

DANIEL EDGARDO MALJAR

EL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
EN LA NACIÓN
Y EN LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES

La nueva justicia administrativa

AD·HOC

Daniel Edgardo Maljar

EL PROCESO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
EN LA NACIÓN
Y EN LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES

La nueva justicia administrativa



VILLELA EDITOR
Buenos Aires

Primera edición: noviembre de 2002

Esta edición se terminó de imprimir en Noviembre de 2002,
en Gráfica Laf s.r.l., Loyola 1654 (C1414AVJ)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
E-mail: info@adhoc-villela.com
Internet: www.adhoc-villela.com

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-367-X

CAPÍTULO XI*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
POR NO PONER EN MARCHA
LA NUEVA JUSTICIA
ADMINISTRATIVA BONAERENSE

* Este capítulo fue realizado en coautoría con el Dr. Pablo Octavio Cabral.

*Un pueblo libre obedece, pero no sirve;
tiene jefes, pero no dueños;
obedece a las leyes, pero nada más que a las leyes,
y es por la fuerza de las leyes
por lo que no obedece a los hombres.*

JEAN-JACQUES ROUSSEAU

1. *Introducción*

En este capítulo ensayaremos un juicio crítico de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) que difirió la entrada en vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (C.C.A.)⁸⁷⁰ hasta la puesta en funcionamiento del fuero especializado.⁸⁷¹

Asimismo, argumentaremos en favor de la existencia de una responsabilidad del Estado por no cumplir con el plazo fijado por el art. 215, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (C.P.B.A.) para lograr tal cometido.

Por último, brindaremos un panorama de lo que fue la Audiencia Pública celebrada en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia el 6 de junio de 2001 para debatir el incumplimiento constitucional de los poderes públicos.

2. *Las normas aplicables*

La reforma constitucional bonaerense de 1994 —cabe recordar— introdujo sustanciales modificaciones al sistema contencioso administrativo bonaerense (arts. 166, inc. 5° y 215 C.P.B.A.) suprimiendo la compe-

⁸⁷⁰ El nuevo C.C.A. fue sancionado por la ley 12.008 (B.O. prov., 3/11/1997) y modificado por la ley 12.310 (B.O. prov., 3/11/1997).

⁸⁷¹ La Ley del Fuero Contencioso Administrativo (L.F.C.A.) fue sancionada por la ley 12.074 (B.O. prov., 27/1/1998) y modificada por la ley 12.310, ya citada en nota anterior.

tencia originaria de la SCBA (art. 161,⁸⁷² C.P.B.A.) y delegando en el Poder Legislativo la misión de sancionar, respectivamente, el C.C.A. y la Ley del Fuero Contencioso Administrativo (L.F.C.A.) para su entrada en vigencia conjunta antes del 1° de octubre de 1997 (art. 215, apart. 1°). Hasta que ello se cumpliera, la SCBA continuaría entendiéndose en las causas contencioso-administrativas que se hubiesen iniciado, hasta su finalización (art. 215, apart. 2°).⁸⁷³

El aludido plazo venció sin que los poderes constituidos cumplieran en tiempo oportuno las misiones que la C.P.B.A. les asignó, a saber: al Poder Legislativo (sancionar el C.C.A. y la L.F.C.A., arts. 166, inc. 5° y 215, C.P.B.A. —y al Senado provincial, prestar el acuerdo a los nuevos jueces—), al Consejo de la Magistratura (seleccionar a los magistrados elevando las ternas, arts. 175 y 217) y al Poder Ejecutivo provincial (—PEP— poner en funcionamiento en forma gradual el Fuero Contencioso Administrativo —F.C.A.— y elegir a los jueces ternados por el CM).

La ley 12.008 (nuevo C.C.A.) —sancionarse en la fecha límite, y promulgado y publicado después de vencido el término constitucional—,⁸⁷⁴ estableció en su art. 78 apart. 1°, una prórroga hasta el 1° de octubre de 1998 respecto del plazo establecido por el art. 215 de la C.P.B.A., mientras que la ley 12.162⁸⁷⁵ (sancionada el 17/9/1998) volvió a hacer lo propio hasta el 1° de junio de 1999 (art. 1°).⁸⁷⁶

Asimismo, la ley 12.162 intentó poner en vigencia el nuevo C.C.A. indefectiblemente el día 1° de junio de 1999, aun cuando no se pusiera en funcionamiento el F.C.A.,⁸⁷⁷ iniciativa que fracasó.

⁸⁷² La C.P.B.A. reformada en 1994, derogó el anterior art. 149, inc. 3° de la C.P.B.A. de 1934. En esa orientación, entre las actuales atribuciones de la SCBA, expresamente establecidas en el actual art. 161 de la C.P.B.A., no figura la de entender en única instancia y en juicio pleno en las causas contencioso-administrativas.

⁸⁷³ El art. 215 C.P.B.A. dispone: "La Legislatura establecerá el fuero contencioso administrativo antes del 1° 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 juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubieren iniciado hasta su finalización".

⁸⁷⁴ En la fecha límite establecida en el art. 215 de la C.P.B.A. (1/10/1997) sólo se había llegado a la sanción del C.C.A., que fue promulgado mediante dec. 3444 del 17/10/1997 y publicado en el *B.O. prov.* el 3/11/1997 como ley 12.008. Dicho C.C.A. posteriormente fue modificado por la ley 12.310, publicada en el *B.O. prov.* el 9/8/1999.

⁸⁷⁵ Publicada en el *B.O. prov.*, 24/9/1998.

⁸⁷⁶ El art. 1° de la ley 12.162 estableció: "Prorróganse la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo —ley 12.008— y el Fuero Contencioso Administrativo —ley 12.074— hasta el 1° de junio de 1999, quedando modificadas en tal sentido las fechas previstas en los art. 78, apart. 1) de la ley 12.008 y 27 de la ley 12.074".

⁸⁷⁷ Así, el art. 2° de la ley 12.162 dispuso: "La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires determinará mediante acordada la fecha comprendida, dentro del

Esas prórrogas legales, a nuestro juicio, no fueron válidas ni idéneas para extender el límite temporal, ya que —es obvio decirlo— ya había sido impuesto por una disposición operativa de la C.P.B.A.,⁸⁷⁸ ley superior en la Provincia.

Para completar el panorama normativo, el ya citado art. 78 del C.C.A. (en cuanto a los procesos en curso de ejecución) en su inc. 2º, estableció la aplicación de los plazos más amplios previstos por el C.C.A. para la realización de actos procesales a los procesos anteriores a su entrada en vigencia; y el inc. 3º dispuso la aplicación del C.C.A. en cuanto resultaren compatibles con la jurisdicción atribuida a la SCBA que entenderá, hasta tanto comiencen las funciones del fuero especializado, en única instancia y juicio pleno en todas las causas que se hubieren iniciado hasta su finalización (art. 215, apart. 2º, C.P.B.A.), con excepción de algunas materias.⁸⁷⁹

Por su parte, el art. 84 del C.C.A. estableció la derogación de la ley 2961 (Código de Varela) y sus modificatorias en los términos establecidos en los arts. 215 de la C.P.B.A. y 78 inc. 3º del C.C.A.⁸⁸⁰

término anteriormente indicado, en que se operará la mencionada entrada en vigencia"; mientras que el art. 3º estableció: "Vencido el plazo a que hace mención el art. 1º de la presente ley, sin que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires haya efectivizado la determinación citada en el art. 2º, el nuevo Régimen Procesal Contencioso Administrativo —ley 12.008— entrará en vigencia indefectiblemente el día 1º de junio de 1999, quedando modificada en los términos de la presente ley la fecha prevista por el art. 27 de la ley 12.074".

⁸⁷⁸ Entendemos que el mencionado art. 215 de la C.P.B.A. es una norma de carácter operativo sujeta a una condición ya cumplida el 1/10/1997. Esa norma constitucional, a partir del cumplimiento del hecho operativo (el plazo), se transformó a nuestro parecer, en una disposición imperativa, válida y eficaz que debe producir todos sus efectos.

⁸⁷⁹ El art. 78 del C.C.A. (Entrada en vigencia del presente Código. Aplicación a los procesos en curso de ejecución) prescribe "1. El presente Código Procesal comenzará su vigencia conjuntamente con el fuero contencioso administrativo, a partir del 1º de octubre de 1998. Hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo, la Suprema Corte de Justicia decidirá, hasta su finalización, en única instancia y juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubieren iniciado. 2. En todos los casos en que el presente Código otorgue plazos más amplios para la realización de actos procesales, se aplicarán éstos a los procesos anteriores a su entrada en vigencia. 3. En las causas regidas por el art. 215, párr. 2º, de la Constitución de la Provincia, serán de aplicación las normas del presente Código, en cuanto resultaren compatibles con la jurisdicción atribuida por aquel precepto a la Suprema Corte de Justicia. En materia de caducidad de instancia, costas, régimen de sentencia, su ejecución y los recursos contra la misma, se aplicarán las normas de la ley 2961, con las modificaciones introducidas por los decs. leyes 8626/76 y 8798/77".

⁸⁸⁰ El art. 84 del C.C.A. establece: "Deróganse la ley 2961, con las modificaciones introducidas por los decs. leyes 8626/76, 8798/77 y la ley 10.211 — en los términos establecidos en los arts. 215 de la Constitución de la Provincia y 78, inc. 3º del presente Código—, el dec. ley 9398/79 (t.o. según dec. ley 9671/81), y toda otra norma que se oponga a las previstas en el presente Código".

3. *Extensión del plazo del art. 215.*

Debate en la Convención Constituyente

El término establecido por la C.P.B.A. (1°/10/1997) fue considerado razonable y suficiente para que, de un modo organizado y paulatino, se dé cumplimiento al programa constitucional ya descrito en la materia.

Incluso ese plazo fue considerado excesivo por algunos constituyentes durante el debate de la reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires, realizado en la Honorable Convención celebrada en La Plata en 1994.

En la sesión plenaria del 10 de septiembre de 1994, al exponerse el despacho mayoritario de la Comisión del Poder Judicial, la minoría planteó, a través del diputado convencional Fuster, el establecimiento de un plazo menor.

Expresó dicho convencional constituyente:

“Nos preocupa la cláusula transitoria del dictamen de la mayoría. Creemos que el plazo es excesivo para la creación de los tribunales. Si es necesario aumentar el presupuesto en el ámbito de la justicia, hagámoslo. No privilegiemos un ‘criterio de caja’ frente a una decisión que, evidentemente, cuenta con el consenso de todos los bloques. Habíamos propuesto en el dictamen de minoría establecer un plazo no muy extenso para la creación de los tribunales, que los actuales trámites en lo contencioso administrativo sigan en la Corte y a partir de la sanción de la Constitución sean derivados a los juzgados civiles y comerciales, hasta tanto se cree el fuero contencioso administrativo. Empecemos a ser operativos, a materializar en la realidad los derechos que plasamos en la Constitución. Insistimos, entonces, en que ya se comience con el tratamiento de estos temas. No creemos oportuno dilatar en el tiempo esta decisión, porque continuaríamos privando de justicia al interior de la provincia de Buenos Aires.”⁸⁸¹

Por su parte, la diputada convencional Sonia Herrera argumentó a favor de la creación del F.C.A., explicando las causas por las cuales se proyectaba retirarle la competencia a la SCBA, expresando:

“Los argumentos que en su momento se dieron para otorgar competencia a la Suprema Corte ya están superados. En lo federal, que existe el fuero contencioso administrativo, un juez de primera instancia controla al presidente de la República y le manda cumplir sus decisiones. También ocurre lo mismo en la provincia de Córdoba, que creó el fuero contencioso en la última reforma. A esta

⁸⁸¹ Conf. Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, 15ª sesión, 10/9/1994, p. 1984.

altura deberíamos hacernos una pregunta: ¿Le conviene a la Suprema Corte seguir interviniendo en las causas contencioso-administrativas municipales? No lo creo. Ante el cúmulo de trabajo que tiene no parece que la resolución de una cuestión disciplinaria municipal pueda producir placer intelectual a los miembros del tribunal. El atraso del tribunal derivado del cúmulo de tareas y distintas y disímiles causas que le llegan, se hace más patente en lo contencioso administrativo ...Tal como está planteado en este momento, es un derecho para ricos o para empresas pero no para el común de los administrados. Se configura entonces una auténtica denegación de justicia, o dicho de una manera más fuerte hay una clara situación de denegación de justicia. De nada vale que las constituciones y los pactos internacionales aseguren el acceso a la justicia si de hecho no se puede acceder a ella para revisar la actuación de la Administración que muchas veces confunde su facultad discrecional con arbitrariedad.⁸⁸²

A su turno, el constituyente Daniel Fernando Soria enunció los fines perseguidos por la Convención Reformadora al analizar la modificación del sistema de justicia y manifestó:

“Creemos que estamos avanzando en el rumbo del afianzamiento de la justicia al que alude nuestro Preámbulo. Con estas reformas que estamos impulsando —y a las que hemos arribado sin condicionamientos ni ambigüedades— estamos dando un paso significativo, e importante en esa dirección. Estas reformas contribuirán a revertir las situaciones de desprotección jurídica que en muchos casos todos estamos padeciendo, o muchos hemos padecido en la Provincia para igualar oportunidades vitales y poder avanzar, en definitiva, en el camino de la construcción de un Estado moderno, social y democrático de derecho.”⁸⁸³

4. *La doctrina jurisprudencial de la SCBA*

La doctrina jurisprudencial de la SCBA derivada de las citadas normas legales, nos coloca —como afirmó lúcidamente Botassi— “ante la inédita situación de la plena vigencia de un Código derogado y la postergación de la efectividad del nuevo cuerpo legal”.⁸⁸⁴

Por ese motivo, los administrados que quieran acudir a la justicia para proteger los derechos que les asisten, deberán dejar de lado la ley

⁸⁸² Ídem., p. 2028.

