

Título: El procedimiento administrativo previo como una vía idónea y alternativa a la acción de amparo en la provincia de Buenos Aires

Autor: Cabral, Pablo O.

Publicado en: APBAAPBA 2010-6-675;

Cita Online: 0003/800886

"De esta manera, el concepto de garantía se iba extendiendo a todas aquellas instituciones, formas legales y procedimientos a los cuales se reconociera alguna eficacia para el ordenamiento político y jurídico de la sociedad. Así se formó el concepto amplio, primero, y después amplísimo, de garantía, en la búsqueda afanosa de la mayor seguridad jurídica posible para todos. Sin embargo, consideramos perjudicial y hasta peligrosa esa respetable tendencia. Cuando todo es garantía, nada es garantía". Sánchez Viamonte, Carlos, "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa" (*)

SUMARIO:

I. Introducción.- II. El fallo y su contexto histórico.- III. Los argumentos mayoritarios: a) No acreditación de la inconducencia del procedimiento administrativo; b) Los requisitos constitucionales del amparo; c) Existencia de trámites legales aptos; d) Opción entre la vía administrativa y la acción de amparo; e) Ausencia de razones de urgencia; f) El amparo no puede subsanar el incumplimiento de los requisitos de habilitación de la vía judicial ordinaria; g) El carácter previsional de la cuestión no es suficiente.- IV. Los argumentos de la minoría: a) Interpretación normativa; b) Vencimiento del plazo de interposición del recurso administrativo; c) Aplicación de principios constitucionales protectores de los trabajadores públicos.- V. Algunas consideraciones críticas: a) Inexistencia de un remedio procesal ordinario más idóneo que el amparo; b) Aplicación del principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos laborales.- VI. Proyección de la sentencia: a) Nuevamente sobre el contexto histórico; b) La especial protección de algunos derechos fundamentales; c) La reconducción de la acción frente a la existencia de un proceso judicial ordinario más idóneo que el amparo.- VII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Este precedente del máximo tribunal de justicia de la provincia de Buenos Aires es reflejo de un pasado donde la Suprema Corte monopolizaba la resolución de los juicios contra el Estado, en ejercicio de una competencia transitoria. Su estudio nos permite el análisis de ciertos aspectos fundamentales de nuestro sistema judicial vinculados con el acceso a la justicia -en particular, las vías procesales para su efectivización-, con las tradicionales prerrogativas del Estado y los derechos fundamentales de los trabajadores estatales.

Me propongo describir el momento histórico de nuestro sistema judicial que permitió que se dictara el precedente de la Suprema Corte en estudio, desplegando los fundamentos tanto de la mayoría como del voto minoritario, adelantando aquí mi inclinación por estos últimos argumentos, sin desconocer la razonabilidad de la postura triunfante en la votación.

Por último, entiendo que en la actualidad el proceso contencioso administrativo regulado por la ley 12008 y modifs., 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 pueda insumir su reconducción procesal perjudique la efectividad del remedio intentado.

II. EL FALLO Y SU CONTEXTO HISTÓRICO

La acción de amparo tuvo su origen en la demanda presentada por una empleada pública que se desempeñaba como jefe del Servicio de Odontología del Hospital Zonal General de Agudos Dr. Ricardo Gutiérrez de la ciudad de La Plata, y que fue jubilada en forma oficiosa por el Estado bonaerense unos meses antes de que adquiriera la antigüedad necesaria para obtener una jubilación más importante. La particularidad por la que se resuelve el presente caso es que, en forma paralela a la interposición de la acción judicial de excepción intentada, la actora impugnó en sede administrativa la decisión de su empleador mediante la articulación de un recurso de revocatoria, que -posteriormente- fue rechazado por haberse presentado fuera del plazo establecido legalmente para hacerlo.

La sentencia se encuentra integrada por un voto minoritario de la preopinante Dra. Hilda Kogan, quien, con la adhesión del Dr. Héctor Negri, hace lugar -con algunas modificaciones- a la pretensión actoral, y una mayoría integrada por el resto del tribunal, que, con fundamentos en los votos de los magistrados Luis E. Genoud, Daniel F. Soria y Juan C. Hitters, rechazó la acción por considerar que los recaudos de admisibilidad del amparo no se encontraban reunidos en autos, por existir una vía administrativa previa y apta para proteger los derechos del actor.

