terminación del proceso contencioso. Así, creemos importante destacar que existe actualmente un proyecto de ley que atañe al tema en estudio (n° de expte. en H. C. Diputados D-1395/14-15).²⁴⁰

De los fundamentos que se acompañan se desprende que la iniciativa encontraría justificación en la evidencia de "una crisis interpretativa al tiempo de resolver aplicar tamaña sanción; a toda luz perjudicial para el justiciable", la que radicaría en una eventual prevalencia de la norma especial -en alusión al artículo 62 del CCA- por sobre la general y procede señalar que los términos de los artículos transcritos resultan prácticamente idénticos al texto de los artículos 311, 315 y 316 del CPCC.

²³⁶ En sentido contrario a lo propuesto, hallamos jurisprudencia que considera que el instituto se encuentra reglado especialmente en el CPCA, no siendo aplicable lo dispuesto en el art. 77 inc. 1° del mismo en cuanto permite la aplicación supletoria del CPCC. Ver CCAMP causa D-1254-DO "García Héctor Vicente", sent. del 29-VI-10 y causa C-3116-NE1 "Oleaginosa Moreno Hnos. S.A.", sent. del 31-IX-12, situación que destacamos más adelante.

²³⁷ Causas B. 65.907, "Palomo", res. del 18-V-11 y B. 65.287, "Moschini", res. del 8-X-14, entre otras.

²³⁸ Cfr. CCAMLP, causa C-3354-DO1, "Unilever Argentina S.A.", sent. del 18-X-12 y sus citas.

²³⁹ Cfr. CCAMLP, causa C-3107-AZ1, "Whirlpool Argentina S.A.", sent. del 4-IX-12.

²⁴⁰ Mediante el cual se impulsa incorporar al Código Contencioso Administrativo, los artículos 62 bis, 62 ter y 62 quáter, con la siguiente redacción: "Artículo 62 bis: Los plazos señalados en el artículo 62, se computarán desde la fecha de la última petición de las partes o resolución o actuación del órgano jurisdiccional que tuviera por objeto o efecto impulsar el procedimiento. Correrán sólo durante los días hábiles. Para su cómputo se descontará el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o disposición judicial"; "Artículo 62 ter: Sin perjuicio de lo previsto en el artículo siguiente, la declaración de caducidad de instancia podrá ser pedida en primera instancia, por el demandado; en los incidentes, por el contrario de quien lo hubiere promovido; en los recursos, por la parte recurrida. La petición deberá formularse antes de consentir el solicitante cualquier actuación del juzgado o tribunal posterior al vencimiento del plazo legal y se sustanciará previa intimación a las partes -por cédula-, para que dentro de los cinco días manifiesten su intención de continuar y produzcan actividad procesal útil para la prosecución del trámite, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de decretarse la caducidad de la instancia"; "Artículo 62 quáter: La caducidad podrá ser declarada de oficio, previa intimación a la que se refiere el artículo anterior y comprobación del vencimiento de los plazos señalados en el artículo 62 bis del presente cuerpo normativo, pero antes de que cualquiera de las partes impulsare el procedimiento".

Ahora bien, debido a las consecuencias que produce²⁴¹, se ha considerado que la declaración de la caducidad de la instancia constituye una medida de carácter excepcional y, por lo tanto, de interpretación restrictiva²⁴², cuya configuración depende de la concurrencia de ciertos recaudos, debiendo quedar evidenciada la voluntad del litigante de hacer abandono del proceso.

9.5. Transacción

Desde el ángulo del derecho civil, a cuyo ámbito pertenece en esencia, la transacción es un medio de extinción de las obligaciones y, conforme lo regula el artículo 1641 del Código Civil y Comercial de la Nación, consiste en un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, con autoridad de cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial.²⁴³

En el ámbito procesal se encuentra regulada en el artículo 308 del CPCC como modo anormal de terminación del proceso.

Debemos asimismo resaltar que en aquellos procesos en que están en juego cuestiones no patrimoniales y en los que la Administración Pública actuó en el marco de potestades regladas, se debe tener suma cautela, dado que la Administración podría dejar sin efecto lo que la ley ordena hacer²⁴⁴.

Al mismo tiempo se impone tomar siempre en consideración que el Decreto ley 7543/1969, de Organización de la Fiscalía de Estado provincial, expresamente la recepta -al igual que otros medios anormales, ver nota 7- en su artículo 15 al establecer que el Fiscal de Estado no podrá, sin que sea autorizado por el Poder Ejecutivo, o por la autoridad competente: a) Efectuar transacciones en los juicios en que interviene, o allanarse a las demandas entabladas contra la Provincia; (...).-

10. Ejecución de sentencias de condena contra el Fisco. Las leyes de emergencia o consolidación de deudas²⁴⁵

10.1. La sentencia de condena

La sentencia, acto procesal por el cual el Estado juez actúa o se niega a actuar la pretensión deducida por la parte, satisfaciéndola en todo caso, importa la emisión de un juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión con el derecho objetivo.

La función jurisdiccional no se agota con el conocimiento de los litigios y la facultad de resolverlos. Por el contrario, en el caso de las sentencias de condena, en un tercer momento, aparece lo que, a nuestro juicio, resulta ser la manifestación más importante de la jurisdicción, esto es, la ejecución forzada de las sentencias²⁴⁶.

La efectución del mandato —enseña Jesús González Pérez— puede tener lugar sin que haya necesidad de emplearse la fuerza, porque la persona obligada cumpla lo mandado voluntariamente, sin oponerse a la decisión judicial; en este caso estamos ante la ejecución voluntaria. Pero cuando el obligado se opone a la efectución del mandato es necesario el empleo de la fuerza para lograrlo, y estamos ante la

²⁴¹ Al respecto, cabe advertir, con especial referencia al proceso contencioso administrativo, que si bien la caducidad de instancia no extingue la pretensión contenida en la demanda, permitiendo su articulación en un nuevo proceso, dicha situación sólo sería viable cuando no hubieren transcurrido —de ser aplicables— los plazos de caducidad establecidos en la legislación procesal administrativa (ver arts. 18, 69, 72, C.C.A.), o como dijimos más arriba, en el supuesto de que al momento de producirse la caducidad no hubiese llegado a término el plazo de prescripción, lo que tornaría aplicable lo dispuesto por el Código Civil y Comercial, privándose a la demanda de su efecto interruptivo (ampliar en CASSAGNE, Juan C., "Tratado de Derecho Procesal Administrativo", 1a ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, págs. 79/80; HUTCHINSON, Tomás, "Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Concordado y Comentado", 1a ed., Scotti, Buenos Aires, 2005, págs. 296/8).

²⁴² Causas L. 90.819, "Basilio", sent. del 22-XII-08; L.111.555, "Orfano", sent. del 20-III-13, entre otras. Es asimismo el criterio sentado por la Corte nacional en Fallos 308:2219; 310:663; 314:1692; 315:1647; 318:2657.

²⁴³ No podemos dejar de señalar que sobre transacción el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación profundiza al decir que se hace cosa juzgada sin necesidad de homologación (art. 1642). Pero recordamos que el CPCC provincial, en el art. 308, dice que si no se homologa continúa el juicio, con lo cual, en principio, se estaría imponiendo la necesidad de homologar el acuerdo.

²⁴⁴ HUTCHINSON, Tomás, cit., ver pág. 295.

²⁴⁵ Dada la complejidad de esta temática -cuyo exhaustivo desarrollo excede la finalidad de la presente obra- para un análisis pormenorizado nos remitimos al trabajo "Ejecución de sentencias contra el Estado (con particular referencia al proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires)", VILLAFANE, HOMERO M., publicado en LLBA 2012, pág. 1 y sigts.

²⁴⁶ MARTINEZ, Oscar J. "Ejecución de sentencias contra el Estado. La cuestión en la Provincia de Buenos Aires. Análisis de su ley 10.235", ED-118 pág. 702.

ejecución forzosa o forzada. La ejecución forzada supone, por tanto, la actividad de determinados órganos estatales encaminada a dar efectividad a lo dispuesto en una sentencia²⁴⁷.

Las sentencias de condena no sólo declaran el derecho sino que ordenan su reposición, cumplimiento o satisfacción, a cuyo fin se contempla su ejecución y, a su vez, admiten una subclasificación: i) condena a hacer; ii) condena a no hacer; iii) condena a dar.

Como quedara expuesto, el proceso de ejecución de sentencia tiene lugar cuando, dictada una sentencia de condena, la vencida no se aviene a cumplir el mandato judicial.

10.2. La ejecución de sentencias contra el Fisco en la provincia de Buenos Aires

Desde 1889, con una lucidez y anticipación digna de elogios, la Constitución de la Provincia ha incluido una cláusula regulatoria de la ejecución de sentencias dictadas contra el Estado en el ámbito del proceso contencioso administrativo.

Durante el debate de la Convención Constituyente de 1889, al darse tratamiento al texto del artículo 159, que al momento rezaba "En las causas contencioso-administrativas, la Suprema Corte de Justicia tendrá facultad de mandar cumplir directamente sus sentencias por las oficinas o empleados respectivos, si la autoridad administrativa no lo hiciere dentro de los sesenta días de notificada la sentencia", se produjo un riquísimo debate entre los constituyentes. La preocupación estuvo centrada en el modo de asegurar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales. La discusión deja al desnudo, tras la reseña de supuestos de falta de acatamiento, que el medio idóneo para garantizar la concreción de la manda judicial no es otro que la responsabilidad personal del funcionario incumplidor, lo que en definitiva quedó consagrado en la cláusula constitucional.

De tal modo, el esquema se separa de la perspectiva ejecutiva clásica (embargar un bien del deudor para realizarlo y con su producido satisfacer el interés del acreedor) para incorporar un nuevo sujeto (el funcionario o agente a quien se ordena la ejecución del mandato) que será personalmente responsable si lo incumple.

Dicha regulación recibió numerosos elogios por parte de la doctrina científica. Al respecto, Botassi ha puesto de resalto que: "...Puede afirmarse sin reparos que, en la época en que fue diseñado, el método de ejecución de sentencias de condena contra el Estado local resultó revolucionario. En tiempos en que todavía se exigía la venia legislativa para demandar al Estado nacional con base en el derecho público, en nuestra Provincia la Suprema Corte —actuando como tribunal contencioso administrativo— despachaba órdenes concretas de hacer, dar o abstenerse dirigidas a funcionarios administrativos, responsabilizándolos en forma personal y solidaria junto al ente incumplidor..."²⁴⁸.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, la cláusula referente a la ejecución de sentencias contra el Estado se encuentra prevista en el art. 163, el cual dispone que "La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contencioso administrativas, aquella y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes, si el obligado no lo hiciere en el plazo de sesenta días de notificadas.

Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales".

10.3. La ejecución de sentencias en el C.P.C.A. (ley 12.008)

El C.P.C.A. dedica un capítulo a la ejecución de las sentencias, distinguiendo entre aquellas que han sido dictadas contra órganos y entes estatales (arts. 63 al 65), de las que tienen como condenados a los particulares o entes públicos no estatales (art. 66). Sobre estas últimas, sencillamente, remite a las normas del Código Procesal Civil y Comercial, motivo por el cual no nos adentraremos en su análisis.

En relación a las sentencias dictadas contra órganos y entes estatales, la intimación a su cumplimiento a que se refiere el art. 63.1 debe formularse una vez consentida o ejecutoriada la sentencia. En tal sentido, cabe entender que el plazo de cinco días debe contarse desde que ésta quedó firme (consentida o ejecutoriada).

²⁴⁷ GONZALEZ PEREZ, Jesús "Derecho Procesal Administrativo". Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, Tomo II, pág. 773 y sigs.

²⁴⁸ BOTASSI, Carlos A. "Ejecución de sentencias contra el Estado en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". La Ley 2000-E pág. 1116 y sigs.

También la nueva codificación habilita al juez a establecer un plazo para el cumplimiento de la sentencia. Si este no hubiere sido fijado o se hubiere remitido al previsto en el artículo 163 de la Constitución, no cabe duda que el cumplimiento debería darse dentro de los sesenta días desde la notificación y que vencido dicho término la parte podría pedir su ejecución. Si, en cambio, el juez hubiese fijado un plazo de cumplimiento distinto, podrían generarse dos interpretaciones: i) que corresponde aguardar el vencimiento de éste más el de los 60 días previstos en la norma constitucional, previo a requerir el cumplimiento directo de la sentencia; o ii) que dicho plazo debe considerarse incluido en el de 60 días previsto en el artículo 163 de la Constitución. Esta última parece ceñirse más adecuadamente al texto constitucional.

Ante la intimación la Administración puede adoptar tres conductas diferentes:

i) cumplir con la condena;

ii) poner de manifiesto la imposibilidad o la grave afectación del interés público que se derivaría de su cumplimiento;

iii) simplemente, no cumplir.

i) La primera hipótesis supone la satisfacción del pretendiente, tornando innecesario el dispositivo de ejecución.

ii) El artículo 65 contempla la posibilidad de suspender la ejecución cuando graves razones de interés público así lo requirieran. La "suspensión" puede ser temporaria o definitiva; siendo más propio, en este último supuesto, hablar de "sustitución" de condena.

Con todo, el principio que debe orientar la ejecución de sentencias es el cumplimiento del bien de la vida "en especie", quedando reservado al arbitrio judicial, previa sustanciación, el hacer lugar, o no, a lo peticionado por la Administración.

Al respecto, el citado artículo establece que "...cuando la Provincia, el municipio o el ente provincial o municipal, vencidos en el proceso, considerasen imprescindible la suspensión de la ejecución de la sentencia, por graves razones de interés público, podrán solicitarla al juez dentro de los veinte [20] días después de notificada. En tal petición deberán asumir el compromiso de reparar los daños y perjuicios que pudiere causar la suspensión, acompañando el acto administrativo que así lo autorice.

De la solicitud de suspensión se correrá traslado por cinco días a la contraparte. Si ésta se opusiere y ofreciere prueba, el juez abrirá el incidente a prueba por el plazo de diez días.

El juez dictará resolución dentro de los diez días de encontrarse los autos en estado. Si resolviese la suspensión de la ejecución del fallo, fijará el plazo correspondiente a su cumplimiento, así como el monto de la indemnización de los daños ocasionados, previo requerimiento de los informes que estimare necesarios".

La Administración debe justificar las razones por las cuales considera imprescindible la suspensión (en otros términos, cual es la grave afectación del interés público) y acompañar un acto administrativo que autorice el pago de los daños y perjuicios que ésta pudiere causar.

Si el juez suspende temporariamente la ejecución de la sentencia, fijará el plazo de cumplimiento y el monto de la indemnización. Si, en cambio, suspende definitivamente (sustituye) la ejecución de la misma, fijará el monto de la indemnización. Si rechaza el pedido de suspensión, continúa el procedimiento regular de ejecución de la sentencia.

iii) Si la autoridad administrativa no cumpliera con lo dispuesto en la sentencia, ni objetase su ejecución por razones de interés público, a pedido de parte el juez deberá establecer, de manera concreta y precisa, el quién, qué y cuándo de la ejecución, esto es, determinará con toda precisión la autoridad administrativa obligada, la conducta a cumplir y el tiempo para su concreción.

Notificado/s del mandato judicial, de persistir el incumplimiento, el o los funcionario/s involucrados serán personalmente responsables (solidariamente con la autoridad o ente respectivo), por todos los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la ilegal omisión, sin perjuicio de incurrir en otro tipo de responsabilidades (penal, política, disciplinaria, administrativa patrimonial).

La nueva codificación, con buen tino, tal como lo hacía la anterior en el artículo 90, prevé que el juez podrá adoptar de oficio, todas las providencias que estime convenientes para poner en ejercicio la atribución prevista en el artículo 163 de la Constitución, no pudiendo ser coartada ni por leyes que la restrinjan, ni por decretos de las mismas autoridades a las que deberá aplicarse aquel artículo.

Finalmente, resulta oportuno destacar que el art. 64 del C.P.C.A., con el objeto de que la conclusión definitiva del conflicto se alcance con mayor celeridad, dispone que los actos administrativos que, dictados para satisfacer la condena, se apartaren abiertamente de lo decidido por la sentencia o, so pretexto de cumplirla, la interpretaren en forma perjudicial a los derechos o intereses reconocidos o restablecidos a la parte vencedora, podrán ser impugnados en el propio proceso de ejecución, no dando lugar a un nuevo proceso.

10.4. Las leyes de emergencia o consolidación de deudas

10.4.a) Concepto de emergencia

La emergencia puede ser descripta como aquella situación cierta de grave peligro o riesgo para la comunidad que, a fin de ser conjurada, exige la adopción temporaria de necesarias medidas limitativas de derechos, a efectos de atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico, institucional y la sociedad en su conjunto²⁴⁹.

En términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "... Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, que origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin"²⁵⁰.

Toda emergencia supone una profunda crisis, un trastorno de proporciones, una situación de riesgo colectivo, que al exigir restricciones o limitaciones de derechos, resulta naturalmente resistida por los afectados. Empero, frente a una real situación de emergencia no puede afirmarse que la eficacia plena de tales derechos individuales o sociales esté garantizada, sino que, precisamente, tales limitaciones se adoptan, en definitiva, para asegurarlos²⁵¹.

10.4.b) Requisitos

En tanto excepcional, la existencia del derecho de emergencia en el Estado de derecho exige la acreditación de una situación de grave riesgo social, como así también la observancia de diversos límites en las medidas adoptadas para superarla: que estén enderezadas al bien común; que no importen alterar la sustancia o esencia del derecho objeto de limitación, que sean razonables y temporarias.

La C.S.J.N. en el conocido caso "Peralta", recordando las exigencias establecidas por el chief justice Hughes en el caso "Home Building v. Blaisdell", tuvo oportunidad de detallar, una vez más, los requisitos que justifican el dictado de una legislación de emergencia:

- i) Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad.
- ii) Que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos.
- iii) Que las medidas sean razonables, acordando un alivio justificado por las circunstancias;
- iv) Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que las hicieron necesarias.

10.4.c) Medidas de emergencia que han afectado o afectan la ejecución de sentencias contra el Estado

Efectuada la reseña sobre los distintos requisitos, cabe precisar las diversas medidas adoptadas, al amparo de la doctrina de la emergencia económica, en materia de ejecución de sentencias contra el Estado.

- a) Suspensión de procesos contra el Estado: ley 10.162, 11.174²⁵².
- b) Suspensión de procesos de ejecución de sentencias contra el Estado: ley 10.162, 10.867²⁵³, 11.174²⁵⁴, 12.424²⁵⁵, 12.727.
- c) Carácter declarativo de las sentencias condenatorias a pagar sumas de dinero: ley 8.827²⁵⁶, ley 10.235²⁵⁷.

²⁴⁹ VILLAFANE, Homero M. "La emergencia económico-financiera en la Provincia de Buenos Aires. Periodo 2001-2002. Incidencia sobre las remuneraciones del sector público. La Ley Buenos Aires, 2002, pág. 1481 y sigs.

²⁵⁰ C.S.J.N., causa "Peralta", Fallos 313:1513.

²⁵¹ En tal sentido, ha expresado el Alto Tribunal Nacional en la ya citada causa "Peralta": 56°) "... no hay violación del artículo 17 citado cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de esa propiedad. Antes bien, hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradójicamente, también está destinada a proteger los derechos presuntamente afectados que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación del sistema económico-financiero".

²⁵² Ley 11.174 (1991): Suspensión de procesos y ejecución de sentencias por 120 días, con excepción de responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de tránsito, jubilaciones o pensiones, relación de empleo o laborales.

²⁵³ Ley 10.867 (1990): Emergencia económica. Capítulo IV (arts. 10 a 16): Suspende la ejecución de las sentencias que condenen al pago de sumas de dinero, atribuyéndole efecto meramente declaratorio. Excluye: — Cobro de créditos laborales o nacidos de la relación de empleo público; indemnizaciones por expropiación; repetición de tributos; créditos por responsabilidad extracontractual; prestaciones de naturaleza alimentaria; jubilaciones y pensiones; amparos

²⁵⁴ Ley 11.174 (1991): Suspensión de procesos y ejecución de sentencias por 120 días, con excepción de responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de tránsito, jubilaciones o pensiones, relación de empleo o laborales.

²⁵⁵ Ley 12.424: Suspensión de procesos de ejecución de sentencias en que las municipalidades revistan el carácter de parte demandada o reconvenida.

d) Consolidación de deudas: Ley 11.192 (Provincial y Municipal); 11.752 (Municipal); 11.756 (Municipal); 12.532 (Municipal); 12.774 (Municipal); 12.836, modificada por ley 13.436 y 13.929 (Provincial); 13.137 (Municipal).

Consideramos que este último acápite es el que despierta mayor interés, motivo por el cual nos adentraremos al análisis de las principales características de los regímenes de consolidación de pasivos estatales²⁵⁸:

i) Las leyes nacionales 23.982, 25.344 y 25.725, y la ley provincial 11.192

El orden público de la mentada normativa (arts. 16 ley 23.982; 20 ley 11.192), conlleva su aplicación inexcusable e inmediata, su prevalencia respecto de cualquier otra legislación y la imposibilidad de apartarse de ella cuando se trata de deudas pasibles de ser consolidadas, aun cuando las partes no las hubieran invocado²⁵⁹.

La consolidación implica la novación de la obligación original y de cualquiera de sus accesorios, así como la extinción de todos los efectos inmediatos, mediatos o remotos que la imposibilidad de cumplir sus obligaciones por parte de cualquiera de las personas jurídicas u organismos comprendidos en el artículo 2 pudieren provocar o haber provocado. En lo sucesivo sólo subsisten a su respecto los derechos derivados de la consolidación. Asimismo, la cancelación de obligaciones con cualquiera de los bonos de consolidación creados en la presente ley extinguirá definitivamente la misma (art. 17 ley 23.982; art. 16 ley 11.192).

Quedan consolidadas las obligaciones vencidas o de causa o título anterior a la fecha de corte en cada caso establecida, que consistan en el pago de sumas de dinero o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero, en cualquiera de los siguientes casos:

* Cuando medie o hubiese mediado controversia reclamada judicial o administrativamente conforme las leyes vigentes acerca de los hechos o del derecho aplicable.

* Cuando el crédito o derecho reclamado judicial o administrativamente haya sido alcanzado por suspensiones dispuestas por leyes o decretos dictados con fundamento en los poderes de emergencia del Estado hasta el 1º de abril de 1991 y su atención no haya sido dispuesta o instrumentada por otros medios.

* Cuando el crédito sea o haya sido reconocido por pronunciamiento judicial, aunque no hubiere existido controversia, o ésta cesare o hubiere cesado por un acto administrativo firme, un laudo arbitral o una transacción.

²⁵⁶ Ley 8227 (1974): CARÁCTER DECLARATIVO: Las sentencias judiciales firmes que condenen a la Provincia de Buenos Aires, incluidas sus entidades autárquicas, empresas del Estado o cualquier otra categoría de persona jurídica estatal, al pago de sumas de dinero, tendrán carácter meramente declarativo, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretende. EXCLUSIONES: Quedan excluidas de las disposiciones de la presente ley las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual de los entes mencionados en el artículo precedente. PROCEDIMIENTO: A partir de la fecha en que la sentencia quede firme el Poder Ejecutivo incluirá en los proyectos de presupuesto general para los ejercicios subsiguientes, los medios conducentes al cumplimiento de la misma, no siendo de aplicación a estos efectos las disposiciones del artículo 16 de la ley 7764. Si transcurridos cinco años desde la fecha indicada en el párrafo anterior no se hubiere dado cumplimiento a la sentencia, ésta tendrá plena ejecutoriedad.

²⁵⁷ Ley 10.235 (1984): CARÁCTER DECLARATIVO: de las sentencias firmes que condenen a una persona jurídica estatal, provincial o municipal, al pago de una suma de dinero. EXCEPCIONES: las derivadas de responsabilidad extracontractual, materia de jubilaciones o pensiones, derivadas de la relación de empleo público o laborales. PROCEDIMIENTO: El Poder Ejecutivo incluirá en el proyecto de presupuesto de gastos para el ejercicio siguiente, la imputación con la que atenderá las erogaciones que resulten de las sentencias condenatorias comprendidas en el artículo 1º. El 31 de diciembre del año de ejecución del presupuesto en el que se hubiera debido efectuar la imputación mencionada en el artículo 3º, cesa el carácter declarativo de la sentencia, renaciendo la plena ejecutoriedad, con la actualización monetaria y accesorios a que hubiere lugar, de acuerdo a los índices y tasas establecidos en la propia sentencia.

²⁵⁸ Sin pretensiones de agotar la nómina de autores que se han ocupado sobre la temática, nos permitimos citar los que siguen: SPISSO, Rodolfo "Ley de consolidación de deudas del Estado", Depalma, 1992; ABERASTURY, Pedro "Ejecución de sentencias contra el Estado", Abeledo Perrot, 2001; CRIVELLI, Julio C. "La emergencia económica Permanente", Ábaco, 2001; CARATTINI, Marcelo G. "Inconstitucionalidad de la ley de consolidación de deudas del Estado en relación a la avanzada edad del titular del crédito", La Ley 1993-D-117; BEZZI, Osvaldo M.; BEZZI, Ana M.; BEZZI, Osvaldo H. "La ejecución de sentencias condenatorias al Estado y la emergencia económica", LL-1993-B-997; LONIGRO, Félix Vicente "Consolidación de deudas públicas", LL-1996-D-699; COHEN SALAMA, Claudio "Ley de consolidación de deudas de los municipios de la Provincia de Buenos Aires: la retroalimentación de la emergencia", LL Buenos Aires, 1997, 537; MONTI, Laura y VIEYTO FERREIRO, Mabel "Régimen de consolidación de deudas del Estado", Revista de derecho administrativo, n° 9, pág. 135; BOTASSI, Carlos A. "El incumplimiento de las sentencias contra el Estado", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, n° 52; MENDIGUREN, Alfredo, NICOLINI, Sara "La nueva consolidación de deudas en el marco de la ley 25.344 de emergencia económica", LL-2001-B-1310; RUIZ, Mara "El régimen de consolidación de pasivos estatales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", El Derecho, Diario del 30-VI-2010; SANGUINETTI, Juan C. "Consolidación de deudas del Estado", La Ley, diario del 17-XI-2010.

²⁵⁹ CSJN "Nuevo cómputo S.A." Fallos 331:1434 (2008). CSJN "Caraballo", Fallos 333:138 (2010): "...3º) Que la consolidación de las obligaciones comprendidas en el régimen de la ley 25.344, importa la novación de la obligación originaria y de cualquiera de sus accesorios, por lo que sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de ella (artículo 17 de la ley 23.982, al que remite el artículo 13 de la ley citada). Dicha circunstancia impone la sujeción a las disposiciones de la ley y a los mecanismos previstos en ella y en su reglamentación, en orden a la cancelación de los créditos sujetos a consolidación (Fallos: 317:739 y 322:1341). Y, en lo que al sub examine interesa, ajustar el requerimiento de pago al trámite y plazos previstos en los artículos 31 y 32 del decreto 1116/2000, cuya aplicación deviene inexcusable en atención al carácter de orden público que revisten las normas de la ley de consolidación (artículo 16 de la ley 23.982) lo que trae aparejado la irrenunciabilidad e imperatividad de esas disposiciones".

* Cuando se trate de obligaciones accesorias a una obligación consolidada.

* Cuando el Estado hubiera reconocido el crédito y hubiera propuesto una transacción en los términos del inciso a).

Las obligaciones mencionadas sólo quedarán consolidadas luego de su reconocimiento firme en sede administrativa o judicial.

Quedan excluidas: i) las obligaciones que correspondan a deudas corrientes, aun cuando se encuentren en mora, excepto las comprendidas en alguno de los incisos anteriores y las de naturaleza previsional; ii) el acreedor cuyos créditos queden sometidos al régimen de la presente ley podrá liberarse de sus deudas respecto a los profesionales que hubieren representado o asistido a las partes en el juicio o en las actuaciones administrativas correspondientes y respecto a los peritos en su caso, mediante cesión por su valor nominal de los derechos emergentes de esta ley, respetándose en su caso, la proporción de lo percibido en títulos o en efectivo; iii) también quedan excluidos del régimen de la presente ley el pago de las indemnizaciones por expropiación por causas de utilidad pública o por desposesión ilegítima de bienes, así declarada judicialmente con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En la práctica importa una espera con reducción de intereses, ya sea que se opte por el cobro del crédito en efectivo o en bonos de consolidación (arts. 6, 7, 10 y 12 leyes 23.982 y 11.192).

ii) La falta de ajuste, en perjuicio de los acreedores, de la ley de consolidación 12.836

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en dos oportunidades, se ha pronunciado descalificando el régimen de consolidación establecido por la ley 12.836, aún luego de las reformas introducidas por la ley 13.436.

En efecto, al conocer en la causa "Vergnano de Rodriguez" (Fallos 327:4668 — 2004), sostuvo que la legislación local se apartaba del marco federal que le sirve de referencia en varios aspectos: i) fecha de corte (en vez de fijarla en el 1º-I-2000 la estableció en el 30-XI-2001); ii) la cancelación de las obligaciones, exclusivamente, mediante la entrega de títulos públicos (la normativa federal preveía la opción por pesos); iii) el límite para la emisión de bonos (hasta un importe equivalente al quince por ciento del cálculo de recursos de la Administración Central vigente al momento de emitirlos), sin explicar en qué situación quedarían las deudas restantes si eventualmente superaran ese porcentaje.

Tras el citado pronunciamiento, la Provincia dictó la ley 13.436 poniendo de manifiesto que, con ello, superaba las observaciones formuladas por el cintero Tribunal Federal.

En un nuevo pronunciamiento del año 2008, la Corte Federal volvió a descalificar la norma local, aún tras la reforma referida, por cuanto continuaba estableciendo condiciones más gravosas para los acreedores que las previstas en el régimen nacional²⁶⁰.

En tales condiciones, en la ley de Presupuesto correspondiente al ejercicio 2009 (ley 13.929) se incorporaron una serie de artículos tendientes a superar las observaciones formuladas por la Corte Nacional. Por su parte, el Gobernador de la Provincia, mediante Decreto 201/10 hizo lo propio.

Aunque la Suprema Corte de Justicia, por mayoría, aún con las modificaciones precedentemente enunciadas, declaró la invalidez del aludido régimen, al considerar que continuaba siendo más gravoso que el federal (básicamente, por exceder el plazo máximo previsto por la legislación federal para la amortización total de las deudas)²⁶¹. Finalmente, a propósito del dictado del Decreto 304/12262 concluyó, en suma, que el sistema resultaba constitucional al haberse ajustado, también en este aspecto, al marco intrafederal de referencia²⁶³.

²⁶⁰ En la causa "Mochi", Fallos 331:352, señaló al respecto que i) el régimen local no establece, para las obligaciones que se cancelen en efectivo, el límite de dieciséis años contados a partir de la fecha de corte previsto en la legislación nacional (art. 14 ley 25.344 y 10 del Decreto reglamentario 1116/00), por lo cual, si eventualmente los recursos existentes no resultaren suficientes, podría extenderse más allá del término allí previsto, contrariando la prohibición del artículo 19 de la ley 23.982; ii) que la legislación local extiende más allá de lo permitido el comienzo del pago de la primera cuota de amortización de capital e intereses de los títulos públicos, en tanto el plazo para el pago de tales servicios se computa a partir de la fecha de emisión que ésta fija en el 30 de noviembre de 2001, mientras la regulación nacional lo hace en el 1º de enero de 2000 (art. 4º inc. d) del Decreto provincial 1578/02 y art. 24 inc. a) del Decreto Nacional 1116/00), lo que importa una demora de casi dos años en el comienzo de la percepción de la amortización de capital e intereses y iii) que si bien el artículo 11 de la ley 13.436 modificó el artículo 18 de la ley 12.836 en cuanto eliminó el límite del quince por ciento (15%) del cálculo de los recursos de la Administración central vigente al momento de emitir los títulos, la reglamentación mantiene dicho tope (art. 4 inc. f) del Decreto 1578/02 y arts. 18 y 19 del Decreto 577/06).

²⁶¹ C. 99.858, "Rodríguez", sent. del 17-VIII-2011, en la que también se hizo mérito del precedente de la CSJN "Cavada", sent. del 3-VIII-2010 (Fallos 333:1218), que excluyó de la consolidación provincial a las obligaciones cuya causa o título se hubiesen generado entre el 1-I-2000 y el 30-XI-2001, ante la falta de adhesión expresa por parte de la Provincia a la prórroga de la consolidación federal dispuesta mediante ley 25.725 (art. 58).

²⁶² Que "a fines de evitar futuros planteos de inconstitucionalidad" indicó que "el plazo máximo para hacer frente al total del pasivo consolidado (...) sea que el pago se realice en bonos de consolidación o mediante el procedimiento de pago en efectivo no excederá del 1º de enero 'de 2016'".

²⁶³ Causa L. 106273 "Geres de los Santos", sent. 6-XI-2013. En esa misma línea se ha expedido la Corte Suprema nacional en fecha reciente (*in re* "Ragone", sent. 30-IX-2014).

10.5. Conclusiones

1. Una consecuencia necesaria del Estado de Derecho es que la Administración está obligada al cumplimiento de los mandatos judiciales condenatorios. Ante su reticencia, los órganos jurisdiccionales deben efectivizar, actuar, concretar sus decisorios a través de la ejecución de sus sentencias.

2. Si la ejecución de un mandato judicial supusiere un serio compromiso al interés público, la Administración deberá hacerlo saber al órgano jurisdiccional mediante una presentación circunstanciada que objetivice tal afectación, proponiendo alternativas —suspensivas o sustitutivas—. Previa sustanciación, el juez, tras una cuidadosa evaluación, resolverá si corresponde hacer lugar o no al pedimento.

3. La lucidez y anticipación de los constituyentes de 1889 en esta temática superó todo obstáculo a la ejecución de sentencias en materia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires.

4. La regulación procesal proyectada por el Dr. Luis Varela, consagrada en el C.P.C.A. ley 2961, guardó sintonía fina con el mandato constitucional, contemplando minuciosamente los diversos aspectos de la problemática, enderezándolos a asegurar la concreción de las mandas judiciales.

5. El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, ley 12.008 y modificatorias, aunque más parco, regula con suficiencia el instituto bajo análisis. Indudablemente la experiencia de la anterior codificación resultará guía segura y provechosa para los operadores del novel ordenamiento.

6. En cuanto a los regímenes de consolidación cabe tener presente su carácter de orden público, como asimismo los límites impuestos a las regulaciones provinciales por la normativa federal que le sirve de base; la incorporación de cláusulas que importen condiciones más gravosas para los acreedores están condenadas a su descalificación constitucional.

11. Bibliografía

- Andreucci, C. A. “Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio”. Buenos Aires: ED 176-747.
- Bastons, J. L. y Eliades, A. (2006). “La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense. Caso Agropecuaria Las Garzas”. Buenos Aires: La Ley 2006-D-255.
- Bercaitz de Boggiano, A. L. “Demanda de nulidad de actos firmes y consentidos”. Buenos Aires: ED-131, pág.901.
- Bezzi, O. M., Bezzi, O. H. y Bezzi, A. M. (1987). “El cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa”. Buenos Aires: LL 1987-D, p.102.
- Bezzi, O. M. (1998). “El Código Procesal para el fuero contencioso administrativo de Buenos Aires”. Buenos Aires: La Ley 1998-E-932.
- Bianchi, A. (1995). “Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa”. Buenos Aires: LL 1995-A, pág.397.
- Botassi, C. A. (1996). “El proceso administrativo bonaerense sobre la base del interés legítimo (un fallo histórico). Buenos Aires: LL 1996-C, pág.20.
- Botassi, C. A. (2000). “El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado”. Buenos Aires: JA 2000-III, p.1141.
- Botassi, C. A. (2000). “Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos”. Buenos Aires: LL 2000-F, pág.594.
- Botassi, C. A. (2006). “Ejecución de sentencias contra el estado en el nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires” en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
- Botassi, C. A. (2006). “Contrarreforma del Proceso Administrativo Bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la Ley 13101)”, *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2006). “La materia contencioso administrativa. El criterio subjetivo” en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A., (2006). “Control judicial de la actividad administrativa discrecional” en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2011). “Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo”, en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. y Morello, A. (2003). “Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires”. Buenos Aires: JA 2003-II, supl. fasc. n° 6, p.43.

- Bulit Gofii, E. (1997). "El solve et repete desde los principios superiores y la realidad cotidiana". Buenos Aires: Revista Latinoamericana de Derecho Tributario.
- Cabral, P. O. (2002). "La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la Jurisdicción contencioso administrativa". Buenos Aires: JA, Sup. Derecho Administrativo, 09-10-2002.
- Cabral, P. O. (2006). "La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires", en Acceso a la Justicia. Buenos Aires: La Ley.
- Cabral, P. O. (2008). "La pretensión prestacional en el proceso contencioso administrativo bonaerense", en Bastons, J. L. Derecho Público para Administrativistas. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cabral, P. O. (2007). "La responsabilidad del Estado en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP, Año XXXI, N° 361.
- Cabral, P. O. (2008). "El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia legislativa". Buenos Aires: Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la CABA, año 2, N° 2.
- Cabral, P. O. (2015). "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo", Infojus, Id: DACF150657.
- Cabral, P. O. e Isabella, D. P. (2007). "Competencia del nuevo Fuero Contencioso Administrativo en materia sancionatoria. Especial referencia a los juzgados de faltas municipales". Buenos Aires: Rap Bs.As. (55-56), p.5.
- Cassagne, J. C. (2011). "Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. (Coordinador). *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cassagne, J. C y Perrino, P. (2006). *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Colombo, J. M. (2006). "Enjuiciamiento de los casos administrativos originados en la actuación de los colegios y consejos profesionales de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL Buenos Aires-2006, p.141.
- Comadira, J. R. (2011). "Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública", en Botassi, C. A. -Director y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Creo Bay H. y Hutchinson, T. (2006). *Amparo por mora de la Administración pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- D'Argenio I. (2003). "La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes". Buenos Aires: JA 2003-III, p.252.
- D'Argenio, I. (2006). *La Justicia administrativa en Argentina*. Buenos Aires: F.D.A.
- D'Argenio I. (2011). "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial", en Botassi, Carlos A. (Director) – Oroz, Miguel H. E. (Coordinador), "El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Platense, 3ª edición, 2011.
- Fiorini, B. (2006). *Qué es el contencioso*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Gamaleri, R. A. "Límites constitucionales al ejercicio del poder tributario". La Plata: Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 52, pág.133.
- García Pullés, F. (1993). "El agotamiento de la vía administrativa". Buenos Aires: LL 1993-A-1044.
- Gozaíni, O. A. (2005). "Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores". Buenos Aires: LL 1/12/05.
- Grau A. (1971). *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Hutchinson, T. "Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: ED 115-415.
- Hutchinson, T. "El Tribunal de Cuentas rinde cuentas ante el Tribunal de Justicia". Buenos Aires: Función Pública N° 21, pág.15 (comentario al fallo de la SCBA B-49102 "Pizzagalli").
- Hutchinson, T. (2005). *Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Editora Scotti.
- Hutchinson, T. (2011). "El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Isabella, D. P. –Director- (2010). *Código Contencioso Administrativo Comentado*, Buenos Aires: RAP.

- Isabella, D. P. (2006). "La reforma de la ley 13.101. La impugnación de ordenanzas en la Provincia de Buenos Aires", *La Ley Buenos Aires* 2006-973.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (1996) "Control judicial. Habilitación de la instancia judicial", *El Derecho Administrativo hoy*, Jornadas Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (2004) "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", *Derecho procesal administrativo*, obra colectiva en homenaje al Prof. Jesús González Pérez, Hammurabi, Bs.As., 2004, Tl, cap.3, 12, pág.461.
- Leal, I. A. "Amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires". La Plata: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* N° 37, La Ley, 2007, pág.1.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires mediante la vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad". Buenos Aires: ED-184, p.1029.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (su deslinde con otras vías de control de constitucionalidad en el ámbito local)". Buenos Aires: ED-187, p.862.
- Mairal, H. (2003). "La legitimación en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: RAP Bs.As., mayo 2003, pág.111.
- Maljar, D. (2002). *El proceso contencioso administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires*. La Nueva Justicia Administrativa. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "El solve et repete en el nuevo código contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED, 29-09-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "Responsabilidad del Estado provincial por la no puesta en marcha del fuero contencioso administrativo". Buenos Aires: JA, 20-12-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2002). "Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español". Buenos Aires: JA, 7-08-2002.
- Mamberti, C. E. (2003). "La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Mantarás, P. (2000) "¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?". Buenos Aires: LL 2000-C, p.131.
- Marafuschi, M. (2011) "Principio solve et repete" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (1997). "Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: RAP suplemento especial Administración Local y Derecho N°4, Ciencias de la Administración.
- Milanta, C. (1998). "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL 1998-B, pág.506.
- Milanta, C. (2003). "Proyección de la tutela judicial efectiva en materia administrativa (la fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003)", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (2011). "Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Morello, A. (1987). "La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Tribunal de Cuentas (comentario a Pizzagalli)". Buenos Aires: JA, 1/04/87, p.11.
- Muñoz, G. A. (1990). "Inmunidad del poder: la inactividad administrativa". Buenos Aires: LL 1990-B, pág.891.
- Oroz, M. H.E. (2003). "La Suprema Corte de Buenos Aires en un punto de inflexión hacia la implementación del fuero procesal administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 2003-II, pág.111.
- Oroz M. H.E. (2006) "Los casos de Responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional y la incompetencia del fuero administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-D, pág.240.
- Oroz, M. H.E. (2006). "La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-F, pág.84.
- Oroz, M. H. E. (2011) "Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo bonaerense" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.

- Ortiz, R. M. (2011). "Justicia Administrativa: doctrina fundacional de la Suprema Corte de Justicia", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Perrino, P. E. "Un cambio de jurisprudencia saludable que posibilita el control de constitucionalidad en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED 177-812.
- Perrino, P. E. (1991). "La ampliación de la demanda en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 1991-E, p.954.
- Perrino, P. E. (1995). "La justicia contencioso administrativa en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reformada". Buenos Aires: La Ley 1995-E-798.
- Perrino, P. E. "El requisito del pago previo en el código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis N° 52, pág. 255.
- Perrino, P. E. (2011). "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Richero, M. J. (2011). "El sistema recursivo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Salaberren, R. A. (2011). "La ejecución de sentencias en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Seara, J. I. (2007). "Las excepciones en el Código Procesal Contencioso Administrativo Bonaerense". Buenos Aires: LL Buenos Aires 2007, p.1191.
- Soria, D. F. (1995). "Bases constitucionales del proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP N° 196, Ciencias de la administración, Buenos Aires, 1995.
- Soria, D. F. (1994). "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional". Buenos Aires: REDA N° 17, Depalma, Buenos Aires, 1994".
- Soria, D. F. (1997). "El proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: RAP N° 227, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997.
- Soria, D. F. (1988). "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo". Buenos Aires: LL 1988-B, p.580.
- Soria, D. F. (2011). "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (1985). "La exigencia del solve et repete en el régimen contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 1985-III, pág.631.
- Tribiño, C. R. (1993). "La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-B, p.750.
- Tribiño, C. R. (1993). "La demanda en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-E, p.782.
- Tribiño, C. R. "Las excepciones previas en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: ED 102-965.
- Tribiño, C. R. (2003). "El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (2011). "Los plazos para demandar ante los tribunales contencioso administrativos", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Villafañe, H. M. (2005). "El solve et repete en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2005-241.
- Villafañe, H. M. (2006). "Competencia material contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2006-277.

CAPÍTULO 13

Proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Claudia Angélica Matilde Milanta

1. Procesos Especiales

1.1. Introducción

Entre las innovaciones que presenta el nuevo sistema contencioso administrativo bonaerense cobra especial interés la variedad de vías procesales para el trámite del proceso administrativo o bien, para seguir la terminología del Código sobre la materia (ley 12.008 y sus reformas), la existencia de un proceso ordinario y de procesos especiales.

Del juicio de “plena jurisdicción” como única expresión del sistema tradicional diseñado por el denominado Código Varela -ley 2961 y sus modificatorias- al amparo del anterior régimen constitucional¹, se ha pasado a un ordenamiento que contempla diferentes procesos en materia administrativa para dar satisfacción adecuada a la tutela judicial efectiva y a la decisión de las causas en tiempo razonable (art. 15, Constitución provincial) pues ello dependerá, entre otros factores, de que junto al carril básico ordinario, existan vías alternativas o especiales más rápidas y sencillas, además de que se adecuen a las particularidades de las distintas pretensiones.

La renovación de los tipos procesales no configura un cambio aislado². El nuevo sistema de justicia administrativa bonaerense implica una transformación en términos estructurales y no una suma de modificaciones parciales, como la mayor amplitud en la legitimación o la dosificación de los presupuestos procesales o la diversidad de procedimientos, entre muchos otros temas. Se presenta una reforma integral que importa un salto cuantitativo y cualitativo entre el viejo y el nuevo ordenamiento, circunstancia que responde -entre otros motivos- a la falta de actualización³ del viejo sistema durante más de cien años de

¹ El régimen contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires se organizó en la Constitución de 1873 manteniéndose incólume hasta la reciente Constitución de 1994 que modificó sustancialmente sus elementos constitutivos.

El inc. 3º del art. 156 de la Constitución de 1873 estableció entre las atribuciones de la Suprema Corte: “Decide las causas contenciosas administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia y los demás procedimientos de este juicio”. Con la reforma constitucional de 1889 se incluyó la “retardación” (inc. 3º, art. 157) y desde entonces el precepto se mantuvo inalterado (inc. 3º, art. 149, Const. 1934; inc. 3º, art. 126, Const. 1949; inc. 3º, art. 149, Const. 1934) hasta su supresión en 1994. Tales bases constitucionales signaron el nacimiento y funcionamiento de un sistema contencioso administrativo, con la entidad de constituir un ámbito de la Administración Pública, mediante un proceso de pleno conocimiento con sentencia de condena ejecutable (art. 151).

² El art. 166 último párrafo de la Constitución de 1994 establece: “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados, y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”. El art. 163 reproduce en esencia la anterior disposición constitucional referida a la ejecución de sentencias de condena en las causas contenciosas administrativas (art. 151 Const. de 1934, precepto que fuera incorporado en la Ley fundamental de Buenos Aires de 1889). Por último, el art. 215 de la Constitución de 1994, norma transitoria, dispone -en su primer párrafo- “La Legislatura establecerá el fuero contencioso administrativo ...y sancionará el Código Procesal respectivo, para su entrada en vigencia conjunta”.

³ Porque la disposición constitucional y el Código no fueron reformados y la jurisprudencia de la S.C.B.A. se mantuvo apegada - hasta el año 2002- al modelo tradicional, aunque con algunos hitos de relieve en su desarrollo (como el paso de la no justiciabilidad a la justiciabilidad plena de los actos del Tribunal de Cuentas, la revisión amplia de actos dictados en ejercicio de facultades

vigencia. Los cambios estructurales, sin embargo, no vienen a alterar la esencia que están en el tronco común del contencioso administrativo de la Provincia (y de la Nación), su carácter judicialista, que es el lecho donde reposan lo viejo y lo nuevo.

1.2. Contencioso de “Plena Jurisdicción”

Con la reglamentación del viejo Código bonaerense, que implantó, aunque sin denominarlo así, el proceso de “plena jurisdicción”, La realidad del contencioso bonaerense se desarrolló en el marco del proceso por el Código Varela, como único procedimiento aplicable a la materia administrativa de incumbencia exclusiva de la Suprema Corte. La jurisprudencia mayoritaria y tradicional de ese Tribunal, había descartado la posibilidad de que esa materia fuese conocida y resuelta en procesos abreviados por aplicación del CPCC o de leyes especiales y además había mantenido una línea constante en el sentido de aceptar como único trámite del juicio contencioso administrativo, el previsto en el aludido C.C.A. Es así que habían quedado fuera de la competencia originaria de la Suprema Corte las acciones que abren procesos de trámite sumario o sumarísimo, específicamente las de amparo o similares -vgr. hábeas data, amparo por mora-⁴, del mismo modo que los procesos sumarios en acciones de mera declaración de certeza y hasta podríamos mencionar los procesos cautelares autónomos.

Esa jurisprudencia se asentaba en lo sustancial en dos razones o causas principales: la reglamentación específica (ley 2961) que desplazaba cualquier otra norma procesal, particularmente las del C.P.C.C.; la concepción basada en la apertura de la instancia judicial a través de la pretensión principal anulatoria de actos administrativos lesivos de derechos, lo que ha impedido que el caso en materia administrativa se presentase apto para suscitar la jurisdicción mediante otras pretensiones.

Es más, al ensancharse la legitimación hasta comprender en forma explícita a los “intereses legítimos” -cosa que ocurrió por vez primera, en el caso “Rusconi” de 1994-, la Corte no lo hizo implementando un trámite abreviado o sumario propio de proceso de ilegitimidad donde -tradicionalmente- encontraban protección dichos intereses, sino aplicando los procedimientos del juicio de plena jurisdicción con la consecuencia de admitirse las pretensiones propias de la amplitud de esa vía -nos referimos, principalmente, a la indemnizatoria-. Y esto, en definitiva, ha redundado en beneficio de la protección de tales intereses que no vieron limitada la frontera procesal a la mera confrontación de la legalidad del acto impugnado.

La situación descrita tuvo un vertiginoso cambio de rumbo a partir del año 2002, abriéndose una etapa novedosa y fecunda en la doctrina del alto Tribunal provincial que, informada por los nuevos contenidos de la reforma (arts. 166, quinto ap. Const. Prov.) en armonía con la tutela judicial (art. 15 de la misma Const.), se tradujo en la admisibilidad de diferentes pretensiones -además de la anulatoria- y variedad de vías procesales en materia administrativa (juicios ordinarios, sumarios y sumarísimos; regidos por el viejo Código contencioso administrativo, por el C.P.C.C. o leyes especiales)⁵.

1.3. El nuevo Código Procesal Administrativo

Ahora bien, a fin de analizar los procesos especiales cabe tener presente que el Código (ley 12.008 y sus reformas) está estructurado en tres partes.

El Título I, Del Proceso Administrativo, se integra con las instituciones generales y comunes (competencia material y territorial, representación estatal, terceros, pretensiones, legitimación, requisitos de admisibilidad de las pretensiones, medidas cautelares, recursos, ejecución de sentencia, etc.) y, luego, con la reglamentación del proceso ordinario (demanda, examen de admisibilidad, ampliación o transformación, contestación, excepciones, reconvencción, diligencias ulteriores, audiencia -art. 41-, prueba, alegatos, sentencia, recursos, ejecución de sentencia, otros modos de terminación del proceso). Muchas de las

discrecionales, la extensión de la legitimación a los titulares de intereses legítimos, entre otros) que han significado una valiosa evolución.

A partir del año 2002, con la parcial renovación de ese Tribunal, se abrió paso a una profunda transformación jurisprudencial que, en la Justicia Administrativa, dio vida a la operatividad del nuevo sistema.

⁴ Por excepción esto ocurría cuando, por excusación de los jueces de la S.C., el Tribunal se integraba con otros magistrados del Poder Judicial o de la lista de Conjueces y, así constituido, decidía admitir originariamente las causas de amparo, amparo por mora u otras (vgr. cautelar anticipada) que en la jurisprudencia del alto Tribunal en su composición permanente, según se entendía, no integraban su competencia originaria, como se dijo en el texto.

⁵ Ampliar en nuestro trabajo *Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo. La Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires* en la obra colectiva *Doctrina actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2004, pág. 109/173.

disposiciones del proceso ordinario también serán de aplicación a los procesos especiales. No hay una diferenciación rígida de las normas del Título I en cuanto proceso ordinario-procesos especiales; es la base de todo el proceso administrativo a partir de la cual se van a estructurar las vías abreviadas.

El Título II, *De los Procesos Administrativos Especiales*, con cinco capítulos, prevé varios tipos procesales con régimen particular, a los que más adelante nos hemos de referir.

El Título III, donde se incluyen *Disposiciones complementarias y transitorias* (previsiones relativas a la aplicación del C.P.C.C. y a la vigencia del C.P.C.A.) y *Disposiciones modificatorias y derogatorias*.

Como hemos dicho, la modificación en orden a los procedimientos del juicio contencioso administrativo es cuantitativa y cualitativa. No sólo por las variantes que presenta el nuevo régimen procesal (ordinario, sumario y sumarísimo) sino porque ello traduce innovaciones en torno al amparo de distintas situaciones jurídicas, a través de diferentes pretensiones, con extensión de la competencia material, etc. Como ya señalamos, el cambio no obedece a la mera ampliación de los cauces procesales, sino que gravita en el escenario de una reforma integral.

Colocada la pretensión como instituto central del nuevo régimen procesal, se observa una relación entre aquella y la vía o vías alternativas que darán cauce adecuado para el juzgamiento de la cuestión. No obstante, la intensidad del vínculo proceso-pretensión es de diferente grado según los casos y conforme comentaremos más adelante.

A partir de la modificación introducida por la ley 13.101 cabe diferenciar, en el ámbito de la Justicia Administrativa, entre proceso de conocimiento y de ejecución. Ello es consecuencia de haberse incluido como caso contencioso administrativo a la ejecución de tributos provinciales⁶. Ahora bien, debe tenerse presente que la última reforma legal, al crear el Fuero de Ejecuciones Fiscales (ley 13.435) que aún no ha entrado en vigor, vuelve a excluir ese supuesto del ámbito de competencia del FCA⁷.

Por lo tanto el proceso administrativo, a grandes rasgos, es susceptible de varias distinciones: general-especial (según la sistemática del Código); ordinario-sumario-sumarísimo (según la mayor o menor amplitud de debate y prueba en los procesos de conocimiento); de conocimiento-de ejecución (hasta la entrada en vigencia del fuero de ejecuciones fiscales).

- La ley 12.008, como se señaló, establece en el Título I un proceso de conocimiento madre, básico, general, que es el *proceso ordinario*, caracterizado por su amplitud porque es viable para la mayoría de las pretensiones que el Código contempla (sólo se exceptúan aquellas que tienen previsto un trámite específico, por lo general muy abreviado, como es el caso de la de cesación de vías de hecho o del amparo por mora), está abastecido de los plazos más extensos, de la posibilidad de ofrecer y producir pruebas en forma plena, de la mayor cantidad de medios y oportunidades de defensa (demanda, contestación, reconvencción, excepciones). Es general porque rige o puede regir para la mayoría de los casos contencioso administrativos; básico, porque brinda el cimiento sobre el que se estructuran los otros procesos (cfr. art. 69 y ccs.) y, por lo mismo, también presenta carácter *supletorio* de los procesos especiales (cfr. principio expresado en el art. 74, texto anterior a la ley 13.325), sin perjuicio de la directa aplicación a ellos de sus disposiciones, según los casos (vgr. art. 69 cit.).

Puede decirse que tiene carácter *residual* en tanto, de fracasar la opción por el proceso sumario debido a las circunstancias del caso, el trámite ha de sustanciarse con arreglo a las reglas propias del ordinario (cfr. arts. 68, esp. inc. 3, 72, primer apartado).

- Junto al proceso ordinario, el Código establece o prevé varios procesos especiales. Por un lado se cuentan los tipificados y reglados en el mismo ordenamiento y que conforman el Título II, compuesto por cinco capítulos. Asimismo, de otras previsiones se desprende la viabilidad de cauces abreviados, por lo general, con amplia remisión a las normas del C.P.C.C.

Los procesos especiales contemplados en el Título II del Código son: el sumario de ilegitimidad, el sumario para la impugnación de sanciones en materia de empleo público, el recurso directo contra resoluciones de Colegios o Consejos Profesionales, el amparo por mora y la ejecución tributaria provincial⁸ (capítulos I, II, III, IV y V, respectivamente).

Como procesos diferentes al ordinario previstos en el Código por remisión a los trámites reglados en el C.P.C.C. se pueden incluir: el proceso sumarísimo para la impugnación de vías de hecho (cesación de una vía de hecho administrativa); el proceso sumario o sumarísimo para la pretensión declarativa de certeza.

La especialidad no deriva en todos los supuestos de una misma circunstancia. En principio, como se dijo, los determina la pretensión (impugnatoria, pronto despacho de actuaciones administrativas, cesación de

⁶ Cfr. arts. 2 inc. 8 y 76 bis ley 12.008 (según ley 13.101), art. 3 del decreto ley 9.122/78 (según ley 13.101) y art. 2 ley 12.074 (texto según ley 13.405).

⁷ Nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

⁸ El capítulo V fue incorporado por la ley de reformas 13.101 y, de este modo, junto a los procesos especiales previstos hasta entonces -todos ellos de conocimiento abreviado- se ha incluido un tipo procesal diferente, el de ejecución.

una vía de hecho, declarativa de certeza, ejecución de tributos provinciales -esta última a partir de la ley 13.101 y hasta tanto entre en funciones el fuero creado por la ley 13.435-. Más también los define, en parte, la materia (disciplinaria de empleo público, gobierno de la matrícula de las profesiones liberales).

En líneas generales los procesos especiales de conocimiento se caracterizan y tienen en común la concentración y simplificación, ya por excluirse la etapa probatoria (acotándose los elementos de juicio a la documental acompañada y expedientes administrativos agregados), o limitarse la producción, ya por abreviarse los términos procesales, ya por restringirse las facultades de las partes. Simplificación y brevedad. En cuanto a la ejecución tributaria provincial, presenta las peculiaridades del tipo de procedimiento de ejecución y, al respecto, el Código remite al trámite del apremio que regla el decreto ley 9122/78 (art. 76 bis), reemplazado por la ley 13.406 actualmente vigente.

Cuando hablamos de proceso especial en el nuevo código reparamos en la circunstancia de un proceso de conocimiento abreviado (en contraste con el ordinario) o de un proceso ejecutivo, siempre en este último caso con la salvedad que se trata de un régimen supeditado ahora a la efectividad de la organización establecida por la ley 13.435.

Ahora bien, dentro de los tipos especiales de conocimiento podría asignarse el carácter de *proceso especial básico* al sumario de ilegitimidad, debido a que se lo regula con carácter general para cualquier materia en relación a la clásica pretensión impugnatoria, mientras que los restantes tienen mayor especificidad material -empleo público, gobierno de la matrícula- o guardan directa vinculación con una pretensión determinada -amparo por mora-.