⁸⁸³ Ídem., p. 1908.

⁸⁸⁴ Conf. BOTASSI, Carlos A.: “Ejecución de sentencias contra el Estado (en el nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires), LL, 29/9/2000.

vigente en la materia, realizar una búsqueda de las sentencias interlocutorias de la SCBA —de muy difícil acceso porque no se publican— para poder establecer a ciencia cierta cuáles son los plazos para interponer una demanda contencioso-administrativa, por cuanto los arts. 78, inc. 2° del C.C.A., y 2° y 3° de la ley 12.162, como veremos, se encuentran virtualmente derogados por esos precedentes.

Entre los pronunciamientos interlocutorios, cabe reseñar los siguientes: B-56.966, “Jirafa Azul S.A.”,⁸⁸⁵ del 25/11/1997; B-58.594, “Ortiz, Francisca”, del 1°/10/1997; B-58.959, “Parodi”, del 1°/6/1999; B-59.246, “Centro de Empleados de Comercio de Olavarría”, del 14/7/1998; B-59.301, “Vivot”, del 15/9/1998; B-59.478, “Carboquímica del Paraná S.A.”, del 6/10/1998; B-59.900, “Rivero”, del 29/6/1999; B-60.148, “Coronel”, del 27/6/1999; B-60.436 “Marchegiani” del 22/3/2000; B-60.473, “Distribuidora Encal S.A.” del 22/3/2000; y, entre otras, B-59.872 “Guinch, Salvador”, del 5/4/2000.

En todos ellos, estableció la doctrina según la cual “sin fuero no rige el nuevo C.C.A.”,⁸⁸⁶ declarando en ese sentido que:

“El ejercicio de la competencia transitoria en la materia por este tribunal, no puede entonces regirse —en todo o en parte— por las disposiciones del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, ya que, por mandato constitucional, la entrada en vigencia del mismo se encuentra condicionada al comienzo de las funciones de los órganos judiciales especializados” (B-56.966, “Jirafa Azul S.A.”; B-59.246, “Centro de Empleados de Comercio de Olavarría”; B-59.301, “Vivot”, y B-59.872 “Guinch, Salvador”, del 5/4/2000).

“La solución constitucional, por otra parte, responde al mantenimiento provisorio de la situación actual con criterio de funcionalidad y certeza para los litigantes así como para la justicia, aspectos que se verían comprometidos con la aplicación de un régimen procesal reglamentario de la competencia de órganos judiciales de grado, aunque todavía no creados, de estructura y funcionamiento diferentes a la Suprema Corte. Además, es distinto el límite material y territorial de competencia, son diversos los procesos en que aquéllos la han de ejercitar, así como las reglas atinentes a los mismos y, en general, toda la regulación en su conjunto destinada a las funciones de los nuevos tribunales” (art. 215, cit.).

“La competencia contencioso-administrativa que, en única instancia y en juicio pleno, la nueva Constitución le confiere en forma transitoria a esta Corte se rige por los mismos principios y reglas que venían aplicándose, quedando diferidas en su aplicación temporal las nuevas

⁸⁸⁵ SCBA, B-56.966 “Jirafa Azul S.A. c/Provincia de Buenos Aires”, 25/11/1997, *LL*, 1998-B-505, con nota de Claudia Milanta: “Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires”, y en *ED*, 176-747, con nota de Carlos Alberto Andreucci: “Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio”.

⁸⁸⁶ Frase que lleva como título el trabajo de Andreucci, citado en nota anterior.

normas constitucionales que reglan la materia, las que recién tendrán efectividad cuando comiencen las funciones de los tribunales contencioso-administrativos y conjuntamente se aplique la ley 12.008 (arts. 166 *in fine* y 215, Const. prov.)" (conf. B-59.478, "Carboquímica del Paraná S.A.").

"Corresponde desestimar *in limine* la demanda si la pretensión expuesta en la misma es una de las expresamente previstas en el nuevo Código (ley 12.008), pero que no se halla reglada ni se adecua a las normas que efectivamente rigen la competencia de esta Corte sobre la materia contencioso-administrativa (ley 2961)" (B-59.246, "Centro de Empleados de Comercio de Olavarría", y B-59.301, "Vivot");

"El cometido de la ley 12.008, según surge de la Carta Magna, es regir la competencia de los nuevos tribunales, pero no la que conserva esta Corte durante el tránsito de un sistema a otro, para resolver las causas respectivas hasta su finalización" (B-59.301, "Vivot").

"No le corresponde a este tribunal conocer y decidir acerca de pretensiones expresamente previstas en el nuevo Código (ley 12.008), pero que no se hallan regladas ni se adecuan a las normas que efectivamente rigen la competencia que esta Corte ejerce transitoriamente sobre la materia contencioso-administrativa" (B-60.148, "Coronel").

Por otra parte, como derivación lógica del razonamiento expuesto, decidió (a nuestro juicio expresamente)⁸⁶⁷ la declaración de la inconstitucionalidad de oficio del art. 78 del C.C.A., manifestando al respecto que "en mérito de las razones expuestas, corresponde declarar que no resulta aplicable por esta Suprema Corte el art. 78 de la ley 12.008 *en razón de no ajustarse a lo dispuesto por el art. 215 de la Constitución local*" (B-56.966, "Jirafa Azul") y por la otra y en forma implícita, la inconstitucionalidad de oficio del art. 3° de ley 12.162 al no poner en marcha el nuevo C.C.A. indefectiblemente el 1° de junio de 1999 (véase B-58.959, "Parodi", del 1/6/1999) (el destacado es nuestro).

5. Ensayo de un juicio crítico a la doctrina citada.

La insólita declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 78, C.C.A., por parte de la SCBA

En la causa "JirafaAzul S.A.", del 25/9/1997 —reiteramos—, la SCBA declaró la inconstitucionalidad de oficio del art. 78 del C.C.A.⁸⁶⁸ e implíci-

⁸⁶⁷ Aunque no lo dijo de manera contundente de ese modo.

⁸⁶⁸ Explicó Milanta que "el proceso se inició antes de que se dictara la ley 12.008 y, al momento en que la causa se hallaba en oportunidad de decidirse acerca de la habilitación de la instancia, había comenzado a regir el citado inc. 2° del art. 78 y, con él, los plazos más amplios otorgados por el nuevo C.C.A. en relación a los procesos en trámite.

tamente de los arts. 2º y 3º de la ley 12.162, en tanto alteran lo dispuesto por el art. 215 de la C.P.B.A.

Esta doctrina de la Corte provincial es, a nuestro parecer, verdaderamente “insólita”.

En efecto, hasta el año 1998 la SCBA entendió que no era posible ventilar cuestiones de carácter constitucionales en los juicios contencioso-administrativos.⁸⁸⁹

Sostuvo que en esta vía sólo podía ser cuestionada la conformidad de un acto administrativo con normas preexistentes del mismo carácter, pero no la inconstitucionalidad de la ley que le da sustento, realizando a tal fin una interpretación literal del art. 1º del Código Varela, y llegó a la conclusión de que, cuando el interesado impugna por inconstitucional una norma, no está invocando en su favor ningún derecho administrativo establecido “por una ley, un decreto, un reglamento u otra disposición administrativa preexistente”, como requiere el art. 1º de dicho cuerpo procesal.⁸⁹⁰

De tal modo, manifestó la SCBA, que sólo podía examinarse la constitucionalidad de las normas administrativas por medio de la acción originaria de inconstitucionalidad o mediante el carril del recurso extraordinario de inconstitucionalidad habida cuenta de lo dispuesto en el art. 161, inc. 1º de la C.P.B.A. en su texto actual (la redacción es la misma que la del art. 149 inc. 1º, del texto en vigencia con anterioridad a la reforma constitucional).⁸⁹¹

Estos hechos —afirmó Milanta— no exhiben particularidades que merezcan ser destacadas, pues ya se aplicase el viejo Código —como se hizo— o el nuevo C.C.A., el sentido de la decisión no hubiese variado en sus aspectos sustanciales, ya que lo que se estaba decidiendo era la temporaneidad de la presentación. Lo que distinto hubiera sido —afirmó— el plazo para contestar la demanda que de 30 días (Código Varela), pasaban a ser 45 días (art. 38, C.C.A.)” (MILANTA: ob. cit., p. 509).

⁸⁸⁹ Sobre el particular véanse: TRIBIÑO, Carlos R.: “El planteo de cuestiones constitucionales en el proceso contencioso administrativo”, *Ius*, n° 25, pp. 85/94; BEZZI: *Justicia administrativa: el fuero administrativo; su necesidad a la luz de la jurisprudencia contencioso-administrativa*, cit., p. 416; DANA MONTAÑO, Salvador M.: *Código de Procedimiento Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1955; PERRINO, Pablo E.: “La materia excluida de revisión en la competencia contencioso administrativa de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Administrativo*, n° 12/13, pp. 213/216, y TRIBIÑO-PERRINO: *La justicia contencioso-administrativa en la provincia de Buenos Aires*, cit., pp. 106 y ss. y jurisprudencia allí citada.

⁸⁹⁰ TRIBIÑO-PERRINO: ob. cit., pp. 106/107. Los autores citados sentaron una posición contraria.

⁸⁹¹ Ídem, p. 107; explicaron que: “Sin embargo, la Corte provincial ha admitido excepcionalmente el tratamiento de cuestiones constitucionales en el proceso contencioso administrativo en las siguientes situaciones: a) cuando el litigante que las plantea no puede hallar en otra vía procesal un medio adecuado para su oportuno tratamiento; b) si los argumentos constitucionales son introducidos como coadyuvantes de otros

El 3 de marzo de 1998, la SCBA cambió su posición en el caso "Cebitronic S.A."⁸⁹² (con votos de los ministros Dres. Hitters y De Lázari, al cual adherieron los Dres. Negri, Petiggiani y Ghione).

En esa sentencia, la SCBA en el marco del art. 15 de la C.P.B.A. que garantiza la tutela judicial continua y el acceso irrestricto a la justicia (conf. art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica), tuvo un viraje saludable al superar su tradicional posición.⁸⁹³

Expresó en tal sentido que los particulares tienen la opción de acudir con el planteo constitucional en forma directa y preventiva, o articularlo en el seno del proceso contencioso administrativo como defensa (arts. 31, C.N., 57, 161 inc. 1° primera parte y 215, C.P.B.A.).

De manera sorprendente, en el caso "Jirafa Azul S.A.", la SCBA profundizó su posición declarando la inconstitucionalidad de oficio del art. 78 del nuevo C.C.A., no para impulsar un nuevo cambio de rumbo reconfortante —como en el caso "Cebitronic"—, sino para declarar inaplicable cualquier reforma o modificación legislativa al sistema del Código Varela hasta tanto se ponga en marcha el F.C.A.

Es necesario advertir, sin embargo, que la declaración de la inconstitucionalidad de oficio no está autorizada en el orden nacional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), a pesar del auspicio de la doctrina más progresista⁸⁹⁴ que patrocina la posibilidad de que los jueces, sin petición de parte, declaren inaplicable al caso una norma inconstitucional.⁸⁹⁵

principios de derecho administrativo; y c) cuando las normas impugnadas ya han sido declaradas inconstitucionales en otros juicios, evitando de este modo la prolongación innecesaria de controversias cuyo resultado final es previsible".

⁸⁹² SCBA, 3/3/1998, "Cebitronic S.A. c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud). Demanda contencioso-administrativa", *ED*, 177-812, con nota de Pablo E. Perrino: "Un cambio de jurisprudencia saludable que posibilita el control de constitucional en el proceso contencioso administrativo bonaerense".