La importancia del momento en que la demanda fue interpuesta -cuya pretensión es la anulación de un acto

administrativo y el reconocimiento de un derecho previsional en el marco de una relación de empleo público- está dada por el tipo de competencia, esencialmente transitoria, que ejerció la Suprema Corte al sentenciar la causa, y por la posterior instalación de un nuevo sistema judicial, donde dicha competencia se depositó en cabeza de un nuevo fuero descentralizado con atribución para entender en las llamadas causas contencioso-administrativas.

Hasta el año 1994, en que se reformó la Constitución de la provincia de Buenos Aires, la competencia en lo contencioso administrativo se encontraba atribuida a la Suprema Corte, quien entendía en dichos casos en forma originaria y aplicaba el antiguo Código Procesal Contencioso Administrativo (ley 2961) (1). En dicho sistema la acción de amparo -proceso regulado en la ley 7166 - prácticamente no tenía aplicación en los casos en que el demandado fuera el Estado, pues según un criterio jurisprudencial del máximo tribunal en dichas causas se juzgaba una competencia exclusiva y originaria de la Corte, quien paradójicamente no reunía el requisito de "cualquier juez" al que la ley le otorgaba intervención (2). Así sucedía que cuando un magistrado de primera instancia de cualquier otro fuero entendía en la tramitación de una acción de amparo contra un ente público, al oponerse la excepción por el representante del Fisco o llegar a la Corte por la vía recursiva, el máximo tribunal entendía afectada su competencia originaria, asumiendo la intervención en el caso, anulando todo lo actuado y mandando a archivar la mismas por no ser ella uno de los órganos con competencia para entender en los procesos de amparo (3). Así, al interpretar la Corte con un sentido muy amplio el concepto de caso contencioso administrativo -que dispara su competencia originaria y exclusiva-, no hizo otra cosa que asfixiar el campo reconocido para la acción de amparo regulada en la ley 7166 (4).

Este sistema de justicia administrativa fue transformado por la Constitución reformada en 1994, que en su art. 166 (5) otorgó competencia en los casos originados por la actuación u omisión del Estado a los tribunales en lo Contencioso Administrativo, y en su art. 215 (6) dispuso que el nuevo fuero, así como la nueva ley procesal, entrarían en vigencia conjunta antes del 1/10/1997, aclarando que -hasta tanto comenzasen a funcionar los nuevos órganos judiciales- la Suprema Corte de Justicia decidiría, en única instancia y juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero (7).

Esta transición se extendió hasta que, en fecha 15/12/2003, se pusieron en marcha los primeros juzgados en lo Contencioso Administrativo, entre ellos, el ubicado en la ciudad de La Plata, que -a partir de su inicio de actividades- serían competentes en causas como la que dio origen a la sentencia en comentario.

Corresponde destacar que la demanda judicial fue interpuesta por la Sra. Elsa Álvarez en fecha 14/11/2003 (a menos de un mes del efectivo cambio de sistema), luego de que fuera notificada el 30 de septiembre de la decisión por la que el ministro de Salud dispuso su cese en el cargo, y contra el que -el 23 de octubre- el actor interpusiera recurso de revocatoria en sede administrativa.

En posterior jurisprudencia la propia Suprema Corte bonaerense determinó como fecha de corte para entender en acciones de amparo el 15/12/2003, quedando aquellas causas ingresadas en dicha fecha o con posterioridad ajenas a su competencia (8).

En mi opinión, esta especial circunstancia temporal plantea una disyuntiva respecto del proceso judicial ordinario frente al cual comparar la excepcional vía del amparo, ya que el antiguo sistema contencioso administrativo -previo a la reforma constitucional de 1994- no garantizaba la tutela judicial efectiva como lo hace la nueva Justicia Administrativa, en especial, a través de la flexibilidad procesal respecto de los requisitos de habilitación de la instancia y de la variedad de herramientas cautelares de las que dispone el Código Procesal Administrativo hoy vigente (9).

Si bien la sentencia en estudio es de factura reciente (12/8/2009), el carril común, que -al momento de interponer la demanda- se encontraba disponible para el actor, no era el actual proceso administrativo regulado por la ley 12008 y modifs., sino el pretoriano trámite de transición que la Suprema Corte utilizaba para resolver las causas contencioso-administrativas, aplicando en algunos casos el derogado Código Varela y -en otros- interpretando en forma directa la Constitución bonaerense juntamente con las normas del proceso civil y comercial.