En suma, en el nuevo ordenamiento encontramos las siguientes variantes en orden a los procedimientos

-*Proceso ordinario* (Título I, arts. 1 a 66) -optativo, en algunos casos-

-*Proceso sumario de ilegitimidad* (Título II, Capítulo I: arts. 67 a 70) -optativo-

-*Proceso sumario para la impugnación de sanciones en materia de empleo público* (Título II, Capítulo II: arts. 71 a 73) -optativo-

-*Proceso (Recurso Directo) para la impugnación de resoluciones de Colegios o Consejos Profesionales* (Título II, Capítulo III: art. 74)

-*Proceso de amparo por mora* (Título II, Capítulo IV: art. 76)

-*Proceso ejecutivo* (Título II, Capítulo V: art. 76 bis, Decreto Ley 9.122/78 y Ley 13.406)

-*Proceso ordinario, sumario o sumarísimo en relación a la pretensión de sentencia meramente declarativa* (arts. 12 inc. 4, ley 12.008; art. 322, C.P.C.C.) -optativo-

-*Proceso sumarísimo en relación a la pretensión de cesación de vías de hecho administrativas* (arts. 12 inc. 5 y 21, ley 12.008).

A los mencionados podría agregarse todavía el trámite previsto en relación a la pretensión cautelar anticipada (cfr. art. 23, ley 12.008) y su potencial aptitud para constituir un proceso autónomo.

Un tipo de pretensión que ha cobrado particular relevancia práctica en estos años es la de medidas autosatisfactivas que, más allá del distinto encuadre jurídico y procesal (C.P.C.C. o C.C.A.) que se les ha venido asignando al carecer de un régimen normativo, se caracterizan por tratarse de remedios de carácter urgente y por ende con trámite de índole sumarísima.

Todo ello sin perjuicio de que, como no se trata de un diseño cerrado, tanto en la mención de los casos contencioso administrativos (art. 166, C.P.; arts. 1, 2 último párrafo y concs., ley 12.008) cuanto en las pretensiones (art. 12 y concs.) así como en la aplicabilidad del propio Código que no desplaza la del Procesal Civil y Comercial (art. 77 y concs.), las variables en torno a los cauces procesales potencialmente quedan abiertas según lo requiera el asunto en tratamiento y la tutela judicial (art. 15, C.P.).

De lo expuesto resulta con claridad que el proceso administrativo puede tramitar de conformidad a las normas propias del ordinario, sumario o sumarísimo como, asimismo, todavía, con arreglo a las de procedimiento de apremio, según los casos. Juicios de conocimiento y juicio ejecutivo.

En cuanto a los *tipos de conocimiento* las diferencias devienen, como ya señalamos, de la mayor o menor amplitud de los plazos, cantidad de trámites, oportunidades para la defensa de las partes. Al respecto, como enseña Couture, por proceso o juicio ordinario se entiende aquel que, por su amplitud de trámites y multiplicidad de oportunidades para hacer valer los medios de ataque y de defensa, reúne las máximas garantías procesales y por proceso sumario, aquel que por virtud de la reducción de los términos procesales y de las oportunidades para hacer valer los medios de ataque y de defensa, reduce las garantías propias del proceso ordinario⁹. Agregamos que no se trata de que en el primer supuesto estén mejor garantizados los derechos que en el otro; se trata de que la complejidad del trámite se va a adecuar según las connotaciones de la contienda. Que la faz instrumental de la función judicial, en el proceso

⁹ Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera edición (póstuma), Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 81.

administrativo, encuentre los medios apropiados para ser efectiva, lo mismo que la tutela que está destinada a satisfacer.

Hasta el dictado de la ley 13.325 valía la afirmación que todos los procesos administrativos, ordinario y especiales, se iniciaban por “demanda”¹⁰. Aun aquellos que vinieron a reemplazar vías recursivas judiciales de conocimiento abreviado anteriores a la reforma constitucional sobre asuntos que no integraban la materia contencioso administrativa, como es el caso de la impugnación de las resoluciones de los Colegios Profesionales referidos al gobierno de la matrícula –hoy modificado-. No cabe en la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo a la Constitución, sus antecedentes y en el marco de la reglamentación del CPCA (antes de la ley 13.325 cit.), establecer diferencias entre los procesos ordinario y especiales según se inicien por demanda o por recurso¹¹. Creemos que, aunque la ley 13.101 utilizaba, en relación a la pretensión impugnatoria de los actos del Tribunal de Cuentas, la expresión “podrán ser recurridos”, nada justificaba efectuar interpretaciones que se apartasen de lo expuesto para estos casos. Por el contrario, la vía ordinaria –ahora también reformada por ley 13.405- a la que quedaban sujetas tales controversias (art. 31, ley 10.869, texto según ley 13.101), se iniciaba con la demanda (Título I, art. 27 y cons., ley 12.008).

Ahora bien, varias reformas alteraron ese panorama en el que cabía una adecuada exégesis constitucional. De un lado, con la ley 13.325 irrumpe un “recurso directo” ante las C.C.A.¹² que se incorpora en sustitución del proceso especial previsto en el art. 74 de la ley 12.008, recurso de cuya validez constitucional se vienen ocupando diferentes pronunciamientos, como más adelante veremos. Por otro, la ley 13.405 altera asimismo el sistema de doble instancia pero instaurando la *competencia originaria en juicio pleno* de las C.C.A. para entender *en las demandas* promovidas para impugnar las resoluciones del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Fiscal de Apelación (art. 2, ley 12.074).

Por lo tanto, independientemente por ahora de si se hallan a resguardo las garantías necesarias, en la actualidad el sistema legal procesal contempla la demanda –sea en doble o única instancia ante las CCA- y el recurso –en única instancia ante las CCA- para acceder a la justicia administrativa.

1.4. El Proceso Administrativo y la aplicación del CPCC

A grandes rasgos, cabe diferenciar dos modalidades de aplicación del CPCC al proceso administrativo: directa y supletoria o complementaria. La primera -directa- por remisión legal expresa, precisa e imperativa, de donde la norma -del C.P.C.C.- así llamada a integrar el proceso administrativo, pasa a formar parte de él por decisión legislativa; es la norma establecida para el caso. La segunda -supletoria o complementaria- requiere de una tarea interpretativa frente a supuestos imprevistos o incompletos, o a soluciones que son consideradas inadecuadas y, en esa búsqueda, el principio de la compatibilidad jurídica (entre el C.P.C.C. y el C.P.C.A.) es la pauta de ponderación fijada por la norma general o particular de remisión. Cabe tener presente que, de todos modos, no hay una rígida distinción entre uno y otro camino, desde que la actividad judicial no es aplicación mecánica o automática de prescripciones jurídicas.

Entre los supuestos particulares en que se dispone la aplicación directa del C.P.C.C. al proceso administrativo, se pueden mencionar: art. 11 sobre intervención de terceros; trámite del proceso de conocimiento sobre la pretensión meramente declarativa art. 12 inc. 4; trámite sumarísimo para el desarrollo del proceso impugnatorio de vías de hecho art. 21 segundo párrafo; tipos de medidas cautelares, art. 22 inc. 2; caducidad de las medidas cautelares anticipadas, art. 23 inc. 2 b; acreditación de la representación

¹⁰ La única excepción podría ser el “amparo por mora” toda vez que el Código evita denominar demanda al escrito inicial -llamado solicitud- semántica que evidentemente responde a las particularidades de ese instituto, que más adelante consideraremos.

¹¹ Mucho se ha escrito sobre la diferenciación entre demanda y recurso, sobre todo, en el tratamiento y estudio del contencioso administrativo nacional donde ha proliferado la legislación de sinnúmero de recursos judiciales contra actos administrativos. En derecho procesal administrativo existe consenso en que tanto la demanda como el recurso constituyen ejercicio de la acción contencioso administrativa, sólo que en el primer caso a través de un proceso ordinario y en el segundo a través de un proceso especial de creación legislativa (a veces llamado apelación, otras nulidad, otras es innominado) de carácter excepcional y delimitando la revisión judicial a los márgenes autorizados por la norma -v. caso “Basterica”, sent. del 17-IX-58 de la CNC sala cont. Adm., LL: 93-36- (cfr. Armando E. GRAU, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Platense, 1971, p. 63/67). Mas ese criterio de distinción no puede ser trasladado a Buenos Aires donde, antes de la reforma constitucional, el único proceso era el juicio pleno y, después de dicha reforma, las vías ordinarias y especiales no se diferencian por ser amplio o extraordinario el juzgamiento (lo que no tendría sustento constitucional) sino por los caracteres del procedimiento judicial. Resulta de interés como antecedente sobre el alcance que se ha dado a la palabra “recurso” en la legislación provincial (donde no se la emplea con asiduidad), el pronunciamiento de la SCBA del 27-XI-90 dictado en la causa “Ceretta de Ferrari” donde interpretó que el “recurso” para ante la Corte local que contra las resoluciones de la Caja previsional para ingenieros establecía la vieja ley 5920 -art. 40-, equivalía “acción contencioso administrativa”, dándole así a la palabra recurso un alcance o significado amplio (art. 149 inc. 3 Const. prov. y C.C.A.).

¹² En nuestra opinión y en líneas generales, esta vía no es susceptible de encuadre congruente con los principios rectores de la justicia administrativa local: *plena justiciabilidad de la administración y acceso irrestricto a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva*.

invocada en la demanda, art. 28 inc. a; notificación de la demanda cuando el demandado fuese un particular, art. 33 inc. 6; requisitos de la sentencia -en lo pertinente-, art. 49; trámite probatorio y articulación de hechos nuevos en instancia de apelación de la sentencia definitiva, art. 57 inc. c; caducidad de la instancia de apelación, art. 58 inc. 5; formas y contenidos de la sentencia de cámara, art. 59 inc. 4; recursos extraordinarios -en lo pertinente-, art. 60; ejecución de sentencias contra particulares y entes no estatales, art. 66.

Por otra parte, con carácter general, el art. 77 declara en su inciso 1 la aplicación al trámite de los procesos administrativos de las normas previstas en el CPCC en cuanto no sean incompatibles con las del CPCA. Precepto que permite considerar la previsión de un mecanismo amplio de supletoriedad.

Otras disposiciones de la ley 12.008 prevén casos puntuales de sujeción al C.P.C.C. en la medida de ser acorde con el proceso administrativo: vgr. art. 61 inc. 1 sobre otros modos de terminación del proceso (allanamiento, desistimiento, conciliación y transacción) en que se aplica el CPCC en cuanto resulte compatible; art. 63, referido al procedimiento de ejecución de sentencia contra el Estado que se regirá por el CPCC en tanto no contradiga las del CCA.

La experiencia de los últimos años, a partir de que la Corte provincial comenzara a modificar y superar los criterios anclados en el antiguo modelo, ha demostrado la armónica convivencia del ordenamiento procesal civil y comercial con el proceso administrativo, sin desmedro de las peculiaridades de este último (cfr. casos “Rizzo Patrón”, res. de fecha 26-VI-02; “Caja de Previsión Social”, res. 17-VII-02; “Consortio”, res. 23-X-02; “Gaineddu”, res. 23-IV-03; entre otros).

En el fuero contencioso administrativo es habitual la búsqueda de soluciones en el ordenamiento procesal civil y comercial que, sin perjuicio de lo expuesto, funciona, por lo general, con carácter residual de los restantes regímenes adjetivos. Es prudente tener en cuenta que indagar en aquel ante el aspecto no contemplado no implica sustituir unas normas por otras o desplazar las específicamente regladas en el Código de la materia.

2. De los Procesos Administrativos en particular

A continuación, efectuaremos algunas consideraciones sobre los distintos procesos que el nuevo Código reglamenta. Nos detendremos en ciertos aspectos que sirvan para perfilar una caracterización de cada uno de ellos a la vez que repararemos en las principales diferencias que se proyectan frente al sistema que se viene a sustituir. Respecto del proceso ordinario sólo mencionaremos las particularidades que permitan adentrarse a su diferenciación respecto de los procesos especiales, remitiéndonos, en lo demás, a la Unidad 12 de la presente obra.

2.1. Proceso Ordinario

Es el proceso básico y general, según hemos expresado. Es un tipo procesal de conocimiento pleno. Tiene carácter escrito. Es procedente para todos los casos que integran la competencia material contencioso administrativa, salvo norma especial o expresa en contrario que establezca un trámite abreviado (como ocurría en materia de impugnación de los actos de gravamen de los Colegios Profesionales antes de la ley 13.325 y luego de su dictado con el recurso directo) o bien que se requiera el proceso de ejecución (apremio para el cobro judicial de créditos tributarios provinciales, mientras permanezca dentro del FCA). El trámite ordinario es pertinente para la mayoría de las pretensiones previstas (anulatória, de restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica, indemnizatoria, declarativa de certeza), con algunas salvedades (anulatória de determinados actos como los de los Colegios Profesionales citados, de cesación de una vía de hecho administrativa, de libramiento de una orden de pronto despacho en el amparo por mora). En relación a las pretensiones anulatorias, en gran medida, es la vía alternativa -y residual- del sumario (capítulos I y II del Título II).

El Código le dedica el Título I bajo la denominación de Proceso Administrativo y comprende los arts. 1 a 66 agrupados en doce capítulos, dejando a salvo, según hemos precisado antes, las normas e instituciones comunes. Muchas de tales disposiciones del juicio pleno también serán de aplicación a los Procesos Especiales legislados en el Título II, por expresa remisión o con alcance supletorio. Por esta razón, además de otras, es que el proceso Ordinario tiene carácter de proceso básico. En atención a las características estructurales del fuero, se desenvuelve en doble instancia ordinaria. A partir de la ley 13.101 se incluía también en esa regla al caso de impugnación de actos del Tribunal de Cuentas, según ya hemos señalado. Sin embargo, hoy hacen excepción a ella los siguientes supuestos: recurso directo ante las CCA respecto

de la impugnación de los actos de gravamen de los Consejos o Colegios Profesionales (art. 74 ley 12.008, texto según ley 13.325) e impugnación de las resoluciones del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Fiscal de Apelaciones ante las CCA en instancia originaria y juicio pleno (art. 2 ley 12.074, texto según ley 13.405). Única instancia a cargo de los tribunales de alzada, con distinto grado de conocimiento, desplazamiento de los juzgados de acceso y restricción a la mayor descentralización.

En el desarrollo normal del proceso ordinario, se pueden reconocer en su estructura tres etapas: alegaciones, prueba, conclusión. En esta generalidad no se ven diferencias con el proceso del régimen anterior -que también era un proceso ordinario- aunque sí aparecen cuando se efectúa un análisis particularizado de cada fase. Sólo nos detendremos en algunos aspectos puntuales del desarrollo del proceso.

2.2. Sumario de Ilegitimidad

2.2.a) Caracterización

Se trata de un proceso sumario de carácter *optativo*, viable para cualquier caso comprendido en la "materia" contencioso administrativa -salvo los que por norma especial puedan quedar implícitamente excluidos de esta vía (por ejemplo, la materia gobierno de la matrícula: art. 74)-, con tal que la pretensión exclusiva o, al menos, principal, sea la anulatoria pues se halla previsto para el conocimiento y decisión de la legitimidad o ilegitimidad de actos administrativos de alcance particular o general¹³. Se caracteriza por ser de trámite más breve y sencillo que el proceso ordinario y por consiguiente importa un ámbito cognoscitivo más limitado, pero que da prioridad a la más rápida decisión de la causa. Se simplifica la etapa destinada a la producción de prueba que se ve delimitada a la de la documental acompañada por las partes y la contenida en los expedientes administrativos agregados a la causa, entre otros aspectos que implican la concentración del ejercicio de medios defensivos (vgr. excepciones) como de los actos resolutorios (vgr. excepciones) o bien la imposibilidad del despliegue de otras facultades procesales (vgr. ofrecimiento de otras pruebas que no sean documentales; articulación de cuestiones de previo pronunciamiento excepto la procedencia de la vía sumaria).

De manera que la estructura de la litis se reduce a: demanda, su contestación, producción de la prueba documental y sentencia.

La denominación legal "Sumario por ilegitimidad" responde a sus dos principales notas distintivas (objeto: pretensión anulatoria y procedimiento: de trámite abreviado).

2.2.b) Proceso objetivo o subjetivo

El proceso sumario de ilegitimidad, en apariencia, guarda cierto parentesco con el viejo recurso objetivo de anulación (recurso por exceso de poder del derecho francés) que fueron acogiendo a partir del año 1940, muchas provincias argentinas.

Los datos que permitirían reconocer esa afinidad son el objeto -circunscripto al juzgamiento de la ilegitimidad de actos administrativos- y paralelo contenido de la sentencia -limitada al rechazo de la demanda o a la declaración de nulidad- así como el apartamiento de pretensiones indemnizatorias derivadas de la nulidad.

En cambio, se diferencia del denominado contencioso objetivo, en cuanto no está subordinado a determinados vicios preestablecidos para el juzgamiento de la legitimidad del acto; también en razón de no existir distingos -entre el ordinario y este sumario- en torno a la legitimación, ni a la condición de partes de actor y demandado, ni al alcance de la sentencia -inter partes o erga omnes- y debido a su carácter *optativo* del ordinario, lo que coloca a ambos en igual posición en cuanto a su finalidad. Pero, principalmente no cabe efectuar distingos en torno a las finalidades -subjetiva u objetiva- del sistema, sino más bien ubicar al sumario de ilegitimidad en la línea de evolución que destaca la necesidad de senderos sencillos que permitan una composición de la litis en tiempo razonable, sobre todo si está en tela de juicio un acto administrativo.

Podrá considerarse, y sin duda es así, que sirve al más rápido restablecimiento de la legalidad comprometida en un acto o reglamento administrativos ilegítimos ya que la defensa del orden jurídico se encuentra implícita en todo sistema de justicia administrativa y representa en sí mismo un valor inopiable.

¹³ Una de las reformas incorporada por la ley 13.101 se refiere a la implícita exclusión como objeto de las pretensiones impugnatorias de las Ordenanzas Municipales, tanto en vía del proceso ordinario (art. 2 inc. 1) cuanto sumario (arts. 67 y 70). El art. 67, en su texto actual, dice "*Contra los actos administrativos de alcance particular o general...*", en tanto, antes de la modificación legal mencionada, decía "*Contra los actos administrativos de alcance particular o general y las ordenanzas municipales...*". De similar tenor es la modificación del art. 70 referido al contenido de la sentencia.

Pero ello no desplaza el principio básico sobre el que se asienta y estructura el sistema (art. 15, 166 y cc., Constitución provincial).

La previsión general de un proceso de conocimiento sumario -como el reglado en el capítulo I del Título II- presenta principal aplicación respecto de aquellos casos donde el material probatorio se encuentra en los expedientes administrativos. Tal vez en esta idea anide el estrecho alcance del proceso sumario que una legislación tan moderna consagra, pues se ve limitado a las contiendas donde la pretensión consista en la anulación de actos administrativos.

Esta reflexión deja entrever la posibilidad de evaluar la utilización de una vía abreviada para cualquier tipo de asuntos en materia administrativa, sin perjuicio o además de las previstas en el Título II del Código, o de aquellas contempladas por remisión puntual al CPCC (pretensión declarativa de certeza; cesación de vía de hecho administrativa).

2.2.c) Pretensiones

El sumario no está previsto para todas las mencionadas en el art. 12, ni siquiera para cualquiera de las propias del proceso ordinario. Se observa una relación -proceso-pretensión- de doble orden: positiva y negativa.

En sentido positivo porque la pretensión anulatoria -con carácter exclusivo o, al menos, principal según una interpretación más amplia de los textos legales- es decisiva para la viabilidad del sumario por ilegitimidad.

En sentido negativo, desde que se excluye expresamente de esta vía el planteamiento de reclamos de daños y perjuicios derivados de la nulidad del acto particular o general impugnados.

En efecto, conforme surge del inc. 1º del art. 67, la posibilidad de optar por este cauce procesal se presenta “Contra los actos administrativos de alcance particular o general...” -expresión que alude inequívocamente a la pretensión impugnatoria-; el inc. 2º del mismo artículo es contundente: “El proceso sumario de ilegitimidad tendrá por único objeto la declaración de nulidad de un acto administrativo de alcance particular o general. Los daños y perjuicios que se pudieren derivar de la declaración de nulidad del acto, deberán ser reclamados en un proceso autónomo”.

El objeto del sumario es pues la impugnación judicial de actos administrativos y no comprende el resarcimiento por las consecuencias de la ilegitimidad. En cambio, hay margen en las normas para admitir la acumulación de otras pretensiones -no indemnizatorias- que accedan a la de anulación y que se adecuen a las particularidades del proceso.

En efecto. Frente a la categórica expresión contenida en el inc. 2 -primer apartado- del art. 67 ya transcrito cabrían dos interpretaciones posibles. Una más restrictiva y textual en el sentido de acotar a la impugnación de actos el objeto del sumario por ilegitimidad. Otra más amplia, conciliando aquel enunciado con las previsiones del mismo capítulo I del título II del Código, en particular el art. 70 que se refiere al contenido de la sentencia. Tras limitarlo al rechazo de la pretensión o a la declaración de la nulidad del acto impugnado (inc. 1), expresa en el inc. 2 que “Junto con la declaración de nulidad, el Juzgado, de acuerdo con las circunstancias del caso, ordenará a la demandada la conducta a seguir, con ajuste a la pretensión procesal articulada o procederá a devolver las actuaciones para que se dicte un nuevo acto u ordenanza”. De ahí que no es tan cerrada la materia del pronunciamiento si se puede ordenar o imponer (en mandato judicial: condenar) a la accionada a seguir (cumplir) determinada conducta (hacer o no hacer).

Puede pues considerarse, con arreglo su regulación, que lo que interesa para optar por la vía sumaria de ilegitimidad es que la pretensión principal consista en la impugnación de un acto administrativo y que no vaya acompañada de reclamo indemnizatorio, aun el derivado de la ilegitimidad del acto. Pero, en cambio, el Código no impide la acumulación como accesorias de otras pretensiones (como la de condena) en tanto deriven del acto cuya nulidad se persigue, esto es, que sean consecuencia de la cuestión principal. Es además incuestionable que en cualquier tipo de proceso, la genérica pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado tiene cabida, razón por la cual en el sumario por ilegitimidad se podrá, prima facie, adoptar las medidas conducentes para satisfacer tal finalidad en tanto deriven de la descalificación del acto administrativo sometido a juzgamiento.

La exclusión de la materia indemnizatoria puede explicarse porque se trata de un proceso limitado en la prueba. Luego, la posibilidad de articular peticiones adicionales a la nulidad estará supeditada a la necesidad o no de producirlas.

2.2.d) Actos impugnables. El silencio

El principio que recoge el nuevo Código es claro: todos los actos que pueden ser objeto de impugnación bajo el régimen del proceso ordinario pueden serlo también con arreglo a las del sumario. No se presentan otras excepciones que las que puedan derivar de normas especiales que señalen una vía específica para

algún caso particular, vgr. el de las resoluciones emanadas de los colegios o consejos profesionales -que no es opcional- (art. 74, ley 12.008).

El art. 67, inc. 1º dice en efecto que “Contra los actos administrativos de alcance particular o general, la parte actora tendrá la opción de formular la pretensión bajo el régimen del proceso ordinario previsto en el título I, o mediante el proceso sumario de ilegitimidad establecido en el presente capítulo”. El enunciado es concordante con disposiciones referidas al proceso administrativo en general -ordinario-: art. 2 inc. 1º -primera parte-, art. 12 inc. 1º.

Debe repararse en que, a partir de la reforma legal del año 2003 (ley 13.101), ha desaparecido en tales prescripciones la mención de las ordenanzas municipales como objeto de impugnación en el proceso administrativo, sea en vía ordinaria o sumaria¹⁴, lo cual no significa que puedan quedar exentas de justiciabilidad ya que la enunciación de los casos contencioso administrativos es meramente ejemplificativa y no implica la exclusión de otros regidos por el Derecho administrativo (art. 2 últ. párr.)¹⁵, principio que ha de informar asimismo la enumeración de las pretensiones (arts. 1 y 12, ley 12.008; 15 y 166, C.P.). En línea con una tendencia en tal sentido, la jurisprudencia de los órganos del fuero contencioso administrativo, en general, no ha encontrado en la reforma mencionada un óbice para la impugnación de las Ordenanzas Municipales normativas o no, en forma directa o a través de los actos de aplicación, identificándose esa como una materia inherente a la cláusula general y su reglamentación, sin desmedro de la cuestión relativa a la naturaleza jurídica e institucional de tales normas que no puede verse afectada por, más tampoco dar motivo para obstruir, la plena y amplia justiciabilidad que la Constitución garantiza¹⁶. A ello se añade que, pese a la modificación ley 13.101, se mantienen vigentes normas expresas de las que resulta de manera inequívoca la competencia del fuero con relación a la impugnación de ordenanzas municipales (arts. 3 y 33 inc. 2)¹⁷.

Efectuada tal salvedad, los actos administrativos objeto de la pretensión, han de reunir los requisitos previstos en el Código para ser susceptibles de impugnación judicial, esto es, admisible la pretensión anulatoria. Tales recaudos reglados en el marco del proceso administrativo general, resultan de aplicación al sumario. Nos referimos al carácter definitivo -o asimilable-, causación de estado -o bien que esté expedita la vía judicial; si es que fuere necesario a esa condición, el agotamiento de la vía administrativa- y no hallarse firme -por el vencimiento del plazo de impugnación- o consentido (cfr. arts. 14, 15, 18, 35 inc. “i” y concs.). En torno al plazo de interposición de la demanda cabe tener presente que, por ser más breve -60 días, cfr. art. 69 inc. 1- que el previsto para el proceso ordinario -90 días, cfr. art. 18-, puede ocurrir que se hubiese extinguido el término para intentar el sumario pero que pueda plantearse la pretensión anulatoria a través del ordinario. Interesa poner de relieve que los presupuestos relacionados con la impugnación judicial de actos administrativos deben ser evaluados con suma prudencia a fin de no *incurrir en exceso de rigor formal*, interpretando las normas vinculadas a ellos de modo congruente con las bases constitucionales a las que hemos aludido en el presente (arts. 15 y 166, C.P.).

Entre las previsiones normativas del proceso sumario no hay ninguna que contemple en forma expresa la posibilidad de abrir esta vía abreviada frente al supuesto de silencio administrativo, sí contemplado en el marco del proceso ordinario (art. 16). Al respecto, entendemos que no existe impedimento desde que el silencio administrativo, en los términos del propio código, no es sino la resolución denegatoria presunta por imperio legal que se configura frente a las reclamaciones, peticiones o recursos administrativos no resueltos en plazo por la autoridad pertinente y que deja “expedita la instancia judicial” (cfr. art. 16, cit.)¹⁸. En estas condiciones, que el objeto del proceso sumario por ilegitimidad consista en la declaración de nulidad del acto administrativo no se ve alterada por el hecho de que dicho acto adverso o lesivo no sea expreso sino presunto. Si esta misma idea o conclusión era aplicable al viejo proceso de anulación -paradigma de lo que

¹⁴ No así de otras, vgr. art. 33 inc. 2.

¹⁵ En este punto debe ponderarse la consecuencia que puede producir en el ámbito material contencioso administrativo la modificación, también introducida por la ley 13.101, al art. 77 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, en cuanto establece que “Las ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material”. La cuestión no es novedosa y fue considerada por la Comisión de expertos que proyectara el Código Contencioso Administrativo en el que se las incluyera expresamente como objeto de impugnación.

¹⁶ V. en la misma orientación, Daniel Fernando SORIA, *Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, LIBRERÍA EDITORA PLANTENSE, año 2004, esp. pag. 186/191.

¹⁷ V. CASSAGNE-PERRINO *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, cit., pág. 68/73.

¹⁸ Cabe recordar que en el sistema contencioso administrativo bonaerense, paradigma de un régimen judicial subordinado a la existencia de un “acto administrativo” denegatorio como presupuesto imprescindible para abrir la instancia contencioso administrativa, casi desde sus inicios (Constitución de 1889 y art. 7º del Código Varela) contempló la situación de resolución denegatoria por “retardación” como suficiente para habilitar la vía judicial, manteniéndose de ese modo incólume la exigencia de acto administrativo lesivo.

cabe denominar “proceso al acto”- ¹⁹, no hay motivo alguno para excluir el silencio dentro de un sistema donde no es el acto el objeto del proceso. Cabe tener presente que, como es sabido, el régimen de silencio reglado en el nuevo Código, siguiendo las aguas del que contemplaba el viejo contencioso bonaerense como retardación, es amplio y comprensivo de distintas situaciones: retardo u omisión en el dictado de la resolución del reclamo o petición, de los actos de trámite o preparatorios, de la resolución de recursos administrativos; de modo que, en cualquiera de tales supuestos, configurada la denegatoria por omisión queda disponible la instancia judicial por la vía ordinaria o sumaria.

2.2.d) Opción. Determinación del proceso a seguir

La ley 12.008 establece el carácter optativo entre los procesos ordinario y sumario de ilegitimidad, así como la oportunidad procesal en que habrá de ejercitarse la elección, la que podríamos decir que resulta debilitada en tanto sujeta, como se verá, a la eventual oposición de la contraparte así como a la definitiva decisión del juez.

El art. 67 inc. 1º establece que “contra los actos administrativos de alcance particular o general, la parte actora tendrá la opción de formular la pretensión bajo el régimen del proceso ordinario previsto en el título I, o mediante el proceso sumario de ilegitimidad, establecido en el presente capítulo” y, a su turno, el inc. 1º del art. 68 dispone que “La parte actora, en su primera presentación, solicitará que la pretensión tramite por el proceso reglado en el presente capítulo”.

A diferencia de otros Códigos provinciales que dejan librado a la voluntad del actor el procedimiento - ordinario o sumario-, en el caso de Buenos Aires la preferencia por la vía sumaria puede dar lugar a oposición de la demandada, con lo cual se abre un incidente que resuelve el Juez, quien en definitiva determina -frente a la opción y/o eventual oposición- la suerte del trámite procesal.

Del carácter optativo por la vía breve se desprende el principio de que el juez, de oficio, no podría imprimir dicho trámite al proceso. Pero, en cambio, si advierte que el carril menos pleno es el adecuado, está en sus facultades conferir una oportunidad para que la actora pueda seleccionarlo si no lo ha hecho en la demanda. Pecaría de formalista interpretar que a ello se opone la literalidad del art. 68 inc. 1, en tanto establece para tal solicitud la “primera presentación” de la parte actora.

En otras palabras, si el actor no se manifiesta expresamente sobre alguna de las alternativas -vía ordinaria o vía sumaria-, el trámite que deberá imprimirse es el ordinario. Si lo hace y escoge la sumaria, se sustancia el incidente. Si se inclina por la ordinaria y el alcance de la pretensión permite la abreviada, puede requerírsele que ejercite la opción. Igualmente podría brindarse tal oportunidad, por ser análoga la situación, de no formular el demandante petición sobre el tipo procesal y advertirse por el *iudex* la procedencia de la vía sumaria. A resguardo queda la eventual oposición de la contraparte en el incidente respectivo.

En la determinación del trámite, pues, deben funcionar con racionalidad, congruencia y eficacia, los principios del debido proceso, conducción por parte del magistrado y efectividad de la tutela judicial.

Frente a la elección por la vía sumaria, sin perjuicio de otras variantes, podrían presentarse distintas situaciones procesales. *La primera*, cuando la vía sumaria resulte improcedente en forma manifiesta, ya por articularse una pretensión que no se corresponda con este proceso, por ejemplo indemnizatoria, o por ofrecerse prueba que requiera producción -pericial, testimonial, etc.- fuera de la única admitida - documental-, cabría analizar la posibilidad -por cierto razonable- de que el Juez -que tiene competencia para pronunciarse sobre la procedencia de la vía- pueda resolver la impertinencia del proceso sumario y ajustarse a las reglas del ordinario.

La segunda, que al contrario de lo anterior, se advierta que la vía abreviada resulta prima facie admisible, en cuyo caso, asignado el trámite sumario, corresponde correr traslado de la demanda por un plazo de veinte días (cfr. art. 69, inc. 2). De no mediar reparo de la accionada dentro de los primeros cinco días de notificado dicho traslado, no cabe volver sobre el particular.

La tercera, cuando existiere oposición oportuna -dentro de los primeros cinco días de la notificación del traslado de la demanda- se suspenderá el plazo para contestarla y formular excepciones (art. 68, inc. 1º). En tales condiciones “el juez resolverá sobre la procedencia de la vía, como única cuestión de previo y especial pronunciamiento” (art. 68 inc. 2º). Esto significa que es ésta la única incidencia procesal que puede suspender el trámite del principal.

¹⁹ En efecto, como señala ARGANARÁS al desarrollar los distintos aspectos del contencioso de la acción (o recurso) de ilegitimidad, expresa que como en el contencioso de plena jurisdicción, puede suceder que la Administración desoiga la reclamación administrativa del interesado, absteniéndose de todo pronunciamiento en ella. Este silencio -agrega el autor- tendría también el alcance de una denegación tácita a los efectos de abrir la vía contencioso de anulación (*Tratado de lo Contencioso Administrativo*, TEA, 1955, p. 421).

Siguiendo con la oposición de la demandada, ésta puede sustentarse en distintos motivos, por ejemplo, alegarse la necesidad de apertura a prueba por la índole de la cuestión debatida o porque sea la propia demandada la que pretenda ofrecerla, o bien, que el plazo de 30 días para presentar la demanda en el proceso sumario se encuentra vencido, argumento que podría utilizar no obstante para plantear excepción de inadmisibilidad de la pretensión. O que la vía sumaria resulta improcedente en orden a las pretensiones planteadas por el actor, etc.

La resolución del incidente puede, naturalmente, asumir dos sentidos: estimatorio o desestimatorio. Para el primer supuesto, el Código establece en el inc. 3 del art. 68, lo siguiente: “En el caso que se hiciera lugar a la oposición, el juez resolverá la tramitación del proceso por las reglas del proceso ordinario, confiriéndose a la actora un plazo de treinta días para adecuar la demanda, la que proseguirá su curso procesal de conformidad a las normas previstas en el título I del presente Código”. La adecuación de la demanda atiende a la mayor amplitud de debate y prueba que ofrece el proceso ordinario, brindando entonces a la actora la oportunidad de ampliar su defensa e incluso sus pretensiones. Una vez cumplida o vencido el plazo pertinente, se correrá traslado de la demanda adecuada o se reanudará el plazo para contestarla -en el caso que no hubiese la actora efectuado tal adecuación-, en ambos casos, con arreglo a las normas del proceso ordinario que a tal fin establecen un término de 45 días.

Cuando la decisión del juez fuese desestimatoria de la oposición, por aplicación del art. 68, corresponde la reanudación del plazo para contestar la demanda y formular excepciones, fijado en 20 días.

2.2.e) Presupuestos de admisibilidad de la pretensión

Regirán a su respecto los presupuestos de admisibilidad establecidos por el Código en relación a la misma pretensión -impugnatoria de actos- en vía ordinaria, con las salvedades impuestas por las normas especiales como el inferior término de caducidad para el ejercicio de la acción.

Por consiguiente, será necesario que el acto impugnado revista la condición de definitivo o asimilable; que emane de la autoridad con competencia resolutoria final -propia o delegada- o, en su defecto, que se hubiese agotado la vía administrativa a través del recurso pertinente -jerárquico- sin perjuicio de la utilización de los remedios administrativos en forma facultativa y, por ello, interruptiva del plazo para demandar; que el acto no se encontrare consentido; en su caso, que se hubiese cumplido con el pago previo o que se hubiese configurado el silencio administrativo (arts. 14, 15, 16, 18, 19 y concs.). Siempre, reiteramos, en la inteligencia que tales recaudos han de ser evaluados con suma cautela, a fin de no incurrir en formalismos incompatibles con la amplitud de acceso y juzgamiento que garantiza la Constitución (arts. 15 y 166, C.P.).

Rige para el sumario la misma regla de legitimación que para el ordinario (art. 13).

La falta o deficiencia de los presupuestos de admisibilidad de la pretensión así como el defecto de legitimación podrán ser objetados por la demandada a través de las excepciones pertinentes, las que serán resueltas por la sentencia (arts. 69 inc. 5° y 35).

2.2.f) Trámite procesal. Normas especiales

Las normas específicas que prevé el art. 69, se proyectan en tres aspectos principales.

Primero, se restringe la prueba, tanto en los medios de producción, como en la consecuente eliminación de la audiencia del art. 41, con lo que se simplifica la estructura del proceso. La única prueba admisible es la documental acompañada por las partes y la contenida en los expedientes administrativos agregados a la causa (incs. 3 y 4, art. 69).

Segundo, se abrevia el proceso por reducción de los plazos, a saber: de interposición de la demanda (de 90 días del proceso ordinario se reduce a 20 días en el proceso sumario); del traslado de la demanda (de 45 días en el proceso ordinario se reduce a 20 días en el sumario); para presentar alegato (de 10 días comunes en el proceso ordinario se reduce a 5 días comunes en el sumario); para dictar sentencia (de 60 días en el proceso ordinario se reduce a 30 días en el sumario) (incs. 1, 2, 6 y 7, art. 69).

Tercero, se simplifica el trámite. No hay cuestiones de previo y especial pronunciamiento, con la única salvedad de la resolución del juez sobre la procedencia de la vía (art. 68 inc. 2). Las excepciones previas deberán ser planteadas en el escrito de contestación de la demanda y resueltas en la sentencia (principio de concentración) (inc. 5, art. 69).

Fuera de tales disposiciones especiales, con arreglo a lo dispuesto por el art. 69 “el proceso sumario de ilegitimidad se regirá por las reglas del proceso ordinario previstas en el presente Código”. Ese principio de vigencia directa de las normas del proceso administrativo ordinario no implica desplazar la aplicación del CPCC (art. 77) que puede resultar más compatible con el carácter sumario de la vía.

2.2.g) Contenido de la sentencia

El art. 70 que regula el contenido de la sentencia establece en su primer párrafo una limitación y la morigeradora en el segundo. Veamos.

Dice el texto legal: "1. La sentencia deberá limitarse a desestimar la pretensión o a declarar la nulidad total o parcial del acto administrativo impugnado.

2. Junto con la declaración de nulidad, el Juzgado, de acuerdo con las circunstancias del caso, ordenará a la demandada la conducta a seguir, con ajuste a la pretensión procesal articulada o procederá a devolver las actuaciones para que se dicte un nuevo acto".

Al tratar las pretensiones del sumario por ilegitimidad, hemos hecho referencia a este precepto. La primera parte se corresponde con lo dispuesto por el art. 67 inc. 2 en tanto establece que el "único objeto" de este proceso es la declaración de nulidad del acto administrativo cuestionado. El enunciado recuerda el originario y estrecho recurso objetivo de anulación, toda vez que uno de sus caracteres era el limitado alcance de la sentencia, sólo referido al rechazo de la demanda o declaración de nulidad total o parcial del acto impugnado, donde el órgano jurisdiccional no podía dictar ninguna otra medida aun cuando fuere consecuencia de dicha nulidad y hubiera sido reclamada por el interesado²⁰.

El nuevo Código bonaerense se aparta de una consecuencia tan rigurosa -que por otra parte sería incoherente con la reforma constitucional- con la previsión del segundo apartado del art. 70, donde se amplía el contenido de la decisión estimatoria que entonces no se verá limitada con tal grado de rigor a la declaración de nulidad -como indica el inc. 1- pudiendo el juez "junto con" ella ordenar a la demandada la conducta a seguir o devolver las actuaciones para que se dicte un nuevo acto. En ambos casos, es claro que se trata de derivaciones de la declaración de nulidad, pero que ponen en consideración la posibilidad de que la pretensión así como el contenido de la sentencia en su sumario de ilegitimidad extiendan el acotado límite de la anulación en la medida que sean su consecuencia y que no contradiga la expresa exclusión de cuestiones de responsabilidad patrimonial.

La sentencia declarativa de la nulidad de un acto administrativo, de modo semejante a lo que ocurre con la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, en muchos casos, puede resultar ineficaz para componer la contienda o satisfacer el interés o derecho involucrado o lesionado. Tal lo que puede ocurrir por lo general frente a los actos de contenido denegatorio -por ejemplo, un resolución que ha rechazado el pago de un adicional a un agente público, o que le ha negado una licencia-. En tales supuestos, como en muchos otros, es evidente que la declaración de nulidad no será suficiente para el interesado. Pero, en cambio, si el pronunciamiento va acompañado de la orden de adoptar medidas o dictar, en su caso, un nuevo acto con arreglo a derecho (sentencia de condena), la efectividad de la tutela judicial queda a salvo (art. 15, C. P.).

El análisis de estos puntos no ha de perder de vista que el proceso administrativo se inscribe en la concepción de tutela de intereses y su objeto lo constituyen las pretensiones sin que pueda reconocerse en él un instrumento limitado a la defensa de la legalidad²¹.

2.2.h) Efectos de la sentencia

Una tradicional característica del proceso de anulación, dada su finalidad de protección del ordenamiento jurídico que no tolera que lo inválido para unos resulte válido para otros, es la atribución de efectos erga omnes a la sentencia estimatoria, criterio que han recogido sin dificultad varios códigos provinciales enrolados en esa tendencia como consecuencia, tal vez, del apego al modelo continental europeo. Es decir que también resulta, a la postre, una calidad derivada del origen francés del instituto donde el mismo se desenvuelve en el marco de la jurisdicción administrativa, ámbito donde no existirían inconvenientes de principio en orden a un mandato de semejante alcance por operar, en definitiva, dentro del mismo poder estatal.

²⁰ Sobre el particular, dice ARGANARÁS que en el contencioso de ilegitimidad la sentencia no puede contener condenación alguna contra la Administración; o desestima la demanda, o pronuncia la nulidad del acto administrativo que fue objeto de ella, y nada más. Y, tras aludir a los Códigos provinciales entonces vigentes que regulaban esta acción o recurso -Córdoba, Santa Fe, La Rioja, Jujuy-, extrae los siguientes corolarios en orden al contenido de la sentencia: 1º el Tribunal no puede *modificar ni enmendar* el acto administrativo cuestionado, pues ello implicaría hacer un acto nuevo en sustitución del impugnado; 2º Puede, en cambio, pronunciar la *anulación parcial*...; 3º Tampoco podría prescribir medida alguna, así fuese una consecuencia natural de la anulación, para que sea cumplida por la autoridad administrativa (ob. cit., p. 441 y ss.).

²¹ En la acción originaria de inconstitucionalidad en que la sentencia limita su contenido a la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad (cfr. arts. 161 inc. 1 Constitución prov. y 688, CPCC), la Suprema Corte acepta no obstante la acumulación de otras pretensiones accesorias de la principal declarativa, de modo que el medio judicial de tutela pueda significar la satisfacción del interés afectado, la composición de la litis. Es así que se considera admisible la acumulación de pretensión anulatoria del acto de aplicación de la norma controvertida y, especialmente, de pretensiones de condena (v. causas "García Solidario", "Playamar S.A.", "Clínica Cosme Argerich"; también voto del Dr. San Martín en la causa "León, Gerardo Amaranto").

El nuevo ordenamiento bonaerense no atribuye tales efectos erga omnes a la sentencia estimatoria dictada en el proceso sumario de ilegitimidad, ni tampoco restringe los efectos del fallo para el caso. Simplemente, nada estatuye en forma especial y creemos que con buen criterio no lo hace.

Es que los alcances subjetivos del pronunciamiento no podrán ser diferentes por el hecho de haberse dictado en un proceso ordinario o en un proceso sumario, sino que los efectos dependerán del contenido de la decisión judicial y no del trámite. El principio general es el efecto para el caso de las sentencias dictadas en todos los procesos administrativos, ordinario y especiales, ya que el Código no contiene ninguna disposición referente a los efectos “extra partes” y erga omnes, como podría ser su expresa inclusión para determinados supuestos o implícitamente a través de la disposición de publicar el fallo para el conocimiento de todos los afectados.

Más ese principio general no excluye, por sí, las sentencias con alcance erga omnes, si bien el tema requiere un cuidadoso estudio que excede los márgenes de estos comentarios²². Señalemos, no obstante, que en la actualidad el tema exhibe renovado interés en virtud de que, más allá de la ausencia de una concreta regulación, la realidad judicial demuestra que ciertos pronunciamientos, en especial en temas de relieve institucional, se extienden más allá de los lindes –individuales o colectivos– de la contienda, unas veces bajo la forma de exhortación a la realización de alguna actividad estatal²³, o bien –otras– de la proyección de la eficacia de lo decidido en el caso a sinnúmeros supuestos de la misma clase. No puede dejar de mencionarse en tal sentido el impacto que para su análisis representa el fallo del año 2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en el caso “Halabi”²⁴.

2.3. Impugnación de sanciones en Materia de Empleo Público

Bajo tal denominación el capítulo II del Título II regula otra modalidad alternativa de trámite abreviado, esta vez, para una clase de asuntos en particular.

-Semejanzas y diferencias con el sumario por ilegitimidad. Este, como el anterior sumario por ilegitimidad, presentan semejanzas en cuanto son vías optativas para el actor –rigiéndose al respecto por idénticas disposiciones– y en cuanto a los lineamientos generales por tratarse ambos de vías abreviadas.

Desde el punto de vista de la *materia*, el sumario por ilegitimidad es mucho más amplio pues comprende cualquier caso contencioso administrativo salvo norma específica, en tanto, como indica su nombre, el sumario reglado en el capítulo II que ahora comentamos, sólo se refiere al empleo público y, dentro de este ámbito, a los asuntos de orden disciplinario.

En cuanto a las *pretensiones*, son más las diferencias que las semejanzas entre ambos procesos. Primero, porque en tanto el sumario de ilegitimidad se limita a la anulatoria con exclusión de la resarcitoria, en el disciplinario de empleo público resultan admisibles las pretensiones del art. 12. Y aunque en los dos carriles –y en esto se asimilan– la pretensión principal es la impugnatoria²⁵, el objeto de la misma presenta

²² V. Julio CUETO RÚA, *La acción por clase de personas (“class actions”)*, LL, 1988-C, Sec. Doctrina, p. 952; Juan Carlos CASSAGNE, *Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos*, El Derecho del 26-IX-99; Fernando R. GARCÍA PULLÉS *Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento*, La Ley, del 14-VI-2000 y autores allí cit.; Alberto B. BIANCHI, *Las acciones de clase*, Abaco, 2001; v. SCBA causa I-2.162, “Fernández”, sent. 23-XII-03.

²³ V. Juan Carlos CASSAGNE-Pablo Esteban PERRINO, *“El Nuevo Proceso Contencioso...”*, cit. pág. 432/447.
Vgr. reglamentaria: en relación a la necesidad de regulación de una vía judicial que permita impugnar los actos emanados de la Junta Electoral, cuya ausencia la Corte considera que no cabe suplir por el recurso extraordinario local ante sus estrados (fallos del año 2009), virando su propio criterio jurisprudencial del año 2007 (en virtud de la distinta integración del tribunal) y, por ende, declarando ahora inadmisibles dichos remedios respecto de los actos de la Junta Electoral (causas Ac. 107.742; Ac. 107.014;). Mas reiterando –a modo de exhortación o recomendación– por mayoría a los Poderes Legislativo y Ejecutivo sobre la necesidad de sancionar una regulación legislativa para asegurar, en tiempo oportuno, el control judicial de los actos de la Junta Electoral y, en su caso, el acceso al superior tribunal de la causa, a los efectos previstos en el art. 14 de la ley 48 (causa Ac. 107.742 “Acuerdo Cívico y Social. Impugnaciones. Recurso de queja por denegatoria del recurso de inaplicabilidad de ley”, res. de 10-VI-09). Debe puntualizarse que el contenido de tal resolución no debe confundirse con el que consiste en remover una omisión reglamentaria como objeto de la pretensión planteada, sino que se adopta como una derivación por fuera de los contornos de la litis aunque en relación a los sucesos en ella debatidos o acaecidos (en el caso de la Junta Electoral, la inadmisibilidad de la vía judicial extraordinaria y, con ello, la imposibilidad de juzgamiento de los actos de ese organismo constitucional electoral, lo que denota el requerimiento de que sea previsto por ley un medio idóneo a tal efecto). Cabe tener presente, asimismo, en similar orientación, la exhortación contenida en el caso “Fernández” (SCBA) citado en la nota anterior, esta vez, a fin de propiciar que una norma reglamentaria reiteradamente declarada inconstitucional sea reformada y adaptada al plexo jurídico superior, sin perjuicio del fallo dictado para el caso concreto.

²⁴ CSJN “Halabi Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional – ley 25.873 – decreto 1563/04 s/amparo ley 16.986”, sentencia de fecha 24 de febrero de 2009.

²⁵ En el sumario de ilegitimidad dicha pretensión va dirigida contra toda clase de actos administrativos; en el de empleo público, contra actos administrativos que dispongan sanciones disciplinarias a los agentes públicos provinciales o municipales.

netos distingos en uno y otro proceso: en el sumario de ilegitimidad puede consistir en actos administrativos individuales o generales, cualquiera sea la cuestión que resuelvan o disciplinen; en el sumario para la impugnación de sanciones disciplinarias (a los agentes públicos provinciales o municipales), solamente puede consistir en actos administrativos que, dado su contenido sancionatorio, serán de alcance individual.

En líneas generales, este último es más flexible en cuanto al trámite ya que posibilita la producción de pruebas y en orden al contenido de la sentencia, mucho más generoso, como veremos más adelante.

-No es un recurso sino una acción que se inicia por la demanda. Diferencias con el régimen nacional. Este tipo procesal abreviado para la materia disciplinaria de empleo público constituye una novedad en el orden provincial, ya que hasta el momento, esta clase de contiendas no contaba con normas especiales y se sustanciaba con arreglo a las reglas del proceso de plena jurisdicción del Código Varela. Ello así, en contraste con el orden nacional en el cual, en un contexto de netas diferencias debido a la falta de un Código en la materia, los asuntos mencionados han sido objeto de regímenes especiales de "revisión judicial", por lo general a través de los denominados recursos directos previstos dentro de la reglamentación de empleo a modo de una instancia de dicho carácter (vgr. art. 24 y ss. decreto ley 6666/57 -Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública-; art. 40 y ss. ley 22.140 -Régimen Jurídico Básico de la Función Pública-)²⁶.

Varias de esas diferencias se ven hoy suprimidas con el nuevo régimen jurídico -Ley marco de regulación de empleo público nacional N° 25.164 (B.O. 1999/10/08) derogatorio de la ley 22.140-²⁷.

Vale tener presente que la técnica de los *recursos directos* plasmados para algunas materias, como ocurre con el comentado del orden nacional, prácticamente sin antecedentes en la Provincia de Buenos Aires en razón de sus históricas bases constitucionales sobre la justicia administrativa incompatibles con aquella²⁸, ha irrumpido sin embargo en los últimos tiempos (Colegios Profesionales) provocando un serio impacto en los principios que la rigen en la actualidad (arts. 15, 166 y 215, C.P.).

-Carácter optativo. Conforme establece el art. 71 de la ley 12.008 esta vía sumaria tiene carácter optativo. La otra alternativa es el proceso ordinario. La oportunidad para ejercitar la opción es el escrito inicial, la demanda. Como, según dispone el art. 72, el "trámite" del sumario en materia disciplinaria se regirá por las normas previstas para el sumario por ilegitimidad, resultarán de aplicación la reglas sobre oposición y determinación judicial de la vía que contempla el art. 68.

-Pretensiones. El sumario para la impugnación de sanciones disciplinarias, como anticipamos, permite "formular las pretensiones previstas en el artículo 12" (cfr. art. 71). Aunque la norma no lo dice expresamente, se desprende con claridad que el objeto principal de este proceso consiste en la impugnación del acto administrativo sancionatorio, sin perjuicio de que puedan ser planteadas las restantes pretensiones del art. 12, tal como quedó dicho.

-Trámite. Se rige por las normas previstas para el sumario de ilegitimidad con excepción de que, de existir hechos controvertidos acerca de los cuales se hubiesen ofrecido pruebas, el Juez dispondrá la producción de las que considere pertinentes, lo que hará en una misma providencia (cfr. art. 72 ²⁹).

²⁶ Pueden mencionarse diferencias -algunas esenciales- entre ambas vías judiciales -nacional y provincial-. En efecto, la primera se inicia mediante "recurso" (ante el órgano judicial de segunda instancia ordinaria: CNACAF o CF con asiento en las provincias), la segunda mediante "demanda" (ante el órgano judicial de primera instancia ordinaria: JCA); la primera excluye otras vías judiciales, la segunda es optativa del proceso ordinario; la primera procede sólo para sanciones expulsivas -cesantía y exoneración-, la segunda para cualquier sanción disciplinaria -expulsivas o correctivas-; la primera es una previsión que se integra en el Régimen Jurídico Estatutario, contexto en el cual sólo le es acordada al personal amparado por la estabilidad, la segunda integra un Régimen Procesal sin hallarse limitada la legitimación a los agentes con permanencia en el cargo; la primera delimita las facultades judiciales al restringir los fundamentos de la pretensión y de este modo los alcances del juzgamiento y al predeterminar legislativamente los contenidos de la sentencia favorable, la segunda no presenta, al menos en forma tan clara, tales determinaciones.

²⁷ En efecto, si bien se conserva allí el alcance recursivo directo de la vía ante los órganos de segunda instancia ordinaria, se le confiere a ella carácter optativo de la acción judicial ordinaria, previo agotamiento de la vía administrativa. Así surge del art. 39 de la ley, en su primer párrafo, que dice: "Contra los actos administrativos que dispongan la aplicación de sanciones al personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen, el agente afectado podrá optar por impugnarlo por la vía administrativa común y una vez agotada ésta acudir a sede judicial, o recurrir directamente por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o por ante las cámaras federales con asiento en las provincias...La opción formulada es excluyente e inhibe la utilización de cualquier otra vía o acción".

Por otra parte, se extiende el ámbito impugnatorio a toda sanción disciplinaria, mas conservándose la limitación derivada del personal estable, único que puede utilizar la vía judicial; finalmente, se elimina toda mención al reconocimiento de los haberes devengados. Al tornarse optativa y volverse más amplia la vía recursiva -todas las sanciones- se aproxima al régimen provincial; mas se siguen distinguiendo en tanto en la Nación se conserva el carácter de recurso directo ante las Cámaras con expresas limitaciones en su fundamentación. Al respecto, el mismo art. 39, segundo párrafo, preceptúa: "El recurso judicial directo sólo podrá fundarse en la ilegitimidad de la sanción, con expresa indicación de las normas presuntamente violadas o de los vicios que se atribuyen al sumario instruido".

²⁸ V. nuestro trabajo *Control judicial suficiente en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires*, cit. en nota 25.

²⁹ Art. 72 "...El trámite se regirá por las normas previstas en el capítulo I del título II del presente Código, con las siguientes excepciones: 1. Contestada la demanda, o vencido el plazo para hacerlo, no habiendo hechos controvertidos, el juez del trámite

-*Contenido de la sentencia.* Es éste uno de los aspectos que mayor interés despierta debido a la previsión contenida en el art. 73 donde se regulan las medidas que la sentencia puede contener si fuese favorable al impugnante. La norma consta de dos incisos.

De acuerdo al primero de ellos, la sentencia estimatoria dispondrá, conforme a las particularidades del caso, todas o algunas de las siguientes medidas: la anulación total o parcial de la sanción, la reincorporación del agente si la sanción hubiera sido expulsiva, el reconocimiento de haberes devengados (inc. 1 art. 73).

Por el segundo se dispone que de acuerdo a las características de la causa, cuando se anulare una sanción expulsiva, junto con la declaración de nulidad, el juez podrá ordenar la adopción de las medidas que estimare conducentes con arreglo a lo dispuesto por el art. 50 del Código. En un texto claro se faculta expresamente, no obstante la estrechez sumaria de la vía, disponer las medidas que puede contener el fallo dictado en el proceso ordinario (inc. 2 art. 73).

A nuestro modo de ver, entonces, el art. 73 presenta dos apartados bien definidos. El inc. 1 regula los contenidos específicos en atención a la materia -anulación de la sanción, reincorporación, reconocimiento de haberes devengados-; el inc. 2 extiende en cambio los posibles alcances del fallo por remisión al contenido general de la sentencia en el proceso ordinario. Lo que ha previsto el legislador es que, aunque en el marco de un proceso abreviado, de ser posible por las características del caso, se arribe a la composición definitiva de la contienda sin dejarse cuestiones pendientes para un proceso ordinario posterior. De tal modo el rubro indemnizatorio puede constituir uno más de los que trate y resuelva el fallo, a diferencia del sumario por ilegitimidad.

Una cuestión que puede suscitar dificultades interpretativas es la que se refiere al *reconocimiento de los haberes devengados* tal como lo preceptúa el art. 73 inc. 1. c). Esta expresión legal en cierto modo vino a contradecir la jurisprudencia constante e inveterada de la S.C.B.A. a propósito de la improcedencia de una condena semejante cuando no ha habido prestación de servicios como consecuencia de la sanción disciplinaria³⁰. No son de escaso relieve los interrogantes que se desprenden de la norma incorporada por la ley 12.008 a propósito de los salarios caídos (inc. 1. c, art. 73). Si ella establece un derecho del agente ilegitimamente sancionado o si, por el contrario, se limita a mencionar una de las medidas que el fallo puede -y no debe- contener; si tal dispositivo se aplica a todos o sólo alguno de los tipos de sanciones anuladas que supongan la privación del sueldo; si la norma impide al órgano judicial sostener la improcedencia del pago de salarios caídos, etc. Nos inclinamos por considerar que se trata de un precepto de índole procesal y no sustancial, que precisa una de las medidas que el fallo favorable puede decidir, pero no que ha de contener indefectiblemente. No nos parece que se trate de una norma que excluya la ponderación del órgano judicial para resolver sobre la procedencia o no del reconocimiento de haberes devengados. Pero, al mismo tiempo, proporciona un fundamento legal para entender que dicho reconocimiento es viable. En suma, creemos que no quedan desprovistos de vigor, con las adaptaciones pertinentes, los criterios jurisprudenciales referidos al tema que se venían sosteniendo, en especial, por parte del máximo tribunal provincial.

Ello queda demostrado a través de numerosos pronunciamientos ulteriores de la SCBA (doctr. causa B. 56.550, "Gamboa", sent. del 15-3-06; en sent. conc. causa B. 56.810, "Gardes", sent. del 13-12-06; B. 57.624, "Richard", sent. del 20-6-07; B. 59.399, "Navarro", sent. 20-6-07; B. 57.566, "Catelén", sent. del 22-8-07; entre otras) de los que surge que se debe evaluar el alcance de la procedencia de reconocimiento de los salarios caídos, como medida de reparación del daño, de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso, sin que quepa reconocer sin más la cuantía equivalente al 100% (salarios caídos)³¹, solución que, con esa extensión, como hemos consignado y a nuestro modo de ver, no supone ni determina la norma procesal prevista para el proceso sumario en materia disciplinaria de empleo público (art. 73, inc. 1, "c", ley 12.008)³².

declarará la cuestión de puro derecho y, firme dicha providencia, llamará autos para sentencia. 2. Si hubieren hechos controvertidos, en una misma providencia el juez del trámite dispondrá la producción de las pruebas pertinentes".