⁸⁹³ Esa posición —reiteramos— importaba dejar de lado el sistema difuso de control de constitucionalidad vigente en nuestro país, según el cual, tanto en la órbita federal como provincial está a cargo de todos los jueces y tribunales, respetando las reglas de su competencia jurisdiccional, es decir que cada órgano judicial lo efectiviza en razón de la materia que le corresponde resolver (en lo contencioso administrativo provincial, a la SCBA, en juicio pleno e instancia única).

⁸⁹⁴ Algunos autores, sin embargo, entendieron que el nuevo art. 43 de la C.N., tampoco permite la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Véase GALLEGOS FREDIANI, Pablo: "La declaración de inconstitucionalidad en la nueva regulación constitucional", *ED*, 170-906, y BARRA, Rodolfo: "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *LL*, 1994-E-1087.

⁸⁹⁵ Véase, SAGÜES, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, t. I, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 132 y ss.; QUIROGA LAMÉ, Humberto: *Constitución de la Nación Argentina*, Zavalía, Buenos Aires, 1996; EKMEKDJIAN, Miguel Á.: *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997; GOZAÍNI, Osvaldo A.: *El derecho de amparo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998; FERNÁNDEZ, Eduardo A.: "El amparo.

La jurisprudencia emergente del voto mayoritario de la CSJN condeó tal posibilidad por tres razones:

- a) la declaración de inconstitucionalidad de oficio altera el equilibrio de los poderes, potenciando en demasía al judicial;
- b) atenta contra la presunción de legitimidad de las leyes;
- c) perjudicaría el derecho de defensa de las partes, al resolver en base a algo no postulado por ellas.⁸⁹⁶

Visión actual del amparo y sus fuentes legislativas" *ED*, 4/2/1999; GUIBADO, Héctor C.: "Algunas consideraciones sobre el control de constitucionalidad en el amparo", *ED*, 172:853; RIVAS, Adolfo: "El amparo y la nueva constitución", *LL*, 1994-E-1330. Por su parte, Bielsa, adelantado en esta materia, opinó: "Si una ley impone una incapacidad o inhabilitación personal notoriamente inconstitucional que determina no ya una restricción a la libertad de industria, y con ello un detrimento patrimonial, sino a la libertad de enseñar y aprender y la consiente el afectado, puede el tribunal declararla de oficio, sea porque la Corte Suprema (intérprete último) lo haya ya declarado, o sin esa declaración del Alto Tribunal. En la función de custodio de la Constitución el ejercicio de esa facultad impone al juez el deber de declararla de oficio" (BIELSA, Rafael: *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, cap. I, apart. 2, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 19).

⁸⁹⁶ Conf. SAGÜES, Néstor P.: "Control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber", *ED*, 181-1093; del mismo autor, *Derecho procesal constitucional, Recurso extraordinario*, 3ª ed., t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 132 y ss. La CSJN se manifestó en contra de tal posibilidad: "El sistema americano de control incidental de constitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del estado que las ha expedido, en tanto no sea éste adversario formal en la causa por debatirse en ellas que aquélla le acuerda"; "El principio de la coordinación y separación de los poderes, que impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados"; "Entre las cuestiones meramente administrativas ajenas a la jurisdicción de la Nación se encuentran los procedimientos destinados al sólo control de la constitucionalidad de la ley objetada, sin más participe en la causa que la provincia que la ha dictado y en ausencia de los titulares de los derechos reconocidos"; "La decisión de cuestiones constitucionales por parte de los jueces de la Nación debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisprudencial" (CSJN, 26/6/1963, *in re*, "Banco Hipotecario Nacional c/Provincia de Córdoba", *Fallos*, 256:104). Aseveró también: "No corresponde que esta Corte se pronuncie de oficio sobre la constitucionalidad de una medida judicial impugnada ni de la ley que en ella se funda" "...Es condición de la organización del Poder Judicial el que no sea posible controlar por propia iniciativa los actos legislativos" (CSJN, 22/10/1960, *in re*, "Guillermo Patricio Kelly s/ recurso de amparo"; *Fallos*, 242:122); "La Corte Suprema no puede sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, sea de las que regulan trabajos, comercios, industrias, con fines de policía, de las que establezcan impuestos o tasas. El examen y el pronunciamiento judicial debe radicar en la conformidad que, de acuerdo con los arts. 28 y 31 de la C.N. deben guardar con ella las leyes de la Nación. Y la atribución de declarar la inconstitucionalidad de ésta, sólo debe ser ejercida cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad irreconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime, si ello fuere posible, sin violencia de los textos" (CSJN, 22/6/1960, *in re* "Cine Callao" s/recurso extraordinario", *Fallos*, 247:121).

El 13 de septiembre de 1988 en el caso "Fernández Valdez",⁸⁹⁷ la CSJN —no obstante—, admitió que los tribunales provinciales declaren la inconstitucionalidad de oficio cuando una norma de derecho local expresamente los habilite.⁸⁹⁸

Así lo admite el art. 57 de la C.P.B.A. (anterior art. 44 de la C.P.B.A. de 1934) que prescribe:

"Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que

⁸⁹⁷ Fallos, 311:1856 y en *ED*, 130:461, con nota de Germán Bidart Campos: "La Corte admite que los tribunales provinciales declaren la inconstitucionalidad de oficio cuando el derecho local los habilita", que recepta su trabajo anterior, "El control constitucionalidad de oficio en sede provincial", *ED*, 100-633. En el caso la CSJN descartó la arbitrariedad porque la nueva Constitución de La Rioja impone a los jueces provinciales el deber de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de normas opuestas a ella, sea a pedido de parte, sea de oficio (consid. 4º). Agregó la CSJN que no resulta apto para habilitar la instancia extraordinaria, el examen de cuestiones de derecho público local ajenas —como regla y por naturaleza— a la vía intentada, salvo un supuesto de arbitrariedad (consid. 5º). La Constitución de la provincia de La Rioja (de 1986, reformada en 1998 y vigente al momento del fallo) prescribe en su art. 132: "El juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho. El juez a pedido de parte o de oficio debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica..."

⁸⁹⁸ Por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de oficio está prevista por el art. 196 de la constitución de Río Negro que establece: "Corresponde al Poder Judicial el ejercicio exclusivo de la función judicial. Tiene el conocimiento y la decisión de las causas que se le someten. A pedido de parte o de oficio, verifica la constitucionalidad de las normas que aplica..."; por su parte, la Constitución de San Luis (sancionada el 26/3/1987 y publicada en el *B.O. prov.* el 8/4/1987) en sus arts. 10 y 210, establece, respectivamente, que: "Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por las partes...", y que: "Las sentencias que pronuncian los tribunales y jueces letrados de la provincia, deben ser fundadas en el derecho vigente. El juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional, siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho. El juez a pedido de parte o de oficio, debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica. El juez aplica el derecho con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes, interpretando siempre la ley o doctrina con un criterio jurídico de actualidad, de modo que su aplicación importe la realización de la justicia". Asimismo, con basamento en la doctrina jurisprudencial de la CSJN se sancionó el art. 3º de la Ley de Amparo 10.456 de la provincia de Santa Fe, que establece: "El juez del amparo debe pronunciar de oficio o a petición de parte la inconstitucionalidad de las normas que padezcan de tal vicio".

tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado.”

La declaración de inconstitucionalidad de oficio —como se desprende de los términos del art. 57 transcrito en el párrafo anterior— sólo es procedente y autorizada por la C.P.B.A. cuando una norma de orden local menoscabe o prive a un ciudadano de algunos de los derechos y garantías reconocidos en la Sección Primera (arts. 1° a 56 C.P.B.A.).

Así por ejemplo, será inconstitucional, la violación de los siguientes derechos: libertad religiosa (art. 8°); defender y proteger la vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad (art. 10); igualdad ante la ley (art. 11); vida desde la concepción hasta la muerte natural; a conocer el origen; el respeto a la dignidad, honor, integridad física, psíquica y moral; a la información y comunicación; a la inviolabilidad de los documentos privados (art. 12); a la libertad de pensamiento (art. 13) y de reunión (art. 14); a la tutela judicial continua y efectiva y al acceso irrestricto a la justicia (art. 15); a las garantías personales en los procesos punitivos del Estado (arts. 16 a 19, 24, 29, 30, 32, 33); a la acción de amparo (art. 20); a entrar y salir del país (art. 21); a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar (art. 23); a las acciones privadas (art. 26); a la libertad de trabajar y de ejercer el comercio (art. 27); a gozar de un ambiente sano (art. 28) a la propiedad (art. 31) a la libertad de enseñar y aprender (art. 35); a los derechos sociales (arts. 36, 39, 40), de los consumidores y usuarios (art. 38); a la cultura (arts. 41, 42, 43 y 44), entre otros.

Volviendo al análisis de la declaración de la inconstitucionalidad de oficio del art. 78 del C.C.A. (y de manera implícita, del art. 3° de la ley 12.162), observamos que la Corte no explicó qué disposición de la Sección Primera de la C.P.B.A. dichas leyes vulneran (conf. art. 57, C.P.B.A. cit.).

Pensamos que el art. 78 del C.C.A. recogió el principio del acceso irrestricto a la justicia (art. 15, C.P.B.A.), ubicado sí en la Sección Primera de la C.P.B.A. —protegida ante una posible inconstitucionalidad por los jueces, conf. art. 57— para el período de transición a la puesta en funcionamiento del F.C.A. (máxime al estar objetivamente vencido el plazo constitucional), haciendo una interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento jurisdiccional de sus conflictos, ampliando a tal fin los plazos fijados por el Código Varela⁸⁹⁹ (v. gr., para interponer la demanda de 90 días, art. 18 C.C.A. y para contestarlos, 45 días, art. 38 C.C.A.).

⁸⁹⁹ Al respecto, véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “El principio antiformalista de la ley de jurisdicción contencioso administrativo”, *RAP*, Madrid, pp. 57/183 y, del mismo autor, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, p. 30; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “El principio de interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”, *RAP*, Madrid, pp. 42/267 y ss.

Esta premisa fue incuestionablemente establecida por la CSJN, en "Transporte del Oeste S.A. c/Municipalidad de Merlo",⁹⁰⁰ donde dijo que "cabe también señalar que en la interpretación de las normas legislativas y reglamentarias debe evitarse que los particulares queden afuera de la protección jurisdiccional, en situación de indefensión; la falta de recaudos formales no puede utilizarse, hasta aniquilar los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados".⁹⁰¹

Explicó Hitters (actual ministro de la SCBA)⁹⁰² que para garantizar el efectivo acceso a la justicia no basta con legislar el andamiaje adjetivo, sino que resulta imprescindible que los tribunales produzcan soluciones concretas y fallos justos ante las reclamaciones de los interesados. Por ello —afirmó— la disposición analizada habla de la efectividad (en concreto) que debe tener esta garantía. Dijo, por lo demás, que el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (denominada "Pacto de San José de Costa Rica")⁹⁰³ incorpora una garantía judicial que los Estados deben instrumentar en debida forma (arts. 2º y 25 2.a) de tal modo que exista un recurso (o acción) sencillo, rápido y efectivo ante los jueces

⁹⁰⁰ Fallos, 310:854. Expresó la CSJN al iniciar su razonamiento "que si bien lo resuelto conduce al examen de cuestiones de derecho procesal local ajenas como regla general a esta instancia extraordinaria, en el caso existe cuestión federal suficiente para apartarse de dicha regla pues la resolución que es objeto de remedio federal incurre en un notable cercenamiento de la garantía constitucional del debido proceso (art. 18, C.N.)...".

⁹⁰¹ Véase MORELLO, Augusto M.: *El proceso justo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 37 y ss. En otro pronunciamiento, caratulado "Cores Ponte, Jorge c/Municipalidad de La Matanza" al entender en un recurso extraordinario federal interpuesto contra una sentencia de un máximo tribunal provincial que anuló el decisorio pues dicha sentencia incurría en un formalismo que restringía el derecho al debido proceso del actor, estableció la CSJN: "Que en la especie cabe hacer excepción a la regla según la cual las cuestiones de derecho procesal y público local resultan extrañas a la instancia del recurso del art. 14 de la ley 48, pues la decisión cuestionada incurre en un rigor formal injustificado que violenta la garantía de la defensa en juicio" (LL, 1995-D-299).

⁹⁰² Conf. HITTERS, Juan C.: *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 162.

⁹⁰³ El acceso a la protección judicial que debe ser garantizado por un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes está dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestra Carta Magna por la reforma constitucional de 1994. El art. 25 del Pacto establece, en esa orientación, que: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen 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. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

competentes que proteja a los habitantes contra las violaciones de sus derechos fundamentales, por infracciones cometidas por las propias autoridades, o por los particulares.⁹⁰⁴

El derecho al acceso irrestricto a la justicia, a nuestro parecer —principio que sólo puede ser reglamentado por las leyes (arts. 33, C.N. y 56, C.P.E.A.)—, fue indebidamente limitado en su ejercicio por la doctrina jurisprudencial de la SCBA, causando un perjuicio irreparable a los justiciables que se vieron privados, a partir del incumplimiento constitucional del plazo, de un acceso más amplio a la justicia (art. 15, C.P.B.A.).