III. LOS ARGUMENTOS MAYORITARIOS

A fin de no reiterar conceptos expuestos en el cuerpo de la propia sentencia que aquí se comenta, realizaré una sintética enumeración de los argumentos de los votos que dieron fundamento a la decisión mayoritaria:

a) No acreditación de la inconducencia del procedimiento administrativo

El actor no acreditó que el procedimiento administrativo fuera inconducente por demoras en su tramitación o por la firmeza del acto cuestionado. Se agrega que tanto el planteo administrativo como el judicial tienen igual objeto (voto del Dr. Genoud).

b) Los requisitos constitucionales del amparo

El art. 20 , inc. 2, Const. prov. 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 (voto del Dr. Genoud).

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 (criterio jurisprudencial de la Corte Sup., referido en el voto del Dr. Hitters).

c) Existencia de trámites legales aptos

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 del fallo "Recovering S.A." , citada en el voto de los magistrados Dres. Genoud y Soria).

d) Opción entre la vía administrativa y la acción de amparo

Frente a las diferentes vías procesales que el ordenamiento le ofrece al ciudadano para defender sus derechos, queda al arbitrio del afectado elegir aquella que considere más favorable a sus intereses; ahora, habiendo instado la vía administrativa, no procede interferir en la forma propuesta por la acción de amparo (voto del Dr. Soria).

e) Ausencia de razones de urgencia

La vía del amparo debe ser utilizada cuando existan razones de urgencia en atención a las particularidades del caso, debido a la naturaleza de los bienes comprometidos y el derecho afectado (votos de los magistrados Dres. Soria y Hitters).

Es necesario demostrar la razón por la cual la acción contencioso-administrativa no resulta ser un sendero eficiente para la obtención del resultado que persigue a través de la interposición de la acción de amparo, o que la utilización de dicho proceso común pudiera irrogarle un daño grave o irreparable (voto del Dr. Hitters, con cita de precedentes de la propia Suprema Corte).

f) El amparo no puede subsanar el incumplimiento de los requisitos de habilitación de la vía judicial ordinaria

Si el hecho de que los recursos administrativos previos fueran desestimados por extemporáneos habilitara a promover el amparo por extinción de la vía ordinaria, se caería en el absurdo de justificar generalizadamente la procedencia de esta vía excepcional con sólo incumplir -deliberadamente o por negligencia- las condiciones establecidas para declarar admisibles los procesos judiciales ordinarios (voto del Dr. Hitters).

g) El carácter previsional de la cuestión no es suficiente

No obstante el carácter previsional del reclamo, se advierte que la actora viene percibiendo su jubilación en forma regular, impugnando mediante la acción una modificación en la base de cálculo de dicho haber (voto del Dr. Hitters).

IV. LOS ARGUMENTOS DE LA MINORÍA

En su voto, la Dra. Kogan al ingresar al fondo de la cuestión planteada, referente a derechos provisionales en el marco de una relación de empleo público provincial, propone la anulación del acto impugnado, ordenándosele a la demandada que -a través del Instituto de Previsión Social- readecue el beneficio provisional de la actora.

a) Interpretación normativa

En cuanto a la coexistencia de un recurso administrativo expone el siguiente razonamiento de interpretación normativa: a) cuando el art. 20 , Const. Bs. As. hace referencia a la imposibilidad de uso de "los remedios ordinarios" se está refiriendo a los remedios judiciales ordinarios, excluyendo de tal concepto a los recursos administrativos; b) el art. 43 , CN dispone que la acción de amparo podrá imponerse siempre que no exista otro medio judicial más idóneo; c) refiere la aplicación al caso de lo normado al respecto por los tratados internacionales de derechos humanos (arts. 8 .I y 25.I , CADH).

b) Vencimiento del plazo de interposición del recurso administrativo

Respecto de las concretas situaciones vinculadas al procedimiento administrativo en que se hallaba la accionante la minoría razonó de la siguiente forma: frente a la circunstancia de que el plazo para interponer el

recurso administrativo se hallaba vencido, el actor debió considerar que no le quedaba otra vía que la judicial -mediante el amparo- para intentar proteger sus derechos.

c) Aplicación de principios constitucionales protectores de los trabajadores públicos

Finalmente trae al caso los principios protectores de los empleados públicos receptados positivamente en nuestra Constitución provincial en su art. 39 , en especial, aquel que establece que en materia laboral y de seguridad social en caso de duda debe primar una interpretación favorable al trabajador [\(10\)](#).