³⁰ Por tal motivo es que las pretensiones de pago de salarios caídos en los casos de sanciones expulsivas ilegítimas, eran tratadas y resueltas como pedidos de indemnización del daño material derivado de la pérdida del empleo. Tales reparaciones toman como parámetro de la fijación del monto resarcitorio, en la doctrina de la Corte, los haberes dejados de percibir y sobre ellos se aplican diferentes porcentajes; no se condena el pago de salarios caídos, sino que se utilizan índices porcentuales sobre aquellos, según las circunstancias del caso, para fijar una indemnización. Tales porcentajes han variado en el tiempo y según los casos (100%, 70%, 25%, etc.). Cabe tener presente los conocidos casos "Sarzi" y "Moresino" donde la Corte entendió -por mayoría y de acuerdo con los lineamientos expuestos- que el pedido de salarios caídos, aunque improcedente, equivale a un pedido de indemnización y como tal debe ser tratado y resuelto, evitando de ese modo la pérdida de toda reparación por el hecho de haber sido reclamada formalmente en esos términos.

³¹ Ello no obsta al incremento del porcentaje sobre los sueldos no percibidos como graduación de la indemnización según las pruebas y peculiaridades del caso (v. doctr. S.C.B.A., causa B 51992 sent. de 7-5-2008).

³² En tal sentido, ver doctrina de mayoría de la CCALP, entre muchas, en la causa N° 6069, "Altamira", del año 2010. Asimismo y puntualmente sobre el tema: causa N° 5051 "Castro".

En resumen, las particularidades de este proceso son: es un proceso optativo del ordinario; pueden articularse todas las pretensiones previstas para el ordinario aunque la principal ha de ser impugnatoria de la sanción disciplinaria aplicada a agentes públicos provinciales o municipales; se pueden cuestionar toda clase de sanciones -correctivas o expulsivas-; el plazo de caducidad de la demanda es de sesenta días; admite la producción de pruebas pertinentes de existir hechos controvertidos; la sentencia puede contener las medidas que contempla la norma general del proceso administrativo (art. 50); más allá de las previsiones especiales, el trámite se rige por las del sumario de ilegitimidad -que a su vez remite fuera de lo específico al ordinario-.

3. Procesos de Ejecución. Tribunal de Cuentas. Normas Especiales

3.1. Procesos de ejecución

Cabe recordar que en el texto originario de la ley 12.008 se incluía dentro de la competencia de los T.C.A. a los apremios tributarios provinciales agregándose entonces un tipo de proceso especial, de carácter ejecutivo y previéndose para tales supuestos la aplicación de la Ley de Apremio³³. Ello fue suprimido por la ley 12.310³⁴ y luego restablecido por la ley 13.101³⁵. Finalmente, con la última reforma -ley 13.435³⁶- tales apremios quedan otra vez apartados de la justicia administrativa. Pero este régimen tendrá operatividad una vez que se establezcan los Juzgados de Ejecuciones Tributarias que permitirá el inicio de las funciones del específico fuero en la materia³⁷.

En síntesis, de momento, mantiene su vigencia en forma ultra-activa, el sistema previsto por la ley 13.101.

Sin perjuicio de las normas sobre ejecución de sentencia, que conforman una etapa de los procesos de conocimiento anteriormente mencionados (arts. 63 a 66) y no un proceso autónomo de ejecución, el régimen procesal se sigue integrando en la práctica con un tipo de procedimiento ejecutivo.

Bajo la vigencia del anterior sistema constitucional (antes de la reforma de 1994), los procesos de ejecución estaban al margen del ámbito contencioso administrativo. Tanto si se trataba de pretensión de la Administración contra el particular -vgr. ejecución de créditos fiscales- cuanto del particular contra la Administración -vgr. ejecución de certificados de obra pública -.

El primer supuesto, porque por ley correspondía a otro fuero (especialmente, ley de apremios fiscales). Además, no respondía a la concepción tradicional de la materia contencioso administrativa, de cuyo ámbito quedaban excluidos los casos en que la Administración era parte actora y formulaba pretensiones contra

³³ Conforme lo disponía el art. 81 de la ley 12.008, serían competentes para entender en los juicios contemplados en el decreto ley 9122/78 reformado por la ley 11.796, tendientes al cobro de créditos fiscales de naturaleza tributaria de la Provincia, los tribunales contencioso administrativos, tramitando el procedimiento ante la Secretaría de Ejecuciones Fiscales de cada tribunal. En cambio, en los juicios promovidos por las municipalidades u otras personas públicas no estatales expresamente facultadas para acudir a este procedimiento de ejecución, serían competente los jueces de primera instancia en lo civil y comercial o los jueces de paz letrados.

³⁴ Derogó el art. 81 de la ley 12.008 -que a su vez sustituía varias disposiciones (arts. 3, 8 y 10) del decreto ley 9122/78 reformado por la ley 11.796.-Como el art. 3 de dicho decreto ley reformado por la ley 11.796 citada -que entonces volvió a quedar como estaba- establecía la competencia de los jueces de primera instancia en lo civil "hasta tanto no se establezca el fuero contencioso administrativo, conforme lo dispuesto en los arts. 166, último párrafo y 215, primer párrafo de la Constitución de la Provincia", la ley 12.447 -B.O. 24-VII-00- corrigió la redacción con lo que quedó fijada la competencia del fuero civil y comercial.

³⁵ El art. 1 de la ley 13.101 agrega al art. 2 de la ley 12.008 (referido a las controversias que comprende la competencia contencioso administrativa) el inc. 8: "*Las relacionadas con la ejecución de tributos provinciales*". Asimismo, el art. 52 de la misma ley de reformas 13.101, incorpora como Capítulo V del Título II: *Ejecución Tributaria Provincial* compuesto por un solo artículo, el 76 bis, que dispone la aplicación de las normas del decreto ley 9122/78 para estos casos, por los Juzgados Contencioso Administrativos. Por último, el art. 69 de la ley 13.101, modifica el art. 3° del decreto ley 9122/78, que queda redactado: "*Los Juzgados Contencioso Administrativos serán competentes en materia de ejecuciones tributarias provinciales de acuerdo a las reglas del Código Contencioso Administrativo y a las de la presente ley. Exceptúase de esta disposición a los juicios de apremios provinciales de naturaleza no tributaria y los juicios de apremio que promuevan las municipalidades, en cuyo caso serán competentes los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial o los de Paz...*".

Posteriormente, por medio de la ley 13.405 (B. O. 13-12-05) se introducen modificaciones al art. 2 de la ley 12.074 que, en cuanto al tema en comentario interesa, establece que la competencia de las C.C.A. como tribunales de alzada comprende *las ejecuciones de créditos fiscales de naturaleza tributaria*.

³⁶ Por el art. 1 se crea en el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, el "*Fuero de Ejecuciones Tributarias*", con competencia en las ejecuciones de los créditos fiscales por tributos, sus accesorios y sus multas de la Provincia o Municipalidades contra sus deudores, en las medidas cautelares autónomas que se soliciten anticipadamente en su resguardo y en el proceso de conocimiento posterior.

³⁷ Para evitar confusiones, vale recordar que las CCA habrán de funcionar como instancia de alzada de los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias. Dicho en otras palabras, tales Cámaras integran el fuero contencioso administrativo y, en tal carácter, se les confiere competencia para conocer y decidir los recursos de apelación en materia de ejecuciones tributarias (arts. 1, 2 y 5, ley 13.435).

particulares, principio acuñado y mantenido pacíficamente a partir de la anterior cláusula constitucional (arts. 156 inc. 3º, Const. de 1873; 157 inc. 3º, Const. de 1889; 149 inc. 3º Const. de 1934) y normas reglamentarias (art. 1 y conchs. del Código Varela). Con el nuevo modelo, no existe restricción alguna a la configuración de un caso contencioso administrativo por la presencia y, en su caso, posición de la persona pública estatal en la controversia (art. 166, quinto apartado, Const. prov.; arts. 1, 2 -especialmente incs. 7 y 8- y conchs., ley 12.008 y sus reformas; SCBA: caso “Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca”, res. 23-X-02).

El segundo supuesto, como la pretensión de ejecución de certificados de obra pública o de facturas conformadas³⁸ -por mencionar los ejemplos más comunes en la práctica-, quedaba fuera de la competencia originaria de la Suprema Corte pues, según interpretaba ese Tribunal, faltaba un dato esencial definitorio de la materia: la lesión a la situación subjetiva provocada por el acto administrativo. Tal criterio, sobre la base de que, si lo que se perseguía obtener era la ejecución de un acto administrativo que lejos de vulnerar derechos los reconocía, no se presentaba un caso que encuadrara en los términos de las normas de los arts. 1º y 28 inc. 3º del Código Varela³⁹. Era un problema de competencia material y no de tipo de juicio, aunque ya hemos dicho anteriormente que el único juicio contencioso administrativo admitido como tal era el previsto por el viejo Código (“juicio pleno”). Tales asuntos, tras la reforma, se incluyen entre los casos contencioso administrativos pues se originan en el ejercicio de funciones administrativas, encuadrando además en la materia contractual (arts. 166, Const. prov.; 1º, 2 inc. 6 y conchs. ley 12.008). Si bien en la amplia gama de pretensiones ninguna corresponde estrictamente a la de ejecución intentada por particulares contra la Administración, el cobro de tales certificados o facturas en el marco de contratos administrativos podría ser planteada a través de un proceso de conocimiento como pretensión de reconocimiento del derecho y cumplimiento del acuerdo (cfr. art. 12, inc. 2) aunque la casuística indica que también ha sido intentada mediante la pretensión indemnizatoria (cfr. art. 12, inc. 3)⁴⁰. Ello, sin que quepa descartar la posibilidad de seguir otros carriles por aplicación del Código Procesal Civil y Comercial (art. 77, C.P.C.A.), como ilustran los casos en que se utiliza el cobro de pesos para articular peticiones semejantes⁴¹.

3.2. Tribunal de Cuentas

La impugnación judicial de las resoluciones del organismo ofrece particularidades que ya hemos comentado si bien el Código incluye este caso como uno más de los que configuran la materia contencioso-administrativa (art. 2, inc. 1) y ninguna duda cabe que lo es.

Antes de la ley 13.101, tales peculiaridades se presentaban en dos sentidos que se mostraban relacionados: era el único caso que caía dentro de la competencia “originaria” de las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y para tales asuntos debía sustanciarse el juicio pleno con arreglo a las normas de los arts. 1 a 66 del Código (art. 2, ley 12.074 y su modificatoria ley 12.310). Única instancia ordinaria y proceso ordinario.

Estos principios hacían excepción a dos reglas: que la justicia de entrada está a cargo de la primera instancia ordinaria y que para las pretensiones anulatorias de actos administrativos rige la posibilidad de optar entre la vía ordinaria o la vía sumaria (art. 67, inc. 1).

Hemos dicho que ambas notas distintivas se hallaban relacionadas porque la previsión del juicio ordinario parecía estar orientada a impedir eventuales interpretaciones restrictivas del juzgamiento de estos casos, teniendo en cuenta los antecedentes en ese sentido y la solución legislativa entonces adoptada de iniciar el juicio ante el órgano judicial de alzada. Sobre el punto, cabe tener en cuenta que, por lo general, cuando se atribuye competencia originaria a las Cámaras de Apelaciones -de distintos fueros-, las normas suelen utilizar la expresión recurso y asignarle a este tipo de vías estrechos márgenes de conocimiento.

Con la modificación de la ley 13.101 se sustituye la competencia originaria de la alzada por la de los Juzgados de Primera Instancia, esto es se reinstaura la doble instancia, pero se mantiene la preceptiva del proceso ordinario, de donde resulta que, en estos pleitos, en principio, se encontraba limitada la posibilidad de optar por la vía sumaria. Cabe recordar aquí el frustrado proyecto de restringir el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas imponiendo como única vía el Sumario de Ilegitimidad además de conferir su conocimiento a las Cámaras de Apelaciones (art. 1, ley 13.118) y a la contundente observación que mereciera esa norma por parte del Poder Ejecutivo (decreto 2326/03).

³⁸ Estos asuntos por lo general eran planteados ante la justicia ordinaria civil y comercial, bien a través de juicio de cobro de pesos (proceso de conocimiento) o bien a través de juicio ejecutivo.

³⁹ Casos “Marvag”, “Venturini”, entre muchos otros.

⁴⁰ Vgr. CCALP causa N° 52 “AM Seguridad Empresaria S.R.L.”, proveniente del JUCA N° 2 LP.

⁴¹ Vgr. CCALP causa N° 5959 “Velardo”, proveniente del JUCA con asiento en Dolores.

En torno a ese tema, podemos decir que no existe mérito para distinguir los procesos donde se impugnan actos administrativos del Tribunal de Cuentas, de aquellos donde se cuestionan actos administrativos del Poder Ejecutivo, Municipalidades, entes autárquicos o Tribunales de la Administración Pública.

Este panorama que encontró el fuero cuando empezó a funcionar (15-12-03), tuvo una nueva modificación con la ley 13.405 que suprime la doble instancia y atribuye a las CCA competencia en instancia originaria y juicio pleno *en las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia* (art. 2, ley 12.074, texto según ley 13.405). Esta solución legal ha sido descalificada en su constitucionalidad por la CCALP⁴², habiéndose pronunciado la Suprema Corte de Justicia en un distinto sentido⁴³, aplicando la doctrina elaborada con motivo de la impugnación de actos del Tribunal Fiscal, también radicada en forma originaria ante las Cámaras de Apelación, por considerar –en lo sustancial– que la doble instancia no es en esta materia un requisito de orden constitucional.

Más adelante, volveremos sobre aspectos del juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas.

3.3. Normas especiales

Pueden convivir en el ámbito contencioso administrativo otros procesos especiales regulados en normas o regímenes específicos, como el de amparo susceptible de ser abierto ante “cualquier juez” (art. 20 inc. 2°, C.P.; 4°, ley 7166 y sus modificatorias y 3°, ley 13.928), el de hábeas data⁴⁴ (pues en ambos casos pueden tramitar ante los órganos del fuero a diferencia del hábeas corpus), la acción prevista en la ley de medio ambiente N° 11.723⁴⁵, o en la de información pública N° 12.475⁴⁶ por mencionar algunos supuestos. Asimismo, cabe añadir los procesos especiales que surgen de leyes que regulan materias de fondo de incumbencia del fuero contencioso administrativo, como sucede con las expropiaciones (ley 5708) y servidumbres administrativas (ley 8398), las que han generado varias cuestiones procesales de opinable solución⁴⁷. Amén de las pretensiones cautelares anticipadas por aplicación del Código Fiscal (art. 13), que encuentran su régimen supletorio en las normas del C.P.C.C. dado su carácter accesorio del proceso de apremio (cfr. art. 13, cit. y art. 25 segunda parte, ley 13.406). En tanto, para la materia reglada por la ley de defensa de consumidores y usuarios (arts. 36 y 85, 13.133 y ley 24.240), se ha entendido que resulta de aplicación el C.P.C.A.⁴⁸.

⁴² Nos remitimos a lo expuesto en la nota 23.

⁴³ Ver SCBA causa A. 79.481 “Rendición de Cuentas correspondientes a la Municipalidad de Pilar – ejercicio 1993”, res. de fecha 15-5-13.

⁴⁴ Ver SCBA causa B. 68.253 “Licari, Alfredo y otro contra Colegio Reconocido José Manuel Estrada sobre Hábeas Data. Conflicto de competencia art. 7 inc. 1 ley 12.008”, res. del 22-6-05, sin perjuicio de lo pertinente a la específica reglamentación aplicable para la asignación de causas (cfr. Ac. 99.481 “C. F., G. N. c/ B. P. y/u otro. Habeas data. Inc. de comp. e/ J. C. y C. n° 1 Tandil/J. Correc. N° 1 Tandil”, 15-11-06) y de la CCALP: causas N° 3631 “Vidal Alzugaray”; N° 4309 “Berthput”; N° 5337 “Rodríguez”; N° 3003 “Becker, Javier Oscar C/Jefatura de Departamento de Azul de la Policía Bonaerense s/Hábeas Data”, entre otras. Asimismo CCALP causa N° 546 “Gantus”, sentencia del 9-8-05 y la dictada en la misma causa por la SCBA (causa A 68.993, “Gantus”, sent. 3-12-08).

⁴⁵ V. capítulo IV: De la defensa jurisdiccional (arts. 34 y ss.). Allí se contempla, para el supuesto de producción de daños o situación de peligro al ambiente y/o los recursos naturales, la legitimación del defensor del pueblo y asociaciones que propendan a la protección del ambiente para deducir acción contencioso administrativa contra el Estado o acción de protección o de reparación ante la justicia ordinaria contra los particulares (en este caso también pueden plantearla los afectados).

⁴⁶ Conforme tal normativa, se reconoce a toda persona física o jurídica que tenga interés legítimo, el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las modalidades establecidas por la presente ley (art. 1°) y que contra las decisiones que denieguen el derecho de acceso a documentos, o en el caso de que se considere denegada la solicitud de acuerdo al art. 7, podrán interponerse las acciones de amparo o hábeas data, según corresponda (art. 8). Ver en la materia a título ilustrativo CCALP causas N° 2352 “Di Pietro”; N° 934 “Segatto”; N° 10542 “Bani”; entre otras, además de “Gantus”, cit. en nota anterior.

⁴⁷ Conforme al criterio de la CCALP sin perjuicio de la competencia del fuero contencioso administrativo dispuesta por el Código de la materia (art. 2 inc. 9 C.C.A.), el trámite de los juicios de expropiación se rige por las normas de la Ley 5708, previéndose la aplicación supletoria del CPCC (cfr. art. 52; pueden consultarse causas N° 2181; N° 2244; N° 3108; N° 3393, entre otras). Similar criterio rige para los juicios de servidumbres administrativas (ley 8983; v. causas N° 4208; N° 5446; entre otras). En ese marco, se ha producido la interpretación en relación al trámite del recurso de apelación (v. SCBA causas C. 92.126, “Los Juanes S.A.”, sent. del 18-11-08 y sus citas; Ac. 39.824, sent. del 11-10-88; doct. Ac. 37.646, sent. del 23-5-89; Ac. 75.943, sent. del 1-4-04; v. CCLP causas N° 3366, “Bellina S.A.”, res. 3-9-09 y sus citas; N° 9406, “González Cane de Obliglio”, sent. del 22-10-09; N° 9483, “Espuar S.A.”, sent. del 5-5-09; N° 9937, “San Justo” S.A.I.C.”, sent. del 24-2-10; N° 9913, “Iglesias”, sent. del 29-4-10). Otro tema de interés está dado por el particular régimen sobre costas que rige en esa clase de litigios (arts. 37 de la ley 5708 y 23 y 35 de la ley 8398).

⁴⁸ CCALP causa N° 5063 “Gerez”, res. 11-12-07; CCASM “Alonso, Liliانا Fabiola c/ PROSEGUR S.A. s/ Presunta infracción de la ley 24.240”, resolución de fecha 6-9-05 -en particular, ver considerando III-.

4. Impugnación de Actos Administrativos emanados de Colegios o Consejos Profesionales, del Tribunal Fiscal de Apelación y del Tribunal de Cuentas

Son tres supuestos que en virtud de leyes especiales que modificaron al C.P.C.A. –texto ley 13.101- y a la ley de organización del fuero -12.074- han quedado fuera de la doble instancia judicial, para recaer en la competencia originaria de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativa, que actúan como tribunales ordinarios de única instancia, suprimiéndose la intervención de los Juzgados de Primera Instancia.

Además: para la materia de policía profesional –es decir actos de los Colegios o Consejos Profesionales- se estableció *un recurso directo* mientras que para la impugnación de actos del Tribunal de Cuentas y Tribunal Fiscal se determinó el *juicio pleno*.

Como será comentado más adelante, esta situación generó objeciones constitucionales en un doble sentido: la supresión de la doble instancia para los tres supuestos y la afectación del debido proceso para el *recurso directo* en materia de policía profesional.

Finalmente, la Suprema Corte bonaerense descalificó la lesión al derecho de defensa en el recurso directo, pero en cambio validó la competencia originaria en los tres supuestos mencionados, por entender que ello no violentaba ningún principio constitucional pues la doble instancia no está consagrada por norma superior en esta materia.

El capítulo III del título II del Código agrupa una serie de disposiciones -ordenadas actualmente en tres artículos: 74, 74 bis y 75- atinentes al cuestionamiento judicial de las resoluciones de tales entidades públicas no estatales. Adelantamos que, en realidad, lo que se regula en este capítulo es una vía especial para el primer caso (impugnación de resoluciones de Colegios o Consejos) -arts. 74 y 74 bis-, efectuándose tan sólo una remisión a otras normas para el segundo caso (impugnación de resoluciones de Cajas de Previsión Social para Profesionales).

Se trataba de un proceso especial (art. 74 texto según ley 13.101) que fue sustituido por un recurso directo (art. 74 texto según ley 13.325), actualmente vigente.

Debe diferenciarse de inicio la materia “gobierno de la matrícula o registro de profesionales” a cargo de los Colegios o Consejos Profesionales, de la “materia previsional” a cargo de las Cajas de Previsión Social para Profesionales. Y a ellas sumarse la situación de anormalidad institucional de dichos Colegios o Consejos Profesionales, en tanto la intervención y reorganización pueden generar contiendas.

En líneas generales, las distintas profesiones -comúnmente denominadas liberales- cuentan en el ámbito provincial con ambos organismos (Colegio y Caja), de naturaleza pública no estatal, cuyas competencias encuadran en el ejercicio de “funciones administrativas”, a saber: unas, propias de los Colegios, por quedar comprendidas en el concepto tradicional de “policía de las profesiones liberales”; otras, propias de las Cajas, por estarlo en el de “administración de sistemas previsionales”.

Dijimos que debían diferenciarse ambas materias (sin perjuicio de considerar también el tema de la intervención) en punto a la consideración de los aspectos referidos a su justiciabilidad, debido a que son disímiles tanto en sus antecedentes cuanto en el régimen procesal actual.

En sus antecedentes mientras que la materia gobierno de la matrícula no conformaba la competencia contencioso-administrativa en el sistema anterior, la materia previsional siempre integró dicha competencia a cargo, como se sabe, de la Suprema Corte.

Tal diferenciación surgía como consecuencia de un principio general elaborado a partir de las disposiciones del Código Varela y sostenido invariablemente en la jurisprudencia del alto Tribunal, principio según el cual no forman parte de la materia contencioso administrativa los casos en que se impugnen actos o resoluciones de los entes públicos no estatales, salvo ley especial que establezca lo contrario⁴⁹. Pues bien, a partir de ello, el texto “expreso” de las leyes especiales resultaba decisivo. Y el legislador mantuvo, en general, una tendencia constante: en los ordenamientos regulatorios del ejercicio profesional⁵⁰ estableció para la revisión judicial de los actos de gravamen de los Colegios o Consejos Profesionales un recurso o vía de impugnación ante la Cámara

⁴⁹ Con arreglo al art. 1º del Código Varela las resoluciones que podían ser cuestionadas ante la Suprema Corte por demanda contencioso administrativa eran las emanadas “del Poder Ejecutivo, las Municipalidades y la Dirección General de Escuelas”. De ahí que, por mas extensión interpretativa que se le fue asignando al precepto -se incluyó al Banco Provincia; a partir de allí a otros entes autárquicos; más recientemente a los otros poderes provinciales, legislativo y judicial, cuando cumplan función materialmente administrativa- siempre se consideró que era indispensable que se tratase de actos emanados de personas públicas “estatales”. Cabe aclarar que ello no ha significado que, cuando por ley especial, la Corte ha conocido y resuelto sobre la legitimidad de actos de entes no estatales, no los tratase como autoridad administrativa y a sus actos y procedimientos, como actos administrativos y procedimientos administrativos. Incluso ha hecho expresa aplicación analógica del decreto ley 7647 a tales entidades.

⁵⁰ Ver art. 79 -primer párrafo- de la ley 12.008.

de Apelaciones en turno, dándose a partir del año 1979 normas procesales uniformes para todos los regímenes y creándose una Sala Especial compuesta por los dos Presidentes de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, para entender en tales cuestiones⁵¹; en los ordenamientos regulatorios de la materia previsional, en cambio, estableció la vía contencioso administrativa ante la Suprema Corte para cuestionar las resoluciones adoptadas por las Cajas Profesionales. En virtud de esto último quedó unificada la competencia material para entender en toda la materia previsional, tanto la administrada por órganos estatales⁵² (incluida en el Código Varela expresamente por su art. 4º, primer apartado), cuanto la administrada por los órganos no estatales -Cajas citadas-.

Esta diferenciación de la *competencia material* para juzgar las cuestiones referidas al ejercicio de profesiones liberales y las cuestiones previsionales, así como las razones que la sustentaba, se han borrado⁵³. Hoy, la reforma del sistema contencioso administrativo concretada en el art. 166, quinto apartado, de la Constitución provincial de 1994 y reglamentada a través del nuevo Código Procesal, ha establecido la determinación de la competencia material sobre la base de un dato objetivo, el "ejercicio de la función administrativa", excluyendo la delimitación en orden a los sujetos del proceso y en el caso concreto que nos ocupa, excluyendo la delimitación en función de la naturaleza estatal o no estatal de la persona pública demandada en el juicio. Dicho art. 166 expresa que el "ejercicio de funciones administrativas" que da origen al caso contencioso administrativo puede provenir no sólo de la Provincia, municipalidades o sus respectivos entes descentralizados, sino de "otras personas"; a su turno, la ley 12.008, tras reiterar el enunciado constitucional en la enumeración abierta de tales sujetos (art. 1, inc. 1º), declara en forma expresa que la competencia contencioso administrativa comprende las controversias "en las que sea parte una persona pública no estatal, cuando actúe en el ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo" (art. 2 inc. 4º).

Acorde con ello, por el art. 79 -primer párrafo- de la ley 12.008 se sustituyen las disposiciones de las leyes especiales referidas a las distintas profesiones y toda otra norma que atribuya a la justicia en lo civil y comercial de La Plata la competencia para juzgar las impugnaciones contra los actos de gravamen emanados de los colegios o consejos profesionales, casos que serán resueltos por los jueces contencioso administrativos y tramitarán con arreglo a lo previsto en el art. 74.

Además de las cuestiones mencionadas (gobierno de la matrícula y previsión social), las leyes recogen otro tipo de asuntos, de carácter institucional, referidos a la situación de anormalidad en la vida de los colegios o consejos profesionales. Se trata de las contiendas relativas a la intervención y reorganización de los aludidos colegios o consejos que la ley 12.008 también aprehende dentro de la competencia de los órganos del fuero contencioso administrativo, disponiendo a tal efecto la aplicación -actualmente y en virtud de la reforma operada por la ley 13.325⁵⁴- de las reglas previstas en el art. 21 inciso 2) del presente Código⁵⁵.

4.1. Régimen Procesal

En función de lo ya dicho, debe distinguirse en el marco del nuevo ordenamiento procesal:

1º-la impugnación de los actos administrativos de los Colegios y Consejos Profesionales en lo referente a gobierno de la matrícula y registro de profesionales, sujeta a la vía especial prevista en el art. 74 (cfr. arts.

⁵¹ Cfr. decreto ley 9398/79 -t.o. por decreto ley 9.671/81.

⁵² Instituto de Previsión Social, Caja de Previsión Social del Banco Provincia, Caja de Previsión Social de Policía.

⁵³ Aunque existen diferencias en torno al medio de juzgamiento entre ambas.

⁵⁴ El texto anterior según la ley 13.101 remitía a las reglas previstas por el art. 74, por entonces regulatorias de un procedimiento sumarísimo en doble instancia, hoy también derogado por la ley 13.325.

⁵⁵ Las normas especiales, como el art. 20 de la ley 5177, se refieren a la posibilidad de que los profesionales cuestionen la actividad del interventor ante la Suprema Corte solicitando la efectiva reorganización del Colegio. Más allá del alcance de esa atribución conferida al máximo Tribunal para intervenir en tales asuntos y que ahora el art. 79 de la ley 12.008 somete a juzgamiento del fuero especializado, debe diferenciarse la contienda surgida por la actividad del propio interventor, de la contienda originada en la decisión del Poder Ejecutivo de intervenir un Colegio. La impugnación del acto de intervención -por ejemplo, por los directivos desplazados-, no constituye un asunto que encuadre en la regla básica del art. 74 pues la pretensión impugnatoria no tiene por objeto un acto administrativo del Colegio. Sobre el tema del cuestionamiento de actos de intervención: SCBA "Sciamarella" sent. del año 1982 y posteriormente caso "Karakachoff". En ambos (aunque en el segundo sólo por mayoría) la Corte provincial se declaró competente para entender por la vía contencioso administrativa; y es que, allí no se cuestionaba sino un acto del Poder Ejecutivo provincial; además en el primero de ellos hizo aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 20 de la ley 5177. En el segundo, en cambio, se ponderó la falta de una norma que atribuyera competencia a otro órgano judicial. De distinto alcance son las controversias relativas a los actos del interventor, y al respecto, cuando estos actos han sido cuestionados ante la Suprema Corte, la misma se ha declarado incompetente, en el marco del sistema anterior. Ver causa B. 58.370, "Bargiela A. y otros s/amparo -cuestión de competencia art. 6º C.C.A.-", res. 5-VIII-97 -afiliados que cuestionaban fechas fijadas por el interventor para la matriculación y elecciones del Colegio de Fonoaudiólogos-; causa B. 61.196, "Caja de Previsión Social para Profesionales de la Ingeniería s/cuestión de competencia art. 6º C.C.A. en autos: Beliera y otros c/Caja de P. S. para P. de la I. s/amparo", res. 18-IV-2000.

74 y 79, primer párrafo): proceso sumarísimo en doble instancia hasta la reforma de la ley 13.325; desde entonces y actualmente, recurso directo ante las CCA;

2º-la impugnación de los actos administrativos dictados por las Cajas de Previsión Social o Seguridad Social para Profesionales, que está fuera de dicha vía especial, y se rige por las normas del proceso ordinario, sin perjuicio de la opción por las del proceso sumario de ilegitimidad (art. 75);

3º-las contiendas originadas en la intervención y reorganización de Colegios o Consejos Profesionales, se rigen –actualmente, texto ley 13.325- por las normas del proceso especial previsto en el art. 21 inc. 2), que a su vez remite a la directa aplicación del sumarísimo del CPCC (cfr. art. 79, segundo párrafo).

Antes de la modificación introducida por la ley 13.325, el Código establecía los supuestos en los que resultaba de aplicación el proceso especial previsto por el art. 74, especificando, conforme lo disponía el art. 74 (incs. 1 y 3), a todos los procedimientos previstos por las leyes de creación de los colegios o consejos profesionales u otras normas similares en materia de impugnación judicial contra: a) los actos que decidan la suspensión, cancelación o denegación de la inscripción en la matrícula correspondiente; b) los actos mediante los que se impongan sanciones en los supuestos contemplados por las normas de aplicación y c) en general, los actos de gravamen emanados de aquellos entes.

Al reformarse la norma mediante la ley 13.325, se establecen previsiones que serán puntualizadas más adelante, previa referencia a los caracteres del proceso abreviado anterior, que sigue siendo aplicado en las causas alcanzadas por la declaración de inconstitucionalidad del nuevo modelo que no llegaron a decisión de la Suprema Corte por la vía extraordinaria. Es oportuno mencionar que ese máximo tribunal se ha expedido en relación a uno de los aspectos constitucionales originados en la ley de marras –falta de debido proceso-, no habiéndose aún pronunciado sobre la eliminación de la doble instancia que entraña el recurso judicial directo. A estos puntos nos habremos de referir en otro acápite posterior.

4.2. Características del Proceso reglado por el Artículo 74 (Anterior a la Ley 13.325)

Se trata de un proceso de conocimiento abreviado, escrito, que no tiene carácter facultativo sino preceptivo, se abre con la demanda y la pretensión es impugnatoria de actos administrativos.

Se rige por las reglas procesales particulares y, supletoriamente, por las restantes normas del Código.

De las reglas específicas se desprende que la secuencia del trámite es:

-demanda: se interpone por escrito directamente ante el JCA dentro de los sesenta (60) días⁵⁶ desde el siguiente a la notificación del acto atacado; la competencia territorial se rige por el art. 5 inc. 2, apartado b);

-requerimiento de los antecedentes administrativos: debe efectuarse dentro de los cinco días de presentada la demanda, por oficio dirigido a la autoridad superior del ente, quien cuenta con 10 días desde la notificación para remitirlos, aplicándose en caso de incumplimiento lo dispuesto por el art. 30 inc. 2;

-traslado de la demanda: cumplido el trámite anterior, el JCA conferirá traslado por diez días al ente demandado;

-prueba: si hubiere hechos controvertidos la causa será abierta a prueba por un plazo no mayor de quince días;

-autos para sentencia: contestado el traslado de demanda o vencido el plazo respectivo o, en caso de apertura a prueba, vencido el plazo pertinente, el Juez llamará autos para sentencia;

-sentencia: debe ser dictada por el Juez dentro del plazo de treinta días.

De esas mismas reglas surgen las diferencias con el proceso ordinario: el plazo de interposición de la demanda es de 60 días (en lugar de 90 días), el requerimiento de los antecedentes administrativos es siempre necesario (en lugar de depender de las circunstancias del caso), ese trámite debe efectuarse dentro de los cinco días de presentada la demanda para ser cumplimentada por la autoridad superior del ente dentro de los diez días de notificado el requerimiento (plazo este último que es más breve que en el ordinario: 15 días), el plazo de contestación del traslado de la demanda es de diez días (en lugar de 45 días), no se convoca la audiencia del art. 41, el plazo de apertura de la causa a prueba no puede superar los quince días (en lugar de los 40 días), el plazo para dictar sentencia es de treinta días (en lugar de 60 días como en el ordinario).

⁵⁶ Este plazo que era de 15 días (ley 12.008 texto según ley 12.310) -muy breve en comparación con los otros procesos especiales-, quedó así ampliado a 60 días por la ley 13.101. De este modo se ha eliminado una suerte de resabio del anterior sistema impugnatorio de estos actos (la ley los llamaba recurso y se radicaban directamente ante el órgano judicial de alzada), al paso que se ha ganado en armonía entre éste y las restantes vías sumarias así como en la defensa de los derechos e intereses.

4.3. Las Leyes 13.325 y 13.329. Creación de un Recurso Directo ante las CCA. Cuestión constitucional

Por las leyes 13.325 y 13.329 (B.O. 4-5-05) se establece un sistema de impugnación de las resoluciones dictadas por los Colegios o Consejos Profesionales, que modifica al previsto por el art. 74 y concordantes del Código Procesal Administrativo (texto según ley 13.101).

De acuerdo con las nuevas disposiciones, las pretensiones impugnativas de los actos administrativos emanados de dichos entes no estatales, referidos -entre otras materias- al gobierno de la matrícula, registro de profesionales y/o control disciplinario, u otros actos de gravamen, *tramitarán mediante recurso directo ante las Cámaras Departamentales en lo Contencioso Administrativo...a los fines de establecer el debido control de legalidad de aquellos; el recurso deberá interponerse ante el Órgano Colegial, el que -de no denegar la concesión- deberá remitirlo y una vez recibidas las actuaciones, la Cámara deberá llamar autos para sentencia y dictar el fallo definitivo. Si, en cambio, aquel rechaza la concesión, podrá articularse recurso de queja ante la Cámara competente...adjuntándose copia de la sentencia recurrida...dictada por el Órgano Colegial.*

Con carácter transitorio, a su vez, se dispone que: *las pretensiones anulatorias aludidas iniciadas bajo el régimen del anterior artículo 74 del C.C.A. (texto según ley 13.101), quedarán suspendidas en su trámite cualquiera sea su estado y se adecuarán al procedimiento recursivo establecido en la presente, poniéndose a cargo del juzgado interviniente el requerimiento de adecuación; y, en el supuesto que el requerido no diera cumplimiento a la adecuación, se declarará extinguido su derecho, devolviéndose la causa al Colegio o Consejo Profesional.*

En cuanto a las causas radicadas originariamente ante la Sala Especial (creada por los decretos-leyes 9.398/79 y 9.671/81) que, al comenzar las funciones del fuero en la materia, fueron giradas a los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, conforme ordena ahora la ley 13.329, *se les dará el trámite de recurso, sin sustanciación, y tales Juzgados deberán elevarlas inmediatamente al tribunal de alzada (art. 1). Se impone a éste al recibir las actuaciones...llamar autos para sentencia dictando el fallo definitivo. Finalmente se establece que los actos procesales que se hubiesen llevado a cabo por ante los Juzgados...tendientes a transformar los recursos originariamente impetrados en pretensiones anulatorias, en los términos del artículo 74 del Código Procesal Contencioso Administrativo, quedarán sin efecto cualquiera sea su estado, y se adecuarán al procedimiento recursivo establecido en la presente ley.*

1. El caso bajo examen corresponde a la competencia material del fuero contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto por el art. 166 -último párrafo- de la Constitución de 1994 y por su ley reglamentaria (arts. 1, 2 incs. 1 y 3, 74, 79 y 84, ley 12.008, texto según ley 13.101; art. 215, Const. Prov.).

Antes de la aludida reforma, los asuntos propios o vinculados a la denominada policía de las profesiones liberales se hallaban fuera de la justicia administrativa, por entonces a cargo de la Suprema Corte en forma originaria y en juicio pleno (art. 149 inc. 3, Const. 1.934). Amén de otras razones, debido a la concepción material más restringida, cuyos contornos excluían, entre otros, al cuestionamiento de los actos emanados de entes públicos no estatales, salvo norma legal expresa en contrario y porque también quedaban marginados amplios sectores de la materia comúnmente conocida como policía administrativa. De ese modo, el juzgamiento de las resoluciones de esa especie se hallaba conferido a la Sala Especial, con arreglo al procedimiento instituido por los decretos leyes 9.398/79 y 9.671/81, los que quedaron derogados mediante el nuevo Código Procesal Administrativo (art. 84, ley 12.008 cit.). Al tiempo que éste estatuyó un proceso abreviado para el conocimiento y decisión de esta clase de contiendas (art. 74 y concs.) sobre el que, precisamente, recae la modificación legislativa bajo consideración.

2. En la causa *Ribelli* –que junto a la causa *Giannino*- fueron las primeras donde la CCALP se expidió sobre la cuestión constitucional ocasionada por las leyes de marras, el ingreso a ella tuvo lugar de oficio al entenderse configurada una situación excepcional que imponía proceder en tal sentido.

Por lo tanto, se declaró inconstitucionales –en las causas de referencia- los arts. 1 y 2 de la ley 13.325 y 1, 2 y 3 de la ley 13.329, por transgresión a los arts. 15, 166 y concs., de la Constitución Provincial y 18 y concs. de la Nacional (arts. 57, Const. Prov. y 31, Const. Nac.).

Al resultar inválida tal modificación al art. 74 de la ley 12.008, se interpretó que correspondía aplicarlo en su texto según ley 13.101, entre otros aspectos del decisorio.

El sistema implantado por las leyes 13.325 y 13.329 ha dado pie a diferentes opiniones en la evaluación de su validez constitucional.

Pueden mencionarse:

a) la inconstitucionalidad *in totum* del régimen, desarrollada in extenso en los fallos de cámara citados: de un lado, en cuanto regula un recurso directo eliminando la intervención de los Juzgados de Primera

Instancia y de ese modo restringiendo la descentralización y privando de la doble instancia ordinaria a un caso puntual; del otro, en tanto establece una vía sin sustanciación alguna limitada al control de legalidad. Es el criterio sostenido por la CCALP⁵⁷ y, originariamente, por la CCASN⁵⁸.

b) la inconstitucionalidad parcial del régimen: sólo en cuanto establece un trámite sin garantías acotado al control de legalidad, mas no en tanto crea un recurso directo privando de la doble instancia, intervención de los Juzgados y descentralización de la justicia de entrada a los supuestos que contempla. Es la posición adoptada por la CCASM⁵⁹ criterio confirmado por la SCBA⁶⁰. Cabe aclarar, que el alto tribunal se expidió más tarde, acerca de la validez del recurso directo como tal, en cuanto medio que excluye la intervención de los juzgados y por ende las instancias ordinarias⁶¹.

c) la constitucionalidad del régimen legal: en relación a la creación de un recurso directo a fin de ejercer el control de legalidad sin censurar aspectos del sistema así instituido, sin perjuicio de las facultades judiciales para dar al trámite las garantías que se estimen necesarias. Enrolada en este parecer se la puede ubicar a la CCAMP⁶².

Algunos tribunales han ingresado de oficio a la temática de marras.

Por fin, nos hemos detenido en el punto anterior en el desarrollo de los argumentos de la exégesis que compartimos, consistente en la pugna total del nuevo diseño legal del sistema bajo examen con los principios superiores, en virtud de que consideramos de interés el asunto por referirse a las bases constitucionales de la justicia administrativa, por lo que trasciende el caso puntual de la impugnación de los actos de los entes profesionales. Razones de extensión no nos permiten no abundar sobre las otras posturas remitiéndonos a los decisorios dictados, que, aunque puedan traducir –en parte- un enfoque diferente al que propiciamos, consideramos que aportan un serio sustento, para formar opinión en un debate de indudable proyección institucional en la materia.

4.3.a) El caso del Tribunal de Cuentas

Por su parte, la ley 12.074 (texto según ley 12.310, anterior a la reforma introducida por la ley 13.101) que ha creado dicho fuero, al determinar la competencia de las Cámaras de Apelaciones en lo contencioso administrativo, y tras preceptuar la que les corresponde como tribunal de alzada, decía "...entenderá, en instancia originaria y juicio pleno, en las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia, con aplicación de las reglas del juicio ordinario, establecido en el título I -artículos 1 a 66- del Código Procesal Contencioso Administrativo". Tal asignación originaria de competencia a las

⁵⁷ CCALP en la causa "Ribelli", cit. decidió: Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 13.325 y 1, 2 y 3 de la ley 13.329 en su aplicación al caso de autos (arts. 18 y 31, CN, 15, 57 y 166, CP) y, previa notificación a las partes, remitir las actuaciones a la Receptoría General de Expedientes a los efectos de proceder a su asignación al Juzgado Contencioso Administrativo que corresponda, debiéndose tomar en cuenta a ese fin la actuación inicial de la parte interesada (art. 15, CP).

⁵⁸ CCASN causa n° 18/2006, caratulada "T., R. R. y ot c/Tribunal Notarial de la Pcia. de Bs. As. s/ recurso directo art. 74 ley 12008", res. del 27-3-07, donde, sin perjuicio de la resolución de seguir tramitando en su sede la causa por motivos procesales, se dejó a salvo la opinión del tribunal, que fuera expuesta en la causa N° 51/06, del 06/03/07, "C. I. E. C/ Tribunal de Disciplina del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires s/ Recurso directo art. 74 de la ley 13.325", res. 6-3-07 en al que (independientemente de la suerte final del decisorio por otras razones en la instancia extraordinaria) se declarara, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 74 del CCA -conf. Ley 13.325- referido a la tramitación -ante las Cámaras en instancia originaria y como recurso directo- de la impugnación de las resoluciones dictadas por los Colegios o Consejos Profesionales que hacen al gobierno de la matrícula, registro de profesionales y/o control disciplinario y los definitivos emanados de los órganos de control disciplinario, como también por la falta de sustanciación del proceso.

⁵⁹ CCASM Exp. N° 248/05: "Consejo Directivo C.A.S.I. s/Dr. P.L s/denuncia. Recurso de apelación". Se resolvió: admitir la competencia de la Cámara en forma originaria y declarar la inconstitucionalidad del art. 74 del C.C.A. en cuanto limita la impugnación que regula a un control restrictivo de legalidad, así como también la amplitud de debate y prueba propia de toda acción procesal. Conforme a ello, el particular podrá optar por encauzar su pretensión por el procedimiento ordinario o sumario de ilegitimidad previsto en el C.C.A. dentro del plazo de quince días de notificada esta resolución, adecuando su presentación inicial de acuerdo a la vía procesal elegida, de conformidad con lo establecido en el art. 27 de ese cuerpo normativo.

⁶⁰ SCBA causa A. 68.782, "Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires contra doctor M. H. M. Acción disciplinaria", sent. del 22-12-08. En un profundo y extenso análisis de la cuestión, acotada a la temática de la restricción del juzgamiento que supone el control de legalidad previsto por la reforma del art. 74 CCA (ley 13325) descalificado, de oficio, por ese motivo por la CCASM, el alto tribunal provincial, confirmó ese pronunciamiento rechazando el recurso extraordinario.

⁶¹ SCBA causa A 68436 "Giannino", sent. del 25-8-2010

⁶² CCAMP causa G-134-MP1 "Ortega Ana Maria c/ Colegio de Psicólogos de La Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión Anulatoria", sentencia de 16-9-08. El tribunal resolvió en el caso: 1. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora contra el art. 74 del C.P.C.A. (t.o. ley 13.325). 2. Hacer lugar a la declinatoria de competencia efectuada por el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Depto. Judicial Mar del Plata, declarando consecuentemente -sin que ello importe adelantar opinión sobre la admisibilidad formal y sustancial del planteo efectuado- la competencia de esta Cámara de Apelación para conocer en la impugnación impetrada por la actora (arts. 7 y 74 del C.P.C.A.). 3. Imprimir a la presente causa el trámite del proceso sumarísimo del art. 496 del C.P.C.C. en lo que resulte pertinente, a tenor de la especial esencia del remedio reglado por el art. 74 del C.P.C.A., y ordenar su sustanciación con el Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires – Distrito X- en carácter de contraparte, de cuyo Tribunal de Disciplina emanó el acto contra el que se insta el control judicial. En consecuencia, del escrito de inicio y documentación acompañada córrase traslado a la contraria por el término de cinco (5) días (art. 496, inciso 2° del C.P.C.C.), adjuntándose las respectivas copias (art. 120 del C.P.C.C.).

Cámaras de Apelaciones fue derogada por la ley 13.101 quedando esas contiendas en la esfera de atribuciones de los Juzgados Contencioso Administrativos.

El alcance del enunciado "juicio pleno" en tales disposiciones coincide con el que históricamente ha tenido; de un lado, descartar la intervención de la justicia en grado de apelación de las resoluciones de la Administración (en el caso concreto, las emanadas del Tribunal de Cuentas), del otro, garantizar dicha intervención a través de un proceso dotado de las mayores oportunidades y medios de ataque, defensa y prueba. Vale decir, juicio pleno en conjunción con instancia judicial originaria y juicio pleno como equivalente a proceso ordinario.

Se ve reproducida, en relación a los actos del Tribunal de Cuentas, la preocupación de garantizar la plena justiciabilidad. Lo que en los albores de nuestra organización constitucional se refería a la Administración en general, hoy se presenta en torno a un sector de ella que ha tenido una particular evolución. Baste recordar que recién en los comienzos de la década de 1980 por vía jurisprudencial se consagró "la revisión judicial" por medio de la acción contencioso administrativa de las decisiones de tal organismo, criterio que la Corte mantuvo y del que no se apartó a pesar de haberse dictado normas legislativas que mostraban un claro retroceso sobre la cuestión⁶³. Baste tener en cuenta también que en el desarrollo de la reforma constitucional de 1994, el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas se presentó como un problema singular, de atención especial, debido a la injustificada resistencia de ciertos sectores a la justiciabilidad de las decisiones de aquel; es así que recayó primero en la competencia originaria -la única- del Tribunal de Casación en lo Contencioso Administrativo (hoy suprimido) y, más tarde, como hemos señalado, en la competencia originaria -también la única y ahora abrogada por la ley 13.101- de las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo⁶⁴. Tras el dictado de esta última ley de reformas, la impugnación de las resoluciones del Tribunal de Cuentas pasa a conformar la competencia originaria de los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y desaparece del enunciado legal la expresión "juicio pleno". Aunque se mantiene la aplicación de las reglas del proceso ordinario, se observa una regresión en la terminología de la norma desde que utiliza la siguiente fórmula "Las resoluciones definitivas del Tribunal de Cuentas podrán ser recurridas..."⁶⁵.

Pero no finaliza allí el derrotero acerca de la justiciabilidad de esos actos. Un posterior intento de delimitarla puede apreciarse con la ley 13.118 que volvió sobre los últimos pasos y dispuso que tales resoluciones del Tribunal de Cuentas pueden ser "recurridas" ante las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las reglas del proceso "sumario" de ilegitimidad⁶⁶. Disposición que fue observada por el Poder Ejecutivo en razón de restringir "seriamente el principio de tutela judicial efectiva, expresamente consagrada por nuestra Ley fundamental"⁶⁷.

⁶³ Cfr. SCBA: causas B. 49.102, "Pizzagalli, E. de E. contra Provincia de Buenos Aires. DCA", sentencias del 26-IV-1983 y del 28-X-1986; "González, Raúl y otra contra Provincia de Buenos Aires. DCA", sent. del 28-III-1995. A partir del primero de esos fallos se consideró materia contencioso administrativa a la demanda de nulidad prevista por el art. 26 de la ley 4373 impugnatoria de los actos del Tribunal de Cuentas, superándose, sobre la base del mismo texto normativo, el criterio de no justiciabilidad sostenido anteriormente (caso "Bonora" de 1936). La ley 10.869 que reemplazó a la vieja ley citada, en lugar de recoger el principio pretoriano o reiterar al menos la vía judicial de la demanda de nulidad, previó por el art. 31 la impugnación de los actos del Tribunal de Cuentas ante la Suprema Corte por medio de los recursos extraordinarios, los que fueron rechazados por el alto Tribunal por no constituir su objeto una sentencia judicial (cfr. causas Ac. 47.054, "De Bonis", res. 21-V-1991; Ac. 49.024, "Municipalidad de San Nicolás", res. 22-X-1991; Ac. 66.597, "Municipalidad de González Chaves", res. 1º-IV-1997). En consecuencia, la SC lejos de considerarlo un caso no justiciable, siguió habilitando la vía contencioso administrativa -juicio pleno-, por aplicación del Código Varela.

⁶⁴ El art. 2 de la ley 12.074 anterior a la reforma de la ley 13.101, al detraer de la competencia de los Tribunales de primera instancia ordinaria las demandas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas con el alcance que la norma preceptuaba, podía suscitar algunos interrogantes. ¿Sólo las resoluciones del Tribunal de Cuentas abrían la vía judicial?, ¿podía someterse a juzgamiento el ejercicio de función administrativa manifestada de otro modo que no sean resoluciones expresas o tácitas?, ¿era viable una acción de amparo por mora del Tribunal de Cuentas?, la expresa remisión al juicio ordinario -arts. 1 a 66- ¿excluía la aplicación de las restantes normas del Código y, por ende, de los procesos sumarios por ilegitimidad y amparo por mora?, etc. Sin perjuicio de lo dicho, debe señalarse que el supuesto que el art. 2 de la ley 12.074 aprehendía -de consuno con el inc. 1 del art. 2 de la ley 12.008- es el caso común u ordinario de demandas contra el Tribunal de Cuentas, impugnatorias de los actos que resuelven los juicios de cuentas y de responsabilidad.

Algunos de tales interrogantes se mantienen tras la reforma operada por la ley 13.101.

⁶⁵ El art. 80 de la ley 13.101 sustituyó los artículos 31 y 36 de la ley 10.869 (Orgánica del Tribunal de cuentas). El art. 31, en lo pertinente, en su nueva redacción dice: "Las resoluciones definitivas del Tribunal de Cuentas, podrán ser recurridas ante los juzgados contencioso administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Contencioso Administrativo, con aplicación de las reglas del proceso ordinario (Título I)..."

⁶⁶ Art. 1º ley 13.118 (sancionada el 6/11/03) que estableció la sustitución del art. 31 de la ley 10.869.

⁶⁷ Entre los considerandos del decreto 2326/03 (B.O. 18/12/03) se destaca que "...la reforma pretendida para el art. 31 citado (de la ley 10.869) conlleva, en relación al sistema recursivo respecto de las resoluciones definitivas del Tribunal de Cuentas, el desplazamiento de la competencia de los Juzgados Contencioso Administrativos en favor de las Cámaras de Apelaciones de dicho fuero, como asimismo, la aplicación de las reglas del proceso sumario de ilegitimidad en desmedro de las correspondientes al proceso ordinario; Que al respecto, debe decirse que el régimen establecido por la ley 13.101 se compadece con la reforma integral al procedimiento contencioso administrativo que la misma contempla, no advirtiéndose razón jurídica alguna para eliminar la doble instancia judicial establecida para todos los actos administrativos, de carácter general o particular, producidos por

En esas condiciones, una vez que comenzó a funcionar el fuero contencioso administrativo, se inscribe un nuevo capítulo sobre el intento de retraer la extensión en el juzgamiento de los actos del organismo de control, ahora, bajo la fórmula de *juicio pleno* pero tramitado en forma originaria ante las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo, esto es, suprimiendo la doble instancia que rige el modelo implantado por la ley 12.074⁶⁸. La solución legal fue declarada inconstitucional por el tribunal de alzada del fuero con asiento en La Plata, en virtud de considerarse que de tal modo se constriñen las bases del modelo de juzgamiento de casos en la materia ⁶⁹, criterio que no fue compartido la casación bonaerense a cargo de la Suprema Corte de Justicia, que se expidió en el sentido que la única instancia ordinaria no vulnera principios ni cláusulas superiores sobre este caso puntual (art. 2, ley 12.074 texto según ley 13.405)⁷⁰.

En cuanto a la expresión “juicio pleno” de la norma constitucional transitoria (art. 215, segundo párrafo), el precepto fue la base para que la Suprema Corte mantuviera el antiguo modelo aplicando únicamente el Código Varela hasta el año 2002. A partir de entonces, como efecto de la jurisprudencia orientada al ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa de acuerdo a los contenidos de la reforma de 1994, ese Tribunal admite diversas vías -juicio ordinario, sumario, sumarísimo, etc.- para el trámite del proceso administrativo. Podría decirse entonces que, en un sentido amplio que se adapte a la reforma, “pleno” se refiere a la justiciabilidad de la Administración en cualquiera de las manifestaciones de su obrar -actos, hechos, omisiones, etc.-.

4.4.b) El caso del Tribunal Fiscal de Apelaciones

Ello es similar a la problemática suscitada en torno a los actos del Tribunal de Cuentas, en cuanto respecta a la impugnación en *juicio pleno* ante las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo.

Ha merecido similar descalificación constitucional por parte de la Cámara de ese fuero con asiento en La Plata⁷¹ y, finalmente, semejante ha sido la validación constitucional por la Suprema Corte de Justicia⁷².

5. Impugnación de Resoluciones de las Cajas de Previsión Social de Profesionales

Nos remitimos a lo antes expuesto ya que se trata de una materia que no ofrece diferencias o particularidades con los procesos ordinario y sumarios, como en cambio sucede con la impugnación de actos de Colegios o Consejos profesionales en gobierno de la matrícula.

cualquier tribunal de la Administración; Que tampoco puede compartirse el criterio sustentado de limitar, por vía del procedimiento aplicable, las defensas y pruebas a articular u ofrecer por el impugnante, especialmente si se considera que dichos decisorios y su proceso recursivo administrativo se agota en el ámbito de competencia del mismo Tribunal, sin intervención de órganos de control ajenos a éste...”. Por lo tanto el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la atribución conferida por los arts. 108 y 144 inc. 2 de la Constitución Provincial, observó, entre otros, el art. 1° de la ley 13.118.

⁶⁸ Conforme art. 5 de la ley 13.405 que modifica el art. 2 de la ley 12.074 (texto según ley 12.310) y establece, en cuanto aquí interesa, la competencia de las Cámaras del fuero contencioso administrativo para entender en *instancia originaria y juicio pleno*, en las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia...

⁶⁹ Se sostuvo, entre otros precedentes, en el caso “Fernández” (CCALP causa N° 3456, res. de 24-10-06) que “...la norma cuestionada por el actor (art. 5 de la ley 13.405) establece una excepción a la doble instancia judicial en la que se organiza el Fuero Contencioso Administrativo, excluyendo así del modelo implantado para todos los asuntos de su competencia, un caso puntual. Éste, no revela alguna nota distintiva con los restantes que conforman la materia originada en el ejercicio de funciones administrativas públicas... La particular integración del organismo colegiado no justificaría el distingo, a juzgar tan sólo por su emplazamiento constitucional entre otras autoridades públicas del Poder Ejecutivo que, en algunos supuestos, presentan notas similares a fin de garantizar cierta independencia funcional, que no altera la índole orgánica y material administrativa que le es inherente (cfr. Sección Quinta de la Constitución, citada).

De lo expuesto se sigue que, bajo la mira de la expresa inclusión en el art. 2 inc. 1 del Código Procesal Administrativo, la impugnación judicial de las resoluciones del organismo constituye una controversia que se suscita a partir de la impugnación de los actos administrativos y no presenta distingo en relación a las restantes que aprehende la cláusula superior y su ley reglamentaria.

La exclusión de la misma amplitud de juzgamiento que ofrece la doble instancia ordinaria, común para cualquier controversia, en vista de la estructura actual del fuero, no se observa que exhiba alguna razón que a prima facie pueda demostrar la razonabilidad de la solución legal, que la torna en una discriminación incompatible con los principios superiores (arts. 16 y 28, Const. Nacional; arts. 11, 15, 57 y concc. Const. Prov.)... De lo expuesto hasta aquí resulta que el problema central, amen del acceso a la justicia, se halla en la alteración del sistema de juzgamiento de casos en materia administrativa, para un supuesto particular (arts. 15 y 166, C.P.) en el que queda desplazada, sin justificación, la competencia de los Juzgados de Primera Instancia del Fuero Contencioso Administrativo. De este modo, se hace excepción al principio de doble instancia ordinaria que rige en la materia (cfr. ley 12.074 y sus reformas; conc., ley 12.008), regla que aunque no conforma un requisito de validez constitucional en este ámbito jurisdiccional (art. 215, Const. Prov.; doctr. art. 8 inc. 2, “h”, C.A.D.H., art. 75 inc. 22, C.N.), hallándose establecida no puede ser motivo de salvedades irrazonables (arts. 15, Const. Prov. y 18 y 28, Const. nac.; cfr. mi voto en las causas “Ribelli” y “Giannino”, cits.)”.

⁷⁰ SCBA causa A 79481, “Rendición de cuentas correspondientes a la Municipalidad de Pilar”, res. del 15-5-2013.

⁷¹ CCALP causa “Orbis”.

⁷² SCBA causa “Orbis”, cit., sent. 22-8-12.

6. Amparo por Mora

6.1. Caracterización

Se trata de una *acción judicial sumarísima* contra la Administración Pública con motivo de la ilegítima omisión en el desarrollo y/o culminación de un procedimiento administrativo, acción que tiene por objeto obtener una orden judicial de pronto despacho de tales actuaciones administrativas, según el estado en que se encuentren. La mora se configura por principio frente al vencimiento de los plazos correspondientes que la autoridad debió cumplir ya para la emisión de actos preparatorios o de trámite, o el dictado de actos interlocutorios, de la resolución final o de la resolución de los recursos administrativos; cualquiera de tales situaciones de retardo en el procedimiento pueden hallar remedio en este amparo específico. Se ha señalado con razón que la mora debe ser imputable a la Administración y no al administrado, vale decir que la paralización del trámite no puede estar motivada en el incumplimiento de alguna carga que incumbe al propio interesado⁷³.