La SCBA privilegió por sobre este principio, el art. 215 ubicado en la Sección Décima, entre las Disposiciones Transitorias de la C.P.B.A. de 1994.

Por otro lado, la declaración de inconstitucionalidad en nuestro sistema constitucional tiene efectos limitados al caso concreto (sin perjuicio del efecto “expansivo”⁹⁰⁵ de los pronunciamientos judiciales firmes y de la “autoridad moral” de los fallos de la SCBA),⁹⁰⁶ no pudiendo los jueces derogar la norma inválida. De lo contrario, se estarían atribuyendo funciones propias del Poder Legislativo, violando la división de los poderes.

En esta materia la SCBA —único órgano judicial que actualmente entiende en lo contencioso administrativo—, al reiterar en forma cons-

⁹⁰⁴ HITTERS: ob. cit., p. 166.

⁹⁰⁵ Conf. TAVIL, Guido S.: “El efecto ‘expansivo’ de los pronunciamientos judiciales sobre la Administración pública activa y la representación estatal en juicio”, *LL*, 1990-C-886.

⁹⁰⁶ Por otra parte, la doctrina jurisprudencial que hoy criticamos, sólo debe aplicarse, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, para el caso concreto, sin efecto vinculante como parece atribuirle la SCBA. En tal sentido, fue ésta, al analizar la obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales de la CSJN quien se manifestó categóricamente negando carácter vinculante a dichos fallos. Así, en “Rodríguez, Luis Napoleón c/Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Pcia. de Bs. As. s/demanda contencioso-administrativa” (B-52.837 del 16/9/1997), expresó que “los fallos de la Corte Suprema nacional no revisten calidad de vinculantes. La obligatoriedad general de sus doctrinas implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del art. 31 de la C.N. Además, el art. 100 (actual art. 116) limita la competencia de la Corte Suprema a las particulares causas en que intervengan, restricción que se repite cuando el art. 101 (actual art. 117) se refiere a los casos en que ejercerá su jurisdicción la doctrina de la obligatoriedad no encuentra apoyo expreso o implícito en nuestro ordenamiento jurídico. La decisión final a la que se refiere el art. 100 de la Constitución lo es, por cierto, dentro de los límites de las causas en que aquéllas se produce. Contra lo expuesto no pueden invocarse *razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública y paz social, ni buen orden, necesidad y estabilidad institucional* puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta al ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales, tampoco son atendibles los supuestos de economía procesal en tanto ellos no estuviesen receptados por la Constitución y la ley; y, por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas” (la bastardilla nos pertenece).

tante su doctrina, virtualmente derogó *erga omnes* los arts. 78, inc. 2° del C.C.A.—ley 12.008— y 3° de la ley 12.162, respectivamente, atribuyéndose facultades legislativas que no posee.

En los albores de su actividad jurisdiccional, afirmaba la CSJN al respecto:

“Siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno les son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.”⁹⁰⁷

Esa misma posición fue la establecida por la CSJN en “Dalsoglio, Osvaldo c/S.A. Pablo Casale Ltda.” del 29/2/1956,⁹⁰⁸ en donde dijo: “...El ingente papel que en la elaboración del derecho le incumbe a los jueces no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. Éstos no pueden proceder, a sabiendas, con prescindencia de su carácter de órganos de aplicación del derecho vigente, ni atribuirse facultades legislativas de que carecen...”.

Por lo demás, es frecuente que los poderes políticos procedan a la derogación de las normas declaradas inconstitucionales por los tribunales superiores, lo que hace que indirectamente se pueda lograr un cierto efecto *erga omnes*.

Sin embargo, con posterioridad al fallo “Jirafa Azul”, no sólo el Poder Legislativo no derogó el art. 78 del C.C.A., sino que, reafirmando su posición, fue más allá, estableciendo la obligación de poner en vigencia el nuevo C.C.A. indefectiblemente, aun sin la puesta en marcha del F.C.A., el 1° de junio de 1999 (art. 3°, ley 12.162 cit.).

6. Nuestra posición

6.1. Primer argumento. La entrada en vigencia conjunta. Inexistencia de conflicto entre dos normas constitucionales

Como vimos, los arts. 15 y 215 de la C.P.B.A. dispusieron, respectivamente, el acceso irrestricto a la justicia y la competencia circunstancial de la SCBA hasta la entrada en vigencia conjunta del F.C.A. y del C.C.A.

⁹⁰⁷ Fallos, 1:32.

⁹⁰⁸ Fallos, 234:82.

Por su parte, el art. 78, inc. 2° del C.C.A., estableció la aplicación de los plazos más amplios previstos por el C.C.A. para la realización de actos procesales a los procesos anteriores a su entrada en vigencia.

De un simple cotejo de la disposición legal y las normas de la C.P.B.A. citadas, no surge a nuestro juicio, reproche alguno que amerite una declaración de inconstitucionalidad tal como sucedió.

En efecto, la competencia transitoria atribuida a la SCBA por el art. 215 de la C.P.B.A., de ningún modo significó que ésta deba ser ejercida exclusivamente por las disposiciones del Código Varela (ley 2961), que dicho Código no pueda ser modificado por ley posterior hasta la puesta en marcha del F.C.A., ni mucho menos que la SCBA como órgano jurisdiccional sólo pueda funcionar en materia contencioso-administrativa sólo con esa ley (hasta que se produzca el cambio de órgano).

Una interpretación semejante implicaría otorgarle en el plazo de transición, carácter superior al Código Varela (inmodificable y pétreo hasta que entren en vigencia el C.C.A. y el F.C.A.), contrariando el espíritu que inspiró la reforma constitucional de 1994.

El art. 78, a nuestro modo de ver, amplió los plazos establecidos por la ley 2961, con el fin de que, momentáneamente, se garantice un acceso más amplio a la justicia.

La aplicación de esta disposición legal de ningún modo afecta el normal funcionamiento de la SCBA, ni altera, restringe o modifica su competencia originaria y transitoria, ni disminuye sus facultades jurisdiccionales.

Tampoco existe en el caso un conflicto entre dos disposiciones constitucionales (la competencia transitoria de la SCBA, art. 215, C.P.B.A. y el acceso a la justicia, art. 15, C.P.B.A.),⁹⁰⁹ como parece desprenderse de esa doctrina jurisprudencial, donde deba darse prevalencia necesariamente a la primera de ellas.

Enseñó Toller, que se impone evitar la depreciación de algún derecho —que también llevaría consigo el detrimento de otro— buscando un criterio que coordine y armonice los distintos derechos constitucionales aparentemente contrapuestos.⁹¹⁰

De este modo, teniendo por norte el fin de cada derecho y de todos los derechos —que en definitiva es proteger al ser humano en orden a

⁹⁰⁹ En tal sentido, el art. 78 inc. 2° logró, en su justa medida, compatibilizarlos.

⁹¹⁰ Conf. TOLLER, Fernando: "Hacia el ocaso del darwinismo jurídico (Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional)", *ED*, 180-1427 quien afirmó: "Es incorrecto —y quizá muy perjudicial— analizar estos problemas partiendo de unos 'derechos armados', en lucha permanente entre sí, fagocitándose unos a otros, necesariamente inconciliables... En verdad, los derechos constitucionales no son gallos en riña. La necesaria colisión no deja de ser un 'mito', pues es posible una visión distinta".

una vida digna— obtendremos derechos equilibrados, sin innecesarios conflictos ni limitaciones entre sí.⁹¹¹

Los derechos fundamentales —y los deberes que éstos engendran-, están armónicamente interrelacionados o correlacionados.⁹¹²

Esta correlación de derechos debe hacerse más aún en materia de derechos humanos (v. gr., acceso a la justicia), donde el peligro no es sólo postergar una norma, sino un derecho fundamental de una persona concreta.

6.2. Seguridad jurídica: certeza para los litigantes y la justicia

Como vimos, otro de los argumentos esgrimidos por la SCBA para declarar la inconstitucionalidad de oficio del art. 78, inc. 2° del C.C.A. (y consecuentemente mantener provisoriamente la situación actual) fue para defender “un criterio de funcionalidad y certeza para los litigantes así como para la justicia, aspectos que se verían comprometidos con la aplicación de un régimen procesal reglamentario de la competencia de órganos judiciales de grado, aunque todavía no creados, de estructura y funcionamiento diferente a la Suprema Corte...” (art. 215, cit.).

A nuestro modo de ver, esa doctrina tuvo por finalidad la autopreservación de la SCBA, con olvido de que su deber primario como Tribunal Supremo es salvaguardar los derechos constitucionales de los habitantes de la Provincia y su seguridad jurídica.

En efecto, el art. 78 del C.C.A. —cabe reiterar— estableció en su inc. 2° la aplicación de los plazos más amplios del C.C.A. respecto de los procesos en curso de ejecución, pero de ningún modo atribuyó competencia a la SCBA para la aplicación integral del nuevo régimen procesal reservado exclusivamente —como bien lo señaló en “Jirafa Azul S.A.”— al nuevo F.C.A.

No apreciamos que se vea afectado el normal funcionamiento de la SCBA, el hecho de que (interpretando armoniosamente —y no en pugna— el art. 78, inc. 2° del C.C.A. aún vigente, juntamente con los arts. 15 y 215 de la C.P.B.A.) el Alto Tribunal provincial tenga competencia para aplicar, en este período injustamente largo de transición,

⁹¹¹ Ídem, p. 1435. Dijo también este autor: “En consecuencia, interpretar desde el contenido esencial —y encontrar así el derecho verdaderamente tal en un caso— es mirar hacia los *límites internos*, hacia su naturaleza, su finalidad y su ejercicio funcional, es atender a los contornos de cada derecho, a su esfera de funcionamiento razonable, y, por tanto, es buscar modos de compatibilidad que respeten el núcleo fundamental de cada uno de esos derechos, evitando que ninguno se vea realmente frustrados”.

⁹¹² Ídem, p. 1428, comentando en la nota 5 que resulta muy sugerente, en este sentido, que el art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lleve por título “Correlación entre deberes y derechos”.

exclusivamente los plazos más amplios estatuidos por el C.C.A. a favor de los litigantes.

Para nosotros, la SCBA si pretende garantizar la "seguridad jurídica" que tanto pregona, debe (ni más ni menos) aplicar la ley y no fundar frágilmente sus decisiones entrando en el terreno de la filosofía del derecho —poco creíble—, expuestas —para colmo— en sentencias interlocutorias sin publicidad, que no garantizan a los litigantes la certeza y estabilidad en la aplicación del derecho.

La seguridad jurídica presupone, por el contrario, saber a qué atenerse, prever lo que sucederá, verlo de antemano.⁹¹³ Se trata de la necesidad que el individuo tenga reglas de juego claras, públicas, formales y previas.

Pensamos que ella sólo puede ser alcanzada a través de la sujeción de los particulares y del propio Estado —incluido el Poder Judicial— al imperio de la ley (art. 25, C.P.B.A.).⁹¹⁴

En términos generales —opinó Alterini— hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores —y no previas— a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo. Todo ello permite calcular razonablemente las consecuencias de derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy.⁹¹⁵

La certidumbre para los litigantes, contrariamente a lo que sostiene la SCBA, supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular una persona, y su consiguiente convicción fundada acerca de que esos derechos serán respetados.⁹¹⁶

⁹¹³ Conf. ALTERINI, Atilio A.: *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 17, quien citando a Jeremy Bentham expresó que "gracias a ella podemos prever el futuro, y por lo tanto, tomar nuestras disposiciones por entonces; es la base sobre la que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; con ella la vida no es simplemente una sucesión de instantes sino una continuidad, y la existencia de cada uno entra como un eslabón en la cadena de las generaciones. La seguridad —concluyó con énfasis— es la característica distintiva de la civilización, lo que diferencia al hombre culto del salvaje, a la paz de la guerra, al hombre de la bestia".

⁹¹⁴ El art. 25 de la C.P.B.A. dice: "Ningún habitante de la Provincia estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni será privado de hacer lo que ella no prohíbe".

⁹¹⁵ Conf. ALTERINI: ob. cit., p. 19.

⁹¹⁶ Ídem, p. 20, agregando que la seguridad jurídica como estabilidad del derecho resulta de la existencia de un sistema legislativo debidamente ordenado, y que prevé el cumplimiento de determinados recaudos para modificar las normas jurídicas: el órgano que dicta esas normas debe tener competencia suficiente, y sujetarse a procedimientos reglados (ob. cit., p. 39), no procediendo de la manera como lo hizo la SCBA al virtualmente derogar —excediendo sus facultades jurisdiccionales— el citado art. 78, inc. 2º del C.C.A.

La SCBA en "Crubellati, Enrique" en otra oportunidad sostuvo en esta misma orientación⁹¹⁷ que "el principio de la seguridad jurídica constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces ...La seguridad jurídica en su sentido más amplio consiste en la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber o predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho".

En consecuencia, los litigantes encontrarán "seguridad jurídica" en el cumplimiento estricto de la ley por un tribunal de justicia y de ningún modo buceando para "hallar" en determinadas bibliotecas sólo de la ciudad de La Plata (su sede), los criterios jurisprudenciales de la SCBA que llevan al error, a indefensión procesal, a un estado de incertidumbre y a la falta total de seguridad jurídica.⁹¹⁸

7. Responsabilidad del Estado provincial⁹¹⁹

Es necesario establecer dos hipótesis sobre la existencia de la responsabilidad del Estado:

⁹¹⁷ SCBA, B-56.017, del 31/3/1998.

⁹¹⁸ Una posición diferente tiene Milanta ("Vigencia diferida...", cit.), quien expresó: "El acierto del fallo queda, en cambio, garantizado, si se lo analiza a la luz del principio de certeza o seguridad jurídica, ya que, se muestra más convincente, aunque sólo lo sea formalmente, encontrar el régimen procesal aplicable en un único cuerpo sistemático, en lugar de apelar a la integración de dos ordenamientos de tan diferentes contenidos, proclive a generar situaciones equívocas o, al menos, dudosa".

⁹¹⁹ Ampliar en REIRIZ, María G.: "Responsabilidad del Estado", en AA.VV.: *El derecho administrativo, hoy*, Ciencias de la Administración, p. 220; MILANTA, Claudia A.: "Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires", *RAP*, Año XX, suplemento especial n° 4, pp. 5 y ss.; y BOTASSI, Carlos A.: "El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado", *JA*, número especial, 23/8/2000. En cuanto a la evolución jurisprudencial en nuestro país, en apretada síntesis, podemos decir que, derivado de la falta de una norma de derecho administrativo que regulara la materia, se aplicaron en forma analógica disposiciones del Código Civil. En una primera etapa, la CSJN recurrió al art. 1109 del Cód. Civil que estableció la responsabilidad aquiliana, basada en la culpa o negligencia del autor del daño. Esta norma se conjugaba con el art. 1113 a fin de extender la responsabilidad de los empleados públicos al propio estado, ya que aquellos se encontraban bajo su dependencia ("Devoto") En una segunda etapa, el Alto Tribunal recurrió a los arts. 1112 y 1113 del Cód. Civil, dejando en claro que el tipo de relación es propia de la regulación del derecho público, pero ante razones de justicia y equidad se podía recurrir a la aplicación subsidiaria de normas del derecho civil (caso "Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires"). Finalmente, a partir del caso "Vadell c/Provincia de Buenos Aires" la CSJN estableció la responsabilidad directa y objetiva del estado por aplicación directa del art. 1112 del Cód. Civil, dejando de lado la responsabilidad aquiliana (basada en la culpa o negligencia) indirecta (por aplicación del concepto de "dependiente" del empleado público) y dispuso el nacimiento de la responsabilidad a partir de la existencia de un daño actual y cierto, la imputación de éste al Estado, la relación de

- a) Nuestra posición: La responsabilidad del estado bonaerense por no poner en marcha la nueva justicia contencioso-administrativa en tiempo oportuno (art. 215, C.P.B.A., y 4° y 24 L.F.C.A. —conf. ley 12.310—, y 78 C.C.A.).
- b) Posición de la SCBA: De considerar correcta la declaración de inconstitucionalidad del art. 78 inc. 2° del C.C.A., la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los particulares que cumplieron lo estatuido por una ley declarada inconstitucional.

7.1. Primera hipótesis: nuestra posición. Responsabilidad por omisión

Como ya vimos, el art. 215 de la C.P.B.A. dispone: “La Legislatura establecerá el fuero contencioso administrativo antes del 1° de octubre de 1997 y sancionará el Código Procesal respectivo, para su entrada en vigencia conjunta...”.

Por su parte, el art. 24 de la L.F.C.A. (según ley 12.310, art. 40) en relación a los tribunales de primera instancia prescribió:

“...Los tribunales contencioso-administrativos creados por esta ley, serán puestos en funcionamiento gradualmente por el Poder Ejecutivo, en función de la extensión territorial, la población correspondiente y el índice de litigiosidad de los respectivos departamentos judiciales o regiones; lo cual será determinado con arreglo a las estadísticas que anualmente elabora la Suprema Corte de Justicia de la Provincia. Para el supuesto de que los referidos tribunales no se pusiesen en funcionamiento simultáneo, la Suprema Corte de Justicia determinará el tribunal que intervendrá en las causas cuya competencia territorial le hubiese correspondido a aquéllos.”⁹²⁰

Mientras que el art. 4° de la L.F.C.A. (conf. ley 12.310, art. 32) estableció en esa misma orientación:

“Las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, creadas por la presente ley, serán puestas en funcionamiento gradualmente por el Poder Ejecutivo, conforme lo exijan

causalidad entre la conducta estatal (lícita o ilícita) y el perjuicio ocasionado. El elemento objetivo se hizo presente a partir de aquí, ante la falta de servicio o irregularidad en su prestación.

⁹²⁰ En uso de esta atribución de la L.F.C.A. y en forma extemporánea, el PEP dictó el dec. 5188/99 que dispuso la creación de dos tribunales contencioso administrativos en La Plata y los cinco restantes, a razón de uno por región, en Bahía Blanca, San Martín, San Nicolás, Lomas de Zamora y Mar del Plata, mientras que el Consejo de la Magistratura avanzó en el procedimiento de selección de los jueces correspondientes a tales órganos jurisdiccionales de primera instancia.

la extensión territorial, la población correspondiente y el índice de litigiosidad de los respectivos departamentos o regiones judiciales, según el cuadro estadístico que anualmente elabora la Suprema Corte de Justicia de la Provincia. Si la totalidad de las cámaras de apelaciones previstas en el art. 3° de la presente no fuesen puestas en funcionamiento simultáneo, la Suprema Corte de Justicia determinará cuál de las efectivamente conformadas intervendrá en las causas cuya competencia territorial le hubiese correspondido a otra u otras de las previstas en la citada norma.⁹²¹

Las normas citadas le atribuyeron concretamente al PEP la obligación de poner en marcha gradualmente el nuevo F.C.A. antes del 1° de octubre de 1997 (art. 215, C.P.B.A., que fija el único plazo para nosotros idóneo).

La falta del cumplimiento por parte del PEP de esa obligación legal, produjo un daño concreto a aquellas personas que se vieron perjudicadas por la imposibilidad de acceder a la justicia para obtener la protección de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

El cumplimiento de ese plazo constitucional y sus prórrogas legales conlleva a nuestro juicio, a atribuir responsabilidad del Estado por su omisión, por cuanto el PEP incumplió su obligación-deber de poner en marcha integralmente la nueva justicia administrativa en tiempo oportuno.

En ese orden de ideas, el PEP incumplió los arts. 1074 del Cód. Civil (aplicable por analogía⁹²²) que dispone: " Toda persona que por cualquier

⁹²¹ El art. 3° de la L.F.C.A. (según ley 12.310, art. 31), contempló la creación de cuatro cámaras de apelaciones en lo contencioso administrativo, a saber: La Plata (integrada por cinco miembros, dividida en dos salas de dos miembros cada una con presidencia común a todas, ejercida en forma rotativa y anual, con asiento en la ciudad de La Plata y competencia territorial en la región conformada por los departamentos judiciales de La Plata, Dolores, Lomas de Zamora, Quilmes y La Matanza); Mar del Plata (compuesta por tres miembros, con presidencia anual y rotativa ejercida por cada uno de los miembros que la integran, con asiento en la ciudad de Mar del Plata y competencia territorial en la región conformada por los departamentos judiciales de Mar del Plata, Bahía Blanca, Necochea y Azul); San Martín (ejercida por tres miembros con presidencia anual y rotativa, con asiento en la ciudad de San Martín y competencia territorial en la región conformada por los departamentos judiciales de San Martín, San Isidro, Morón y Mercedes) y San Nicolás (integrada por tres miembros, con presidencia anual y rotativa, con asiento en la ciudad de San Nicolás de los Arroyos y competencia territorial en la región conformada por los departamentos judiciales de San Nicolás, Junín, Trenque Lauquen, Zárate-Campana y Pergamino). A la fecha de la redacción de este capítulo, el Poder Ejecutivo tenía en su poder las ternas elevadas por el Consejo de la Magistratura.

⁹²² En un reciente fallo de la SCBA, en autos "Vargas, Pablo c/Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios" del 28/3/2000 (Acuerdo 73.526, *RAP*, Año XXII, n° 259, abril de 2000, p. 69), expresó que: "En el derecho público no existe un texto específico que

omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”, y 1112, que establece: “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 legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título.”⁹²³

El presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad estatal es la atribución, por parte del ordenamiento jurídico, de una obligación concreta de actuar de una determinada forma.⁹²⁴

Dijo Cassagne al respecto: “La clave para establecer la responsabilidad estatal por acto omisivo se encuentra en la configuración de la falta de servicio, concebida ésta como una omisión antijurídica que se produce en la medida en que sea razonable y posible esperar que el Estado actúe

contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado —en el caso la Municipalidad de Tigre— por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o abstención. Por ello su tratamiento jurídico básico debe efectuárselo recurriendo a la norma del art. 1074 del Cód. Civil (art. 16, C.C.) que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención...”

⁹²³ La aplicación del art. 1112 del Cód. Civil para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado se produjo a partir de “Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires” del 18/12/1984. Allí la CSJN dijo que: “La actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas ...La idea objetiva de la responsabilidad del Estado por falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil...” (ED, 114-215, con comentario de Juan C. Cassagne: “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, quien expresó: “En tal sentido, la responsabilidad extracontractual del Estado es siempre una responsabilidad directa y objetiva, fundada en la figura de la falta de servicio, que se independiza de la idea de culpa y que no requiere la individualización del autor del daño”). Agregó asimismo Casagne que, a pesar de estar incluido en el Código Civil, el art. 1112 es una norma de derecho administrativo y que por lo tanto debe ser aplicada en forma directa y no subsidiariamente como lo hizo la Corte. Para un análisis más profundo sobre el origen y naturaleza del art. 1112, véase SALOMONI; Jorge Luis: “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina”, ED, 186-618.

⁹²⁴ En autos “Vargas”, ya citado, la SCBA sostuvo al respecto: “El art. 1074 dispone que toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. Dice el mencionado autor (Marienhoff, Miguel S.: *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público*) que no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento puede determinar que una omisión sea sancionable y oblique la responsabilidad del autor de la misma, sino que vasta que la omisión sea antijurídica, vale decir contraria a derecho.; agrega también que lo que los litigantes deben acreditar es la existencia de la mencionada omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido” (RAP, n° 259, p. 69).

en determinado sentido para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares".⁹²⁵

Asimismo, el particular que vio denegado el acceso a la justicia a partir del 1° de octubre de 1997, deberá demostrar en el caso, los extremos necesarios para el nacimiento de esa responsabilidad directa, a saber:

- a) daño actual y cierto,
- b) imputación del daño a un órgano estatal,
- c) relación de causalidad entre la conducta estatal (lícita o ilícita) y el perjuicio ocasionado, y
- d) falta de servicio o irregularidad en su prestación (elemento objetivo).

Como se observa, los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Consejo de la Magistratura) omitieron el mandato constitucional de poner en funcionamiento el F.C.A. y el C.C.A. antes de esa fecha (art. 215, C.P.B.A.), lo que dio nacimiento, indefectiblemente, a la imputación de su responsabilidad.

7.2. Posición de la SCBA. Segunda hipótesis: responsabilidad por ley inconstitucional

De reconocerse la posición actual de la SCBA que declaró la inconstitucionalidad de oficio del art. 78, inc. 2° del C.C.A., también cabría a nuestro parecer, atribuir la responsabilidad del Estado por haber sancionado una ley inconstitucional.

Es atribuida en forma general por la doctrina⁹²⁶ la responsabilidad del Estado por la sanción de leyes inconstitucionales que causen un daño

⁹²⁵ Conf. CASSAGNE, Juan C.: "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *LL*, 17/8/2000.

⁹²⁶ FIORINI, Bartolomé: *Derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 743, afirmó: "El derecho resarcitorio se imponía en estos casos aun cuando la norma fuere constitucional y la solución entonces es más justa cuando la ley es declarada inconstitucional. No juega en este caso el daño desigual, sino el daño ocasionado que ha creado el cumplimiento de una norma declarada inválida por violar la ley fundamental de los argentinos; no se trata de los daños ocasionados en desigual tratamiento, sino el perjuicio ocasionado al acatarse la ley del Congreso de la Nación o de la legislatura local". PRIERI BELMONTE, Daniel A.: "Responsabilidad del Estado por daños causados por leyes declaradas inconstitucionales", *LL*, 18/8/2000, comparte este criterio: "No cabe duda alguna de que el dictado de una ley inconstitucional que ocasiona un perjuicio debe ser indemnizado... La responsabilidad por actividad ilegítima se configura cuando las normas son inconstitucionales o ilegales. En muchos casos, la Corte ha declarado inconstitucional una ley y obligado por esa causa al Estado en el marco de su responsabilidad, como ha sucedido con frecuencia con leyes impositivas, nacionales o provinciales, y también con simples ordenanzas municipales que, declaradas contrarias a la prescripciones de la Constitución, han determinado que se devuelva lo percibido por ese concepto".

concreto a un particular, criterio que fue receptado por la CSJN en autos “Viñedos y Bodegas Arizu c/Provincia de Mendoza”.⁹²⁷

El legislador —afirmó Gordillo— está subordinado a la Constitución Nacional, y por lo tanto si dictara una ley inconstitucional o contraria a derecho y con ello, ocasionara un daño, éste debe ser indemnizado.⁹²⁸

Los requisitos para que se produzca el nacimiento de la responsabilidad estatal por su actividad legislativa son los siguientes:

- a) daño actual y cierto;
- b) imputación del daño a una ley formal (constitucional o no), y
- c) relación de causalidad entre el acto legislativo y el perjuicio.⁹²⁹

En aquellas causas donde la SCBA estableció la inconstitucionalidad del nuevo C.C.A., y como consecuencia causal directa de esa declaración, los demandantes hayan sufrido un perjuicio concreto, materializado en la imposibilidad de hacer valer sus derechos ante la justicia, el Estado deberá indemnizar por el daño ocasionado a los litigantes por el acatamiento de una ley contraria a la C.P.B.A.

Los accionantes que dieron cumplimiento al art. 78, inc. 2° del C.C.A., no actuaron en forma irresponsable, negligente o dolosa, sino por el contrario, dieron cumplimiento de buena fe a lo dispuesto legalmente.

En una posición semejante, aseveró Prieri Belmonte, que a los particulares “se les perjudica por acatar y cumplir con las prescripciones de la norma legal declarada inconstitucional. Siendo ello así, deberán entonces ser resarcidos en los daños sufridos por quien ha dictado dicha norma legal declarada inconstitucional: el Estado”.⁹³⁰

Habiendo la SCBA declarado la inconstitucionalidad de oficio del art. 78 inc. 2° del C.C.A. —doctrina del fallo “Jirafa Azul”—, corresponde un resarcimiento económico a las personas afectadas por el incumplimiento del nuevo C.C.A. y la consiguiente pérdida de derechos de los que pretendían defenderlo en la justicia contencioso administrativa.

El plazo para interponer la demanda, a fin de obtener el resarcimiento del daño ocasionado es de dos años (art. 4037, Cód. Civil) y se comienza a computar a partir de que la declaración de inconstitucionalidad haya quedado firme.

⁹²⁷ Fallos, 156:20.

⁹²⁸ Conf. GORDILLO, Agustín: *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pp. XIX-46.

⁹²⁹ Conf. DIEZ, Manuel M.: *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 447.

⁹³⁰ Conf. PRIERI BELMONTE: ob. cit.

8. *La audiencia pública sobre el F.C.A.*⁹³¹

El 6 de junio de 2001 se realizó una audiencia pública titulada "El fuero contencioso administrativo", celebrada en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires.⁹³²

Fue convocada con el fin de generar un amplio debate con los todos los sectores involucrados para fijar una posición sobre el incumplimiento constitucional.

Transcribiremos a continuación las exposiciones más relevantes:

El doctor Carlos Botassi expresó:

"Simplemente quiero adherirme enfáticamente y recordar que hace más de doscientos años que el poder reside en el pueblo. El pueblo lo ejercita a través del único sistema moralmente admisible, que es la democracia representativa.

Esta democracia no es desautorizada ni abrogada por audiencias como las de este tipo; por el contrario, en este recinto nuestra presencia como ciudadanos ratifica algo que el pueblo, a través de sus convencionales constituyentes, decidió hace siete años, esto es, la reforma del sistema judicial contencioso administrativo.

A partir de este dato de la realidad, luego ratificado por las leyes que en este mismo recinto se votaron, la cuestión no es de discrecionalidad de los poderes constituidos ni de oportunidad mérito o conveniencia para su implementación, ni de juzgamiento de las bondades del nuevo sistema, es decir, del nuevo código que se va a aplicar.

En el sistema republicano de gobierno, las autoridades constituidas no tienen otra alternativa que respetar el mandato del constituyente. El silencio en el derecho administrativo es un hecho jurídico y tiene un significado. En la ciencia política también el silencio debe ser interpretado como una manifestación de voluntad.

Lamentablemente, notamos ausencias de representantes de los poderes Ejecutivo y Judicial, que nos hubiera gustado escuchar."

Por su parte, el doctor Agustín Gordillo, luego de otorgarle a la audiencia pública un carácter de histórico,⁹³³ manifestó:

⁹³¹ Conf. trabajo inédito del doctor Pablo Octavio Cabral, aún en elaboración.

⁹³² El acto fue presidido por el diputado Aldo San Pedro, presidente de la Honorable Cámara de diputados de la Provincia de Buenos Aires, quien fue acompañado por la Diputada Hebe Electra Febles, el presidente del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, doctor Juan Carlos Abud, y los doctores Agustín Gordillo y Carlos Botassi.

⁹³³ Versión taquigráfica extendida por la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. "DR. GORDILLO: Buenos días. Es para mí un inmenso honor y una gran emoción poder participar de este importante evento, que podría calificar

“Sabemos bien por qué no quieren el control judicial los que no lo quieren.

Pueden inventar los argumentos que quieran y quizás por el razonamiento del absurdo, hemos caído todos en el decir que no hay justicia porque falta un juramento, no se cumple la Constitución, no se cumple la ley, no se cumple el Estado de derecho, no se cumple el sistema republicano de gobierno, todo porque falta un juramento.

Es preferible hoy un juramento y mañana una traición y no empezar con la traición. Y ahora se traiciona al Código Contencioso y a la nueva Constitución, todo por un juramento que está faltando.

Desafia un poco a la razón que por este motivo no haya justicia; que por este motivo no haya Constitución; que por este motivo no se cumpla la ley.”

Propuso Gordillo, además, que el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires tome juramento a los jueces designados y les brinde sus oficinas para que puedan comenzar a cumplir sus funciones jurisdiccionales.⁹³⁴ Dijo también:

“No hay argumento alguno para que no esté funcionando la justicia. Todo ha sido resuelto, pero el que va a ser objeto de control no quiere y tiene que entender que nosotros también sabemos por qué no quiere. Y todos los que contribuyen con su no querer, con su omisión para que esto esté ocurriendo, todos los que por omisión nos ponen en esta situación de injusticia, de indefensión, de incumplimiento de la Constitución, de incumplimiento de la ley, todos tienen que saber que sabemos de qué se trata.

de histórico. Desde que vengo pensando en esta reunión de hoy, no puedo evitar encontrar similitudes y diferencias con el 25 de Mayo de 1810, ya que ésta es una audiencia pública, aquello un cabildo abierto; una mañana fría y lluviosa; según los cuadros no había mucha gente, tampoco en aquel entonces; hoy en día, si nos ponemos a sumar quizás son más los ausentes que los presentes. Con todo, al caer la noche sabremos el total de ausentes y presentes, algunos ausentes los podemos dar por seguros, otros tal vez no. Según la historia, la gente preguntaba o clamaba el pueblo quiere saber de qué se trata. Y esta audiencia, pública no porque el pueblo quiere saber de qué se trata, ya sabe de qué se trata; la audiencia es para que quede en claro que el pueblo sabe de qué se trata y que sepan ellos que lo sabemos. Aquí nadie se chupa el dedo”.

⁹³⁴ “Pensaba que así como hay una matrícula para los abogados litigantes, así como en esa matrícula dejan de estar los que pasan a integrar la justicia, el Colegio tendría que abrir por razones de emergencia una matrícula especial y tomarle juramento a los jueces y brindarles las oficinas, los despachos y el personal de los colegios de abogados para que puedan comenzar su digna tarea de impartir justicia, para que puedan empezar a cumplir con su mandato legal y constitucional.”

Esta audiencia pública para mí tiene ese mensaje claro: dejar las cosas en blanco y negro. Todos los que estamos aquí somos partidarios del principio de que se cumpla la Constitución, de que se cumpla la ley, que haya justicia.

Uno oye de pronto que por ahí se están haciendo contratos gigantescos por un supuesto mecanismo de derecho privado con los cual se elimina el régimen de contratación pública y se hacen cosas que quizás ningún tribunal digno dejaría pasar. Entonces, sería bueno que no haya tribunales.

En este sentido, vean lo que está pasando en el orden nacional con magistrados nombrados por el mismo poder político ahora juzgando a ese poder político. Los caminos se cierran y no hay muchas alternativas y ese camino va a llegar acá también si no nos cuidamos todos, si no se cuidan todos."

Concluyó:

"No estoy pidiendo la intervención federal, estoy pidiendo que hagamos un esfuerzo para evitar esa intervención federal y para que se cumpla dentro de nuestro ámbito y bajo nuestras propias fuerzas la Constitución de la Provincia, la ley de la Provincia y el sistema institucional de la Provincia.

Y si no lo podemos hacer cumplir nosotros, pues entonces nos lo harán cumplir de afuera. Sea de afuera del Gobierno federal, sea por vía judicial o legislativa o sea desde afuera del sistema interamericano. Pero esta situación realmente clama justicia, clama a Dios".⁹³⁵

El doctor Adolfo Gabino Ziulu —destacado constitucionalista—, recaló en las ventajas del sistema creado:⁹³⁶

⁹³⁵ "Creo que una primera cosa es seguir agotando los mecanismos jurisdiccionales. Falta todavía que los justiciables y tal vez los magistrados designados concurren ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante la inexistencia de la estructura judicial en el ámbito local. Por otro lado, hay pronunciamientos de la Corte Federal justamente censurando al tribunal local por su incumplimiento de la Constitución federal en el punto básico de dar justicia. Y si ese Tribunal Federal no hace justicia, habrá que ocurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También, por qué no, blandir una amenaza que no es la de la calle o de la turba multa, sino una amenaza institucional. Porque todos los que por omisión están incumpliendo estas garantías básicas, están violando el art. 5° de la Constitución Nacional. No están dadas las condiciones para las cuales la Nación se compromete a respetar la autonomía provincial. En esta Provincia se está incumpliendo el régimen de justicia. Hay causales suficientes de intervención federal. Y tal como están dadas las cosas, los tres poderes tienen la culpa: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial de que no haya de pronto en esta Provincia ni siquiera un mínimo de justicia en materia administrativa."

⁹³⁶ "Sabemos que en nuestra Provincia, en la generalidad de los casos, cuando uno o más ciudadanos litigan contra el Estado, deben venir forzosamente a esta ciudad. Aquí no

“Surgió así el nuevo fuero contencioso administrativo, es decir, tribunales de la materia, que estarían diseminados en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires.

Estos tribunales fueron efectivamente creados por el legislador que incluso determinó sus lugares de residencia y dictó el nuevo Código Contencioso Administrativo luego de la consulta a un grupo muy destacado de especialistas y conocedores del tema. Es decir, el hombre común, el ciudadano que es el protagonista principal de la democracia, tendría un órgano judicial mucho más cercano y con procedimientos más simples y más accesibles. Era el fin de un irrazonable privilegio del Estado; era una conquista del ciudadano; era una modernización del Estado de derecho.”

terminan sus peripecias jurídicas, porque deben contratar los servicios de un profesional especializado y éste tendrá que ejercer un complejo mecanismo de relojería jurídica, para superar el juicio de admisibilidad de la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires. La reforma de 1994, con buen criterio, haciéndose eco de los reclamos formulados por la doctrina especializada, dispuso la creación del fuero contencioso administrativo, a cargo de tribunales inferiores. De ese modo, se suprimía para la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires la competencia exclusiva y originaria en los pleitos de esa naturaleza que le atribuía el viejo art. 149 de la Constitución local. Los fundamentos de esta enmienda constitucional fueron claros y eran insistentemente reclamados desde hace varios años: la acumulación excesiva de causas que se había dado en el Superior Tribunal de la provincia de Buenos Aires; la inconveniencia que en un juicio ordinario intervenga en su resolución un tribunal colegiado numeroso con la demora que significa que en un auto interlocutorio, por ejemplo, voten por los menos cinco de los nueve miembros de ese Alto Tribunal; las dificultades para litigar, que recién mencioné, que padece el particular que no es vecino de La Plata y la falta de inmediatez que evidentemente puede frustrar la justicia.”