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Vistos ya cuáles fueron los argumentos dados por unos y por otros, quisiera exponer, con las dispensas de quien opina sin haber visto el expediente judicial, algunos argumentos no considerados -al menos expresamente- por los magistrados intervinientes, que podrían haber alterado el sentido de la decisión: la inexistencia de un remedio procesal ordinario más idóneo que la acción de amparo y la aplicación del principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

a) Inexistencia de un remedio procesal ordinario más idóneo que el amparo

En este punto quisiera analizar cuál era el remedio procesal ordinario más idóneo que la acción de amparo intentada que tenía a su disposición la empleada pública accionante.

Pretendo sostener que el proceso contencioso administrativo -hoy indiscutible vía idónea ordinaria frente a las conductas del Estado que afectan derechos de los ciudadanos- al momento de interponer la acción de amparo presentaba una transitoriedad normativa -procedimental y jurisdiccional- que bien pudo llevar a la afectada a optar por la conocida vía procesal elegida y desechar presentar una acción de nulidad ante la propia Suprema Corte -antes del 15/12/2003- o ante el nuevo fuero, luego de esa fecha.

Como lo sostienen Cassagne y Perrino, en el proceso de creación y puesta en marcha del nuevo fuero contencioso administrativo "las autoridades provinciales mantuvieron un errático criterio respecto del alcance y del contenido de la nueva legislación adjetiva y al modo en que se organizaría el nuevo fuero. Ello fue un factor determinante de la perniciosa indefinición en la cual quedó sumida su puesta en funcionamiento" [\(11\)](#).

Así, la Suprema Corte comenzó -a través de su jurisprudencia- rechazando la operatividad de la cláusula constitucional y de la ley 12008 (nuevo Código Procesal Administrativo) y aplicando el viejo y derogado Código Varela (ley 2961) [\(12\)](#). Luego -en el año 2002- la Corte dio un giro en su interpretación del tema, aceptando la operatividad del art. 166 , Const. prov. y aplicando las normas procesales del Código ritual Civil y Comercial [\(13\)](#). Finalmente, con el inicio de actividades del nuevo fuero, el máximo tribunal provincial dispuso la aplicación del nuevo Código Procesal Administrativo tanto a los nuevos tribunales como a la Suprema Corte de la provincia, en la medida en que no resulten incompatibles con la competencia transitoria dispuesta en el art. 215 de la Constitución bonaerense [\(14\)](#).

En este contexto normativo y jurisprudencial, al momento de tener que impugnar judicialmente la decisión administrativa, el actor se encontraba por un lado con la acción de amparo regulada en la ley 7166 y por el otro con un proceso contencioso administrativo que, en oposición a las claras normas constitucionales, era juzgado por el máximo tribunal provincial en ejercicio de una competencia transitoria, en el que no se aplicaba la norma procesal formalmente vigente, sino que durante un tiempo se utilizó un Código expresamente derogado y luego se recurrió directamente a la Constitución provincial y a las normas del procedimiento civil y comercial. Es preciso destacar que las sucesivas modificaciones fueron dadas por los cambios jurisprudenciales de la Suprema Corte, que, a pesar del progresivo avance en la puesta en marcha del nuevo fuero, no era clara respecto del agotamiento de la vía administrativa previa ni del carácter revisor de la Justicia Administrativa, a la luz de la nueva disposición al respecto de la Constitución bonaerense reformada en 1994, que receptó el principio de "innecesariedad" del agotamiento de la vía administrativa, salvo en los supuestos en que la ley procesal establezca tal requisito como obligatorio.

Toda esta situación hizo razonable que el actor considerara que el inestable proceso administrativo no fuera la vía idónea que, como alternativa al amparo, pudiera dar respuesta a su reclamo de justicia.

En los argumentos de la mayoría se destacó que el accionante no acreditó que se le haya cercenado el derecho a ejercer todas las vías con las que cuenta en el marco del procedimiento iniciado en sede administrativa, ni explicó la razón por la cual los mecanismos específicos previstos por el ordenamiento jurídico vigente no constituyeron una vía idónea para la obtención del resultado que persigue, ni -por último- tampoco demostró la razón por la cual la acción contencioso-administrativa no resultaba ser un sendero eficiente para la obtención del resultado que persiguió luego a través de la acción de amparo.