Es un medio de tutela judicial contra una especie de omisión administrativa, a saber, la inactividad formal de la Administración en el procedimiento. Agota su finalidad en la obtención de una orden judicial de cumplimiento de las obligaciones formales que conciernen a la autoridad remisa. La pretensión última del interesado está en obtener pronunciamiento final de la autoridad administrativa; sólo que el amparo por mora puede interponerse ya frente al retardo en tal pronunciamiento, como también respecto de otros actos del procedimiento que impidan su avance hacia la decisión definitiva.

En ningún caso comprende el conocimiento y decisión de la cuestión de fondo involucrada en las actuaciones administrativas, puesto que su único objeto y finalidad está en superar la inactividad procedimental para que el interesado obtenga, como hemos señalado, la expresa decisión sobre el fondo en sede administrativa. No obstante, como hemos visto, el remedio comprende la mora durante todo el curso del procedimiento, pues de lo contrario la Administración, con el solo recurso de no dar trámite al mismo, impediría la apertura del amparo específico que se tornaría en una vía de muy limitado alcance.

Recogiendo tales caracteres se ha dicho con acierto que se trata de un remedio de carácter instrumental, en el sentido de que el juez no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión sino que interviene, transitoriamente, en un segmento del procedimiento administrativo, el que, una vez subsanada judicialmente la inactividad con la orden de pronto despacho, continúa en su ámbito propio -sede administrativa- por cuanto es la Administración, y no el juez, quien deberá resolver expresamente⁷⁴. Es entonces un medio judicial para obtener la continuidad de la función administrativa formalmente expresada en el procedimiento administrativo.

No es admisible la acción contra conductas positivas, esto es, para impugnar actos de cualquier alcance. Por lo tanto, el agravio ocasionado por decisiones adoptadas en el procedimiento (vgr. denegatoria de legitimación para actuar en el mismo, o que rechaza pruebas ofrecidas o un pedido de vista, o que decide el archivo de las actuaciones) no puede encontrar reparo a través de esta vía judicial, la que, a tales efectos, resultará inadmisibles. La pretensión propia de esta acción no es impugnatoria -en el sentido estricto- ya que no configura su objeto controvertir ningún acto expreso o presunto. Por ello, cabe hacer notar que no cualquier deficiencia o defecto del procedimiento administrativo puede ser subsanada, corregida o remediada mediante la acción de amparo por mora, sino sólo y únicamente -lo que es decir bastante- la inactividad. Cuando hay actuación administrativa lesiva, aun de las situaciones procedimentales -y no sustantivas- la vía carece de andamio y, en tal caso, el afectado deberá utilizar o bien el amparo común -si concurren los requisitos pertinentes-, o bien el proceso ordinario o el sumario -si se trata de actos definitivos o equiparables-. Cabe aquí tener presente que la "revisión" judicial del procedimiento administrativo es una cuestión reservada -según la jurisprudencia imperante en el orden nacional y provincial- a casos de extrema gravedad que hagan decaer derechos inherentes al debido proceso adjetivo y, en tal caso, dicha "revisión" se ejerce a partir del sometimiento de la cuestión de fondo a juzgamiento, ya por el conducto de la impugnación del acto expreso, ya por el del acto presunto; aun así, condicionado el examen de los vicios del procedimiento a la imposibilidad de su subsanación en la vía judicial⁷⁵. Esta doctrina -de la subsanación- está en vías de ser superada ya que exhibe connotaciones que no van a

⁷³ Destaca LINARES que el accionante no debe, a su vez, encontrarse en mora y que la mora de la autoridad se produce cuando, *sin falta del accionante*, el funcionario no toma decisión formal pese a hacer transcurrido cierto tiempo (vencimiento del plazo fijado o del plazo razonable) (cfr. *Derecho Administrativo*, 1986, p. 415).

⁷⁴ Cfr. SAMMARTINO, Patricio, *Precisiones sobre la naturaleza procesal del amparo por mora de la Administración*, J. A., 1995-II-127.

⁷⁵ V. *Procedimiento administrativo y derecho de defensa* por Carlos TRIBIÑO, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo-Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, 1998, p. 573 y ss.

resultar coherentes con los principios constitucionales, una vez renovada la base jurídica de la Justicia Administrativa. No es cometido de la justicia enmendar los defectos de la Administración y no es posible completar los extremos que hacen a la legitimidad de ese obrar en la instancia judicial; ello sería un agravio a la división de los poderes por confusión de funciones en la esfera judicial a despecho de los derechos individuales, que son los que justifican aquel reparto institucional de los poderes. Superado el dogma revisor de la competencia judicial, el juzgamiento de la Administración podrá comprender el examen del procedimiento y sus actos sin los límites provenientes de enunciados afincados en el modelo perimido. Sin que por ello quepa interpretar que se produce algún tipo de interferencia de la justicia en la Administración. Por otra parte, en innumerables ocasiones, se observa en los fallos la expresión de aquel doctrinario de la subsanación, no obstante lo cual se efectúa un pormenorizado examen de la regularidad y legalidad del procedimiento administrativo.

En cuanto a las omisiones que pueden dar lugar a la acción de amparo por mora, ellas son de amplio espectro, pero siempre dentro del marco de un procedimiento administrativo. Alcanza a cualquier acto del procedimiento, en cualquiera de sus etapas, que paralice su desarrollo en el sentido de exceder el tiempo fijado o razonable para su dictado o emisión. Puede tratarse de una actuación requerida por el interesado o que corresponda adoptar de oficio. La doctrina está dividida, en cambio, en torno a la posibilidad de su utilización frente a la inactividad reglamentaria de la Administración.

El amparo por mora es, ciertamente y como apunta Linares, un derecho subjetivo toda vez que el administrado que formuló pedimento o recurso administrativo ante la Administración, tiene derecho a interponerlo para conseguir resolución expresa, en caso de demora injustificada de los funcionarios⁷⁶.

Sobre el carácter *unilateral* que se atribuye al proceso de amparo por mora volveremos más adelante. Pero digamos que la peculiar regulación que ofrecen la ley nacional y, ahora también, la provincial, evitando expresiones propias de los juicios contenciosos -como demanda, partes, contestación de demanda, emplazamiento- suscita interrogantes en torno a la naturaleza de esta particular vía judicial. La ley 12.008, no obstante, utiliza la palabra "pretensión" (art. 12 inc. 6 y 76 inc. 2).

6.2. Incorporación del Amparo por Mora en la Provincia de Buenos Aires. Otros remedios administrativos y Judiciales contra la morosidad de la Administración.

En suma, se trata de un conocido y eficaz remedio judicial frente a la mora de la Administración, cuya incorporación al derecho procesal bonaerense viene a llenar un significativo vacío que sólo por excepción pudo suplir el proceso de amparo⁷⁷, hasta el caso "Mayer", resuelto por la Suprema Corte en el año 2002.

La exposición de motivos del proyecto del Código expresa sobre el particular que "frente a la inactividad formal de las Administraciones Públicas, la parte interesada no sólo puede acudir a la vía del silencio denegatorio, previsto en el art. 16 del proyecto. A semejanza de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, dec. ley 19.549/72 y sus reformas, se deja expedita una vía procesal sumarisima orientada a obtener una orden judicial de pronto despacho". Se menciona como antecedente el instituto ya regulado en el orden nacional⁷⁸ por lo que la abundante literatura y jurisprudencia al respecto serán orientadoras, sin duda, para el desarrollo del mismo en el orden provincial.

Ausente el remedio específico antes del nuevo Código, los medios de defensa ante la negligencia por omisión o falta de tramitación administrativa de un reclamo, incumplimiento de plazos procedimentales o cualquier otra modalidad de desidia cuando la autoridad está obligada a dar curso y resolver eran: a) la denegatoria tácita por el juego de los arts. 77 inc. g y 79 del decreto-ley 7647 (de Procedimiento Administrativo), siempre subordinada al urgimiento de parte o pedido de pronto despacho; b) la avocación jerárquica o avocación por mora -para el supuesto de falta de decisión en tiempo del recurso de revocatoria- (art. del mismo decreto-ley 7647); c) la acción contencioso administrativa por retardación en el dictado de la resolución definitiva o por retardación en el trámite (art. 149 inc. 3º Constitución de 1934; art. 7 del Código Varela); d) la acción de amparo contra la omisión de órganos o agentes de la Administración Pública (art.

⁷⁶ Ob. cit., p. 414.

⁷⁷ Se registran escasos antecedentes pero dignos de mención por traducir una adecuada comprensión del instituto del amparo por mora, las sentencias de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás en el caso "Gauna, Omar Ramón contra Municipalidad de San Nicolás. Acción de Amparo" del 29-XII-94 (publicada en el B.O. del 15-IX-95, sección jurisprudencia). En cuanto a la utilización del amparo como remedio contra la mora administrativa en el orden nacional antes de la ley 19.549 v. CREO BAY y sus citas.

⁷⁸ El art. 28 de la ley 19.549 estableció, por primera vez en nuestro país, este instituto. No obstante se ha sostenido que ya existía como antecedente el mecanismo previsto en la ley 11.683 (cfr. LINARES, *Derecho Administrativo*, cit.), pero en verdad, y a pesar de las semejanzas, este último no era estrictamente una vía judicial atento al carácter administrativo -y no judicial- del Tribunal Fiscal, donde podría radicarse dicho remedio (cfr. DIEZ-HUTCHINSON, ob. cit.).

20, Constitución y ley 7166). Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios o de la propia Administración. Los mencionados en a) y b) son remedios administrativos; los citados en c) y d), judiciales.

Ninguna de esas técnicas o instrumentos suple al amparo por mora. La denegatoria tácita, porque la pretensión del amparo por mora consiste, precisamente, en obtener la decisión expresa de la Administración y no presumir su contenido denegatorio por imperio legal; la avocación por mora, sólo se refiere a la resolución del recurso de revocatoria y carece, por su carácter de remedio administrativo, de la eficacia inherente a un mandato judicial; la acción contencioso administrativa por retardación -que ahora se contempla como acción por silencio-, porque en ella se somete a juzgamiento la cuestión de fondo sobre la base de la denegatoria tácita, careciendo además de los caracteres de remedio expedito y rápido; de la acción de amparo, que sí conlleva dichas condiciones procesales, en que la materia de decisión es también la cuestión de fondo.

6.3. El caso “Mayer”⁷⁹

Aun incorporado el amparo por mora en la ley 12.008, debido a la postergación de la vigencia de este ordenamiento (que empezó a regir con la entrada en funciones del fuero especializado el 15-XII-03), el instituto así legislado no tuvo operatividad hasta esa fecha en que se comenzaron a aplicar sus disposiciones. En la esfera de competencia originaria contencioso administrativa hasta entonces ejercida solamente por la Suprema Corte con carácter transitorio (art. 215, C.P.), se consideró que el amparo por mora no conformaba una materia ni un proceso que pudiese residenciarse en ese ámbito. Ese Tribunal interpretaba que la pretensión de obtener el libramiento de una orden judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas no era susceptible de plantearse a través de la vía contencioso administrativa (doctr. causas B-55.223, “Gómez”, res. 22-VII-93; B-57.191, “Videla”, res. 19-III-96; B-59.683, “López”, res. 9-XII-98; B-61.270, “Quiles”, res. 12-IV-00; B-61.413, “Pasaresi”, res. 15-V-00; B-61.697, “Raccaro”, res. 5-VII-00; B-63.026, “Fernández”, res. 12-IX-01; B-63.862, “Aristimuño”, res. 17-IV-02, entre otras).

Este criterio es el que se va a modificar en el caso “Mayer”. El actor se presentó ante la Corte provincial, en los términos de la ley 7166, agraviándose de la mora de la autoridad demandada en resolver un expediente administrativo iniciado con motivo de la disminución de sus remuneraciones. Solicitó que se intime a la Comuna a decidir esas actuaciones dentro del plazo perentorio que se fije judicialmente. Al revisar el criterio jurisprudencial aludido, la Corte admitió en su jurisdicción originaria y transitoria en la materia la pretensión, asignándole al proceso instaurado para su conocimiento y decisión el trámite establecido en la ley 7166, conforme los fundamentos que siguen.

Sostuvo que el “amparo por mora” corresponde a la competencia en materia administrativa, porque se trata de una cuestión donde está en tela de juicio la función administrativa, la omisión de su ejercicio legal en el curso de un procedimiento (art. 166 y concs., Const. prov.). Asimismo destacó que el caso se había suscitado con motivo del reclamo efectuado en el marco de una relación de empleo público y que la Constitución provincial garantiza el acceso a la justicia y la tutela judicial continua y efectiva (art. 15) contra la actuación u omisión administrativas (arts. 20 inc. 2º, 166, quinto apartado y concs., Cont. cit. y arts. 1º y concs., ley 7166).

Como en ese entonces, según se indicó, no estaba en vigor el nuevo Código procesal administrativo (ley 12.008 -especialmente art. 76- y doctr. art. 215, Const. prov.), ante la falta de reglas procesales adecuadas a las características de la pretensión, se resolvió aplicar la ley 7166.

Cabe tener en cuenta que, a partir del 15 de diciembre de 2003 en que entró en vigencia la ley 12.008, son las reglas de este ordenamiento las que rigen para el amparo por mora (doctr. causa B-66.552, “San José Sud-Mauriño S.A. y otros c/Provincia de Buenos Aires (Dirección de Rentas) s/Amparo por mora”, res. del 11 de febrero de 2004).

6.4. Pretensión

Es una sola y específica de esta vía procesal. Está contemplada en el inc. 6 del art. 12 y reproducida en el art. 76 inc. 1 “se libre orden judicial de pronto despacho” del procedimiento administrativo. Se trata de una pretensión de condena. Y, naturalmente también será de condena la sentencia estimatoria.

⁷⁹ Causa B-64.030, “Mayer Adolfo c/Municipalidad de Lomas de Zamora s/Amparo”, res. del 26 de junio de 2002.

6.5. Competencia

A diferencia de lo que ocurre en el orden nacional donde no se establecen normas sobre competencia⁸⁰, el conocimiento y decisión de la pretensión de amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires es una cuestión que integra la competencia material del fuero contencioso administrativo (arts. 1º, 12 inc. 6 y 76, ley 12.008).

Más allá que la expresión amparo por mora identifica un tipo de “proceso”, también cabe considerarlo como un “caso contencioso administrativo” en sentido material que se traduce en el incumplimiento por omisión de la función administrativa en el procedimiento de esa índole.

Es evidente que responde al concepto constitucional que contiene el art. 166, desde que la mora en el procedimiento administrativo no es sino un asunto originado en el ejercicio de la función administrativa.

En este punto -la competencia-, entre otros, el amparo por mora se presenta diferente del amparo constitucional que puede ser articulado ante “cualquier juez” (art. 20.2, Const. Prov.; art. 4º, ley 7166 y sus reformas). No hay allí delimitación en función de la competencia material.

6.6. Legitimación Activa

Puede intentar este proceso “el que fuere parte en un procedimiento administrativo” conforme los términos del inc. 1, primera parte, del art. 76. De este modo, se impone una primaria remisión al ordenamiento general en la materia -decreto ley 7647/70- a efectos de determinar quiénes invisten la calidad de “parte”.

Quien está legitimado en el procedimiento administrativo con el carácter de parte también lo está para deducir la pretensión en el proceso de amparo por mora. Quien actúa en tal carácter ante la Administración titulariza los derechos propios de tal condición, hacerse oír por medio de reclamo o recursos, acceder al expediente -en una de sus manifestaciones: tomar vista-, ofrecer, producir y controlar la producción de pruebas, alegar sobre el mérito de las mismas, obtener una resolución fundada sobre el reclamo o recurso. Todo ello supone e implica que le asiste el derecho a exigir el cumplimiento de los plazos y de los trámites pertinentes para que el procedimiento se desarrolle en legal tiempo y forma y culmine con la decisión. En suma, la amplia gama de facultades y atribuciones que componen el “debido proceso adjetivo”, cuyo reconocimiento explícito la Constitución provincial ha extendido al procedimiento administrativo (art. 15).

Ahora bien. El modelo tradicional de legitimación en el procedimiento administrativo que atribuye el carácter de “parte” a los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos y que recoge nuestra ley general vigente en la materia (decreto ley 7647, especialmente art. 10, segundo apartado que pone una valla a una amplia concepción del carácter legítimo del interés que contempla en el primer apartado) está hoy agotado, superado porque la tutela brindada por el ordenamiento jurídico desde su cúspide comprende indudablemente otros intereses y no sólo los individuales⁸¹.

La diferente función estatal, posición del interesado y principios aplicables, hacen que el procedimiento administrativo sea un ámbito más generoso que el judicial, entre otros aspectos, en materia de legitimación. La intervención del interesado en el procedimiento administrativo pertenece a la esfera de colaboración en la jurisdicción administrativa y, en cambio, en el proceso judicial a la de una situación contenciosa o de conflicto a ser resuelta por el juez como tercero imparcial. Esta circunstancia, precisamente, ha tenido entre nosotros a la legitimación como dato distintivo pues en su diseño tradicional una de las diferencias entre procedimiento y proceso ha sido que en el primero se tutelaban derechos e intereses y, en el segundo, sólo derechos. La legislación general sobre el procedimiento administrativo en nuestro país de los primeros años de la década del setenta -que expresan en el orden nacional el decreto ley 19.549/72 y en el provincial bonaerense, el decreto ley 7647/70- refleja los criterios vigentes en ese entonces, que -como regla- limitaban la protección judicial en el proceso administrativo a los derechos individuales y, en cambio, se extendía también a los intereses legítimos en sede administrativa.

El amparo por mora -en ese modelo clásico- constituía una vía judicial más amplia que las ordinarias en términos de legitimación procesal, pues era suficiente ser parte en un expediente administrativo (cfr. art. 28, decreto ley 19.549), esto es titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (art. 3 del reglamento).

⁸⁰ V. CREO BAY, *La morosidad administrativa*, en la obra colectiva *Derecho Administrativo* dirigida por J. C. CASSAGNE, Abeledo-Perrot, 1998, esp. pág. 623/624.

⁸¹ Sobre este interesante y decisivo problema ver *La legitimación* por Agustín GORDILLO y *Consideraciones sobre la legitimación y el procedimiento administrativo* por Daniel SORIA, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo* cit., ps. 441 y ss. y 448 y ss., respectivamente.

Conservar las pautas de legitimación que surgen de los citados ordenamientos -especialmente del de la Provincia de Buenos Aires: art. 10, decreto-ley 7647- transformaría al procedimiento administrativo y al amparo por mora en ámbitos de protección más limitados que cualquier otra vía judicial ordinaria o sumaria, desde que el art. 13 de la ley 12.008 confiere legitimación a ese fin al titular de cualquier derecho o interés jurídicamente tutelado, que puede ser individual y colectivo. Principio, por lo demás, armónico con la intensidad de la tutela judicial reconocida por la Constitución de 1994 -nacional y provincial-.

La cualidad de “parte” en el procedimiento administrativo que legitima la deducción del amparo por mora no puede derivarse, entonces, de la sola remisión al régimen legal general que en la materia estatuye el decreto-ley 7647. Deberá integrárselo con el citado art. 13 del C.C.A. así con las normas constitucionales y legales que forman la malla del orden jurídico. Por lo demás, es el propio art. 13 el que prescribe tal legitimación amplia “para deducir las pretensiones previstas en el presente Código”, entre las que se encuentra la del amparo por mora (art. 12, inc. 7).

Late en esta cuestión la necesidad de actualización de los contenidos de la ley básica (decreto-ley 7647).

6.7. Legitimación Pasiva

Cabe preguntarse si existe una parte demandada en el proceso de amparo por mora. Un sector de la doctrina, al tratar la cuestión con motivo de la regulación nacional del instituto, se ha inclinado por entender que no hay parte demandada en este proceso ⁸², debido a que no se somete a conocimiento y decisión la cuestión de fondo o bien a la necesidad de dar una solución urgente a la mora. Que no es un juicio contradictorio. Que la intervención de la autoridad requerida se limita a informar sobre la causa de la demora, pero no es una contestación de demanda. Todo ello, al menos, hasta el dictado de la sentencia puesto que, a partir de allí la posibilidad de impugnarla, inevitablemente, generaría la relación bilateral de partes en la contienda judicial. Aun en esa situación hay quienes consideran que, de todos modos, persiste la concepción unilateral.

Abonaría esa postura en el código bonaerense lo siguiente: que no se regula -en rigor- un traslado de demanda ni emplazamiento para su contestación, sino un mero pedido de informe a la autoridad pertinente (inc. 2 del art. 76), así como que falta una oportunidad procesal para el ofrecimiento de prueba por la autoridad requerida.

Aunque así se lo considerase, no cabe perder de vista que la acción se entabla contra el ente al que se imputa la conducta morosa que da lugar a la pretensión y contra el que, en definitiva y de ser ello pertinente, se dictará la sentencia de condena.

El Código alude a “los entes referidos en el artículo 1” (inc. 1, art. 76) que hubiesen dejado vencer los plazos sin emitir la resolución o el acto de trámite o preparatorio requerido. El art. 1, menciona a su turno, a la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas (art. 1º, cit; cfr. art. 166, quinto ap. Const. prov.). Vale decir, desde el punto de vista de la persona requerida no se circunscribe a determinada o determinadas autoridades, sino que comprende a todo ente, en cuyo ámbito se sustancien procedimientos de naturaleza administrativa. Entendemos que en razón de la remisión amplia e incondicionada que contiene la norma, no cabría restringir el alcance de la vía tan sólo a los sujetos públicos estatales (salvo que se buscara como elemento para estrecharlo así la expresión “autoridad administrativa” que utiliza el mismo art. 76 en otros incisos). Pero en cambio, es decisivo que ante el ente referido se desarrollen actuaciones de la indicada naturaleza, la que se hallará determinada por la función y normativa que se aplique.

El mismo art. 76, más adelante y con motivo del pedido de informe se refiere a “la autoridad administrativa interviniente” (inc. 2) y, finalmente, al tratar sobre el destinatario de la orden de pronto despacho, a “la autoridad administrativa responsable” (inc. 4).

Aunque no se la considere estrictamente parte demandada, no cabe negar que en el amparo por mora existe un sujeto contra el cual se dirige la pretensión, que será requerido para informar (oportunidad de defensa, sin duda) y que se encontrará alcanzado por una sentencia de condena, en caso de estimarse dicha pretensión.

Nos inclinamos por pensar que se trata de un proceso especial por el contenido de la pretensión, cuyas reglas se adaptan a ella, pero en el concurren los elementos esenciales constitutivos del debido proceso inherente a la función judicial.

⁸² V. CREO BAY, trabajo cit., p. 626.

6.8. Trámite

6.8.a) Admisibilidad. Silencio administrativo

Presentada la solicitud de amparo por mora, el Juez se expedirá sobre la admisibilidad de la pretensión “teniendo en cuenta las circunstancias del caso” (inc. 2 del art. 76).

El ejercicio de la acción no está sujeto a plazo de caducidad, ni tampoco subordinado a algún tipo de actuación administrativa previa⁸³ o agotamiento de la vía administrativa, pero si, por caso, el interesado hubiese intentado algún medio de urgimiento en esa sede -vgr. pedido de pronto despacho- antes de acudir a la instancia judicial, esa circunstancia así como la eventual configuración del silencio o denegatoria tácita no le hará perder la vía del amparo por mora.

Al respecto el inc. 3º del art. 67 de la ley 12.008 ha dado solución normativa expresa a la cuestión, que había dividido a la doctrina de los autores y a la jurisprudencia nacional⁸⁴. En efecto, dicha disposición expresa “La configuración del silencio administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del presente Código, no impedirá la utilización de esta vía”. De modo que, de presentarse la situación de silencio, el interesado tendrá la opción de plantear la demanda contencioso administrativa por aplicación del art. 16 y cc. sometiendo a juzgamiento la cuestión de fondo o bien, la acción de amparo por mora a efectos de obtener, mediante la orden judicial de pronto despacho, pronunciamiento en sede administrativa.

La aludida discusión, afortunadamente zanjada en el Código bonaerense, luce como trasfondo la concepción del procedimiento administrativo en función de etapa previa a la vía judicial. Criterio que no se condice con la verdadera naturaleza del procedimiento y reduce su valor como ejercicio de la función administrativa y como sistema de garantías, si configurada la denegatoria tácita o silencio se entiende cumplida su finalidad privándose al interesado de seguir en ese ámbito. Por otra parte, implicaría hacer caer sobre el particular el peso del incumplimiento de la autoridad responsable de las actuaciones. Asimismo, es razonable que aquel pueda preferir la resolución en sede administrativa, aun cuando la ley le brinde la posibilidad de contar con un acto negatorio ficticio o presunto para acudir a la justicia. Por razones de costos y tiempo, o porque considere factible una decisión administrativa favorable (vgr. en atención a los precedentes administrativos, o porque en su expediente le dieran razón los dictámenes o vista previos al acto omitido).

Otra cuestión es si pueden deducirse ambas pretensiones en sendos juicios paralelos. En principio, la demanda por silencio que somete a decisión judicial el fondo del asunto parecería abortar la posibilidad de planteamiento del amparo por mora. Si el amparista persigue el pronunciamiento administrativo devela cierta contradicción que, al mismo tiempo, requiera el judicial. De todos modos el Código no resuelve expresamente el punto de modo que también podría suponerse que se deducen las dos para el caso de que, fracasada la sumarísima del amparo, se encuentre ya en trámite la otra o, a la inversa, obtenida la finalidad perseguida por la primera (decisión administrativa) se desista la segunda.

Este último supuesto podría ser equiparado al que ocurre cuando, deducida sólo la demanda por silencio, durante el trámite del proceso se resuelva favorablemente la pretensión en sede administrativa tornándose abstracta la cuestión.

6.8.b) Sustanciación. Pedido de informe. Resolución

Una vez declarada la admisibilidad de la pretensión, según dispone el inc. 2 del art. 76, el juez requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en un plazo que le fije, no mayor a los cinco días, informe sobre la causa de la demora.

Con arreglo al inc. 4 del mismo dispositivo legal, contestado tal requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiera hecho, el juez resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del asunto. La sentencia puede rechazar la pretensión o

⁸³ Salvo, claro está, la relativa a la condición de parte del interesado en el procedimiento donde se suscita la demora.

⁸⁴ El art. 28 de la ley 19.549 no contempla expresamente el punto, pero sí lo hace y en el mismo sentido que el Código bonaerense, el proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal de 1998 -que tiene estado parlamentario- (cfr. art. 57). En la fundamentación del proyecto se destaca el principio sentado de que el remedio procede, con independencia de que se haya requerido o no, previamente, el pronto despacho contemplado en el art. 10 de la ley 19.549. Y se recuerda que la cuestión dividió a la doctrina y dio lugar a pronunciamientos disímiles en la jurisprudencia. Así, autores como TAWIL, CREO BAY y DROMI entendieron que quien opta por el pronto despacho del art. 10 de la ley 19.549, no puede intentar luego la vía del amparo por mora del art. 28 de la misma ley. Otros, como Juan Francisco LINARES, Manuel María DIEZ y Tomás HUTCHINSON, consideran que la vía administrativa del art. 10 no impide que, aunque se haya configurado el silencio, el particular acuda luego al pedido judicial de amparo por mora del art. 28 de la ley 19.549. En el primero de los sentidos indicados se pronunció la Cámara Nacional Federal, Sala I Contencioso Administrativa en la causa “Dinet” y aceptando la posibilidad del amparo por mora del art. 28, aun luego de intentado el procedimiento del art. 10, la Cámara Nacional Civil, sala C, en el caso “Rossi”.

estimarla, en cuyo caso en limitará a emplazar a la Administración a pronunciarse, mas no puede indicarle el sentido de la decisión.

6.8.c) Recursos

La posibilidad de impugnar las decisiones de trámite y la sentencia en el amparo por mora ha sido en el orden nacional un punto opinable a lo que ha contribuido, ciertamente, el texto legal (art. 28, ley 19.549).

La ley 12.008 puede también, aunque en menor escala, suscitar dificultades de interpretación. Prescribe el inc. 5 del art. 76: "Las resoluciones que adopte el juez en el trámite del amparo por mora serán irrecurribles. La sentencia será susceptible de reposición, dentro de los tres días de notificada, mediante escrito fundado".

De allí surge que durante el trámite no caben impugnaciones. Del fallo -estimatorio o no- puede, en cambio, pedirse reposición, remedio que difiere -al menos en su objeto- del que, con igual denominación, se contempla en el capítulo general sobre recursos⁸⁵.

Ante el silencio de la previsión sobre la posibilidad de apelar la sentencia, entendemos que rigen las normas del Título I, Capítulo X y, por lo tanto, que puede ser atacada ante la alzada. Tal es la tendencia que se advierte en el fuero contencioso administrativo⁸⁶.

A mayor abundamiento, la sentencia de Cámara en el amparo por mora dictada como tribunal de alzada, en cuanto resolviera acerca del accesorio sobre las costas, ha sido considerada *definitiva* por la Suprema Corte de Justicia a los efectos de la interposición del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley⁸⁷.

6.8.d) Costas

Existe cierto consenso doctrinario acerca de que la naturaleza no contenciosa del amparo por mora tornaría improcedente la imposición de las costas, al menos en la primera instancia donde el proceso conservaría carácter unilateral⁸⁸.

En el Código de la Provincia de Buenos Aires, donde las peculiaridades de este remedio se traducen -en parte- en la semántica utilizada por el legislador (art. 76), a falta de una norma especial sobre el punto, creemos que debe aplicarse el art. 51.

Como antecedente de la cuestión, puede mencionarse que la Corte provincial, en esta clase de procesos, ha impuesto las costas con arreglo al principio objetivo de la derrota que contempla de la ley de amparo (de ley 7166, v. esp. art. 26) cuando la aplicaba al amparo por mora antes que entrara en vigor la ley 12.008 (cfr. caso "Mayer", cit.).

Una vez iniciadas las funciones del fuero contencioso administrativo, no se han suscitado dificultades en torno a la aplicación del régimen de costas contemplado en el C.P.C.A. al proceso de amparo por mora, más allá de las distintas resoluciones a que ello hubiese dado lugar.

7. Ejecución Tributaria Provincial

Nos hemos referido en varias ocasiones a la inclusión de esta materia entre los casos contencioso administrativos (ley 13.101), como a la creación del fuero específico (ley 13.435) por lo que nos remitimos a lo ya dicho sobre el punto.

⁸⁵ La reposición en el amparo por mora procede contra la sentencia del Tribunal, dentro de los tres días, mediante escrito fundado. La reposición del art. 53 no es procedente contra sentencias sino sólo contra providencias -simples o interlocutorias- y su plazo es de tres días, salvo que la resolución atacada se dictare en una audiencia, en cuyo caso deberá interponerse verbalmente en el mismo acto.

⁸⁶ Entre las primeras decisiones al respecto, pueden citarse: CCALP causas N° 16, "Gallo", res. 10-8-04 y N° 46, "Domínguez", sent. 31-8-04; CCASM causa 390/2005 "G. R. v. I.O.M.A.", res. 29-12-05).

La Cámara de La Plata viene sosteniendo la admisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia recaída en el proceso de amparo por mora, tanto en relación a la cuestión principal cuanto sobre los accesorios, en forma conjunta o autónoma, en el marco del Código Procesal Administrativo (causas N° 16, "Gallo", res. 10-8-04 y N° 46, "Domínguez", sent. 31-8-04). Considera que a tal conclusión se arriba sobre la base de la interpretación armónica de sus previsiones, en el contexto que integran (arts. 52, 53, 55, 56, 76 inc. 4 y concs. C.C.A.) y con sustento en los principios constitucionales (arts. 15, 166 y concs., Const. Prov. y 18 y 75 inc. 22, Const. Nac.). Luego de analizar las previsiones específicas de las que no resulta la improcedencia para deducir apelación contra la sentencia, asegura que, las peculiaridades del amparo por mora no han dado motivo para que el legislador apartara la sentencia de la regla de apelabilidad (arts. 76, 55 y concs., C.C.A.). Criterio que es el que mejor se aviene a los principios que informan el nuevo sistema de justicia administrativa, estructurado sobre la base de una organización judicial de doble instancia ordinaria (leyes 12.008 y 12.074 y sus reformas; arts. 15, 166 y 215, C.P.).

⁸⁷ SCBA causa A. 68.914, "Larrauri, Oscar Mario contra Ministerio de Economía-Instituto de Previsión Social. Amparo por mora", res. del 11-11-06 -que abrió la queja concediendo el RIL- y sent. del 22-12-08 -que rechazó el RIL en su faz sustancial confirmando la sentencia impugnada-.

⁸⁸ V. Patricio Marcelo E. SANMARTINO, *Principios constitucionales del amparo administrativo*, LexisNexis, Abeledo-Perrot, p. 384/395.

Tal incorporación ha dado lugar a la previsión de la vía del apremio –por remisión al decreto ley 9122, sustituido por la ley 13.406 y actualmente vigente- como proceso especial para hacer efectivo el cobro judicial de dichos créditos.

Ambos ordenamientos tienen un campo más amplio de aplicación pues comprenden el cobro judicial de los créditos fiscales en general, de la Provincia o municipalidades contra sus deudores y responsables (art. 1 decreto ley cit. y art. 1 ley cit.). El reparto de competencia entre los fueros contencioso administrativo y civil y comercial toma en cuenta dos reglas: se distingue en primer lugar entre los apremios provinciales y los municipales; en segundo lugar, dentro de los primeros (provinciales) los de naturaleza tributaria y no tributaria. Sólo el cobro judicial de los créditos fiscales provinciales de naturaleza tributaria corresponde al fuero contencioso administrativo; los restantes caen en la esfera de competencia del fuero civil y comercial o de paz (cfr. art. 3 decreto ley cit.; art. 2, ley 12.074 texto según 13.405). Ello hasta tanto comiencen las funciones del fuero de ejecuciones tributarias (ley 13.435).

La pretensión ejecutiva tiene por objeto la efectividad coactiva del título ejecutivo suficiente que instrumenta el crédito. Según la norma, revisten tal carácter: a) la liquidación de la deuda expedida por funcionarios autorizados al efecto y b) el original o testimonio de las resoluciones administrativas de las que resulte un crédito a favor del Estado (art. 2, decreto ley cit. y art. 2 ley 13.406).

El juicio de apremio (decreto ley 9122, ley 13.406) es un procedimiento típicamente ejecutivo (examen del título, mandamiento de intimación de pago y embargo, excepciones, en su caso, sentencia de trance y remate y venta de los bienes del deudor) en el cual, en ningún caso, los jueces admitirán controversias sobre el origen del crédito ejecutado (cfr. art. 6 inc. g, decreto ley cit.; 9 inc. g), ley cit.)⁸⁹.

La labor del fuero contencioso administrativo en este tipo de controversias, ha resultado muy fructífera, incluyendo la elaboración de criterios relativos a la resolución de cuestiones constitucionales, cuando se refieren a las excepciones que pueden ser articuladas y deben ser resueltas en ese ámbito, en el marco del control difuso que rige nuestro sistema de juzgamiento (art. 57, C.P.; arts. 31 y 116, C.N.).

8. Ejecución Tributaria Municipal

Como ya se expusiera, la distribución de la competencia material efectuada por el legislador, incluyó las causas relacionadas con la aplicación de tributos municipales, quedando fuera de la intervención del Fuero Contencioso Administrativo las ejecuciones tributarias municipales, a diferencia de las provinciales que fueron expresamente incluidas en el art. 2 del CCA.

Así, ha dicho la SCBA que “Los únicos procesos de apremio cuya decisión ha sido confiada a los jueces en lo contencioso administrativo son aquellos en los que se persigue el cobro de tributos provinciales, es decir, de sumas que en concepto de impuestos, tasas o contribuciones han de ingresar al patrimonio de la Provincia. Tratándose el caso de la ejecución de una tasa municipal de inspección de seguridad e higiene, no es de naturaleza tributaria; resultando competente el fuero civil y comercial, en el caso del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 7 de Mercedes que previno.” (causa B 68147, resolución de fecha 16/03/2005).

Respecto del carril procesal para la ejecución tributaria municipal, en los competentes juzgados civiles y comerciales de la provincia, se aplica el proceso de apremio.

9. Bibliografía

- Andreucci, C. A. “Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio”. Buenos Aires: ED 176-747.
- Argañarás, C. (1955). *Tratado de lo Contencioso Administrativo*. Buenos Aires: TEA.
- Bastons, J. L. y Eliades, A. (2006). “La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense. Caso Agropecuaria Las Garzas”. Buenos Aires: La Ley 2006-D-255.
- Bercaitz de Boggiano, A. L. “Demanda de nulidad de actos firmes y consentidos”. Buenos Aires: ED-131, pág.901.

⁸⁹ Debido a que en este trabajo, limitamos el cometido a comentarios relativos a los trámites previstos en el Código de la materia, no nos detenemos en detallar los regulados por leyes especiales. Remitimos pues para ampliar sobre las distintas etapas y trámite del proceso de apremio a la obra de CASSAGNE-PERRINO *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, cit.; pág. 388/405.

- Bezzi, O. M., Bezzi, O. H. y Bezzi, A. M. (1987). "El cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa". Buenos Aires: LL 1987-D, p.102.
- Bezzi, O. M. (1998). "El Código Procesal para el fuero contencioso administrativo de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley 1998-E-932.
- Bianchi, A. (1995). "Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa". Buenos Aires: LL 1995-A, pág.397.
- Bianchi, A. (2001). *Las acciones de clase*. Buenos Aires: Abaco.
- Botassi, C. A. (1996). "El proceso administrativo bonaerense sobre la base del interés legítimo (un fallo histórico)". Buenos Aires: LL 1996-C, pág.20.
- Botassi, C. A. (2000). "El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado". Buenos Aires: JA 2000-III, p.1141.
- Botassi, C. A. (2000). "Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos". Buenos Aires: LL 2000-F, pág.594.
- Botassi, C. A. (2006). "Ejecución de sentencias contra el estado en el nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires" en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
- Botassi, C. A. (2006). "Contrarreforma del Proceso Administrativo Bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la Ley 13101)", *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2006). "La materia contencioso administrativa. El criterio subjetivo" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A., (2006). "*Control judicial de la actividad administrativa discrecional*" en *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2011). "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. y Morello, A. (2003). "Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: JA 2003-II, supl. fasc. n° 6, p.43.
- Bulit Gofii, E. (1997). "El solve et repete desde los principios superiores y la realidad cotidiana". Buenos Aires: Revista Latinoamericana de Derecho Tributario.
- Cabral, P. O. (2002). "La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la Jurisdicción contencioso administrativa". Buenos Aires: JA, Sup. Derecho Administrativo, 09-10-2002.
- Cabral, P. O. (2006). "La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires", en *Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: La Ley.
- Cabral, P. O. (2008). "La pretensión prestacional en el proceso contencioso administrativo bonaerense", en Bastons, J. L. *Derecho Público para Administrativistas*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cabral, P. O. (2007). "La responsabilidad del Estado en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP, Año XXXI, N° 361.
- Cabral, P. O. (2008). "El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia legislativa". Buenos Aires: Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la CABA, año 2, N° 2.
- Cabral, P. O. (2015). "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo", Infojus, Id: DACF150657.
- Cabral, P. O. e Isabella, D. P. (2007). "Competencia del nuevo Fuero Contencioso Administrativo en materia sancionatoria. Especial referencia a los juzgados de faltas municipales". Buenos Aires: Rap Bs.As. (55-56), p.5.
- Cassagne, J. C. (2011). "Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. (Coordinador). *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cassagne, J. C. (1999). "Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos". Buenos Aires: ED, 26-09-99.
- Cassagne, J. C y Perrino, P. (2006). *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Colombo, J. M. (2006). "Enjuiciamiento de los casos administrativos originados en la actuación de los colegios y consejos profesionales de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL Buenos Aires-2006, p.141.

- Comadira, J. R. (2011). "Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública", en Botassi, C. A. -Director y Oroz, M. H. E. -Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Couture, E. J (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Creo Bay H. y Hutchinson, T. (2006). *Amparo por mora de la Administración pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Cueto Rúa, J. (1998). "La acción de clase de personas ("class actions"). Buenos Aires: LL-1998-C, p. 952.
- D'Argenio I. (2003). "La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes". Buenos Aires: JA 2003-III, p.252.
- D'Argenio, I. (2006). *La Justicia administrativa en Argentina*. Buenos Aires: F.D.A.
- D'Argenio I. (2011). "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial", en Botassi, Carlos A. (Director) – Oroz, Miguel H. E. (Coordinador), "*El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*", Platense, 3ª edición, 2011.
- Fiorini, B. (2006). *Qué es el contencioso*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Gamaleri, R. A. "Límites constitucionales al ejercicio del poder tributario". La Plata: Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 52, pág.133.
- García Pullés, F. (1993). "El agotamiento de la vía administrativa". Buenos Aires: LL 1993-A-1044.
- García Pullés, F. (2000). "Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento". Buenos Aires: LL- 14-06-2000.
- Gozaíni, O. A. (2005). "Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores". Buenos Aires: LL 1/12/05.
- Grau A. (1971). *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Hutchinson, T. "Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: ED 115-415.
- Hutchinson, T. "El Tribunal de Cuentas rinde cuentas ante el Tribunal de Justicia". Buenos Aires: Función Pública N° 21, pág.15 (comentario al fallo de la SCBA B-49102 "Pizzagalli").
- Hutchinson, T. (2005). *Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Editora Scotti.
- Hutchinson, T. (2011). "El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", en Botassi, C. A. -Director- y Oroz, M. H. E. -Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Isabella, D. P. -Director- (2010). *Código Contencioso Administrativo Comentado*, Buenos Aires: RAP.
- Isabella, D. P. (2006). "La reforma de la ley 13.101. La impugnación de ordenanzas en la Provincia de Buenos Aires", *La Ley Buenos Aires* 2006-973.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (1996) "Control judicial. Habilitación de la instancia judicial", *El Derecho Administrativo hoy*, Jornadas Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.
- Jeanneret Pérez de Cortes, M. (2004) "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", *Derecho procesal administrativo*, obra colectiva en homenaje al Prof. Jesús González Pérez, Hammurabi, Bs.As., 2004, Tl, cap.3, 12, pág.461.
- Leal, I. A. "Amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires". La Plata: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 37, La Ley, 2007, pág.1.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires mediante la vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad". Buenos Aires: ED-184, p.1029.
- Logar, A. C. "El control de constitucionalidad en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (su deslinde con otras vías de control de constitucionalidad en el ámbito local)". Buenos Aires: ED-187, p.862.
- Mairal, H. (2003). "La legitimación en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: RAP Bs.As., mayo 2003, pág.111.
- Maljar, D. (2002). *El proceso contencioso administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires. La Nueva Justicia Administrativa*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "El solve et repete en el nuevo código contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED, 29-09-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2000). "Responsabilidad del Estado provincial por la no puesta en marcha del fuero contencioso administrativo". Buenos Aires: JA, 20-12-2000.
- Maljar, D. y Cabral, P. O. (2002). "Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español". Buenos Aires: JA, 7-08-2002.

- Mamberti, C. E. (2003). "La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Mantarás, P. (2000) "¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?". Buenos Aires: LL 2000-C, p.131.
- Marafuschi, M. (2011) "Principio solve et repete" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (1997). "Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: RAP suplemento especial Administración Local y Derecho N°4, Ciencias de la Administración.
- Milanta, C. (1998). "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: LL 1998-B, pág.506.
- Milanta, C. (2003). "Proyección de la tutela judicial efectiva en materia administrativa (la fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003)", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Milanta, C. (2011). "Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Morello, A. (1987). "La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Tribunal de Cuentas (comentario a Pizzagalli)". Buenos Aires: JA, 1/04/87, p.11.
- Muñoz, G. A. (1990). "Inmunidad del poder: la inactividad administrativa". Buenos Aires: LL 1990-B, pág.891.
- Oroz, M. H.E. (2003). "La Suprema Corte de Buenos Aires en un punto de inflexión hacia la implementación del fuero procesal administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 2003-II, pág.111.
- Oroz M. H.E. (2006) "Los casos de Responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional y la incompetencia del fuero administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-D, pág.240.
- Oroz, M. H.E. (2006). "La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 2006-F, pág.84.
- Oroz, M. H. E. (2011) "Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo bonaerense" en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Ortiz, R. M. (2011). "Justicia Administrativa: doctrina fundacional de la Suprema Corte de Justicia", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Perrino, P. E. "Un cambio de jurisprudencia saludable que posibilita el control de constitucionalidad en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: ED 177-812.
- Perrino, P. E. (1991). "La ampliación de la demanda en el proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: LL 1991-E, p.954.
- Perrino, P. E. (1995). "La justicia contencioso administrativa en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reformada". Buenos Aires: La Ley 1995-E-798.
- Perrino, P. E. "El requisito del pago previo en el código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis N° 52, pág. 255.
- Perrino, P. E. (2011). "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Richero, M. J. (2011). "El sistema recursivo", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Salaberren, R. A. (2011). "La ejecución de sentencias en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Sanmartino, P. (1995). "Precisiones sobre la naturaleza procesal del amparo por mora de la Administración". Buenos Aires: JA-1995-II-127.
- Seara, J. I. (2007). "Las excepciones en el Código Procesal Contencioso Administrativo Bonaerense". Buenos Aires: LL Buenos Aires 2007, p.1191.

- Soria, D. F. (1995). "Bases constitucionales del proceso contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: RAP N° 196, Ciencias de la administración, Buenos Aires, 1995.
- Soria, D. F. (1994). "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional". Buenos Aires: REDA N° 17, Depalma, Buenos Aires, 1994".
- Soria, D. F. (1997). "El proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas". Buenos Aires: RAP N° 227, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997.
- Soria, D. F. (1988). "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo". Buenos Aires: LL 1988-B, p.580.
- Soria, D. F. (2011). "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (1985). "La exigencia del solve et repete en el régimen contencioso administrativo bonaerense". Buenos Aires: JA 1985-III, pág.631.
- Tribiño, C. R. (1993). "La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-B, p.750.
- Tribiño, C. R. (1993). "La demanda en el proceso contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 1993-E, p.782.
- Tribiño, C. R. "Las excepciones previas en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: ED 102-965.
- Tribiño, C. R. (2003). "El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo", *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Tribiño, C. R. (2011). "Los plazos para demandar ante los tribunales contencioso administrativos", en Botassi, C. A. –Director- y Oroz, M. H. E. –Coordinador-. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Villafañe, H. M. (2005). "El solve et repete en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2005-241.
- Villafañe, H. M. (2006). "Competencia material contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2006- 277.

CAPÍTULO 14

Medidas cautelares

*María Julia Richero, Leopoldo Rivas, Guillermo Rizzi
y Pablo Cabral*

1. Concepto, fundamento, finalidad y caracteres

La voz “cautelar”, del latín cautela, significa prevenir, precaver. Todo proceso cautelar será entonces eminentemente preventivo, destinado a una función provisional, pero al mismo tiempo garantista¹.

Es necesario alcanzar el equilibrio entre las prerrogativas de la actuación pública y las garantías de las personas buscando darles no solo una satisfacción adecuada sino que ella sea lograda en un tiempo oportuno.

Históricamente durante el llamado “contencioso al acto”, la única medida precautoria aceptada fue la suspensión de la ejecución del acto administrativo, con un criterio sumamente restrictivo².

Se trata básicamente de medidas preventivas urgentes, decididas de manera previa al traslado de la demanda, se encuentren o no previstas en la ley procesal, con la finalidad de asegurar que la sentencia no sea luego de cumplimiento imposible³.

Como enseña Calamandrei, por su propia esencia las medidas cautelares se vinculan con una posterior sentencia de mérito debido a que la inevitable demora en su pronunciamiento puede perjudicar al justiciable agravando su situación inicial o tornando de complejo cumplimiento la futura decisión de fondo. Por esta razón se justifica la adopción de un remedio urgente que anticipe preventivamente los efectos de la sentencia definitiva. Según Morello su finalidad se resume en: i) mantener la igualdad de partes en el juicio; ii) impedir la modificación de la cosa objeto del litigio; iii) excluir la eventual frustración de la declaración de derecho a emitir.

Sus principales características se reducen a la aparición de la instrumentalidad (porque no constituyen un fin en sí mismas); sumariedad (porque no hay juicio de certeza sino de probabilidad, es la llamada “sumaria cognitivo”); provisionalidad (porque subsisten mientras duran las circunstancias que la determinaron); flexibilidad o mutabilidad (porque pueden mejorarse, ampliarse o sustituirse); y la caducidad sólo cuando son trabadas antes del proceso principal.

Ahora bien, entendemos que la tutela cautelar efectiva tiene un correlato actual con el principio del debido proceso, de modo que este capítulo debe ser desarrollado con especial referencia a las disposiciones vigentes en la Provincia de Buenos Aires pues entendemos que ella ha ofrecido los mayores aportes al perfeccionamiento del derecho administrativo nacional desde un punto de vista histórico.

Siguiendo a los clásicos⁴, se ha propuesto la desmitificación del derecho administrativo desde finales desde la década del '90, advirtiendo que se ha tratado hasta ahora de un derecho “estadocéntrico” que

¹ Buscamos entonces la prevención frente a un daño irreversible, que el derecho reclamado quede a cubierto del plazo que generalmente dura el proceso principal y que se haga efectiva la tutela judicial constitucionalmente consagrada.

² La amplitud hacia todas las posibles que figuran en el CPCC que se han recibido a partir de la causa “Risso Patrón”, B. 60.015, res. del 26/06/02

³ “Asoc. de Maestros de La Rioja”, Fallos 327:2490, 24/6/04.

⁴ El maestro Bielsa decía en la década del '20 que el derecho administrativo “se hace en la forma del derecho constitucional, por lo que tendrá siempre el carácter o fisonomía del derecho constitucional de cada Estado”, ver el desarrollo de la idea en BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, p. 135, t.I, 1921.

viene a justificar las prerrogativas gubernamentales consintiendo sus abusos⁵. BOTASSI y OROZ, en postura con la que coincidimos, señalan que este tipo de Estado viene en retirada y “se afianza un Derecho antropocéntrico preocupado por las vicisitudes cotidianas de los seres humanos que habitan en los expedientes, expuestos a los rigores cada vez más inescrupulosos de los detentadores del poder político y económico⁶”.

GARCÍA DE ENTERRÍA⁷ ha dicho que hoy existe en todos los países europeos un derecho universal al juez, que no encuentra valladar alguno oponible destacando que “La plenitud del sometimiento de los aparatos públicos a la Ley y el Derecho y su correlativo sometimiento a las acciones judiciales de protección, de modo que ese sometimiento sea realmente efectivo, ha pasado a ser así, de este modo, un rasgo esencial y común en la concepción europea del Estado de Derecho”.

En palabras de COUTURE podemos basar nuestra búsqueda de tutela en la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas⁸, el principio del debido proceso y su necesaria referencia a la defensa en juicio hacen posible la protección cautelar efectiva a la luz de normas como el artículo 15 de la carta local⁹, el 18 de la Constitución Nacional¹⁰ y la constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a través del art. 75 inc. 22¹¹ de la CN, que efectiviza la tutela con la aplicación de normas como el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica¹².

Se trata de un derecho que no sólo garantiza ser oído, sino también ofrecer, producir y valorar la prueba, pero todo ello pierde valor efectivo si no se puede obtener una resolución en un tiempo razonable emanada de un órgano imparcial. PERRINO¹³ señala que la tutela judicial efectiva “comprende el reconocimiento de los siguientes derechos: a ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil; a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; a un juez natural e imparcial; a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; 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 ritualistas; a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que puedan ser subsanados; 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 judicial; a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; 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 pertinente antes de dictarse la sentencia; a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; a impugnar la sentencia definitiva; a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y por su parte, al cumplimiento por parte de la autoridad condenada; al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; a contar con asistencia letrada”.

Todo esto constituye un aspecto esencial del ejercicio del derecho de defensa en juicio¹⁴.

Los autores que se han ocupado de estos temas en el derecho internacional reconocen la importancia e impulsan la concesión de medidas de esta naturaleza. GONZÁLEZ NAPOLITANO señala que las medidas provisionales en la jurisdicción internacional son aquellas acciones o abstenciones dispuestas por los jueces y árbitros internacionales prima facie competentes en un asunto, en caso de urgencia, con el fin de preservar los derechos de las partes contendientes o los bienes en litigio, así como la eficacia del propio

⁵ Para ejemplificar podemos señalar que el artículo 25º, CPCA, ley 12.008 -texto según ley 13.101-, respecto de la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, dispone que “Inc. 2: Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante. Presentada la petición en sede administrativa el estado deberá expedirse en el plazo de 5 días hábiles, fenecidos los cuales sin que hubiere un pronunciamiento expreso se presumirá la existencia de resolución denegatoria quedando expedita la instancia judicial.”, cuando en su texto original el principio era exactamente inverso.

⁶ BOTASSI, Carlos A. y OROZ, Miguel H. E., “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, p. 16, 2da. Edición, Librería Editora Platense, 2011.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Problemas del derecho público al comienzo de siglo”, p. 45, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

⁸ COUTURE, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, p.480, Depalma, Bs.As., 1990, donde además señala que “La tutela jurídica, en cuanto efectividad del goce de los derechos supone la vigencia de todos los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí”.

⁹ Art. 15, C. Pcial.

¹⁰ Art. 18, C. Nac.

¹¹ Art. 75 inc. 22, C. Nac.

¹² Artículo 8, 1; Garantías judiciales del PSJCR.

¹³ PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa”, ps. 257 y sigtes., Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I, Año 2003-1, Hutchinson Tomás Director, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

¹⁴ BOTASSI, Carlos A., “Las medidas Cautelares en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley (septiembre-2010-1).

proceso, incluyendo la protección de los medios de prueba y las personas a él vinculadas, o de impedir que se agrave o extienda la controversia, estando pendiente la sentencia final¹⁵.

La autora destaca la importancia de este tipo de medidas para la solución de controversias internacionales haciendo especial hincapié en su finalidad, ante la necesidad de la toma de decisiones sin demora donde cobran su mayor valor estratégico porque no siempre los Tratados, estatutos o reglamentos de este tipo de tribunales las especifican en su articulado, así su desarrollo se ha debido a las aplicaciones jurisprudenciales. Al existir un derecho a proteger en conexión con una causa principal, la medida de ese interés jurídico es la determinante de la verosimilitud del derecho en el caso, mientras que la urgencia a través de la existencia del riesgo de perjuicio irreparable determinará el peligro en la demora. Ello, sumado a otros presupuestos como la exigencia de que la demanda sea admisible prima facie o la no anticipación del fallo sobre el fondo del asunto, más la prestación de una contracautela, son parte del desarrollo al que han llegado los diferentes órganos jurisdiccionales internacionales¹⁶.

Asimismo y ya en el marco del MERCOSUR, podemos subrayar que en el Protocolo de Brasilia, en su artículo 18, inciso 1, se establece que el Tribunal Arbitral puede dictar las medidas provisionales que considere apropiadas según las circunstancias y en las condiciones que él mismo establezca con el fin de prevenir daños graves e irreparables a una de las partes¹⁷.

En el sistema Interamericano de Derechos Humanos el mecanismo de medidas cautelares tiene más de tres décadas de historia y ha servido como una herramienta eficaz para proteger los derechos fundamentales de los habitantes de los todos los Estados que se encuentran bajo la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁸.

La especialidad de esta rama del derecho público nos obliga a puntear diversos aspectos antes de continuar. Los magistrados al analizar la protección cautelar frente al Estado no pueden dejar de examinar que deben velar porque no le esté dado a la justicia ingresar a la ponderación de la eficacia de la función de gestión.

Nos encontramos frente al precepto que indica que los jueces ni legislan ni gobiernan, sólo deben controlar la legalidad de los actos de gobierno (administración) o de legislación, debiendo respetar el límite impuesto por el principio de división de poderes que les impide sustituir funciones administrativas o legislativas, a riesgo además de provocar la llamada dificultad contramayoritaria. Tara MELISH destaca que ello se configura cuando el juez corre el riesgo de conceder el derecho sin un análisis contextual, sin tener en cuenta la disponibilidad de recursos escasos, cristalizando así la injusticia de colocar a quien judicializa por encima de los demás que teniendo el mismo derecho, esperan en la cola su turno, el llamado “colarse en la fila”¹⁹.

Pero no hay en las leyes un derecho que no tenga alguna dimensión judicial, básicamente porque, como resalta UCÍN, no es cierto ni siquiera que las cuestiones que implican distribución de recursos deberían ser dejadas para las autoridades políticas y no para el Poder Judicial; más bien lo cierto es que en general los tribunales se ven obligados a resolver un amplio rango de cuestiones que tienen implicaciones presupuestarias²⁰.

Alejandro NIETO, en 1975, escribía que “lo que caracteriza de veras un sistema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo es lo que no se aplica: si queremos descubrir el auténtico sentido de nuestro Derecho administrativo, tendremos que analizar la parte del mismo que duerme en los mausoleos del Boletín Oficial, así como las causas de su inaplicación. Dicho con otras palabras: el Derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma (legal o ilegal) que tiene la Administración de aplicar las

¹⁵ GONZÁLES NAPOLITANO, Silvina S., “Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales”, p. 9, Premio Rolin Jaequemyns 2003 otorgado por el Institut de Droit International, LL, 2004.

¹⁶ GONZÁLES NAPOLITANO, op cit., ps. 111 a 113 hace referencia incluso a la posibilidad, señalada por SZTUCKI, de que existan en la competencia consultiva.

¹⁷ PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIA: Artículo 18. 1.El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, para prevenir tales daños; 2.Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo a que se refiere el Artículo 20.

¹⁸ Fuente: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab3>, ingreso 20/03/2012: “El mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH. Según lo que establece el Reglamento, en situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente. Estas medidas podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables.” Este tipo de organismo de protección de DDHH estudia la concurrencia de tres condiciones: i) la gravedad; ii) la urgencia, y iii) que se trate de evitar daños irreparables a las personas.

¹⁹ UCÍN, María Carlota, “La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal.”, p. 57, Ed. LEP, 2011.

²⁰ UCÍN, op. cit.

normas, sino que debe extender su análisis a la propia inaplicación de tales normas (la llamada inactividad administrativa), que es una de las formas más refinadas de ilegalidad²¹.

El maestro FIORINI acuñaba en 1976 que “la juridicidad es un venero normativo que no puede identificarse con el criterio positivista que veía en la norma el derecho aislado de la realidad y de la vida humana, que son elementos esenciales que concurren para su creación²²”.