⁹³⁷ “La Legislatura en ese tema cumplió sus deberes. Dictó la ley creando los tribunales y dictó el Código de Procedimiento Administrativo para lo cual fue necesario un impropio trabajo de elaboración. El otro despropósito en este camino al establecimiento del fuero especializado en el ámbito contencioso administrativo, fue la convocatoria a concursos públicos y abiertos que se hicieron con la participación del Consejo de la Magistratura, recientemente creado. Algunos de estos fueron, como sabemos, designados, en otros casos hay ternas propuestas, pero no están los tribunales. ¿Y el nuevo Código? Diría que bien, gracias. La Suprema Corte estima que no debe entrar en efectiva vigencia hasta que comience a funcionar el nuevo fuero. Completando este carrusel de despropósitos políticos y jurídicos, no tenemos en vigencia el Código de Procedimientos Administrativos ni tampoco los tribunales creados por la Constitución. Todo porque una incomprensible decisión —por lo menos a mi criterio— del Poder Ejecutivo lo sigue postergando. ¿Cómo explicarle al hombre común que todo sigue como antes en materia contencioso administrativa después de haber transcurrido más de seis años de la reforma constitucional de 1994? ¿Cómo explicarle al ciudadano común que existiendo normas constitucionales superadoras que ya han sido reglamentadas conveniente y responsablemente por el legislador éstas no se cumplan? ¿Cómo explicarle que hay jueces designados luego de largos procedimientos de selección pero que no tienen aún juzgados porque no están creados esos órganos judiciales? Estas consecuencias son peores y, además, más graves.”

Valoró Ziulu la sanción del C.C.A., explayándose sobre las consecuencias negativas que acarrea la no puesta en marcha del F.C.A.:⁹³⁷

“Se ha agraviado con evidencia una vez más, como lo decía el señor presidente del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, la seguridad jurídica. El término ‘seguridad’ se aplica con relación a aquellas consideraciones dignas de certeza y de confianza. Se ha agraviado la certeza y se ha agraviado la confianza. Media en estos casos una previsibilidad axiológicamente positiva cuando tenemos seguridad jurídica.

La seguridad jurídica implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad acerca de su futuro. Es la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre. La seguridad jurídica se encuentra estrechamente vinculada a lo que llamamos ‘las garantías y el control’.

Se trata, en definitiva, de la confianza en el orden jurídico la que reposa en dos manifestaciones vertebrales: la protección frente a la arbitrariedad y la previsibilidad.

Se dice, y esto lo hemos escuchado hasta el hartazgo, que no hay seguridad en la provincia de Buenos Aires. Aquí tendríamos que explicar que es difícil que pueda existir seguridad pública, si previamente no existe la seguridad jurídica que es un preludio indispensable de la seguridad pública.”⁹³⁸

⁹³⁸ “Este hecho lamentable que hoy nos convoca a esta audiencia pública, debe ser ampliado con otras formas de inseguridad jurídica que también tenemos el deber de mencionar. Tenemos aún muchas cláusulas de la Constitución reformada de 1994 sin reglamentar. Nos falta la ley de amparo; nos falta la ley de hábeas data; la iniciativa popular; la consulta popular; la reglamentación también del defensor del pueblo. Otras han sido reglamentadas y puestas en vigencia aun sea imperfectamente como el caso del Consejo de la Magistratura. Y está el fuero contencioso administrativo que, pese a tener norma constitucional consagratoria, ley reglamentaria y hasta jueces designados, no tiene aplicación práctica. Además, recordemos que para realizar estas reformas constitucionales —lo recordaba ayer con especial sinceridad la señora diputada Febles— gastamos 20 millones de pesos del presupuesto general de la Provincia para realizar la reforma constitucional que nos iban a dar precisamente estos derechos y estas garantías que, como la que hoy estamos discutiendo, todavía, lamentablemente, no las tenemos. Otra consecuencia no menor: escuchaba ayer en este mismo recinto las palabras de varios legisladores afirmando la necesidad de modificar la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. También palabras cargadas de sinceridad como las vertidas por el señor diputado Oliver, cuando expresaba que si este tema se lo planteamos hoy a la ciudadanía, ésta nos va a decir que por qué no comenzamos por poner en vigencia aquellos que se hizo hace más de seis años y todavía hoy no lo tenemos. Pero volviendo al contencioso administrativo. Esto sumerge, creo, al derecho público de la Provincia en una situación de atraso, casi de desidia, que hasta los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, ya han debido intervenir. Recordaría, en este sentido, la severa amonestación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formulada en 1999 en el caso Palacios, que se refería precisamente a un conten-

Envió su calificada opinión el Dr. Daniel F. Soria, quien fuera Convencional Constituyente en 1994 y coautor de los anteproyectos del ley 12.008 y 12.310. Afirmó:

“Estimo de utilidad sintetizar mi opinión en unos puntos que a continuación desarrollo:

1°. La necesidad de reestructurar de raíz el sistema de justicia administrativa de la provincia de Buenos Aires ha sido uno de los temas habilitados por la ley declarativa de la reforma constitucional que mayor consenso reunió en el seno de la Convención Constituyente reunida en 1994.

2°. Así, la comisión del Poder Judicial de la Convención, de la que fui vicepresidente, llevó adelante una fructífera tarea de análisis y debate, en la que tomaron parte entidades profesionales, representantes de los poderes públicos, académicos, etcétera.

3°. El acuerdo constitucional se reflejó en los actuales arts. 166, último párrafo, 215 y 217 de la Constitución reformada. Junto con ellos se articuló el art. 15 que garantiza la efectividad de la tutela judicial.

4°. Participé en la elaboración y redacción de la cláusula constitucional atributiva de la competencia contencioso administrativa. Como lo he sostenido en diferentes estudios, ella, lejos de ceñirse a ese objeto, ha sentado nuevas bases estructurales para el proceso administrativo.

5°. Esas bases se sustentan en los siguientes principios rectores: especialización de los magistrados del nuevo fuero; selección de los mismos por el Consejo de la Magistratura; descentralización de los tribunales, contracara de la supresión de la concentrada competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia provincial; ampliación de la materia enjuiciable, apertura de la legitimación activa y expansión del universo de partes intervinientes en el proceso; accesibilidad plena a la jurisdicción; eliminación del principio revisor y de las cargas de actividad que inhibían el derecho al enjuiciamiento del fondo de las situaciones subjetivas controvertidas; sanción de un nuevo Código Procesal de la materia para ser aplicado por los tribunales especializados.

6°. Entre tanto fuera implantado el nuevo régimen, para lo cual el Constituyente había fijado la fecha límite del 1° de octu-

cioso administrativo municipal de la provincia de Buenos Aires. Por otra parte, recuerdo que en febrero de este año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso Baena, dijo con todas las letras que el principio de tutela judicial continua y efectiva que establece el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, no solamente es aplicable en materia penal sino referente a cualquier otra actuación judicial e, incluso, administrativa.”

bre de 1997, se mantendría la jurisdicción transitoria a cargo de la Suprema Corte de Justicia.

7°. Más a poco de sancionarse la reforma algunos pronunciamientos de aquel tribunal, caso Oviedo, auguraban las dificultades que habría de tener la adaptación a la realidad de los nuevos principios constitucionales. En ellos rehusó aplicar los contenidos materiales de la cláusula constitucional del art. 166, del texto constitucional de 1994. Podía advertirse, pues, lo complejo que es abandonar un estado de cosas moldeado por una legislación que viene aplicándose desde 1906.

Finalmente, el programa constitucional fue desarrollado en el plano normativo. Al filo del plazo constitucional, por la ley 12.008 se aprobó el Código Procesal Administrativo y tiempo después, con la ley 12.074, se organizó el fuero.

Ambos anteproyectos normativos fueron de mi coautoría. Lo propio aconteció con el anteproyecto de la ley de reformas 12.310.

Podrá imaginarse cuán indecoroso sería que señalara aquí los valores que encuentro en el sistema que conforman el Código y la Ley del Fuero. Tampoco es éste el sitio apropiado para examinar los defectos o puntos oscuros que advierto en aquel entramado legislativo. Simplemente, creo no faltar a la verdad al decir que la generalidad de la doctrina especializada, consideró que la reforma comportaba un real adelanto en nuestra organización jurídica.

Eso sí, fuera del campo doctrinario hubo oposiciones. Es bien conocido que la Fiscalía de Estado, algunos funcionarios del Poder Ejecutivo de aquella época y, particularmente, el Tribunal de Cuentas, mostraron su preocupación por las innovaciones que traería el sistema.

8°. Lo concreto es que a pesar de existir avances indudables en la puesta en vigor del sistema constitucional, selección de magistrados de primera instancia, concursos para jueces de Cámara, trabajos en el campo de la informática y de ubicación de inmuebles, la estrategia institucional trazada en 1994 se halla demorada y con visibles señales de parálisis.

9°. Debo manifestar mi preocupación por la omisión constitucional. Francamente pienso que la Provincia ha perdido un tiempo muy rico para implantar gradual y progresivamente la nueva justicia administrativa. El sistema era y es factible. Pudo haberse puesto en vigor sin arrebatos ni improvisaciones. Una reforma trascendente, de escaso impacto presupuestario y visible ventaja en cuanto instrumento de resolución de conflictos y de control del poder.

Todos quienes actuamos en este pequeño mundo del contencioso administrativo —que tarde o temprano deberá expandirse al compás de una mayor participación pública en la problemática de la justicia— estábamos en condiciones de protagonizar un cambio acompasado, en la búsqueda de un servicio de justicia más pleno, abierto, ágil y eficaz. Hasta ahora no lo hemos conseguido.

10. La crisis financiera del país es inocultable. Una economía que expandió irreflexivamente gastos improductivos y hoy se muestra virtualmente quebrada, gotea sus escuálidos recursos con un ritmo dramáticamente aletargado.

Esta pareciera ser la mejor explicación al reclamo de expansión de cualquier órgano jurisdiccional, pero no me satisface.

11. Hay un amplio margen de optimización presupuestaria, incluso en el Poder Judicial. Y, aunque no lo hubiera, no puede dejar de advertir que cada día que demora la implantación del sistema tiene como correlato derechos que ven privada la tutela judicial.

12. El sistema legislado, ciertamente tiene defectos; es perfectible. Pero no hay duda de que el mejoramiento sobrevendrá de su experiencia.

En todo caso, si algo descarto por infundado es el parecer de aquellos que, a sabiendas o por error, confunden acceso a la justicia con mecánica condenabilidad al Estado, tutela cautelar con paralización caprichosa del funcionamiento administrativo y protección de los derechos colectivos con reemplazo del poder administrativo por los jueces. No nos equivoquemos, el sistema fue pensado con suficientes resguardos; su implantación en manos de buenos jueces no aparejará esos riesgos.

13. Ni las normas sancionadas son la piedra filosofal ni en el fuero contencioso administrativo radica el secreto de la vida eterna. En cambio, se trata de un instrumento que mejora las relaciones entre los ciudadanos y el Estado.

Los reclamos vinculados con la prestación de servicios públicos, los casos ambientales, la tutela de la juridicidad urbanística o de la legalidad tributaria, los procesos urgentes frente a los atropellos de las autoridades y hasta ese instrumento tan maltratado en nuestra Provincia como el amparo, recobrarán una vigencia de la que hoy carecen. Y con ello, los ciudadanos podrán advertir que buena parte de nuestras instituciones poseen algún sentido.

14. En definitiva, urge que los tres poderes públicos regulen este grave trastorno que, como tantos otros que cotidianamente experimentamos, ponen en entredicho la potencialidad del estado de derecho.”

A su turno, el doctor Osvaldo Héctor Bezzi, profesor de Derecho Administrativo I de La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Plata, luego de recordar las enseñanzas del profesor Rodolfo Bullrich, expresó:⁹³⁹

“Ciertamente, se advierte que existe un incumplimiento deliberado y otro por ignorancia, porque se piensa que la Justicia administrativa no está requerida de demandas sociales cuantitativamente importantes cuando efectivamente sí lo está.

También se piensa que el derecho administrativo es un derecho de ricos; gravísimo error y horror. Lo que sí es cierto, y oportunamente manifestara la ex convencional doctora Sonia Herrera, es que el arcaico sistema que aún se aplica, perjudica especialmente a los sectores de recursos económicos escasos; se trata de un derecho sin juez.

Como administrativista pienso que el viejo modelo provincial del Contencioso, ha significado una mutilación grave para el progreso de nuestra ciencia. Siguiendo el concepto de Schwartz, hace ya casi cien años que el reloj jurídico se retrasó. La legislación de 1905 dejó detenida en el tiempo la recepción de técnicas necesarias para afianzar la legalidad y el ordenamiento en su conjunto, constituyó un tipo de proceso que funcionó como un auténtico dogal, impidiendo un control plenario del ejercicio del poder público.

El catedrático español don Eduardo García de Enterría, quien precisamente en este recinto pronunciara una conferencia acerca de la evolución de la justicia administrativa en Europa, destacó las ideas de un gran administrativista francés, Jean Riveró, sobre la democracia y la administración.

Decía Riveró: ‘el respeto de la legalidad, asegurada por el progreso del control jurisdiccional, es condición necesaria pero suficiente del carácter democrático de la acción administrativa’...

‘La democracia sin control no puede durar; sin control la democracia se disolverá en sí misma...’

⁹³⁹ “Rodolfo Bullrich, fundador de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, recordó en una de sus obras el juicio de Juan Agustín García expuesto en su *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas*, de 1889, quien manifestaba que dos de las fuerzas —entre las varias que señala— que habían presidido la evolución de la sociedad argentina, eran el desprecio de la ley y el sentimiento de la futura grandeza del país. Señala Bullrich que los hechos han confirmado la exactitud del aserto de este pensador, dos han sido las fuerzas negativas. El desprecio de la ley ha retardado y retarda aún el progreso de nuestras instituciones. Este aspecto denunciado lo ha referido el doctor Botassi en un artículo publicado en el diario *El Día*, de La Plata. No se trata de la ilegalidad disimulada sino de que se anuncia, sin problemas de conciencia, la violación oficial de la ley, el no acatamiento a la ley de leyes.”

Finalmente, quiero decir que el principio de legitimidad democrática requiere de modo impostergable el cumplimiento del mandato constitucional, mandato que actualmente en esta cuestión aparece desplazado en su gradación jerárquica por la llamada 'razón de Estado'. Gracias."

En representación de los abogados habló el doctor Juan Carlos Abud, quien manifestó:

"Daré el mensaje político institucional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, que es público, conocido, mantenido y ratificado donde nos toca asistir. La situación de no poner en marcha el fuero contencioso administrativo mereció de nuestra parte la calificación de vergüenza institucional, aunque pudo haber parecido demasiado dura y, como consecuencia, trajo algunos enojos.

Esa dureza se debe a que nosotros creemos que lo que está en juego acá no es un tema menor porque se trata del respeto o no a la ley y es difícil imaginar que a veces desde los propios poderes del Estado se lo viole.

Entonces, existiendo una manda constitucional, leyes que se dictaron para el Código, todo un proceso de selección de jueces y sus designaciones, un presupuesto y habiéndose alquilado inmuebles —por montos que desconocemos y que habría que averiguar—, nosotros nos preguntamos cómo puede ser que, después de haber recorrido todo ese camino, el fuero no esté en marcha...

Pero la pregunta es, ¿por qué no funciona? Yo no sé si todos o algunos de los que estamos acá tenemos en claro el motivo; nosotros tenemos algunas presunciones pero nada definitivo porque, en realidad, una versión oficial, clara y concreta diciendo los motivos, a nosotros por lo menos, no nos fue dada. Se habla de que esto no es un clamor popular, de que hay otros temas prioritarios, de movimientos de intendentes pidiendo que este fuero no se ponga en funcionamiento porque, de ser así, se van a fundir los municipios y de muchas cosas más, hasta del gusto o no de los jueces designados.

Nosotros, en realidad, creemos que acá el corazón del problema reside en la resistencia del poder, en la resistencia del 'Estado' a ser controlado. Ése, en nuestra opinión, es el verdadero problema.

La resistencia radica en que pareciera que es una reacción de la burocracia, de un sistema que, muchas veces, cae en la arbitrariedad y, desgraciadamente, cuando triunfa la burocracia y aparecen actos de arbitrariedad, se suele abrir la ventana a actos de corrupción.

Cierro diciendo que el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires ratifica su compromiso y su postura porque creemos que, en el fondo, hay que defender al destinatario final de este fuero como de la justicia en general y del que pocas veces se habla, que es el ciudadano, es el que nosotros llamamos justiciable, es la gente, la sociedad. Por eso decimos que no hay que escatimar los mecanismos institucionales, el Colegio de Abogados de la Provincia está comprometido a no hacerlo y no vamos a desechar ningún mecanismo en pos de estos objetivos, porque estamos firmemente convencidos de que, cuando de defender principios se trata, la lucha no se puede abandonar.”

Por lo demás, las conclusiones generales de la audiencia fueron las siguientes:

“De conformidad a todo lo expresado en esta audiencia es posible afirmar, a modo de síntesis, la necesidad expresada en forma unánime por los expositores, de implementar en forma inmediata el fuero contencioso administrativo. Se ha insistido al respecto sobre la necesidad de cumplir el mandato constitucional, de lograr un adecuado acceso a la Justicia y de no escatimar recursos institucionales y materiales para dicho objetivo.

Se destacó que el orden jurídico debe ser acatado para llevar la justicia a los ciudadanos, fundamentalmente, a los que menos tienen.

Se habló, asimismo, de que el incumplimiento constituye una vergüenza institucional y que en la provincia de Buenos Aires no existe una real división de poderes; de que el Estado se resiste a ser controlado. La instrumentación del Fuero Contencioso, no es una cuestión discrecional ni de mérito o conveniencia que quede librado a la decisión de los poderes políticos.

Se ha referido que funcionarios provinciales, que juraron el cumplimiento de la Constitución, lo han hecho, obviamente, con reserva dado que ahora no escatiman esfuerzos en violarla.

El contencioso administrativo actual es un fuero para ricos, es un proceso sin juez que perjudica a quien tiene escasos recursos.

Se ha referido la contradicción del sistema actual contencioso administrativo, en donde hay que concurrir a la ciudad de La Plata, aun cuando el litigio involucre a una municipalidad distante; distante entonces el actor y distante también el demandado.

No hay ningún pronunciamiento oficial por la inadmisibles demora. La Suprema Corte también es responsable de la situación, omite tomar todos los mecanismos necesarios y que están dentro de su alcance para la implementación del fuero.

Se ha referido, asimismo, que no hay ninguna oposición ni argumento racional para impedir la implementación del fuero y quienes tienen la responsabilidad política sobre el tema, no han dado tampoco respuesta, ni dentro del marco de esta audiencia pública ni en oportunidad alguna, lo que implica una situación de gravedad institucional inusitada.

Asimismo, se destacaron responsabilidades, no solamente políticas sino también posibles responsabilidades económicas y aun penales.

Éstas han sido las conclusiones de esta audiencia pública.”

9. Conclusión

Como consecuencia causal directa de esa conducta omisiva del Estado, el acceso a la justicia continúa siendo restrictivo para los administrados al mantenerse en vigencia el vetusto Código Varela, sustanciándose las causas contencioso-administrativas en juicio pleno e instancia única por la SCBA con su capacidad operativa virtualmente colapsada por la sobrecarga de trabajo.

Creado el instrumento procesal y la L.F.C.A., diferir reiteradamente su puesta en práctica y continuar aplicando el Código Varela es verdaderamente una torpeza política.

Éste es el peor de los destinos imaginables para las modificaciones establecidas en la nueva C.P.B.A.

No sólo se incumplió el plazo establecido en el art. 215 de la C.P.B.A., sino que, por el contrario, se estableció la elevación a grado constitucional del viejo Código, que no podrá ser modificado por el Poder Legislativo hasta tanto las finanzas provinciales dispongan de los recursos suficientes para que el nuevo F.C.A. sea una realidad.

Futuro sombrío si tenemos en cuenta el estado de crisis económica en que se halla sumergida la Provincia. La voluntad del constituyente de otorgar mayores garantías a los particulares frente al Estado no puede ser contrariada por la conducta pasiva del propio Estado. De seguir esta situación, el acceso a la justicia seguirá siendo restrictivo.

Los administrados necesitan acceder a una justicia descentralizada y antiformalista para la defensa de sus derechos materiales. Sentadas las bases constitucionales y legales, no hay motivo valedero para continuar esperando...⁹⁴⁰

⁹⁴⁰ En el diario *El Día* de la ciudad de La Plata, edición del 24/10/2000, p. 3, salió publicada una solicitada titulada “Demora inadmisibles, incomprensible e inconstitucional”, firmada por el Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (correspondiente a su reunión de 2/3/2000), que por su similitud de conceptos con nuestro ensayo de este capítulo, quisimos que quede incorporado en

En un país donde no se respeta la propiedad privada, existe una corrupción estructural; se veda a los ciudadanos el acceso a la justicia y la resolución expeditiva de las acciones judiciales intentadas en defensa de sus derechos; se vive en una incertidumbre económica y jurídica y, para colmo, hay inseguridad personal por robos, saqueos, secuestros, etc., etc.; este tema constituye un capítulo más de la lucha por la libertad y contra las inmunidades del poder, la opresión y los incumplimientos constitucionales por parte del Estado y de sus funcionarios que avalan indebidamente estas "increíbles" injusticias.

Como lo demuestra la historia de la humanidad, esta batalla por la apertura del F.C.A. finalmente se ganará, pero para que esto ocurra de inmediato, los ciudadanos debemos seguir bregando incansablemente y en todos los ámbitos por la instauración de un Estado de derecho y por el respeto de los derechos humanos.

forma íntegra: "No obstante haber transcurrido más de seis años desde la promulgación de la reforma constitucional bonaerense, el art. 215 de la misma continúa siendo un mero enunciado carente de aplicación práctica. No escapa a la comprensión general que el fuero contencioso administrativo es el gran ausente de la estructura jurídica de la Provincia, y resulta obvio que tan considerable demora puede calificarse de inadmisibles, incomprensible e inconstitucional. El Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, que desde antaño ha venido bregando por la implantación de dicho fuero (véase 'Séptimo Congreso Provincial de Abogados', San Isidro, 1979), advierte con suma preocupación la falta de una definición concreta sobre el tema. Ya no se trata de que el fuero no se estableció antes del 1° de octubre, ni de que tampoco se cumplió la prórroga fijada para el 1° de octubre de 1998, sino que el compromiso asumido legislativamente aparenta convertirse en un fin inalcanzable *sine die*. De ese modo, naufragan en la inoperancia las ventajas que señalaban los inspiradores de la reforma, en el sentido de que miles de pobladores del vasto territorio bonaerense tendrían por fin un mejor acceso a la justicia en aquella materia; se asegurarían la vigencia de un principio sustancial del proceso, como la inmediación; y contarían con un mayor y más amplio control sobre los organismos administrativos, de por sí no siempre perfectos en su desenvolvimiento, consolidándose, por último, la consagración de los nuevos derechos. También ha transcurrido más de un año desde que se modificó parcialmente la propia ley 12.008, a través de la ley 12.310, publicada en el *Boletín Oficial* del 19/8/1999. Se pensó que, aclarados los aspectos que requerían algún retoque normativo, no tardaría en funcionar el fuero, pero la realidad evidencia todo lo contrario. No han obrado como incentivo ni siquiera la circunstancia de que haya jueces ya designados, sumidos actualmente en la incertidumbre con respecto a su propio ejercicio profesional, e inmuebles asignados a la instalación de los nuevos tribunales, que al no ocuparse generan, en este caso, gastos improductivos. Por eso el Colegio de Abogados insta a los responsables de los tres poderes del Estado a intensificar el esfuerzo para que no se retrase más la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo, que fue uno de los pilares de la última reforma constitucional. No hacerlo se convertiría en una verdadera frustración para la ciudadanía de la Provincia, y en un tremendo baldón para el Estado de derecho".

LEY 12.727
DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA
ADMINISTRATIVA, ECONÓMICA
Y FINANCIERA DEL ESTADO PROVINCIAL
(Parte pertinente)

Publicación: *B. O. prov.*: 23-24/7/2001.

...

Art. 35. — Sustitúyese el art. 3° del dec. ley 9122/78, Ley de Apremio, texto según art. 1° de la ley 12.447, el que quedará redactado de la siguiente manera y su vigencia condicionada a la organización del fuero correspondiente.

Art. 3°. — Serán competentes a los efectos de los juicios contemplados en la presente ley, los Tribunales Contencioso-Administrativos, que correspondan al domicilio fiscal obligado en la Provincia, o el que corresponda al lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar en que se encuentran los bienes afectados por la obligación que se ejecute a elección del actor. En ningún caso, la facultad que el Fisco confiera a los contribuyentes para el pago de sus obligaciones fuera de la jurisdicción provincial, podrá entenderse como declinación de esta última; en el caso de existir varios créditos contra la misma persona, podrán acumularse en una ejecución, también a elección del actor. No es admisible la recusación sin causa.

Exceptúase de la presente disposición a los juicios de apremios que promuevan las municipalidades, cuando su asiento no se corresponda con el de los tribunales contencioso-administrativos, en cuyo caso podrán optar por interponer la acción ante los jueces de paz letrados o civiles y comerciales según corresponda la competencia territorial.

Hasta tanto se cumpla la condición del primer párrafo del presente, los juicios de apremios se radicarán y tramitarán conforme la competencia que resulta de las normas vigentes.”