Para la minoría la vía del procedimiento y posterior demanda contencioso-administrativa no reunía el

carácter de proceso alternativo idóneo. Así, dijo la Dra. Kogan: "Para más, merece ponerse de relieve que en este caso el recurso administrativo pendiente de decisión al interponerse la demanda fue deducido por la actora luego de vencido el plazo que tenía para hacerlo, por lo que bien pudo considerar que, dada la situación en la que se encontraba no tenía otra vía que no sea la que intentó para tratar de restablecer sus derechos".

En mi opinión, el tribunal bien pudo considerar de oficio -y en aplicación del principio de tutela judicial efectiva dispuesto en el art. 15, Const. prov. (15)- estas especiales circunstancias que hicieron que -a finales del año 2003 y antes de la puesta en funcionamiento del nuevo fuero- el proceso contencioso administrativo no fuera una vía idónea para realizar la impugnación judicial de la actividad administrativa.

b) Aplicación del principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos laborales (16)

Entre los argumentos de la mayoría se expresa que el ciudadano al optar libremente por una de las vías procesales que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para exigir la protección de sus derechos cierra la posibilidad de recurrir a la que dejó de lado. El Dr. Soria dice al respecto: "Del otro, dado que los diferentes institutos procesales previstos en la ley para paliar las situaciones gravosas son consagrados a favor de los administrados, y verificándose las condiciones de admisibilidad de cada uno de ellos, queda a su arbitrio la elección de aquel que consideren más favorable a sus intereses. Mas, habiéndose instado la vía de impugnación ante la Administración, no cabe interferir en la forma propuesta en este amparo".

Es decir que al presentar el recurso en sede administrativa el agente renuncia a recurrir a una vía judicial idónea para reclamar justicia. Entiendo que según este argumento se produce un menoscabo en los derechos constitucionales del empleado público en virtud de una presunción de renuncia a sus derechos, en contradicción con el principio constitucional que lo prohíbe.

La irrenunciabilidad de los derechos es la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho del trabajo en su beneficio. Este principio pone por sobre la voluntad de las partes contratantes, manifestada a través de la renuncia, las normas del orden público laboral que establecen condiciones beneficiosas para el trabajador, no reconociéndole eficacia jurídica a la declaración del empleado de privarse del ejercicio de los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico.

Como manifestaron Pérez Botija y Bayón Chacón: "El fin del principio de irrenunciabilidad es la protección de quien, por su situación económica y social menos privilegiada, puede ser fácilmente coaccionado y obligado a renunciar al ejercicio de un derecho muchas veces presunto y discutible, frente a una oferta que venga a remediar, con su valor numérico inferior, una necesidad de atención urgente, incluso en los casos en que no fuera posible probar debidamente el fraude a la ley ni la existencia de una vis compulsiva suficiente para invalidar el acto de renuncia" (17).

El nacimiento del principio de irrenunciabilidad en el ámbito de las relaciones laborales, opuesto a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad, tiene su explicación en que esa igualdad y libertad de las partes, reinante en el plano jurídico, no refleja la realidad socio-económica de desigualdad entre los contratantes en una relación de trabajo dentro de una sociedad capitalista.

El principio de irrenunciabilidad ha sido utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en autos "Ferrari, Raúl F. v. Piantoni Hnos. S.A. s/ diferencia de haberes", donde afirmó que "Cabe liminarmente señalar para un correcto enfoque del caso y en relación a la 'expresión tácita del voluntad' referida a fs. 161 vta. del veredicto, que mientras el principio de renunciabilidad es la regla en el ámbito del derecho común, en el del derecho laboral rige precisamente su opuesto: el principio de irrenunciabilidad. Precisamente el art. 58 de la ley sustantiva incorrectamente aplicado en el fallo representa una de las normas legales inspiradas en tal principio, disponiendo la inadmisibilidad de todo tipo de presunciones 'que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o cualquier otro derecho' del trabajador, con la sola excepción que se verifique un 'comportamiento inequívoco' en ese sentido. En consecuencia, la renuncia que efectuare el trabajador de algún derecho consagrado por el ordenamiento laboral, deviene imperativamente en una circunstancia atípica y excepcional" (18).