COMADIRA²³ entiende que es el concepto “juridicidad” el que representa mejor la idea de que “el accionar de la Administración Pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto de todo el orden jurídico”. La administración debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico entendiendo al sistema jurídico como unidad, aquello que la doctrina ha entendido como bloque de la legalidad o de constitucionalidad, o también pirámide de la legalidad.

Para MAIRAL²⁴, por interés público no debe entenderse el interés de la administración sino el de la comunidad, cuya gestión corresponde a aquella pero sin que ambos intereses se identifiquen.

El problema de llamarlo “interés público” radica en que enseguida lo identificamos con “administración pública”, por eso creemos que resulta mayormente adecuado denominarlo como “interés comunitario”.

Para concluir este punto podemos resumir siguiendo a LOGAR²⁵ que el fundamento de las medidas cautelares está directamente relacionado a las ideas de tutela -judicial y/o administrativa- efectiva y el principio del debido proceso, lo que de algún modo delega el rol protagónico en los jueces²⁶. Estos son principios que deben presidir el tratamiento de la materia cautelar, en concordancia con el derecho al efectivo acceso a la justicia que consagra el artículo 25, primera parte, del Pacto de San José de Costa Rica de donde se infiere que los gobiernos tienen que asegurar un recurso efectivo para cumplir con tal finalidad, porque su esencia descansa en el principio de efectividad, el cual constituye una nueva concepción social del Estado y del derecho que obliga a un tratamiento equitativo antes que a un acceso meramente formal²⁷.

2. Régimen nacional y provincial. Medidas cautelares previstas en el Código Procesal Administrativo y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires

Los institutos cautelares típicos en los distintos CPCC no se distinguen en cuanto a su importancia de nuestro código contencioso provincial -ley 12.008, ref. por ley 13.101 y sus modific.-, porque en ellos se incluya al embargo preventivo, secuestro, intervención y administración judicial, inhibición general de bienes, anotación de litis, prohibición de innovar, prohibición de contratar (arts. 209 al 231); y medidas genéricas o innominadas (art. 232).

De aquí que se interpreta que el art. 22 inc. 2 del CPCA -ley 12.008-, importa una especie de cláusula abierta que pone en manos del tribunal un poder general de tutela cautelar que, en palabras de LOGAR, implica un poder en manos del juez para dictar medidas que entienda idóneas de acuerdo a las circunstancias del caso.

En rigor el juez contencioso puede ordenar cualquiera de las medidas enunciadas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (CPCC): embargo preventivo (art. 209), secuestro (art. 221), intervención y administración judiciales (art. 222), inhibición general de bienes y anotación de litis (art. 228), prohibición de innovar y prohibición de contratar (art. 230) y medidas genéricas, es decir aquellas de cualquier índole que el mismo estime aptas para asegurar el cumplimiento de la futura sentencia (art. 232).

BOTASSI²⁸ señala que en cuanto atañe puntualmente al régimen general de medidas cautelares contra el Estado, en términos generales y más allá de la problemática derivada de la retrograda “presunción de legitimidad” de los actos administrativos, el mismo no difiere sustancialmente del establecido en los códigos procesales civiles para los conflictos entre particulares, con excepción del requisito de la no afectación del interés general:

²¹ NIETO, Alejandro, fragmento de “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, RAP N° 76, ene-abr, 1975.

²² FIORINI, Bartolomé, “Derecho Administrativo”, p. 48, t. I, 1976.

²³ COMADIRA, Julio Rodolfo, “Derecho administrativo”, p. 279, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.

²⁴ MAIRAL, Héctor A., “Control judicial de la Administración Pública”, p. 829, t. II.

²⁵ LOGAR, Ana C., “Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, La Ley Buenos Aires, 1998.

²⁶ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa”, p. 188, Madrid, Civitas, 1991.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro, “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, p. 3, t. 39, JUS, Revista Jurídica La Plata.

²⁸ BOTASSI, Carlos A., “Las medidas Cautelares...”, op. cit.

- a) su objeto es asegurar la ejecutoriedad de una sentencia dictada en un proceso diferente o evitar la concreción de un perjuicio irreparable o de difícil reparación;
- b) no prejuzgan sobre la existencia del derecho sustancial invocado por el actor y pueden ser dictadas por juez incompetente quien se desprenderá de la causa una vez ordenada la tutela urgente;
- c) se adoptan inaudita parte, en base a un conocimiento sumario y limitado, pero demostrativo de que existe verosimilitud del derecho, peligro en la demora y ausencia de perjuicio al interés general;
- d) pueden ser tanto conservativas (no innovar, no contratar, anotación de litis, embargo) como anticipativas o innovativas (ordenes de hacer o de dar);
- e) imponen la constitución de algún tipo de garantía para responder de los daños ocasionados si fueron obtenidas sin derecho;
- f) pueden sumarse o acumularse a otras medidas de tutela urgente;
- g) son provisionales, ambas partes pueden solicitar su modificación, sustitución o revocación si cambian las circunstancias fácticas o jurídicas;
- h) son recurribles (generalmente el recurso se otorga con efecto devolutivo y no suspensivo de sus efectos);
- i) si fueron ordenadas en forma autónoma obligan al actor a promover el juicio sobre la cuestión sustancial o de fondo dentro de un plazo determinado.

Existiendo verosimilitud del derecho, peligro en la demora y ausencia de grave perjuicio al interés público -continúa el titular de la Cátedra 2 de esta materia-, "el juez o tribunal contencioso administrativo se encuentra legalmente habilitado para ordenar todo tipo de diligencias que impidan no solo la ejecución de un acto estatal impugnado, sino también que aseguren una tutela urgente que evite la consumación de perjuicios irreparables o que impida que caiga en abstracto la futura sentencia de mérito. Cuando resulta necesario contar con una "jurisdicción urgente" los jueces poseen las herramientas necesarias para dotar de efectividad a su ministerio".

A nivel federal en el año 2013 se dictó la ley 26854, ello debido a que no hay un Código Procesal Contencioso Administrativo federal.

Algunos autores vincularon la cuestión con el art. 12 del decreto ley nacional 19.549, porque a la verosimilitud del derecho se opone la presunción de legitimidad del acto; mientras que al peligro en la demora se opone la ejecutoriedad. Ello en nuestra Provincia sólo se vería relacionado con el art. 12 inc. 1 del CPA (pretensión anulatoria).

La presunción de legitimidad y consiguiente fuerza ejecutoria de los actos administrativos²⁹ ha puesto en discusión, en la doctrina nacional, la posibilidad de dictar medidas de este tipo, su modalidad y sus alcances; transformando de esta manera a la suspensión de la ejecución del acto administrativo en la "vedette" de las medidas provisionales frente al Estado.

La prohibición de innovar es la medida típica de antaño, mantiene el statu quo ante.

Las medidas innovativas alteran el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado configurando una especie de "anticipo de jurisdicción" favorable respecto del fallo final de la causa y eso justifica mayor exigencia en cuanto a verificar sus requisitos, por ejemplo se puede exigir una verosimilitud del derecho "calificada", así sucedió en la causa "Banco Ciudad de Bs. As."³⁰, donde la Corte interpretó que coincide el objeto de la cautelar con el de la demanda (que aún no había sido promovida) en un caso donde se retiraron dólares en épocas del llamado "corralito".

Asimismo la CNCC, sala "D", en la famosa causa "Bella", por su parte, justificó que coincida en orden a que el fondo de la cuestión era que una mujer participara en una competencia de Tiro que era sólo reservada para varones y no quedaba tiempo porque se llevaría adelante sin permitirle siquiera participar.

Esto no significa que se pierda todo interés jurídico en obtener una sentencia ya que en algún caso puede mantenerse la necesidad de dictarla, de tal modo resalta VALLEFÍN el caso del intérprete para un estudiante sordo en una Universidad norteamericana donde una vez recibido éste, importaba obtener sentencia para determinar quién afrontaba los pagos al intérprete³¹.

Las de contenido positivo por su parte importan un emplazamiento en una situación en la que no se encontraba, es el conocido caso "Camacho Acosta" de la Corte federal; o en la Suprema Corte de la Provincia el caso "Chiabaut Morales".

GRAU encuentra en el art. 18 de la Carta Magna, en cuanto declara que es inviolable la defensa en juicio, que el debido proceso comprende por ejemplo la garantía de la suspensión del acto administrativo impugnado, ya que la medida tiende a asegurar la eficacia del resultado del proceso. A ese concepto podríamos agregar la necesidad de reducir la discrecionalidad de la administración a su justo cauce,

²⁹ Ver el decreto - ley 19.549, publicado en B.O. del 27 de abril de 1972: ARTICULO 12.-

³⁰ Fallos 324:4520 de 2001.

³¹ Protección Cautelar frente al Estado, p. 97, nota 260.

sumando la obligación por parte del Estado de rendir cuentas, precepto que se redimensiona a partir del artículo 15 de la Declaración de los Derechos francesa de 1789 al expresar que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente de la administración”.

Señala LOGAR³² que las disposiciones judiciales tendientes a dictar medidas de acción positiva frente a la discrecionalidad de los poderes del Estado ha continuado la tesis doctrinal y jurisprudencial que niega diferencias extremas entre la actividad reglada y discrecional, con fundamento en que tales caracteres pueden informar predominantemente un determinado acto, “entendemos que a los efectos de evaluar la procedencia de una medida de contenido positivo, no cabe efectuar distinción alguna entre ambas facultades. La actividad discrecional está tan ligada a la norma como lo debe estar la actividad reglada.”

FIORINI entendía que en un Estado de Derecho no se concibe que los órganos realicen determinada labor sin tener como fundamento una regla autoritativa, sea de carácter administrativo, legislativo o constitucional³³.

Es decir, continúa LOGAR, que la actividad discrecional no está desvinculada de la reglada; sino comprendida, como todo accionar estatal, por la plenitud hermenéutica del orden jurídico, en el cual, adquiere especial relevancia la aplicación del principio de razonabilidad, justicia y equidad³⁴.

Dicho esto se debe destacar que las medidas reconocidas en nuestro código provincial son las genéricas (art. 22 inc. 2°); de contenido positivo (art. 22 inc. 3°); y suspensivas (art. 25). La mayoría de los autores coinciden en que los recaudos son los mismos para todos los casos (ver ps. 70 y 89/93, en el TRABAJO DE MARIA JULIA RICHERO de la obra colectiva “Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires -La Justicia Administrativa-” T. II, pgs. 65/93), lo cierto e indiscutible es que frente a la especificidad del amparo como proceso de tipo constitucional y la amplitud hacia todas las cautelares posibles que figuran en el CPCC que se ha recibido a partir de la causa “Risso Patrón”³⁵, se han transformado en una especie de “llave” del llamado contencioso administrativo bonaerense.

3. La ley 26.854 y las tutelas procesales diferenciadas

Las medidas cautelares reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcado en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca al peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.

Los requisitos clásicamente establecidos para la procedencia de medidas cautelares contra el Estado son: 1) Verosimilitud del derecho; 2) Peligro en la demora, 3) No afectación del interés público y 4) contracautela. Los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.

³² LOGAR, op. cit.

³³ FIORINI, Batolomé, “La discrecionalidad en la Administración Pública”, p. 41, Buenos Aires.

³⁴ Y cita al profesor Agustín GORDILLO, cuando señala que si existe alguna solución más razonable para un problema que aquella que ha escogido la administración, esa solución es la que debe buscarse que impere judicialmente, por aplicación directa de la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo y adjetivo, o como derivación razonada de todos los principios generales del derecho (GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 1995, t. I, V-43/44) porque “los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que deben perseguir todos los poderes públicos” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El Derecho, la ley y el juez”, p. 87, Civitas, Madrid, 1997). Hemos de resaltar aquí que para LOGAR las innovaciones trascendentales del código provincial son, 1) regula un sistema cautelar amplio y flexible, permitiendo al juez adoptar toda clase de providencias asegurativas, con la sola condición de que resulten idóneas para garantizar el objeto del proceso, 2) faculta a los jueces a disponer medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada, 3) los remedios cautelares pueden impetrarse antes de la promoción de la demanda, e inclusive, en las pretensiones de anulación, previamente al agotamiento de la vía administrativa, 4) para disponer la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, se exige que la medida tienda a evitar “perjuicios irreversibles”, en remplazo del cuestionado concepto que alude a la producción de “perjuicios irreparables”.

³⁵ Causa B. 60.015, res. del 26/06/2002.

El requisito característico del derecho procesal administrativo para la procedencia de una medida cautelar contra el Estado es la no afectación de un interés público, criterio expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Astilleros Alianza vs. Nación Argentina”.³⁶

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo, quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habilitación de instancia en la ley nacional de procedimientos administrativos (Ley 19.549) y respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En contraste con lo hasta ahora legislado en la materia, el reciente dictado de la ley 26.854, norma procesal regulatoria del régimen de medidas cautelares contra el Estado, en el ámbito federal, efectúa una división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico, en cumplimiento de las obligaciones asumidas a nivel internacional por el Estado Nacional en materia de Derechos Humanos. Esta técnica procesal es conocida como una tutela procesal diferenciada.

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante específicas técnicas orgánico-funcionales o procesales, parte del presupuesto de la inexistencia de la neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.

3.1. Ámbito de aplicación (art. 1º)

Esta Ley regula el régimen de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional, estableciendo en su primer artículo que el ámbito de aplicación se limita a la actuación y omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados. También se aplica la ley a las medidas cautelares solicitadas por dichos organismos estatales.³⁷ Es decir que afecta sólo a las relaciones que vinculan a los ciudadanos con el Estado Nacional, en cualquier parte del territorio argentino, quedando fuera las vinculaciones con estados provinciales o municipales, que se encuentran reguladas por las leyes especiales que establecen los procesos judiciales contencioso administrativos.

Una primera apreciación respecto del ámbito de aplicación de la norma es que la ley utiliza el criterio subjetivo que en forma general se adopta para determinar la competencia contencioso administrativa. Es decir, existe causa en dicha materia cuando una de las partes –actor o demandado- es el Estado Nacional. Similar criterio es el elegido por otras jurisdicciones locales y es el estándar propuesto por parte de la doctrina especializada.

Otra cuestión destacable del primer artículo de la ley en análisis es que entiende que la conducta estatal impugnada judicialmente –en el caso específico mediante una pretensión cautelar- puede consistir, tanto en una actuación como en una omisión. La posibilidad de judicializar –a través de un proceso o mediante una pretensión cautelar- la conducta pública omisiva es un reciente avance normativo y jurisprudencial que permite exigir al Estado el cumplimiento de obligaciones de carácter positivo, como por ejemplo en materia de prestaciones sociales. Es decir, frente a la omisión del Poder Ejecutivo de cumplir con la obligación de garantizar el derecho a la salud a todos los ciudadanos –por ejemplo no brindando una medicación-, un magistrado en una causa judicial puede ordenar al gobierno que le entregue al actor la prestación de salud incumplida. Como desarrollaremos luego, la ley prevé especialmente este tipo de medidas cautelares de contenido positivo en su artículo 14º.

3.2. La exclusión parcial de la acción de amparo (art. 19º)

La ley en su artículo 19³⁸ excluye la aplicación de los nuevos preceptos en materia de cautelares a los procesos regidos por la ley de amparo, con excepción de lo establecido respecto del plazo especial para presentar el informe previo (artículos 4º inciso 2), la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado (artículo 5º), el plazo de traslado de la solicitud de modificación de la medida cautelar (artículo 7º) y el régimen de inhibitoria (artículo 20º).

³⁶ CSJN, *Fallos* 314:1202; “De ahí, pues, que a los requisitos exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”.

³⁷ Artículo 1º -Ámbito de Aplicación. Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.

³⁸ Artículo 19. -Procesos excluidos. La presente ley no será de aplicación a los procesos regidos por la ley 16.986, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4º inciso 2, 5º, 7º y 20 de la presente.

El artículo cuatro dispone que solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir – en la acción de amparo- a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de tres (3) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Agrega la norma que con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

Este traslado tiene dos importantes excepciones dispuestas en el artículo 4 que debilitan fatalmente la crítica del Dr. Gozaíni. En primer lugar establece que no surtirá efecto cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, quedando habilitado el juez o tribunal para dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Además la ley exceptúa del traslado los casos en que se encuentre en juego un derecho protegido constitucionalmente, al disponer que las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los derechos fundamentales (vida digna, salud, derechos alimentarios y medioambientales) podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

Es decir, será el magistrado interviniente el que, evaluando las circunstancias del caso, los intereses y derechos en juego y la urgencia de la medida solicitada, podrá en los términos de la nueva ley de medidas cautelares, hacer lugar a la solicitud precautoria sin necesidad que se presente la demandada a contestar informe o se venza el plazo para ello.

Aun cuando sea necesario cumplimentar con el traslado previo al demandado –por ejemplo de tratarse de un caso de contenido únicamente patrimonial y no existan circunstancias graves que justifiquen eximir del traslado previo-, tal exigencia se encuentra debidamente alineada con las garantías constitucionales que en materia procesal protegen a todas las partes de un litigio.

Ello es así por resultar evidente que el principio de bilateralidad de los procesos judiciales posibilita a la contraria el ejercicio de su derecho de defensa siendo una manifestación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia, igualdad de armas y tutela judicial efectiva, que deben estar presentes para efectivizar los derechos, tanto del actor, como del demandado, se trate en este último caso del Estado como de cualquier ciudadano o particular. Por ello es que la ley nacional de amparo prevé en su artículo 8° que el magistrado interviniente requiera a la autoridad pública un informe circunstanciado, posibilitando a la demandada el ofrecimiento de la prueba que considere pertinente.

Los profesores Morello y Vallefn explican que el principio de bilateralidad “significa, en sustancia, que las decisiones judiciales no pueden ser adoptadas sin el previo traslado a la parte contra la cual se pide o, lo que es lo mismo, sin que se otorgue a esta última oportunidad de defensa”³⁹. Este principio, que si bien no es absoluto, exige que cualquier postergación o aplazamiento de tal garantía –como puede ser ante determinadas situaciones extremas la necesidad de disponer una medida cautelar in audita parte- se acuerde con la mayor racionalidad posible. A este respecto, la ley de cautelares contra el Estado Nacional establece que en las causas de contenido patrimonial en las que no existan circunstancias graves y objetivamente impostergables el juez interviniente deberá correr traslado mediante un pedido de informe, que deberá ser evacuado en un breve plazo, garantizando para estos casos el principio de bilateralidad y contradicción analizados. Por el contrario, una norma que quebrante el principio de bilateralidad y contradicción en un proceso judicial – garantizado en el caso por el artículo 4° de la ley en estudio- infringiría la garantía constitucional del debido proceso (arts. 18 de la C.N.; artículo 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 37, inc. d) y 40, inc. 2, ap. b.iii, Convención sobre los Derechos del Niño, integrantes del cuerpo mismo de la Carta Magna, por remisión de su art. 75, inc. 22).

La bilateralidad previa al otorgamiento de las medidas cautelares, frente al cuestionamiento del procedimiento unilateral, es la postura que han adoptado algunas provincias en sus códigos procesales administrativos, como Mendoza, Santiago del Estero, Neuquén, Tierra del Fuego, Formosa, Jujuy, Santa Fe, Córdoba y Buenos Aires que prevén el traslado o vista de la solicitud realizada por la parte actora a la demandada. En ninguna de dichas jurisdicciones locales el traslado ha sido impugnado por su inconstitucionalidad ni de tal forma se ha declarado judicialmente. En el derecho extranjero se pueden ver los ejemplos de Estados Unidos de América y España que también bilateralizan el trámite cautelar. Por último, el Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo establece -al regular las medidas cautelares adoptadas en el proceso administrativo- que “se dará traslado a las partes que se hubiesen personado por plazo de diez días, a fin de que aleguen lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la medida y, en su caso, sobre la contracautela y cuantía”,

³⁹ Morello, Augusto y Vallefn, Carlos; “El amparo. Régimen procesal”, Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p. 103 y sgtes.

agregando que “Si no hubiese conformidad, se convocará a las partes a una audiencia, en la que se practicarán las pruebas pertinentes” (art. 81).

Más allá de las comparaciones normativas, como explica Vallefn; “la Flexibilidad que se reconoce a las providencias cautelares debe, en alguna medida, aplicarse al trámite, entendido esto como la posibilidad de escoger la unilateralidad o bilateralidad inicial, según la naturaleza de la cuestión debatida”⁴⁰. En la ley 26.854 es el criterio legislativo el que establece los casos en que, debido a la naturaleza de la cuestión en debate, corresponde otorgarle al procedimiento mayor bilateralidad. Es decir, la valoración ya no la hace únicamente el juez interviniente, sino que, desde la propia norma, se indica un criterio de protección o tutela diferenciada a fin de brindar mayores garantías a determinados derechos y sujetos de especial protección, por imposición expresa de normativa de derechos humanos constitucionalizada en 1994.

3.3. Medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes (art. 2º)⁴¹

El artículo 2º en cuestión es una de las normas centrales de la ley ya que, al resolver la cuestión de las medidas dictadas por jueces incompetentes, establece la clasificación central de la norma que permite diferenciar los casos en que se intenta proteger derechos fundamentales (vida digna, salud, derechos alimentarios y medioambientales) de aquellos en que se defienden derechos de contenido patrimonial (Esta cuestión será abordada con mayor profundidad en el siguiente punto).

La competencia es el derecho y el deber de los órganos judiciales de juzgar un caso concreto, con excepción de otros órganos jurisdiccionales. Así, la competencia es la aptitud que la ley otorga a los jueces para conocer en las distintas controversias que le son planteadas, en atención a la materia, grado, valor o respecto de un territorio determinado. El principio en materia de competencia es que, al ser las medidas cautelares un anticipo de la garantía de fondo, las mismas deben ser resueltas por el juez competente según lo disponen las leyes procesales.

En tal sentido el artículo 196 del CPCC de la Nacional dispone que “Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”.

El segundo artículo de la ley 26.854 resuelve esta cuestión al disponer que “los jueces deberán abstenerse de declarar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia”, salvo en los casos en los que “se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”. Es decir el magistrado que prevenga, si se trata de un caso en que se encuentre en juego derechos fundamentales como los expresados en la norma, podrá dictar la medida cautelar que corresponda a fin que el trámite de incompetencia no vulnere un derecho constitucional del accionante, remitiendo luego el expediente al juez competente, quien deberá expedirse de oficio sobre tal medida. Si en el caso se discute sobre un derecho de carácter patrimonial, el juez incompetente –en cumplimiento del principio general anteriormente expuesto- no podrá expedirse sobre ninguna de las cuestiones que la ley y la constitución le vedan.

Como surge de lo hasta aquí expuesto, la norma en análisis mantiene los criterios clásicos respecto de la atribución de competencia que guían todos los procesos judiciales, especificando los casos en los que se permite apartarse del principio de competencia legal con fundamento en la importancia y trascendencia para la sociedad de los derechos constitucionales básicos en juego.

⁴⁰ Vallefn, Carlos A, “Protección Cautelar Frente al Estado”, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p.130.

⁴¹ Artículo 2º- Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente. 1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiera hecho antes. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

3.4. La especial protección cautelar de los derechos fundamentales (art. 2º, inc. 2, 4º, inc. 3; 10º, inc. 2; 13º, inc. 3)

El nuevo régimen procesal dispone una especial protección judicial en aquellos casos en que se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. Además establece que también tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

La interpretación que los magistrados efectúen al aplicar la ley 26.854 deberá considerar que los derechos humanos se caracterizan por su interdependencia e indivisibilidad y esto implica que la protección específica dispuesta en la norma debe extenderse a situaciones en las que estén en juego o puedan verse afectados otros derechos fundamentales, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los jueces deben aplicar la legislación interna de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos.

Además es exigible a los integrantes del Poder Judicial que efectúen una interpretación progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. En materia de derechos sociales, el comité específico ha dicho que “dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar el que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión de los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en derechos humanos.” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 9, párr. 14).

Adquiere relevancia en esta tarea hermenéutica determinar el sujeto de la tutela procesal diferenciada, identificando a tales efectos a los grupos vulnerables, entendiendo que lo integran aquellos que, ya sea por razones o condiciones económicas, sociales, culturales o legales, en general, hegemónicas o dominantes, y de carácter discriminatorio se ven especialmente desplazados del goce efectivo de sus derechos.

Esta técnica procesal de diferenciación positiva parte de la idea de beneficiar a través del derecho a las personas y grupos vulnerables, mediante medidas especiales que atiendan a sus necesidades propias, para ello resulta determinante incorporar “como un elemento significativo, de imprescindible consideración, la situación de la persona en su identificación con los colectivos vulnerables, hilvanándose desde allí su condición desaventajada en su interacción con la Justicia”.

Así, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen como uno de sus objetivos “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1º, párr. 2), agregando el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, a fin de establecer los beneficiarios de las medidas. En su Sección 2º dice el documento que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.

También surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con discapacidad; los adultos mayores; los pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad.

3.5. Objeto de la pretensión cautelar (art. 3º)⁴²

En su tercer artículo la ley reglamenta el objeto de la pretensión cautelar y su idoneidad, haciendo hincapié en su primer inciso en la posibilidad de solicitar la medida en forma previa, simultánea o con posterioridad a la interposición de la demanda. Este criterio temporal generoso se encuentra en línea con las regulaciones procesales administrativas de los estados provinciales.

En el segundo inciso se regula la forma en que debe peticionarse la medida precautoria disponiendo que la pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

También reglamenta – en su inciso tercero- la capacidad de los magistrados de otorgar una medida cautelar distinta a la solicitada, de acuerdo a las circunstancias fácticas del caso y el nivel de afectación del interés público. Así dispone que el juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procura evitar.

Finalmente en su inciso 4º y último, el artículo establece que las medidas no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, en coincidencia con la jurisprudencia que así lo dispone. Como lo explica Gozaíni, la intención del legislador es evitar la procedencia de las llamadas medidas autosatisfactivas⁴³, en coincidencia con el criterio de la CSJN según el cual “los beneficiarios de las medidas cautelares autosatisfactivas decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio”⁴⁴. Si bien, a primera vista pareciera ser una dificultad para el peticionante de la medida, como lo explica Agustín Gordillo, esto se resuelve solicitando en la demanda como pretensión de fondo más “que lo que se va a pedir en la cautelar”⁴⁵. Aun cuando la jurisprudencia que exige, como principio de carácter general, la no coincidencia de las pretensiones fondal y cautelares, también existen precedentes que en materia de salud excepcionan el requisito en estudio.

3.6. Informe previo (art. 4º)⁴⁶

Como ya lo expresamos, la norma establece la solicitud de un informe a la demandada como requisito previo al dictado de la medida cautelar, disponiendo dos excepciones cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran y/o cuando se encontrare afectado uno de los derechos fundamentales previstos en el artículo 2, inciso 2 de la ley.

Prevé el artículo 4º que solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia

⁴² Artículo 3º- Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar. 1. Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso. 2. La pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida. 3. El juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procura evitar. 4. Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.

⁴³ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Medidas Cautelares contra el Estado”, La Ley, Edición del 06/05/13, p.4.

⁴⁴ CSJN, Fallos 327:4495, en autos “Bustos”.

⁴⁵ Gordillo, Agustín, “Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

⁴⁶ Artículo 4º- Informe previo. 1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar la vista previa al Ministerio Público. 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días. 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar la vista previa al Ministerio Público. 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días. 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

La CSJN ha dicho que debe existir una interpretación armónica de la eficacia de las garantías sustantivas y procesales con el ejercicio individual de los derechos individuales protegidos constitucionalmente, debiendo entenderse que “el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado”⁴⁷.

Por último, como hemos visto antes, la norma en cuestión respeta el principio de bilateralidad y contradicción de los procesos judiciales, posibilitando a la parte contraria el ejercicio de su derecho de defensa, en cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso (arts. 18 de la C.N.; artículo 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 37, inc. d) y 40, inc. 2, ap. b.iii, Convención sobre los Derechos del Niño, integrantes del cuerpo mismo de la Carta Magna, por remisión de su art. 75, inc. 22).

3.7. Vigencia temporal (art. 5º)⁴⁸, provisionalidad (art. 6º)⁴⁹, modificación (art. 7º)⁵⁰ y caducidad (art. 8º)⁵¹ de las medidas cautelares

La interinidad y mutabilidad constituyen notas típicas en las medidas cautelares, y el esquema asegurativo provisoriamente trabado subsiste mientras se mantengan las circunstancias que lo determinaron, careciendo de importancia que la resolución se encuentre consentida o ejecutoriada sin que la preclusión ni la cosa juzgada formal puedan oponerse como obstáculo para su reexamen. Como lo sostuvo la CSJN, “según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias, la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata en todos los casos de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas”⁵².

Así el artículo 7 establece la modificación de las medidas cautelares disponiendo que quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. Agrega la norma que aquel contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos

⁴⁷ CSJN, Fallos: 211:1056 y 215:357.

⁴⁸ Artículo 5º — Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado. Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses. No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2. Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo.

⁴⁹ Artículo 6º — Carácter provisional. 1. Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia. 2. En cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

⁵⁰ Artículo 7º — Modificación. 1. Quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. 2. Aquel contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido. 3. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

⁵¹ Artículo 8º — Caducidad de las medidas cautelares. 1. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba. Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa. 2. Las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurren los requisitos para su procedencia.

⁵² CSJN; “Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares”.

gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido. Por último indica la norma que la resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

Por su parte el artículo 6 regula el carácter provisional de las medidas cautelares, al afirmar que subsistirán mientras dure su plazo de vigencia y que en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

En su artículo 5° legisla la norma respecto de la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, siendo este uno de los puntos más criticados de la regulación procesal de las medidas cautelares. Dice la norma que al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses, disponiendo un plazo inferior para los procesos sumarísimos y el amparo. Agrega que al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

Como surge de una interpretación literal de la norma, el juez podrá otorgar prórrogas sucesivas al plazo de vigencia de la medida cautelar, de acuerdo a las circunstancias del caso y con la debida fundamentación. Una interpretación progresiva de la norma no es compatible con una lectura que limite más allá del texto legal el número de prórrogas a un solo período. Entiendo que si se interpreta que la vigencia de la protección cautelar puede extenderse como plazo máximo a un año, cuando es sabido que los procesos superan holgadamente dicho intervalo de tiempo, la ley así aplicada efectivamente violentaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por nuestro sistema constitucional.

Además la norma dispone que será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida y agrega que si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo.

Esta reglamentación de la vigencia temporal de las medidas cautelares se enmarca en las consideraciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares". Allí sostuvo el Tribunal que a los fines de valorar la razonabilidad del plazo de vigencia de una medida cautelar "resulta imprescindible evaluar el tipo de proceso iniciado, la complejidad de la materia objeto de la controversia, la conducta asumida por las partes luego de dictada la medida cautelar así como también la importancia de los intereses en juego en el proceso." (Cons. 6°).

En esa línea argumental, la Corte dijo que "El reemplazo del derecho de fondo al que se llega por la vía de una cognición plasmada en sentencia firme, por un derecho precario establecido en función de medidas cautelares, constituye una lesión al objetivo de afianzar la justicia señalado en el propio Preámbulo de la Constitución Nacional. En definitiva, es deber de las partes y del juez solucionar el conflicto de modo definitivo en un tiempo razonable y no buscar soluciones provisionales que se transforman en definitivas. Este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia. Y es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisoria de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente a este, no es menos cierto que en otros casos es este el efecto que provoca."

Por último, y como ya adelantáramos, el establecimiento de un límite temporal prorrogable para la vigencia de las medidas cautelares no procederá cuando esté en juego la tutela de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2°, inciso 2. Aquí nuevamente en acción la tutela procesal diferenciada que estructura la nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional.

Finalmente en su artículo 8° reglamenta de una forma tradicional el régimen de caducidad de las medidas cautelares al establecer que se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba. Agrega que cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa. En cuanto a las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, dispone que serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los

requisitos para su procedencia. Esta normativa no se aparta de lo dispuesto en otros regímenes procesales provinciales que regulan la caducidad en similar sentido.

3.8. Afectación de recursos y bienes del Estado (art. 9°)

En su artículo 9°⁵³ la ley establece que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado. Un antecedente de este tipo de protección de los bienes estatales podemos encontrarlo en el artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz que prohíbe que los bienes y rentas de la provincia o de los municipios puedan ser objeto de medidas cautelares o preventivas. Tampoco podrán imponerse a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

En mi opinión esta norma tiene su correlato en las prerrogativas típicas que el derecho administrativo reconoce al Estado en su labor de protección del interés público de toda la comunidad. La utilidad de este tipo de normas respecto de la protección de los bienes estatales y recursos públicos estará garantizada en tanto y en cuanto su aplicación no afecte o limite los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la protección de estos derechos universales e indisponibles que se encuentran en la base de la igualdad jurídica, es también la razón que justifica la existencia del poder público en un Estado Social y Democrático de Derecho. Aquí nuevamente es trascendente la forma en que los jueces apliquen el artículo 9° de la ley 26854.

3.9. El requisito de contracautela (arts. 10°, 11° y 12°)

En su artículo 10 la ley⁵⁴ establece que las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar. Nuevamente la norma establece una función respecto de los casos en que se intente proteger uno de los derechos fundamentales enumerados en su artículo 2° inciso 2. A esta previsión se suma lo dispuesto en el artículo 11⁵⁵, según el cual que no se exige caución si quien obtuvo la medida fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional y cuando el actor accionare con beneficio de litigar sin gastos.

Por último, en su artículo 12⁵⁶ la norma establece la posibilidad de mejorar la caución, en cualquier estado del proceso. Así la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente y el juez resolverá previo traslado a la otra parte.

⁵³ Artículo 9. –Afectación de los recursos y bienes del Estado. Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

⁵⁴ Artículo 10. — Contracautela. 1. Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar. 2. La caución juratoria sólo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

⁵⁵ Artículo 11. — Exención de la contracautela. No se exigirá caución si quien obtuvo la medida: 1. Fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional. 2. Actuare con beneficio de litigar sin gastos.

⁵⁶ Artículo 12. — Mejora de la contracautela. En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte.

3.10. Tipología de medidas cautelares: suspensiva del acto administrativo (art. 13^o)⁵⁷, de contenido positivo (art. 14^o)⁵⁸, de no innovar (art. 15^o)⁵⁹, solicitadas por el Estado (art. 16^o)⁶⁰, y aquellas previstas para casos de interrupción de servicios públicos (art. 17^o)⁶¹

Entre la tipología desplegada en la nueva ley, se destaca la medida clásica en los procesos administrativos, consistente en la suspensión de los efectos de los actos administrativos, con algunos aditamentos que amplían los límites de la tradicional medida precautoria. En su artículo 13 la ley establece que La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2^o, inciso 2.

Por su parte el Art. 14 de la ley 26.854 faculta al órgano jurisdiccional a disponer medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la autoridad pública demandada. Como se advierte dicha previsión legal no establece limitación alguna respecto al contenido de

⁵⁷ Artículo 13. — Suspensión de los efectos de un acto estatal. 1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida. En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior. 3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2^o, inciso 2. 4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución, en el supuesto en que se hiciera lugar a la demanda o recurso.

⁵⁸ Artículo 14. — Medida positiva. 1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acredite sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. Estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

⁵⁹ Artículo 15. — Medida de no innovar. 1. La medida de no innovar procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acredite sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal; d) La no afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. Las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

⁶⁰ Artículo 16. — Medidas cautelares solicitadas por el Estado. El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

⁶¹ Artículo 17. — Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos. Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate. Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

la medida, siendo procedente cuando ningún otro remedio cautelar resulte idóneo para asegurar al justiciable su derecho.

La medida cautelar positiva también encuentra un ámbito de aplicación frente a la necesidad de garantizar un derecho de contenido social frente a la ausencia de una determinada prestación estatal, ya que la protección cautelar procede -además de frente al acto negativo- ante la omisión del órgano o ente que ejerce funciones administrativas, toda vez que el remedio suspensivo resulta inoperante frente a la inactividad administrativa. Así el Dr. Soria ha explicado que, "...por sus propias características, el silencio y la inactividad material administrativa descartan la aplicación de una modalidad cautelar simplemente suspensiva, al menos como principio. Configurada la omisión (lo cual presupone el quebrantamiento de un deber jurídico positivo) parece necesario abrir el cauce a otras vías, suficientemente eficaces, de tutela provisional. Así como en el proceso impugnatorio la suspensión tiene probada eficacia, en los que se inicien a partir de una omisión administrativa cabe hallar similar grado de efectividad en la adopción de medidas precautorias activas o de contenido positivo"⁶².

Es decir, que el nuevo régimen procesal de las cautelares contra el Estado Nacional permite al órgano judicial ejercer su poder cautelar general a través, entre otras formas, de la emisión de mandatos dirigidos a las entidades públicas, determinándoles las precisas conductas debidas a seguir, ante las distintas modalidades de inactividad administrativa lesivas de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento. De tal modo, podrán ordenarse a la administración conductas que se formalicen como obligaciones de dar o de hacer.

Para su procedencia es necesario la satisfacción conjunta de los siguientes requisitos; a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acredite sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Agrega la norma que estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

El art. 15 regula la medida cautelar de no innovar disponiendo que procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acredite sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal; d) La no afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Luego agrega que las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

Las medidas cautelares solicitadas por el Estado están previstas en el artículo 16 de la ley que dispone que el Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

En su artículo 17 la norma realiza una especial referencia a la tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos, al regular que cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate.

La norma realiza la correspondiente excepción respecto de los derechos sindicales y de huelga de los trabajadores, constitucionalizados en nuestro ordenamiento nacional. Así no será de aplicación esta norma cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

⁶² Soria, Daniel F., La medida cautelar positiva en el proceso administrativo Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial, ED, del 27-5-1999

4. Presupuestos en los juicios contra la Nación y contra la Provincia de Buenos Aires

Los presupuestos de procedencia o requisitos de las cautelares (según Richero) son la verosimilitud en el derecho; el peligro en la demora y la no afectación grave del interés público. La contracautela no es un requisito sino un presupuesto de efectividad.

En cuanto a la verosimilitud en el derecho observamos que se opone a toda certeza y es por ello que la Corte federal se inclina por una apreciación rigurosa cuando la cautelar tiene carácter innovativo y configura un requisito favorable de jurisdicción respecto al fallo final de la causa, lo que configura el ejemplo clásico del caso "Astilleros Alianza"⁶³ que, por otra parte ha dado lugar al reconocimiento pretoriano del requisito novedoso del contencioso que es la no afectación del interés público.

En nuestra Provincia desde el caso "Clemeno"⁶⁴, la SCBA relativizó la verosimilitud cuando se configura el silencio administrativo, con fundamento en el ya comentado artículo 15 de la Carta Magna Local, más allá de que hay autores como ISABELLA⁶⁵ que consideran que en ese caso deberían atenuarse todos los requisitos.

En cuanto al peligro en la demora hay que estar atento a la casuística verificando que exista la posibilidad de i) sufrir un perjuicio inminente, ii) la alteración o iii) el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho⁶⁶.

La no afectación grave del interés público es un requisito propio de esta materia y autores como VALLEFÍN sostienen que "el interés público no es el de la administración pública" e incluye, para RICHERO, dos conceptos: a) la afectación del interés público; y b) que la afectación no sea grave.

Por ello no cualquier interés público afectado servirá para rechazar la medida, sino que tal afectación deberá ser grave y aun cuando ello ocurra será materia de análisis. No se trata de la afectación de un interés genérico sino específico y concreto que esté vinculado en forma directa a las circunstancias del caso planteado, por lo que se deberá ponderar el daño a la comunidad y el que se le ocasiona a quien demanda la medida⁶⁷.

En cuanto a la contracautela se debe aclarar que no es un requisito sino una condición de cumplimiento o presupuesto de efectividad (art. 24 inc. 1); no se exige al Estado en virtud del principio "fiscus semper solvens" (art. 24 inc. 2); ni se exige a trabajadores ni jubilados por aplicación de pleno derecho de la ley 12.200 (art. 24 inc. 3).

Por su parte las autónomas se solicitan mientras se tramita un procedimiento administrativo previo a la iniciación del juicio, siendo destinadas a procurar la suspensión de los efectos de un acto administrativo. No tienen plazo de caducidad.

Las llamadas medidas cautelares anticipadas son las que se plantean antes de la promoción de un juicio de conocimiento, con un plazo de caducidad si el mismo no se promoviese.

Otro recaudo propio del juicio contenciosos por sus particularidades es la aparición de las llamadas medidas precautelares. Se trata del llamado "informe previo" del art. 23 inc. 1° y tienen fundamento en el art. 15 de la Constitución provincial y la SCBA, aunque sin decirlo claramente, comenzó a aplicarlas a partir de la causa B. 66.578, "Eco-System", res. del 24/9/2004. Se justifican también en los arts. 22 inc. 2° y 77 (este último por su remisión integral al CPCC) y son aquellas que el juez dispone hasta contar con los antecedentes administrativos previos al dictado del acto administrativo o del accionar de la administración los que, una vez allegados al tribunal y considerados por el juzgador, permitirán dictar o no una medida cautelar, la que asegurará oportunamente el objeto del litigio.

Huelga reseñar que las medidas precautorias podrán disponerse siempre que se invocare un derecho verosímil en relación con el objeto del proceso y existiere posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho (peligro en la demora), que no afectare gravemente el interés público.

El juez podrá disponer toda clase de medidas (aún las del CPCC), incluyendo a aquellas de contenido positivo (las de hacer). En este caso, también deberá ponderar la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar a la demandada, a terceros y al interés público.

⁶³ Fallos 314:1202, Consid. 7, 8/10/1991.

⁶⁴ Causa B. 62.308, sent. del 3/12/2003.

⁶⁵ Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires -La Justicia Administrativa-, por Diego P. ISABELLA, Coordinador.

⁶⁶ Ver la casuística, en particular y como ejemplo válido lo expresado en pág. 75/77, RICHERO, ob. cit., especialmente la nota 51 sobre la causa de la CCALP, "Quantas Airways", sent. del 23/07/2007.

⁶⁷ La SCBA lo aplica desde antes de la plena vigencia del Fuero con la causa "Saisi", B. 63.590, res. del 5/3/2003.

Se exigirá contracautela, salvo que el demandado fuere el Estado provincial o municipal o un ente descentralizado o cualquiera de los reseñados en el art. 1 de la ley 12.008; o que tenga el beneficio de litigar sin gastos (por ejemplo en materia previsional o de empleo público provincial).

En cuanto a la suspensión de la ejecución del acto debemos recordar que la Administración posee la prerrogativa de ejecutar el acto administrativo sin necesidad de ocurrir a la vía judicial (principio de ejecutoriedad del acto). En nuestro país, la demanda administrativa (a diferencia de lo que sucede con algunos recursos) no suspende los efectos del acto discutido. La Administración puede o no ejecutar este acto, inspirada en el interés público pero si ella, previa presentación por parte del particular, no lo suspende, éste podrá acudir al órgano judicial.

El Juez deberá evaluar entonces si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, aun cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior y constatar la existencia de ilegalidad o nulidad en la resolución junto al cumplimiento de los requisitos generales propios de las medidas cautelares (contracautela, legitimación, etc.)

Es decir que son medidas que tienden a asegurar la eficacia del resultado del proceso judicial.

5. Oportunidad para solicitar una Medida Cautelar

Una de las cuestiones que corresponde también analizar es, en que momento procesal se puede solicitar y obtener la tutela cautelar. Ante este cuestionamiento el código procesal administrativo en el artículo 23 inciso 1º establece que: “Las medidas cautelares podrán solicitarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda. Se decretarán sin audiencia de la otra parte; sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso, podrá requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, que deberá ser contestado en un plazo no mayor de cinco (5) días...”, por lo cual no caben dudas que las mismas podrán solicitarse en cualquier oportunidad procesal, aún antes del inicio de la pretensión principal.

5.1.a) Medidas Cautelares Anticipadas y Autónomas

De acuerdo a las previsiones del proceso contencioso administrativo, se podrían dictar “medidas cautelares anticipadas”, (en el sentido que pueden promoverse antes de la promoción del proceso principal), obligando al particular a promover la acción de fondo dentro del plazo de caducidad que fija la ley, sirviendo las mismas para remediar una situación de peligro en los derechos del particular, mientras se tramita un procedimiento administrativo, como así “medidas cautelares autónomas” destinadas a procurar la suspensión de los efectos de los actos administrativos, mientras dure el periplo del administrado tendiente a agotar la vía, es decir, buscando asegurar la eficacia del acto administrativo que resolverá el recurso pendiente en dicha sede.-

Una parte importante de la doctrina ha sostenido que la finalidad inmediata de las medidas cautelares autónomas no es asegurar la eficacia de la sentencia, ya que no se vincula con un proceso, sino con un procedimiento administrativo, es decir se dicta para asegurar la regularidad del procedimiento antes de llegar a los estrados judiciales sino la del acto administrativo, eventualmente para asegurar la legalidad de procedimientos administrativos que no darán lugar a juicio alguno.⁶⁸

Según se ha dicho, el objeto de estas medidas está destinado a suspender los efectos de un acto administrativo (recurrido en sede administrativa) a los fines de obtener su revocación o de agotar la vía para acceder a su impugnación judicial, por lo que se ha considerado que el contenido de la decisión cautelar u objeto de la medida será asimilable a una prohibición de innovar, es decir, a la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido para evitar que su ejecución haga ilusoria la recuperación del bien de la vida del que se privó al recurrente con la decisión administrativa. No obstante, si la administración hubiese puesto en ejecución el acto la decisión judicial podría transformarse en una medida cautelar innovativa, es decir la orden de reponer la situación al estado en que se hallaba antes de la aplicación del acto recurrido.⁶⁹

Nuestro máximo tribunal ha reconocido en forma expresa la vigencia de la medida cautelar autónoma en el proceso administrativo, expresando que: “...El criterio restrictivo respecto de la viabilidad de las medidas precautorias cobra mayor intensidad si la cautela fue deducida de manera autónoma y no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento, por

⁶⁸ García Pullés, Fernando R. *Medidas Cautelares Autónomas en el Contencioso Administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 65/66.

⁶⁹ García Pullés, Fernando R. *Medidas Cautelares Autónomas en el Contencioso Administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 75

lo cual la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate....”⁷⁰

Así en otro pronunciamiento de nuestro superior tribunal se ha puntualizado que “... resulta exigible el máximo grado de prudencia en la verificación de los recaudos que tornan procedente la medida solicitada. Por el contrario, estimo que lo actuado por a quo aparece como un exceso de jurisdicción, pues resulta claro que los actores, al interponerla cautelar autónoma, lo hicieron expresamente para que autorizara”...la obra de remodelación del estadio proyectada por el Club Estudiantes de La Plata conforme al proyecto que en copia se adjunta” (conf. fs. 76), dejando, a su vez, también expresamente aclarado que el objeto de su pretensión “no es impugnar la decisión municipal, sino que (absolutamente al margen de la legitimidad de aquella), la presente acción está fundada en el derecho de los espectadores a la seguridad (ley 24.240 de defensa al consumidor, y arts. 42 C.N. y 38 C. Pcial)”⁷¹.

Similar criterio han adoptado los distintos tribunales del fuero contencioso administrativo provincial, ya que en algunos casos las medidas cautelares autónomas solicitadas mientras tramita aún un procedimiento administrativo pueden agotarse en la obtención de la suspensión de los efectos del acto y sin que luego se inicie un proceso judicial de protección cautelar.

Por su parte la Suprema Corte Provincial ha expresado ante el requerimiento formulado por el actor respecto al otorgamiento de una medida cautelar autónoma -fundada en el artículo 195 del CPCC-, que la viabilidad de la misma debe quedar supeditada al cumplimiento de una serie de recaudos que la doctrina y jurisprudencia han ido diseñando y que pueden resumirse en la recomendación de una mayor severidad en los criterios de apreciación, reiterando lo dicho por la CSJN en la causa “Bulacio”.⁷²

En el derecho público local existen antecedentes normativos sobre esta cuestión en el Código Fiscal Bonaerense, el que expresamente permite al Estado solicitar el dictado y traba de toda clase de medidas cautelares en cualquier momento, aún antes de promover el respectivo juicio de apremio, cuando se encuentra tramitando el recurso ante el Tribunal Fiscal.⁷³

Asimismo se ha expresado que no corresponde asignar el trámite del proceso sumarísimo al pedido de medida cautelar autónoma o anticipada, y distingue el trámite cautelar de proceso urgente; y la anticipación preventiva de la decisión urgente a fin de no convertir una medida de cautela en una pretensión de fondo, ya que la cautela se rige por los arts. 22 y 23 del CCA y es accesoria de otro trámite principal que tiende a asegurar, citando los precedentes (“Gurruchaga” del 27/04/2006; “Ecodyma” del 01/08/2004 y “Agropecuaria Las Garzas” del 06/04/2006)⁷⁴

Por otra parte, en cuanto al carácter anticipado de las medidas cautelares, cabe recordar que es aquella constitutiva del pedido formulado en inicio, que puede ser anticipada en todo o en parte y aquí hay una absoluta identidad entre la tutela pasible de anticipación y el pedido efectuado por el actor, y no puede el juez pronunciarse ni *ultra* ni *extra petita*. Como consecuencia de ello y por aplicación del principio de congruencia que vincula necesariamente el contenido del pedido y la sentencia –de observancia imprescindible para la anticipación de tutela-, hace que no proceda su reemplazo por una tutela diferente a la pedida, lo cual implica que no rige a su respecto la condición de medidas mutables o flexibles.

Merece destacarse que el instituto de la tutela anticipada es tratada expresamente en la legislación contencioso administrativa provincial que, siguiendo las modernas técnicas, tiende a garantizar un proceso justo y efectivo que contempla también la protección de los derechos y libertades fundamentales que ampara la Constitución bonaerense.

⁷⁰ CSJN Fallos 323:3075 *Pesquera Leal S.A. c/ Estado Nacional - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca s/ medida cautelar*. res. del 19/10/2000. En este caso la CSJN luego de recordar que los recaudos de viabilidad de las medidas cautelares deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, considera que lo actuado por el a quo configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa y deja sin efecto la medida cautelar autónoma habida cuenta que la misma posee un significativo grado de injerencia en las facultades de la autoridad competente.

⁷¹ CSJN Fallos 329:28 *Zubeldía, Luis y otros c/ Municipalidad de La Plata y otro*, res. del 07/02/2006. Aquí el magistrado de primera instancia no hizo lugar a la medida cautelar autónoma por considerar que no estaba acreditada la consumación del peligro del daño alegado, habiéndose dictado en segunda instancia una decisión que alteraba el objeto del proceso, incurriendo el juzgador en un exceso de jurisdicción, por lo que fue dejada sin efecto por la CSJN.

⁷² SCBA A. 98.296 “L.”, res. del 12/07/2006, aquí el actor solicitó una medida cautelar autónoma por la que resulten cubiertos los gastos de rehabilitación de su salud que debe afrontar y para que se fije el anticipado pago de una suma equivalente a una canasta básica para sí y para su grupo familiar, en virtud que a raíz de un accidente automovilístico se encuentra postrado en su cama, cuadripléjico, y con un cuadro de depresión severo, por lo cual pese a denegar la tutela con el alcance solicitado, dispuso que: “...sea el Poder Ejecutivo el encargado natural de atender estos requerimientos, a través del organismo que arbitre competente, a fin de que previa verificación de los extremos conducentes tome a su cargo en caso necesario la instrumentación de acciones positivas para la protección amplia y efectiva de los sujetos destinatarios de amparo especial como son los actores presentes y virtuales de este proceso: la persona discapacitada sola en la conducción del hogar y sus hijos menores de edad...”

⁷³ Art. 13 del C. Fiscal (Ley 10.397) y 13 bis. Incorporado por la Ley 13.145 y modif. por ley 13.244 y 13.529

⁷⁴ CCALP 2174 *Fernández Orozco Raúl Hilario c/ IPS s/ Medida Cautelar Autónoma O Anticipada*, res. del 11/07/2006.

5.1.b) Las Medidas precautelares

A la hora del análisis de la pretensión cautelar, los magistrados pueden enfrentarse con la necesidad de contar con las actuaciones administrativas pertinentes o con un informe producido que efectúe la autoridad administrativa, para realizar un mejor estudio de la pretensión, como así para evitar el riesgo de un daño irreparable en los derechos e intereses de los administrados.

De esta forma se pone el acento en el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, dictando medidas que mejor preserven los derechos e intereses de los administrados frente a la administración, bajo la denominación de medidas “precautelares” o de las facultades ordenatorias o instructorias previstas en el código procesal civil y comercial.

Por su parte, como se señalara precedentemente, el artículo 23 inciso 1° del CCA establece que: “1. Las medidas cautelares podrán solicitarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda. Se decretarán sin audiencia de la otra parte; sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso, podrá requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, que deberá ser contestado en un plazo no mayor de cinco (5) días. ...”⁷⁵

Sin perjuicio del breve plazo otorgado a la administración para que produzca el informe o remita las actuaciones administrativas requeridas, a veces resulta necesario adoptar este tipo de medidas, hasta tanto resuelva la medida solicitada, a los fines de evitar un perjuicio quizás irreparable para el administrado. Este tipo de medidas no se encuentran regladas en los códigos procesales, los que sólo prevén las medidas cautelares, por lo cual las mismas en principio no serían procedentes en el proceso contencioso administrativo provincial.

Ahora bien, este tipo de medida tiene como fundamento principal la inminencia del peligro en la demora, aunque deben también evaluarse los otros presupuestos exigidos para la procedencia de las medidas cautelares, como ser la verosimilitud del derecho (el que queda en un segundo plano) y que la medida no tenga tal entidad que afecte el interés público.

Con similares términos y alcances la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, invocando lo establecido en el artículo 232 del CPCC, en los autos “Eco-System” requirió a la autoridad administrativa la presentación de un informe con los antecedentes del caso y ordenó que ésta como los restantes órganos de aplicación de la Ley 11.347 se abstuvieran de ejecutar el acto cuestionado o aplicar sanciones mientras se sustancie el pedido de información y hasta que el tribunal se pronuncie sobre la procedencia de las medidas cautelares peticionadas por la actora⁷⁶, a pesar que el sentenciante no lo diga en ningún pasaje del decisorio, surge claro que estamos en presencia de una medida precautelar, lo que fue aclarado en la sentencia interlocutoria de fecha 23/12/2003 donde trató el pedido de medida cautelar.⁷⁷

Por su parte la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo provincial también ha considerado que: “... son provisiones temporarias e “in extremis” que procuran la preservación del objeto procesal, haciendo prevalecer razones de urgencia por sobre otros requisitos. No puede prescindirse de absolutamente una ponderación prudente sobre la existencia del derecho pretendido. (Fallos 306:2060; 313:521; 316:2060; 318:2375). Por tanto, deben estar acreditados los recaudos elementales a los que se condiciona su viabilidad: apariencia de buen derecho y peligro en la demora... No puede estar desprovista del concurso de todos los extremos de procedencia que la ley exige en la especie cautelar, sin que quepa aminorar la ponderación que resulta de rigor en ella...” a su vez puntualiza que “...como especie del mismo género, requieren igual que las cautelares, la concurrencia de los recaudos correspondientes (arts. 22, 25 y cc. del CCA...”⁷⁸ En otro pronunciamiento la Cámara en lo Contencioso afirma que: “... la pre-cautelar también requiere el riguroso cumplimiento de todos los extremos de acreditación legalmente exigibles, por tanto es imperativo su análisis y justificación...”⁷⁹

Asimismo algunos magistrados en primera instancia han considerado que corresponde este tipo de medidas en supuestos en que se solicitó suspender los efectos del acto administrativo por el cual se dispuso la suspensión del Registro de Proveedores y Licitadores del Estado, de una empresa cuya principal actividad es la de aprovisionamiento de hospitales públicos⁸⁰, o la suspensión del decreto municipal por el cual se les rescindió los contratos a los actores⁸¹.

⁷⁵ Texto según ley 13.101

⁷⁶ SCBA B: 66578 *Eco-System SA c/ Provincia de Buenos Aires s/ Medida Cautelar Autónoma*, res. del 24/09/2003.

⁷⁷ Oroz, Miguel H.E. *La admisión de las medidas precautelares en el proceso administrativo bonaerense* LLBA 2004, pág. 261

⁷⁸ CCALP n° 429 *Mark SRL c/ Poder Ejecutivo s/ Pretensión Anulatória*, res. del 31/03/2005 en la cual se revoca la precautelar otorgada en primera instancia.

⁷⁹ CCALP 1660 *Agropecuaria Las Garzas S.A. c/ Poder Ejecutivo v Otro s/ Legajo de Apelación*, res del 06/05/2005.

⁸⁰ JCALP 1 *Mark SRL c/ Poder Ejecutivo s/ Pretensión Anulatória*, resolución del 29/06/2004 en la cual se expresó que: “... no se encuentra suficientemente demostrada la necesidad de decretar la medida cautelar en los términos en la que ésta fuera planteada, toda vez que resulta necesario compulsar los expedientes administrativos originales, y obtener contestación del requerimiento efectuado en el punto 4 de la presente. Que hasta tanto ello se sustancie, y me pronuncie nuevamente al respecto, deberá la administración demandada abstenerse de ejecutar el acto en cuestión, o suspenderlo en el caso de haberlo ejecutoriado (SCBA: B-

En definitiva, el dictado de estas medidas precautelares como dijéramos, es una derivación de la aplicación del principio de tutela judicial urgente y efectiva en el proceso contencioso administrativo, permitiendo con su dictado que el juez tenga un mejor conocimiento del litigio al que se enfrenta y evitar por otro lado un perjuicio que no pueda ser reparado con el dictado de la medida cautelar solicitada.

5.2. Caducidad de las medidas cautelares anticipadas

La instrumentalidad es una de las notas características de las medidas cautelares, puesto que nacen en previsión y a la espera de una decisión final y definitiva. Afirma Logar que la tutela cautelar es, por ello, una tutela mediata que más que hacer justicia sirva para garantizar la eficacia del funcionamiento de la justicia.

Dicha instrumentalidad determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal, desde el inicio hasta el final. Así, las medidas solicitadas y decretadas antes de la interposición de la demanda, quedarán extinguidas automáticamente si esta no se presenta en el plazo indicado por la ley. La caducidad de las medidas cautelares tiende a evitar que se mantenga indefinidamente una medida que en sí misma carece de finalidad, causando ataduras y perjuicios.

Es así que el artículo 23 inciso 2 del CPCA contempla la caducidad de pleno derecho de las medidas anticipadas respecto de cada una de las distintas pretensiones previstas en el artículo 12 del mencionado texto legal.

5.2.a) Pretensión Anulatoria

El apartado a) del inciso 2º del artículo 23 del CPCA establece que “Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares decretadas con anterioridad a la demanda, en los siguientes supuestos: a) Tratándose de una pretensión de anulación, si estando agotada la vía administrativa, la demanda no fuere interpuesta dentro de los treinta (30) días siguientes al de la notificación de la medida cautelar. El plazo de caducidad correrá a partir del día siguiente al de la notificación del acto que agote la vía administrativa.”

