

Noviembre 2013

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Abogacía – FASTA (Tandil)

*“El extremo formalismo administrativo como  
requisito para acudir a la justicia”*

# Tesina de Graduación

Martín Eduardo Estradé

Tutora: Dra. Cecilia Pazos.

Co-tutor: Dr. Gabriel Gallego.

Departamento de Metodología: Dra. Amelia Sara Ramírez.



## RESUMEN

Cuando el Estado vulnera algún derecho o interés legítimo de un particular, éste último deberá recorrer un camino atípico para lograr el reconocimiento o restablecimiento de los mismos. El presente trabajo investiga cuales son los problemas que encuentra el administrado cuando intenta hacer valer sus derechos ante la justicia.

Desde el punto de vista metodológico se trata de una investigación que se basa en el análisis de contenido de las normas que regulan el instituto del **agotamiento de la vía administrativa** en el procedimiento administrativo nacional, en el provincial bonaerense y en el de legislaciones extranjeras. Asimismo, el aporte doctrinal y jurisprudencial fue necesario para dilucidar hacia donde tiende la necesidad de la sociedad y cuál es la respuesta de la justicia.

El instituto del agotamiento de la vía administrativa, tal y como está regulado y practicado en nuestros días, vulnera el derecho de acceso a la justicia ya que su anclaje jurídico no condice ni respeta el plexo normativo proveniente de los tratados internacionales incluidos mediante el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

## ABSTRACT

When State infringes any rights or legitimate interests of a subject, this person will have to follow an atypical path to obtain either their recognition or restoration. Present work investigates the problems that the administrated encounters when he tries to assert his rights to justice.

From the methodological perspective it is a research based on content analysis of the norms that regulate the Institute of exhaustion of administrative remedies regarding the national administrative procedure, as a well as the procedure in Buenos Aires province and the foreign law. Furthermore, doctrinal and jurisprudential contribution was necessary to determine the needs of the society and the response of the courts.

The Institute of exhaustion of administrative remedies, just as it is regulated and put into practice these days, infringes the right to access to justice right because its legal basis does not agree and does not respect the normative plexus provided by international agreements included through the Article 75 paragraph 22 of the National Constitution.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	Página 4
1. EL TRÁNSITO LEGISLATIVO: DE LA INDEMANDABILIDAD DEL ESTADO A LA RESPONSABILIDAD DE LA ACTUALIDAD.....	Página 7
2. ANÁLISIS DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA	
2.1. LA VÍA IMPUGNATIVA O RECURSIVA.....	Página 8
2.1.1. <i>ACTOS DE ALCANCE INDIVIDUAL O PARTICULAR</i> .....	Página 9
2.1.2. <i>ACTOS DE ALCANCE GENERAL</i> .....	Página 9
2.2. LA VIA RECLAMATIVA.....	Página 10
2.3. LOS PLAZOS EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU DECRETO REGLAMENTARIO.....	Página 15
2.4. UN CASO INTERESANTE: LOS ACTOS NULOS DE NULIDAD ABSOLUTA...Página 21	
2.5. FUNDAMENTOS DE AMBAS PARTES PARA SOSTENER LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.....	Página 25
3. ALGUNOS REMEDIOS PREVISTOS CONTRA EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN	
3.1. <i>EL AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN</i> .....	Página 28
3.2. <i>LA DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD</i> .....	Página 30
3.3. <i>LA PROTECCIÓN CAUTELAR Y LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS</i> .....	Página 31
4. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	Página 36
5. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA EN OTRAS LEGISLACIONES.....	Página 39
6. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA EN EL CONTENCIOSO BONAERENSE.....	Página 41
7. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	Página 45
CONCLUSIÓN.....	Página 48
REFLEXIONES FINALES.....	Página 48
BIBLIOGRAFÍA.....	Página 53

## INTRODUCCIÓN

Todavía perdura la enseñanza de Montesquieu que expresa que quienes detentan el poder político siempre tienden a acumularlo y a ejercitarlo abusivamente evitando todo tipo de control. Esta enseñanza aún perdura y se hace patente en los procedimientos que se vienen sucediendo desde que se permitió la demandabilidad del Estado.

El acceso a la justicia es uno de los derechos más importantes ya que permite que las diferencias entre los particulares y la Administración se resuelvan mediante un procedimiento con reglas establecidas evitando acudir a la violencia. A través del proceso contencioso administrativo los administrados acuden a la justicia buscando una revisión de la conducta de los funcionarios o empleados públicos, o exigiendo que estos rindan cuentas de sus actos y/o anular sus decisiones ilegales.

Los tribunales y juzgados reconocieron desde los orígenes del sistema judicial argentino, con muchas limitaciones, el acceso a la justicia cuando se demandaba al Estado. No fue un reconocimiento integral, ni de manera amplia y tampoco se permitieron las demandas con origen en todo tipo de responsabilidades del mismo.

Hasta 1900 el Estado fue indemandable ya que la doctrina imperante de la época venía desde Estados Unidos (sistema norteamericano de inmunidad soberana). La evolución de la sociedad fue exigiendo una respuesta al poder legislativo, el que de manera paulatina y en diferentes épocas, fue sancionando diversas leyes que permitían demandar al Estado. Este tránsito no fue sencillo ya que el “procedimiento” creado fue una adaptación del que regía en Estados Unidos y de la versión española del sistema francés. El resultado fue bueno pero muchos institutos no lograban compatibilizarse entre sí, o al menos no de manera ideal, provocando grandes trastornos a los particulares que acudían a la justicia en defensa de sus derechos.

El decreto ley 19549 de 1972 plasmó en una ley los antecedentes normativos y la jurisprudencia de la época. Así nació el primer cuerpo normativo que regiría como procedimiento administrativo para todo el país satisfaciendo a los particulares el inalienable derecho de acceso a la justicia. Para beneficio de los administrados, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó a través del artículo 75 inciso 22 diversos pactos y declaraciones que ampliaron de manera cualitativa el acceso irrestricto a la justicia y la tutela de los derechos de los particulares.

Sin embargo, posteriormente se produjeron en el país diversos sucesos políticos <sup>1</sup> que se tradujeron en reformas del articulado de la 19549 y el procedimiento se convirtió en

---

<sup>1</sup>En traspaso de gobierno a la alianza con su cambio de ideología, la crisis política de fines del 2001 que provocó un derrumbe en la economía que derivó en el “corralito financiero” posterior. La sanción de diversas leyes de emergencia económica provocaron grandes problemas.

un camino lleno de obstáculos para los particulares. El resultado final: un retroceso en la defensa de los derechos de los particulares y el acceso a la justicia.

Con mayor o menor fuerza, en todas las leyes que rigieron durante la historia argentina, estuvo presente el instituto del agotamiento de la vía administrativa. Uno de los principios fundamentales de nuestro derecho administrativo en orden a la habilitación de la instancia judicial para revisar los actos administrativos es que los mismos posean la característica de haber causado estado. En otras palabras, el principio general es que el Poder Judicial puede revisar la legitimidad de las decisiones administrativas, pero para que ello ocurra debe haberse agotado el camino procedimental que la ley respectiva establece. La habilitación de la instancia judicial es entonces la resultante del agotamiento de la instancia administrativa.

La consecuencia de lo expuesto es que, cuando el Estado vulnera un derecho subjetivo de un particular, sea por sí mismo o delegando su poder en un ente, sociedad, y otro organismo, provoca, en ciertos casos, la dificultad del administrado de conseguir una rápida resolución favorable.

El derecho a la Justicia como así también su acceso sin restricciones constituyen un Derecho Humano esencial. Resulta imprescindible terminar con las restricciones que lo dificultan. El objeto general de este trabajo consiste en analizar si el instituto del agotamiento de la vía administrativa, tal y como está regulado en nuestros días y por la práctica habitual, vulnera el derecho de acceso a la justicia.

El análisis histórico de las leyes que han regulado el procedimiento, los fundamentos doctrinales y los argumentos de leading cases serán de gran importancia a fin de descubrir cuál ha sido el estado de la cuestión, hacia dónde avanza y hacia dónde debería avanzar.

Se expondrá el contraste de pensamientos entre los doctrinarios más reconocidos. Por un lado encontraremos a los extremos formalistas que pregonan la rigidez del sistema sin permitir elastización alguna (en Argentina: Mairal, Tawil, Grau, Linares, Dromi; mientras que en Estados Unidos se referencia Aman Mayton) y los “relativistas” o reformistas (Marienhoff y Gordillo) que buscan una actualización que permita en muchos casos acudir directamente a la justicia evitando dilaciones innecesarias. A lo largo de un título veremos las razones puramente teóricas o ideales con las que se argumenta la necesidad de agotar la vía administrativa pero de la simple lectura del contenido de los demás títulos se contrastarán las mismas, demostrándose cómo se diluyen en la práctica por el “normal” desenvolvimiento del Estado.

Este requisito de admisibilidad para iniciar la demanda en sede judicial no viene solo, ya que el particular luego de recorrer este arduo camino se encontrará con otro obstáculo más: el plazo de caducidad de la acción. Ambos requisitos, que pertenecen al régimen de la ley 19549, son los más polémicos ya que se oponen al contenido de diversas convenciones,

pactos y declaraciones que la Constitución Nacional reconoce en el artículo 75 inciso 22. En conclusión, se hará un examen acerca de la constitucionalidad de dichos requisitos.

Por último se expondrá el tratamiento del agotamiento de la vía en legislaciones extranjeras y en la provincia de Buenos Aires. Se analizarán las posibles soluciones existentes al agotamiento de la vía administrativa y, finalizando, se concluirá en la necesidad o no de reforma y, en este caso, cuales serían las soluciones sugeridas.

En síntesis, se realizará un análisis de un derecho imprescindible: el acceso a la justicia, cuando el demandado es la Administración. Se recorrerá la historia del procedimiento administrativo y se verán las diferencias existentes con otros regímenes. Con el análisis de la situación actual y el cambio de condiciones sociopolíticas se buscará establecer si el sostenimiento de la regla del agotamiento de la vía administrativa conlleva una traba para los particulares debiendo eliminarse o reformarse.

## 1. EL TRÁNSITO LEGISLATIVO: DE LA INDEMANDABILIDAD DEL ESTADO A LA RESPONSABILIDAD DE LA ACTUALIDAD

El proceso contencioso administrativo inició su primera etapa recepcionando a través de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal<sup>2</sup> (basado en la teoría de la inmunidad soberana vigente en los Estados Unidos) el sistema de la venia legislativa para reclamar o impugnar los actos en que el Estado actuaba como poder público. Es decir, la persona que pretendiera demandar al Estado debía solicitar una venia al Congreso, es decir, una ley del parlamento para que lo autorice a realizar la acción judicial.

En consecuencia, este sistema instauró una suerte de indemandabilidad del Estado provocando numerosas situaciones de denegación de justicia. El Congreso Nacional reaccionó ante tamaña violación de derechos sancionando en 1900 la Ley 3952<sup>3</sup> lo que permitió parcialmente las demandas hacia el Estado siempre que se tratara de “*acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica*”<sup>4</sup>. Mediante esta ley, se suprimió el requisito de la venia legislativa sustituyéndose por la exigencia de un previo reclamo administrativo de aquello por lo que se quería demandar<sup>5</sup>.

En 1932 se sanciona la Ley 11364 prescribiendo que no se exigiría la venia legislativa cuando el Estado actúe como “poder público”. De esta manera, para acceder a la justicia debía configurarse previamente la denegatoria expresa por la administración o, en su caso, la denegatoria tácita por el transcurso de un plazo de 6 meses y un pronto despacho, que le agregaba otros 3 meses para luego dar por habilitada la instancia judicial<sup>6</sup>.

En 1972 se sanciona el decreto-ley 19549. Este plexo normativo se basó en sus leyes predecesoras pero además recogió los casos jurisprudenciales consagrando excepciones expresas al reclamo previo. Dichas excepciones lograron una entidad tal que llevó a Gordillo<sup>7</sup> a expresar que, luego del análisis de todas las excepciones, en realidad se llegó a la regla opuesta, esto es, al **no** agotamiento de la vía.

El decreto-ley 19549 estableció el sistema que, con algunas actualizaciones, como por ejemplo la de 1977, hasta hoy sigue vigente. Se trata de una doble vía: mantuvo el viejo reclamo administrativo previo legislándolo en los artículos 30, 31 y 32 y creó un sistema recursivo para lograr el agotamiento<sup>8</sup>. En conclusión, para revocar, anular o modificar un

---

<sup>2</sup> In re “Seste y Seguich”; fallos 1:317 de 1864.

<sup>3</sup> Conocida también como “Ley de demandas contra la Nación”.

<sup>4</sup> Ley 3952 Art. 1.

<sup>5</sup> GORDILLO, Agustín A (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, Cap.12: “El Reclamo Administrativo Previo”, en [www.gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo12.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo12.pdf)

<sup>6</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2004), *El acceso a la justicia administrativa*, en [www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/).

<sup>7</sup> GORDILLO, Agustín A (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, Cap.13: “La tutela judicial”, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10° edición.

<sup>8</sup> Ley Procedimiento Administrativo Arts. 23 y 24 concordantes con Arts. 84 y 90 del Decreto 1959/72.

acto administrativo se previó la vía recursiva y para obtener de la administración un pronunciamiento en ausencia de un acto administrativo debe emplearse la vía del reclamo<sup>9</sup>. Las dos críticas más fuertes que la doctrina le hace a este sistema son la generalización de la regla del agotamiento y el establecimiento de plazos de caducidad para demandar al Estado.

La ley de emergencia económica<sup>10</sup> sancionada en octubre del 2000 provocó un retroceso ya que se ve limitado el acceso a la jurisdicción judicial: se ampliaron las exigencias de reclamo previo y se aplica el plazo de caducidad<sup>11</sup> aún en caso de silencio<sup>12</sup>. Coincidimos con Gordillo<sup>13</sup> y Cassagne<sup>14</sup> en calificar a dicha reforma de inconstitucional por dejar sin efecto las excepciones al reclamo, las cuales tienen rango constitucional. A pesar de ello la jurisprudencia ha convalidado su legitimidad<sup>15</sup>.

## 2. ANÁLISIS DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

### 2.1. LA VÍA IMPUGNATIVA O RECURSIVA

Este camino se debe recorrer cuando el particular busca acceder a la justicia en protección de sus derechos subjetivos<sup>16</sup> cuando éstos han sido vulnerados por la Administración. En este punto la ley diferencia según que el acto sea de alcance individual o de alcance general. Para la primera situación se interpone un recurso y para la segunda existen dos alternativas: la del inciso a) del artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo, conocida como reclamo impropio, y la del inciso b) del mismo artículo. Es la situación del acto de alcance individual que resulta de la aplicación de un acto administrativo de alcance general, para cuyo caso el administrado debe articular un recurso.

---

<sup>9</sup> BIANCHI, Alberto B. (1995), *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, Buenos Aires, La Ley.

<sup>10</sup> Ley 25344.

<sup>11</sup> Ley Procedimiento Administrativo Art 25.

<sup>12</sup> BIANCHI, Alberto (2010), *Declinación y caída del control judicial de la administración pública*, en Suplemento Extraordinario Administrativo, Buenos Aires, La Ley.

<sup>13</sup> GORDILLO, Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, T4, Cap.12: "El Reclamo Administrativo Previo", Pag. 20, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10° edición.

<sup>14</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2004), *El acceso a la justicia administrativa*, en [www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/).

<sup>15</sup> "Gypobras S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Educación y Justicia", LL 1995-E, 478.

<sup>16</sup> Gordillo expresa que deben legitimarse también a los titulares de intereses legítimos. GORDILLO Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, T4, Cap.12: "El Reclamo Administrativo Previo", Pag. 26, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10° edición. En idéntica posición DROMI, Roberto (1997), *Derecho Administrativo*, Pag. 874, Argentina, Ediciones Ciudad 6° edición.



### 2.1.1. ACTOS DE ALCANCE INDIVIDUAL O PARTICULAR

Se llama de esta manera al acto administrativo que tiene por destinatario una persona determinada. El artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece de qué manera puede ser impugnado judicialmente un acto de alcance individual:

- a) *“Cuando revista la calidad de definitivo y se hubieran agotado a su respecto las instancias administrativas.*
- b) *“Cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto.*
- c) *“Cuando se diere el caso de silencio a de ambigüedad a que se alude en el artículo 10.*
- d) *“Cuando la Administración violare lo dispuesto en el artículo 9.”* 17

Al analizar los incisos sólo se encuentra manifestada la regla del agotamiento en el primer caso, por ello algunos doctrinarios, como por ejemplo Mairal<sup>18</sup>, entienden que debe exigirse el agotamiento también en el inciso b y en el c ya que no puede interpretárselos aisladamente. Consideramos que no puede hacerse una hermenéutica en contra del particular violándose su derecho a la tutela judicial efectiva. El proceso administrativo ha sido establecido para poner un límite al poder que en otros tiempos ha tenido el Estado.

El título VIII del reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>19</sup> prevé desde el artículo 71 el régimen recursivo. El recurso de reconsideración del artículo 84 del reglamento es de uso facultativo y procede contra actos interlocutorios, contra actos definitivos y contra aquéllos actos que, sin ser definitivos, no permitan la tramitación del proceso. En cuanto al organismo del que proceden se pueden oponer ante las decisiones de la administración centralizada como descentralizada. En cambio, los actos definitivos procedentes de la administración central deben ser recurridos mediante el recurso jerárquico del artículo 89 del reglamento, mientras que los actos definitivos procedentes de la administración descentralizada deben ser recurridos mediante el recurso de alzada del artículo 94 del reglamento. Este último no es obligatorio de oponer para lograr el agotamiento de la vía.

### 2.1.2. ACTOS DE ALCANCE GENERAL

Esta denominación corresponde a los actos administrativos que tienen por destinatarios un número no determinado de personas. Según el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo este tipo de actos será impugnable por vía judicial:

---

<sup>17</sup> Se refiere a las vías de hecho administrativas.

<sup>18</sup> MAIRAL, Héctor (1984), *Control judicial de la administración pública*, T. I, pag. 461 y sigtes., Buenos Aires, Ed. Depalma.

<sup>19</sup> Decreto 1759/72.

a) “Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10<sup>20</sup>.”

b) Cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas”.

Como lo expresa el inciso a), el acto administrativo de alcance general no puede ser impugnado directamente ante la justicia; para ello debe acudirse ante la autoridad que lo dictó y solicitarle mediante reclamo<sup>21</sup> un acto concreto de aplicación<sup>22</sup>. La doctrina ha llamado a este caso “impugnación directa”.

La jurisprudencia y doctrina expresa que quedan excluidos los reglamentos de necesidad y urgencia del reclamo impropio<sup>23</sup>. En cuanto a los reglamentos delegados, la exclusión es por una sencilla razón: la Ley de Procedimiento Administrativo es anterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 que los incorpora por lo que jamás pudo haberse previsto el caso.

¿Que sucede si interponemos el reclamo “ante la autoridad que lo dictó” y ésta dicta el mismo pero su jerarquía no es la “suficiente” como para agotar la vía?. Bianchi<sup>24</sup> dice que el artículo 24 no lo establece expresamente pero ello surge de su redacción, pues el acto individual que surja como fruto del reclamo es impugnable judicialmente. Además, el artículo 73 del reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>25</sup> especifica en la última parte de su primer párrafo que el acto que resuelve el reclamo es irrecurrible.

Si el recurso fuera desestimado por la Administración, “*El reclamo que el administrado formule a través de un recurso jerárquico (...) vale como reclamación administrativa previa a los efectos de interponer una demanda contra la Nación*”<sup>26</sup>.

En el inciso b) se impugna indirectamente el acto administrativo de alcance general al impugnarse su acto de aplicación. Para agotar la vía debe recorrerse el correspondiente camino recursivo que prevé el título VIII del reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> Es el caso del silencio administrativo.

<sup>21</sup> Distinto del previsto en el artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

<sup>22</sup> GORDILLO, Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, T4, Cap.12: “El Reclamo Administrativo Previo”, Pag. 8, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10° edición.

<sup>23</sup> Procuración del Tesoro Nacional, Dictámenes, 268:358; 236:273. SACRISTÁN, Estela B. (2005), *Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (La cuestión de su naturaleza legislativa)*, en *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Pag 309-48, Buenos Aires, LexisNexis.

<sup>24</sup> BIANCHI, Alberto B. (1995), *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, Buenos Aires, La Ley.

<sup>25</sup> Decreto 1759/72.

<sup>26</sup> MARIENHOFF (1977), *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, Pag. 770, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2° Edición.

<sup>27</sup> Artículos 73 y siguientes del Decreto 1759/72.

## 2.2. LA VIA RECLAMATIVA

Es el camino que el administrado debe recorrer cuando la Administración lesiona un derecho subjetivo o un interés legítimo<sup>28</sup>.

El artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo expresa:

*“El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24.*

*El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas”.*

El reclamo procede contra aquellos actos que no sean susceptibles de recursos<sup>29</sup>, contra hechos administrativos y contra omisiones, es decir, se pretende de la Administración el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o no hacer sin que exista acto administrativo que exteriorice la voluntad de la misma. La presentación del reclamo no exige formalidades determinadas, basta con que la pretensión esté expresada claramente.

En cuanto al segundo párrafo la doctrina discute sobre el contenido del reclamo. GRAU ha expresado que el reclamo administrativo previo permite la alegación de motivos de oportunidad o mérito por parte de un sujeto público<sup>30</sup> y coincidiendo con Gordillo<sup>31</sup>, si la administración resuelve los reclamos invocando motivos de legitimidad, oportunidad, mérito o conveniencia por qué el particular no puede esgrimirlos. Negárselos atentaría contra el principio de igualdad, excepto que el reclamo sólo se funde en motivos de oportunidad, los cuales obedecen a una política de Estado.

Consideramos que si el particular articulara menos pretensiones en sede judicial que en la administrativa la demanda debe ser admitida ya que, como expresa en idéntico sentido Gordillo, no debe exigirse una “coincidencia matemática”<sup>32</sup>. La jurisprudencia ha establecido que para mantener el principio de congruencia, la pretensión del administrado en sede administrativa debe ser coincidente con la que exprese luego en sede judicial<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> Dromi, Grau, Escola, Hutchinson y Tawil admiten la tesis amplia, en cambio Gordillo y Fiorini reducen el caso a los que poseen un derecho subjetivo.

<sup>29</sup> Para estos se debe escoger la otra vía. Sin embargo, si luego de agotada la vía recursiva el particular decidiese interponer el reclamo administrativo consideramos que esto es totalmente válido ya que la ley no lo prohíbe y puede utilizarse como un medio de defensa más para los administrados.

<sup>30</sup> GRAU, Armando Emilio (1975), *Reclamación administrativa previa*, en DIEZ y otros, “Acto y procedimiento administrativo”, Pag. 185, Buenos Aires.

<sup>31</sup> GORDILLO, Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, T4, Cap.12: “El Reclamo Administrativo Previo”, Pag. 26, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10° edición.

<sup>32</sup> GORDILLO, Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, T4, Cap.12: “El Reclamo Administrativo Previo”, Pag. 27, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10° edición.

<sup>33</sup> CNFedContAdmin, Sala I, 27/1294, “Tavitian Farix y otros c. Estado Nacional, Ministerio de Cultura y Educación”, en La Ley, 6/12/95, Pag 38.

Para acreditar el agotamiento de la vía se exige la denegatoria expresa de la Administración, o en su defecto, en caso de silencio se aplica el procedimiento del artículo 31<sup>34</sup> de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Resulta curioso, más allá del tema de los plazos<sup>35</sup>, el segundo párrafo del artículo anteriormente mencionado. “*La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa.*”. A pesar de que el órgano que resuelve dicho reclamo es la autoridad jerárquica máxima que ejerce funciones administrativas y, no exista instancia superior que pueda rever la solución dada al tema planteado, me pregunto si, al ser la razón de ser del “reclamo administrativo previo” una posibilidad de que el particular concilie con la Administración dándole al Estado la oportunidad de reconsiderar la cuestión, no sería conveniente permitirle al administrado una nueva instancia. Con ello evitaríamos una nueva judicialización de la administración y permitiríamos ampliar las garantías de defensa de los particulares.

El artículo 32 de la 19549 se encarga de regular las excepciones al reclamo administrativo previo. El mismo expresa:

*“El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediante una norma expresa que así lo establezca y cuando:*

*a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;*

*b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.”*

El reclamo debe presentarse por escrito, en idioma nacional, firmado, debe constituirse domicilio, debe estar expresa la pretensión y el derecho en el que la basan.

La ley de Emergencia Económica<sup>36</sup> reformó los artículos 30 a 32 de la 19549 quitando algunos supuestos de inexigibilidad del reclamo previo que estaban vigentes en el último artículo mencionado. La doctrina ha reaccionado enérgicamente ante lo que consideran una limitación de los derechos y garantías de los administrados. Seguidamente quedan expuestos los supuestos derogados:

✓ Cuando un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del artículo 31 (Artículo 32 inciso a).

✓ Cuando antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo, el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario (Artículo 32 inciso b).

---

<sup>34</sup> Ley 19549.

<sup>35</sup> Será tratado en el título “Los plazos en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario”.

<sup>36</sup> Ley 25344, Artículo 12.

✓ Cuando se demanda una indemnización contra el Estado. Ahora se debe agotar la vía cuando el reclamo se vincule con la responsabilidad contractual del Estado. Cuando se demanda por acción de desalojo o contraprestaciones o por cumplimiento de contratos (Artículo 32 inciso d).

✓ Cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil (Artículo 32 inciso e).

✓ Cuando se demanda a un ente autárquico, o a una empresa del Estado, una sociedad mixta o de economía mixta o a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, o las sociedades del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio. (Artículo 32 inciso f).

A pesar de la reforma, la jurisprudencia ha ido restableciendo muchos de los principios, pues, como lo expresa Gordillo, estos “...no eran una creación ex-novo del legislador de facto, sino una construcción hecha por la jurisprudencia a través de décadas de evolución...”<sup>37</sup>.

El viejo inciso d<sup>38</sup> prevé en su redacción actual que sólo las demandas por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual están exentas del reclamo, la justificación que los legisladores han dado y que Cassagne<sup>39</sup> adhiere es que la Administración no se encuentra en posición de justipreciar la prueba de evaluación de los daños y perjuicios. Por otra parte seguramente los plazos que demandarían dicho trabajo excederían las necesidades de respuesta de los particulares. Asimismo, nadie mejor que un juez para realizar dicha operación. La redacción original de la Ley de Procedimiento Administrativo dejaba abierta la puerta para ingresar a la vía jurisdiccional en caso de demandas por daños y perjuicios sin diferenciar el origen de su nacimiento. El motivo esgrimido era el mismo que se acaba de exponer, por lo que me pregunto si no continúa siendo igualmente difícil evaluar pruebas y calcular los montos resultantes de los daños y perjuicios provocados por su accionar. Por ello, apelando al sentido común, no encontramos razón de ser de la restricción al acceso directo a la justicia en caso de demanda por daños y perjuicios.

Sobre la acción de amparo no es preciso explayarse ya que nadie exigiría la interposición de un reclamo previo a su presentación.

La derogación del viejo Artículo 32 inciso e) fue una de las más importantes y criticables modificaciones que introdujo la Ley de Emergencia Económica<sup>40</sup> ya que en él

---

<sup>37</sup> GORDILLO, Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, T4, Cap.12: “El Reclamo Administrativo Previo”, Pag. 11, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10ª edición.

<sup>38</sup> Reclamo de daños y perjuicios contra el Estado.

<sup>39</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *La ley nacional de procedimientos administrativos 19549*, El Derecho.

<sup>40</sup> Ley 25344.

podían incluirse la mayoría de los casos de excepción al reclamo previo. Haber dejado sin efecto dicho instituto sólo evidencia la intención proteccionista que tuvieron los legisladores, poniendo por encima, sin excepciones, el interés del Estado sobre el de los particulares. Según nuestro criterio, el rigorismo formal es inconcebible, no puede interpretarse la letra de la ley de manera literal, aislándola de toda circunstancia de tiempo y o lugar y sin tener en cuenta cual es el espíritu de la misma. La inteligencia del precepto debe buscarse en lo que el sentido común considere que ha sido el fin perseguido por el legislador. Aplicar la ley no es simplemente hacer lo que su letra dice sino que se debe interpretar lo que ella quiso decir, descubriendo cual fue la voluntad del grupo redactor, para así cumplir con su fin. Cuando los jueces se encierran estrictamente en el texto, sin atender el verdadero sentido de la norma, estamos frente al rigorismo formal. Gordillo<sup>41</sup> comenta en su obra que cada vez más juzgados habilitan la instancia sin exigir el reclamo previo cuando la administración en la contestación de demanda opone falta de reclamo administrativo pero a su vez contesta oponiéndose a la pretensión. Así demuestra que sólo está dilatando los plazos, ya que, posteriormente volverá a oponerse en sede administrativa al pedido del administrado, configurándose el ritualismo inútil.

Distintos autores coinciden que el viejo principio sigue vigente ya que el mismo era la expresión legal de una centenaria jurisprudencia uniforme. Distintos fallos posteriores a la reforma confirman su vigencia, como por ejemplo:

✓ En el fallo del 30/10/2001 la sala 4 de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en los autos “BEJARANO NICANOR Y OTROS C. D.G.F.M S/ EMPLEO PUBLICO” dijo: *“A pesar de que no se encuentra previsto como excepción en el nuevo texto del artículo 32 de la ley 19549, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en el caso en el que se reclama el pago de sumas de dinero sin impugnar acto administrativo alguno, ya que consta al tribunal –en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos- la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos de este tipo”.*

✓ En el fallo del 10/06/2004 la misma sala 4 de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en los autos “MORELLO, JUAN JOSE C. EN –M° DEL INTERIOR-PFA- S/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG” dijo: *“Aún cuando fuera de aplicación lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, modificado por el artículo 12 de la ley 25344 y lo establecido en el artículo 32, también modificado por la citada norma, a pesar de no encontrarse previsto como excepción en el nuevo texto legal, resultaría claramente un*

---

<sup>41</sup> GORDILLO, Agustín A, *Tratado de Derecho Administrativo*, Cap.12: “El Reclamo Administrativo Previo”, en [www.gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo12.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo12.pdf).

*ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en casos en los que consta al tribunal la reiterada negativa de la administración demandada a admitir la procedencia de planteos similares, toda vez que el exceso de rigor formal resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia”.*

Como lo venía sosteniendo la jurisprudencia<sup>42</sup> anterior a la reforma, sería conveniente habilitar la instancia judicial cuando existieron etapas anteriores que permitieron conciliar intereses entre el Estado y el particular siempre que haya intervenido este último. Aunque hoy esté en vigencia un texto expreso que obligue a transitar la vía administrativa, la jurisprudencia y el sentido común ponen de manifiesto distintos casos en los que realizar dicho camino no es más que una pérdida de tiempo para el administrado. Como se verá en el capítulo “El agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva” estas reformas no hacen más que provocar un retroceso en la tutela de los derechos de los administrados.

### 2.3. LOS PLAZOS EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU DECRETO REGLAMENTARIO

Diversos temas pueden tratarse bajo este mismo título. No es intención de este trabajo hacer un análisis exhaustivo del contenido sino simplemente identificar cuáles son los tipos de plazos y hacer un somero análisis de su vinculación con el agotamiento de la vía y el acceso a la justicia.

Debe tenerse en cuenta que se trata de dos plazos distintos, el primero es de acceso a revisión en instancia administrativa, sea mediante recurso o reclamo, y el segundo de acceso a revisión en instancia judicial. En el caso de la revisión administrativa encontraremos diferencias según la misma sea por parte de la Administración o por parte del particular, lo que ha provocado una reacción importante de la doctrina.

Los actos administrativos se fundamentan en razones de oportunidad, mérito o conveniencia. El particular que desea atacarlos deberá articular la vía dentro de los plazos que a continuación se expresarán fundamentando sobre dichas razones. En cuanto a la oportunidad el tema es difícil de acceder ya que muchas veces la justicia falla diciendo que es una cuestión política a la cual no puede acceder por estar vedada a su competencia. Desde la otra cara de la moneda, la Administración tiene la posibilidad de rever o dejar sin efecto un acto administrativo en cualquier momento con motivos de oportunidad ya que es una decisión política. Sin embargo ello no obsta que el cambio de condiciones deje sin efecto los derechos adquiridos por los particulares a los cuales se debe indemnizar. O sea

---

<sup>42</sup> CNFedContAdmin, Sala II, 09/11/94, “Audinac S.A. c. Estado Nacional, Subsecretaria de Comunicación Social”, en La Ley, 1995-B, Pag 2.

que, a pesar de que el acto administrativo goce de estabilidad, la administración puede en cualquier momento dejar sin efecto o modificar el mismo por razones de oportunidad. A tamaña desigualdad debe agregarse que el sistema procedimental administrativo sujeta los derechos de los particulares a plazos de prescripción (propios del Código Civil) y de caducidad, mientras que la Administración sólo está sujeta a plazos de prescripción.

Los actos ilegítimos y/o todos aquellos que sean nulos de nulidad absoluta serán tratados en un título a parte<sup>43</sup>.

El Reglamento de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo<sup>44</sup> trata en distintos artículos los plazos en que deben promoverse los recursos correspondientes. A su vez la interposición del recurso interrumpe el plazo para recurrir a la justicia<sup>45</sup>. A continuación se detallan los plazos según el recurso administrativo a oponer:

- ✓ Reconsideración (artículos 84 a 88 del reglamento): 10 días hábiles a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado. El órgano debe resolver dentro de los 30 días hábiles administrativos (si hay prueba se cuenta desde el término para alegar sobre la misma o la fecha de presentación del alegato). La denegación tácita opera por el cumplimiento de los 30 días sin respuesta.
- ✓ Jerárquico (artículos 89 a 93 del reglamento): 15 días hábiles administrativos contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado. El órgano debe resolver dentro de los 30 días (desde la recepción de las actuaciones por la autoridad competente; desde la presentación del alegato, si se hubiese producido prueba; en caso de que se hubiese recibido prueba y no se ha alegado, desde el vencimiento del plazo para hacerlo). La denegación tácita se da por el sólo transcurso del plazo para resolver.<sup>46</sup>
- ✓ Alzada (artículos 94 a 98 del reglamento): 15 días hábiles administrativos contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado.
- ✓ Revisión: este recurso es tratado en el artículo 22 de la ley 19549. Se interpone dentro de los 10 días en el supuesto de que existan contradicciones en la parte dispositiva y de 30 días en los demás casos.
- ✓ Aclaratoria (artículo 102 del reglamento): 5 días desde la notificación del acto y se resuelve dentro de los 5 días de presentado.

---

<sup>43</sup> Ver título: “Un caso interesante: Los Actos Nulos de Nulidad Absoluta”.

<sup>44</sup> Decreto 1759/72.

<sup>45</sup> DROMI, Roberto (1997), *Derecho Administrativo*, Pag. 875, Argentina, Ediciones Ciudad 6° edición.

<sup>46</sup> Ver discusión sobre plazos para acceder a la justicia según sea una denegación expresa o tácita en el análisis del artículo 25 del final del presente título.



- ✓ Queja (artículos 71 y 72 del reglamento): no tiene plazo de interposición, se tramita y resuelve en el plazo de 5 días que corre a partir de que se sustancia el informe circunstanciado o en el caso de que no se realice al de la interposición del recurso.
- ✓ Amparo por mora administrativa (artículo 28 de la ley 19549): no tiene plazo de interposición. Se ampliará en el capítulo “Algunos remedios previstos contra el poder de la Administración”

En el caso de agotamiento de la vía por el camino del reclamo no existe plazo de interposición ya que la ley no lo prevé, sólo está sujeto al plazo de prescripción de la acción de fondo. En cuanto a los plazos de resolución nos remitimos a la primera parte del artículo 31 de la ley 19549:

*“El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente.”*

En consecuencia, desde que el particular presenta el reclamo la Administración tiene 90 días hábiles administrativos para resolver, pasado este plazo, si la Administración no contesta, el administrado puede pedir el pronto despacho y comienza a correr el plazo de 45 días. Si luego de estos 135 días la administración no contestó se configura el silencio (se presume que deniega el reclamo) y queda agotada la vía para iniciar las acciones en sede judicial.

Aquí debemos detenernos para apreciar una situación en la que la doctrina aún no es pacífica: ¿cuáles son los plazos para iniciar la acción judicial cuando el reclamo no es contestado? (caso del silencio administrativo). El viejo artículo 31 (antes de la reforma de la ley 25344) establecía que una vez vencido el plazo para contestar el pronto despacho, sin que exista un pronunciamiento expreso, el particular podría iniciar la demanda en cualquier momento sólo estando limitado por los plazos de prescripción de la acción (el subrayado es propio). Ahora la reforma establece que la demanda deberá ser interpuesta en los plazos del artículo 25 sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. Así, interpretando literalmente la norma, resulta que, transcurridos los 90 días sin respuesta e interpuesto el pronto despacho y agotados los 45 días se configura el silencio. Provocado esto comienza a correr el plazo de caducidad (y no el de prescripción) para promover la

acción judicial. A continuación se expresan algunas opiniones doctrinales y jurisprudenciales:

*“(…) se intenta que el particular pierda sus derechos en virtud de un plazo computado de manera implícita y sin notificación expresa alguna, el derecho a acceder a la jurisdicción. Ello contraviene la Constitución nacional y la jurisprudencia de la CSJN en los casos Galián y Fundación Universidad de Belgrano. Por ello la doctrina ha interpretado siempre, conforme a la jurisprudencia, que el plazo de caducidad sólo se aplica cuando el reclamo es resuelto en forma expresa pero no, por supuesto, cuando hay silencio de la administración”.*<sup>47</sup>

*“En una variante, se ha sostenido que el plazo para demandar sólo es aplicable cuando se resuelve un recurso o un reclamo pero no cuando media silencio”*<sup>48</sup>

*HECHOS: Una sociedad anónima formuló un reclamo administrativo ante el Ministerio de Salud a fin de obtener el cobro de facturas adeudadas. Luego de haber requerido el pronto despacho y no obtener pronunciamiento expreso, interpuso demanda judicial contra el Estado Nacional. El a quo declaró no habilitada la instancia judicial por haber vencido el plazo de caducidad previsto en el artículo 25 de la LPA. El administrado apeló la sentencia y planteó la inconstitucionalidad del artículo 31 de la LPA. La Cámara admitió el planteo y dijo: “(…)el artículo 31 de la LPA es inconstitucional en cuanto exige que el reclamo judicial frente al silencio de la Administración sea impetrado dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 25 de la Ley citada –una vez vencido el plazo del pedido de pronto despacho-, pues ello condiciona el acceso a la justicia, ya que dicho plazo perentorio sólo resulta razonable aplicar frente a la impugnación de un acto expreso y no cuando lo que se persigue es el reconocimiento de una situación jurídica preexistente a través del dictado de una resolución que así lo disponga o, en caso de omisión, mediante la declaración judicial.”*<sup>49</sup>

Lo que logra la reforma es impulsar a la Administración a no contestar los reclamos reduciendo notablemente los plazos para los administrados, ya que de responderlos el particular tendrá el plazo de prescripción para intentar la acción en sede judicial. Encontramos en la reforma una grave limitación en la defensa de los derechos de los administrados y en el acceso a la justicia, por eso consideramos que debiera reputarse inconstitucional.

El artículo 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo expresa los plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación, sea por vía de acción o de recurso:

*“La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera:*

*a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado;*

<sup>47</sup> GORDILLO, Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, T4, Cap.12: “El Reclamo Administrativo Previo”, Pag. 30, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10ª edición.

<sup>48</sup> PERRINO (2001), *La inactividad administrativa y su control judicial*, Buenos Aires, RAP, 269: 79.

<sup>49</sup> CNFedContAdmin, Sala III, 18/04/11, “Biosystems S.A. c. Estado Nacional, M° Salud, Hospital Posadas s/ contrato administrativo”, en La Ley, T 2012-A, Pag 378 y sgtes.

*b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria;*

*c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa;*

*d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.-*

*Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.”*

El motivo de la necesidad de establecer un plazo de promoción de la acción o el recurso radica en dar estabilidad a los actos administrativos que no se impugnan dentro de determinado tiempo. El instituto busca evitar que no existan grandes distancias temporales entre el agotamiento de la vía administrativa y la demanda judicial contra el Estado. El plazo que se establezca en cada ordenamiento es una cuestión política que será criticada según se defienda desde una postura de defensa del Estado (bajo la apariencia de la defensa de los intereses comunes) o del particular.

Existe discusión acerca del carácter del plazo, es decir, si se refiere a plazos de caducidad o de prescripción. La doctrina no se pone de acuerdo sobre la definición del mismo. Es importante apuntar que a pesar de tomar una u otra postura lo central para este trabajo es la brevedad de lo establecido en el articulado y la consecuencia de no ejercer el derecho dentro del mismo. Consideramos que los plazos del artículo 25 refieren al instituto de caducidad ya que no se pierde o adquiere el derecho de fondo por el sólo transcurso del tiempo sino (se pierde en este caso) la posibilidad de articular la acción, reclamo o recurso pertinente por inactividad en el actor. El resultado material termina siendo prácticamente el mismo; sin embargo para la caducidad existe todavía algún remedio que permitiría abrir una puerta más para lograr la revisión: la denuncia de ilegitimidad.

Continuando con los desacuerdos, la doctrina tampoco es pacífica en lo que refiere a la constitucionalidad de los plazos para demandar al Estado. Por un lado Cassagne expresa:

*“(…) los plazos de caducidad para accionar contra el Estado debieran reputarse inconstitucionales en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva. (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional y arts. 8 y 25 del pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna).”<sup>50</sup>*

Por el otro, Marienhoff se pronuncia por la constitucionalidad y Perrino resume los argumentos en que la Corte Suprema se apoya para declarar la constitucionalidad de los plazos:

---

<sup>50</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2004), *El acceso a la justicia administrativa*, Pág. 1228 y sigtes., Buenos Aires, La Ley.

*“(...) el transcurso del plazo hace también perder el derecho a interponer el reclamo administrativo previo, la denuncia de ilegitimidad y el reclamo por daños y perjuicios (p. 1028), produciendo en consecuencia una total y absoluta pérdida de todo derecho.”<sup>51</sup>*

*“(...) desde el año 95 (...) los argumentos en los que se apoya el alto tribunal son, sintéticamente los siguientes: a- esta exigencia constituye una prerrogativa procesal propia de la Administración que es consecuencia del denominado régimen exorbitante del derecho privado que impera en la relación iusadministrativa; b- razones de seguridad jurídica justifican la imposición de términos para enjuiciar a la Administración; c- las normas que establecen los plazos de caducidad son una reglamentación razonable del derecho de defensa, en tanto no lo suprimen, desnaturalizan o allanan”.<sup>52</sup>*

*“(...) Los actos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el artículo 25 de la LNPA, devienen firmes e irrevisables, razón por la cual no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la Administración.”<sup>53</sup>*

La tesis de Cassagne es la que tiene mejores argumentos en lo que respecta a la defensa de los derechos de los particulares en el régimen constitucional argentino, entendido éste no sólo por la Constitución Nacional y leyes inferiores, sino así también por el bloque suprallegal que conforman todos los pactos, convenios y declaraciones que fueron ratificados e incorporados por la reforma constitucional de 1994 dentro del artículo 75 inciso 22 de nuestra carta magna.<sup>54</sup> Jamás un plazo determinado va a satisfacer a las diferentes corrientes del derecho administrativo pero no debe olvidarse que la fugacidad de los plazos no condice con el fin del procedimiento administrativo.

Es una de las obligaciones del Estado, a través de su Administración, realizar toda aquella conducta necesaria para lograr sus fines, proveer lo necesario para el bienestar común sea de un grupo determinado como así también en número indeterminado. Excede el marco de este trabajo el análisis de las formas de actuación de la Administración, sea mediante conductas positivas, negativas, hechos, etc. La importancia radica en dar una solución a aquellas cuestiones en que el particular acude a la Administración y la misma no le da una respuesta o la misma no tiene un contenido concreto. En el artículo 10 se trata el instituto del “silencio o ambigüedad de la Administración”, el cual da una solución a dicho problema y expresa:

*“El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que*

<sup>51</sup> MARIENHOFF (1980), *Demandas contra el Estado nacional*. Los arts. 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional, Pag. 1028, Buenos Aires, La Ley.

<sup>52</sup> PERRINO, Pablo Esteban (2003), *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, Pag. 257 y sgtes., en Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni.

<sup>53</sup> CSJN, 20/08/96, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina”.

<sup>54</sup> El tema se ampliará en “El agotamiento de la vía y la tutela judicial efectiva”.

*corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.”*

Este instituto no es más que una ficción por la cual se le da consecuencias jurídicas dentro del campo procesal a un hecho. Con la presunción legal de negativa (aunque en excepciones pueda configurarse el silencio positivo) de la Administración frente a lo solicitado por el particular se solucionaron muchos de los casos de indefensión por inacción del Estado. O sea que, siguiendo el articulado, una vez presentada la pretensión y transcurridos los 60 días hábiles administrativos (si es que no hay otro plazo determinado) se pide pronto despacho al órgano que deba resolver. Pasados 30 días más sin respuesta se considera que hay “silencio de la administración” y queda agotada la vía administrativa pudiendo así acudir a la justicia. El plazo para ello deviene y/o se complementa con dos artículos de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo:

*“ARTÍCULO 26: La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.”*

*“ARTÍCULO 23: Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular:*

*...*

*d) cuando la Administración violare lo dispuesto en el artículo 9.”*

Es lógica la solución, si el administrado formula una petición en sede administrativa y la misma no le contesta, por lo que el particular insiste en el pedido y se le hace caso omiso, sería injusto e ilógico exigirle que tenga que presentar un reclamo previo.

#### 2.4. UN CASO INTERESANTE: LOS ACTOS NULOS DE NULIDAD ABSOLUTA

Aquí se suscita un grave problema ya que la doctrina no se pone de acuerdo acerca de esta situación. Un acto jurídico (género) es un hecho voluntario lícito que tiene consecuencias jurídicas. Siguiendo las enseñanzas de Borda jamás un acto jurídico puede ser nulo por inexistencia de un elemento formal ya que si le faltara un elemento esencial deja de ser acto jurídico y simplemente se lo llama un “no acto”. Sin embargo los actos que realiza la administración (acto jurídico administrativo: especie) tienen caracteres particulares que los diferencian y por ello gozan de una presunción de legitimidad que les da estabilidad, por consiguiente siempre comenzarán a producir efectos, cumplan con todos los requisitos para serlo o no. La doctrina mayoritaria expresa que al tratamiento jurídico de todas aquellas conductas que poseen irregularidades de gravedad tal que excedan de la noción de acto administrativo “nulo”, no corresponde regirlo, por la “teoría del acto inexistente”, sino por la

teoría de la "vía de hecho administrativa". Por otro lado, Cassagne expresa: "si se está ante uno de los llamados casos de inexistencia, no hay acto administrativo, por lo que la irregularidad que configura la vía de hecho no deriva de acto administrativo alguno y en eso radica precisamente la ilegitimidad grosera del comportamiento material"<sup>55</sup>.

La discusión nace por la mala redacción del sistema de nulidades que prevé la 19549 y las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias que se han dado al respecto. La determinación de qué sanción corresponde no está claramente definida y dependerá de la apreciación del órgano, por ello pueden confundirse las categorías de actos nulos, actos inexistentes (no-actos), vías de hecho y meros pronunciamientos de la administración. Para aclarar una parte del tema enunciaremos sintéticamente a continuación las categorías existentes<sup>56</sup>:

- ✓ Actos anulables: Poseen un vicio no demasiado grave;
- ✓ Actos nulos: Poseen un vicio grave y a veces manifiesto;
- ✓ Inexistencia de acto, vías de hecho y mero pronunciamiento de la administración

Dejando de lado las discusiones doctrinarias, el artículo 17 de la 19549 viene a dar una solución parcial al caso planteado, pero la misma choca rápidamente contra el principio de igualdad. La norma prescribe:

*"El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se*

---

<sup>55</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2008), *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 9° Edición, T.2, Abeledo Perrot.

<sup>56</sup> "La CSJN a partir del caso Pustelnik de 1975, resuelve expresamente la cuestión en el sentido de que la distinción entre actos nulos y anulables consagrada en el derecho civil constituye un principio general del derecho susceptible de ser aplicado o entendido de manera diversa en el derecho administrativo. Expresa el tribunal "que la invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de la materia iuspublicista sin que a ello se oponga el recurso a las reglas del C. C. en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propios de aquellos actos en modo que as categorías relativas a la invalidez, oriundas de la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho." (Cons. 3°.)

"Que, de acuerdo con tal criterio, la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico, que sólo requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible." (Cons. 4°.)

"Que una de las categorías de la invalidez de los actos administrativos es la concerniente al acto irregular en el cual luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene." (Cons. 5°.)" en: GORDILLO Agustín A. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 10° edición.

*podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.*

Del articulado se desprende que el acto debe ser revocado por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa y que el mismo no cumple el principio general ya que no goza de estabilidad. Hasta aquí el artículo no ofrece discusión ya que es lo que la doctrina defiende. El final del párrafo provoca problemas en la parte que se relaciona con los plazos del artículo 25 de la misma ley. El análisis es este: si el acto fue notificado y sobre él se articularon todos los recursos o se agotaron los plazos para interponerlos, o el mismo fue aceptado expresamente sin impugnarse, el mismo no puede revocarse. La regla termina siendo que el acto es irrevocable en sede administrativa y la administración sólo puede pedir judicialmente su nulidad. Por excepción, la administración puede revocarlo ella misma, por sí y ante sí. Sin embargo, la admisión de dicha pretensión, así sea excepcional, importa una grave e irrazonable desigualdad con los derechos de los particulares, ya que la jurisprudencia ha interpretado que éstos pueden impugnar la nulidad absoluta del acto solamente dentro del plazo de caducidad de la acción y que por ende la nulidad absoluta del acto administrativo no resulta en verdad y para ellos imprescriptible. Esto provoca que a la administración le sería permitido oponer la nulidad de su propio acto sin límite alguno de tiempo salvo la prescripción, y en ocasiones puede existir imprescriptibilidad para oponerla en sede judicial.

La doctrina y la jurisprudencia no ha sido pacífica y las opiniones han sido disímiles:

- ✓ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>57</sup> entiende que el término previsto en el citado artículo 25 es aplicable frente a los actos nulos porque, pese a que la ley 19.549 distingue entre “actos administrativos nulos de nulidad absoluta e insanable” y “actos anulables” cuando determina los plazos dentro de los cuales aquéllos pueden impugnarse judicialmente, no se efectúa distinción o salvedad alguna. Se agrega que en ninguna disposición de la ley se determina que acción para impugnar actos nulos es imprescriptible.
- ✓ Cassagne, basa sus afirmaciones en el principio antiinformalista que rige en la interpretación del contencioso administrativo y en el postulado fundamental según el cual no sólo debe estarse a la interpretación que resulte más favorable al administrado sino que le está vedado a los jueces establecer cargas implícitas para que los administrados puedan hacer valer sus derechos. Sostiene, asimismo, que la acción de nulidad de un acto nulo, de nulidad absoluta es imprescriptible y tal imprescriptibilidad no puede ser suplantada

---

<sup>57</sup> CamNFedApelContAdmin (1/9/81), Sala III, causa “Giménez Voga, Clara c/CONFER”.

por un breve plazo de caducidad, en ausencia de una norma que prescriba tal consecuencia.<sup>58</sup>

- ✓ Gordillo sostiene que con esta interpretación se vuelve a dar coherencia al sistema y además se lo hace funcionar de manera congruente con la Constitución Nacional pues es obvio que los plazos del artículo 25, si fueran absolutos constituyen un notorio debilitamiento de las posibilidades de defensa de los particulares y puesto que, además, deja de satisfacer unánimemente a la doctrina la idea de que los plazos de prescripción del Código Civil, fundados en experiencia milenaria, puedan sin más ser dejados sin efecto por una ley administrativa.<sup>59</sup>
- ✓ Tawil señala que *"La aplicación de los plazos de caducidad en los supuestos de actos viciados de nulidad absoluta produce un resultado injustificable al que no se ha arribado siquiera en el propio sistema francés donde la jurisprudencia ha considerado que el plazo de caducidad no es aplicable en los supuestos de actos "nulos y de efectos nulos" en los que la acción se encuentra sujeta al plazo de prescripción"*.<sup>60</sup>
- ✓ Mairal sostiene que establecer un plazo general de caducidad para demandar la nulidad de los actos administrativos es constitucionalmente peligroso pues limita la supervivencia de un derecho que ha nacido perfecto al cumplimiento de un plazo breve. Rechaza asimismo, que el plazo de caducidad sea beneficioso para la seguridad jurídica pues, en primer lugar, la anulación judicial de un acto administrativo no produce en nuestro sistema los efectos erga omnes que sí tiene en los sistemas que establecen plazos generales de caducidad y, en segundo lugar, no hay razón para exigir un plazo de caducidad para promover la acción de nulidad de un acto administrativo, cuando el mismo no existe para plantear la inconstitucionalidad de una ley.<sup>61</sup>
- ✓ Bianchi expresa que el plazo de caducidad del artículo 25 no es aplicable en los casos de nulidad absoluta. Si bien es cierto que la 19549 no distingue entre actos nulos y anulables a estos efectos, una vez más la interpretación debe ser favorable a la amplitud de las posibilidades de accionar judicialmente.

---

<sup>58</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, en BIANCHI, Alberto B. (1995), ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, Buenos Aires, La Ley.

<sup>59</sup> GORDILLO, Agustín A, *Tratado de Derecho Administrativo*, Cap.12: "El Reclamo Administrativo Previo", en [www.gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo12.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo12.pdf).

<sup>60</sup> TAWIL, Guido (1993), *Administración y Justicia*, Buenos Aires, Ed. Del autor.

<sup>61</sup> MAIRAL, Héctor (1984), *Control judicial de la administración pública*, T. I, Buenos Aires, Ed. Depalma.



Cuanto más estrechamos el acceso a la justicia, más ampliamos (proporcionalmente) la brecha de la inconstitucionalidad del artículo 25.<sup>62</sup>

Consideramos que si estamos frente a un acto que “no es acto administrativo”, pero que presenta caracteres externos que podrían llevar a confusión, haciendo creer que se trata en realidad de un acto administrativo (aunque inválido), no deben aplicárseles las consecuencias propias de los actos administrativos inválidos, sino que corresponde, como expresamos al inicio, tratarlo como un no-acto administrativo, o como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica, por ello el pretendido reconocimiento de derechos no puede otorgarle estabilidad y puede por lo tanto ser revocado en sede administrativa (ello sucede porque no tiene presunción de legitimidad, ni ejecutividad, ni ejecutoriedad y tampoco constituye título ejecutivo judicialmente). Además de ello, al no ser acto no pueden aplicárseles los plazos de caducidad del artículo 25.

Aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya dicho que la nulidad absoluta es imprescriptible<sup>63</sup> dependerá de la apreciación del órgano que, en su análisis sobre los vicios que tiene el acto, arrojen como consecuencia la nulidad, la anulabilidad o que simplemente se trata de una vía de hecho o mero pronunciamiento de la Administración. En fin, estaremos a la suerte de la interpretación que tenga el órgano que resuelva la pretensión, lo que a nuestro entender no aleja del derecho-garantía a la tutela judicial efectiva.

## 2.5. FUNDAMENTOS DE AMBAS PARTES PARA SOSTENER LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Es muy difícil encontrar una posición que, tomada desde la óptica actual, permita una solución armoniosa con los intereses de las partes. La génesis del instituto se presentó en un contexto que varió notablemente del que tenemos actualmente y además, fue la respuesta correcta al viejo régimen de indemandabilidad del Estado. En una administración donde todo funciona de acuerdo con lo establecido en los procedimientos y donde los funcionarios y empleados públicos realizan sus tareas sin dilaciones, muchas de las razones que se expondrán no tendrán objeciones. La realidad demuestra que la burocratización del Estado, sumada a la desconfianza de los particulares, no sólo en los funcionarios (muchos de los cuales son colocados en sus puestos por aquellos representantes que ellos mismos votaron) sino también en los empleados de la administración, y la redirección de esa

---

<sup>62</sup> BIANCHI, Alberto B. (1995), ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, Buenos Aires, La Ley.

<sup>63</sup> Conf. Fallos: 179: 250; 278: 278/279; 190: 157/158; 241: 396-La Ley, 8-790; 144-588, 29.489-5; 23-251; 94-241.

confianza hacia la justicia (puestos que no son electivos ni representativos de la comunidad) provocan una judicialización cada vez más grande de las cuestiones que debieran ser resueltas en un rápido procedimiento (sea mediante reclamos o recursos).

Seguidamente se exponen de manera continuada diferentes argumentos para sostener la bondad para ambas partes de esta vieja regla:

- ✓ El legislador tuvo en miras el respeto por el sistema republicano de gobierno adoptado por nuestra Carta Magna, más específicamente la autonomía e independencia del Poder Ejecutivo que podría verse menguada por decisiones judiciales. El instituto tiende a resguardar el interés del Estado y de los particulares; para aquél, a fin de darle la posibilidad de vigilancia y contralor sobre los organismos inferiores, y para el particular, porque es un medio de evitar el juicio.<sup>64</sup>
- ✓ Con el agotamiento de la vía se genera una etapa de conciliación previa al acceso de la justicia que le da a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores.<sup>65</sup>
- ✓ La reclamación previa es uno de los privilegios tradicionales establecidos en todas las legislaciones que tenía fundamento cuando la Nación había obrado como poder público en el acto o hecho motivo del juicio.<sup>66</sup>
- ✓ Constituye una prerrogativa de naturaleza procesal que integra el régimen exorbitante que caracteriza el derecho público<sup>67</sup>.
- ✓ Es una derivación propia de la estructura jerárquica de la Administración pues mediante dicho procedimiento se alcanza la voluntad final de esta (la cual deberá ser esgrimida por la autoridad superior).
- ✓ Con el agotamiento se filtran las contiendas que llegan a tribunales reduciéndose el número de casos y lográndose soluciones en tiempos más reducidos. Nadie va a juicio y paga la tasa de justicia, afronta las costas, etc., si no es porque está convencido de que la administración no hará lugar a su

---

<sup>64</sup> Ampliar en ROBLES, Estela (1999), *La vigencia del reclamo administrativo previo y su compatibilidad con los tratados constitucionales*, Pag. 1243y sigtes., Buenos Aires, La Ley.

<sup>65</sup> Tawil agrega que es un privilegio de la Administración que persigue únicamente otorgar al Estado la posibilidad de evitar un litigio. TAWIL, Guido (1993), *Administración y Justicia*, Buenos Aires, Ed. Del autor. En idéntico sentido GRAU, quien agrega que es “un poder de la administración para juzgar sus propios actos”, GRAU, Armando E. (1975), *Reclamación administrativa previa*, Buenos Aires. Mairal agrega que promueve la especialización de las decisiones, MAIRAL, Héctor (1984), *Control judicial de la administración pública*, T. I, Buenos Aires, Ed. Depalma.

<sup>66</sup> BIELSA, Rafael, en BIANCHI, Alberto B. (1995) *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, Buenos Aires, La Ley.

<sup>67</sup> CSJN, 26/10/93, “Serra Fernando c. MCBA”.

reclamo. Si el particular abandona o no inicia el trámite administrativo que es más económico (gratuito) y más rápido, es porque en su mente y en su conciencia está convencido que no le darán la razón<sup>68</sup>.

- ✓ La razón que en nuestro derecho justifica la exigencia de un acto administrativo previo que cause estado o, por lo menos, una reclamación previa es la conveniencia política de filtrar las contiendas que lleguen a pleito, sea provocando una especie de conciliación administrativa, sea dando la oportunidad al Estado de reconsiderar el asunto.<sup>69</sup>
- ✓ Promueve la eficiencia administrativa evitando la interferencia prematura de los jueces en el procedimiento administrativo.<sup>70</sup>
- ✓ Es un poder de la Administración para juzgar sus propios actos. Tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en la esencia y fin de las potestades administrativas ejercidas en relación al bien común.<sup>71</sup>
- ✓ García de Enterría expresa que: “La necesidad de agotar las vías previas antes de acceder a los tribunales es una reduplicación del privilegio de la decisión previa y que, como tal, carece ya de toda justificación desde la perspectiva del funcionamiento constitucional de los poderes públicos. La Administración conoce inmediatamente la interposición de los recursos contencioso administrativos y en ese momento puede reconsiderar la legalidad o la oportunidad de los actos que le han sido impugnados; es una arbitrariedad exigir que esa reconsideración tenga que producirse (como una carga para los recurrentes) antes precisamente de que pueda producirse dicha interposición. La única solución razonable es convertir la vía previa de preceptiva en facultativa, que es la fórmula tradicional francesa (...)”.<sup>72</sup>

Como se expresó al inicio del título existen beneficios para ambas partes cuando la Administración funciona de una manera correcta, sin dilaciones y sin formalismos rigurosos. En el contexto actual el sostenimiento de esta regla en la manera que se exige provoca grandes problemas para los administrados. El agotamiento de la vía no puede ser una

---

<sup>68</sup> GORDILLO, Agustín A. (2010), Tratado de Derecho Administrativo, Cap.13: “La tutela judicial”, Pag. 10, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 10° edición.

<sup>69</sup> LINARES Juan F. (1975), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea. En igual sentido se expide Dromi, DROMI, Roberto (1997), *Derecho Administrativo*, Argentina, Ediciones Ciudad 6° edición.

<sup>70</sup> MAIRAL, Héctor (1984), *Control judicial de la administración pública*, T. I, Buenos Aires, Ed. Depalma.

<sup>71</sup> GRAU, Armando E. (1975), *Reclamación administrativa previa*, Buenos Aires.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1992), *Hacia Una justicia administrativa*, Pag.66, Madrid, Civitas, 2ª Edición.

herramienta para obstaculizar el acceso a la jurisdicción ni desarrollarse en una dimensión temporal prolongada.

En una dimensión atemporal, en un Estado que funciona como debiera, en un procedimiento que cumple con sus fines, el agotamiento de la vía es una excelente solución para lograr una pronta satisfacción de las pretensiones.

Hoy encontramos una realidad en la Administración que dista bastante de lograr estos fines. El contexto no pareciera mejorar y el Estado no demuestra voluntad de modificarlo, así que, la solución parece venir de la mano de una reforma.<sup>73</sup>

El sistema tal y como está, justificando la necesidad del agotamiento de la vía en la conveniencia para las partes en darle una oportunidad a la Administración para enmendar sus errores, en la seguridad jurídica y la división de poderes ha provocado que el procedimiento administrativo no sea otra cosa más que un conjunto desordenado e ilógico de ritualismos inútiles.

### **3. ALGUNOS REMEDIOS PREVISTOS CONTRA EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN**

Estos remedios son de vital importancia, ya que de cumplirse con su fin, el tránsito por la vía administrativa no provocaría consecuencias negativas para los administrados. Sin embargo, recordemos que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad, y por ello pueden ejecutarse sin que la interposición de recurso alguno provoque la suspensión de sus efectos.

Las instituciones expuestas a continuación están reguladas en diversas leyes y/o códigos, y en algún caso son creación pretoriana, como por ejemplo las medidas autosatisfactivas. Como expresamos al principio, a pesar de ser remedios establecidos en protección del derecho de los particulares, vemos como, en muchos casos, otras leyes o la misma interpretación judicial termina echando por tierra su aplicación provocando una nueva indefensión.

#### **3.1. EL AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

Es la única medida judicial prevista en la 19549. Está regulada en el artículo 28 y se utiliza para que los jueces determinen si la Administración excedió los plazos para resolver y, si así lo encuentra, que le fije un plazo prudencial para que lo haga.

*“Artículo 28: El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente*

---

<sup>73</sup> Ver “Conclusión”.

*cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.”*

Para la jurisprudencia es una orden judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas que sirve para contrarrestar el poder que posee la Administración frente al administrado, de actuar con demora o inercia, haciendo valer su derecho constitucional de peticionar a las autoridades y de obtener una respuesta de ella en tiempo razonable.

La intención de este instituto es que la Administración cumpla con su deber de resolver en tiempo oportuno, es decir, de lograr que esta dé una respuesta argumentada permitiendo posteriormente al particular impugnar el acto en sede judicial. La justicia sólo ordena a la Administración, a pedido del particular, que actúe imponiéndole un plazo para ello. La Administración es la **obligada** a resolver todas las cuestiones sometidas a su resolución, por ello el silencio no es aplicable.

La justicia nunca resuelve sobre el fondo del asunto. El magistrado recibe el pedido de amparo por mora, estudia la situación y le pide informes al sujeto pasivo para que fundamente su silencio. Luego de ello resuelve si otorga o no la medida solicitada. De hacer lugar a la medida, el juez otorga un plazo discrecional que varía según la complejidad del contenido de los trámites pendientes. La sentencia que admite o deniega al amparo por mora es apelable por ambas partes.

Recordemos que en el procedimiento administrativo los plazos son obligatorios para ambas partes. La Administración tiene la potestad de ampliar los mismos, sea de oficio o a pedido de parte, mediante resolución fundada, siempre que no perjudique derechos de terceros. En cuanto a la mora que nombra el mencionado artículo 28, se tratan dos variantes, una es la del plazo determinado y la otra la del plazo indeterminado. En el primer caso no hay problemas ya que la mora es automática y se produce por el sólo vencimiento, pero en el segundo caso dependeríamos de lo que el juez determine como razonable. He aquí uno de los errores de redacción de la 19549 ya que el artículo 1 inciso e) estableció todo lo referente a los plazos. En el apartado 4 expuso justamente la solución a dicha indeterminación:

*“Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y*

*emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquél será de diez (10) días;*"

Además, este artículo se complementa con la parte pertinente del artículo 10 de la misma ley en el cual se expresa que, en cuanto a las decisiones de la Administración, "*Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días*". Por suerte para el particular esta contradicción tiene una solución dentro de la misma ley.

En caso de desobediencia a la orden de pronto despacho se sigue el procedimiento que prevé el artículo 29 de la 19549.

Si el particular decide elegir esta vía porque los tiempos se han dilatado creemos que la Administración igualmente no hará más que rechazar el planteo en sede administrativa. A pesar de ser un buen y eficaz remedio al administrado le conviene configurar directamente el silencio y habilitar la vía judicial.

### 3.2. LA DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD

Es un recurso formalmente improcedente en su origen, y que por imperio legal se transforma en recurso procedente. Mediante ella es posible impugnar actos administrativos que afectan derechos subjetivos o intereses legítimos cuando el término para recurrir ha expirado. El artículo 1º, inciso e), apartado 6, de la 19.549 establece:

*"Interposición de recursos fuera de plazos. Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho".*

Cassagne<sup>74</sup> expresa que La Procuración del Tesoro de la Nación había reconocido su procedencia en varios dictámenes con anterioridad a la sanción de la ley nacional<sup>75</sup> y la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo recogió dicha doctrina intentando dotar de flexibilidad a la perentoriedad de los plazos para recurrir. El fundamento de este instituto se encuentra en el artículo 14 de la Constitución Nacional (derecho a petionar), en el principio aintiinformalista que establece la 19549 y en el deber del Estado de proteger y mantener la vigencia de la legalidad objetiva en consonancia con la protección del derecho individual de los administrados.

---

<sup>74</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2008), *Derecho Administrativo*, Pag. 769, Buenos Aires, 9º Edición, Abeledo Perrot.

<sup>75</sup> Dictámenes 65:24; 90:350.

Gordillo pone de manifiesto que la Procuración del Tesoro ha avanzado mucho al establecer que una vez abierta la vía recursiva, aún con relación a actos irrecurribles, corresponde resolver el recurso en trámite en virtud de que habiendo la Administración habilitado el procedimiento y estando firmes los actos que lo componen, no resulta admisible producir una retroacción que cambie su rumbo<sup>76</sup>.

El mencionado artículo 1°, inciso e), apartado 6 de la 19.549 establece un plazo indeterminado, aquí es donde surge la discusión sobre cual es el mismo. Para colmo de males, la justicia en varios cuestionables pronunciamientos ha resuelto que el particular pierde incluso la vía judicial si no interpone en término el recurso administrativo tomando como plazo máximo al del artículo 25 de la ley 19549 (90 días hábiles judiciales). La solución judicial es contraria a la naturaleza jurídica de la denuncia de ilegitimidad, la que fue creada como obligación de mantener la vigencia de la legalidad objetiva en consonancia con la protección del derecho individual de los administrados.

En conclusión, por interpretación jurisprudencial el plazo de caducidad establecido en el artículo 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo provoca la derogación del instituto “denuncia de ilegitimidad” con la correspondiente pérdida de tutela judicial para los administrados.

### 3.3. LA PROTECCIÓN CAUTELAR Y LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Existen varias alternativas a seleccionar en búsqueda de protección ante la ejecución del acto administrativo. Tenemos por un lado la protección cautelar, la cual tiene como accesorio un procedimiento principal<sup>77</sup> y por el otro, las medidas autosatisfactivas, las cuales se agotan en sí mismas.

El Dr. Lino Palacio nos ha enseñado que el proceso cautelar “es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”<sup>78</sup>

Los problemas comienzan cuando el particular pretende suspender los efectos del acto en sede administrativa ya que choca con los institutos del agotamiento de la vía y el de la ejecutoriedad del mismo. Recordemos que según el artículo 12 de la 19549:

---

<sup>76</sup> GORDILLO, Agustín A (2012), *Tratado de Derecho Administrativo*, libro III “Procedimiento y recursos administrativos”, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 10° edición.

<sup>77</sup> En realidad es cautelar cuando luego de ella continúa el proceso principal. Aunque también podemos encontrar a la medida cautelar autónoma, la cual presenta algunas particularidades, y las llamadas “precautelares”.

<sup>78</sup> PALACIO, Lino E. (1998), *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 14° edición.

*“El acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.”*

O sea que dictado el acto administrativo, por su presunción de legitimidad, puede empezar a ejecutarse e impide que los recursos interpuestos por los administrados suspendan su ejecución y efectos. El particular debe recorrer toda la vía impugnativa para recién poder acudir a la justicia. En medio de ello, la Administración, por la potestad que le otorga la ley, puede comenzar a ejecutar sus actos, los que usualmente proyectarán consecuencias sobre el patrimonio o cualquiera de los derechos de los administrados.

Si bien el transcripto artículo 12 de la 19549 establece que la Administración puede suspender la ejecución del acto, en los casos que prevé el artículo 17 de la misma ley la Administración tiene la obligación de suspender el mismo. Sin embargo la realidad demuestra que el pedido no suele ser evaluado en tiempo oportuno ya que a veces se posterga su decisión hasta la resolución sobre el fondo del asunto y otras directamente se omite su consideración. Esta situación deja al administrado sin herramientas que permitan garantizar la eficacia de una futura sentencia provocándole graves perjuicios, y al no estar completado el camino del agotamiento de la vía el particular no puede impugnar judicialmente el acto (requiriendo en dicha sede una medida cautelar).

Los fundamentos para conceder dicha medida son los que prevé el artículo 230 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación:

- ✓ Verosimilitud en el derecho: A veces se lo ha vinculado a la existencia de un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o de una violación legal patente, aunque existen también, no pocos pronunciamientos en los que, simplemente, se alude la impugnación sobre bases, prima facie, verosímiles, o a la ilegalidad o arbitrariedad<sup>79</sup>. La doctrina y jurisprudencia<sup>80</sup> expresa que no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, ni un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que se acredite la probabilidad o fundada posibilidad de que el derecho exista o tenga apariencia de verdadero.

---

<sup>79</sup> CASSAGNE, Ezequiel (2007), *Las Medidas Cautelares Contra la Administración*, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Provincia de Buenos Aires, La Ley.

<sup>80</sup> La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como principio que las medidas cautelares no proceden respecto de los actos administrativos en atención a la presunción de la validez de éstos, salvo, precisamente, cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles. CSJN, Iribarren Casiano, 1992, Fallos, 315: 956; Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA), 1995, Fallos, 318: 2374.



- ✓ Peligro en la demora. Es el peligro que puedan acontecer perjuicios por la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso, o “*la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables*”<sup>81</sup>. En síntesis, se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. El daño cuya consumación pretende evitarse mediante la medida cautelar puede ser irreparable o de entidad tal que influya en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz.
- ✓ Que la tutela cautelar no pueda obtenerse por medio de otra medida precautoria.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el principio que a mayor verosimilitud en el derecho cabe ser menos exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca de la verosimilitud se debe atenuar.<sup>82</sup>

Las medidas cautelares pueden decretarse bajo responsabilidad de la parte que la solicita. La misma debe ofrecer caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho. Es el juez quien debe graduar la calidad y el monto de la caución. Así lo establece el artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “*La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que lo solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños que pudiere ocasionar (...)*”.

Para denegar cautelares se han argumentado todo tipo de razones, por ejemplo, la prevalencia del interés público sobre el interés individual; el principio de legalidad del Estado, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio de solvencia estatal.

Existe otra discusión acerca de la necesidad de solicitar o no la suspensión del acto en sede administrativa en forma previa a la petición en sede judicial, sea que se pretenda el remedio precautorio jurisdiccional por medio de una medida cautelar autónoma o en virtud de un requerimiento cautelar incorporado a un proceso principal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>83</sup> ha otorgado en su oportunidad una cautelar autónoma sujeto al pedido de suspensión en sede administrativa del acto en cuestión. Hutchinson<sup>84</sup> afirma que para valorar la admisibilidad de las peticiones precautorias que requieren la suspensión de los efectos de los actos administrativos, los jueces deben aplicar los

<sup>81</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo & FERNÁNDEZ Tomás R. (1998), *Curso de Derecho Administrativo*, T° II, Madrid, Civitas.

<sup>82</sup> CamNacFedContAdmin (sala única), 22/12/1966, “Gobierno Nacional c. N.N”.

<sup>83</sup> In re “Hughes Tool Company SACIFI c/ Nación Argentina”, Fallos 307:178 del año 1985.

<sup>84</sup> HUTCHINSON, Tomás, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, Buenos Aires, El Derecho.

requisitos del artículo 12 de la 19549, el cual trata la “suspensión del acto administrativo en sede administrativa”. Los presupuestos para admitir la nulidad que trata el artículo son: a) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; b) razones de interés público y; c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado.

Con respecto a la solicitud previa en sede administrativa, Gordillo expresa claramente:

*“Cuando la jurisprudencia se remite —para la suspensión judicial— al criterio de la suspensión en sede administrativa, se olvida de su imparcialidad y su deber de guardar la igualdad entre las partes, de asegurar el posible resultado favorable de la sentencia y no tornarla ilusoria; de evitar a la sociedad el daño de una ulterior condena en daños y perjuicios que su oportuna intervención hubiera evitado. En efecto, si se resuelve partir de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, el primer requisito de la prohibición de innovar sólo quedaría configurado por su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad; en lugar de partir de la verosimilitud del derecho, se lo haría desde la presunción de legitimidad y entonces sólo la manifiesta y grosera arbitrariedad justificaría la cautelar. En tales casos el “peligro en la demora” se transmuta en “perjuicio irreparable.””<sup>85</sup>*

Como especie en el género de las cautelares se encuentra la “*medida cautelar autónoma*”. Estas son propias y exclusivas del proceso contencioso administrativo y es regulado por las mismas normativas expuestas con anterioridad: El artículo 12 de la ley 19.549 y el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Los requisitos de admisibilidad son los mismos que se explicaron anteriormente (peligro en la demora, verosimilitud en el derecho y que no haya otra vía cautelar para obtener la tutela solicitada). Su principal característica es que están destinadas a procurar la suspensión de los efectos de los actos administrativos mientras dure la tramitación del procedimiento administrativo tendiente al agotamiento de la vía.

Aquí sucede el mismo problema expresado anteriormente, la realidad demuestra que la Administración rara vez hace caso a los pedidos del administrado. Por ello, este último debe acudir a la justicia solicitándole al juez que intervenga dictando una medida cautelar de carácter administrativo.<sup>86</sup>

Otra traba es la que suscita la aplicación de la primera parte del artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

*“Caducidad. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si*

---

<sup>85</sup> GORDILLO Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 10<sup>o</sup> edición.

<sup>86</sup> Se ha oído a la doctrina atacar esta facultad judicial ya que consideran que al juez le estaría vedada la intromisión en el proceso administrativo por el principio de separación de poderes. Sin embargo si existieran razones de urgencia objetiva nadie duda en otorgarle competencia al magistrado.

*tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes al de su traba.”*

Según se interpreta, este artículo no se aplicará hasta tanto la obligación no sea exigible. En este sentido la jurisprudencia sostuvo en un fallo de 1994<sup>87</sup> que a fin de no promover demanda sobre el fondo, con el riesgo de que sea declarada inadmisibles por no haberse agotado la vía administrativa previa, el término de caducidad allí establecido empieza a correr a partir del momento en el que la obligación se torna exigible, pues como todo plazo, éste puede ser interrumpido o suspendido. En consecuencia, si al momento de solicitar una medida cautelar en sede judicial se interpuso un recurso jerárquico en sede administrativa el plazo de diez días comenzará a correr, o se reanudará, a partir del momento en que quede expedita la vía judicial.

Recapitulando sobre esta medida, si el acto que afecta al particular no es definitivo y no agota la vía administrativa, no podrá pedirse tutela judicial hasta tanto la administración resuelva el recurso administrativo que agote la misma. Es allí donde aparece la llamada medida cautelar autónoma, que consiste en pedirle al juez que ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido hasta que la administración resuelva el recurso administrativo que agota la vía en un sentido o en otro.

Como la medida autónoma pertenece al género de los remedios cautelares exige el requisito de solicitar previamente en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto para luego tener habilitado el acceso a la medida en sede judicial (o en su defecto que medie silencio y transcurrido un tiempo prudencial).

Otra especie son las “*medidas precautelares*” contra la Administración. De creación pretoriana, son una práctica reconocida en el fuero contencioso administrativo federal. Su interposición implica la suspensión provisoria de los efectos de un acto cuestionado hasta que la administración remita las actuaciones administrativas al juzgado, toda vez que el peticionante no ha podido realizar la vista de ellas y por ende no ha podido adjuntar las copias certificadas a la presentación judicial, o debido a que el magistrado requiere ver el expediente en su totalidad. En ciertas ocasiones, suele también pedírsele a la Administración que produzca un informe sobre la situación, en un plazo muy exiguo. Luego, inmediatamente, el juez debe decidir la cautela solicitada.

Las “*medidas autosatisfactivas*” no pueden ser consideradas medidas cautelares ya que no son instrumentales ni accesorias respecto de procedimiento principal alguno. Son verdaderos procesos sumarísimos autónomos, que se agotan con el dictado de la respectiva resolución. En este sentido, los procesos autosatisfactivos son procesos urgentes como el amparo, aunque sin el respaldo de una ley que los haya consagrado ni

---

<sup>87</sup> CamNacFedContAdmin, Sala IV, 24/08/94, “Hisisa Argentina SAICIF c. Banco Central de la República Argentina”.

reglamentado, siendo una construcción pretoriana y doctrinaria. Una especie de medida autosatisfactiva es la llamada “impropia”, para que se configure debe pedirse la suspensión de los efectos del acto, la afirmación de un derecho por el peticionante y el requerimiento a través del proceso establecido por la ley con dicho fin (previo a la promoción de la demanda contenciosa). Coincide en ser autónoma al proceso principal y se autoabastece, pero se caracteriza en que su contenido se agota con el despacho favorable, no siendo tributaria de un proceso judicial sino de un proceso administrativo en trámite.

El pedido de suspensión de un acto recurrido en sede administrativa mediante cualquiera de las medidas expuestas es una herramienta que el particular puede usar previamente a la revisión judicial. Para permitir que la Administración tenga posibilidad de conocer el error o, al menos, revisar su actuación, el pedido debe realizarse de manera accesoria a la interposición del recurso en sede administrativa. En algunos casos donde el interés público es evidente y adquiere una importancia relevante, se debería correr un breve traslado a la contraparte para que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa. Consideramos que esta variante no va en contra del instituto cautelar sino que lo fortalece. Deberán acreditarse los requisitos de existencia de acto nulo o viciado, peligro en la demora y según el caso los demás extremos expresados ut supra. Aún así, serán los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si se dan los requisitos para la procedencia de las medidas requeridas. Con el dictado de la suspensión del acto se asegurará la tutela de los derechos del peticionante y el debido proceso adjetivo ya que se le permitirá mediante el dictado de una decisión oportuna evitar perjuicios.

#### **4. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Nuestra Constitución Nacional consagra en su artículo 18 la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos. De este artículo se desprenden otras dos garantías como son: “el debido proceso adjetivo” y “el derecho a la jurisdicción”. La primera garantiza la protección de los derechos que el particular expone, sin limitar la cantidad o el contenido de sus pretensiones, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada; mientras que la segunda garantiza el derecho a acudir ante el órgano jurisdiccional para que el mismo otorgue una sentencia justa y que la misma pueda ser susceptible de revisión. El artículo 1 inciso f) de la 19549 reafirma la garantía del debido proceso adjetivo en el ámbito administrativo.

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene efectos en tres distintos momentos: al acceder a la justicia, durante el proceso y al momento de ejecutarse la sentencia. Este derecho garantiza al particular: a) que su cuestión podrá ser interpuesta ante un tribunal

imparcial e independiente que pertenezca al Poder Judicial; b) que el procedimiento que se seguirá respetará un conjunto de reglas y pasos preestablecidos; c) que se eliminarán las trabas que obstaculicen o impidan el acceso a la jurisdicción; d) que la interpretación sobre los requisitos de acceso a la jurisdicción sea en forma favorable a la admisión de la demanda (in dubio pro accione); e) que se puedan subsanar aquellos defectos mínimos haciendo lugar a las pretensiones (evitando ritualismos inútiles); f) a obtener una medida cautelar que permita asegurar el resultado de la decisión; g) que se podrá aportar pruebas con las cuales se defenderá su derecho y que a su vez serán tomadas en cuenta a la hora de fallar la sentencia; h) que la decisión que tome el órgano judicial sea fundada y dentro de un plazo razonable; i) que dicha decisión pueda ser impugnada; y j) que la sentencia pueda ejecutarse en tiempo y forma. Este conjunto de garantías se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales, los cuales han sido incorporados en el artículo 75 inciso 22:

- ✓ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sancionada en Colombia en el año 1948 proclama que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre. El artículo 18 se refiere al derecho de acceso a la justicia, establece: "*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*". Este artículo se complementa con el 24, por el cual toda persona tiene derecho a peticionar a cualquier autoridad competente, sea por motivo de interés general o particular, y el de obtener pronta resolución.
- ✓ La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la resolución 217 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, prevé en su artículo 8 que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. Integrando el concepto con el derecho que le reconoce a toda persona en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (artículo 10).
- ✓ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestra legislación juntamente con el Pacto de Derechos Económicos mediante la ley 23.313 (promulgada el 17/4/86), garantiza el acceso a la jurisdicción: "Toda

persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, (...) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

- ✓ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, sancionada en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, reconoce en su artículo 8 el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En el artículo 25 amplía la protección judicial reconociendo el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. De este tratado surge el principio "*pro homine*" (previsto en el artículo 29): se trata de la interpretación más favorable a la extensión de los derechos de los particulares e inversamente a la más restringida para las limitaciones, sin importar cual sea su origen.

La jerarquía de estos tratados es superior a la de las leyes por lo que los tribunales nacionales deben tenerlos en cuenta a la hora de sentenciar. En caso de que haya colisión entre estos y alguna norma local, los jueces deben buscar una interpretación armónica aunque deben recordar que estos tratados siempre tienen preferencia sobre las normas de rango inferior.

Debe reconocerse cierta similitud entre las garantías constitucionales clásicas y las que han sido consecuencia del principio de tutela judicial efectiva, aunque este último ofrece una protección más amplia. Cassagne<sup>88</sup> explica tres diferencias básicas:

*"En lo fundamental, la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción".*

Consideramos que una hermenéutica correcta llevaría a replantear la obligatoriedad rígida del requisito de la vía. En un mismo sentido la jurisprudencia nacional parece dirigirse lentamente en ese sentido y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>89</sup> ya se ha expedido en situaciones similares. Nuestros tribunales no pueden desconocer la entidad de los informes de esta comisión debiendo darle utilización como precedente.

---

<sup>88</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2011), *La Transformación del Procedimiento Administrativo y la LNPA*, en La Ley, 16/05/2011.

<sup>89</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 29/09/99, informe 105, "Palacios, Narciso c. Argentina".

En un país, en donde se reconoce un sistema republicano de gobierno y un Estado de Derecho, jamás puede desconocerse ninguna garantía de los ciudadanos y mucho menos, bajo la máscara del bienestar general subordinar estos derechos al poder político. La Administración tiene reglas a seguir para realizar sus actos, reglas que han sido impuestas para evitar justamente los excesos de poder y colocar en un pie de igualdad al administrado con la Administración.

En consecuencia, pareciera ser, tal y como el procedimiento está establecido hoy, que el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, ambas garantías provenientes de la cúspide de nuestra pirámide legal, pierden su fuerza cuando las ilegalidades provienen del actuar del Estado o sus dependientes.

## 5. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA EN OTRAS LEGISLACIONES<sup>90</sup>

**Alemania:** la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece, como principio, que previo a deducir ante los tribunales administrativos las pretensiones impugnatoria y obligacional o de imposición a que se dicte un acto administrativo, deberá transitarse previamente una vía recursiva ante la autoridad administrativa, excepto que el acto que se cuestione en sede judicial haya sido dictado por la autoridad jerárquicamente superior. No rige el principio del agotamiento de la vía cuando se interponen las pretensiones declarativas o prestacional general. Los plazos para deducir las pretensiones de anulación y obligacional son de un mes y las pretensiones declarativas y contra la inactividad de la Administración no tienen plazo estipulado.

**España:** La ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevé que *“el recurso contencioso administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa”*.<sup>91</sup> La última reforma al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo de 1999 establece en su artículo 109 que casos ponen fin a la vía administrativa en un régimen similar al nacional. El artículo 46 establece un plazo de caducidad de dos meses para deducir recurso contencioso administrativo contra reglamentos y actos administrativos expresos que pongan fin a la vía administrativa y para deducir el recurso de lesividad. En caso de silencio el plazo se extiende a seis meses, en caso de vías de hecho son diez días

---

<sup>90</sup> Datos extraídos de: PERRINO, Pablo E. (2003), *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, en Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni; PERRINO, Pablo E. (1999), *El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo Bonaerense*, Buenos Aires, El Derecho; ROBLES, Estela (1999), *La vigencia del reclamo administrativo previo y su compatibilidad con los tratados constitucionales*, Buenos Aires, La Ley; BIANCHI, Alberto B. (1995) *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, Buenos Aires, La Ley.

<sup>91</sup> España. Ley 29/1998 Artículo 25 inciso 1).

si se efectuó reclamación en sede administrativa pidiendo su cese o 20 días si no se realizó el pedido.

**Italia:** Con la creación de los Tribunales Administrativos Regionales pueden presentarse directamente recursos judiciales contra actos no definitivos haciendo facultativo la interposición del recurso jerárquico. Si intervienen tribunales judiciales en causas en que estén en juego derechos subjetivos no existe plazo de caducidad, pero en los litigios en que se lesionan intereses legítimos actúan tribunales administrativos con un plazo de caducidad de 60 días.

**Francia:** No es necesario agotar la vía, la presentación de los recursos es de carácter optativo, sin embargo es preciso cumplir con el requisito de la decisión prealable (provocar que la Administración deniegue el derecho peticionado). Sin embargo existen muchos procedimientos especiales que exigen el agotamiento de la vía. En cuanto a los plazos, el principio general es que son dos meses y los mismos son ampliables en razón de la distancia.

**Estados Unidos:** La doctrina discute si el agotamiento de los remedios administrativos (Exhaustion of Administrative Remedies) constituye un principio o una regla general, lo cierto es que, primero por vía jurisprudencial (“Myers c. Bethlehem Shipbuilding Corporation” de 1938) y luego mediante su consagración legislativa la necesidad de transitar la vía administrativa previa constituye un recaudo que es preciso cumplir para abrir las puertas de los tribunales, aunque son numerosas las excepciones. Al no existir un plazo general para demandar al Estado las normas que establecen el régimen de revisión judicial comúnmente establecen plazos dentro de los cuales se debe presentar la acción pertinente, cuya extensión varía según los casos.

**Latinoamérica:** Exigen el agotamiento las legislaciones de **Colombia, Costa Rica y Venezuela**, mientras que también lo exigen los Estados de **Perú y Uruguay**, sólo que estos tienen sustento constitucional. El único que regula con carácter potestativo a los recursos administrativos es el procedimiento de **Méjico**.

Como se observa claramente el instituto ha echado raíces en todas las legislaciones por lo que el debate no es único de nuestro país. La ventaja que se vislumbra en las legislaciones extranjeras es la pequeña diferencia en lo que respecta a los plazos, permitiéndole al administrado más tiempo para armar su defensa. A este punto no podemos considerar que exista un criterio único en la legislación extranjera que podamos adaptar para corregir nuestros errores, el carácter potestativo que utiliza Méjico y la amplitud en los plazos parecerían ser dos soluciones beneficiosas para una futura actualización de nuestro procedimiento.



## 6. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA EN EL CONTENCIOSO BONAERENSE

Al igual que la historia del procedimiento de orden nacional, el contencioso administrativo bonaerense también ha sufrido los cambios y transformaciones en los pensamientos y corrientes de las distintas épocas. El código Varela que rigió desde 1906 hasta 2003 exigía como requisitos para acceder a la justicia el reclamo previo, el agotamiento de la vía y la aplicación de plazos breves para ejercer la acción respectiva. La Constitución de la provincia de 1934 limitó aún más el acceso a la justicia exigiendo que las peticiones debieran ser denegadas previamente en sede administrativa:

*Artículo 149: “La Suprema Corte (...) decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia y los demás procedimientos de este juicio”*

La Suprema Corte de la provincia haciendo una interpretación de este artículo junto al 28 inciso 1) del Código Varela limitó las demandas de los particulares exigiendo la articulación de todos los recursos existentes. En consecuencia sólo podía habilitarse la instancia judicial cuando se habían recorrido todas las instancias o se había logrado la resolución por el órgano con la más alta competencia en la materia. Aún así continuaron las limitaciones por la interpretación ritualista del Alto Tribunal ya que se exigía obligatoriamente interponer recurso de revocatoria aún a las decisiones adoptadas por la instancia administrativa superior (Gobernador, ministros o intendentes municipales). Dicha situación se normalizó luego que la causa “Sacoar y C. c. Provincia de Buenos Aires s. demanda contencioso administrativa” llegara a instancias de Corte Suprema de la Nación en fallo del 13 de octubre de 1988. A partir de aquí no se exigió la interposición de dicho recurso para este caso por considerarse que dicho requisito constituye un ritualismo inútil.

En cuanto a la legitimación activa el artículo 1 del Código Varela expresaba que sólo podían reclamar aquellos que tuvieran violado un derecho subjetivo administrativo. A partir del caso “Rusconi, Oscar c. Municipalidad de la Plata” de 1996 la Suprema Corte varió su interpretación legitimando también a los titulares de intereses legítimos.

Las restricciones comenzaron a disminuir con la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en 1994. La Carta Magna provincial trajo dos artículos que provocaron un cambio positivo en el proceso contencioso administrativo ya que con ellos se avanzaba en el derecho-garantía a la tutela judicial efectiva

*Artículo 15.- La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes*

*carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.*

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

*Artículo 166.- La Legislatura establecerá tribunales de justicia determinando los límites de su competencia territorial, los fueros, las materias y, en su caso, la cuantía. Organizará la Policía Judicial.*

*Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales.*

*Podrá disponer la supresión o transformación de tribunales, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 176 y la creación de un cuerpo de magistrados suplentes, designados conforme al artículo 175 de esta Constitución, del que dispondrá la Suprema Corte de Justicia para cubrir vacantes transitorias.*

*La ley establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia.*

*Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.*

Con el artículo 166, el constituyente estableció en su último párrafo que el agotamiento de la vía posee rango constitucional delegando en el legislador la potestad de seleccionar en que casos serán exigidos obligatoriamente y cual será su trámite. Para Perrino el requisito del agotamiento de la vía debió ser acotado a límites razonables, es decir, sólo mantenerlos en aquellos casos que justifiquen su existencia sirviendo como autocontrol administrativo y garantía para los administrados<sup>92</sup>. Para que el principio de tutela judicial efectiva se cumpla el requisito de agotamiento de la vía debe ser simple y no extenderse en plazos que configuren un retardo al acceso a la justicia.

La ley 12008 provocó una modificación sustancial en el procedimiento, con una visión distinta y actualizada del acceso a la justicia se instaló un nuevo procedimiento administrativo para toda la provincia de Buenos Aires. En la justicia se llegó a la armonización del nuevo articulado del contencioso bonaerense y el artículo 166 de la Constitución resultando así el abandono del dogma revisor que regía en el viejo sistema contencioso administrativo y la consecuente supresión del requisito del acto previo para acceder a la jurisdicción.

Otra modificación provocada por la 12008 fue la recepción del principio de demandabilidad directa. El artículo 14 expresaba que “(...) será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en los siguientes supuestos (...)”. Pero dicho artículo no llegó a entrar en vigencia ya que fue reformado por el artículo 9 de la ley 13101 poniendo de manifiesto el principio opuesto: “(...) será necesario

---

<sup>92</sup> PERRINO, Pablo E. (1999), *El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo Bonaerense*, Buenos Aires, El Derecho.

**agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en todos los casos, excepto en los determinados supuestos que allí se especifican (...)**".

Esta reforma fue en contra del espíritu y la letra del artículo 166 de la Constitución de la provincia, ya que este último delegó en el legislador la potestad de decidir cuales serán los casos en que se obligará a agotar la vía y reconociendo como principio general a la demandabilidad directa. Asimismo la primera parte del artículo 15 de nuestra Carta Magna provincial estatuye que "*La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, (...) y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial*". La reforma sancionó una disposición que chocó, y sigue chocando, con el principio que estatuye la norma suprema de los bonaerenses, por ello deviene inconstitucional.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires venía reconociendo la supremacía de los principios contenidos en los artículos 15 y 166 de la Carta Magna provincial. En el fallo "Gaineddú, Juan Daniel c. Provincia de Buenos Aires – Min. De Seguridad – s. Demanda contencioso administrativa", a pesar de ser resuelto en fecha anterior a la de entrada en vigencia del nuevo código, expresó:

*"(...) que habiendo sido derogado por la reforma de 1994 (arg. art. 220) el art. 149 inc. 3° de la Constitución Provincial de 1934, la atribución de la competencia contencioso administrativa debe responder al mandato constitucional enunciado en el art. 166, in fine", explicando "que el anterior criterio, en tanto difería la vigencia de los contenidos estructurales de dicha reforma, no guardaba correspondencia con la evolución jurisprudencial de la Suprema Corte que parcialmente la había superado, ni se conciliaba ya con la tutela judicial continua y efectiva (art. 15, Constitución Provincial)".*

El grupo redactor de la 13101 no sólo no tuvo en cuenta la importancia de los derechos y garantías que la Constitución de la provincia de Buenos Aires reconoce y asegura sino que tampoco reconoció los lineamientos de la jurisprudencia del Alto Tribunal Provincial.

El agotamiento de la vía en el proceso contencioso administrativo bonaerense está regulado en el artículo 14 de la 12008<sup>93</sup>. En el mismo se estableció que siempre se deberá agotar la vía excepto cuatro supuestos:

1. *"Cuando el acto administrativo definitivo de alcance particular hubiera sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o por el órgano con competencia delegada sea de oficio o con la previa audiencia o intervención del interesado.*
2. *Cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación o cuando, en atención a particulares circunstancias de caso, exigirla resultare para el interesado una carga excesiva o inútil. La interposición de la demanda importará la interrupción*

---

<sup>93</sup> Y sus correspondientes modificatorias: leyes 12310, 13101, 13325 y 14437.

de los plazos de caducidad para la presentación de los recursos en sede administrativa.<sup>94</sup>

3. Cuando se impugnare directamente un acto administrativo de alcance general emanado de la autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquella.
4. En los casos previstos en los artículos 12 incisos 4) y 5) y 6) del presente Código<sup>95</sup>.

*“La falta de impugnación directa o su desestimación, de un acto de alcance general, no impedirá la impugnación de los actos individuales de aplicación. La falta de impugnación de los actos individuales que aplican un acto de alcance general, tampoco impedirá la impugnación de éste, sin perjuicio de los efectos propios de los actos individuales que se encuentren firmes o consentidos”.*

En síntesis, la regla que sentó la nueva redacción del artículo 14 fue la interposición obligatoria de reclamo o recurso como medio para agotar la vía administrativa excepto en aquellos casos que taxativamente se refiere. El recurso jerárquico quedó como el único recurso de articulación obligatoria para lograr el acceso a la justicia mientras que el recurso de revocatoria quedó de carácter facultativo para el particular.

Con respecto a los tiempos, el Código Varela establecía en 30 días hábiles judiciales el plazo de caducidad para demandar la anulación del acto administrativo. La reforma no eliminó dicho requisito pero lo estiró al término fatal de 90 días.<sup>96</sup>

Como todo procedimiento, la ley 12008 estableció un régimen de medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de las sentencias. A los requisitos comunes de peligro en la demora y verosimilitud en el derecho se agregó otro que de interpretarse restrictivamente, es decir, a favor del Estado, no permite prácticamente el otorgamiento de las mismas. El tercer requisito que establece el artículo 22 es que *“la medida requerida no afectare gravemente al interés público”*. Perrino<sup>97</sup> dice que los tres incisos del artículo mencionado parecieron no ser suficiente para el legislador entonces mediante la reforma que introdujo la ley 13101 de 2003 se exigió otro recaudo introduciéndolo en el artículo 25 inciso 2:

*“Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su*

---

<sup>94</sup> Encuentra su fuente en el viejo artículo 32 inciso e) de la 19549. Algunos ejemplos de conductas del Estado: a) Cuando la Administración ha rechazado numerosos reclamos presentados con la misma pretensión; b) Medidas adoptadas por el Estado en el marco de una política estatal; c) en caso de que haya existido etapa conciliatoria con intervención suficiente del administrado y la demandada haya tenido la posibilidad de hacer control de legitimidad y conveniencia; d) Cuando la demandada rechazó la demanda en cuanto al fondo de la pretensión sin oponer la falta de reclamo previo; e) Cuando se plantea la inconstitucionalidad de una ley.

<sup>95</sup> Ley 12008. Art 12 inc. 4: “La declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el derecho administrativo. La pretensión respectiva tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial”; inc. 5: “La cesación de una vía de hecho administrativa”; inc. 6: “Se libre orden judicial de pronto despacho, en los términos previstos en el Capítulo IV del Título II”.

<sup>96</sup> Ley 12008. Art 12

<sup>97</sup> BOTASSI, Carlos A. (2012), *El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense*, en Revista Derecho y Ciencias Sociales, N°6, Buenos Aires, UNLP.

*resolución hubiera sido adversa para el peticionante. Presentada la petición en sede administrativa el estado deberá expedirse en el plazo de 5 días hábiles, fenecidos los cuales sin que hubiere un pronunciamiento expreso se presumirá la existencia de resolución denegatoria quedando expedita la instancia judicial.”*

Así, se colocó una traba al régimen de medidas cautelares poniendo de manifiesto que dicho requisito no es más que una prerrogativa procesal a favor de la Administración y otra vez, yendo en contra del fin del procedimiento administrativo. Al consultarle al Centro de Graduados de Derecho de la Universidad Católica Argentina sobre cual es, según sus registros, el porcentaje de sentencias cautelares falladas comentan que calculan que más del 80 % son revocadas por ausencia de verosimilitud en el derecho o por afectación del interés público.

Aunque el procedimiento bonaerense muestra algunas ventajas con respecto al nacional, todavía dista de lograr el acceso irrestricto a la justicia y la tutela judicial efectiva. Las normas supremas aseguran dichos principios pero las políticas legislativas parecen continuar defendiendo los intereses del Estado poniéndolos sobre los derechos y garantías de los particulares.

## **7. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL**

En el fallo “SESTE, VICENTE Y SEGUICH, ANTONIO C. GOBIERNO NACIONAL” del 29-09-1864 la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que el Poder Ejecutivo es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86, inciso 1 de la Constitución Nacional. En consecuencia no puede ser arrastrado ante los tribunales sin su expreso consentimiento, ya que los tribunales carecen de eficacia para obligar al Poder ejecutivo a obedecer una orden suya. Lo contrario, según el tribunal, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la Constitución Nacional de 1853. Así se estableció el sistema de la venia legislativa para reclamar o impugnar los actos en que el Estado actuaba como poder público.

En el caso “SERRA, FERNANDO H. C. MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES”, del 26-10-1993 nuestro máximo tribunal nacional señaló la posibilidad de habilitar la competencia de la rama judicial del gobierno para revisar la validez de los actos emanados del Poder Ejecutivo y de los que -con la propiedad de "causar estado", por cerrar la discusión en sede administrativa- emanan de los órganos y entes que se le subordinan, salvo los casos de excepción también establecidos por el legislador. Para justificar la constitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa, la Corte Suprema de Justicia se refirió a una “prerrogativa propia” de la Administración Pública, al “régimen exorbitante del

derecho privado", a la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos, y a la "zona de reserva" de la administración, de la necesidad de agotar prima facie la vía impugnatoria en sede administrativa a través de su estructura orgánica jerárquica.

La Sala 2 de la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, en los autos caratulados "AUDINAC S.A. C. ESTADO NACIONAL, SUBSECRETARIA DE COMUNICACIÓN SOCIAL" del 09/11/94, expresó que era conveniente habilitar la instancia judicial cuando existieron etapas anteriores que permitieron conciliar intereses entre el Estado y el particular habiendo existido intervención de este último.

En la causa "UNIÓN OBRERA METALÚRGICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA C. ESTADO NACIONAL S. JUICIO SUMARÍSIMO" del 03-04-1996 la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a afirmar la "zona de reserva de la Administración".

En el fallo "ALCÁNTARA DÍAZ COLODRERO, PEDRO C. BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA" del 20/08/96 la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó:

*"(...) Los actos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el artículo 25 de la LNPA, devienen firmes e irrevisables, razón por la cual no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la Administración".*

En la causa "GORORDO ALLARIA DE KRALJ, HAYDÉE MARÍA C. ESTADO NACIONAL -MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN-" de 04-02-1999 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió a la imposibilidad de que el poder judicial revise cuándo operó el vencimiento del plazo para recurrir en sede administrativa.

En el fallo del 10/06/2004 la sala 4 de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en los autos "MORELLO, JUAN JOSE C. EN -M° DEL INTERIOR-PFA- S. PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG" dijo:

*"Aún cuando fuera de aplicación lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, modificado por el artículo 12 de la ley 25344 y lo establecido en el artículo 32, también modificado por la citada norma, a pesar de no encontrarse previsto como excepción en el nuevo texto legal, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en casos en los que consta al tribunal la reiterada negativa de la administración demandada a admitir la procedencia de planteos similares, toda vez que el exceso de rigor formal resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia".*

En la causa "BIOSYSTEMS S.A. C. ESTADO NACIONAL, M° SALUD, HOSPITAL POSADAS S/ CONTRATO ADMINISTRATIVO" del 18/04/11, La Sala 3 de la Cámara

Nacional Contencioso Administrativo Federal intervino ya que el a quo declaró no habilitada la instancia judicial por haber vencido el plazo de caducidad previsto en el artículo 25 de la LPA. El administrado apeló la sentencia y planteó la inconstitucionalidad del artículo 31 de la LPA. La Cámara admitió el planteo y dijo:

*“(...)el artículo 31 de la LPA es inconstitucional en cuanto exige que el reclamo judicial frente al silencio de la Administración sea impetrado dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 25 de la Ley citada –una vez vencido el plazo del pedido de pronto despacho-, pues ello condiciona el acceso a la justicia, ya que dicho plazo perentorio sólo resulta razonable aplicar frente a la impugnación de un acto expreso y no cuando lo que se persigue es el reconocimiento de una situación jurídica preexistente a través del dictado de una resolución que así lo disponga o, en caso de omisión, mediante la declaración judicial.”*

En los últimos fallos pareciera que la jurisprudencia está receptando los principios que resultan de la tutela judicial efectiva. Tal y como venía sucediendo antes de la reforma producida por la Ley de Emergencia Económica el Alto Tribunal entiende que deben eliminarse todas las trabas que provoquen una limitación o retardo en el acceso a la justicia.

## **CONCLUSIÓN**

Luego de haber analizado el tratamiento del acceso a la justicia en lo que atañe al procedimiento administrativo encontramos que la regla del agotamiento de la vía, tal y como está regulada e interpretada en la actualidad, vulnera el derecho de los particulares al acceso a la misma. Por todo esto:

- ✓ El agotamiento de la vía administrativa debe dejar de ser presupuesto de la demanda contenciosa ya que conculca el acceso a la justicia;
- ✓ Los plazos de caducidad para interponer los recursos deben ampliarse y los plazos para acceder al fuero judicial deben eliminarse;
- ✓ Deben ampliarse los efectos del silencio administrativo;
- ✓ Debe delimitarse con mayor precisión la potestad de actuación del Estado y no dejarse librada a términos como por ejemplo “bienestar general”, los cuales por su amplitud han llevado a excesos innecesarios;
- ✓ Deben admitirse la interposición de medidas cautelares y/o autosatisfactivas;

En fin, debe promoverse una reforma amplia en el procedimiento contencioso nacional que permita adecuarlo a las normativas internacionales para que de esta manera se logre el verdadero reconocimiento de la tutela judicial pronta y efectiva.

## **REFLEXIONES FINALES**

Como bien sabemos, el fin de todo Estado es la consecución del Bien Común, por consiguiente, los beneficiarios serán todos los sujetos que compongan la comunidad mediante la distribución que de él se hace. El proceso administrativo está diseñado para lograr dicha finalidad, para ello la sociedad ha delegado sus facultades de dirección y gobierno en sus representantes pero a su vez ha puesto límites a dichas potestades, y aún así continúa reclamando por el reconocimiento y garantización de sus derechos. La historia ha demostrado que es natural a todo gobierno el rechazo al control y el recelo por quienes lo realizan, encima de ello, los nexos políticos entre los distintos poderes terminan siendo un valladar difícil de evitar para los administrados a la hora de solicitar y/o exigir el reconocimiento y/o defensa de sus derechos.

La buena fe debe ser una de las características principales de la actividad de la Administración; si como expresamos, la finalidad última del Estado es el bien común, a él no se puede llegar con conductas que choquen contra los principios éticos, ni pueden ser



realizadas con deslealtad, ni con engaño o ardid. Más aún, si tales actitudes no pueden tolerarse en el proceder de los particulares, con igual o mayor firmeza deben rechazarse como norma de comportamiento cuando quien actúa es un órgano administrativo.

Los viejos argumentos esgrimidos hasta el hartazgo por la jurisprudencia "*pro administración*" y por los doctrinarios que los defendían y/o defienden se sintetizaron en las prerrogativas procesales propias de la Administración, razones de seguridad jurídica y la reglamentación razonable del derecho de defensa. La necesidad de la sociedad de poner un límite al poder de turno y de encontrar dicha protección en las leyes fomentando su actualización acorde a las necesidades de los tiempos que se viven provocan el surgimiento de nuevos principios. De esta manera se va dando una lucha constante entre las prerrogativas propias del régimen administrativo, con su máximo exponente: *el régimen exorbitante*, y los principios "*pro homine*", "*in dubio pro administrado*" y la "*tutela judicial efectiva*".

Las bases del funcionamiento del Estado están cimentadas en las antiguas teorías radicales en las que se delegaban todos los derechos de los particulares en aras del bien común. El todo social sobre los intereses particulares, el bien común ante todo y sobre todo, lo público por sobre lo privado, etc., son ideas que fueron ampliando el Poder del Estado. Algunas de sus consecuencias fueron y son el intervencionismo, la potestad unilateral de crear deberes y vínculos obligacionales, la presunción de legitimidad de los actos, el principio de ejecutoriedad, las prerrogativas relacionadas con la ejecución de los contratos administrativos, y el régimen exorbitante, es decir, todo el combo que forma el llamado *régimen administrativo*, el cual ha sido necesario para permitir al Estado su desarrollo y la consecución de sus fines, pero a su vez ha ido degenerándose paulatinamente encontrando nuevas maneras de limitar los derechos de los particulares.

Hoy los tiempos han cambiado, la transformación de los paradigmas, la necesidad de atenuación del poder de los gobernantes, la consagración de nuevos derechos, y sobre todo la necesidad humana de vivir en una sociedad en la que se respete a la persona en todos sus aspectos han provocado reacciones contra todo tipo de discriminación y/o lesiones a los derechos-garantías. Ya no se acepta el subordinamiento de los derechos y garantías de la sociedad al poder político de turno.

La situación del particular ante la Administración Pública en el escenario político actual, en donde encontramos un Estado que, sólo en apariencia, se presenta como férreo defensor de derechos y libertades, pero que en realidad día tras día nos sorprende con medidas que conculcan derechos inalienables de los administrados, los cuales, a la hora de verse obligados a actuar, a fin de que sus pretensiones sean oídas, en más de una oportunidad se encuentran luchando en una suerte de laberinto, ya que en muchos casos termina por agotarlos y frustrándoles su acceso a la tutela judicial efectiva.

Por el contexto actual y las transformaciones que se han ido dando, no sólo en la sociedad sino en los vínculos entre el Estado y los particulares, consideramos no existen razones para exigir el agotamiento de la vía administrativa. Las ventajas puramente teóricas que se expusieron para el particular se han diluido en la práctica por la lentitud fisiológica propia del actuar de la Administración. El verdadero propósito de la vía administrativa se ha dejado de lado reemplazándose por una cantidad de circunstancias que terminan por enervar los derechos del administrado, atentar contra el debido proceso adjetivo que emana del artículo 18 de nuestra Carta Magna y conspirar contra los propios preceptos de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Los principios que contiene el artículo 1 se vuelven letra muerta porque la misma Administración actúa con total desapego a estos mismos.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 consagró la jerarquía preferente de ciertos tratados internacionales por sobre las leyes, como así también dejó abierta la posibilidad de ingresar a dicha cúspide nuevos tratados internacionales de derechos humanos mediante un procedimiento de incorporación. Por el contenido que estos mismos poseen y tal cual han sido referenciados en el título pertinente, es evidente que la regla del agotamiento de la vía administrativa ha devenido inconstitucional, por impedir el acceso irrestricto a la justicia. Al mismo tiempo, los plazos de caducidad para acudir a la justicia, tal y como están expuestos en la 19549, provocan el mismo problema y por ello también devienen inconstitucionales.

La sociedad no quiere continuar soportando estas cargas ni viendo como sus derechos se frustran por mecanismos que no están acorde a la realidad que la actualidad presenta. A fin de restaurar el orden y asegurar tanto los derechos-garantías de los administrados como así también los intereses del Estado y el normal desenvolvimiento del mismo presentamos las modificaciones propuestas al régimen actual:

- ✓ El agotamiento de la vía administrativa debe dejar de ser un presupuesto de admisibilidad del proceso contencioso administrativo para convertirse en un trámite facultativo u optativo para el administrado, de esta manera el particular tiene expedita la vía judicial pero a su vez puede elegir la vía administrativa en donde el procedimiento debiera ser informal.
- ✓ El plazo de resolución al reclamo administrativo previo debiera reducirse considerablemente ya que consideramos se encuentra sobredimensionado, la Administración no solo está obligada a dar respuesta sino también a hacerlo en plazos lógicos. Resoluciones prontas condicen con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- ✓ Debe agregarse un párrafo al artículo 31 en donde se establezca que el particular puede “recurrir” la decisión final sobre el reclamo administrativo. De esta manera,

mediante un procedimiento ágil e informal, ya que las partes tuvieron ya una intervención previa, pueden conciliarse los intereses de las mismas. No nos referimos a la presentación de un recurso sino de otro reclamo al mismo órgano en donde se pongan de manifiesto los errores que llevaron al dictado de una solución errónea. Así se evita la pérdida de tiempo y dinero en la promoción del juicio.

- ✓ Los efectos del "silencio" no deben interpretarse en carácter negativo sino en ambos efectos, dependiendo de la pretensión del particular. De esta manera se comenzarían a reconocer los derechos vulnerados. Esta solución sería congruente con el sistema jurídico en su conjunto, ya que así se dispone en el artículo 919 del Código Civil: "El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley...". Como la Administración siempre tiene la obligación de dar respuesta a las peticiones de los administrados, ya que, por un lado el Estado debe ejercer la administración, y por el otro, el particular no puede permanecer en una especie de limbo, en caso de silencio se considerará que la petición del particular debe cumplirse. Además, consideramos que el plazo que prevé el artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo para configurar el silencio también es exagerado debiendo reducirse considerablemente. Por último, al igual que en el procedimiento de desobediencia en el requerimiento de amparo por mora, debiera agregarse un párrafo similar para evitar que los empleados y funcionarios públicos dejen pasar los plazos sin hacer caso a los requerimientos y así tomen en serio las atribuciones que el puesto les ha dado.
- ✓ El sistema de la perentoriedad de los plazos fue pensado para un procedimiento judicial conducido por un juez imparcial ajeno a los intereses de las partes. El mismo ha sido trasladado al procedimiento administrativo donde el juez (la Administración) es una de las partes y su objetivo no es el de decir el derecho, sino el de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados. Por esto se sugiere eliminar los plazos de caducidad en todos los supuestos manteniéndose solamente los plazos de prescripción.
- ✓ En el caso de actos de alcance individual, como así también en el caso de actos de alcance general cuando existan una cantidad considerable de recurrentes, debe permitirse la presentación de remedios cautelares o autosatisfactivas que suspendan los efectos del acto. Si se cumplen los recaudos exigidos para las medidas cautelares sin hacer una interpretación rigurosa y teniendo en cuenta que de no hacerlo pueden verse afectados los derechos de uno o varios particulares, el órgano que recepcione el recurso, sea administrativo o judicial, debe suspender inmediatamente dichos efectos hasta que se resuelva sobre el fondo del asunto. Además sería bueno dar un

brevísimo traslado en el caso de las medidas cautelares, con ello la contraparte toma conocimiento de las actuaciones pudiendo ejercer su derecho de defensa.

- ✓ Cuando la ilegalidad del acto administrativo es manifiesta debiera promoverse la creación de una acción, la cual, como se utiliza en el derecho societario (teoría del corrimiento del velo), le aplica sanciones al funcionario y/o empleado que la realizó y a su vez, en un proceso judicial de trámite ágil dicte la nulidad retrotrayendo sus efectos al momento anterior al acto generador de dichas consecuencias. Al ser un acto viciado de nulidad absoluta e insanable no debiera existir plazo de prescripción ni caducidad. Consideramos que el instituto del agotamiento de la vía es un privilegio que lesiona la igualdad entre administrado y administración. En lugar de compeler a los funcionarios y empleados públicos a cumplir correctamente sus funciones se crean ficciones para dar estabilidad a los actos (aún cuando no se cumplen con todos los requisitos) y se ponen trabas a los particulares para impugnarlos. No es lícito transformar la ineficacia de la administración, a través de dicho privilegio subjetivo, en una carga para el ciudadano.
- ✓ De no permitirse el agotamiento de la vía como camino optativo y que se mantenga en carácter de obligatorio, deberán restablecerse los incisos derogados del artículo 32, muchos de los cuales, como expresamos en el cuerpo del trabajo, han sido restablecidos por la misma interpretación de la jurisprudencia.

Estas reformas y las que en consecuencia surgieran de la aplicación de las mismas debieran darse en un marco de discusión amplia en donde se busque un rumbo y se tenga bien en claro que tipo de sociedad queremos. Si pretendemos defender a la Administración sin importarnos los derechos de los particulares continuaremos en este camino, pero si queremos estar a la vanguardia en la defensa de los Derechos Humanos serán necesarias varias sesiones de debate en la legislatura, en donde además participen los más importantes exponentes del Derecho Administrativo, Tributario y Constitucional, para que así arriben a una conclusión que satisfaga los intereses y fines de todas las partes.

## BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, Alberto B. (1995) *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, Buenos Aires, La Ley.

BIANCHI, Alberto (2010), *Declinación y caída del control judicial de la administración pública*, en Suplemento Extraordinario Administrativo, Buenos Aires, La Ley.

BOTASSI, Carlos A. (2012), *El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense*, en Revista Derecho y Ciencias Sociales, N°6, Buenos Aires, UNLP.

CASSAGNE, Ezequiel (2007), *Las Medidas Cautelares Contra la Administración*, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Provincia de Buenos Aires, La Ley.

CASSAGNE, Juan Carlos (2008), *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 9° Edición, Abeledo Perrot.

CASSAGNE, Juan Carlos (2004), *El acceso a la justicia administrativa*, en La Ley, diario del 16/06/2004.

CASSAGNE, Juan Carlos, *La ley nacional de procedimientos administrativos 19549*, El Derecho.

CASSAGNE, Juan Carlos (2011), *La Transformación del Procedimiento Administrativo y la LNPA*, Buenos Aires, La Ley.

DROMI, Roberto (1997), *Derecho Administrativo*, Argentina, Ediciones Ciudad 6° edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1992), *Hacia Una justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 2ª edición.

GORDILLO Agustín A. (1980), *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 3ª edición.

GORDILLO Agustín A. (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 10° edición.

GORDILLO Agustín A. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 10° edición.

GRAU, Armando E. (1975), *Reclamación administrativa previa*, Buenos Aires.

HUTCHINSON, Tomás, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, Buenos Aires, El Derecho.

LINARES Juan F. (1975), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea.

MAIRAL, Héctor (1984), *Control judicial de la administración pública*, T. I, Buenos Aires, Ed. Depalma.

MARIENHOFF (1977), *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2° Edición.

MARIENHOFF (1980), *Demandas contra el Estado nacional. Los arts. 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional*, Buenos Aires, La Ley.

PALACIO, Lino E. (1998), *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 14° edición.

PERRINO, Pablo Esteban (2003), *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni.

PERRINO, Pablo E. (1999), *El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo Bonaerense*, Buenos Aires, El Derecho.

PERRINO, Pablo E. (2001), *La inactividad administrativa y su control judicial*, Buenos Aires, RAP.

ROBLES, Estela (1999), *La vigencia del reclamo administrativo previo y su compatibilidad con los tratados constitucionales*, Buenos Aires, La Ley.

SACRISTÁN, Estela B. (2005), *Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (La cuestión de su naturaleza legislativa)*, Buenos Aires, LexisNexis.

TAWIL, Guido (1993), *Administración y Justicia*, Buenos Aires, Ed. Del autor.