En materia de empleo público la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, sala 1ª, en autos "Ucar, José G. v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ despido injustificado" dijo, a través del voto del juez Sosa, que "Constituye un principio inconcuso, que los derechos a la indemnización por despido injustificado son irrenunciables. Recuerdo, como lo subraya el apelante, que el art. 39, inc. 3, Const. prov., consagra que en materia laboral, '...regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social... en beneficio del trabajador, primacía de la verdad, indemnidad,... y, en caso de duda...', se impone una '...interpretación a favor del trabajador'" (19).

La Corte provincial también afirmó, obiter dictum, que el Estado no puede mediante una norma establecer el

pase de un agente público de la planta permanente a la planta temporaria ya que se violaría el principio de irrenunciabilidad, garantizado en la Constitución bonaerense. Dijo el Dr. Roncoroni en autos "Bontempo, Héctor H. v. Provincia de Buenos Aires (Cámara de Diputados) s/ demanda contencioso administrativa" que "De lo expuesto queda claro que no existía la posibilidad del pase de los agentes a la planta temporaria -sin estabilidad-, lo que por lo demás hubiera sido inconstitucional por el principio protector que rige las relaciones laborales a favor de la parte más débil de la misma, que prohíbe la variación en su perjuicio y establece la irrenunciabilidad de sus derechos" (20). Aquí la Corte enfatizó el papel que debe cumplir el principio de irrenunciabilidad a la hora de proteger el derecho a la estabilidad del empleado público.

El principio de irrenunciabilidad también se vincula con el problema de la pérdida de la efectividad de un derecho como consecuencia de su no uso durante un cierto lapso de tiempo, que se manifiesta jurídicamente a través de los institutos de la prescripción y la caducidad.

En el caso, considero que entender que al optar por interponer un recurso en sede administrativa el agente público está renunciando a su derecho de recurrir a la justicia mediante la interposición de una acción de amparo, violenta el principio protectorio de irrenunciabilidad de los derechos dispuesto expresamente en el art. 39, Const. prov.

VI. PROYECCIÓN DE LA SENTENCIA

a) Nuevamente sobre el contexto histórico

La puesta en marcha del nuevo fuero Contencioso Administrativo, la vigencia de la ley procesal dictada para regular los juicios que allí tramiten y la modificación del régimen legal del amparo hacen que se relativice la proyección de la doctrina del fallo en comentario.

Como ya adelanté, la situación de incertidumbre normativa respecto del funcionamiento del nuevo fuero Contencioso Administrativo que existía a finales de 2003 fue superada, existiendo hoy un proceso administrativo que en la mayoría de los casos se transforma en aquella vía judicial ordinaria e idónea para la discusión de los conflictos, la protección de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

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 13928) 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 reconvenición e incidentes" (21).

A esto debe sumarse que la Suprema Corte de Justicia provincial, mediante resolución 1358/2006, dispuso un régimen de sorteo de las causas de amparo por receptoría general de expediente de cada departamento judicial, entre todos los órganos jurisdiccionales de primera instancia o instancia única de los fueros Civil y Comercial, Penal, Laboral, de Familia, de Menores y Contencioso Administrativo. Es decir, eliminó -como criterio de asignación de causas que tramitan por amparo- la materia en que es competente cada organismo judicial (22).

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 13928. 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 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. prov.). Por tanto, esto también supone entender que las vías ordinarias a las que refiere el art. 2, inc. 1, son aquellas exclusivamente judiciales" (23).

b) La especial protección de algunos derechos fundamentales

En el voto del Dr. Hitters se hace 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: "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..." (24).

Retomando las ideas de Carlos Sánchez Viamonte expuestas al comienzo de la presente nota a fallo, resulta imprescindible establecer algún tipo de diferenciación entre aquellos derechos cuya naturaleza exige la protección de especiales garantías procesales -como el amparo- y 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.

c) La reconducción de la acción frente a la existencia de un proceso judicial ordinario más idóneo que el amparo

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 art. 15, Const. prov.-, 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 L. Bastons y Analía Eliades, 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 cuáles son las alternativas procesales por las 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 (25).

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-64.745, Sup. Corte Bs. As., "Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca v. Pentamar S.A.", resol. del 20/12/2002; causa B-68.554, "Fiscal de Estado s/ confl. de competencia en autos `Orgambide Jorge A. v. Poder Ejecutivo s/ amparo", resol. del 3/5/2006; causa B-68.553, "Fiscal de Estado s/ conflicto de competencia art. 7, inc. 1, ley 12008 en autos: `Adecon v. Provincia de Bs. As. y otros s/ amparo", resol. del 17/5/2006), al igual que lo hiciera la Corte Sup. (entre muchas otras, en la causa R.545.XXXVI, originario, "Provincia de Río Negro v. Estado Nacional s/ amparo", resol. del 24/10/2000).

En el fuero Contencioso Administrativo provincial, la Cámara regional con asiento en la ciudad de La Plata rechazó la aplicación del instituto con el argumento de que la readecuación realizada en primera instancia vulnera el derecho de defensa en juicio y el principio de congruencia (26).

Una respuesta favorable a la reconducción la dio la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, que en autos "Hautvenne, Cristina M. v. DGEyC Prov. Bs. As. s/ amparo" (27) 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, Const. Bs. As.) y de judiciabilidad plena de toda actuación u omisión de todo ente o persona en ejercicio de funciones administrativas (art. 166, Const. Bs. As.), 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 N. de Rodríguez v. Consejo Escolar de Campana" la mayoría, integrada por 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 aquéllas en cuanto a la estrategia procesal que hayan elegido para dar curso a sus pretensiones" (28).

En reciente fallo la Cámara de San Martín modificó su jurisprudencia y adoptó el criterio de reconducción en autos "Asociación Civil Pro Vte. López v. Municipalidad de Vte. López s/ amparo" (29), 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 12008 y a tales efectos se lo remita al referido juzgado, en donde se deberá intimar al actor para que readecue la presente demanda a la pretensión procesal que juzgue pertinente entre las admitidas en aquel Código ritual, o en el Código Procesal Civil y Comercial por remisión del art. 77, CPCA, y a peticionar las medidas cautelares que crea pertinentes en el marco normativo y con cumplimiento de los recaudos de admisibilidad que correspondan".

VII. CONCLUSIONES

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 evidencie 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 cabe 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" (30).

Es por ello que es un buen ejercicio de memoria analizar el presente fallo, que nos muestra los reflejos de un antiguo y obsoleto sistema judicial, donde los derechos fundamentales básicos no encontraban respuesta alguna que abordara el fondo de las cuestiones planteadas, y en el que frente al uso de la excepcional vía del amparo encontraban una tardía contestación, muchas veces -como en el presente caso- desfavorable para el justiciable (31).

NOTAS:

(*) Sánchez Viamonte, Carlos, "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa", Ediciones de la Facultad de Derecho de la UNAM, México DF, 1956, p. 84.

(1) Fiorini, Bartolomé, "Qué es el contencioso", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965; Bielsa, Rafael, "Sobre lo contencioso-administrativo", Librería y Editorial Castellví, Santa Fe, 1964; Hutchinson, Tomás, "Procedimiento y proceso administrativo en la provincia de Buenos Aires", Ed. Scotti, La Plata, 1995; Tawil, Guido S., "Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

(2) Cabral, Pablo, "La relación entre el sistema institucional de control del poder público y el acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires", publicado en la obra colectiva "Acceso a la Justicia. Trabajos del concurso Argenjus 2005", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 47 y ss.

(3) Morello, Augusto y Vallefín, Carlos, "El amparo. Régimen procesal", 5ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 2004. Allí explican esta jurisprudencia de la Sup. Corte Bs. As., al sintetizar las siguientes pautas: "a) Todo juez o tribunal letrado de primera instancia con competencia territorial en el lugar en que la lesión o restricción tuviera o debiera tener efecto sin limitaciones, tiene competencia para conocer en las demandas de amparo. b) No le corresponde a la Suprema Corte de Justicia conocer de modo originario en las acciones de amparo. c) Si por vía de apelación extraordinaria el alto tribunal toma conocimiento de que a través del remedio del amparo se debaten cuestiones propias de la competencia contenciosoadministrativa, anula todo lo actuado por la justicia ordinaria en virtud del principio de improrrogabilidad de la competencia" (p. 318).

(4) Morello, Augusto y Vallefín, Carlos, "El amparo..." cit., p. 319.

(5) Art. 166 , Const. Bs. As.: "...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 con los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".

(6) Art. 215 , Const. Bs. As.: "La Legislatura establecerá el fuero contencioso-administrativo antes del 1/10/1997 y sancionará el Código Procesal respectivo, para su entrada en vigencia conjunta. Hasta tanto comenzasen 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 hubieren iniciado, hasta su finalización (corresponde al art. 166)".

(7) Ampliar en Cabral, Pablo y Maljar, Daniel, "Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa bonaerense", RDA del 20/12/2000, p. 15.

(8) Sup. Corte Bs. As., autos "Piñol, Mirta v. Prov. de Bs. As. s/ amparo" , causa B-67.513, resol. de fecha 11/2/2004. Ampliar en Villafañe, Homero M., "Puesta en marcha del nuevo sistema contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires. Apuntes en torno al fuero. Proyección sobre la competencia transitoria de la Suprema Corte e influencia sobre el amparo", publ. en RDA del 5/5/2004, p. 43.

(9) Maljar, Daniel E., "El Proceso Contencioso Administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires. La nueva Justicia Administrativa", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; Cassagne, Juan C. (dir.), "Cuestiones del Contencioso Administrativo", Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007; Cassagne, Juan C. y Gordillo, Agustín (dirs.), "El nuevo proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, La Plata, 2000; López Olvera, Miguel A., "La instancia administrativa", Ed. Ediar, 2008.

(10) Moreno, Guillermo R., "Constitución de la Provincia de Buenos Aires, comentada, concordada y con notas de jurisprudencia", Librería Editora Platense, La Plata, 2008.

(11) Cassagne, Juan C. y Perrino, Pablo E., "El nuevo proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires", Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 35.

(12) Sup. Corte Bs. As., causas B-56.125, B-56.054 , B-58.594 , B-56.966 y 58.959. Ver Maljar, Daniel E. y Cabral, Pablo O., "Responsabilidad..." cit.

(13) Sup. Corte Bs. As., causas B-64.745, "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca" (23/10/2002), B-68.876, "Decastelli" (4/9/2002), B-60.015 , "Risso Patron" (26/6/2002), B-64.030 , "Mayer" (26/6/2002), B-64.202, "Laluk" (3/7/2002) y B-64.553, "Gaineddu" .

(14) Sup. Corte Bs. As., causas B-64.996, "Delbés" (4/2/2004), y B-63.947, "Prosecur" (23/12/2003).

(15) Art. 15 , Const. Bs. As.: "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".

(16) Ideas expuestas en Cabral, Pablo O. y Schreginger, Marcelo J., "El Régimen de Empleo Público en la provincia de Buenos Aires", cap. II, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009.

(17) Bayón Chacón y Pérez Botija, "Manual de Derecho del Trabajo", t. 1, Madrid, 1964, p. 231.

(18) Sup. Corte Bs. As., causa L-50.830 .

(19) B-253593, RSD 3-99, sent. del 12/2/1999.

(20) Sup. Corte Bs. As., causa B-56.994 .

(21) Rizzi, Guillermo, "En Buenos Aires hay leyes de amparo (con motivo de la sanción de la ley 13928)", LL 2009-B-1005, LL Supl. Adm. de marzo de 2009. 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 24/2/2010, artículo bajo protocolo A00275083644 de Utsupra.com, IUS II.

(22) Ampliar en Rizzi, Guillermo, "Un apunte sobre el pecado original de la ciencia del derecho", publicado el 1 de marzo en <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2010/03>.

(23) Isabella, Diego P., "La nueva ley de amparo provincial", LL Supl. de Derecho Administrativo del 22/6/2009.

(24) Berizonce, Roberto O., "Tutelas procesales diferenciadas", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

(25) Bastons, Jorge L. 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", Jorge L. Bastons (dir.), 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.

(26) Consultar los siguientes precedentes: autos "Savoretti, Héctor L. v. ABSA - Aguas Bonaerenses" , sent. del 10/3/2005, autos "Agropecuaria Las Garzas", publicado en LL Supl. de Derecho Administrativo del 11/7/2006; autos "Terminiello, Francisco E. v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires - Dirección Provincial de Actividades Portuarias s/ medida cautelar anticipada" , sent. del 5/10/2004; y autos "Menéndez", resol. de fecha 14/10/2004.

(27) Expte. 37/06, sent. del 21/9/2006.

(28) Expte. 56/04, sent. del 23/11/2004, con voto minoritario del Dr. Saulquin. En igual sentido ver autos "Dygie S.R.L. v. Municipalidad de Vicente López s/ amparo", sent. del 16/12/2004.

(29) Expte. 1810-SI, sent. del 1/10/2009.

(30) Berizonce, Roberto O., "Tutelas procesales diferenciadas", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

(31) Morello, Augusto M., "El proceso justo", Librería Editora Platense, La Plata, 2005, p. 417 y ss.