Tratándose de una pretensión anulatoria, cabe distinguir si la suspensión del respectivo acto se solicitó una vez agotada la vía administrativa o antes de su agotamiento. En el primer supuesto, decretada la suspensión de los efectos del acto, la norma prevé que se producirá su caducidad de pleno derecho, si la demanda no fuere interpuesta dentro de los treinta (30) días siguientes al de la notificación de la medida cautelar.

En la segunda hipótesis, cuando no existe agotamiento de la vía administrativa, la medida cautelar autónoma o anticipada tiene por objeto solicitar al tribunal que ordene la suspensión de un acto recurrido por el particular, hasta que la autoridad administrativa resuelva el recurso que agota la vía en el sentido o en otro. En este caso el plazo de caducidad correrá a partir del día siguiente al de la notificación del acto que agota la vía administrativa, es decir cuando queda expedita la instancia judicial.

5.2.b) Otros supuestos

El apartado b) del inciso 2º del artículo 23 establece que en los demás supuestos, la caducidad de pleno derecho se regirá por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y Comercial.

En consecuencia, resulta de aplicación el artículo 207 de dicha normativa que establece: “Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes al de su traba. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y esta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa. Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los 5 años de la fecha de su anotación en el Registro de la Propiedad, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.”

66578 "Eco-System S.A." sent. del 24/09/03). Entiendo conveniente entonces, en virtud de considerar acreditados "prima facie" tanto la verosimilitud en el derecho, como el peligro en la demora, decretar con carácter precautelar la suspensión de los efectos de la Resolución 174/03 (art. 204 del CPCC)....”

⁸¹ JCALP 3 *Larrañaga, Ricardo y otros c/ Municipalidad de La Plata s/ Medida Autosatisfactiva*, Resolución del 14/01/08 en la cual se expresó que: “... Si bien del planteo efectuado por la actora y antecedentes acompañados a su demanda surgen evidentes motivos de urgencia, considero que la misma –respetándose el imperativo de extremar la ponderación y prudencia requeridas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 241:291)-, se encontraría satisfecha suficientemente con el dictado, no de una medida cautelar de la índole de la peticionada, sino con un despacho precautelar cuyo criterio podrá ser mantenido o modificado en ocasión de resolver respecto de la cautelar anticipada impetrada -incluso habiendo dado oportunidad al Municipio de ser oído previamente- y de conformidad a eventuales nuevos elementos que puedan procurarse..”.

Dicha norma tiende a evitar que el que debe cumplir la medida cautelar permanezca indefinidamente librado a la voluntad de quien la solicitara. Por su parte el inciso 3^a del art. 23 establece que: “En caso de decretarse la caducidad por vencimiento de los plazos previstos en este artículo, las costas y los daños y perjuicios causados, serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida cautelar anticipada. Esta no podrá solicitarse nuevamente por la misma causa.”

5.3. Levantamiento de las medidas cautelares

El levantamiento de la medida cautelar puede estar fundado tanto en razones de interés público como en el cambio de circunstancias.

5.3. a) Por razones de interés público

El artículo 26 inciso 1º establece que: “Si la Provincia, un municipio, o un ente provincial o municipal invocasen fundadamente, en cualquier estado del proceso, que la medida cautelar dispuesta provoca un grave daño al interés público, el juez, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá sobre el levantamiento o mantenimiento de la medida.

El carácter mutable de las sentencias cautelares permite que las mismas puedan levantarse en cualquier estado del proceso, siempre que se acredite el cambio de circunstancias que motivaron su otorgamiento. El cambio de situación deberá estar fundado en que la medida provoca un grave daño al interés público, extremo que sólo podrá ser invocado por la provincia, los municipios, los entes provinciales o municipales. Resulta insuficiente alegar meras incidencias genéricas en dicho interés.

En cuanto al trámite, no hay un plazo previsto para solicitar el levantamiento, y de dicho pedido se dará traslado a la contraparte por el término de cinco (5) días y posteriormente el juez deberá resolver el mismo.

5.3.b) Por cambio de circunstancias

Por su parte el inciso 3) del art. 26, establece que: “Fuera del supuesto previsto en los incisos anteriores, el juez, a pedido de parte o de oficio, podrá levantar, modificar o sustituir la medida cautelar cuando cambiaren las circunstancias que la determinaron.”

Este supuesto de levantamiento puede fundarse en la existencia de un nuevo acto administrativo desconocido por el particular en cuyo beneficio se dictara la medida cautelar. En este marco, está claro que para determinar si la medida debe ser levantada es necesario analizar si el acto que se pone en consideración es válido; de lo contrario, la Administración demandada podrá evadir el cumplimiento de la medida cautelar con el dictado de nuevos actos, sin posibilidad alguna de control por parte del actor.⁸²

Para habilitar el tratamiento en base a este supuesto deberá tratarse de hechos sobrevinientes al dictado de la medida, como así los hechos que, siendo anteriores al dictado de la medida, no hayan podido ser conocidos por el juez.

5.3.c) Responsabilidad a cargo de quien pide el levantamiento

En el supuesto que el juez resuelva dejar sin efecto la medida suspensiva, el órgano jurisdiccional deberá declarar a cargo del peticionante la responsabilidad por los daños y perjuicios que ello pueda causar, en caso de prosperar la pretensión principal.

El inciso 2º del artículo 26 agrega que: “En caso de que se resuelva dejar sin efecto la medida, se declarará a cargo del peticionante la responsabilidad por los daños y perjuicios que ello pueda causar en el supuesto de que se hiciese lugar a la demanda.”

Los términos en los que está redactada la norma puede arrojar dudas respecto de cuál es el sujeto sobre el que debe recaer la responsabilidad, ya que no es lo mismo que la responsabilidad recaiga sobre la persona del funcionario que sobre la persona estatal a la cual representa. La SCBA estableció la responsabilidad personal del funcionario.⁸³

6.1. Suspensión de la ejecución de un acto administrativo

La suspensión de la ejecución de los efectos de un acto administrativo es la medida cautelar típica del proceso administrativo. Ello es así ya que la mera interposición de la pretensión anulatoria no suspende el

⁸² Isacch, Simon *Las Medidas Cautelares. Parte Especial*, RAP, Buenos Aires. Año 2010, Tomo II, Pág.125

⁸³ Isacch, Simon *Las Medidas Cautelares. Parte Especial*, RAP, Buenos Aires. Año 2010, Tomo II, Pág. 127

acto impugnado, de tal modo que quien reclama la suspensión del acto deberá invocar los presupuestos para la procedencia de dicha medida cautelar.

La misma se encuentra reglada en el artículo 25 inciso 1º del CCA: “.1. Las partes podrán solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo siempre que se alegare fundadamente el cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 22 inciso 1). El juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, aun cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior...”⁸⁴

Podemos decir que, respecto a la medida por la cual se solicita la suspensión de efectos de un acto en sede judicial, la misma se puede pedir: a) como medida cautelar autónoma, mientras se tramita el recurso o reclamo administrativo, o bien b) como objeto de una medida cautelar anticipada en el marco de un juicio de conocimiento.

6.2. a) Planteo previo en sede administrativa (Ley 13.101)

El artículo 25, apartado 2) del CCA establece que: “Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante. Presentada la petición en sede administrativa el estado deberá expedirse en el plazo de 5 días hábiles, fenecidos los cuales sin que hubiere un pronunciamiento expreso se presumirá la existencia de resolución denegatoria quedando expedita la instancia judicial.”

Como se advierte según surge de la redacción, la norma incluye una exigencia que no había sido establecida por el legislador y que entra claramente en colisión con el sistema previsto en tanto en el artículo 15 (acceso irrestricto a la justicia y tutela judicial continua y efectiva) como en el artículo 166 in fine de la Constitución Provincial.

Es del caso señalar que en el Código Varela⁸⁵, el artículo 22 prescribía “La Suprema Corte podrá acordar la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas reclamadas, cuando su cumplimiento pudiese producir perjuicios irreparables; pero, en esos casos, quien solicite la suspensión deberá dar fianza bastante por los perjuicios en el caso de que fuese condenado”.

Frente a la citada disposición, y pese a la doctrina de la Suprema Corte, restrictiva en la materia, la medida de suspensión allí prevista no exigía el previo pedido de la suspensión en sede administrativa.⁸⁶

Ello en el entendimiento que el artículo 98 de la Ley 7647/70 de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires establece “La interposición del recurso tiene por efecto: ... 2. Facultar a la Administración a suspender la ejecución del acto impugnado cuando el interés público lo aconseje o la petición del interesado invoque fundadamente perjuicio irreparable...”, surgiendo claro del propio texto de la norma que resulta facultativo para la Administración suspender la ejecutoriedad del acto impugnado.

Si bien el artículo 77 inciso 1º) del Código Contencioso Administrativo establece que serán de aplicación supletoria las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial al trámite de los procesos administrativos, en cuanto no sean incompatibles con aquel, es del caso recordar que nuestra Corte provincial ya había reconocido la aplicación de las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial a los casos en los cuales se encontraba sometido a juicio un acto administrativo, y eso así en virtud de la expresa remisión efectuada por aquel en el artículo 22 inciso 2) del CCA.⁸⁷

De allí que la incorporación introducida al artículo 25 del Código Contencioso Administrativo por la Ley 13.101, referida al previo pedido de suspensión de la ejecución del acto en sede administrativa, no se encuentra en armonía con las normas constitucionales a las que se encuentra subordinado.⁸⁸

Ello es así ya que se ha dotado al sistema cautelar de herramientas que garanticen la efectividad de la tutela judicial continua y efectiva, mediante el acceso en forma directa a la vía judicial y la satisfacción inmediata de las pretensiones articuladas.

Sin embargo, debemos diferenciar respecto de esta exigencia, que si la solicitud de suspensión de los efectos de un acto administrativo, se efectúa estando pendiente de agotamiento la vía administrativa previa o no, dado que el inciso 2) del artículo 25 sólo expresa que será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa sin efectuar aclaración, nos llevaría a tener que solicitar la suspensión aun cuando se encuentre expedita la vía judicial.

⁸⁴ Texto según Ley 13.101.

⁸⁵ T.O. de la Ley 2961, con las modificaciones introducidas por las leyes 8626 y 8798.

⁸⁶ Cardozo, Evangelina y Richero, María Julia, *La exigencia del pedido previo de suspensión de la ejecución del acto en sede administrativa como presupuesto de admisibilidad de la pretensión cautelar*, *Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo* (ABDA), La Plata N° 0 Diciembre 2006, pág. 88.

⁸⁷ SCBA B-58.760 *Lazarte, Félix Federico c/ Municipalidad de La Plata*, res. del 9-XII-97 y B-60.015 *Risso Patrón Hugo Carlos c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Justicia y Seguridad)*, res. del 26-VI-02).

⁸⁸ Arts. 15, 166 y 215 Const. Provincial, art. 18 Const Nac.

Dicha exigencia ocasiona una demora en el acceso a la protección cautelar, más aún cuando resulta inusual que la administración resuelva pedidos de suspensión de efectos de actos, o que lo haga en plazos tan breve como el establecido en el artículo 25 inciso 2) del C.C.A.⁸⁹

6.2.b) Jurisprudencia

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial La Plata ha sentado criterio al respecto, sosteniendo que "...En la especie, se advierte que la actora, conforme los términos de la demanda, y los reproducidos en los agravios motivos del presente, ha requerido una medida cautelar de "no innovar", con fundamento en el artículo 22 del C.C.A., 230 y 232 y cc. del C.P.C.C. En este sentido, resulta inocultable la intención del quejoso de arbitrar un remedio cautelar, ello así con prescindencia de su calificación (art. 22º inc. 2 del CCA), tendiente a privar de eficacia las resoluciones administrativas objeto de nulidad ... con independencia del pedido de suspensión previsto en el artículo 25 del C.C.A., en tanto esa norma y la exigencia impuesta relativa al pedido previo de suspensión del acto en sede administrativa, no resultaría en principio exigible, conforme la vigencia del cuerpo procesal a partir del 15.12.03-, esto es con posterioridad a las resoluciones dictadas y ahora cuestionadas judicialmente. Sin perjuicio de lo antes expuesto, ha de expresarse que la propia Suprema Corte de Justicia, ha reconocido la aplicación del régimen cautelar previsto en el Código Procesal Civil y Comercial, aún frente a los casos en los que se produzca el enjuiciamiento de actos administrativos (in re Causa B. 60015 "Risso Patrón. Res. 26.06.02, "Lazarte" causa B. 61.541 del 2.4.03), no considerando otras exigencias que las de ese cuerpo legal, conforme la remisión expresa contenida en el art. 22 inciso 2 del C.C.A.). ... En efecto, en el "sub-examine" se observa que las resoluciones administrativas, que agravan al actor, han sido recurridas en sede administrativa... y en tal supuesto han sido desestimadas las mismas, habiendo tenido debate la cuestión en el seno de la autoridad administrativa, resultando, en consecuencia, un exceso ritual exigir el mantenimiento de la cuestión, objeto del litigio, en dicha instancia (conf. arts. 15 y 166 de la Const. Provincial, y doctrina de la CSJN t. 312, P. 1908, T. 311, P. 689, SCBA B. 53.307 sent. 20.12.00. "Gianninoto"), como presupuesto para la medida cautelar en estudio..."⁹⁰

Por su parte, otro de sus integrantes –la Dra. Claudia A. M. Milanta- en la misma causa sostuvo "...Coincido con el Dr. Spacarotel en el sentido que configuraría un exceso ritual manifiesto, incongruente con los principios fundamentales (arts. 15 y 166, C.P., 18, C.N.; cc. art. 14 inc. 1 b, C.C.A.), exigir la aludida carga en el supuesto de autos. Cabe ponderar, en el caso, que las resoluciones de las cuales se agravia el actor han sido recurridas en sede administrativa, circunstancia que ha dado suficiente oportunidad a la administración para suspender la ejecución de los actos (cfr. art. 98 inc. 2 decreto-ley 7.647)".

En idéntico sentido se expresó en la causa Tucci "...La segunda de las cuestiones versa sobre la exigencia del art. 25, párrafo segundo, de la Ley 12.008, en cuanto a la prohibición de innovar requerida implica, en los hechos, una medida suspensiva de los efectos de aquellos actos susceptibles de impugnación... En esa línea parece obvio que exigir el cumplimiento del recaudo de la previa petición en sede administrativa, frente a un acto que causa estado (conf. art. 14 inc. 1 ap. a)), resultaría una exigencia constitutiva de un rigorismo formal inútil, proscripta por el propio código de la materia (art. 14 inc. 1 ap. b, ley 12.008). Su correcta hermenéutica impone la conclusión en dirección a su inexigibilidad, en este caso (arts. 15 y 166, último párrafo, Constitución provincial; S.C.B.A., doct. causa "Gaineddu")..."⁹¹

En los autos "Regalado" la CCALP ha considerado que "1. Que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora... contra la providencia que opuso al tratamiento de la pretensión cautelar la acreditación del cumplimiento del reclamo administrativo previo previsto en el inc. 2 del art. 25, reúne los recaudos de admisibilidad para la consideración de sus fundamentos (arts. 53 inc. 2, 55 inc. b, 56 y conchs., C.C.A.). 2. Que el requerimiento... que motiva la apelación, en tanto resulta como consecuencia de haber interpretado el juez a-quo que no cabe tratar la pretensión cautelar solicitada en los términos del art. 25 inc. 1 del C.C.A., si no se acredita el cumplimiento del reclamo previo al que alude el inciso 2 de la misma norma, no se ajusta a derecho... 3. Que, en efecto, esta Cámara ha tenido oportunidad de señalar que configura una carga excesiva exigirlo cuando el acto administrativo objeto de la petición es susceptible de ser impugnado en sede judicial (cfr. art. 14 inc. 1, "a" y "b"; doct. causa N° 85, "Tucci", res. del 28-9-04), o bien, si ha sido recurrido ante la administración porque, también en tal hipótesis, el reclamo preceptivo configuraría un ritualismo inútil (cfr. doct. de la mayoría causa N° 130, "Marín", res. del 28-9-04; doct. art. 98 inc. 2, Ord. Gen. 267). 4. Que tal evaluación del aludido recaudo (art. 25 inc. 2), dentro del plexo jurídico que integra

⁸⁹ Cassagne, Juan Carlos y Perrino Pablo *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis. 2006, pág. 337

⁹⁰ Voto del Dr. Spacarotel en la Causa n° 130 CCALP *Marín, Construcciones S.A. c/Fisco de la Pcia. de Bs. As. s/ Pretensión Anulatoria*.

⁹¹ Causa n° 85 *Tucci, Juan Carlos contra Municipalidad de Lomas de Zamora sobre Medida Cautelar Anticipada*, Res. de fecha 28-IX-04.

(C.C.A.) y especialmente, procurando armonizarlo con las normas constitucionales a las que está subordinado (arts. 15, 166 y 215, Const. Prov.; art. 18, Const. Nac.; esp. doct. S.C.B.A. causa B-64.553, "Gaineddu", res. del 23-4-03, esp. consid. 4), determina que, en estos autos, su exigibilidad no pudo acarrear, por sí sola, la falta de pronunciamiento acerca de la medida provisoria requerida...".⁹²

También distintos tribunales de primera instancia del fuero contencioso administrativo han considerado inaplicable esta exigencia por considerarla un ritualismo inútil, analizando solamente los requisitos previstos en el artículo 22 del CCA.

7. Medidas autosatisfactivas

La medida autosatisfactiva ha sido conceptualizada de diversas maneras. Así, Jorge W. Peyrano ha señalado que, por su conducto, el postulante de la pretensión obtiene ya mismo la satisfacción de su pretensión sin que ello dependa de actividades ulteriores. También ha señalado este autor que aquellas son un requerimiento urgente formulado al órgano judicial por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento

Las medidas autosatisfactivas, afirma el prof. Berizonce, dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva que agota y consume la litis a través de un pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión cuyos efectos devienen de hecho en irreversibles y, por ello, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión.

Doctrinalmente se ha fundado a la tutela autosatisfactiva en el derecho a una jurisdicción oportuna: satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables, dando a cada uno lo suyo, pero en tiempo útil.

7.1. Concepto

Es un medio procesal, que se agota con su despacho favorable, es decir, nos encontramos con un proceso, no es una simple medida. Ese proceso es urgente, y se tramita en forma autónoma —no, tributario de un proceso principal—, donde se arriba a una decisión de fondo con efectos irreversibles que en caso de quedar firme adquiere la cualidad de cosa juzgada.

Empero, lo urgente no puede prescindir de las cualidades de todo proceso, en especial del debido proceso adjetivo. Este proceso urgente tiene la particularidad de brindar una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la litis, donde se procura un pronunciamiento de mérito respecto de la cuestión sustancial.

Son verdaderos procesos sumarísimos autónomos, que se agotan con el dictado de la respectiva resolución. En tal sentido, los procesos autosatisfactivos son procesos urgentes como el amparo, aunque sin el respaldo de una ley que los haya consagrado ni reglamentado, siendo una construcción pretoriana y doctrinaria.

Compartimos la postura de Peyrano, dado que observamos que, desde la teoría cautelar clásica, estas medidas no pueden ser consideradas cautelares ya que no son instrumentales ni accesorias respecto de procedimiento principal alguno.

Se caracterizan por la satisfacción definitiva y única de la pretensión. Un ejemplo típico sería aquella medida que ordena el otorgamiento de una vista de las actuaciones administrativas.

7.2. Finalidad

Tiene por finalidad brindar una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial.

Por ello su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Ello es así desde el punto de vista que su despacho favorable produce una situación consolidada insusceptible de ser revertida con posterioridad.-

⁹² CCALP causa 127 *Regalado, José Manuel c/ Municipalidad de Mercedes/ Incidente de Medida Cautelar*, Res. del 22-II-05

7.2.a) Requisitos

Su dictado está sujeto a distintos requisitos:

a) concurrencia de una situación de urgencia.

b) fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible. En tal sentido, debe existir la fuerte probabilidad de la existencia del derecho sustancial del peticionante a, lo cual no debe confundirse con el *fumus bonis iuris* de las medidas cautelares, ya que en este sentido el proceso autosatisfactivo es más exigente, requiriéndose en este tópico la casi certeza si, y evidencia de la razón del peticionante en cuanto al fondo del planteo, por lo que la petición se deberá basar en un interés tutelable cierto y manifiesto, máxime que la resolución que accede al cauce autosatisfactivo tiene el alcance de cosa juzgada .

c) la exigibilidad de la contracautela queda sujeta al prudente arbitrio judicial.

En consecuencia, las medidas autosatisfactivas vendrían, de ese modo, a remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica, ya que en el orden procesal argentino sólo se puede obtener una respuesta jurisdiccional urgente recurriendo a las medidas cautelares, las cuales imponen necesariamente la ulterior o concomitante iniciación de una pretensión principal para evitar la caducidad o decaimiento de la solución urgente obtenida.

7.3. Recepción jurisprudencial

Un antecedente jurisprudencial de suma importancia que ha marcado un hito en el desarrollo de las medidas autosatisfactivas, es el fallo de la CSJN "Camacho Acosta"⁹³, en él, la parte actora entabló una demanda como consecuencia de un accidente sufrido mientras desarrollaba sus actividades laborales. Debido a esto, se le debió amputar un brazo, inicia la respectiva demanda contra Grafi S.R.L. por indemnización por daños y perjuicios, y también solicitó que la demandada le proporcionara una prótesis a fin de no perder la sensibilidad en la parte del brazo que había sufrido la amputación.

Se puede apreciar en el caso planteado, existía una pretensión autónoma (solicitud de la prótesis) distinta de la reclamada en primer término (indemnización por daños y perjuicios), además era un proceso urgente debido a la gravedad de las circunstancias en el cual estaba en juego un bien jurídico de gran importancia, la integridad física y teniendo en cuenta que esto pudiera repercutir en una futura posibilidad de reinserción laboral de la parte actora.

Como se puede observar la pretensión de la actora se agota con su despacho favorable; el otorgamiento de la prótesis. Todos y cada uno de los elementos nos permiten ver que, luego de este breve análisis, todas las disposiciones medulares inherentes a las medidas autosatisfactivas encajan perfectamente dentro del caso citado, proceso urgente debido al inminente peligro y consecuente daño frente a la falta de satisfacción del requerimiento solicitado y autonomía, ya que la pretensión era independiente y no accesoria a un proceso principal.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema utilizó el instituto de la medida cautelar innovativa, para otorgar este tipo de medidas, en supuestos en que se encuentran en peligro derechos esenciales y que se agota con el despacho favorable; al ha expresado que "La medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión."

Por su parte la SCBA⁹⁴, trató este tipo de medidas en un caso en que el consorcio actor perseguía la obtención de una "medida autosatisfactiva" y una providencia cautelar, como así reclamaba que ambas tramiten en modo urgente y sean dispuestas sin ningún tipo de sustanciación.

Expresó que "...Aun cuando se reconoce que la situación descripta en la presentación de marras evidencia un caso urgente, por su complejidad y las singulares características que presenta, no es dable resolverlo sin oír, previamente, a las empresas codemandadas -arg. Arts. 18, C.N.; 15, Const. Pcial.-..."

Por ello a fin de sustanciar brevemente el pedido de tutela urgente, le asignó al trámite de la pretensión articulada el régimen del juicio sumarísimo -Arts. 25, C.P.C.A. y 496, C.P.C.C.-. Con ello, al tiempo que se respeta la debida audiencia a las accionadas, evitando cualquier reproche por indefensión, se posibilita un abordaje eficaz de las cuestiones controvertidas.

En un pronunciamiento de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata⁹⁵ se expresó que la pretensión actora intentaba abastecer el objeto sustancial de la pretensión, esto es, ordenar al IOMA la provisión, a su exclusivo cargo, de los audífonos especificados en el escrito de demanda.

⁹³ CSJN C2348 XXXII *Camacho Acosta c/ Grafi Graf S.R.L y otros. Res del 07/08/1997*; T. 320 P. 1633.

⁹⁴ B-64.745 *Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c/ Pentamar S.A. y H.A.M., Sucursal Argentina S.A. s/Proceso Urgente de Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar, res. 23-10-2002*

Por ello señaló, reiterando la doctrina de la SCBA, que resultaba ajustada a derecho la decisión de grado de encauzar la pretensión a la luz de un correcto derrotero procesal, ordinarizando el proceso y agilizando el trámite -sumarísimo- en procura de la realización plena y efectiva del acceso irrestricto a la justicia (arts. 321 y 496, CPCC), respetando a su vez el derecho de defensa de la contraparte, bilateralizando aquel, al correrle el traslado de la demanda bajo dicho encauzamiento.

Ello así, ya que la tarea emprendida por el juez a-quo, al reconducir en la forma indicada, es de aquellas que requieren suma cautela y prudencia, porque implica el despliegue de una actuación oficiosa que, por ello mismo, debe moverse dentro de los confines de la pretensión -sin desnaturalizarla, excederla o sustituirla-, no avanzar sobre la voluntad de las partes -quienes determinan el "*thema decidendum*"- y respetar las reglas de bilateralidad y contradicción (arts. 15, Const. Prov. y 18, Const. Nac.).

Afirmó que la decisión de grado ha procurado permitir, adecuadamente, la realización del objeto procesal, no ya con carácter provisorio, sino -como consecuencia de las características y alcances de la propia pretensión inserta- con una sentencia que pondrá fin a la materia litigiosa, en el ámbito de una sumaria cognición.

8. Bibliografía

- Bielsa, R. (1921). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Tea.
- Botassi, C. A. –director- y Oroz, M. H. E. (2011). *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Botassi, C. A. (2010). "Las medidas cautelares en el código procesal administrativo en la provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Suplemento Derecho Administrativo La Ley, septiembre-2010-1.
- Botassi, C. A. y Oroz, M. H. E. (2011). *Procedimiento Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Cabral, P. O. (2013). "La nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de Derechos Humanos". Buenos Aires: JA- Dossier Medidas cautelares-2013-II, Fascículo 11.
- Camps, C. (2012). *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cappelletti, M. "Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad". La Plata: Revista JUS, T° 39, p. 3.
- Cardozo, E. y Richero, M. J. (2006). "La exigencia del pedido previo de suspensión de la ejecución del acto en sede administrativa como presupuesto de admisibilidad de la pretensión cautelar". La Plata: Revista de la ABDA, N° 0, p. 88.
- Cassagne, J. C. (2001). "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo". Buenos Aires: LL 28/03/01.
- Cassagne, J. C. y Perrino, P. E. (2006). *El nuevo proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Comadira, J. R. (2003). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Comadira, J. R. (1994). "Las medidas cautelares en el proceso administrativo". Buenos Aires: LL 1994-C, p.699.
- Couture, E. (1990). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Chinchilla Marín, C. (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Madrid: Cívitas.
- D' Argenio, I. A. (1994). "Las medidas cautelares en el proceso administrativo (la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en materia alimentaria)". Buenos Aires: La Ley 1994-D-285.
- De Lázari, E. (1995). *Medidas Cautelares*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Fiorini, B. (1976). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo.
- García de Enterría, E (1997). *El Derecho, la Ley y el Juez*. Madrid: Cívitas.
- García de Enterría, E (2001). *Problemas del derecho público al comienzo del Siglo*. Madrid: Cívitas.
- García Pullés, F. (2006). *Medidas Cautelares Autónomas en el Contencioso Administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi.
- González Napolitano, S. (2004). "Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales". Buenos Aires: LL-2004.

⁹⁵ CCALP causa n° 16407 *Schiavoni María de las Mercedes c/ I.O.M.A. s/ Medida Cautelar Autónoma o Anticipada –Otros Juicios*, res. 30/10/2014

- Gordillo, A. (1995). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: FDA.
- Gordillo, A (1999). *Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*. Buenos Aires: FDA.
- Gozaíni, O. A. (2013). “Medidas cautelares contra el Estado”. Buenos Aires: La Ley 06-05-2013, p.3.
- Hutchinson, T. (2009). *Derecho procesal administrativo*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Isabella, D (2010). *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Justicia Administrativa. Buenos Aires: RAP.
- Isacch, S. (2010). *Las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: RAP.
- Logar, A. C. (2011). “Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en Botassi, C. A. -Director- – Oroz, M. H. E. –Coordinador-, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Mairal, H. A. (1984). *Control Judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma.
- Martiarena, J. J. (1998). “Avance jurisprudencial en materia de medidas cautelares en el proceso administrativo bonaerense”. Buenos Aires: LL 1998-B, pág.502.
- Morello, A. M. y Vallefin, C. A. (2000). *El amparo –régimen procesal-*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Nieto, A. (1975). “La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo”, Buenos Aires: RAP N° 76.
- Oroz, M. H.E. (2004). “La admisión de las medidas precautelares en el proceso administrativo bonaerense”. Buenos Aires: La Ley Buenos Aires 2004, pág.249.
- Padrós, R. S., (2005). “La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa”. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Padrós, R. S. (2015). “Medidas cautelares (Ley 26.854)”, en Cicero, N. K. –Directora-. *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Perrino, P. E. (2003). “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a al jurisdicción contencioso administrativa”. Buenos Aires: Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I, año 2003-1, Rubinzan Culzoni.
- Rivas, L y Cabral, P. O. (2004). “Medida precautelar contra el procedimiento administrativo de ejecución hipotecaria del Banco de la Provincia de Buenos Aires”. Buenos Aires: J.A., Sup. Derecho Administrativo, 05-05-2004.
- Rizzi, G. (2012). “Protección cautelar en el proceso contencioso administrativo”, en Camps, C. E. *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Soria, D. F. “La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)”. Buenos Aires: ED-182, pág.1115.
- Spacarotel, G. (2006). “Las medidas autosatisfactivas en la Provincia de Buenos Aires (con referencia al proceso contencioso administrativo)”. Buenos Aires: LL Buenos Aires 2006, p.1407.
- Tawil, G. S. –director- (2011). *Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ucín, M. C. (2011). *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Vallefin, C. (2002). *La protección cautelar frente al Estado*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot.

CAPÍTULO 15

Amparo y otras vías judiciales

*Leopoldo Rivas, Pablo Cabral, Guillermo Rizzi, Álvaro Flores,
Carlos Botassi y Guillermo C. Tribiño*

1. Demanda de amparo

La acción de amparo, es una vía sumarísima prevista por el ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar derechos vulnerados de raigambre constitucional. Es una garantía o remedio constitucional que, como procedimiento rápido o expedito, resguarda el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, dentro del principio de tutela judicial continua y efectiva, consagrado tanto en la Constitución nacional, como en la provincial¹.

1.1. Antecedentes

Se desarrolló pretorianamente en nuestro sistema en los casos “Siri”² y “Kot”³, dando origen a un poderoso instrumento para la defensa de las libertades constitucionales, quedando delimitado de modo claro y preciso, tanto contra los actos del Estado, como de los particulares.

Lo trascendente del fallo Siri, del año 1957, es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados en la Constitución, con independencia de las leyes reglamentarias”. Hasta ese momento los jueces afirmaban que su jurisdicción provenía exclusivamente de las leyes ordinarias, de modo tal que carecían de facultades para aceptar o rechazar acciones o recursos no establecidos anteriormente por los cuerpos legislativos.

En el año 1958, la CSJN, confirma la admisión del amparo en el caso Kot, aquí con mayor rigor, y delimita los presupuestos del mismo. Estableció que el acto lesivo de las libertades debe ser actual o inminente, afectar de modo claro y manifiesto un derecho esencial de las personas, y siempre que no exista un remedio ordinario adecuado a su protección.

1.2. Regulación Nacional

Posteriormente en el ámbito nacional se dictó Ley de facto 16.986, del año 1966. Dio comienzo a la etapa legislativa de esta acción, con la incorporación de una regulación ciertamente limitativa en cuanto a

¹ Arts. 75 inc. 22 de la Const. Nac. y 15 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.

² CSJN, “Siri, Angel” Fallos 239:459 (1957). Se trataba de la clausura de una imprenta y un periódico sin orden aparente de autoridad pública. La sentencia acoge la pretensión del amparista que manifestaba que se estaba vulnerando un derecho reconocido en la Constitución Nacional, arts. 14, 17 y 18, y que por tal motivo debía restablecerse en su integridad.

³ CSJN: “Kot, Samuel SRL”, Fallos 241:291 (1958). Se trató de una acción de amparo contra actos de particulares. Los trabajadores de una fábrica habían tomado el establecimiento en conflicto con la patronal. Se ordenó el desalojo de los trabajadores, con el fundamento de garantizar el derecho de propiedad y de ejercer toda industria lícita.

las condiciones de procedencia⁴. No obstante, y aún luego de la reforma constitucional del año 1994, el texto de la ley se mantiene inalterado, cuestión que bien podría revelar que el desinterés del legislador se afianza en la operatividad del texto constitucional y en el innegable origen pretoriano de esta garantía.

Por supuesto que la evolución doctrinaria y jurisprudencial han ido superando las restricciones impuestas a la procedencia de la acción, aunque –como veremos– algunas continúan siendo aplicadas.

Al poco tiempo de la entrada en vigencia de la ley 16.986, fue la propia Corte Federal quien convirtió en letra muerta el valladar impuesto en el inc. “d” del art. 2, respecto de la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos u ordenanzas. En los conocidos casos “Outón”, “Empresa Mate Larangeira Méndez” y luego en “Peralta”⁵, el Tribunal admitió la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas fundantes del acto lesivo.

En cuanto al plazo de caducidad⁶ para la promoción de la acción de amparo (inc. “e” del art. 2 de la Ley), la jurisprudencia predominante admitió que se trataba de una reglamentación razonable del derecho, tanto antes como después de la reforma constitucional⁷. No obstante, se morigeró su aplicación no sólo por la consolidación de la teoría del acto continuado, sino también cuando se encuentren comprometidos derechos fundamentales, que trasciendan al mero interés patrimonial. Ejemplo de ello, es el caso “Koch c. Bank Boston”, donde la amparista, que había sido afectada por las normas del denominado “corralito bancario”, inició la acción de amparo a más de 2 años después de impuestas las restricciones de emergencia⁸. Y sin lugar a dudas, cuando exista acreditado un verdadero compromiso a la vida e integridad física de quien reclama prestaciones o coberturas del derecho a la salud, aún frente a la existencia de presentaciones in forma pauperis (CSJN: Causa: “Quinteros, Virginia”)⁹.

Finalmente, corresponde destacar la correcta asignación de competencia territorial y material que contiene el art. 4 de la ley, al “juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto”, debiéndose observar “las normas sobre competencia por razón de la materia”. En este aspecto difiere de la regulación provincial, conforme veremos en el punto 2., de esta unidad.-

1.3. Reforma Constitucional e incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

Nuestra Constitución Nacional, reformada en el año 1994, consagra a la acción de amparo en los nuevos Derechos y Garantías, reconociéndole rango constitucional, junto con el hábeas data –aunque no lo denomine así– y el hábeas corpus¹⁰.

⁴ Artículo 1. La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus.

Artículo 2. La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) El acto impugnado emanará de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley N° 16.970; c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Artículo 4. Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto.

Se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendraran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción.

⁵ CSJN, Outón, 1967, Fallos, 267: 215; Empresa Mate Larangeira Mendes, 1967, Fallos, 269: 393; Peralta Fallos 313:1513.-

⁶ Al tratarse de un plazo de naturaleza procesal, se computa sólo en días hábiles judiciales.

⁷ Cám. Nac. Fed. CA, Sala III, 05-IV-05, “Falconi” y Sala V, 18-X-04, “Sindicato de Luz y Fuerza”.

⁸ CSJN: Koch, Fallos: 324:3074, y sus citas (cf. doctrina de Fallos: 324:3074 y el allí citado I.68.XXXVI “Imbrogno, Ricardo c/ IOS s/ amparo” del 25 de septiembre de 2001).

⁹ CSJN: “Quinteros” en Fallos: 335:76. Un excelente dictamen de la Procuradora Fiscal, a los que la Corte remite.

¹⁰ Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

La acción de amparo está destinada a la protección de los derechos individuales y colectivos. Respecto de los derechos de incidencia colectiva, el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

Por supuesto que en esa categoría, se reconocen dos clases principales de derechos, a saber: 1) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (perteneciente a toda la comunidad, insusceptible de apropiación individual, de carácter indivisible y que no admite exclusión alguna); 2) de incidencia colectiva referentes a intereses pluriindividuales homogéneos, donde existe afectación a un grupo o clase de individuos mediante un acto u omisión común¹¹.

La reforma constitucional implicó un avance significativo en ciertos aspectos de esta garantía, como hemos visto respecto de la posibilidad del juez de declarar la inconstitucionalidad de la norma fundante del acto u omisión lesiva, pero también en lo que concierne a la procedencia de la acción por la existencia de recursos o remedios administrativos, dado que la discusión quedó saldada desde que la cláusula constitucional posibilita el ejercicio de la acción "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo". Ello descarta que la improcedencia del amparo se fundamente en la remisión a las soluciones que puedan brindar los procedimientos ante la Administración Pública, dado que ni la Constitución nacional ni los tratados a ella incorporados con igual rango, que constituyen el piso de regulación de la garantía, establecen una restricción como la que implicaría una interpretación contraria¹².

Entonces, el confornte de procedencia o "vía más idónea" deberá efectuarse respecto de acciones o recursos judiciales. No obstante, es conveniente no formular consideraciones con valor absoluto, dado que las cuestiones fácticas y jurídicas de cada caso en particular pueden alterar esos principios, y prueba de ello es el fallo de la Corte Nacional en el caso "Granillo Fernández"¹³.

1.4 Inexistencia de otro medio judicial más idóneo

Esta cuestión suscita diversas opiniones respecto de la procedencia de la acción de amparo. Quienes sostienen la excepcionalidad o subsidiariedad de la vía, y quienes niegan tal carácter, afirmando que el amparo es una vía directa o principal. En la primera postura, destaca la opinión de Sagüés, quien sostiene que la tradicional concepción subsidiaria del amparo, que fuera consagrada pretorianamente antes de su aprobación legislativa, ha prevalecido en la reforma de la Constitución Nacional, a tenor de lo expresado en el despacho mayoritario (triumfante a la postre en la votación), que ha considerado a la acción de amparo "como una vía excepcional, residual o heroica", reiterando la inveterada jurisprudencia de la CSJN (Fallos 303:422 y 306:1253, entre otros), en el sentido que "el remedio singular del amparo está reservado sólo a las delicadas y extremas situaciones en las que, por la carencia de otras vías legales, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales requiriendo para su apertura, circunstancias de muy definida excepción"¹⁴.

La segunda posición la exponen con énfasis Quiroga Lavié y Morello, entre otros. Para ellos el amparo es una vía procesal directamente operativa y sólo en el supuesto de existir otras vías mejores, es decir, más idóneas, eficaces, útiles y efectivas que el amparo mismo, cabe que éste resulte desplazado para dar ingreso a otros procesos. Quiroga Lavié¹⁵ ha desarrollado esta cuestión, argumentando: "...Cómo va a ser constitucional que cada ciudadano o habitante a quien se le desconozca o restrinjan sus derechos, por acción u omisión, deba probar el hecho negativo de que las acciones ordinarias no son más idóneas que el amparo constitucional...".

Sin embargo, en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la gran mayoría de los tribunales de justicia del país, sostienen que el amparo, aún luego de la reforma constitucional, es una vía excepcional, que no está destinada a reemplazar los recursos o remedios ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico procesal, salvo que se acredite que la utilización de éstos últimos pueda acarrear un daño grave e irreparable¹⁶. Aunque este principio o posicionamiento ha sido morigerado, atendiendo a las circunstancias

¹¹ CSJN: "Halabi" (Fallos: 332:111); y SCBA: C.91756 "López", Sent. 26-III-2104. Ver también el desarrollo del punto 1 de la Unidad 10.

¹² Morello-Vallefn, "El Amparo. Régimen Procesal", 4ta. Ed., La Plata, Editora Platense, pág. 29.

¹³ CSJN: Fallos 330:1407, del año 2007. Se declaró la improcedencia de esta acción para cuestionar lo decidido por el Consejo Académico de esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en un concurso docente, dada la existencia de una vía más idónea (art. 32 de la ley 24.521), que el propio accionante había intentado y que exige el agotamiento previo de la instancia administrativa (del Dictamen del Procurador, que la Corte hace suyo).

¹⁴ Convencional Díaz, miembro informante, Ver Sagüés, Néstor. "Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo", ed. Astrea, 4ta. ed. 1995, pág. 667.

¹⁵ En ese sentido expresa "...no quiere decir que la idoneidad del proceso judicial pueda ser un juicio más lento, como lo es nuestra jurisdicción ordinaria, sino más rápido aún que le trámite legal de la acción de amparo. Y esto no debe ser probado por el accionante...". Quiroga Lavié, Humberto, "Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo" LL-T-1996-pág 1057; en igual sentido Gozáni, O.A. "El derecho de amparo", Depalma, 2ª Ed. 1999, pág. 3/5.-

¹⁶ SCBA, causa B. 64.942, "Y.A., K.", sent. del 6-X-2004 y causa B. 67.246, "Editorial 25 de mayo S.A.", sent. del 16-II-2005.

de cada caso y, en especial, cuando exista una lesión o amenaza a un derecho de especial tutela constitucional¹⁷.

1.5. Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

Conforme al art. 75 inc. 22 de la CN, esta categoría de normas goza de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia¹⁸. La Corte Federal, sostiene que dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de aplicación en la especie, dicho cuerpo no es otro que el "bloque de constitucionalidad federal", comprensivo de aquellos y de la Constitución Nacional (Fallos 329:3034, "Dieser") (citados en Fallos 333:2306, "Álvarez, Maximiliano", sent. del 7-XII-2010).

De esa vastedad de instrumentos, destacan dos disposiciones que implican una directa vinculación con la acción de amparo: los arts. 8 inc. 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹.

El art. 8. Inc. de la CADH dispone que: "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...". Por su parte, el art. 25. Inc 1 de la citada Convención, al igual que el art. 2 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho de toda persona "... a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...".

Ello interesa sobremanera en el punto de procedencia de la vía del amparo, en tanto las normas citadas consagran lisa y llanamente protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo frente a la violación de los derechos fundamentales de las personas. Es decir, que en la consideración del carácter subsidiario o principal de la acción de amparo no deben desatenderse las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, por lo que deberá estarse a las circunstancias del caso y al régimen procesal de cada jurisdicción, dando prevalencia a los derechos involucrados. Así, podrá afirmarse, tal como lo sostiene la Corte Suprema, que el amparo será procedente para la tutela de los derechos que cuentan con especial consagración constitucional (vgr. derecho a la vida, a la salud, integridad física, discapacidad, niñez, ancianidad, discriminación, protección del medio ambiente e incidencia colectiva, entre otros).-

Recordemos que en la interpretación de las normas constitucionales se impone su consideración como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (Fallos 310:2733, 2737, "Galassi", entre otros).

Es por ello que rige con intensidad el principio "*in dubio pro actione*", dado que en caso de duda sobre la viabilidad de la acción de amparo por sobre las vías ordinarias, debe estarse en favor su admisión formal, sin perjuicio de las consideraciones particulares de cada caso (art. 8 inc. 1 de la CADH).

1.6. Provincia de Buenos Aires

La primera regulación legislativa data del año 1965, anterior a la ya citada 16.986. Se trata de la ley 7.166 que, en su redacción original, incluía entre las conductas susceptibles de ser enjuiciadas por la vía del amparo a todo acto u omisión de los órganos o agentes de la administración pública o de particulares.

Al poco tiempo, el Decreto Ley 7261 del año 1966, suprimió del texto el alcance hacia los particulares, reservando la acción de amparo para hacer frente las conductas estatales, exclusivamente²⁰. Asimismo, se

¹⁷ Sostiene el Tribunal, que: "atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional" (Fallos 324:122; 327:2127; 329:2552 y 331:453, entre otras).

¹⁸ CSJN: Fallos 318:514, "Girolodi" consid. 12, luego ampliado en "Bramajo, Hernán J.", del 12/9/1996, consid. 8.

¹⁹ Existen otras normas contenidas en instrumentos internacionales, pero de contenido declarativo (vgr. art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. XVIII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre).

²⁰ ARTÍCULO 1°: (Texto según Dec.-Ley 7.261/66) Procederá la acción de amparo contra todo acto u omisión de órganos o agentes de la administración pública que, ya sea en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cualquiera de los derechos y garantías reconocidos en las constituciones nacionales o provinciales, con excepción del de la libertad corporal.

ARTÍCULO 2°: (Texto según Dec.-Ley 7.261/66) La acción de amparo sólo procederá cuando no existan otros procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, que permitan obtener el mismo efecto.

ARTÍCULO 3°: La acción que por esta ley se reglamenta no procederá:

a) Si el acto impugnado emana de un órgano del Poder Judicial.

b) Si se tratare de restricción a la libertad individual en que corresponda la interposición del recurso de "hábeas corpus" reglado en el Código de Procedimiento Penal.

incorporó –entre otras cuestiones- la regla procedencia “cuando no existan otros procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, que permitan obtener el mismo efecto”. En este punto caben las mismas consideraciones que las efectuadas respecto de las vías administrativas para la legislación nacional.

Esa Ley 7166 reguló el trámite de la acción de amparo por más de 40 años, hasta la entrada en vigencia del actual régimen establecido por la Ley 13.928 y su modif. Ley 14.192, que derogó la antigua regulación e intentó adecuar la regulación procesal en sintonía con el art 20 in. 2 de la Constitución provincial.²¹

En el punto 2 de esta unidad analizaremos el régimen del amparo en la Provincia de Buenos Aires, con especial referencia a la Ley 13.928.

Asimismo, no podemos dejar de señalar la importancia del art. 15 de la Const. Prov., en tanto los principios de tutela judicial continua y efectiva y de acceso irrestricto a la justicia tienen –como hemos visto- trascendencia en la materia.

1.7. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece –en su artículo 14- la acción de amparo²². La redacción resulta similar al texto del art. 43 de la CN, en cuanto a las condiciones habituales de procedencia. Lo novedoso de su texto es que consagra una serie de disposiciones procesales en torno a las condiciones de acción “expedita y rápida”, donde el agotamiento de la vía administrativa no es recaudo de procedencia; adicionándole, además, la gratuidad del proceso y la exención de la costas, salvo los supuestos de temeridad y malicia.

Posteriormente, la Legislatura de la CABA sancionó la Ley N° 2.145 (BOCBA, N° 2603 del 12/01/2007), por el cual se aprueba la reglamentación del régimen de la acción de amparo, prevista en el citado art. 14 de su Constitución.

La Ley 2145, profundiza las características señaladas, otorga un plazo de 45 días hábiles para promover la acción, contados desde que el afectado tomó conocimiento cierto de la lesión o amenaza. En el supuesto de perjuicios periódicos, el plazo comienza a correr respecto de cada uno de éstos. Asimismo, si bien concede la posibilidad de que el juez rechace la acción “in limine”, otorga expresamente la posibilidad de su reconducción en otro tipo de proceso, adecuación que deberá realizar la parte interesada.

Finalmente, establece un criterio de asignación de las causas según la competencia material, siendo competente el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, cuando la acción se promueva contra las autoridades públicas de la Ciudad (art. 7).

1.8. Acción de Hábeas Data

La acción Hábeas Data es la garantía constitucional con la que cuenta cualquier persona que figure en un registro o banco de datos, para acceder a la información que existe sobre ella y para solicitar, en consecuencia, su rectificación, actualización, confidencialidad, o supresión.

ARTÍCULO 4°: Todo Juez o Tribunal Letrado de la primera instancia con Jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, será competente para conocer de la acción de amparo. Cuando un mismo hecho, acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas las acciones el Juez o Tribunal que hubiere prevenido.

²¹ Art. 20 inc.2 de la CPBA: La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos. El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediere la garantía de Habeas Corpus. No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial. La ley regulará el Amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos.

²² Art. 14 de la Const. CABA: “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte. Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor. El agotamiento de la vía administrativas no es requisito para su procedencia. El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas. Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”.

Como explica Nahuel Joandet; "La importancia de la garantía de Hábeas Data luce palmaria al reparar en que ha sido expresamente dispuesta por la Constitución Nacional y la Provincial, sin perjuicio de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que también la reconocen. La misma, resguarda una multiplicidad de derechos sustantivos, como ser el derecho a ser dejado a solas, el derecho a la mirada sobre lo que se registra de cada uno, el derecho a la identidad, a la imagen, a la intimidad, a la seguridad personal y patrimonial, el derecho a la verdad, etc."²³

La Constitución Nacional reformada en 1994, al incorporar a su parte dogmática acciones como el amparo y habeas corpus, incluyó en su artículo 43 el siguiente texto: "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística."

Esta norma fue reglamentada por la Ley 25.326 que dispuso la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamientos de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo dispuesto constitucionalmente.

Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires, en consonancia con la reforma a nivel nacional, también instituyó la garantía al reformar su constitución en el año 1994, disponiendo en su artículo 20 inc. 3 lo siguiente: "Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: (1 habeas corpus. 2 amparo). 3- A través de la garantía de Habeas Data que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como la finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística. Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos. Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar."

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tuvo oportunidad en el fallo "Gantus"²⁴ de indicar que no es necesaria para la procedencia de la acción la demostración de que no existen otros medios idóneos para obtener el fin buscado en el pleito. Allí el actor pretendía contar con información referente al su legajo personal, en especial, la historia clínica o documentación donde conste los resultados de los exámenes médicos que se le efectuaron durante su detención en la Unidad n° 1 de Olmos, lo relativo a su examen de ingreso y las constancias de donde surgen los accidentes sufridos mientras desarrollaba tareas como mozo. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo revocó el fallo apelado por la demandada en tanto encontró -entre otros argumentos- que no fue acreditada la existencia de perjuicio irreparable que justifique la utilización de la vía procesal escogida. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al contrario, entendió que el interesado no debe justificar la inidoneidad de las acciones ordinarias, por no aparecer como un recaudo exigido por la manda constitucional. Afirmó que carece de sustento normativo la objeción formal señalada por la Cámara para el progreso de la acción, configurando una solución que incurre en exceso de rigor formal y que debe descartarse en resguardo del principio in dubio pro actione o favor actionis, enraizado en la más amplia regla de accesibilidad jurisdiccional que fluye del art. 15 de la Constitución de la Provincia.

Finalmente, la Legislatura provincial sancionó la ley reglamentaria del habeas data, Nro 14.214, en la que, como explica Joandet, ; "Se resalta, entre sus fundamentos, la obligación estatal en la protección referente a la privacidad y el intento de tutelar no sólo las conductas íntimas sino también las que trascienden al sujeto que las efectúa; y se entiende que, si bien la recopilación de información permite realizar planificaciones, ésta deviene agresiva cuando se ataca el fuero íntimo de las personas o su seguridad. Todo, subrayando que la acción debe ser expedita y rápida. Entre sus disposiciones más relevantes, cabe señalar que otorga legitimación activa a las personas físicas -incluyendo a los herederos universales forzosos- o jurídicas afectadas, al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, a las asociaciones y a los grupos colectivos que acrediten legitimación suficiente en la representación de esas afectaciones (cfm.art. 2). En cuanto a los posibles demandados, prevé a los bancos de datos públicos, y los

²³ Joandet, Nahuel, El Hábeas Data Provincial y su reciente regulación. En referencia al dictado de la Ley 14.214 y al fallo Ligresti de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 9 de Agosto de 2011, www.saij.jus.gov.ar. Id Infojus: DACF110055.

²⁴ SCBA, Fallo A. 68.993, "Gantus, José Luis contra Poder Ejecutivo y otros. Amparo", del 3/12/08,

privados destinados a proveer informes, administradores y responsables de sistemas informáticos (cfm. art. 3). Establece la competencia Civil y Comercial(23), cuando se trate de archivos privados destinados a dar informes, y la Contenciosa Administrativa cuando se trate de archivos públicos de la Provincia de Buenos Aires (cfm. art. 4). Prevé un reclamo previo a la promoción de la acción -siempre que no produzca un perjuicio de imposible reparación ulterior- (cfm. art. 5) y si bien la norma constitucional no lo requiere, el mismo podría resultar conveniente a los fines de evaluar la conducta del demandado al imponer las costas. También fija un plazo de caducidad para la interposición de la acción (cfm. art. 7), pero el mismo no trae las fatales consecuencias establecidas en el Código Contencioso Administrativo(24), pues puede iniciarse la acción previo a efectuarse un nuevo reclamo extrajudicial. Contiene medidas cautelares específicas tendientes a que se asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial o a que directamente se bloquee -provisionalmente- el archivo (cfm. art. 10). El proceso es rápido, cuenta con un plazo de contestación de demanda de cinco días hábiles para las personas de carácter privado y de diez días hábiles para las de carácter público (cfm. art. 13), y un plazo de diez días para el dictado de la sentencia (cfm. art. 15). No se admiten pretensiones de carácter económico, es improcedente la recusación sin causa y no pueden articularse incidentes, ni reconveniones, siendo limitadas las excepciones que proceden (cfm. art. 13). Los recursos de apelación sólo proceden contra las decisiones que resuelvan medidas cautelares y la sentencia definitiva. En cuanto a las costas se fijó el principio objetivo de la derrota.”

2. Juez competente en la Provincia de Buenos Aires. Acordadas de la S.C.B.A.

Conforme al actual sistema normativo de la acción de amparo en la provincia de Buenos Aires, “cualquier juez” (art. 20. inc. 2) “de primera instancia” (art. 3 de la Ley 13.928, igual que el anterior art. 4 de la Ley 7.166), se halla habilitado para conocer y decidir en el ámbito de la acción de amparo.

En ese marco, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con la Resolución SCBA N° 1358/06 y su modificatoria N° 1794/06, instrumentó el ingreso y asignación de los amparos deducidos ante la justicia provincial, determinando que los mismos serán sorteados entre todos los órganos de primera instancia de todos los fueros²⁵.

Cabe destacar que ese criterio –según se expresa en los considerandos de la resolución– había sido implementado por la SCBA en la causa “Maciel”²⁶, y tuvo como objetivo declarado poner fin a las innumerables cuestiones de competencia suscitadas entre los diversos juzgados de distintos fueros.

Corresponde señalar que el sistema implementado por las Resoluciones de la SCBA citadas no incluye a las otras dos garantías constitucionales: habeas corpus y habeas data. En efecto un habeas corpus puede ser presentado ante cualquier juez, incluso puede presentarse directamente a un juez determinado, en cuyo caso no se debe remitir posteriormente a sorteo. En el caso del habeas data la Suprema Corte ha señalado que no le es aplicable el régimen especial de distribución de causas del amparo, “pues la acción de habeas data intentada no se encuentra incluida en el régimen especial para el ingreso y asignación de las acciones de aquel tipo establecido por la Resolución 1358/2006 modif. por la Resol. 1794/2006”.²⁷

Es decir, a diferencia de las regulaciones que hemos citado en otros ámbitos, donde rige la asignación de competencia material (Régimen Nacional y de la CABA), en la provincia de Buenos Aires una vez iniciada la acción ante la Receptoría de Expedientes, se realizará un sorteo que incluye a todos los órganos de primera instancia, con lo que cualquier juez de cualquier fuero podrá conocer y decidir en el ámbito de la acción de amparo.

²⁵ El art. 1 dispone: “El ingreso y asignación de las acciones de amparo se sujetará al régimen de la presente. La Receptoría General de expedientes de cada departamento judicial deberá efectuar el sorteo entre todos los órganos jurisdiccionales de primera instancia o instancia única, de los fueros civil y comercial, penal, laboral, familia, menores y contencioso administrativo. En las sedes descentralizadas de Olavarría Tandil y Tres Arroyos dicha actividad será desarrollada por las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones. Los Juzgados de Paz Letrados, los Tribunales del Trabajo de Avellaneda, Bragado, Lanús y San Miguel y los Tribunales de Menores de Berazategui, Florencio Varela y Moreno, entraran igualmente en el sorteo sólo en la medida de su competencia territorial. Si la presentación del amparo se hubiera efectuado fuera del horario de actividad de la receptoría general de expedientes ante el juez de turno o ante cualquier otro juez o tribunal de instancia única, dichos órganos, el día hábil posterior a su recepción, deberán dar intervención a la receptoría general de expedientes para su sorteo y asignación definitiva. En la nómina de los jueces y tribunales a sortear se incluirá también al que previno. Cuando se diere el supuesto previsto en el artículo 4 in fine de la ley 7166 el accionante deberá indicarlo en la planilla respectiva”.

²⁶ SCBA, causa B-67.530, “Maciel”, Res. del 11-II-2004.

²⁷ SCBA, Ac. 99.481 “C. F., G. N. c/ B. P. y/u otro. Habeas data. Inc. de comp. e/ J. C. y C. n° 1 Tandil/J. Correc. N° 1 Tandil”, res. del 15-11-2006.

Este sistema ha recibido algunas críticas, dado que si bien es cierto que todos los jueces deben conocer el derecho sustancial comprometido (constitucional), la solución resulta incongruente con la asignación de la Cámara en lo Contencioso Administrativo correspondiente a la jurisdicción donde tramitara la acción, como único órgano de Alzada cuando la acción se dirija contra acciones u omisiones del Estado en general.²⁸ Es decir se fija pluralidad de fueros en primera instancia, pero concentración en el trámite de apelación.

Asimismo, se ha sostenido que la solución dada atentaría contra el derecho del accionante de elegir el fuero más idóneo por ante el que tramitará su acción y que, por otra parte, el trámite de la acción de amparo ante juzgados materialmente incompetentes (vgr., tribunales de menores, de familia, o juzgados de garantías penales) altera no solo la especialidad de la competencia (CSJN, Fallos 310:2680) y su carácter improrrogable (art. 6 del CCA), sino también, el normal funcionamiento de los mismos, perjudicando el derecho a la jurisdicción que el constituyente ha tenido en mira para la regulación de la acción de amparo (art. 15 y 20 inc. 2 de la Const. Prov.)²⁹.

En cuanto a la competencia territorial, la ley asigna al órgano judicial "con competencia en el lugar donde el hecho, acto u omisión cuestionados tuviere o hubiese de tener efectos". Sobre el punto, la Suprema Corte provincial sostiene que: "la amplia atribución de competencia consagrada en el art. 20 inc. 2° de la Constitución provincial en favor de "cualquier juez" se conjuga con la norma transcripta en el párrafo anterior, dando cuenta de la intención legislativa de confiar la decisión a quien, por su localización, cabe presumir en mejores condiciones de resolver la cuestión" (SCBA: causas B. 72.948 "Arbizu", res. del 23-XII-2013 y B. 73.301 "Villordo", res. del 24-IX-2014).

3. Presupuestos procesales

La acción de amparo requiere, como hemos visto, de condiciones especiales para su procedencia. Los presupuestos procesales, definidos en la propia Constitución nacional (art. 43), son aplicables a toda clase de amparos y rigen en todo el territorio nacional, con independencia de que las provincias hayan regulado o no el ejercicio de la acción. Si las normas provinciales no coincidieran o resultaran más restrictivas, prevalecerá la Constitución nacional, en virtud de su art. 5.³⁰

Por ello, las regulaciones del art. 20 inc. 2 de la Constitución provincial y del art. 2 de la Ley 13.928, deben integrarse con el texto del art. 43 citado.

El art. 8 de la ley 13.928 (modificado por la ley 14.192) establece que el juez deberá expedirse acerca de los requisitos de admisibilidad de la acción y que si la misma fuese manifiestamente inadmisibile, deberá rechazarla sin sustanciación (*in limine*) mediante auto fundado.

Veremos a continuación los presupuestos procesales requeridos para el ejercicio de la acción.

3.1. Daño actual o inminente que lesione o amenace derechos individuales o colectivos reconocidos en la constitución, un tratado o una ley

La lesión o afectación al derecho debe ser actual o de inminente concreción al tiempo de entablar la demanda, dado que la mera eventualidad de un daño, el agravio meramente conjetural o hipotético, no bastan para reconocer la procedencia de la vía del amparo.

Si el daño ya se produjo y no es posible el retorno de las cosas a su estado anterior, reparación in natura, la acción será improcedente, dado que la cuestión podrá resolverse por las acciones ordinarias (vgr. daños y perjuicios), que puedan resultar más idóneas para la satisfacción del derecho comprometido. Es que la finalidad del amparo es hacer cesar la conducta lesiva, de donde puede concluirse que si ello no es posible fácticamente, el amparo no será procedente.

Sobre el punto ha dicho la Corte Federal que: "el juicio de amparo constituye un remedio excepcional cuyo objeto se agota en ordenar el cese inmediato de la conducta estatal manifiestamente ilegítima," razón

²⁸ Art. 17 bis: (Artículo Incorporado por Ley 14192) En las acciones de amparo que se dirijan contra acciones u omisiones, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, regidas por el Derecho Administrativo será Tribunal de Alzada la Cámara en lo Contencioso Administrativo correspondiente a la jurisdicción donde tramitara la acción.

²⁹ JUCA N° 1, La Plata Causa N° 19307 - "PIÑEL ANGELA C/ I.O.M.A S/ AMPARO", res del 2-XII-2009, entre muchas otras. Ver asimismo Sebastián Alberto Méndez, y María Belén Enríquez: El sistema de distribución de causas en el amparo y su incidencia sobre la tutela judicial efectiva (Su análisis en el Departamento Judicial La Plata). en Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, Año 2, Núm. 3/ 4, Diciembre 2008, pág.103. Es un interesante trabajo teórico –estadístico, acerca de las consecuencias de la implementación del sistema de la Res. SCBA 1358/06.

³⁰ Ekmekdjian, Miguel, Tratado de Derecho Constitucional, Depalma, 1997, t.IV, pág. 59.

por la cual, al no subsistir el comportamiento tachado de lesivo resultaría inoficioso pronunciarse al respecto³¹.

En el caso del amparo preventivo, supuesto de daño inminente, la lesión debe preverse en un futuro inmediato, que el daño habrá de ocurrir según el curso ordinario de las cosas (vgr. orden dictada por autoridad, pero pendiente de ejecución). Por supuesto, tal concepto se morigera en el caso del amparo preventivo en materia ambiental, donde la admisión de la inminencia del daño es más flexible, dada la especial ascendencia del principio precautorio³².

Finalmente, respecto de la jerarquía de los derechos involucrados, si bien la Constitución provincial sólo refiere a derechos constitucionales, debe incluirse en la acción de amparo a la tutela de los derechos reconocidos en los tratados internacionales o en una ley, dado que así lo establece el art. 43, cuya preeminencia ya hemos expuesto.

3.2. Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, por acción u omisión

La ilegalidad o arbitrariedad de la conducta deben surgir de modo manifiesto y en forma clara e inequívoca, dado que si para la resolución del caso se requiere de un largo y profundo estudio de los hechos, o de un amplio debate y prueba, la vía del amparo no será procedente, toda vez que se trata de un proceso sumarísimo, donde el debate y las pruebas son acotadas. En tal caso, existirán acciones judiciales ordinarias que resultarán las vías más idóneas³³.

Según pacífica jurisprudencia, la admisibilidad y procedencia del amparo requiere la indispensable ausencia de dudas acerca de la ilegalidad o arbitrariedad de la actuación que se impugna, por su carácter ostensible (cfr. C.S.J.N., in re XXXVI, "Cáceres", sent. 24-6-04; entre otros), esto es, que resulte evidente ante el análisis más superficial (cfr. doct. S.C.B.A., causas Ac 75620 sent. del 28-3-2001; Ac 79328 sent. del 21-5-2002, Ac 86131 sent. del 12-5-2004, entre muchas).

También se ha dicho, que la antijuridicidad del acto lesivo debe aparecer de modo claro y palmario, pues no basta que el obrar denunciado entrañe la restricción de alguna libertad constitucional. Se requiere que carezca del mínimo respaldo normativo para subsistir como tal (cfr. S.C.B.A, causa B-58.002, "Rodríguez", sent. del 6-10-98).

Es por ello que "las cuestiones opinables, discutibles, que requieren un ámbito más amplio de prueba y debate, no son propias del ámbito del amparo" (cfr. C.S.J.N., Fallos, 148:837; 250:772; 252:64; 265:225; 270:69; 271:165; 273:84; 274:186; 274:324; 281:394; 297:65; 310:622; 311:208, entre otros).

La ilegalidad puede describirse a través de preceptos legislativos que se omiten aplicar o se interpretan mal; mientras que la arbitrariedad exhibe un juicio especialmente negativo frente a las normas. La ilegalidad desconoce o aplica erróneamente la regla jurídica que corresponde, mientras que la arbitrariedad es la manifestación abierta y caprichosa sin principios jurídicos (Fiorini, Bartolomé 'Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan', 'La Ley', t. 124-1363). Por demás, tanto la ilegalidad como la arbitrariedad deben ser manifiestas, lo cual implica que aquellos vicios tienen que aparecer visibles al examen jurídico más superficial (Palacio, Lino Enrique, 'Derecho Procesal Civil', t. VII, p. 144, Ed. Abeledo Perrot)" (ver SCBA: Ac. 83.420, sent. del 18-XII-2002; y causa C. 103.240, "E. d.S., G. N. contra Programas Médicos S.A.C.M. Amparo", sent. del 15-VII-2009).

3.3. Inidoneidad de otras vías ordinarias

Ya hemos abordado esta cuestión al mencionar el impacto de la reforma de la Constitución nacional en la regulación de este instituto. Si bien existen diferencias en los textos constitucionales, dado que el art. 20 inc.2 de la Const. Prov., no refiere a la inexistencia de otras vías judiciales más idóneas, sino que dispone la procedencia "siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable", caben las mismas consideraciones respecto del cotejo de procedencia del amparo con los procedimientos o recursos administrativos, dado que una afirmación contraria, cercenadora de la vía del amparo por la existencia de procedimientos administrativos, podría resultar violatoria del art. 43 de la CN y de los arts. 8 y 25 de la CADH.

³¹ CSJN: "Sargenti", Fallos, 322:2220.

³² SCBA: causa A. 72.642, "ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley". Sent. del 17-VI-2015.

³³ Ver: Guillermo Raúl Moreno, Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia, La Plata, Librería Editora Platense, año 2008, p. 92

Creemos entonces que, aun cuando la norma local no lo diga expresamente, el confornte de procedencia de la acción de amparo sólo será posible con otros remedios judiciales ordinarios³⁴.

Pero, a diferencia del sistema procesal nacional, en la provincia de Buenos Aires existe una regulación procesal específica en la materia contencioso administrativa (Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, Ley 12.008), cuyo alcance y contenido se ha desarrollado en las unidades 9 y siguientes de esta obra, circunstancia que bien puede generar la existencia de vías judiciales más idóneas que el amparo; máxime teniendo en cuenta la asignación de competencia a cualquier juez de cualquier fuero, según la regulación actual del instituto.

La jurisprudencia de la Suprema Corte provincial sostiene, del mismo modo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que la vía del amparo no puede ser utilizada como medio para sortear los procesos y procedimientos específicos, también contemplados por el ordenamiento jurídico, que permiten obtener el mismo efecto.

Pero también ha sostenido, atendiendo a la entidad del derecho comprometido y a la urgencia en la solución del caso, que la acción de amparo es particularmente procedente en materia de derecho a la salud, comprendido en el derecho a la vida e integridad física, discapacidad e incidencia colectiva, entre otros.³⁵

3.4. Plazo de caducidad

La interposición de la acción de amparo debe efectuarse dentro de los 30 días hábiles, contados desde que el afectado haya tomado conocimiento del acto u omisión lesivo. Dicho plazo, no será interrumpido por intimaciones particulares o presentaciones en sede administrativa.

Se reconoce también, la teoría del daño continuado o periódico, y sin perjuicio de que en este último supuesto el plazo se computa respecto de cada uno de ellos (vgr. descuento injustificado de haberes), donde el plazo se computará desde el día de pago y de forma independiente para cada descuento.

La Suprema Corte provincial ha decidido que: "las cuestiones vinculadas con el plazo de caducidad de la acción de amparo deben ser interpretadas y resueltas con criterio restrictivo y, en caso de duda, estarse a favor de la apertura de esa vía. Ello es así, dada la amplitud de miras con que deben examinarse las cuestiones formales en el ámbito de cualquier proceso y, en particular, en el de la garantía de amparo, elevada a rango constitucional en 1994 sin otra limitación que la señalada en el segundo párrafo del inc. 2 del art. 20 de la Constitución de la Provincia"³⁶.

3.5. Mera declaración de inconstitucionalidad

El amparo no es la vía adecuada para cuestionar directamente la constitucionalidad de normas de alcance general, dado que para ello existe la acción declarativa prevista en el art. 161 inc. 1º de la Constitución provincial, que es la vía procesal idónea para impugnar, en principio, con carácter preventivo, ordenamientos generales, impersonales, abstractos, emitidos por el Estado.

Ello no implica que en la acción de amparo y frente a la existencia de un caso concreto, los jueces no puedan decidir acerca de la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo, dado que allí existen actos aplicativos de alcance particular o individual.

La SCBA ha establecido las diferencias entre un instituto y otro, al sostener que: "En el amparo, el juez está facultado para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivo. En tal caso, el precepto de alcance general constituye la causa o título jurídico del acto u omisión, los que por su carácter individual o particular quedan excluidos a su vez de la acción de inconstitucionalidad (salvo que al incoar la misma, se añada una pretensión anulatoria). En el amparo el control de legalidad constitucional (nacional o provincial) es reflejo o indirecto, mientras que en la acción de inconstitucionalidad es directo (y limitado, en principio, a la Constitución local)"³⁷.

³⁴ Ver asimismo Isabella, Diego P., La "nueva" ley de amparo provincial. Sup. Adm. 2009 (junio),37.

³⁵ SCBA: A 71230, Sent. del 15/07/2015, causa "Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c/ Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro s/ Amparo"; causa A. 72.642, "ASHPA", ya citada, entre otras

³⁶ SCBA: conf. doct. causas B. 59.168, "Riusech", sent. del 16-II-1999; B. 59.728, "Maida", sent. del 3-V-2000; B. 65.045, "Percario de Basategui", sent. del 30-VIII-2006; B. 65.325, "Caramés", entre otras.

³⁷ SCBA: causa B. 65.610, "Colegio de Técnicos de la Provincia de Buenos Aires contra Provincia de Buenos Aires. Amparo", sent. del 2-XI-2011.

4. Actos jurisdiccionales

Tampoco es procedente el amparo para cuestionar decisiones jurisdiccionales. Para remediar tales situaciones el ordenamiento jurídico prevé los recursos ordinarios o extraordinarios (apelación, casación, inaplicabilidad de ley, etc), que constituyen las vías previstas e idóneas para la salvaguarda de los derechos presuntamente conculcados.

4.1. Contenido de la demanda

La demanda de amparo, como toda demanda judicial, requiere de ciertas formalidades indispensables para su procedencia, siendo estas formalidades o requisitos extrínsecos necesarios para un correcto entendimiento tanto del juez, como de la contraparte. En ese sentido, tiende a garantizar el derecho de defensa. Así el art. 6 de la Ley, establece similares recaudos que los previstos por el Código Procesal Civil y Comercial³⁸.

Además, en el caso de acciones promovidas en defensa de los derechos de incidencia colectiva, la demanda tendrá que contener la referencia específica de sus efectos comunes. Respecto de los procesos sobre intereses individuales homogéneos, la pretensión deberá además de concentrarse en los efectos comunes, identificar un hecho único o complejo que cause la lesión; el interés individual no debe justificar la promoción de demandas individuales, y debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas.

4.2. Medidas precautorias

Las medidas precautorias en los procesos judiciales están destinadas a resguardar los intereses de las partes en juego y evitar que el transcurso del tiempo hasta el dictado de la sentencia definitiva obstaculice o haga imposible proteger esos derechos. Las medidas cautelares reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcado en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca al peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.³⁹

Los requisitos clásicamente establecidos para la procedencia de medidas cautelares contra el Estado son: 1) Verosimilitud del derecho⁴⁰; 2) Peligro en la demora, 3) No afectación del interés público y 4)

³⁸ Art. 6°: (Texto según Ley 14192) La demanda deberá interponerse por escrito y contendrá:

1) Nombre, apellido, razón o denominación social, domicilio real y constituido del accionante.

2) La justificación de la personería invocada conforme las leyes en vigor.

3) La individualización en lo posible, del autor del acto u omisión.

4) La relación circunstanciada de los hechos, actos u omisiones que hayan producido o estén en vías de producir la lesión del derecho o garantía cuyo amparo se pretende.

5) Ofrecimiento de toda prueba de la que intente valerse, adjuntando la que obrare en su poder.

6) La petición, en términos claros y precisos.

Será admisible todo tipo de prueba que no se contraponga con los principios de celeridad y economía procesal.

Art. 7°: (Texto según Ley 14192) En el caso de amparos de incidencia colectiva, la demanda tendrá que contener, además de lo establecido en el artículo anterior, la referencia específica de sus efectos comunes.

Respecto de los procesos sobre intereses individuales homogéneos, la pretensión deberá además de concentrarse en los efectos comunes, identificar un hecho único o complejo que cause la lesión; el interés individual no debe justificar la promoción de demandas individuales, y debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas.

La representación adecuada del grupo resulta de la precisa identificación del mismo, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación, la debida notificación y publicidad del litigio y el planteo de cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo.

³⁹ De Lázari, Eduardo, "Medidas Cautelares", Librería Editora Platense, La Plata, 1995. Ampliar en Camps, Carlos Enrique; "Tratado de las medidas cautelares", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. Ver también el completo trabajo de Rizzi, Guillermo "Protección Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo", en la obra de Camps, Carlos Enrique (director), "Tratado de las Medidas Cautelares", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1545 y sgtes.

⁴⁰ Deberá invocarse un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. Debe entenderse como la probabilidad de que el derecho existe, y no como una incontestable realidad, que sólo se logrará al final del proceso. No se requiere la prueba plena del mismo, siendo suficiente su acreditación prima facie. Se vincula con las características del acto administrativo –presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria-, que hacen a las prerrogativas del régimen exorbitante del derecho privado. Pustelnik. Nulidad manifiesta. La existencia de un vicio manifiesto compromete la presunción de legitimidad. El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un examen sumario encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

contracautela. Los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.

El requisito característico del derecho procesal administrativo para la procedencia de una medida cautelar contra el Estado es la no afectación de un interés público, criterio expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Astilleros Alianza vs. Nación Argentina”.⁴¹

Las medidas cautelares se caracterizan por su accesoriedad, provisoriedad y transitoriedad, y –como lo explica Gozaíni con precisión: “A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: sumariedad del conocimiento y cosa juzgada formal; provisionalidad de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares; preventividad como fundamento y razón de procedencia; y responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas”⁴².

En la ley de amparo (13.928) regula en forma general todo lo relativo a las medidas cautelares en su artículo 9° y, respecto de las medidas de no innovar lo hace en su artículo 23.

El artículo 9° establece que, con la interposición de la demanda o en cualquier estado del proceso, las partes podrán solicitar el dictado de medidas cautelares.

Con un criterio muy amplio dispone que las medidas que pueden otorgarse sean todas aquellas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial provincial. Así esta remisión habilita entonces a la procedencia de embargo preventivo (arts. 209 a 220 CPCC); secuestro (art. 221 CPCC); intervención y administración judiciales (arts. 222 a 227 del CPCC); inhibición general de bienes y anotación de litis (arts. 228 y 229 CPCC); prohibición de innovar (Art. 230 CPCC); prohibición de contratar (Art. 231 CPCC); medidas cautelares genéricas (Art. 232 CPCC) y protección de personas (Arts. 234 a 237 ter CPCC).

Finalmente, el artículo noveno establece el plazo para resolver el pedido de este tipo de medidas precautorias, el que se resolverá junto con la decisión acerca de la admisibilidad de la acción o en un plazo máximo de un día, en los casos que el pedido se hubiere efectuado en otro estado del proceso.

Agrega el artículo que se deberán seguir las disposiciones del CPCC, junto con las del código procesal administrativo (Ley 12.008, capítulo IV, arts. 22 a 26), en lo que fuere pertinente.

Por su parte el artículo 23 agrega que también, en cualquier estado del proceso, el órgano judicial podrá, de oficio o a pedido de parte, ordenar medidas de no innovar, las que se cumplimentarán inmediatamente, sin perjuicio de su posterior unificación.⁴³

Agrega que, en caso de hacerse lugar, el Juez o Tribunal podrá exigir la contracautela pertinente para responder de los daños que dichas medidas ocasionaren. La solicitud deberá resolverse en el mismo día de su presentación. Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte al servicio público o a la administración; podrá ser dejada sin efecto por el Juez o Tribunal, quien deberá declarar a cargo de la autoridad demandada o personalmente de los que la desempeñen, la responsabilidad de los perjuicios que se deriven de la ejecución.

4.3. Prueba

En el artículo 11 la ley de amparo establece la posibilidad que el Juez, a pedido de parte o en forma oficiosa, cite a una audiencia simplificadora de prueba que deberá llevarse a cabo dentro de un plazo de diez días.⁴⁴

⁴¹ CSJN, Fallos 314:1202; “De ahí, pues, que a los requisitos exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”.

⁴² Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Medidas Cautelares contra el Estado”, La Ley, Edición del 06/05/13, p.3.

⁴³ ARTÍCULO 23: En cualquier estado de la instancia el Juez o Tribunal podrá ordenar a petición de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentarán en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. En caso de hacerse lugar, el Juez o Tribunal podrá exigir la contracautela pertinente para responder de los daños que dichas medidas ocasionaren. La solicitud deberá resolverse en el mismo día de su presentación.

Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte al servicio público o a la administración; podrá ser dejada sin efecto por el Juez o Tribunal, quien deberá declarar a cargo de la autoridad demandada o personalmente de los que la desempeñen, la responsabilidad de los perjuicios que se deriven de la ejecución.

⁴⁴ ARTICULO 11: (Texto según Ley 14192) Conjuntamente con el traslado previsto en el artículo anterior, el Juez de oficio o a pedido de parte podrá citar a audiencia simplificadora de prueba. La audiencia deberá realizarse dentro del plazo de diez (10) días. En dicha audiencia el Juez, quien la presidirá personalmente bajo pena de nulidad, deberá: 1) Invitar a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución del conflicto. Si el actor no compareciera a la audiencia por sí o por apoderado se lo tendrá por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones, con imposición de costas. 2) Resolver sobre el levantamiento, sustitución o

La audiencia simplificadora de prueba, deberá estar presidida personalmente por el juez de la causa, bajo pena de nulidad y en la misma se invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución del conflicto. Si el actor no compareciera a la audiencia por sí o por apoderado se lo tendrá por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones, con imposición de costas.

En la misma audiencia el Juez deberá resolver sobre el levantamiento, sustitución o modificación de las medidas cautelares ordenadas proveer las pruebas que considere admisibles y pertinentes, las que deberán producirse dentro del término de cinco (5) días.

Concluye la norma indicando que en caso de que no sea necesaria la producción de prueba, pasar los autos a sentencia.

La ley reconoce, en su artículo 12, la facultad y deber de los jueces de complementar por propia iniciativa la prueba ofrecida por las partes, pudiendo dictar medidas para mejor proveer, en cualquier estado de la instancia, medidas que deberán ser cumplidas en el plazo que estipule.⁴⁵

Por último, corresponde agregar que las pruebas que pueden utilizarse en el proceso de amparo, en principio, y por remisión -que la ley efectúa en su artículo 25⁴⁶- al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, son aplicables supletoriamente los medios de probatorios legislados en su capítulo de prueba en los procesos ordinarios de conocimiento (Libro II; Título II; Cap. V), pudiendo ofrecerse prueba documental, informativa, confesional, testimonial, pericial y de reconocimiento judicial.

4.4 Sentencia

La sentencia, en tanto acto jurisdiccional que culmina con el proceso de amparo y resuelve las pretensiones esgrimidas por las partes, se encuentra legislado en el capítulo VII de la ley de amparo, en sus artículos 13 y 15 que regulan la etapa procesal y el plazo en que debe dictarse la sentencia, y su contenido, respectivamente.

El artículo 13 dispone que habiéndose producido la prueba, o vencido el plazo para su producción, deberá dictarse sentencia dentro del término de cinco (5) días.⁴⁷

La ley regula en el artículo siguiente el contenido de la sentencia, en aquellos casos en que es admitida la acción de amparo, y dispone que deberá contener: 1. La mención concreta de la Autoridad Pública o del particular contra cuyo acto u omisión se concede el amparo; 2. La determinación precisa de la conducta que se ordena cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución; 3. El plazo para el cumplimiento de lo resuelto; 4. El pronunciamiento sobre las costas.⁴⁸

4.5. Recurso de apelación

La etapa recursiva prevé la interposición de recursos de apelación y queja contra decisiones centrales dentro del proceso de amparo y se encuentra legislado en el capítulo VIII de la ley en sus artículos 16, 17 y 17 bis que regulan el tipo de resolución judicial recurrible, el procedimiento de la apelación y queja, y la competencia especial de los órganos de alzada del fuero contencioso administrativo, respectivamente.

El artículo 16 de la ley de amparo establece que serán apelables las resoluciones que rechacen la acción por su manifiesta inadmisibilidad, las referidas a medidas cautelares y las sentencias definitivas.⁴⁹

modificación de las medidas cautelares ordenadas. 3) Proveer las pruebas que considere admisibles y pertinentes, las que deberán producirse dentro del término de cinco (5) días. 4) En caso de que no sea necesaria la producción de prueba, pasar los autos a sentencia.

⁴⁵ ARTICULO 12: Será facultad y deber de los Jueces complementar por propia iniciativa el material probatorio del proceso, pudiendo a tal fin decretar para mejor proveer, en cualquier estado de la instancia, medidas que deberán ser cumplidas en el plazo que estipule.

⁴⁶ ARTICULO 25: Será de aplicación supletoria, en tanto no contraríe la operatividad de esta garantía constitucional, lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Los jueces están facultados para acelerar el trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada.

⁴⁷ ARTICULO 13: Habiéndose producido la prueba, o vencido el plazo para su producción, deberá dictarse sentencia dentro del término de cinco (5) días.

⁴⁸ ARTICULO 14: La sentencia que admita la acción deberá contener:

1. La mención concreta de la Autoridad Pública o del particular contra cuyo acto u omisión se concede el amparo;
2. La determinación precisa de la conducta que se ordena cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución;
3. El plazo para el cumplimiento de lo resuelto;
4. El pronunciamiento sobre las costas.

⁴⁹ ARTICULO 16: Serán apelables las resoluciones que:
1- Rechacen la acción por su manifiesta inadmisibilidad;
2- Las referentes a medidas cautelares;
3- La sentencia definitiva.

Respecto del procedimiento recursivo, el artículo 17 dispone que el apelante deberá interponer y fundar el recurso en el plazo de tres (3) días ante el Juez que hubiere dictado la decisión apelada. El Juez resolverá sobre la concesión del recurso en el día. Concedido el mismo, lo hará con efecto devolutivo. Con carácter excepcional y fundadamente, atendiendo a las características particulares del caso, podrá concederlo con efecto suspensivo.⁵⁰

Agrega la norma que el recurso se sustanciará con un traslado a la contraparte por el término de tres (3) días; contestado el mismo o vencido el plazo para hacerlo, el Juez deberá remitir las actuaciones a la Alzada en igual plazo y que el Tribunal de Alzada deberá expedirse dentro de un plazo de tres (3) días de recibido el expediente.

En cuanto al recurso de queja dice la ley que en el supuesto de que el Juez denegase la apelación, podrá interponerse una queja o recurso directo ante la alzada en el plazo un (1) día de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro de los tres (3) días.

Finalmente, en el artículo 17 bis, la ley establece un especial criterio de competencia judicial referido a la decisión de los recursos previstos legalmente, otorgando, cuando se trate de materia administrativa, la decisión a la segunda instancia del fuero contencioso administrativo provincial.⁵¹

En efecto, dispone la norma que en las acciones de amparo que se dirijan contra acciones u omisiones, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, regidas por el Derecho Administrativo será Tribunal de Alzada la Cámara en lo Contencioso Administrativo correspondiente a la jurisdicción donde tramitara la acción.

4.6. Alcance de la cosa juzgada

Resulta una discusión tradicional los alcances de la cosa juzgada por el tipo de proceso excepcional que caracteriza al amparo, habiendo una postura que sostienen que se trataría de cosa juzgada formal y otra posición afirma que se trata de cosa juzgada material.

Coincide la doctrina y jurisprudencia que no habría cosa juzgada material si la acción de amparo es rechazada en su etapa de admisibilidad, pues resulta evidente que el magistrado no conoció ni resolvió la pretensión de fondo.

En su artículo 15, primer párrafo, la ley de amparo sostiene que la sentencia firme que hace cosa juzgada respecto del amparo individual o colectivo, deja subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.⁵²

Como vimos, la acción de amparo tiene por objeto poner límite a una afectación de un derecho fundamental en forma inmediata, por lo que pretensiones procesales que excedan tal restrictivo carril deben tramitarse por otros procesos ordinarios (sanciones disciplinarias, indemnizaciones, etc.).

Los alcances de la sentencia en los procesos de amparo adquieren ciertas particularidades cuando se trata de acciones colectivas.

Así, el segundo párrafo del ya referido artículo 15 dispone que en los procesos colectivos, la sentencia alcanza a todo el grupo de afectados, y será oponible al vencido en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción.

⁵⁰ ARTICULO 17: El apelante deberá interponer y fundar el recurso en el plazo de tres (3) días ante el Juez que hubiere dictado la decisión apelada. El Juez resolverá sobre la concesión del recurso en el día. Concedido el mismo, lo hará con efecto devolutivo. Con carácter excepcional y fundadamente, atendiendo a las características particulares del caso, podrá concederlo con efecto suspensivo.

El recurso se sustanciará con un traslado a la contraparte por el término de tres (3) días; contestado el mismo o vencido el plazo para hacerlo, el Juez deberá remitir las actuaciones a la Alzada en igual plazo.

El Tribunal de Alzada deberá expedirse dentro de un plazo de tres (3) días de recibido el expediente.

En el supuesto de que el Juez denegase la apelación, podrá interponerse una queja o recurso directo ante la alzada en el plazo un (1) día de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro de los tres (3) días.

⁵¹ ARTÍCULO 17 Bis: (Artículo Incorporado por Ley 14192) En las acciones de amparo que se dirijan contra acciones u omisiones, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, regidas por el Derecho Administrativo será Tribunal de Alzada la Cámara en lo Contencioso Administrativo correspondiente a la jurisdicción donde tramitara la acción.

⁵² ARTÍCULO 15: (Texto según Ley 14192) La sentencia firme que hace cosa juzgada respecto del amparo individual o colectivo, deja subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo. En los procesos colectivos, la sentencia alcanza a todo el grupo de afectados, y será oponible al vencido en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción. En caso de rechazo de la acción, cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso podrá intentar la misma acción con idéntico objeto, si se valiera de nueva prueba y se encontrare dentro del plazo establecido para interponer la acción.

Agrega que, en caso de rechazo de la acción, cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso podrá intentar la misma acción con idéntico objeto, si se valiera de nueva prueba y se encontrare dentro del plazo establecido para interponer la acción

5. Amparo y acción contencioso administrativa. Reconducción. Jurisprudencia

5.1. Amparo y acción contencioso administrativa

El artículo 20 inc. 2 de la Constitución provincial dispone que la acción de amparo será viable siempre que se acredite que, por la naturaleza del caso, no pudieran utilizarse los remedios ordinarios sin daño grave e irreparable. Así el amparo procede cuando surge en modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría por remitir el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales.

No puede utilizarse la vía de amparo para obviar los trámites legales aptos, en especial cuando la tramitación en sede administrativa ha tenido el curso propio de las actuaciones exigibles para el asunto y no se ha acreditado que a los interesados se les haya cercenado el derecho a ejercer todas las vías con las que cuentan en el marco del procedimiento incoado ante dicha sede (doctrina de la SCBA en el fallo "Recovering SA")

La cuestión a tratar en el presente punto es la relación que existe entre la vía excepcional del amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas, y el proceso contencioso administrativo ordinario ¿En qué casos es procedente habilitar el carril procesal excepcional y cuándo corresponde rechazar la acción de amparo por existencia de otra vía ordinaria?

En la actualidad el proceso contencioso administrativo regulado por la Ley 12.008 y modificatorias, según lo sostienen dos de las Cámaras de Apelaciones Regionales en lo Contencioso Administrativo, proveen al ciudadano que ve sus derechos amenazados o afectados por el Estado, una vía procesal apta e idónea para su protección, dejando al excepcional juicio de amparo para los casos en que el accionante opta por él y cuando el tiempo que puede insumir su reconducción procesal perjudique la efectividad del remedio intentado.

Entiendo que hoy en día, la falta de claridad en la regulación normativa es una característica de la acción de amparo, que sufrió una modificación legislativa (Ley N° 13.928) que adolece de una buena técnica y que generó importantes dudas respecto de su funcionamiento. Como bien lo destaca Guillermo Rizzi, en el actual sistema procesal conviven la nueva ley y algunas normas de la derogada Ley 7166, esto obliga a conjugar las distintas disposiciones de cada texto legal. Así lo describe este autor: "La doble legislación invita al operador jurídico al estudio en collage respecto de la producción de prueba, la fijación de audiencia, o el número admisible de testigos, para ello deberá recurrirse a la vieja ley 7166; como también ante la imposibilidad de articular cuestiones previas, demandas de reconvencción e incidentes."⁵³

Respecto de la existencia de otras vías idóneas, alternativas al amparo, el nuevo régimen legal permite una interpretación según la que los procedimientos administrativos –no judiciales- no deben considerarse opciones válidas al proceso regulado en la ley 13.928. Con mucha claridad expone este argumento Diego Isabella; "En este sentido, cabe agregar que, la nueva ley de amparo provincial, expresa que el plazo de caducidad dispuesto para su interposición "...no será interrumpido por intimaciones particulares o presentaciones en sede administrativa", con lo cual, es la propia ley la que, implícitamente, reconoce la ineptitud de las vías administrativas previas, para el caso en que se configuren sus presupuestos de admisibilidad. Así, desde el conocimiento de la conducta u omisión lesiva correrá el plazo para la interposición de la acción, el que no quedará suspendido ni interrumpido por la articulación de recursos administrativos. Este criterio, es ajustado a la naturaleza y características propias del amparo, ya que dados sus presupuestos, se requiere de la inmediata y expedita intervención judicial, sin perjuicio de que la eventual interposición de recursos administrativos resguarde –a opción de parte-, el ejercicio de las

⁵³ RIZZI, Guillermo, "En Buenos Aires hay leyes de amparo (con motivo de la sanción de la ley 13.928)", Sup. Adm. 2009 (marzo), 1-LA LEY 2009-B, 1005 .Allí agregó "Ante el riesgo cierto de que se "ordinarice" la naturalmente excepcional Acción de Amparo, creemos que una regulación acorde no podía dejar de tratar la reconducción, la competencia de la alzada, o la cuestión tan debatida de la especialidad en cuanto a la materia.". Ver también RAMOS, Santiago, "El amparo en la Provincia de Buenos Aires: coexistencia de los regímenes de las leyes 7166 y 13928.", publicado digitalmente en edición de fecha 24/02/2010, artículo bajo protocolo A00275083644 de Utsupra.com IUS II.

posteriores acciones ordinarias para la tutela del derecho de fondo lesionado (Cfr. art. 15 ley de amparo), ello, de manera de garantizar la tutela judicial efectiva (art. 15 Const. Pcial.). Por tanto, esto también supone entender que las vías ordinarias a las que refiere el art. 2. inc. 1., son aquellas exclusivamente judiciales.⁵⁴

Corresponde hacer una especial mención a los casos en que se hallan en juego derechos fundamentales -como a la salud y a la integridad física- donde las características de los valores y bienes presuponen la existencia de una urgencia que habilitaría recurrir a la excepcional vía del amparo por sobre la existencia de otros procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales.

Como lo sostiene el profesor Berizonce, al analizar el nacimiento y desarrollo de las tutelas procesales diferenciadas, es preciso construir un nuevo ordenamiento jurídico para la efectiva tutela de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Dice al respecto que: "Un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de los derechos sociales en general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo y otras prerrogativas producto de la interpretación."⁵⁵

Retomando las ideas de Carlos Sánchez Viamonte expuestas al comienzo de la presente nota a fallo, resulta imprescindible establecer algún tipo de diferenciación respecto de aquellos derechos cuya naturaleza exige la protección de especiales garantías procesales -como el amparo-, de aquellos otros que bien pueden tramitar por las vías judiciales ordinarias -como el proceso administrativo-.

En esta tarea es imprescindible que el ordenamiento normativo de carácter público se integre con aquellas normas constitucionales de protección de minorías, sectores sociales excluidos -perjudicados por el injusto e inhumano sistema económico capitalista- y grupos sumergidos en relaciones económicas desiguales.

5.2. Reconducción. Jurisprudencia

Como bien lo explica Guillermo Rizzi, la nueva ley de amparo no incorporó el instituto de la reconducción, aplicada por parte del fuero contencioso administrativo provincial -con fundamento en el artículo 15 de la Constitución provincial-, según la cual cuando una acción de amparo es rechazada por existir una vía judicial más idónea, procede que directamente el juez reencauce la acción remitiéndola - cuando proceda- al magistrado contencioso administrativo departamental.

Jorge Luis Bastons y Analía Elíades, al analizar la aplicación de este instituto por la jurisdicción contencioso administrativa bonaerense, distinguen la reconducción de la recalificación, explicando que la primera consiste en aquella en la cual el órgano judicial advierte al actor que ha tomado un carril procesal incorrecto, indicándole cuales son las alternativas procesales por la que puede reconducir sus pretensiones. En la recalificación, por su parte, se señala que frente a una formalización incorrecta de la acción, el juez realiza la adecuación, pero sin otorgarle al actor la posibilidad de reajustar sus pretensiones.⁵⁶

La Suprema Corte de Justicia bonaerense ha utilizado el instituto de la reconducción a fin de permitir el tratamiento de las pretensiones planteadas por los actores (vgr. Causa B 64745 SCBA, "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c/ Pentamar S.A" resolución del 20 de diciembre de 2002, Causa B 68.554 "Fiscal de Estado s/ confl. de competencia en autos "Orgambide Jorge Alfredo c/ Poder Ejecutivo s/ amparo" resolución del 3 de mayo de 2006, Causa B 68553 "Fiscal de Estado s/ conflicto de competencia art. 7º inc. 1º Ley 12.008 en autos: "ADECON c/ Provincia de Bs. As. y otros s/ amparo" resolución del 17 de mayo de 2006), al igual que lo hiciera la CSJN (entre muchos otros, Causa R.545.XXXVI ORIGINARIO "Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional s/ Amparo" resolución del 24 de octubre de 2000).

En el fuero contencioso administración provincial la Cámara regional con asiento en la ciudad de La Plata rechazó la aplicación del instituto con el argumento que la readecuación realizada en primera instancia vulnera el derecho de defensa en juicio y el principio de congruencia.⁵⁷

⁵⁴ ISABELLA, Diego P. "La nueva ley de amparo provincial", La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, de fecha 22-6-2009.

⁵⁵ BERIZONCE, Roberto Omar, Tutelas Procesales Diferenciadas, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁵⁶ BASTONS, Jorge Luis y ELIADES, Analía, "La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense. Aportes para una teoría de la impregnación.", en la obra colectiva Derecho Público para Administrativistas, Director Jorge Luis Bastons, Librería Editora Platense, La Plata, 2008, p. 767. En este trabajo los autores proponen una interesante teoría sobre la impregnación del interés público, que habilitaría una mayor intervención de los magistrados en busca de la verdad material.

⁵⁷ Consultar los siguientes precedentes; autos "Savoretti, Héctor L c/ABSA- Aguas Bonaerenses-", sentencia de 10-03-05, autos "Agropecuaria Las Garzas", publicado en Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley del 11-07-06, autos "Terminiello, Francisco Eduardo c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires- Dirección Provincial de Actividades Portuarias- s/medida cautelar anticipada", sentencia del 5-10-04 y autos "Menéndez", resolución de fecha 14-10-04.

Una respuesta favorable a la reconducción la dio la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, que, en autos “Hautvenne, Cristina Mabel c/ DGEyC-Pcia Bs.As- s/ amparo”⁵⁸, entendió que si bien en el caso no se reunía el requisito de admisibilidad de la acción de amparo consistente en la inexistencia de otra vía judicial idónea, en virtud de las bondades del nuevo proceso administrativo y en aplicación de los principios de acceso a la justicia (Art. 15 de la CPBA.) y de judicabilidad plena de toda actuación u omisión de todo ente o persona en ejercicio de funciones administrativas (Art. 166 de la CPBA), confirma el rechazo *in limine* de la acción intentada, permitiendo la reconducción planteada para su radicación ante el fuero competente. Indica el fallo que la parte actora deberá reformular sus postulaciones de acuerdo con alguna de las herramientas previstas en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, intimándola para que –en un plazo de diez días- reformule sus pretensiones procesales.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, comenzó rechazando por mayoría la viabilidad de la reconducción de un amparo como juicio sumarísimo de tutela urgente. En autos “Nadal, Isabel Noemí de Rodríguez c/ Consejo Escolar de Campana”, la mayoría integrada con las Dras. Laura Monti y Ana María Bezzi, sostuvo que: “El principio *iura novit curia*, que autoriza a los jueces a calificar jurídicamente los hechos de la causa, con prescindencia de la norma o normas invocadas por las partes, no los habilita a sustituir a aquellas en cuanto a la estrategia procesal que hayan elegido para dar curso a sus pretensiones.”⁵⁹

La Cámara de San Martín, con posterioridad modificó su jurisprudencia y adoptó el criterio de reconducción en autos “Asociación Civil Pro Vte. López c/ Municipalidad de Vte. López s/ Amparo”⁶⁰, donde consideró que corresponde no hacer lugar al recurso de apelación y confirmar la sentencia de grado en cuanto rechazó *in limine* la acción de amparo por existir otras vías ordinarias más idóneas, agregando que: “si bien este proceso no puede continuar bajo la tipología escogida por el accionante por las razones expuestas anteriormente, entiendo que corresponde que el mismo sea reconducido de conformidad a la ley 12.008 y a tales efectos se lo remita al referido juzgado, en donde se deberá intimar al actor para que readeque la presente demanda a la pretensión procesal que juzgue pertinente entre las admitidas en aquel Código ritual, o en el CPCC por remisión del art. 77 del CCA, y a petionar las medidas cautelares que crea pertinentes en el marco normativo y con cumplimiento de los recaudos de admisibilidad que correspondan.”

Entiendo correcto que –como dijo Sánchez Viamonte- las garantías procesales como el amparo sean reservadas para aquellas cuestiones en que se debata sobre la efectividad de derechos fundamentales cuya naturaleza evidencia la gravedad intrínseca de los valores en juego y la necesaria intervención urgente de la justicia. El resto de las causas donde se intente la protección de derechos frente a la actividad administrativa hallan resguardo en el actual proceso administrativo.

Creo que a esta nueva configuración de la justicia administrativa y a la referida jurisprudencia que habilita la reconducción, caben aplicarles las siguientes palabras de Roberto Berizzone: “En la experiencia jurídica cotidiana puede advertirse que, paulatinamente, se va perfilando de ese modo el rostro de una verdadera y típica justicia de acompañamiento o de protección, de rostro más humano, encaminada a la búsqueda de resultados concretos y conducentes, especialmente para brindar respuestas justas y rápidas, temporáneas, apoyadas en la verdad jurídica objetiva, alejadas de dogmatismos y ritualismos estériles.”⁶¹

6. Los llamados Recursos Judiciales Directos

6.1. Introducción

No toda demanda contenciosa administrativa –y, en particular, aquella por la cual se impugna un acto administrativo- tramita por las vías procesales ordinarias.

Es que –dejando de lado la posibilidad excepcional de encarrilar este tipo de pretensiones a través de un amparo- existe, particularmente en el ámbito federal, una profusión de acciones especiales conocidas como “recursos judiciales directos” o, más simplemente, “recursos directos”.

Como una primera aproximación al tema, puede decirse que los recursos directos son acciones expeditivas de impugnación de actos administrativos, generalmente sancionatorios.

⁵⁸ Expediente N° 37/06, sentencia de fecha 21-09-06.

⁵⁹ Expediente N° 56/04, sentencia de fecha 23-11-04, con voto minoritario del Dr. Saulquin. En igual sentido ver autos “Dygie SRL c/ Municipalidad de Vicente López s/ amparo”, sentencia de fecha 16-12-04.

⁶⁰ Expediente N° 1810-SI, sentencia de fecha 01-10-09.

⁶¹ BERIZONCE, Roberto Omar, *Tutelas Procesales Diferenciadas*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

Una crítica generalizada se vincula con la denominación de este instituto, ya que, en puridad, “la nomenclatura recursos debería limitarse a los trámites que se realizan dentro de una misma sede funcional”⁶². Empero, como en este supuesto la impugnación de los actos administrativos se realiza, en definitiva, ante un órgano judicial, resulta más propio hablar de acción y no de recurso⁶³.

Sin perjuicio de ello, en este trabajo utilizo esta terminología, en virtud de la gran difusión que tiene en nuestro medio⁶⁴.

Por otro lado, la calificación de “directos” refleja que, a diferencia de lo que sucede cuando se cuestiona un acto administrativo a través de los mecanismos ordinarios, aquí no es menester por regla agotar la vía administrativa, pudiéndose acudir inmediatamente a sede judicial a tales efectos⁶⁵.

Si bien resulta muy difícil encontrar una justificación unitaria para la existencia de estas figuras⁶⁶, lo cierto es que antiguamente estas regulaciones constituían una ventaja fenomenal en comparación con el tortuoso régimen establecido en el ámbito federal a efectos de posibilitar la demandabilidad del Estado Federal⁶⁷.

Superado ese estadio histórico, estas acciones especiales encontrarían su quicio en garantizar la celeridad la resolución de controversias en las que se encuentra fuertemente comprometido el interés público⁶⁸ o, en su caso, en materias de marcada discrecionalidad técnica, en donde el control judicial podría pensarse como de menor intensidad⁶⁹.

Empero, el legislador –en particular en el ámbito federal- no ha sido prolijo, y dejó proliferar estas acciones especiales, en el erróneo entendimiento de que “para cada régimen especial debe corresponder también un recurso especial, diferente del medio genérico de impugnación y, lo que es peor aún, distinto de los demás recursos de su género”, apuntándose, además, que la regulación es caótica, al no existir “uniformidad en los plazos ni en los procedimientos”⁷⁰.

Ello nos coloca frente a un “lamentable y desolador panorama”, en tanto “el increíble muestrario de procesos (recursos) especiales conspira contra una adecuada sistematización y conocimiento del régimen”⁷¹, al punto que el ciudadano, al momento de iniciar un pleito, muchas veces se encuentra “con la imposibilidad de encontrar (...) respuesta satisfactoria a una cuestión tan simple como ésta: ¿ante qué juez debe iniciar el proceso y qué reglas le son aplicables?”⁷².

De hecho, ni siquiera se sabe a ciencia cierta cuántos recursos directos se encuentran en vigencia y, por ello, se han efectuado diversas investigaciones legislativas tendientes a clarificar la situación⁷³.

⁶² Hutchinson, Tomás, Derecho procesal administrativo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, T. III, pág. 679. Tales como el recurso jerárquico en sede administrativa o el recurso de apelación en el ámbito judicial, por poner dos ejemplos paradigmáticos.

⁶³ Ver por todos, Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos: aspectos sustanciales y procesales, Ed. Rap, Bs. As., 2008, pág. 147, y Canosa, Armando N., La pretensión procesal administrativa y su vinculación con el concepto de recurso en el derecho administrativo, en A.A.V.V., Tratado de derecho procesal administrativo, de Cassagne, Juan C. (Dtor.), Ed. La Ley, Bs. As., 2007, T. I, pág. 452.

⁶⁴ La confusión sobre la denominación parece provenir del hecho de que algunas regulaciones –especialmente las más antiguas- establecían que ciertas decisiones administrativas resultaban apelables por ante determinado órgano judicial (ver, por ej., arts. 42 de la ley provincial 11.477 u 83 de la ley nacional 20.091).

Por otro lado, y como luego veremos, muchas veces se establecen plazos de unos pocos días para promover la impugnación que, además, usualmente es resuelta por una Cámara de Apelaciones. De tal modo, queda la sensación de que la autoridad administrativa se comporta como una primera instancia, en tanto su decisión debe ser recurrida a través de un esquema muy similar al que se presenta en el recurso de apelación judicial. En el mismo sentido, ver Canosa, Armando N., La pretensión..., ob. cit., T. I, pág. 456.

⁶⁵ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial de la actividad administrativa, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, T. II, págs. 161/2 quien remarca, con un sentido más general, que el agraviado debe cumplir sólo con los recaudos previos a la demanda contencioso administrativa específicamente establecidos por la ley que los regula. Algún autor indicó que la naturaleza expeditiva de estas acciones se asocia principalmente con esta peculiaridad de que la vía administrativa se cierra inmediatamente (conf. Muratorio, Jorge I., Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo, en A.A.V.V. Tratado de derecho procesal administrativo de Cassagne, Juan C. -Dtor.-, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, T. II, pág. 637).

⁶⁶ Ver sobre el particular lo que expone Zayat, Valeria E., Los recursos directos, en A.A.V.V. Derecho procesal administrativo, de Tawil, Guido S. (Dtor.), Ed. AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, págs. 792 y sigts.

⁶⁷ Obsérvese que existieron regulaciones que preveían recursos directos incluso en la época en que se requería venia legislativa a estos efectos. Ver, por ej., los arts. 19 y 20 de la ley 3.708 de extinción de la langosta, 33 de la ley 3.959 de policía sanitaria animal o 6 de la ley 9.127 sobre servicio telegráfico en buques.

⁶⁸ V.g. infracciones al régimen de comercialización de armas y explosivos (art. 41 de la ley 20.429) o por aplicación de la ley de abastecimiento (art. 16 de la ley 20.680, texto según ley 26.991).

⁶⁹ Es habitual el establecimiento de la imposición de recursos directos para cuestionar las sanciones impuestas por los colegios profesionales a sus asociados ante la comisión de faltas disciplinarias, para lo cual muchas veces es menester el conocimiento de cada actividad concreta. Ver, por todos, el régimen establecido en el art. 74 del C.P.C.A. al cual luego haremos referencia.

⁷⁰ Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, págs. 162/3.

⁷¹ Hutchinson, Tomás, Derecho procesal..., ob. cit., T. III, pág. 673.

⁷² Conf. Tomás Hutchinson en el estudio preliminar de la obra de Danielián, Miguel, Recursos judiciales y procedimientos administrativos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 14.

⁷³ Es clásica la recopilación efectuada por Danielián, Miguel Recursos judiciales..., ob. cit. Otros autores han perseguido objetivos más modestos, al sistematizar los recursos directos que tramitan por ante el fuero contencioso administrativo federal (ver Anexo de la obra Recursos directos... de Pablo Gallegos Fedriani, ya citada).

Por los motivos expuestos, coincidimos con quienes sostienen que es imprescindible derogar la mayoría de estas acciones especiales y, además, prever un régimen único para la tramitación de aquellas que subsistan⁷⁴, al estilo de lo que sucede en el proceso contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁷⁵.

6.2. Principales Características

Atento la enorme diversidad de regulaciones en vigencia, a continuación se consigna, de una manera esquemática, un decálogo con los aspectos salientes de estas figuras, en orden a describir un recurso directo “puro” que sirva como una suerte de guía para comprender la esencia del instituto.

Sin embargo, el estudio concreto de cada recurso directo evidenciará el apartamiento, a veces significativo, de algunas de estas reglas. Luego daremos algún ejemplo que confirmará este aserto.

6.2.a.) Deben encontrarse especialmente previstos

Los recursos directos constituyen vías judiciales especiales.

Resulta entonces menester que este tipo de acciones hayan sido expresamente previstas por el legislador para cuestionar judicialmente un acto administrativo. De otro modo, serán de aplicación las reglas generales establecidas a tales efectos⁷⁶.

6.2.b.) Son preceptivos

En una obra específica sobre esta temática, se ha bregado por reconocer carácter optativo a los recursos directos con relación a las vías administrativas o judiciales ordinarias, argumentándose que si el agraviado por un acto administrativo “tiene la expectativa de que el proceso en la estructura administrativa corrija esta situación, nada debería impedirle poder optar por agotar la vía administrativa, sin perder por ello una ulterior revisión judicial” en cuanto finalmente allí se decida⁷⁷.

Empero, la Corte Suprema nacional no ha navegado por esas aguas, al entender que, salvo disposición especial⁷⁸, el establecimiento de un recurso directo para cuestionar un acto administrativo inhibe al afectado elegir el mecanismo de impugnación ordinario, en una pauta que a menudo se ha apuntocado en los objetivos que animan este instituto y, esencialmente, las aspiraciones de celeridad y unidad en el ámbito territorial⁷⁹.

En este mismo sentido, se ha señalado –desde una mirada ortodoxa del instituto– que si el afectado pudiera impugnar el acto en sede administrativa para luego ocurrir ante la instancia judicial, no tendrían sentido los recursos directos “pues la exigencia de certeza sobre la estabilidad del acto administrativo impugnado dependería de la voluntad del recurrente”⁸⁰.

En definitiva, esta característica representa una derivación del principio según el cual la consagración de un sistema diferenciado para el control de ciertas decisiones descarta la facultad del afectado de elegir otro camino en procura de resguardar sus derechos⁸¹.

Distinta es la situación que se presenta con relación al amparo, ya que no puede predicarse que la existencia de un recurso directo constituya –en abstracto, y en todos los casos– una vía judicial “más idónea” que inhiba su promoción, cuando, claro está, se dan los excepcionales supuestos para que el amparo tenga andamio⁸². Todo ello sin dejar de advertir que parte de la jurisprudencia estima que si existe un expeditivo recurso directo para cuestionar un acto administrativo, sólo situaciones de extrema urgencia podrían justificar la utilización del amparo a idénticos fines⁸³.

⁷⁴ Conf. Luqui, Roberto E. Revisión judicial...; ob. cit., T. II, pág. 163.

⁷⁵ Y ello en tanto a partir del dictado de la ley 2.435 del año 2007, se incluyó un último artículo (el 465) al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad que establece un trámite uniforme para todos los recursos directos.

⁷⁶ Esto es, la vía impugnatoria (o, en su caso, reclamatoria) prevista en el Título IV (arts. 23 y sigts.) de la L.N.P.A. a nivel federal, o la pretensión impugnatoria contemplada en el art. 12 inc. 1 del C.P.C.A. (con el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos siguientes de dicha normativa) en el ámbito provincial, en todos los casos con un trámite de conocimiento.

⁷⁷ Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., pág. 158; ídem Muratorio, Jorge I., Algunas consideraciones..., ob. cit., T. II, págs. 662/3 y Hutchinson, Tomás “Derecho procesal...”, ob. cit., T. III, pág. 705.

⁷⁸ Como las de los arts. 39 de la ley 25.164 y 80 de la ley 25.871.

⁷⁹ Causas registradas en Fallos: 295:994 (Torres); 310:2336 (Maffei); 312:1724 (Donaruma); 324:803 (Edenor), entre otras. Ampliar en Muratorio, Jorge I., Algunas consideraciones..., ob. cit., T. II, págs. 644 y sigts.

⁸⁰ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 169.

⁸¹ Conf. Zayat, Valeria E., Los recursos directos, ob. cit., págs. 800/1.

⁸² Conf. Zayat, Valeria E., Los recursos directos, ob. cit., págs. 801/2.

⁸³ En Fallos: 330:1407 (Granillo Fernández) -vinculado con la impugnación de un concurso universitario- la Corte Suprema hizo suyo el dictamen del Procurador General, que hizo especial hincapié en que al existir un recurso directo en el art. 32 de la ley 24.521 de educación superior, la interposición de un amparo “implicaría soslayar la vía específicamente prevista por el legislador como la más

6.2.c.) No requieren agotar la vía administrativa

Nuevamente en sintonía con la rapidez que se le imprime al trámite de los recursos directos, no es menester agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión anulatoria, pudiéndose ocurrir “directamente” a sede judicial a tales efectos.

En este orden de ideas, se ha dicho que la existencia de un acto administrativo impugnado mediante un recurso directo “supone, en sí mismo, una situación de agotamiento de la vía administrativa”⁸⁴.

Este aspecto, si bien a primera vista luce beneficioso para los particulares, en ocasiones puede también generar severos inconvenientes, en especial si se atiende a su carácter preceptivo, así como la inclusión de plazos exigüos para su interposición.

Es que, siendo forzosa la utilización de estas vías especiales para la impugnación de decisiones administrativas, podría interpretarse que la promoción de cualquier recurso administrativo a esos mismos fines constituyó una medida innecesaria que, como tal, no aparejó la interrupción del lapso de caducidad fijado para promover aquel⁸⁵.

Como correlato, para el momento en que se decida la suerte de la impugnación administrativa, usualmente habrá periclitado, ya, la posibilidad de reclamar judicialmente la nulidad del acto.

Su carácter directo puede entonces terminar siendo una trampa para el litigante no avezado en estas lides⁸⁶.

6.2.d.) Tienen plazos breves para su promoción

Según la L.N.P.A., el término genérico para demandar la revocación de actos administrativos es de 90 días a partir de su notificación⁸⁷. Otro tanto acontece en el ámbito provincial⁸⁸.

Sin embargo, ya vimos reiteradamente que una nota distintiva de los recursos directos radica en que su trámite es particularmente abreviado. En esa lógica, cuando la pretensión impugnatoria se encarrila a través de estos procesos especiales, el art. 25 in fine de la L.N.P.A. reduce sustancialmente dicho lapso, pues para incoar la demanda respectiva se cuenta con sólo 30 días.

De todos modos, ese precepto únicamente opera ante la ausencia de previsión específica⁸⁹. Y, en ese trance, es frecuente la fijación de términos mucho más breves –a veces angustiosos- para ejercitar la pretensión impugnatoria en estas vías especiales⁹⁰.

6.2.e.) Sólo puede peticionarse la nulidad de un acto

A través de los recursos directos se encauzan impugnaciones de actos administrativos. Ello constituye, de por sí, una característica diferencial con relación al moderno proceso contencioso administrativo, en el cual es posible plantear pretensiones no vinculadas con la invalidez de una decisión estatal⁹¹.

Es más, tradicionalmente se entendió que el único contenido posible de estas acciones es de tipo anulatorio, sin que, en especial, se pueda solicitar conjuntamente los daños que haya irrogado la ejecución

idónea para su tratamiento y resolución, máxime teniendo en cuenta que en el sub lite no existía una situación de urgencia que tornara necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor decía conculcados”. Otros ejemplos pueden verse en Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., págs. 233 y sigts.

⁸⁴ Muratorio, Jorge I., Algunas consideraciones..., ob. cit., T. II, pág. 643.

⁸⁵ La hipótesis que genera más dudas es con respecto al recurso de reconsideración (o revocatoria, en el ámbito provincial) atento su carácter facultativo e interruptivo del plazo para accionar en el marco de las vías ordinarias (conf. art. 100 RLNPA y 18 inc. a del C.P.C.A.). Ampliar en Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., T. II, pág. 171/2.

En algún caso, la propia normativa despeja este interrogante, al permitir la interposición del recurso directo luego de intentar fallidamente una reconsideración (ver art. 8 de la ley 21.844).

⁸⁶ De todas formas, ante la circunstancia de que –como luego veremos- usualmente el recurso directo se presenta en sede administrativa, podría sostenerse que, por derivación del principio de formalismo moderado, así como de expresas previsiones que rigen el procedimiento administrativo (v.g., arts. 81 del R.L.N.P.A. u 88 del decreto ley 7647/70), la Administración debe otorgarle el trámite correspondiente –esto es, como recurso directo- a la impugnación impropia calificada como recurso administrativo. Ver, en este sentido, Canosa, Armando N., La pretensión..., ob. cit., T. I, pág. 456 o Muratorio, Jorge I., Algunas consideraciones..., ob. cit., T. II, pág. 641.

⁸⁷ Arts. 25 y 31 de la norma citada.

⁸⁸ Conf. art. 18 del C.P.C.A.

⁸⁹ Gallegos Fedriani sostiene, sin embargo, que el lapso de 30 días establecido por el art. 25 de la L.N.P.A. ha derogado los términos específicos establecidos con anterioridad a su sanción. En ese orden de ideas, señala que “el principio *lex generalis non derogat legi priori speciali* expresa una simple presunción para la comprensión de la voluntad del legislador, pero resulta inaplicable cuando, como en este caso, llevaría a negar toda vigencia a la norma general nueva en el mismo momento de comenzar a regir”, concluyendo que esta es una hipótesis análoga “al de derogación orgánica o institucional” (Recursos directos..., ob. cit., págs. 155/6). Acompaña este pensamiento Hutchinson, Tomás, Derecho procesal..., ob. cit., T. III, págs. 684/5.

⁹⁰ Por poner algún ejemplo, los arts. 83 de la ley 20.091 y 596 de la ley 20.094 establecen sólo 5 días para la promoción de los recursos directos allí contemplados.

⁹¹ Recordar, al respecto, la generosa enumeración efectuada por el art. 12 del C.P.C.A.

del acto ilícito, los cuales han de ser reclamados –sea administrativa o judicialmente- luego de obtenerse su revocación⁹².

Esta limitación parece encontrarse en línea, otra vez, con la celeridad que se le pretende imprimir a los recursos directos, que ciertamente podría verse obstaculizada si al proceso se le adicionan otros planteos, máxime cuando para su resolución habitualmente se requerirá la producción de abundantes elementos probatorios.

Con todo, una fuerte corriente sugiere permitir la acumulación de pretensiones en los recursos directos, con base en que resultaría muy gravoso para el afectado obligarlo a promover dos pleitos sucesivos para obtener la plena satisfacción de su interés⁹³.

Relacionado con lo que se viene exponiendo, históricamente se desestimó la posibilidad de recurrir a estas acciones especiales cuando no había una decisión expresa sobre el punto en conflicto, y aun cuando el particular hubiera instado dicha resolución, configurando el silencio administrativo de conformidad a las previsiones genéricas⁹⁴.

Empero, hace algunos años la Corte Suprema nacional echó por tierra esta difundida hermenéutica, haciendo especial hincapié en que es inaceptable “que sea el propio órgano administrativo a quien la ley confía, en primer lugar, la atribución de decidir (en forma sumarisima) sobre la petición formulada, quien, mediante una prolongada demora en la observancia de su cometido (...) termine produciendo nada menos que lo que el legislador, con toda evidencia, quiso evitar”. Ello así, concluyó que la aplicación del silencio a estos casos “antes que una desnaturalización del procedimiento aplicable, resulta un medio adecuado y coadyuvante, cuando no ejemplar, para el cumplido logro de los propósitos perseguidos por las normas sustanciales que rigen la controversia”⁹⁵.

Finalmente, existe consenso en que la interposición de un recurso judicial directo no acarrea per se la suspensión de la ejecución del acto impugnado, debiendo el afectado, en su caso, solicitar como medida cautelar la paralización de sus efectos⁹⁶. Este principio cede ante la existencia de una disposición especial⁹⁷ así como en supuestos en donde se cuestionan clausuras de comercios, en donde, por la especial naturaleza de la pena, la Corte Suprema nacional reputó inconstitucional que la impugnación judicial no implique su suspensión⁹⁸.

6.2.f.) Se deducen ante la propia Administración

Es común que la normativa establezca que los recursos directos se interpongan ante el órgano del cual emana el acto impugnado⁹⁹.

De hecho, parte de la doctrina entiende que dicha regla es aplicable a falta de regulación peculiar, justificando esta metodología en que resulta menester contar con las actuaciones administrativas –las cuales, justamente, se encuentran en la sede del órgano administrativo- para resolver la admisibilidad de la impugnación¹⁰⁰.

Como derivación de lo recién expuesto, en la práctica se reconoce a la entidad administrativa la facultad de analizar los aspectos formales de la impugnación y, por ende, conceder o denegar el recurso¹⁰¹. Se trata de un sistema análogo al establecido para el trámite de la apelación judicial, en donde, como es sabido, un primer examen de admisibilidad es efectuado por el órgano judicial inferior¹⁰².

Esta decisión, de todos modos, puede ser revisada por el tribunal competente para entender en el asunto, para lo cual el afectado debe realizar una presentación directa ante aquel, mediante un escrito que guarda estrecha analogía con la queja por denegación de apelación prevista en los ordenamientos

⁹² Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 329; ver, en similar sentido, Hutchinson, Tomás, Derecho procesal..., ob. cit., T. III, pág. 681.

⁹³ Ver, por ej., Canosa, Armando N., La pretensión..., ob. cit., T. I, pág. 458; o Zayat, Valeria E., Los recursos directos, ob. cit., pág. 795.

⁹⁴ Ver, por todos, el meduloso trabajo de Stupenengo, Juan A., Recursos administrativos y silencio de la Administración, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 3, sept. 2010, pág. 321 y sigts.

⁹⁵ Fallos: 332:611 (“Ávila”).

⁹⁶ Ver, por todos, Muratorio, Jorge I., Algunas consideraciones..., ob. cit., T. II, pág. 641 y Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., págs. 220 y sigts. En sentido contrario existe la solitaria posición de Agustín Gordillo, quien estima que ante la ausencia de norma expresa corresponde recurrir al art. 243 del C.P.C.C.N. relativo a la apelación ordinaria, en tanto allí se establece que tal remedio procede con efecto suspensivo (Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 10ª ed., Bs. As., 2011, T. V, págs. 53/4).

⁹⁷ Al estilo de las insertas en los arts. 83 de la ley 20.091, 82 de la ley 25.871, o 74 del C.P.C.A. (texto según ley 13.325).

⁹⁸ Conf. Fallos: 284:150 (Dumit) y 321:1043 (Lapiduz).

⁹⁹ Ver, por ej., art. 83 de la ley 20.094 o 59 de la ley 24.922.

¹⁰⁰ Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 173.

¹⁰¹ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 328. En sentido contrario se pronuncian Hutchinson (Derecho procesal..., ob. cit., T. III, págs. 689/90) y Muratorio (Algunas consideraciones..., ob. cit., T. II, pág. 639), al indicar que en caso de silencio de la normativa respectiva, la entidad debe limitarse a elevar la presentación, sin evaluar su admisibilidad.

¹⁰² Arg. arts. 243, 251 y concs. del C.P.C.C. y del C.P.C.C.N.

procesales civiles y que, en principio, debería contar con los recaudos y formalidades exigidos en sede procesal (arts. 282 y sigts. del C.P.C.C.N. y 275 y sigts. del C.P.C.C.)¹⁰³.

Sin embargo, se considera que si la impugnación se presenta directamente por ante el órgano judicial, tal equivocación no debería perjudicar al particular. Y ello sin perjuicio de la remisión de esa pieza al órgano administrativo a fin de que efectúe el análisis de admisibilidad pertinente¹⁰⁴.

6.2.g.) No suele preverse la participación del emisor del acto

Usualmente las leyes no contemplan la intervención de los litigantes en el recurso directo, al indicar que, recibidas las actuaciones por el tribunal, ha de resolverse sin más la cuestión planteada¹⁰⁵, lo que revela la desembozada intención de no bilateralizar la pretensión¹⁰⁶. Incluso en algún supuesto se consigna que sólo se escuchará al actor¹⁰⁷.

Esta manera de regular estos procesos dio lugar, antiguamente, a la práctica de muchos tribunales de omitir la concesión de un traslado a los órganos administrativos demandados, e, inclusive, de desestimar sus presentaciones espontáneas en apoyo de la decisión cuestionada, con base en que ellos habían actuado “como autoridad de primer grado, no estando, en consecuencia, legitimados como parte ante el tribunal judicial de alzada”¹⁰⁸.

Tal conclusión parte de una equivocada conceptualización de estos procesos especiales, ya que los mismos, como antes vimos, no son en puridad “recursos”, sino derechamente “acciones”.

Modernamente se justificó la no participación del Estado con base en que los recursos directos se circunscriben “a la revisión de una legalidad predominantemente formal”¹⁰⁹, lo cual tampoco se sostiene, pues, como es sabido, nuestros ordenamientos rituales no han consagrado un “proceso al acto” al estilo del perfeñado en el derecho francés. Ello así, no se advierten motivos que impidan garantizar aquí –como en cualquier otra controversia judicial donde se debate la validez de un acto administrativo- la intervención en juicio de los representantes de las entidades públicas a fin de resistir la pretensión anulatoria¹¹⁰.

Por derivación de estas ideas, la doctrina y jurisprudencia actualmente entienden que siempre corresponde sustanciar los recursos directos con las autoridades administrativas pertinentes¹¹¹, haciéndose foco en que “el control judicial de las decisiones administrativas no tiende meramente a la satisfacción del particular recurrente sino también al resguardo de las potestades del Estado y que negar a éste la posibilidad de hacer oír su opinión en tutela del interés público a través de los órganos especialmente creados para ello, significa un trastocamiento de los conceptos básicos de nuestra organización política”¹¹². Esta es, además, la línea en la que se enrola la legislación más moderna¹¹³.

En definitiva, en la hipótesis frecuente en que la normativa que instituya un recurso directo no establezca expresamente la bilateralización de la presentación, nada impide que el órgano judicial competente, en uso de sus connaturales facultades ordenatorias¹¹⁴, otorgue un traslado a la autoridad administrativa que dictó el acto cuestionado, por un lapso que, en principio, debería ser igual al que tuvo el agraviado para interponer el recurso directo¹¹⁵. Y, a estos fines, no parece indispensable declarar la inconstitucionalidad de la norma respectiva¹¹⁶.

¹⁰³ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 328. Ver, en este sentido, lo establecido expresamente en los arts. 74 del C.P.C.A. o 83 de la ley nacional 20.091.

¹⁰⁴ Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, págs. 173/4 quién, a su vez, relata que una jurisprudencia antigua consideraba que las impugnaciones interpuestas directamente en sede judicial debían desestimarse sin más trámite.

¹⁰⁵ Ver, por ej., el art. 74 del C.P.C.A. (texto según ley 13.325).

¹⁰⁶ Conf. Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., pág. 231.

¹⁰⁷ Así, el art. 75 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (ley 10.397, texto según ley 14.333) a propósito de la impugnación judicial de una clausura tributaria, establece que el juez competente dictará resolución “previa audiencia del apelante”.

¹⁰⁸ Ver, al respecto, González Arzac, Rafael M., Legitimación procesal de los órganos administrativos en los recursos judiciales contra sus decisiones, ED 48, pág. 853.

¹⁰⁹ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 329.

¹¹⁰ Conf. González Arzac, Rafael M., Legitimación procesal..., ob. cit., pág. 854. Algunas dudas se generan en los supuestos en que se impugnan decisiones materialmente jurisdiccionales de la Administración Pública, en donde esta última resuelve como tercero ajeno un diferendo entre dos sujetos, lo que habitualmente acontece en los entes reguladores de servicios públicos. Las diversas posiciones sobre esta problemática pueden verse en Stupenengo, Juan A., ¿Reviste carácter contencioso el recurso directo contra actos administrativos jurisdiccionales?, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 2005, pág. 278.

¹¹¹ Ver por todos Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., págs. 230 y sigts. y Zayat, Valeria E., Los recursos directos, ob. cit., págs. 802/4 y jurisprudencia mencionada en ambas obras.

¹¹² Conf. González Arzac, Rafael M., Legitimación procesal..., ob. cit., pág. 854.

¹¹³ Ver, por ej., arts. 40 de la ley 25.164 y 465 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹¹⁴ Arts. 34 inc. 5, o, si se quiere, arts. 246, 261 y concs. del C.P.C.C.N.

¹¹⁵ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 329.

¹¹⁶ Tal como lo piensan Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., pág. 232 y Zayat, Valeria E., Los recursos directos, ob. cit., pág. 804.

6.2.h.) Existen restricciones probatorias

La mayoría de las regulaciones que contemplan recursos directos no prevén expresamente el ofrecimiento ni la sustanciación de pruebas, por lo que la jurisprudencia ha entendido, usualmente, que es facultad discrecional de los tribunales ordenar su recepción¹¹⁷.

Incluso esta pauta se ve reflejada en alguna normativa. Así, por ej., el art. 40 de la ley 25.164, únicamente prevé la posibilidad de que el órgano judicial disponga “medidas para mejor proveer”.

Empero, habitualmente se admite la producción de las probanzas que fueron denegadas en la instancia administrativa¹¹⁸, siguiéndose una lógica similar a la establecida en el art. 260 inc 2 del C.P.C.C.N. para el recurso de apelación concedido en forma libre.

Por otro lado, la circunstancia de que ordinariamente sean órganos de alzada los que resuelvan estas controversias –habitualmente reticentes a admitir la producción de probanzas en su sede– conspira contra una interpretación generosa en esta materia¹¹⁹.

Con todo, se ha remarcado la conveniencia de modificar estos criterios restrictivos, a fin de garantizar la apertura a prueba en estas acciones de conformidad a las pautas que rigen los procesos ordinarios. Y es que de lo contrario se corre el peligro de convertir a la decisión que dicta la Administración “en una sentencia de primera instancia”, reduciéndose el control judicial, en la práctica, a un mero “control sobre la forma y la competencia del acto, pudiéndose llegar a configurar una auténtica denegación de justicia, cuando se le impide probar al particular los hechos en que se apoya la impugnación”¹²⁰.

6.2. i.) Son resueltos por una Cámara, cuya competencia es improrrogable

Resulta muy común que en los recursos directos se encomiende la decisión del asunto a un órgano de Alzada, lo cual parece responder tanto a la idea de abreviar la duración del proceso como, también, la de jerarquizar a determinadas reparticiones públicas, cuyos actos administrativos sólo pueden ser revisados por tribunales de renombre.

Asimismo, en el ámbito federal es usual que se asigne a un específico tribunal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dejándose de lado, así, las reglas de competencia territoriales establecidas en los ordenamientos rituales¹²¹.

Esta modalidad, como se comprende, privilegia la intervención de un órgano especializado en la controversia¹²², aunque sacrificando la comodidad del accionante, quién por hipótesis puede tener su domicilio en un lugar muy lejano a la Capital Federal.

En ese marco, un conocido precedente la Corte Suprema nacional –vinculado con el régimen sancionatorio en materia de empleo público establecido por la hoy derogada ley 22.140– avaló expresamente esta clase de disposiciones.

A tal fin, se señaló que la dinámica propia de los recursos directos “es indicativa del propósito legal de establecer un medio específico de control judicial, asignándolo al tribunal especializado en la materia de tal modo que, cualquiera sea el domicilio o lugar de desempeño del apelante, el cuestionamiento permita la intervención de la máxima autoridad jerárquica que es (...) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de esta Capital Federal”, apuntando que no resultan decisivas en esta materia “las pertinentes disposiciones procesales en orden a la jurisdicción territorial (...) dado que las mismas tienen en cuenta básicamente supuestos de derecho común”¹²³.

¹¹⁷ Ver por todos, Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 330.

¹¹⁸ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 330.

¹¹⁹ Ver, en este sentido, los pronunciamientos referenciados por Hutchinson (Derecho procesal..., ob. cit., T. III, pág. 695) en los cuales se indica que el derecho a ofrecer y producir prueba en los recursos judiciales directos es un supuesto excepcional, y a fin de evitar que la Cámara de Apelaciones se convierta en una primera instancia. Un panorama más detallado –y variopinto– de la cuestión, puede verse en Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., págs. 250 y sigts.

¹²⁰ Cassagne, Juan C., La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales, La Ley 1997-D, pág. 667.

¹²¹ Entre otros, véase el art. 59 de la ley 24.922, atribuyendo competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo o el art. 16 de la ley 22.315 estableciendo que las resoluciones de policía societaria son recurribles “ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, cuando se refieran a comerciantes o sociedades comerciales” y en cuanto a “asociaciones civiles y fundaciones” por ante “la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal”. Un ejemplo curioso sucedió en el ámbito provincial, en donde el art. 42 de la ley 11.477 preveía la intervención de la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Plata. Sin embargo, el Decreto 4528/93 vetó parcialmente el artículo, estableciéndose entonces, que correspondía conocer sobre el recurso directo allí establecido a la “Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de La Plata” sin precisar cuál de todas las Cámaras (civiles, penal, contencioso administrativa) de esa ciudad era la sindicada al respecto. Esta incertidumbre fue, luego, zanjada por el Alto Tribunal en la causa Ac. 91.506, Copeca (sent. del 31-VIII-2005), indicando que la competente era la contencioso administrativa.

¹²² Conf. Gallegos Fedriani, Pablo, Recursos directos..., ob. cit., pág. 206. Recuérdese que en la justicia federal sólo existe especialización plena en los tribunales ubicados en la Capital Federal, pues los que se residen en el interior del país son generalmente “multifuero” al entender en múltiples materias.

¹²³ Fallos: 310:2336 Maffei, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

Estas pautas deberían ser repensadas a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema nacional in re “Pedraza”, en el cual –si bien para el particular supuesto de la materia previsional- se censuró un sistema en donde los litigantes se veían compelidos “a acudir a tribunales ordinarios que distan centenares o miles de kilómetros del lugar donde residen, debiendo afrontar los costos que el cambio de sede implica”, y en tanto ello puede importar una clara afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva¹²⁴.

6.2. j.) Son procesos de única instancia ordinaria

Cómo lógica consecuencia de que usualmente los recursos directos son resueltos por una Cámara de Apelaciones, estos procesos se encuentran típicamente configurados como de única instancia ordinaria, pues la sentencia únicamente puede ser revisada mediante la promoción de recursos extraordinarios.

Esta singular característica fue puesta en tela de juicio en sede provincial, ya que la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata estimó que el régimen previsto en el art. 74 del C.P.C.A. exceptuaba de forma irrazonable el principio de doble instancia ordinaria que rige en el fuero contencioso administrativo y, por ende, dispuso que las impugnaciones tramitaran por ante los juzgados inferiores.

Dicha postura fue, sin embargo, desechada por la Suprema Corte provincial, al revocar tal aspecto del decisorio y señalar, en esencia, que la garantía de la doble instancia establecida en diversos pactos internacionales no se extiende a situaciones distintas al enjuiciamiento, atribución de responsabilidad e imposición de penas por la comisión de ilícitos comprendidos en la ley penal¹²⁵.

Más allá de lo recién expuesto, en el ámbito federal, y según una histórica postura de la Corte Suprema nacional, estos procesos eran de única instancia incluso cuando los recursos directos se resolvían por jueces federales. En efecto: se entendía que las decisiones de aquellos no toleraban, por regla, la apelación ordinaria, sino derechamente –y si se encontraban reunidos los restantes recaudos- el recurso extraordinario federal, salteándose, de ese modo, la intervención de la Cámara de Apelaciones respectiva¹²⁶.

Tal hermenéutica parece haber sido dejada de lado en un pronunciamiento reciente, vinculado con el régimen impugnatorio establecido en la ley 25.871 contra las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones, y encomendado, justamente, al conocimiento de órganos federales de primera instancia.

En esa ocasión, y ante la denegatoria por parte de la Cámara respectiva de entender en el asunto por la vía de la apelación ordinaria con base en el criterio antes señalado, el Alto Tribunal nacional hizo hincapié en que dicho ordenamiento “no contiene una norma expresamente restrictiva que impida a la cámara conocer, como natural tribunal de alzada, respecto de las sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia que llevan a cabo originariamente el control judicial sobre los actos jurisdiccionales cumplidos por la administración en el marco del citado ordenamiento”, concluyendo, entonces, que en los casos en que el legislador guardaba silencio correspondía considerar que esta clase de decisorios sí son apelables a tenor del principio genérico fijado en el art. 242 del C.P.C.C.N.¹²⁷

6.3. Algunos ejemplos de Recursos Directos en Nación y Provincia

A lo largo de este trabajo ya hemos mencionado muchos supuestos en los cuales las legislaciones –tanto federal como local- han instituido recursos directos para cuestionar actos administrativos referidos a las más diversas situaciones.

Sin embargo, al sólo efecto de completar el panorama de esta institución, así como demostrar que la regulación concreta de cada uno de los recursos directos muchas veces desmiente algunos de los principios antes descritos, a continuación se efectúa un breve análisis de dos acciones especiales que pueden revestir interés.

¹²⁴ Causa C. 766. XLIX. COM Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.S.E.S. s/Acción de amparo, sent. del 6-V-2014.

¹²⁵ Causa A. 68.436, Giannino, sent. del 25-VIII-2010.

¹²⁶ Conf. Luqui, Roberto E., Revisión judicial..., ob. cit., T. II, pág. 174, quien destaca lo acontecido en Fallos: 323:1635, en donde el máximo tribunal nacional entró a conocer lo resuelto por un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal en el marco del recurso establecido por el art. 12 de la ley 18.284. Ver más ejemplos en Tribiño, Carlos R., La Corte Suprema: competencia y vías de acceso, Ed. AbeledoPerrot, Bs. As., 2010, pág. 331.

¹²⁷ Causa O. 113. XLVIII, Ojeda Hernández, sent. del 10-VII-2014, comentada por Gallegos Fedriani, Pablo O., Apelabilidad de las sentencias cuando el recurso directo se interpone ante la primera instancia. Nueva doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en DPI Diario Administrativo, Año N° 2, N° 27 del 22 de julio de 2014.

6.3.a.) Impugnación de sanciones a empleados públicos nacionales

Los arts. 39 a 41 de la ley 25.164, al permitir que cualquier sanción disciplinaria¹²⁸ impuesta a agentes públicos federales sea cuestionada a través de un recurso directo, instituyen uno de los sistemas más amigables.

Algunas características salientes radican en el inusualmente extenso plazo para promover el recurso (90 días desde la notificación del acto de agravio) y en que la atribución de competencia territorial para resolver la controversia no es demasiado rígida, al intervenir “la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o (...) las cámaras federales con asiento en las provincias, según corresponda conforme al lugar de prestación de servicios del agente”¹²⁹.

Por otra parte, es dable apuntar que la demanda se plantea en sede judicial y, además, se contempla un traslado a los litigantes antes de resolver. Existen, sin embargo, implícitas restricciones probatorias, pues, como vimos, el art. 40 de la ley 25.164, sólo prevé el dictado de “medidas para mejor proveer”

Empero, la nota quizás más importante es que el recurso directo se presenta como “optativo”, pues el art. 39 de la ley 25.164 le permite al afectado elegir entre promover la acción especial o, en su caso, impugnar la sanción por la vía administrativa común “y una vez agotada ésta acudir a sede judicial”¹³⁰.

6.3.b.) Impugnación de resoluciones de colegios o consejos profesionales provinciales

El art. 74 del C.P.C.A. –en el texto otorgado por la ley 13.325– contempla un recurso directo a fin de cuestionar, por ante las Cámaras Contenciosas, los actos de los Colegios o Consejos Profesionales referidos “al gobierno de la matrícula o registro de profesionales y/o control disciplinario de los mismos”.

Esta vía responde en buena medida a los criterios tradicionales enumerados. En efecto, para comenzar existe consenso en que esta herramienta es preceptiva¹³¹. Por otra parte, el lapso para deducir la impugnación es acotado (15 días desde la notificación del acto), instrumentándose un sistema mediante el cual la impugnación se presenta por ante la autoridad colegial, a la que se le atribuye el control de admisibilidad del recurso y previéndose, como contrapartida, una queja ante la Cámara para el supuesto de desestimación *in limine* del remedio¹³².

Asimismo, el art. 74 del C.P.C.A. señala que el objeto de estas acciones especiales son los “actos administrativos definitivos”, lo cual da la pauta de que es menester agotar la vía en sede colegial. En otro orden de ideas, y como novedad, se prevé la suspensión automática de los efectos del acto cuestionado.

Ahora bien, este particular medio de impugnación resulta por demás abreviado, ya que no se contempla prácticamente ningún trámite para resolverlo, al punto que –al menos a estar a la literalidad de sus términos– cuando la Cámara recibe la petición “deberá llamar autos para sentencia y dictará el fallo definitivo dentro del plazo de sesenta (60) días” sin bilateralizar el trámite ni, mucho menos, abrir a prueba las actuaciones.

Estas deficiencias, aunadas a que la redacción del precepto trasuntaba la idea de efectuar una revisión meramente epidérmica de la actuación de los colegios, llevaron a que la Suprema Corte provincial reputara inconstitucional la regulación¹³³, aunque aclarando, al poco tiempo, que dicha invalidez no abarcaba la previsión relativa a que la impugnación se radique directamente en segunda instancia¹³⁴.

Se advierte, así, una postura mucho más reacia por parte del Alto Tribunal local en avalar estas acciones especiales, en contraposición al criterio permisivo seguido por la Corte Suprema nacional.

Como consecuencia de las decisiones antes mencionadas, a estas impugnaciones habría que aplicarles el trámite del proceso ordinario del C.P.C.A. atento su carácter residual¹³⁵, asimilándose entonces a los cuestionamientos a las resoluciones del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Fiscal de Apelación que, según

¹²⁸ Y no sólo aquellas segregativas, como acontecía en la derogada ley 22.140.

¹²⁹ Recuérdese que en la sistemática de la ley anterior (22.140) únicamente podía ocurrirse ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ubicada en Capital Federal, sin importar dónde trabajara el empleado.

¹³⁰ En el caso en que opte por no deducir el recurso directo, se ha interpretado que tras el agotamiento de la vía el agente tiene que cuestionar la sanción por ante la primera instancia de acuerdo a las pautas establecidas en el Título IV de la L.N.P.A. (conf. Muratorio, Jorge I., Algunas consideraciones..., ob. cit., T. II, pág. 643).

¹³¹ Conf. Cassagne, Juan C. - Perrino, Pablo E., El nuevo proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2006, págs. 379 y sigts.; Milanta, Claudia A., Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales, en A.A.V.V. El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, de Botassi, Carlos A. (Dtor.) Oroz, Miguel H. (Coord.), Ed. Platense, La Plata, 3ª ed., 2011, pág. 619.

¹³² Siendo competente la Cámara en lo Contencioso Administrativo que corresponda al lugar donde se produjo el hecho que motivó el acto cuestionado.

¹³³ Causa A. 68.782, Colegio de Bioquímicos, sent. del 22-XII-2008.

¹³⁴ Causa A. 68.436, Giannino, sent. del 25-VIII-2010.

¹³⁵ Conf. Schreginger, Marcelo, Procesos administrativos especiales, en A.A.V.V. Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La justicia administrativa, de Isabella, Diego P. (Dtor.) Ed. RAP, Bs. As., 2010, págs. 343/4. Excepto que el actor opte expresamente por la vía del sumario de ilegitimidad tal como lo permiten la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín (ver Cassagne, Juan C.-Perrino, Pablo E., El nuevo..., ob. cit., pág. 386 y Milanta, Claudia A., Reforma procesal..., ob. cit., pág. 632) y la de San Nicolás (conf. causa N° 2118 Hernández, int. del 14-X-2010).

lo establecido en el art. 2 de la ley 12.074 (texto según ley 13.405), tramitan por dicha vía ante las Cámaras Contenciosas “en instancia originaria y juicio pleno”.

Este criterio no resulta unánime, pues algunos tribunales han encausado estas pretensiones por otras vías procesales¹³⁶.

Finalmente, parece subsistir la exigencia del agotamiento de la vía previa, así como el exiguo término en el cual debe promoverse la impugnación. Por ello, y con más razón, ha de estimarse en vigencia la regla prevista en la parte final del art. 74 del C.P.C.A. vinculada con la suspensión de los efectos del acto de agravio por la mera promoción de la acción tendiente a su revocación.

7. La Acción autónoma o directa de inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires

7.1. El Control de Constitucional en el Sistema Bonaerense

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la legislación procedimental han moldeado diversas vías tendientes a garantizar la supremacía del contenido de texto constitucional, en aras de obtener la unidad del ordenamiento jurídico local. La piedra angular está constituida por el valioso Art. 57, cuya lectura consideramos imprescindible.

En tal contexto, las particularidades del sistema de control constitucional bonaerense, le imprimen las siguientes características: completo, positivo, expreso, judicial, mixto, reparador, concreto, incondicionado, amplio, y con efectos retroactivos¹³⁷.

El carácter judicial y mixto (que comprende y supera el control difuso propio del Sistema Constitucional Nacional) de nuestro sistema, trae aparejada la existencia de diversas herramientas procesales enderezadas a garantizar la preeminencia de la carta magna local. Como bien lo destaca Berizonce¹³⁸, para resguardar dicha prevalencia, el texto constitucional contempla como conductos procesales de contralor a la acción originaria de inconstitucionalidad (Art. 161 inc. 1), el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (Art. 161 inc. 1), el recurso extraordinario de nulidad (Art. 161 inc. 3, 168 y 171), el amparo (Art. 20 inc. 2 in fine), el Habeas Corpus (Art. 20 inc. 1), y el Habeas Data (Art. 20 inc. 2). Nos permitimos agregar que la nueva configuración de la justicia administrativa bonaerense -superando el anacrónico criterio que rigió con anterioridad en la jurisprudencia de la SCBA- permite el ejercicio del control de constitucionalidad en los casos sometidos a su jurisdicción (Conf. Art. 4, Art. 50 inc. 4 C.C.A.).

7.2 La acción originaria de inconstitucionalidad. El Tribunal competente para radicarla

La breve introducción planteada en el punto anterior, nos permite abocarnos al análisis de la demanda originaria de inconstitucionalidad regulada en los Arts. 683 a 688 del C.P.C.C. Liminarmente, podemos decir que se erige como un proceso especial que tramita en única instancia, ante el Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, es decir, la Suprema Corte de Justicia (Causa I.2297).

Huelga decir que, conteste al carácter mixto del sistema de control bonaerense, la jurisdicción del Supremo Tribunal no desplaza a las potestades de los demás estrados judiciales de la provincia para expedirse sobre la constitucionalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico bonaerense.

¹³⁶ Así, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata le acuerda a estas impugnaciones el trámite sumarísimo (conf. Milanta, Claudia A., Reforma procesal..., ob. cit., pág. 633) mientras que su par platense, a partir de lo resuelto en la causa N° 11.047, Galeano (int. del 9-IX-2010), revive a estos efectos -y en una singular interpretación- el procedimiento sumario especial del art. 74 del C.P.C.A. según el texto acordado por la ley 13.101, y que fue derogado por su similar 13.325.

¹³⁷ Ampliar en HANKOVITS, Francisco A. “La demanda originaria de inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires”, publicado en Revista de Derecho Procesal. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año 204. Pág. 211

¹³⁸ BERIZONCE, Roberto O., “La acción declarativa originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM.

7.3 Legitimación Activa

El texto constitucional bonaerense en el mencionado Art. 161, establece que la acción a entablarse deberá ser efectuada por “parte interesada”. Si bien el C.P.C.C. no replica este aspecto, corresponde señalar que la controversia por parte interesada constituye un requisito necesario para interponer la demanda originaria de inconstitucionalidad (Conf. SCBA I.1465, I.1315).

A los efectos de desentrañar la existencia del “interés” -y por añadidura la configuración de un caso o controversia- es menester que el mismo revista la calidad de ser particular y directo, situación que se configura cuando el ejercicio del derecho constitucional de quien deduce la acción se halla afectado- o ha de ser ineludiblemente lesionado (Causas I.2339, I.2340, I.2175). Esto apunta a que, el interés invocado deba estar vinculado con el reconocimiento o protección del derecho vulnerado de quien acciona (Causa I.68.475).

Es importante señalar que el adecuado desempeño del servicio de justicia requiere la existencia de un caso, causa o controversia, cuya manifestación típica podrá variar según la materia que informa al conflicto. A raíz de ello, los avances en materia de legitimación colectiva¹³⁹ (acuñada por la CSJN en los casos Halabi¹⁴⁰, Padec¹⁴¹, Consumidores Financieros¹⁴², Colegio de Abogados de Tucumán¹⁴³, entre otros) no pueden ser desconocidos al momento de analizar la viabilidad de la legitimación en este tipo de pretensiones. Esta posición se consolida con la expresa recepción de los estándares amplios de legitimación por la SCBA en la Causa “López” (C. 91576). Específicamente, en la Causa I.73296, la SCBA ha entendido que “...en algunos supuestos, como cuando se halla comprometida la defensa de los bienes de interés público (v.gr. los derechos de incidencia colectiva en general, art. 43, primer párrafo, de la Constitución nacional) la legitimación ofrece mayor amplitud...”.

7.4 Objeto. Tipo de Normas impugnables

Tanto el Art. 161 inc. 1 de la CPBA como el Art. 683 del C.P.C.C. estipulan que la acción bajo estudio recaerá sobre leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por la Constitución Bonaerense.

Es pacífica la jurisprudencia del Máximo Tribunal Bonaerense, al sostener que la acción que nos convoca tiene por objeto exclusivo aquellos ordenamientos jurídicos generales, abstractos e impersonales dirigidos a toda la comunidad, sea municipal o provincial respectivamente, independientemente de la denominación que adoptaren (Causas I.2171, I.2297, I.73429). Lo que se pretende, es efectuar una exégesis acerca de la validez en abstracto de las normas tachadas de inconstitucionalidad, sin que esto implique desatender la situación fáctica en la que habrá de ser incoada, la cual será determinante –como vimos ut supra- para configurar la existencia del “caso o controversia”.

Bajo estos alcances, atendiendo a la naturaleza general que revisten, las Acordadas emitidas por el Supremo Tribunal también han quedado englobadas dentro del objeto de la acción originaria de inconstitucionalidad (Causa I.1229).

Asimismo, los Pliegos de Bases y Condiciones Generales -por su calidad de reglamentos- (Causa I.71904), como así también los Pliegos de Condiciones Particulares y el acto que autoriza el llamado a una Licitación efectuado por conducto de Ordenanzas Municipales (Causa I.68276).

Quedan excluidas de su ámbito de aplicación los proyectos de ley que contaren con la aprobación en alguna de las Cámaras o en ambas, en caso de no mediar promulgación y/o publicación (Conf. Causa I.1512, I. 2145), los actos administrativos particulares o de aplicación (Conf. Causas I.1602, I.72580, B.72507, I.71618, I.71908, I.71848), Ordenanzas municipales dirigidas a sujetos determinados, o bien las sentencias judiciales. Tales normas se encuentran excluidas de este control, existiendo –por otro lado- vías que permiten buscar su corrección¹⁴⁴.

¹³⁹ Amparada en los Arts. 41 y 43 de la CN, y en los Arts. 28, 36, y 38 de la CPBA.

¹⁴⁰ Fallos 332:111

¹⁴¹ P.361.XLIII “PADEC el Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” del 21/10/2013.

¹⁴² CSJ 519/2012 (48-C) “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros” del 21/8/2013.

S.A. si ordinario”.

¹⁴³ CSJ 22/2009 (45-C) “Recurso de hecho deducido por la demandada en los autos Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro” del 14/4/2015.

¹⁴⁴ CAMPS, Carlos E. “Código Procesal Civil y Comercial. Anotado, comentado y concordado”. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Año 2012. Pág. 1857.

Tampoco ingresan en los contornos objetivos de la acción las resoluciones emanadas de organismos paraestatales (Ej.: Cajas de Previsión Social, Colegios Profesionales, Partidos Políticos) al no equipararse con dispositivos u ordenamientos emanados del poder público¹⁴⁵ (SCBA Ac. y Sent. 1974-I-278).

Un aspecto que ha suscitado interés en el último tiempo es el referido a si las leyes que se encuentran dirigidas a regir un supuesto determinado y particular (vgr. una ley declarativa de utilidad pública) pueden ser atacadas por la vía procesal sujeta a análisis. Dicha cuestión, pareciera encontrarse zanjada a partir del precedente "O'Connor" (Causa I.2107) -la cual fuera mencionada en otro capítulo- en donde la SCBA admitió la aplicación de esta herramienta procesal para objetar la constitucionalidad de una ley declarativa de utilidad pública, no obstante la peculiar naturaleza de la misma, la cual –en principio- no sería un mandato abstracto y general¹⁴⁶.

Finalmente, cabe advertir que el remedio judicial bajo trato no es procedente por violación de normas legales que solamente provocarían una transgresión constitucional en forma refleja, esto es, cuando sólo media quebrantamiento de una norma inferior de las disposiciones legales a las que está subordinada¹⁴⁷ (Ac. y Sent. 1963-II-932, Causa I.1329).

7.5 La confección de la demanda

La declaración de inconstitucionalidad de una norma se erige como una decisión de gravedad y trascendencia institucional, al encontrarse en juego el principio de división de los poderes que cimienta el sistema republicano de gobierno. Por tales motivos, es considerada como la última ratio del orden jurídico (Causas I.3106.).

Esta cuestión preliminar, tiene una incidencia profunda en la labor del letrado al momento de optar por esta vía procesal, además de cumplimentar con los extremos indicados en el Art. 330 y ss. del C.P.C.C. Como bien lo destaca Camps, un planteo de esta índole debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con un no menos sólido fundamento para ser atendida¹⁴⁸ (Causa I.2169).

De acuerdo a lo expuesto, las cargas específicas de la admisibilidad de la demanda¹⁴⁹ fijadas por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Bonaerense exigen la demostración de una relación concreta de las cláusulas superiores que se dicen transgredidas y la normativa puesta en tela de juicio, atento a que no basta para la suficiencia de la vía, en cuanto a la debida fundamentación exigida, la mera enunciación genérica de las normas constitucionales presumiblemente violadas (Causa I.1552). En palabras de la Suprema Corte, "...como requisitos de la demanda de inconstitucionalidad la indicación del derecho o garantía constitucional que se dice agraviado, la exposición clara y precisa del modo en que el precepto cuestionado quebrantaría las cláusulas constitucionales invocadas y la demostración de una relación directa entre estos y aquel" (Causa I.72036).

A raíz de ello, el litigante deberá inexorablemente individualizar y citar las normas constitucionales provinciales infringidas, y asimismo, indicar de qué modo quebranta a la norma impugnada (Conf. Ac. y Sent. 1969-334; B.49340).

7.6. Legitimación Pasiva. La Contestación de la Demanda

La legitimación pasiva de la acción bajo análisis, estará dirigida a las autoridades públicas estatales que hayan dictado las normas que componen el objeto de la demanda. En tal sentido, la pretensión será entablada contra la Provincia de Buenos Aires o sus entes autárquicos o descentralizados, y contra las municipalidades que componen el territorio bonaerense.

Cuando es demandado el Estado Provincial, a diferencia de lo que acontece cuando se lo demanda en los fueros civil, laboral y contencioso administrativo, será el Asesor General de Gobierno el encargado de comparecer en juicio y contestar demanda (Conf. Art. 686 inc. 1 C.P.C.C.). Si bien el Código ritual indica que su actuación procedería cuando se atacan actos provenientes del Poder Ejecutivo y Legislativo, también se ha extendido su intervención en los supuestos en los cuales se controviertan Acordadas emitidas por la SCBA (Conf. Causa I.1229). La participación de la Asesoría General de Gobierno en este

¹⁴⁵ MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto, TERRONE, "Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación", t. VII-B, Ed. Librería Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 451.

¹⁴⁶ Sobre estos aspectos, ampliar en RAPALINI, Gustavo Germán "La acción originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires para actos normativos... ¿"generales"?", publicado en LLBA2014 (diciembre), 1163.

¹⁴⁷ MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto, TERRONE, op., cit., pág. 457.

¹⁴⁸ CAMPS, Carlos E. op., cit., pág. 1859.

¹⁴⁹ HANKOVITS, Francisco A. op., cit., pág. 217.

tipo de pleitos se justifica a raíz de la insoslayable intervención previa que tiene dicho órgano en la confección de proyectos legislativos, de decretos, y de reglamentos y/o actos administrativos (Conf. Arts. 37 a 45 de la Ley 13757).

En lo que respecta a las municipalidades, los encargados de contestar las demandas incoadas serán los correspondientes representantes legales (Art. 686 inc. 2 C.P.C.C.), que según la L.O.M (Arts. 108 incs. 10 y 11) es el intendente municipal.

En todos los supuestos, el plazo para contestar la demanda será de quince (15) días (Conf. Art. 686 C.P.C.C.), y deberá adecuarse a los contornos indicados en los Arts. 352 y ss. del C.P.C.C.

Resta señalar que en los casos en que las normas objetadas repercutan en la labor y el funcionamiento de algún sujeto privado o público no estatal (vgr. Cajas de Previsión Social, Colegios Profesionales), la intervención de aquellos en la causa deberá sustanciarse en calidad de terceros, en los términos de los Arts. 89 y ss. del C.P.C.C. (Conf. I.1502).

7.7. Plazo para deducir la acción

El Art. 686 del C.P.C.C. estipula que el plazo con el que cuentan los interesados para deducir la demanda originaria de inconstitucionalidad será de treinta (30) días. El mismo, será computado "...desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor".

El contenido de la primera parte del artículo mencionado, nos obliga a reflexionar sobre dos aspectos. En primer término, la limitación temporal que impone el ordenamiento ritual únicamente resulta aplicable cuando el objeto de la acción consiste en cuestiones estrictamente patrimoniales. Como veremos luego, el plazo de caducidad no rige cuando en el marco de la pretensión, se ventilan cuestiones de carácter "no patrimonial".

El segundo tópico a considerar, se encuentra dado por la interpretación que se le debe asignar al momento en el cual tiene inicio el transcurso del plazo de treinta días. La doctrina legal de la SCBA ha indicado que ello ocurre cuando se produce la aplicación de la disposición cuestionada (Causas I.1451, I.1616, I.1655, I.2160, I.2270 entre otras). Los casos más comunes se originan ante la impugnación de las Ordenanzas Impositivas y Fiscales de los Municipios bonaerenses, o para objetar las Leyes impositivas dictadas por el Congreso de la Provincia. En estos supuestos, la SCBA tiene dicho que el plazo se contará a partir de la fecha en que se pudo en conocimiento la normativa cuestionada (Vgr.: fecha de publicación en el B.O.¹⁵⁰), o desde el acto aplicativo (Ej.: Día en que se labró el acta por la cual se dispuso una clausura)¹⁵¹.

El curso del plazo de caducidad no se suspende por la interposición de recursos administrativos, y por añadidura –por tratarse de pretensiones diversas– la demanda originaria no está sujeta a la realización del agotamiento de la vía (Causa I.2151).

La expiración del plazo fijado en el C.P.C.C. extingue la competencia de la Suprema Corte, dejando subsistentes las vías procesales ordinarias (Ej.: acción declarativa de certeza) para proceder a la defensa de sus intereses patrimoniales (Conf. Art. 684 segundo párrafo).

7.8. Supuestos excluidos

El recaudo temporal exigido para la procedencia de esta acción, queda expresamente atemperado por la estipulación de supuestos que permiten soslayar la interposición de la demanda dentro del plazo fijado por el C.P.C.C.

Cuando el objeto de la pretensión abarca cuestiones vinculadas con derechos de la personalidad no patrimoniales, o se discutan normas de carácter institucional, el Art. 685 indica que el plazo no regirá para estos casos. La SCBA ha considerado englobado en estos supuestos a los embates realizados contra normas que regulan el goce de beneficios previsionales (Causas I.2075, I.1931, I.2005, I.2024), cuando se objetaron normas referidas al acceso a la información pública (Causa I. 73783), etcétera.

La restante excepción en materia de plazos tiene cabida cuando la acción se incoa cuando los preceptos de la norma no han sido aplicados o si se ejercita con una finalidad "preventiva" (conf. Art. 685 párr. 2º). Esta modalidad es aplicable a todo tipo de supuestos, sean cuestiones patrimoniales, institucionales o en donde se discutan derechos personalísimos.

¹⁵⁰ Causa I.3230.

¹⁵¹ Causa I.1607.

El carácter preventivo se configura las normas que componen el objeto de la acción se encuentran conformadas definitivamente (sancionada, promulgada y publicada) pero aún sin entrar en vigencia (Ej.: cuando su aplicación queda diferida a una reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, o cuando la misma norma estipula que su vigencia se producirá en un plazo determinado).

7.9. Contenido de la Sentencia

Según lo dispuesto por el Art. 688 del C.P.C.C., “Si la Suprema Corte estimase que la ley, decreto, ordenanza o reglamento cuestionados, son contrarios a la cláusula o cláusulas de la Constitución que se citaron, deberá hacer la correspondiente declaración sobre los puntos discutidos. Si por el contrario, no halla infracción constitucional, desechará la demanda”.

Los alcances de la sentencia para este tipo de procedimientos, se compadece con las características inherentes de nuestro sistema constitucional, en virtud de que el fallo recaído únicamente tendrá efectos *inter partes* (y por lo tanto no *erga omnes*) y no derogatorio. Las normas objetadas (y eventualmente tachas de inconstitucionalidad) no perderán su operatividad y validez, conservando su plena operatividad, sin perjuicio de que recaigan otros pronunciamientos semejantes en los casos concretos que en adelante se sometan¹⁵².

8. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el ámbito Federal

A diferencia de lo que ocurre en la Provincia de Buenos Aires, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no prevé la acción autónoma de inconstitucionalidad como medio de preservar el respeto a la Constitución Nacional. Desde luego que, atento nuestro sistema de control de constitucionalidad “difuso”, cualquier juez, en cualquier tipo de proceso y en cualquier instancia, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma.

De todos modos, con anclaje en los artículos 43 de la Carta Magna¹⁵³ y en la acción declarativa de certeza del art. 322 del C.P.C.C.N.¹⁵⁴, en el ámbito nacional se ha generalizado el empleo de la demanda directa de inconstitucionalidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido esta acción autónoma a condición de que exista una controversia jurídica sumada a un estado actual de incertidumbre que haga presumir la violación de una regla constitucional.

Los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma será *inter partes* sin que corresponda considerarla derogada. Sin embargo, en algunos casos en los cuales se hallaban en juego derechos de incidencia colectiva, la Corte ha dispuesto expresamente el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad.

9. Bibliografía

Bastons, J. L. y Eliades, A. (2008). “La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense. Aportes para una teoría de la impregnación.”, en Bastons, J. L. – director-. *Derecho Público para Administrativistas*. La Plata: Librería Editora Platense.

Berizonce, R. O. “La acción declarativa originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires”. México: Instituto de Investigaciones de la UNAM.

Berizonce, R. O. (2009). *Tutelas Procesales Diferenciadas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Bonpland C. (1986). “Recurso judicial por sanciones disciplinarias”. Buenos Aires: LL 1986-A, p.107.

Botassi, C. A –director- y Oroz, M. H. E. (2011). *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.

Camps, C. (1999). “Medidas cautelares en el amparo”. Buenos Aires: JA 1999-I, p.946.

¹⁵² MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto, TERRONE, op., cit., pág. 463.

¹⁵³ La parte final del primer párrafo, referido a la acción de amparo, reza: “En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

¹⁵⁴ CPCCN, art. 322 (s/ ley 25.488): “Acción meramente declarativa. Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida”.

- Camps, C. (2012). *Código Procesal Civil y Comercial. Anotado, comentado y concordado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Camps, C. (2012). *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Canosa, A. (2007). "La pretensión procesal y su vinculación con el concepto de recurso en el derecho administrativo", en A.A.V.V. *Tratado de derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Cassagne, J. C. (1997). "La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos". Buenos Aires: LL 1997-D, p.667.
- Cassagne, J. C. y Perrino, P. E. (2006). *El nuevo proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Danielián, M. (2000). *Recursos judiciales y procedimientos administrativos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- De Lázzari, E. (1995). *Medidas Cautelares*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Ekmekdjian, M. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Fiorini, B. "Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan". Buenos Aires: LL 124, p.1367.
- Gallegos Fedriani, P. (2008). *Recursos directos: aspectos sustanciales y procesales*. Buenos Aires: RAP.
- Gambier, B. (2000). "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad". Buenos Aires: LL 2000-B, pág.274.
- González Arzac, R. M. "Legitimación procesal de los órganos administrativos en los recursos judiciales contras sus decisiones". Buenos Aires: ED- 48, p.853.
- Gordillo, A. (2002). "Efectos no suspensivos de la apelación contra la cautelar concedida en el amparo". Buenos Aires: La Ley 2002-A-847.
- Gozaíni, O. A. (1994). "Legitimación para actuar en el juicio de amparo". Buenos Aires: LL1994-C-997.
- Gozaíni, O. A. (2000) "El amparo como vía de prevención del daño". Buenos Aires: LL 2000-F-1105.
- Gozaíni, O. A. (2013). "Medidas cautelares contra el Estado". Buenos Aires: La Ley 06-05-2013, p.3.
- Hankivits, F. (2004). "La demanda originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Revista de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 211.
- Hutchinson, T. (2009). *Derecho procesal administrativo*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Isabella, D. (2009). "La nueva ley de amparo provincial". Buenos Aires: La Ley 2009-D-818.
- Isabella, D (2010). *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Justicia Administrativa. Buenos Aires: RAP.
- Joadnet, N. (2011). "El Habeas Data provincial y su reciente regulación. En referencia al dictado de la ley 14.214 y al fallo Ligresti de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Infojus: Id: DACF110055.
- Linares, J. F. "El recurso extraordinario contra decisiones administrativas". Buenos Aires: LL 132, p.1300.
- Luqui, R. E. (2005). *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Astrea.
- Mantarás, P. (2007). "Los recursos directos ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires". Buenos Aires: Rev. JA 2007-II Lexis Nexis, p.2
- Milanta, C. A (2011). *Reforma procesal administrativa de la provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales*", en Botassi, C. A –director- y Oroz, M. H. E. *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Morello, A. M., Sosa, G. y Berizonce, R. (1999). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Morello, A. M. y Vallefín, C. A. (2000). *El amparo –régimen procesal-*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Moreno, G. R. (2008). *Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Muratorio, J. I. (2007). "Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo", en Cassagne, J. C. –director-. *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Prieri Belmonte, D. A. (1999). "La acción de amparo y el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires, 1999-533.
- Prieri Belmonte, D. A. (2000). "La acción de amparo y los recursos extraordinarios en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: La Ley Buenos Aires, 2000-1442.
- Prieri Belmonte, D. A. (2005). "La acción de amparo en la justicia administrativa provincial". Buenos Aires: LL Bs.As. 2005, pág.123.
- Quiroga Lavie H. (1998). *El amparo colectivo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Rapalini, G. G. (2014). "La acción originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires para actos normativos...¿Generales?". Buenos Aires: LLBA 2014, 1163.
- Rizzi, G. (2009). "En Buenos Aires hay leyes de amparo (con motivo de la sanción de la ley 13.928)". Buenos Aires: La Ley 2009-B, 1005.

- Rizzi, G. (2012). "Protección cautelar en el proceso contencioso administrativo", en Camps, C. E. *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Sagues, N. (1995). *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Buenos Aires: Astrea.
- Schreginger, M. J. (2010). "Procesos administrativos especiales", en Isabella, D. P. *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La Justicia Administrativa*. Buenos Aires: RAP.
- Stupenengo, J. A. (2005). "¿Reviste carácter contencioso el recurso directo contra actos administrativos jurisdiccionales?". Buenos Aires: ED-Sup. Derecho Administrativo, 2005, p.278.
- Stupenengo, J. A. (2010). "Recursos administrativos y silencio de la Administración". Buenos Aires: Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 3, p.321.
- Tawil, G. S. (1990). "El recurso extraordinario y las decisiones emitidas por la Administración en ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales". Buenos Aires: La Ley 1990-E-908.
- Tawil, G. S. –director- (2011). *Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Tribiño, C.R. (2010). *La Corte Suprema: competencia y vías de acceso*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vallefn, C. A. (1998). "El recurso de apelación contra la decisión que rechaza una medida cautelar en la acción de amparo". Buenos Aires: La Ley 1998-D-172.
- Vanossi, J. R. (1984). "El amparo como instrumento de control de la administración pública". Buenos Aires: La Ley 1984-D-360.
- Zayat, V. (2011). "Los recursos directos", en Tawil, G. S. –director-. *Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Los autores

Bayón, Ariel Gustavo

Abogado, Procurador y Escribano por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo Municipal (Escuela de Abogados de la Administración Pública Provincial de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires) y finalizando la Especialización en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina). Designado por concurso de oposición y antecedentes como auxiliar docente en la Cátedra N°2 de la materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP a cargo del Dr. Carlos A. Botassi. Se desempeñó como letrado en la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría Legal y Técnica de la Municipalidad de La Plata (2010-2014). Actualmente ejerce el cargo de Director General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Planificación de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

Botassi, Carlos Alfredo

Abogado (UNLP). Doctor en Derecho. Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo IIª parte en la carrera de abogacía y de Actualidad en Derecho Público en la carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Director de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Ex Decano de dicha Facultad (2004-2007). Presidente de la Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo (2013-2016).

Cabral, Pablo Octavio

Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública, Maestrando en Derechos Humanos y Doctorando (UNLP). Designado por concurso de oposición y antecedentes como auxiliar docente en la Cátedra N°2 de la materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP- Profesor Adjunto por concurso de oposición y antecedentes de la materia Comunicación y Derechos Humanos de la Facultad de Comunicación y Periodismo de la UNLP. Coautor del libro Régimen de Empleo Público de la Provincia de Buenos Aires, entre otros artículos de la materia. Abogado de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la SCBA.

Celis Romero, Jéssica Romina

Abogada (UNLP). Colaboradora en la asignatura Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Deferrari, Sebastián

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo; Relator de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires; Profesor adjunto de Derecho Administrativo I en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata; Docente de la cátedra II de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata; Docente del Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y de la Especialización en Derecho Administrativo Municipal de la Escuela de Abogados de la Administración Pública Provincial.

Flores, Álvaro Bautista

Abogado, Procurador y Escribano por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Distinguido con el Premio “Joaquín V. González” al mejor promedio de su promoción (año 2009). Especialista en Derecho Administrativo por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Especialista en Contratos Administrativos por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente Adscripto a la Cátedra N° 2 de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNLP (Resolución HCD N° 291/2013). Es autor de diversas publicaciones en la materia y ha participado como asistente, moderador y ponente en Congresos y Jornadas. Actualmente, se desempeña como Asesor Letrado en la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOF SE).

Israel Silicaro, Franco

Abogado (UNLP). Ejerce su profesión de forma independiente en el sector privado y es socio del Estudio Jurídico Israel Silicaro. Colaborador en las asignaturas Derecho Administrativo I y II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Kinter, Enrique

Procurador (UNLP). Ejerce su profesión de forma independiente en el sector privado. Colaborador en las asignaturas Derecho Administrativo II, cátedra II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Leal, Irina Amelia

Abogada. Título expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesora Adjunta en la asignatura Derecho Administrativo II, Cátedra II, Comisión 6. Ex Profesora Adjunta en el Centro Universitario Regional Junín (UNLP). Docente Universitario. Título expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNLP, en virtud de haber cursado y aprobado la Carrera Docente Universitaria. Ex Asesora de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Relatora Letrada en la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires.

Milanta, Claudia Angélica Matilde

Abogada. Especialista en Derecho Administrativo y posgrado en Docencia Universitaria de la UNLP. Profesora Adjunta por concurso de antecedentes y oposición en la Materia Derecho Administrativo II, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Autora de diversas publicaciones en revistas especializadas de derecho público y coautora en diversas obras colectivas sobre derecho administrativo. Se desempeña como Jueza de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata.

Peluso, Natalia Mariel

Abogada (UNLP). Candidata a especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, con sede en La Plata. Colaboradora en la asignatura Derecho Administrativo II, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Ayudante graduada en la materia "Derecho Público Provincial y Municipal" en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCALP. Se desempeña en la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia de Buenos Aires.

Pinzás, Juan José Francisco

Abogado y Procurador (UNLP.). Cursada completa de la carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la UNLP, restando 4 (cuatro finales) para el título de especialista, actualmente prestando servicios en el Juzgado Contencioso Administrativo nro. 1 del Departamento Judicial La Plata. Ayudante de la Cátedra II Comisión VI de Derecho Administrativo II de la UNLP.

Richero, María Julia

Abogada, Especialista en Derecho Administrativo (UNLP), Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Administrativo II, cátedra 2 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Profesora Adjunta de la asignatura Derecho Administrativo II en la Universidad Católica de La Plata, Profesora de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la UNLP, Secretaria de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la UNLP, Secretaria del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 3 del Departamento Judicial La Plata.

Rivas, Leopoldo

Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Especialización en Derecho Administrativo (UNLP), contando con todas las materias aprobadas, restando sólo la tesina o trabajo de investigación final. Docente Adscripto en la Comisión 6 de Derecho Administrativo II, de ésta Facultad, desde el año 2011 a la fecha. Docente en el curso de Posgrado "Experto en Derecho Municipal – Módulo I", de la Universidad

de Morón, año 2007. Secretario en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N1 de La Plata (año 2008- actualidad).

Rizzi, Guillermo Fabián

Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo de la UNLP. Docente de grado por concurso de oposición y antecedentes en la materia Derecho Administrativo II, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Profesor adjunto de postgrado en la Especialización de Derecho Administrativo que se dicta en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, con sede en La Plata, en la materia Acto Administrativo. Autor de varios artículos, ponencias y diversas publicaciones en revistas especializadas de derecho público. Co-autor del libro: "Tratado de las Medidas Cautelares", bajo la dirección del doctor Carlos E. Camps. Actualmente se desempeña en la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, en el cargo de Auxiliar Letrado por concurso de oposición y antecedentes, ante la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo.

Tribiño, Guillermo Carlos

Abogado (UNLP), habiendo obtenido la distinción "Dr. Joaquín V. González", otorgada a los mejores promedios de dicha alta casa de estudios en el año 2003. Auxiliar rentado de primera de la asignatura Derecho Administrativo II, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, en un cargo al que arribó por concurso de oposición y antecedentes. Jefe de Trabajos Prácticos de la asignatura "Procedimientos administrativos general y especiales" en la especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, con sede en La Plata. Se desempeña como Relator Letrado de Ministro en la Suprema Corte de Justicia Bonaerense.

Vargas, Jonatan Cristian

Abogado (UNLP). Curso la Especialización en Asesoramiento Jurídico del Estado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (E.C.A.E). Abogado Dictaminante del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Se desempeñó como Asesor Jurídico del Secretario de Gestión y Articulación Institucional de la Nación. Coordinador de Programas Sociales. Se desempeña como Abogado de la matrícula desde 2013. Docente titular del Curso de Secretariado Jurídico y Notarial en Eddis Educativa (dependiente de la Universidad de Flores). Docente adscripto en la cátedra 2 de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNLP.

Villafañe, Homero Miguel

Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo de la UNLP. Adjunto de la asignatura Derecho Administrativo II, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, en un cargo al que arribó por concurso de oposición y antecedentes. Docente en la maestría en derecho procesal de la UNLP, así como en las especializaciones en Derecho Administrativo de la UNLP y Universidad Católica de La Plata y en la especialización en Derecho Procesal de la Universidad Notarial Argentina. Autor de diversas publicaciones en revistas especializadas de derecho público y coautor en diversas obras colectivas sobre derecho administrativo. Se desempeña como Relator Letrado de Ministro en la Suprema Corte de Justicia Bonaerense.

Villarreal, Lucio

Abogado (UNLP). Obtuvo la distinción "Dr. Joaquín V. González", otorgada a los mejores promedios de dicha alta casa de estudios en el año 2015. Ayudante Alumno en primer orden de mérito por concurso de oposición y antecedentes, en la asignatura Derecho Civil IV y colaborador en la asignatura Derecho Administrativo II, ambas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la mencionada alta casa de estudios. Actualmente se desempeña como empleado del Juzgado Federal N° 1 de La Plata.

Zaidman, Brenda

Abogada (UNLP). Candidata a especialista en derecho administrativo de dicha alta casa de estudios. Colaboradora en la asignatura Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Se desempeña en la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).

Derecho administrativo: dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo / Carlos Alfredo Botassi ... [et al.]; coordinación general de Pablo Octavio Cabral; dirigido por Carlos Alfredo Botassi. - 1a ed. - La Plata: Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2017.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-950-34-1534-4

1. Derecho Administrativo . 2. Proceso Administrativo. I. Botassi, Carlos Alfredo II. Cabral, Pablo Octavio, coord. III. Botassi, Carlos Alfredo, dir.
CDD 342

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata
47 N.º 380 / La Plata B1900AJP / Buenos Aires, Argentina
+54 221 427 3992 / 427 4898
edulp.editorial@gmail.com
www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2017

© 2017 - Edulp

S
sociales



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA