Título: El proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal(*) - (un examen de sus principales institutos)
Autor: Canda, Fabián O. - Perrino, Pablo E.
País: Argentina
Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 183, 899
Fecha: 20-08-1999 Cita Digital: ED-DCCLXV-323

Sumarios

Sumario: I. Introducción. — II. Examen de los distintos títulos del proyecto. 1. La competencia contencioso administrativa. 1.1. Principio general para asignar competencia 1.2. Las materias incluidas. 1.2.1. La competencia para entender en la impugnación de actos y contratos administrativos. 1.2.2. Control de la actividad predominantemente discrecional. 1.2.3 Competencia en materia de responsabilidad estatal. 1.2.4 Expropiación y restricciones a la propiedad privada en interés público. 1.2.5. Pleitos en los cuales el Estado es la parte actora. 1.2.6. La competencia en materia de servicios públicos. 1.2.7. Actividad administrativa de los entes empresariales o industriales estatales. 1.2.8. Actividad administrativa desarrollada por personas privadas y por los Poderes Legislativo, Judicial y Ministerio Público. 1.2.9. Cuestiones regidas por el derecho tributario, financiero o aduanero. 1.3. Actos excluidos del control judicial. — 2. La legitimación. — 3. Los requisitos de admisibilidad de la pretensión. 3.1. El agotamiento de la vía administrativa. 3.1.1. Agotamiento de la instancia por vía de recursos. 3.1.2. El agotamiento por vía del reclamo previo. 3.1.3. Innecesariedad del agotamiento de la vía. — 4. La impugnación de los actos. 4.1. Impugnación de actos de alcance individual. El acto definitivo o equiparable. 4. 2. Impugnación de actos administrativos de alcance general. — 5. Plazos de caducidad. 5. 1. Excepciones a la vigencia del plazo de caducidad. 5. 2. Suspensión del plazo de caducidad. 5. 3. Plazos de caducidad y acción por daños y perjuicios. — 6. Reglas procesales. 6.1. Requerimiento de los expedientes administrativos y notificación de la demanda. Habilitación de la instancia. Intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación. 6.2. Excepciones procesales. 6. 3. Audiencia. Determinación de los hechos de la causa y prueba. Cuestión de puro derecho. 6. 4. Régimen de la prueba. 6.5. Régimen de ejecución de la sentencia. Sus alcances. 6. 6. Medidas cautelares. — 7. Los recursos directos y acciones especiales. — 8. Amparo por mora. — 9. Derogación de normas existentes. — III. Conclusiones.

# El proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal(*) - (un examen de sus principales institutos)

## I

## Introducción

El presente trabajo procura ensayar una primera aproximación a los aspectos más destacados del proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal elaborado en el ámbito de la Jefatura de Gabinete del Ministerio de Justicia, que se encuentra en la actualidad a consideración del Senado de la Nación(1).

La temática que abordamos tiene una relevancia que trasciende lo meramente académico, en la medida en que permite traer al debate una serie de institutos concernientes al régimen procesal de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual constituye una pieza esencial de nuestro Estado de Derecho, en tanto a ella le corresponde la difícil tarea de controlar la legalidad de la actividad de los poderes públicos y garantizar las libertades de los ciudadanos ante los excesos de la Administración.

Cabría agregar a ello, que la importancia jurídica de la cuestión se potencia por la falta de una norma procesal federal específica en la materia.

A diferencia de lo acontencido en el ámbito de las provincias, en las que se dictaron normas reguladoras del proceso administrativo(2), en el orden nacional jamás se logró la sanción de un ordenamiento ritual que reglara las controversias judiciales contra el Estado Nacional. Sólo en forma dispersa e inorgánica se dictaron numerosísimas leyes que establecieron procedimientos especiales de revisión sobre materias muy puntuales, generalmente mediante la articulación de recursos directos a los jueces de primera o de segunda instancia.

Por tal motivo, esta laguna normativa fue cubierta mediante la aplicación analógica de las disposiciones del CPCC, las viejas normas de la ley 3952 de Demandas contra la Nación, y, en el año 1972, con la sanción de la ley 19.549 [ED, 42-917] la cual en el título IV contiene algunas disposiciones que regulan uno de los aspectos más importantes del régimen procesal administrativo, como es el atinente a los denominados requisitos de admisibilidad (v.gr.: agotamiento de la vía, reclamación previa y plazo de caducidad)(3).

Según surge de la exposición de motivos del citado cuerpo legal, las disposiciones incluidas en su título IV 'fueron introducidas en la ley de procedimientos administrativos al solo efecto de salvar el vacío del momento, pues refiriéndose ellas a la impugnación judicial de los actos administrativos, perderán vigencia tan pronto se sancione un Código Procesal Contenciosoadministrativo'(4). Lamentablemente, el mencionado cuerpo procesal nunca se dictó y, al igual que ha ocurrido en otros ámbitos, lo que venía a ser un régimen transitorio se transformó en permanente.

La aplicación de los escasos, pero no por ello poco trascendentes, preceptos de la ley 19.549 y de una legislación como la procesal civil y comercial dictada para regir en otro ámbito, dio lugar a severas y numerosas dificultades en su aplicación(5).

De ahí que —como lo ha reclamado calificada doctrina(6)— es una necesidad impostergable la sanción en el orden federal de un ordenamiento procesal administrativo que despeje las incertidumbres actuales y asegure adecuadamente el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes.

Numerosos han sido los intentos para reglar de manera orgánica y sistemática las normas procesales administrativas atinentes a los pleitos en que es parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. Sin embargo, ninguno de ellos llegó a buen puerto.

Entre los proyectos más recientes cabe citar el redactado por la comisión de especialistas creada por resolución 897/93 del Ministerio de Justicia, integrada por los Dres. Miguel S. Marienhoff, Rodolfo Carlos. Barra, Juan Carlos Cassagne, Julio Rodolfo Comadira, Carlos Manuel Grecco, Juan Octavio Gauna y Juan Carlos Cantero, como también el elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la base de la iniciativa anterior denominado 'Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de Demandas contra la Nación y demás Entes Estatales', que llegó a tener media sanción del Congreso.

Enhorabuena entonces la aparición de este proyecto de ley que, no sólo contribuirá al progreso científico de nuestra disciplina, sino también al afianzamiento de nuestro Estado de Derecho.

La normativa proyectada se apoya, sustancialmente, en la rica jurisprudencia elaborada a partir de las sentencias emitidas por los tribunales integrantes del Fuero Contencioso Administrativo, y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en los códigos procesales administrativos provinciales más modernos.

El texto elaborado combina el rigor técnico y la sencillez, a lo largo de sesenta y tres artículos, distribuidos en los siguientes nueve títulos: Título I Competencia contencioso administrativa, Título II Legitimación, Título III Agotamiento de la instancia administrativa, Título IV Impugnación judicial de los actos administrativos, Título V Caducidad, Título VI Reglas procesales, Título VII Recursos directos y acciones especiales, Título VIII Amparo por mora, Título IX Normas complementarias.

Seguidamente examinaremos los aspectos más relevantes del texto proyectado.

II

Examen de los distintos títulos del proyecto

1. La competencia contencioso administrativa

1.1 Principio general para asignar competencia

Como ocurre con la generalidad de los ordenamientos procesales, en el Título I de la iniciativa se establece el criterio para determinar la competencia del fuero contencioso.

Al igual que numerosos códigos provinciales(7) y europeos(8) el proyecto contiene una cláusula general (art. 1°), que se complementa con otras (arts. 2° y 4°) en las cuales se precisan algunos supuestos particulares de

casos que están incluidos en el marco de la competencia contenciosa administrativa y otros cuyo juzgamiento se encuentra marginado de aquella(9).

Si bien estas disposiciones complementarias podrían resultar, en algunos supuestos, sobreabundantes en tanto los casos allí contemplados están abarcados en la previsión contenida en el art. 1° su inclusión se justifica a fin de despejar las dudas que podrían originarse al respecto; en particular, en ciertos casos, en virtud de criterios jurisprudenciales poco uniformes.

A todo evento y, ante criterios no pacíficos, conviene sacrificar en algo la pureza técnica, pues como lo ha expresado Jesús González Pérez 'Todo lo que sea evitar dudas al justiciable a la hora de elegir la jurisdicción a la que acudir, está justificado'(10).

La nota determinante de la competencia material de los Tribunales Contenciosos Administrativos está dada por la existencia de un caso o conflicto que se origina por comportamientos activos u omisivos de algún sujeto u órgano en ejercicio de la función administrativa, y que está regido por el derecho administrativo.

De tal modo, para que se suscite la competencia del fuero contencioso administrativo deben verificarse los siguientes requisitos: a) Existencia de una controversia o caso; b) Un comportamiento activo u omisivo, obviamente realizado en ejercicio de función administrativa por los órganos del Estado Nacional o de sus entidades descentralizadas y c) regido por el derecho administrativo.

A continuación examinaremos cada uno de estos recaudos en particular.

a) Existencia de un caso. El art. 1° requiere para activar la jurisdicción de los tribunales contenciosos administrativos que se planteé ante ellos un caso, es decir, una controversia o conflicto de intereses.

Los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional establecen la exigencia de un caso o causa como una condición necesaria para la intervención de los órganos judiciales(11)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sustento en lo dispuesto en los citados preceptos, ha resuelto que para que haya un caso contencioso se requiere que exista una controversia entre partes que afirmen y contradigan sus derechos, la cual debe ser provocada por parte legítima y en la forma establecida por las respectivas normas procesales(12).

b) Comportamiento activo u omisivo en ejercicio de función administrativa. Con los términos 'actuación' y 'omisión', empleados en el art. 1, se comprenden todas las modalidades que puede asumir la conducta de los sujetos allí enunciados.

Con la palabra 'actuación' se está haciendo referencia a comportamientos positivos que se pueden exteriorizar en hechos y actos administrativos de alcance individual o general, contratos administrativos, etc.

Por su parte, con el término 'omisión' se abarca no sólo los supuestos denominados de inactividad formal o silencio administrativo, sino también la inactividad material de la administración(13).

La actuación u omisión que da lugar al caso o conflicto enjuiciable debe provenir de cualquier órgano del Estado Nacional o de sus entes descentralizados.

Vale decir que están incluidas en esta previsión no sólo el comportamiento de los órganos de la Administración en sentido subjetivo —esto es el conjunto orgánico enclavado en el Poder Ejecutivo—, sino también la de aquellos que integran los denominados poderes legislativo y judicial. Obviamente, también están abarcados en el espectro de esta norma las actuaciones administrativas del Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, etc.

En lo atinente a las entidades descentralizadas cabe destacar que el proyecto, siguiendo la interpretación realizada por la Corte nacional(14) del art. 1 de la ley 19.549, se enrola en una concepción amplia de aquel concepto, por lo que no lo restringe a las denominadas entidades autárquicas. El tema lo examinamos con mayor detenimiento en el acápite 2.7. a donde nos remitimos.

c) Regulación del caso por el derecho administrativo. Por último, siguiendo un criterio tradicional y dominante en todos los ordenamientos(15), el proyecto limita al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las cuestiones reguladas por el derecho administrativo.

No cualquier conflicto en el que intervenga alguno de los sujetos antes indicados suscita la competencia del fuero contencioso administrativo, pues es preciso que aquél esté reglado por disposiciones de derecho público.

La inclusión de este recaudo es necesaria dado que, como es sabido, no siempre las autoridades administrativas actúan con sujeción a su derecho común, que es el derecho administrativo. Muchos son los casos en los que también aquélla se sujeta a regulaciones de derecho privado(16).

Como puede observarse, la codificación se inclina por un criterio esencialmente objetivo, pues consagra dicha competencia para la resolución de todas las controversias 'regidas por el derecho administrativo' (art. 1º, y 2, inc. b, d, e, f, g, h)(17).

A los fines expuestos, el art. 3º establece una importante regla de hermenéutica, en tanto se dispone que toda la actividad del Poder Ejecutivo o de sus órganos centralizados y entes descentralizados se presume regida por el derecho administrativo, aclarándose que procederá esta presunción aun cuando para resolver la cuestión planteada se invocaren, por vía analógica o supletoria, normas de derecho privado o principios generales del derecho(18).

Cabe puntualizar que si bien la norma proyectada contempla la presunción respecto de la actuación del Ejecutivo y entes descentralizados, ello no significa que descarte la existencia de actividad materialmente regida por el derecho administrativo en los otros poderes del Estado.

En suma, el criterio adoptado para definir la competencia ratione materiae resulta, desde nuestro punto de vista, superador del que, para el mismo fin, utiliza la ley 13.998, actualmente vigente que, en forma tautológica, en el art. 45 dispone que serán competentes los juzgados contenciosos cuando las causas sean 'contenciosoadministrativas', o 'versen sobre contribuciones nacionales', o 'estén atribuidas a los jueces creados, para la Capital Federal, por la ley 12.833', o 'se trate de recursos contra resoluciones administrativas, que las leyes en vigor atribuyan a los jueces federales'(19).

El proyecto, en cambio, establece pautas orientadas a otorgar un mayor grado de precisión, en lo relativo a la competencia del fuero específico.

1.2. Las materias incluidas

Conforme lo hemos explicado, en el artículo 2° la iniciativa legislativa enuncia, de manera no taxativa, una serie de supuestos denominados tradicionalmente por la doctrina como 'materias incluidas', cuyo valor es meramente ejemplificativo en tanto están comprendidas en el principio general sentado en el art. 1°, los cuales examinaremos a continuación.

1.2.1. La competencia para entender en la impugnación de actos y contratos administrativos

En el primer inc. del art. 2º se establece que quedan comprendidas en la competencia del fuero contencioso administrativo, los pleitos que se originen por la impugnación de cualquier clase de acto administrativo, ya sea de alcance general o individual, unilateral o bilateral.

En la disposición proyectada se utiliza una noción amplia ('cualquier clase de acto') del acto administrativo, comprensiva de los reglamentos y los contratos administrativos.

De ahí que la expresión 'actos de alcance general' utilizada englobe tanto a los denominados —por algún sector de la doctrina(20)— 'actos con contenido normativo' (reglamentos) como a los de 'contenido no normativo'. Se ha seguido, entonces, la terminología empleada en la ley de procedimientos administrativos nacional (arts.12 y 24)(21).

Otro aspecto digno de mención, es el expreso reconocimiento que en el texto proyectado se hace de la categoría de actos administrativos bilaterales (art. 2º, inc. a) siguiendo la tendencia jurisprudencial desarrollada por la Corte federal en el famoso caso 'Metalmecánica S.A. c. Gobierno Nacional'(22).

En este fallo, el supremo tribunal entendió que la adhesión voluntaria de una empresa a un régimen de promoción industrial y su aceptación por parte de la Administración daba lugar a un acto administrativo bilateral 'en su formación y también en sus efectos'.

En lo que respecta a los contratos administrativos —conforme lo hemos adelantado— la recepción de la categoría de actos administrativos bilaterales, aceptada por la iniciativa, conduce, en principio, a ubicarlos como especie del acto administrativo.

La norma adopta, así, una posición clara en la materia, aventando las dudas a que da lugar la ley 19.549 , en tanto la parte final del art. 7º preceptúa que los contratos administrativos se regirán por sus leyes especiales, 'sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, si ello fuere procedente'.

Como señala Comadira, esta disposición ha llevado(23) a un sector de la doctrina a considerar que, para la LNPA, los contratos administrativos son actos administrativos(24), mientras que, para otros autores, la aplicación meramente analógica de la LNPA, sumada a la circunstancia de que en el art. 7° sólo se menciona como elemento del acto a la competencia —sin alusión a la voluntad de los administrados—, demuestra que para la ley sólo existen actos administrativos unilaterales(25).

También el máximo tribunal de la República en más de una ocasión calificó a los contratos administrativos como actos administrativos(26) y en otros supuestos, sin llegar a expresar que se trataba de actos administrativos, los sometió al mismo régimen jurídico(27).

1.2.2. Control de la actividad predominantemente discrecional

A fin de propugnar el control del ejercicio de las potestades discrecionales, la parte final del inc. a) del art. 2 dispone que corresponde al juez contencioso administrativo la impugnación de actos emitidos en ejercicio de actividad reglada o discrecional(28).

La norma proyectada es coherente con la real vigencia del Estado de Derecho, en tanto éste requiere un sometimiento pleno de la Administración al principio de juridicidad.

Si bien se han superado los tiempos en que la 'discrecionalidad' administrativa —ese caballo de Troya introducido dentro del Estado de Derecho, en palabras de Huber(29)— equivalía a un bill de indemnidad capaz de cobijar conductas antijurídicas hasta confundirse con la arbitrariedad, no es sin embargo ocioso que la norma procesal administrativa consagre explícitamente su control judicial.

Recuérdese, al solo efecto de apreciar su dimensión no sólo en nuestras latitudes, que la doctrina ha llegado a preguntarse: 'Verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad?(30). Para la realización de ese control se han elaborado diferentes técnicas, tendientes a su reducción y control judicial (v.gr. control de los elementos reglados, control de los hechos determinantes, control por los principios generales del derecho, conceptos jurídicos indeterminados).

1.2.3. Competencia en materia de responsabilidad estatal

En el inc. b) del art. segundo se determina como competencia propia del fuero contencioso administrativo la resolución de todos los pleitos vinculados con la responsabilidad estatal de derecho público, esto es, los abarcados por la actividad lícita o ilícita, contractual como extracontractual.

En cambio, por no ventilarse una controversia reglada por el derecho administrativo, están marginados de este orden jurisdiccional los juicios de daños originados por el comportamiento estatal en el campo del derecho civil o mercantil, en los cuales la cuestión se rige por las mismas disposiciones del Código Civil aplicables a las personas privadas(31).

1.2.4. Expropiación y restricciones a la propiedad privada en interés público

El proyecto también enuncia entre los casos incluidos en la competencia contencioso administrativa las cuestiones relacionadas con la expropiación y demás limitaciones a la propiedad en interés público (art. 2, inc.c).

Su inclusión en este orden competencial es de entera lógica, dada la indudable naturaleza iuspublicística de tales institutos, cuyo fondo común con la responsabilidad estatal por comportamientos válidos es evidente; y ésta constituye, como quedó explicado, una materia propia del contencioso administrativo(32).

Por lo demás y con respecto a la expropiación, se ha superado la añeja teoría de la naturaleza mixta —de derecho público en todo lo atinente en lo concerniente a la calificación de utilidad pública y la potestad

estatal de quitar un bien a un particular— y de derecho privado en todo lo atinente a la indemnización(33). Al respecto conviene recordar que la Corte Suprema nacional a partir de la causa 'Provincia de Buenos Aires c. Aubert Arnaud, María L.', fallada el 19 de diciembre de 1986(34), sostiene el carácter íntegramente iuspublicísitico de la expropiación, razón por la cual ha resuelto que no constituye una 'causa civil' a los fines de su competencia originaria.

1.2.5. Pleitos en los cuales el Estado es la parte actora

En el inc. d) del art. 2 se establece en forma expresa que también corresponden a la órbita del fuero contencioso administrativo los pleitos en los cuales el Estado Nacional o sus entes descentralizados asumen el rol de la parte actora en la medida que se trate de cuestiones regidas por el derecho administrativo, tributario, financiero o aduanero.

1.2.6. La competencia en materia de servicios públicos

El art. 2 inc. e) del texto en estudio incluye en la competencia de los jueces contencioso administrativos a aquellos conflictos que se susciten entre contratistas y usuarios con los prestadores de servicios públicos y concesionarios de obras públicas nacionales que, por referirse a cometidos esenciales de la prestación concedida o a bienes sujetos a reversión o de cualquier modo afectados al servicio, se encuentren regidos por el derecho administrativo

El proyecto se aparta del criterio sentado por la integración mayoritaria de la Corte nacional en el conocido caso 'Davaro, Saúl c. Telecom'(35), según el cual el fuero competente para entender en la solución de conflictos que se generan entre usuarios y prestadores de los servicios públicos es el Civil y Comercial Federal, y sigue los lineamientos del voto disidente de los Dres. Barra y Fayt, en el que se sostuvo que correspondía la intervención de la justicia contencioso administrativa.

En el voto minoritario, en sustancial síntesis, se expresó que en la esfera del servicio telefónico se había operado una 'privatización por delegación de cometidos', que importaba la transferencia del sector público al privado, del ejercicio de la competencia que la Administración tiene respecto de determinada actividad, razón por la cual las relaciones entre los usuarios y el concesionario habrán de encontrarse regidas por el derecho administrativo.

Se afirmó también que era necesario 'diferenciar... los servicios que conforman el núcleo central de la delegación, de aquellos otros que no están referidos específicamente a aquél, y que son los que se prestan en competencia', para agregar después que: 'en lo esencial de la prestación del servicio... las relaciones entre los usuarios y el concesionario... habrán de encontrarse, por fuerza, regidas por el derecho administrativo' (consid. 6º).

En definitiva, para determinar la competencia del fuero contencioso es preciso discernir si la materia en controversia versa sobre un aspecto o cometido esencial de la prestación, o —también— si se refiere a objetos sujetos a reversión. De ser así, intervendrán los tribunales contenciosos, caso contrario la competencia corresponderá a los tribunales ordinarios.

1.2.7. Actividad administrativa de los entes empresariales o industriales estatales

El proyecto establece que el fuero contencioso deberá entender en las controversias en que sean parte empresas o sociedades propiedad del Estado y/o de entidades descentralizadas, en aquellos aspectos en que la actividad que desempeñen se encuentre 'regida por el derecho administrativo' (art. 2, inc. g).

En otros términos, la norma ratifica el criterio esencialmente objetivo, seguido para determinar la competencia contencioso-administrativa.

A la luz de ello, no toda la actividad de estas empresas o sociedades —de las cuales la Administración o sus entes descentralizados son sus titulares o tienen el control— podrá ser considerada, por esa pertenencia subjetiva, administrativa, sino que habrá que estar a la sustancia del acto concreto del que se trate(36).

1.2.8 Actividad administrativa desarrollada por personas privadas y por los Poderes Legislativo, Judicial y Ministerio Público

Conforme lo expresáramos precedentemente el proyecto sigue, en esta materia, los lineamientos trazados por

la Corte federal y el propio fuero especializado, en cuanto acepta el desarrollo de actividad materialmente administrativa (y, por tanto, regida por el derecho administrativo, de lo que deriva la competencia de los tribunales contenciosos) en relación a:

- controversias en las que sea parte una persona pública no estatal o privada, en ejercicio de prerrogativas públicas, 'respecto de actos que estuvieren regidos directa, supletoria o analógicamente por el derecho administrativo' (art. 2, inc. f).

Al así disponerlo, el proyecto no hace sino recoger la doctrina sostenida por la Corte federal en precedentes tales como 'Colegio Público de Abogados c. Martínez Echenique'(37) y por otros tribunales de alto rango, en fallos como el recaído en autos 'Caja de Previsión y Seguro Médico de Bs. As. c. Instituto Médico Asistencial'(38).

- controversias originadas en el ejercicio de funciones administrativas por el Poder Legislativo (art.2 inc. h.-).

Sigue, en este aspecto, la jurisprudencia del fuero contencioso, volcada, por ejemplo, en el caso 'González, Claudio c. Estado Nacional'(39) y 'Golduberg, Bernardo c. Congreso de la Nación'(40).

- controversias originadas en el ejercicio de funciones administrativas por el Poder Judicial (art. 2, inc. h).

Recepta, sobre el particular el criterio sustentado por la Corte en el precedente 'Bonis, Pedro Luis y ots. s/amparo'(41), por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativa Federal en la causa 'Persoglia c. Senado de la Nación'(42) y los que emergen de los fallos dictados por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en integraciones formadas por conjueces, en los autos 'Villar de Puenzo, Leticia c. Pcia. de Bs. As.'(43); 'Papelera Alsina c. Pcia. de Bs. As.'(44), 'Puga c. Pcia de Bs. As.'(45), entre otros muchos.

- controversias originadas en el ejercicio de función administrativa por el Ministerio Público (art. 2, inc. h), ente elevado, luego de la reforma constitucional de 1994, a la categoría de 'órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera' (art. 120, CN).

1.2.9. Cuestiones regidas por el derecho tributario, financiero o aduanero

A través de los incs. i) y j) del art. 2 también se enuncian como propios de la competencia contencioso administrativa todo tipo de conflictos regido por el derecho tributario, financiero o aduanero. De manera correcta y clara la disposición sienta un criterio muy amplio en punto a la competencia del fuero sobre estas materias. Así, en el inc. i) se menciona a las controversias relativas a impuestos, tasas, cánones y demás contribuciones nacionales, en las condiciones fijadas por las leyes específicas; y en el inc. j) a las controversias a que den lugar las impugnaciones de actos de autoridades nacionales regidos por el derecho tributario, financiero o aduanero, de conformidad con lo que prescriban las leyes pertinentes.

1.3. Actos excluidos del control judicial

El proyecto recoge la categoría de los denominados actos institucionales, cuya elaboración se debe al querido maestro Miguel S. Marienhoff(46).

En efecto, el último artículo del título dedicado a la determinación de la competencia (art. 4°), margina de la competencia de los jueces contencioso administrativos a los actos de declaración de guerra, celebración de tratados internacionales, intervención federal de las provincias, declaración del estado de sitio, nombramiento de jueces y las que concreten las relaciones del Poder Ejecutivo con el Legislativo. Sin embargo, de manera coherente con las líneas jurisprudenciales del máximo tribunal federal, se establece que ello no implica la no judiciabilidad de los efectos o consecuencias de los actos de ejecución de dichas decisiones institucionales, así como la indemnización que corresponda por los daños que se irroguen.

En realidad, en esta disposición no se reglan casos de incompetencia material de los jueces contencioso administrativos —conocidos bajo el nombre de 'materias ajenas'— sino lisa y llanamente de supuestos en los cuales ningún órgano judicial, cualquiera sea el fuero al que pertenezca, podrá juzgar. Se trata por ende de las denominadas 'materias excluidas o marginadas de control judicial'(47).

2. La legitimación

El Título II se ocupa de la legitimación activa. Con un criterio generoso reconoce legitimación para promover

un pleito procesal administrativo a toda persona que posea un 'derecho o un interés tutelado por el ordenamiento jurídico' (art. 5).

La fuente de esta disposición puede hallarse en el art. 13 del nuevo ordenamiento procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires, según el cual está legitimada para deducir las pretensiones previstas en dicho código 'toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico'.

La redacción de la disposición en examen tiende a superar las añejas y confusas categorías de derecho subjetivo e interés legítimo. De tal modo, en la medida en que se configure un caso o controversia en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional y 1ºde la ley 27(48), cualquier persona que acredite la afectación ilegítima de su esfera o circulo vital de intereses protegido por el ordenamiento jurídico estará legitimada para accionar.

Pero la ampliación de tutela judicial no se limita sólo al sujeto lesionado de modo directo y personal en el disfrute de sus derechos, sino que incluye además un elenco muy variado de situaciones activas que la Constitución denomina 'derechos de incidencia colectiva'.

Sin embargo es importante destacar que, en pronunciamientos dictados por la Corte federal con posterior a la reforma constitucional, se ha señalado que 'la incorporación de los intereses generales o difusos a la protección constitucional, en nada enerva la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda'(49). También ha dicho la Corte que 'La comprobación de que existe un 'caso', constituye un recaudo básico e ineludible, de neta raigambre constitucional, que reconoce su origen en la división de poderes'. Para agregar luego que 'el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio —la afectación de un interés jurídicamente protegido— de orden 'personal, particularizado, concreto y, además, susceptible de tratamiento judicial"(50).

Merece puntualizarse que, en el mismo precedente, el tribunal sostuvo que el requisito del perjuicio resulta exigible aún para los denominados 'legitimados especiales', es decir, para el Defensor del Pueblo y para las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Respecto del ombudsman, la Corte tuvo oportunidad de señalar que 'admitir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo peticione sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurran los presupuestos básicos de la acción, ejerciendo, de ese modo, una función exorbitante y abusiva...'. Para agregar seguidamente que 'la protección que el nuevo texto constitucional otorga a los intereses generales, no impide verificar si éstos, no obstante su compleja definición, han sido lesionados por un acto ilegítimo, o existe amenaza de que lo sean'(51).

Consideramos loable la redacción de la cláusula 5, en tanto se hace eco de las novedades introducidas por la reforma constitucional de 1994 quedando, no obstante, remitida a la labor jurisprudencial dar concreta respuesta a una serie de problemas que suscita la recepción de estas nuevas categorías legitimantes en el ordenamiento jurídico.

El primero de los inconvenientes que se suscita transita por el alcance de la sentencias que se dicten: ¿efectos erga omnes(52) o sólo para las partes intervinientes? En la iniciativa se asigna efectos generales a la sentencia que declara la nulidad de un acto de alcance general, 'cuando fuera requerida por el ministerio público' (art. 17, in fine) Se privilegia, así, a uno de los legitimados para la tutela del interés general (art. 120, CN), aunque cabe destacar que el mismo interrogante se genera con la intervención en este tipo de procesos de los llamados entes exponenciales del interés colectivo (v.gr. Defensor del Pueblo, asociaciones de usuarios)(53).

También deberá ser objeto de atención jurisprudencial, la situación producida por la promoción de más de un pleito, en el que se debata la misma cuestión por parte de sujetos legitimados diferentes, y cómo se remedia la situación producida por decisiones judiciales opuestas(54).

Otra cuestión que puede suscitarse en los pleitos en los que están comprometidos derechos de incidencia colectiva concierne a la protección del debido proceso de los titulares del derecho que no han participado en dicho litigio.

Asimismo, un aspecto de compleja solución se vincula con los recaudos que será necesario adoptar para evitar la politización o la dominación de grupos empresarios de los sujetos legitimados para la defensa de los

derechos de incidencia.

3. Los requisitos de admisibilidad de la pretensión

Los títulos III, IV y V están dedicados a la regulación de los requisitos especiales de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, los cuales deben reunirse para que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida y el juez pueda entrar a conocer en la cuestión de fondo(55).

En los juicios contencioso administrativos es normal que, además de los recaudos de admisibilidad comunes a todos los procesos, los distintos ordenamientos jurídicos exijan el cumplimiento de otros presupuestos específicos propios de este tipo de litigios(56), modernamente denominados —por algún sector de la doctrina nacional— como 'condiciones de acceso a la instancia judicial'(57) (V.gr. agotamiento de la vía, acto administrativo definitivo, plazo de caducidad, etc.)(58).

3.1. El agotamiento de la vía administrativa

La problemática del agotamiento de la vía administrativa es actualmente uno de los temas más controvertidos del derecho administrativo nacional y extranjero. Ante los abusos en que se ha incurrido en su aplicación existe una importante tendencia doctrinaria que postula, cuando no su eliminación, su morigeración mediante una reforma sustancial al régimen recursivo, propugnando el carácter facultativo de los recursos administrativos(59).

Tales criterios son la respuesta a la desmesurada expansión que ha tenido este recaudo de admisibilidad, que lleva a exigirlo en supuestos en los que se presenta claramente como un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del juzgamiento judicial, como así también a las dificultades que derivan de su muchas veces compleja configuración, olvidando la función de garantía que cumplen los recursos administrativos respecto de los derechos e intereses de los particulares(60), al lado de su no menos esencial misión de autocontrol administrativo de la juridicidad.

Frente a ello, cabe reflexionar si las desviaciones incurridas acerca de su aplicación deben conducir sin más a su supresión, o si, por el contrario, lo que corresponde es acotarlo a límites razonables, en tanto medien motivos que justifican su mantenimiento.

Una cuestión es indiscutible: el agotamiento de la vía no puede ser una herramienta para obstaculizar el acceso a la jurisdicción, ni desarrollarse en una dimensión temporal prolongada(61). Tampoco el procedimiento para su configuración puede ser tan complejo que genere dudas y dificultades para acceder a la justicia, pues ello derivaría en lesión a la garantía de la defensa amparada en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

A nuestro entender, el requisito del agotamiento justifica hoy en día su mantenimiento, siempre que su regulación sea razonable y no convierta el tránsito previo por la vía administrativa en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante, tal como ocurre asiduamente en la práctica(62).

Sobre esa base entendemos que la vía administrativa reclamativa, y en especial la recursiva, constituye una técnica que debe mantenerse, en tanto instrumento para producir el autocontrol administrativo y tutelar los derechos e intereses de los administrados.

Es importante destacar que según lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos importantes pronunciamienos, el agotamiento de la vía administrativa constituye una prerrogativa de naturaleza procesal que integra el régimen exorbitante que caracteriza el derecho público(63) y también que es de la esencia de los recursos administrativos el previo agotamiento de las instancias administrativas(64).

Sentado lo expuesto pasamos a examinar el sistema de agotamiento de la vía que se regula en el texto proyectado. A tal efecto cabe recordar que, para acceder a la revisión judicial, la ley 19.549 establece la existencia de dos vías específicas: la reparatoria o reclamatoria, prevista en los arts. 30 a 32, y la recursiva o impugnatoria regulada en los arts.23 y 24, ambas con numerosas excepciones.

El proyecto mantiene el sistema de la doble vía, para acceder a la instancia judicial prevista en el citado cuerpo legal.

Así, con una redacción similar a la del art. 30 de la LNPA dispone en el art. 9 que fuera de los supuestos

contemplados en los arts. 12 y 13 (impugnación judicial de los actos administrativos de alcance particular y general), el Estado Nacional no podrá ser demandado judicialmente sin la previa reclamación que agote la instancia administrativa.

Es interesante destacar que en el proyecto se utiliza la expresión 'agotamiento de la instancia administrativa' con un sentido amplio, comprensivo no sólo de la vía recursiva, sino también de la reclamativa(65).

3.1.1. Agotamiento de la instancia por vía de recursos

De manera análoga a lo dispuesto en la ley 19.549 (arts. 23 y 24), en el título III se regla el agotamiento de la instancia mediante el andarivel de la denominada vía impugnatoria, incluyendo tanto los supuestos de cuestionamiento de actos individuales como los de alcance general.

Según lo previsto, la instancia administrativa se agota:

a) Actos administrativos individuales. En el caso del acto administrativo individual, incluido el dictado durante la ejecución de un contrato de la administración(66), causa estado la resolución de los recursos administrativos pertinentes (art. 6).

Cabe señalar que, conforme lo dispone el art 90 del reglamento de procedimientos administrativos (decreto 1759/72, t.o por decreto 1883/91), tratándose de la impugnación de actos administrativos de alcance individual el recurso jerárquico es el único medio apto para producir el agotamiento de la vía administrativa(67).

b) Actos del alcance general. A su vez, a fin de cuestionar actos administrativos de alcance general, al igual que en el régimen vigente (art. 24, inc. a y b) dos son los medios establecidos según la modalidad impugnatoria(68):

- en caso de impugnación directa, por vía del reclamo previsto en el art. 7 inc. a);

-en la hipótesis de la impugnación indirecta, a través de los recursos necesarios para agotar la vía, conforme lo establecido en el art. 7 inc. b), esto es mediante el carril recursivo.

3.1.2. El agotamiento por vía del reclamo previo

Ya hemos explicado que el proyecto mantiene la exigencia del reclamo administrativo previo, actualmente previsto en el art. 30 de la ley 19.549, salvo cuando corresponda el agotamiento por la vía recursiva (art. 9).

Según surge del precepto de cita, el reclamo se debe dirigir al Presidente, a la Jefatura de Gabinete o al ministerio o secretaría de la Presencia que sea competente. Si se cuestiona el obrar de autoridades ajenas a la Administración, el reclamo se debe interponer ante el presidente de la Cámara legislativa pertinente, o ante el Presidente de la Corte, o ante las máximas autoridades de los órganos que actúen en los ámbitos legislativo o judicial, o al Procurador General o Defensor General, según el caso.

El procedimiento se diferencia del previsto en la LNPA, porque en el art. 30 se establece que el reclamo será —en principio y salvo delegación— resuelto por el Ejecutivo.

La modificación proyectada es razonable, pues no se justifica que el Presidente se aboque, directamente, a tales menesteres, máxime cuando la reciente reforma constitucional ha procurado eximirlo de la atención de las cuestiones relativas a la administración general del país, delegándolas impropiamente en el Jefe de Gabinete(69).

Por otra parte, el proyecto reduce, en beneficio general, los plazos estipulados actualmente para que se produzca el silencio de la Administración por reclamo no resuelto.

En efecto, la LNPA establece en su art. 31 que el reclamo deberá resolverse en el término de 90 días, transcurridos los cuales se interpondrá pronto despacho, debiendo esperarse 45 días más para que el particular pueda considerar que existe silencio denegatorio de la Administración.

La iniciativa determina, en su art. 10, que el reclamo será resuelto dentro del plazo de treinta días. Si ello no sucede, se solicitará pronto despacho, debiendo esperarse 30 días más; transcurridos éstos se producirá el

silencio.

Al igual que la LNPA, el proyecto expresa que, ante el silencio de la Administración, la impugnación judicial podrá efectuarse en cualquier momento, salvo lo atinente a la prescripción(70).

Sin perjuicio de lo apuntado, la norma en estudio adopta un criterio explícito, en un aspecto que no era objeto de regulación por parte de la LNPA, pues establece en su art. 10, que resuelto expresamente el reclamo administrativo previo, la acción podrá iniciarse atendiendo sólo a los referidos plazos de prescripción.

En otros términos, pese a que la actuación administrativa que resuelve el reclamo constituye un acto administrativo —y que, por tanto, queda en principio abarcado por la previsión que fija que los actos administrativos deberán ser impugnados dentro del plazo de caducidad establecido (art. 18)— el proyecto crea, en tal supuesto, una excepción a la vigencia de los plazos de caducidad, en concordancia con el criterio que se desprende del precedente sentado por nuestro máximo tribunal federal en el caso 'Mackentor'(71).

3.1.3. Innecesariedad del agotamiento de la vía

El proyecto agrupa, en su art. 11, los casos en que no es necesario el agotamiento de la instancia administrativa de aplicación tanto para la vía impugnatoria como la reclamativa.

Entre las diferentes hipótesis —la mayoría recibidas del art. 32 LNPA— cuadra destacar:

a) El caso del acto dictado originariamente por el PE o por el Jefe de Gabinete o presidentes de las Cámaras legislativas, o del Presidente de la Corte nacional o de las máximas autoridades de los órganos que actúen en el los ámbitos legislativo o judicial, o del Procurador General o Defensor General, o de los órganos en los cuales las autoridades enunciadas hubieran delegado competencia para emitirlo y hayan sido dictados con previa audiencia o intervención del interesado.

De tal modo, las decisiones administrativas que emanen de la máxima autoridad administrativa con competencia resolutoria final o de un órgano con competencia delegada, dictados con la previa audiencia o intervención del interesado, causan estado, motivo por el cual no es menester articular ningún tipo de recurso administrativo en su contra para habilitar la vía judicial.

Es importante puntualizar que, a contrario sensu, si el acto fue dictado sin la audiencia o participación en el procedimiento del interesado es preciso agotar la instancia por el andarivel que corresponda.

b) Cuando el silencio administrativo contemplado en el art. 10 de la ley 19.549 provenga de algunos de los órganos o autoridades antes referidos.

Configurado el silencio de la Administración en los términos de este inciso, la demandabilidad es directa.

Al no ser el silencio administrativo un acto, sino un hecho al cual la ley le asigna efectos jurídicos(72) no es posible su impugnación mediante los recursos administrativos.

La solución del proyecto está en línea con la jurisprudencia del máximo tribunal de la República que enseña que exigir al administrado que frente el silencio de la administración reitere su planteo mediante el recurso de revocatoria conduce a transformar el recaudo del agotamiento de la vía administrativa en un innecesario ritualismo lesivo de la garantía amparada en el art. 18 de la Carta Magna(73).

Sin embargo, si la denegatoria presunta se configura en el marco de la actuación de órganos inferiores a los indicados en el inc. a) del art. 11, es menester para agotar la vía su impugnación mediante la presentación de un reclamo, cuya interposición no está sujeta a plazo, salvo el de prescripción, que se debe presentar ante la autoridad competente para resolver el recurso jerárquico, la que deberá tramitarlo y decidirlo siguiendo el procedimiento que rige en la materia (art. 8).

La necesidad de impugnar en sede administrativa el silencio proveniente de órganos cuya decisión no clausura la vía administrativa no estaba expresamente prevista en al ley 19.549 (art. 23, inc. c). No obstante lo cual, una importante tendencia doctrinaria interpretó que en tales casos era preciso deducir el recurso jerárquico para dejar habilitada la vía judicial(74).

c) Cuando se configurare una vía de hecho administrativa (inc. c del art.11) de acuerdo a lo establecido en el

art. 9 de la ley 19.549.

Se introduce una modificación con respecto al régimen anterior, en el cual era ineludible articular el reclamo administrativo previo del art. 30 de la LNPA para habilitar la vía judicial.

La solución a la que se arriba es la misma que establece, en el derecho provincial, por ejemplo, el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el art. 21.

d) Cuando se trata de repetir judicialmente lo pagado al Estado Nacional. A diferencia de la excepción que contempla el art. 32, inc. c) de la ley 19.549, no se precisa que involucre sumas pagas en virtud de una ejecución.

Además, no se incluye la repetición de gravámenes indebidamente abonados. Rige, por ende, el régimen de la ley 11.683 (t.o. 1998 por decreto 821), la cual establece un sistema especial de agotamiento de la vía conforme surge del art. 82 que prescribe: 'Los contribuyentes y demás responsables tienen acción para repetir los tributos y sus accesorios que hubieren abonado de más, ya sea espontáneamente o a requerimiento de la Administración Federal de Ingresos Públicos. En el primer caso, deberán interponer reclamo ante ella. Contra la resolución denegatoria y dentro de los quince (15) días de la notificación, podrá el contribuyente interponer el recurso de reconsideración previsto en el artículo u optar entre apelar ante el Tribunal Fiscal de la Nación o interponer el recurso previsto en el art. 76 o interponer demanda contencioso administrativa ante la Justicia Nacional de Primera Instancia.

Análoga opción tendrá si no se dictare resolución dentro de los tres (3) meses de presentarse el reclamo.

Si el tributo se pagare en cumplimiento de una determinación cierta o presuntiva de la repartición recaudadora, la repetición se deducirá mediante demanda que se interponga, a opción del contribuyente, ante el Tribunal Fiscal de la Nación o ante la Justicia Nacional(...)'

e) Cuando se demande judicialmente el pago de daños y perjuicios contra el Estado nacional. Se trata de la misma excepción que contemplaba el art. 32, inc. d) de la ley 19.549.

Sin embargo es importante señalar que, según surge de la doctrina jurisprudencial del fuero y de la Corte nacional, la pretensión resarcitoria fundada en la ilegitimidad de un acto administrativo es accesoria y está subordinada a la previa declaración de invalidez de éste. Así lo ha resuelto la Cámara Contencioso Administrativa Federal en el conocido plenario 'Petracca'(75) y en fecha más reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas 'Alcántara Díaz Colodrero'(76) y 'Nava'(77). Por tal motivo, si la decisión administrativa deviene firme —ya sea debido a su falta de impugnación o a su cuestionamiento tardío— no es admisible el reclamo de daños y perjuicios basados en la ilegitimidad de aquélla.

En palabras de la Corte nacional: '…dicha conclusión es una consecuencia lógica de la naturaleza accesoria —en el ámbito del derecho administrativo— de pretensiones como las antes indicadas respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente'(78).

Por las razones indicadas, si bien a tenor del referido criterio jurisprudencial se excepciona el agotamiento de la vía en tales casos, para que sea viable la pretensión indemnizatoria es preciso que el acto administrativo cuya ilegitimidad es la causa o fundamento del daño no esté firme.

El interesado podrá deducir, a su opción, la pretensión de daños en forma simultánea y juntamente con la impugnatoria o en forma autónoma luego de finalizado el proceso de anulación que le sirve de sustento (art. 21).

f) Se promoviera contra el Estado Nacional una acción de desalojo o una acción que no tramite por la vía ordinaria. Se trata de la misma excepción que contiene el inc. d), parte final del art. 32 de la ley 19.549.

g) Cuando existiere una clara e indubitable conducta del Estado, o de sus entes, que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, tornándolo un ritualismo inútil (inc. g).

La cursiva es un agregado del proyecto, al vigente art. 32 inc. e) de la LNPA, y tiende a remarcar la

importancia de la necesidad de agotar la vía, que sólo cede cuando de manera incuestionable el Estado haya dado muestras de que, hacerlo, constituiría un ritualismo inútil.

h) Cuando se demandara a una entidad descentralizada o alguna de las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritariamente el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas, en la actividad regida por el derecho administrativo. No obstante ello, si la decisión cuestionada no proviene del órgano superior deberá agotarse la vía en el ámbito interno de la entidad, a menos que mediara una conducta de ésta que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento tornándolo inútil.

El texto proyectado, si bien recoge el principio sentado en inc. f) de la ley 19.549, mejora su redacción y sienta una solución razonable y coherente con la regla fijada para el agotamiento en el ámbito de la Administración central, siguiendo la tendencia de modernas legislaciones, tales como el Código Contenciosoadministrativo bonaerense (art. 14).

4. La impugnación de los actos

En el Título IV se regulan las condiciones que deben reunir para ser impugnados judicialmente los actos de alcance particular y general, aspectos, éstos, de los que nos ocuparemos por separado.

4.1. Impugnación de actos de alcance individual. El acto definitivo o equiparable

El art. 12 establece, en sustancia, los mismos requisitos que contempla actualmente la LNPA en su art. 23, inc. a) y b). Así, se dispone que podrá cuestionarse en sede judicial un acto administrativo individual cuando sea definitivo y agote la instancia administrativa (art. 12, inc. a), concorde con el art. 23, inc. a) de la vigente LNPA) o cuando, pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impidiera totalmente la tramitación de la pretensión del interesado y el agotamiento de la instancia administrativa (art. 12, inc. b).

La cursiva obedece a que lo destacado es novedoso, respecto de similar previsión contemplada, actualmente, en el art. 23, inc. a) de la LNPA.(79) Por ello, no será suficiente que el acto asimilable a definitivo impida la tramitación de lo pretendido sino que, además, para que proceda la impugnación judicial, deberá obstar al agotamiento de la vía.

En caso contrario, cabe colegir que el particular deberá intentar agotar la vía, recurriendo, a tal efecto, el acto asimilable a definitivo que impide el trámite, por ante el superior, para que la resolución emanada de éste cause estado.

La solución es razonable, pues busca evitar una intervención prematura y doble de la justicia, toda vez que, de aceptarse la impugnación sin haberse agotado la instancia, ésta debería limitar su dictum a cuestionar la legitimidad del acto asimilable a definitivo, pero sin resolver la cuestión de fondo, pues ésta no es objeto de debate.

Así, resultaría factible que el Poder Judicial tuviere que volver a intervenir en el asunto, ya no para decidir acerca de la legitimidad del acto asimilable a definitivo, sino para resolver la legalidad del acto que —decidiendo sobre el fondo— causa estado.

Esta doble intervención deviene, a veces, necesaria; pero no lo es cuando contra el acto que impide la prosecución del trámite existen recursos administrativos susceptibles de encaminar la, en hipótesis, ilegítima pretensión de cerrar el procedimiento.

Es ésta la solución que el proyecto propicia, al exigir que para que proceda la impugnación judicial del acto asimilable a definitivo, éste deberá impedir el agotamiento de la instancia. A contrario sensu, si el acto que obstaculiza el trámite no cercena la posibilidad de obtener —impugnación administrativa mediante— el agotamiento de la vía, deberá procurarse su revisión por el órgano administrativo superior, para que éste dicte el acto que cause estado.

Por su parte, el art. 8° dispone que el silencio de la Administración ante un reclamo (art. 10) o ante el vencimiento del plazo fijado por el juez para resolver en un amparo por mora o —de no existir tal plazo— transcurridos 30 días desde la notificación de la orden judicial de pronto despacho (art. 55), el particular deberá —para agotar la instancia— impugnar en sede administrativa la denegatoria tácita que conllevan (art. 8)

La cursiva indica una diferencia entre el proyecto y el vigente texto de la LNPA, que en su art. 23 inc. c) no exige, expresamente, ante el silencio del inferior, el agotamiento de la instancia.

A nuestro entender, la norma contenida en la iniciativa en tratamiento es correcta, pues exige que, ante el silencio del órgano inferior, el particular agote la vía administrativa, poniendo en conocimiento del superior la actitud omisiva y permitiendo, así, una posible revisión de la denegación tácita en sede administrativa, sin necesidad de recurrir, aún, ante los tribunales judiciales.

Fuera de lo apuntado, corresponde señalar que el proyecto dispone que no sólo el Estado Nacional y sus entidades descentralizadas podrán demandar la nulidad de sus actos administrativos, sino que, además, lo podrán hacer 'las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de prerrogativas públicas, respecto de actos que estuviesen regidos directa, analógica o supletoriamente por el derecho administrativo, ...aun cuando el vicio les fuera imputable' (art. 15).

En este aspecto, el proyecto innova en relación con las estipulaciones de la vigente LNPA que, en sus arts. 17 y 18, prevén la impugnación judicial de los actos nulos y anulables, sin mencionar —como posibles actores— a las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de prerrogativas públicas.

Por su parte, el art. 27 de la LNPA contempla, como probables demandantes de la acción de impugnación, exclusivamente, al Estado y sus entes descentralizados.

4.2. Impugnación de actos administrativos de alcance general

Al igual que la vigente LNPA, la norma en estudio permite tanto la impugnación directa del reglamento, como la producida una vez aplicado éste mediante un acto administrativo particular(80).

Sin embargo, el proyecto introduce algunas modulaciones respecto del contenido actual del precepto.

Así, establece —como ya fue puesto de relieve al analizar la ampliación de la legitimación— que la impugnación directa del reglamento podrá ser efectuada no sólo por quien ostente un derecho (recuérdese que el vigente art. 24, inc. a) de la LNPA admite la impugnación directa sólo por parte de quien posee un derecho subjetivo), sino también por quien acredite un interés jurídicamente protegido (art. 7º, inc. a).

Tal temperamento es coherente con la citada extensión de la legitimación procesal activa, por lo que su incorporación es armónica con el sistema que la norma propone.

Además, insistiendo en un criterio del que ya hicimos mención, determina que la impugnación procederá, siempre que el reclamo fuere resuelto por el órgano que agote la instancia administrativa, previsión que en la actual LNPA, no existe.

Con la finalidad de cumplir con el precitado requisito, la iniciativa exige que, una vez desestimada expresa o tácitamente el reclamo, el interesado articule 'el mismo procedimiento que rige en materia de recursos administrativos'(art. 7º, inc. a). Con ello, manteniendo el nombre de 'reclamo' que la LNPA le asignara, se reconoce —creemos entender—, que el denominado 'reclamo impropio' posee una naturaleza más próxima a la del recurso que a la del reclamo administrativo del actual art. 30 y ss. de la LNPA.

Fuera de lo dicho, se determina que la interposición del reclamo no queda atada a plazos, salvo el atinente a la prescripción, estableciendo que la Administración cuenta con 30 días para resolverlo (art. 7º, inc. a). Vencido ese plazo, debe requerir pronto despacho y, transcurridos 30 días más, podrá iniciar la demanda 'sin plazo, al igual que si mediara acto denegatorio expreso...'(art. 10).

Se contempla, también, la impugnación indirecta, precisándose que para que proceda será necesario agotar la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos administrativos pertinentes (art. 7, inc. b).

Desde otro ángulo, debe enfatizarse que el proyecto mantiene el principio de congruencia, en tanto dispone: 'No podrán articularse en sede judicial, cuestiones no planteadas en sede administrativa, pero podrán deducirse las cuestiones no planteadas y resueltas o las planteadas y no resueltas' (art. 16).

Metodológicamente, este principio se formula en un lugar más adecuado que en el texto vigente, pues la LNPA lo trata al ocuparse del reclamo previo(81) cuando, en verdad, el principio de congruencia rige tanto para la impugnación judicial posterior al reclamo, como para la producida en consecuencia del agotamiento de la vía

recursiva.

En otras palabras, la petición judicial debe ser coherente con lo solicitado tanto en los recursos, como en los reclamos intentados en sede administrativa.

Con buen criterio se precisa en el art. 14 que: 'La falta de impugnación directa de un acto de alcance general, o la desestimación del recurso o reclamo administrativo que se hubiera interpuesto, no impedirá la impugnación de los actos de aplicación individuales.

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'.

La fuente de esta disposición la encontramos en la legislación procesal administrativa española (art. 39, inc. 4º, ley 27/1956, de 27 de diciembre, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, derogada y sustituida por la ley 29/1998, de 13 de julio, en la cual se reitera dicha disposición en el art. 26, inc. 2). También la nueva legislación procesal administrativa de Buenos Aires incorporó un precepto similar en el art. 14, inc. 1º, e).

La solución es razonable, pues implica dejar abierta la posibilidad de cuestionar la norma de alcance reglamentario, sin que ello implique agravio para los actos de aplicación que hubieren quedado firmes por falta de cuestionamiento oportuno.

Por último, se regulan los alcances de la sentencia que dispone la invalidez de un acto de alcance general, tema sobre el cual la doctrina no es pacífica(82), limitando sus efectos al caso concreto y sin implicar la derogación de la norma reglamentaria. Así surge del art. 17 que determina que la declaración de nulidad o inconstitucionalidad de un acto de contenido general podrá emitirse a pedido de parte en una causa judicial concreta, de la misma manera y con los mismos alcances con que se decide la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, después de sentar el principio general, la norma proyectada prevé una excepción al otorgar efectos erga omnes a la sentencia que declara la nulidad de un acto de alcance general, 'cuando fuera requerida por el ministerio público' (art. 17, in fine).

La previsión resulta relevante desde un doble punto de vista.

Por un lado, por el sistema en sí mismo, que procura dar respuesta a la controvertida cuestión del alcance de las sentencias declarativas de la ilegitimidad de esta categoría de actos.

En este aspecto, el proyecto mantiene el principio general del alcance limitado al caso, pero con una importante excepción en caso de que el pedido sea efectuado por un legitimado calificado como lo es el Ministerio Público.

Desde otra perspectiva, es digno de destacar que la iniciativa legislativa concreta la voluntad constituyente de erigir al órgano incorporado por la reforma de 1994 en garante de la defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, a través de su función específica de 'promover la actuación de la justicia'en tal sentido (art. 120 CN).

En algunos ordenamientos, como el español (art. 72, inc. 2 de la ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) se dispone que las sentencias firmes que anulen una disposición de carácter general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

El proyecto no ha previsto un trámite semejante para los supuestos de declaración de invalidez de normas reglamentarias. Creemos que una solución como la comentada podría resultar conveniente, sin perjuicio de que los efectos propios de la anulación se puedan hacer valer con anterioridad(83). El sentido de este recaudo es doble: En primer lugar, si para que una disposición general produzca efectos jurídicos es menester su publicación, también se requiere el cumplimiento de dicha exigencia para que los pierda. Pero, además, razones de seguridad jurídica aconsejan la publicación del pronunciamiento que deroga la norma reglamentaria, pues de lo contrario podría ocurrir que ante el desconocimiento de la decisión invalidatoria el reglamento se siga aplicando por parte de la Administración o de otros tribunales.

Dicha publicación, entendemos, contribuiría a la vigencia de la seguridad jurídica, habida cuenta de la posibilidad de decisiones contradictorias por parte de diferentes tribunales(84).

Cabe destacar que, aun cuando el impugnante sea el Ministerio Público y la sentencia tenga, en tal caso, efecto derogatorio, también se podría estar debatiendo ante otros tribunales la validez del mismo reglamento a raíz de planteos realizados por los sujetos que se vieran afectados por sus disposiciones.

De ahí que, según creemos, la publicación en el Boletín Oficial del fallo que declara la invalidez del acto de alcance general, constituye un instrumento que puede llegar a paliar los eventuales riesgos antes expuestos.

5. Plazos de caducidad

La cuestión es tratada en el Título V, en el cual se mantiene (art. 18) el plazo de caducidad de 90 días, actualmente fijado en el art. 25 de la LNPA.

En general, el momento a partir del cual comienza a contarse el mencionado término, coincide con lo preceptuado en el citado art. 25 de la LNPA, agregándose en el inc. b) que, en caso de tratarse de un acto dictado originariamente por el Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete o autoridades mencionadas en el art. 11, inc. a) (presidentes de las Cámaras legislativas, de la Corte Suprema, etc.), el plazo comienza a correr desde su notificación al interesado, agotando dicho acto originario la vía administrativa.

De modo tal que el plazo en cuestión deberá ser respetado tanto si se impugnan judicialmente actos de alcance individual o general (art. 18, incs. a), b), c) y d); como en el supuesto de haberse presentado un reclamo administrativo o en el caso de hechos o vías de hecho (incs. e) y f). En este último supuesto, el plazo comienza a regir desde que los hechos o vías de hecho fueran conocidos por el afectado (art. 18, inc. f) in fine).

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Gypobras'(85) antes citado, declaró la constitucionalidad del término para demandar previsto en el art. 25 de la LNPA. Para así decidir el tribunal expresó que el mencionado plazo de caducidad constituye una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública, consecuencia del denominado 'régimen exorbitante del derecho privado' que impera en la relación ius administrativa. Más adelante recordó que en diversos precedentes se declaró la validez constitucional de las normas provinciales que establecen para iniciar acciones procesales administrativas, y justificó la existencia de este instituto en la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos.

5.1. Excepciones a la vigencia del plazo de caducidad

Si bien la impugnación judicial debe efectuarse, como regla, dentro del plazo de caducidad que establece el art. 18, el proyecto fija —al igual que la LNPA—, varias excepciones, que son agrupadas en el art. 19.

a) En esa cláusula se establece que no regirá el mencionado plazo breve, mientras se mantenga por la autoridad competente para agotar la instancia, el silencio contemplado en los arts. 10 de la LNPA y 55 del proyecto (art. 19, inc. d).

Al respecto, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones dejó sin efecto pronunciamientos de superiores tribunales provinciales que aplicaron el plazo de caducidad de la acción a demandas contencioso administrativas iniciadas mediando silencio de la administración. En todo estos casos, los tribunales locales entendían que el término para promover el pleito había comenzado a correr a partir del vencimiento del plazo que tenía la Administración para resolver.

El Alto Tribunal de la República calificó el criterio expuesto como arbitrario por padecer de un injustificado rigor formal y poner de relieve una inteligencia de la reglas aplicables contraria al principio in dubio pro actione, rector en la materia. Asimismo, expresó que el criterio cuestionado premia la actitud negligente de la administración y hace jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituida, claramente, en su favor(86).

b) Tampoco será de aplicación el plazo de caducidad cuando el demandante sea el Estado o una entidad descentralizada, disposición que encuentra su precedente en el vigente art. 27 de la LNPA. Es ésta una solución justa, en atención al interés público que debe inspirar la actuación estatal (art. 19, inc. d).

c) De igual modo, no regirá el plazo de caducidad cuando se impugne lo decidido por el Estado —expresamente o mediante silencio— respecto del reclamo administrativo previo. Ello se deduce de la remisión que el proyecto efectúa en el art. 19 inc. b) al art. 9, así como del art. 10 de la iniciativa.

De esta manera, la norma ajusta su contenido a la doctrina que surge del fallo de nuestro supremo tribunal federal dictado en el caso 'Mackentor'(87).

d) Asimismo, no es aplicable el plazo de caducidad, cuando se tratare de repetir lo pagado al Estado Nacional; se promoviere acción de daños y perjuicios —con las salvedades que veremos luego—; se intentare una acción de desalojo contra el Estado o una acción que no tramite por vía ordinaria; o, por último, se demandara a una entidad descentralizada o a empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional (art. 19, inc. c).

El hecho de que no rija el plazo de caducidad no implica, sin embargo, que puedan ser obviadas las previsiones vigentes en materia de prescripción, tal como lo aclara el art. 19 en su párrafo final.

5.2. Suspensión del plazo de caducidad

La iniciativa prevé la suspensión del plazo en cuestión, cuando se solicite vista de las actuaciones por resultar necesaria para la impugnación judicial (art. 20, inc. b). En este sentido, el proyecto sigue los lineamientos del art. 76, último párrafo del RLNPA, decreto 1759/72, T.O. 1991, reglamentario de la LNPA. Se supera, así, el cuestionamiento que un sector de la doctrina había formulado a la legitimidad de la aludida cláusula reglamentaria, en tanto modificatoria, actualmente, del art. 25 de la ley 19.549(88).

Solicitada la vista, el plazo continuará su curso a partir del día siguiente al del agotamiento del plazo otorgado para tomarla (art. 20, inc. a).

También queda suspendido el plazo de caducidad, cuando se interponga un recurso administrativo de articulación no obligatoria. Esta previsión coincide, asimismo, con los efectos que el art. 100 del RLNPA otorga a la presentación de los recursos de reconsideración y revisión.

Por lo demás, conforme al citado artículo del proyecto, operará dicha suspensión cuando la acción o el recurso fueran interpuestos ante un tribunal incompetente, continuando su curso al día siguiente de quedar firme la sentencia que declare la incompetencia.

5.3. Plazos de caducidad y acción por daños y perjuicios

Como advirtiéramos ut supra, la norma en trance de aprobación contiene específicas previsiones para aquellos casos en que el reclamo de una indemnización por daños obedezca a un acto ilegítimo.

El art. 21 preceptúa que, cuando además de la nulidad del acto, se pretenda la indemnización por daños, deberá expresárselo en el escrito de demanda o bien efectuar reserva para accionar por el resarcimiento, una vez que exista sentencia definitiva que declare la nulidad. En tal caso, deberá indicarse el monto reclamado.

La acción de nulidad deberá entablarse en el plazo de caducidad establecido, pero la acción por resarcimiento, de haber sido iniciada con posterioridad, podrá interponerse dentro del plazo de prescripción que corresponda, que comenzará a contarse desde el momento en que la sentencia declarativa de la nulidad quede firme.

Conforme lo hemos explicado con anterioridad y no obstante la excepción prevista en el art.15, inc. e), se mantiene la exigencia de recorrer, hasta agotarla, la vía administrativa y de impugnar —dentro del plazo de caducidad— la legitimidad del acto. Este criterio, concuerda con el de la jurisprudencia vigente(89). La novedad radica en la previsión que, explícitamente, consagra la posibilidad de aguardar el resultado de la acción de nulidad para, una vez notificada la sentencia, solicitar la reparación pertinente, dentro del plazo de prescripción que corresponda.

En otras palabras, el plazo del actual art. 25 de la LPA sólo corre para dar inicio a la acción de nulidad, y no para la acción resarcitoria. No obstante ello, es claro que si la pretensión reparatoria se funda en un obrar ilegítimo del Estado, el administrado debe acreditar haber impugnado en tiempo y forma el acto causante del perjuicio.

La única exigencia que la iniciativa legal plantea es la de efectuar, en la demanda de nulidad, reserva de la acción resarcitoria.

6. Reglas procesales

Se encuentran reguladas en el Título VI (arts. 22 y ss.) del proyecto.

Después de establecer que, para todo lo no previsto, han de regir las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la iniciativa se ocupa de la tramitación de la causa, con posterioridad a la presentación de la demanda.

6.1. Requerimiento de los expedientes administrativos y notificación de la demanda. Habilitación de la instancia. Intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación

El proyecto determina que, presentada la demanda, el juez requerirá a la Administración los expedientes administrativos, los que deberán ser remitidos en el término de quince días (art. 23).

Se aclara luego que el plazo mencionado 'podrá ser prorrogado cuando se aleguen razones debidamente fundadas' (art. 23, segundo párrafo).

Una vez recibidas las actuaciones administrativas, el juez correrá traslado por el plazo de 10 días a las partes para que aleguen acerca de la admisibilidad del proceso. La intervención de las partes en esta etapa liminar, previo a la decisión judicial acerca de la admisibilidad de la pretensión, se sustenta en la tutela del derecho de defensa en juicio (art. 18,Constitución Nacional)(90).

Una vez producidas las alegaciones o vencido el plazo para hacerlo, el juez debe pronunciarse acerca de la admisibilidad de la instancia dentro de los 10 días (art. 24, in fine).

¿Qué sucede si el Estado no cumple con el plazo establecido para la remisión de los expedientes o, en su caso, con la prórroga otorgada?

La norma proyectada prevé que, en tal supuesto, el juez resolverá la admisión del proceso, tomando en cuenta la exposición de los hechos efectuada en la demanda, expidiéndose en el término de 10 días (art. 25).

Si, en cambio, el Estado remite en término los expedientes al juzgado interviniente, el juez correrá traslado a ambas partes para que aleguen acerca de la admisibilidad del proceso, pronunciándose dentro de los diez días (art. 24).

Las resoluciones judiciales de los arts. 24 y 25 serán apelables en relación (art. 26).

Resta agregar aquí que, en búsqueda de un mayor control y transparencia en la defensa de los intereses estatales en juicio, la iniciativa dispone que en toda acción en que sea demandado el Estado nacional, una entidad descentralizada o empresas o sociedades con participación estatal total o mayoritaria, deberá comunicarse por oficio a la Procuración del Tesoro la iniciación del proceso, la radicación y el monto reclamado, así como el monto de la reserva efectuada para demandar, en el futuro, por daños y perjuicios (art. 29).

6.2. Excepciones procesales

El proyecto no ha previsto, en forma expresa, la defensa procesal de inadmisibilidad de la pretensión articulada, cuando ésta carezca de algunos de los requisitos de admisibilidad propios del régimen contencioso administrativo.

Si bien la iniciativa remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la citada norma ritual no contempla este tipo de excepción (art. 347).

Creemos que podría incorporarse una disposición que estableciera como excepción previa la inadmisibilidad de la pretensión, cuando no se acredite el cumplimiento de los requisistos enunciados en los arts. 6º, 7º , 8º, 9º, 12, 13 y 18 del proyecto. Se trataría de una defensa de previo y especial pronunciamiento, que se sumaría a las enunciadas en los diversos incisos del art. 347 del CPCC y cuya deducción debería suspender el plazo para contestar la demanda(91).

Podría establecerse, también, que no es viable el planteo de inadmisibilidad de la pretensión como defensa de fondo al contestar la demanda, pues con tal restricción se evitaría el dispendio de actividad procesal que se ocasionaría de sustanciarse íntegramente el pleito y advertirse al tiempo de dictar la sentencia definitiva que la pretensión no es admisible porque, por ejemplo, se la dedujo extemporáneamente.

La razón que nos conduce a realizar esta sugerencia se funda en la circunstancia de que, conforme surge de la legislación procesal civil y comercial aplicable por remisión al ámbito contencioso administrativo, dos son los momentos procesales en los cuales el órgano jurisdiccional puede verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la pretensión, entre los que se encuentran los exigidos en los artículos antes citados.

El primero de ellos acontece en la etapa preliminar del proceso. Ello ocurre al ser remitidos por la administración los expedientes y antes de dar traslado de la demanda, una vez que se ha vencido el plazo de 10 días para que las partes aleguen acerca de la admisibilidad del proceso, en la etapa prevista en el art. 24.

La segunda oportunidad procesal para examinar el cumplimiento de los referidos recaudos, tiene lugar a raíz de la articulación de las excepciones procesales, entre las cuales es preciso enunciar en forma expresa la que sirve como vehículo para alegar la falta de cumplimiento de los presupuestos en cuestión.

Téngase presente al respecto que la resolución judicial que declara admisible la pretensión y dispone el traslado de la demanda a la contraparte no impide el posterior examen de los presupuestos procesales, toda vez que la demandada puede plantear su incumplimiento mediante el andarivel de las excepciones de previo y especial pronunciamiento. Pero para que ello pueda tener lugar en forma adecuada, estimamos conveniente la regulación del régimen específico de excepciones en el proyecto. De lo contrario, de seguirse aplicando el CPCC, podrían reiterarse los problemas que se han venido presentando hasta ahora, tales como los relativos a la oportunidad para articular la defensa de inadmisibilidad de la vía, estadio procesal para resolver tales planteos y suspensión del plazo para contestar la demanda cuando se articula en forma previa esta defensa(92).

En igual sentido, y para despejar toda duda al respecto ante los distintos criterios judiciales, estimamos que sería útil incorporar otra disposición que expresamente determinara que transcurrida la etapa de las excepciones, sin que se haya cuestionado la falta de alguno de los requisitos de los que depende la habilitación de la instancia, el órgano judicial debe decidir al tiempo de sentenciar sobre el fondo de la controversia, sin poder volver a revisar la admisibilidad de la pretensión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosas ocasiones, ha dejado sin efecto, con base en la doctrina de la arbitrariedad, sentencias pronunciadas por superiores tribunales de provincia y cámaras federales en las que, no obstante no mediar petición o defensa de la parte demandada, se desestimaron por su improcedencia formal demandas contencioso administrativas(93). Así, ha resuelto el máximo tribunal federal que 'si el juicio fue sustanciado sin que la demandada opusiera como excepción o como defensa la falta de agotamiento de la vía administrativa (...) la resolución objeto de recurso desbarató una situación procesal ya consolidada al amparo de la preclusión, en desmedro del debido proceso de la recurrente, que vio clausurada la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión'(94).

6.3. Audiencia. Determinación de los hechos de la causa y prueba. Cuestión de puro derecho

Inspirado en los principios de inmediación y de economía procesal, el proyecto prevé la realización de una audiencia, a celebrarse bajo pena de nulidad, en la que el juez fijará los hechos que resulten conducentes a la decisión del juicio y sobre los que habrá de versar la prueba (art. 31)(95).

Según se determina, la audiencia deberá realizarse dentro de los diez días de contestada la demanda. No se han contemplado expresamente los supuestos en que se deduzca una reconvención o se hubieren planteado excepciones previas o haya vencido el plazo para contestar los traslados respectivos Por tal motivo, creemos que podría reformularse el párrafo inicial del art. 31, disponiendo: 'Luego de contestado el traslado de la demanda o reconvención, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, o resueltas las excepciones previas, el juez citará a las partes dentro de los diez (10) días a una audiencia, que se celebrará con su presencia bajo pena de nulidad, en la que:' (conf. art. 359, CPCCN) (lo que está remarcado en letra cursiva es el agregado que se propone).

La audiencia constituye un acto fundamental del proceso, en tanto en ella el juez debe fijar por sí los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del pleito sobre los cuales versará la prueba y desestimar los

que estime inconducentes. Además, debe determinar cuáles pruebas son admisibles, decretando la apertura a prueba y el plazo para su producción (art. 31).

Si bien no se lo dispone en forma expresa, en virtud de lo establecido en el arts. 360, inc. 2º del CPCC —aplicable en forma supletoria en virtud del reenvío que realiza el art. 22 del proyecto— en dicho acto el juez recibirá y resolverá el pedido de oposición a la apertura a prueba y declarará si la cuestión es de puro de derecho, con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

6.4. Régimen de la prueba

En el régimen de la prueba se realizan algunas innovaciones respecto del sistema vigente, que estimamos valiosas.

La primera se vincula al momento de su ofrecimiento. El proyecto prevé que con la demanda, reconvención y contestación de ambas, deberá, además de acompañarse la prueba documental, ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intenten valerse (art. 32 inc. a)(96).

La iniciativa, con base en el principio de economía procesal, se aparta del sistema que la legislación procesal civil y comercial prescribe para el proceso ordinario y unifica el régimen de ofrecimiento de la prueba cualquiera sea el tipo de proceso (ordinario o sumario).

En principio, todos los medios de prueba son admisibles, con la única salvedad de la confesión de los titulares de los poderes estatales y de los entes descentralizados (art. 32, inc. c) los cuales podrán, obviamente, declarar en carácter de testigos.

La restricción a la absolución de posiciones de los funcionarios públicos está consagrada en varios códigos procesales administrativos provinciales(97), destacándose que en muchos de ellos se prevé, en reemplazo de aquélla, la presentación de un informe por escrito a preguntas formuladas por la contraparte(98).

Aunque las razones por las que los funcionarios no pueden confesar en el proceso no son exactamente las mismas que aquellas por las que no lo pueden hacer en el procedimiento administrativo, cabe recordar que el decreto 1759/72 (T.O. 1991 [EDLA, 1991-586]), reglamentario de la ley 19.549 preceptúa que 'no serán citados a prestar confesión la parte interesada ni los agentes públicos, pero estos últimos podrán ser ofrecidos por el administrado como testigos, informantes o peritos. La confesión voluntaria tendrá, sin embargo, los alcances que resultan de los arts. 423, 424 y 425 del cód. procesal civil y comercial de la Nación' (art. 59)(99).

Otro aspecto destacable y fundado, entendemos, en el propósito de evitar la producción de pruebas impertinentes, es el relativo a la necesidad de que las partes expliciten al momento de ofrecer la prueba testimonial qué extremos buscan probar (art. 32, inc. b).

La iniciativa prevé la participación de los consultores técnicos en la audiencia del art. 31. En efecto, el inc. d del art. 32 prescribe que los expertos referidos pueden concurrir a la audiencia munidos de los dictámenes que hubiesen elaborado, quedando el juez facultado para interrogarlos libremente.

Cabe recordar, sin embargo, que en esta etapa procesal el juez debe disponer cuáles son las pruebas admisibles y fijar el plazo para su producción. De tal modo, la participación del consultor técnico en el proceso sólo puede operarse con posterioridad a ese estadio procesal, por lo que entendemos que no es clara la finalidad para la que concurrirá a la aludida audiencia.

Por tal motivo, consideramos que podría ser eliminada la previsión del inciso d) del art. 32 y para despejar cualquier duda al respecto, determinar expresamente que el régimen de la prueba se rige en todo lo reglado en forma expresa por el establecido en el CPCC para el proceso ordinario.

Respecto de la previsión contenida en el último inciso del art. 32, según la cual si las partes hubieran acompañado dictámenes de los consultores técnicos, la pericia sólo se practicará sobre los puntos en disidencia en dichos dictámenes, consideramos que la disposición está haciendo referencia a la presentación de informes o estudios realizados por profesionales a solicitud de las partes, que fueran acompañados con los escritos de demanda, reconvención y sus contestaciones. En tal caso, sin embargo, quienes suscriban tales informes no tendrían la calidad de 'consultores técnicos', por lo que de ser como lo interpretamos— la redacción podría ser objeto de algún ajuste terminológico.

6.5. Régimen de ejecución de la sentencia. Sus alcances

Finalmente, el proyecto también contiene una disposición en la cual se regula el régimen de ejecución de las sentencias condenatorias del Estado Nacional. A tal fin se distingue entre aquellos pronunciamientos que condenan al Estado a pagar una suma de dinero, de los que imponen otro tipo de obligaciones que no signifiquen el pago de sumas monetarias.

Respecto de estas últimas se establece que los pronunciamientos judiciales tendrán efecto ejecutorio, rigiéndose por las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 33).

En cambio, sin introducir modificación alguna respecto a la situación actual, tratándose de fallos que obliguen a dar sumas de dinero, el proyecto remite a las disposiciones de los arts. 66/68 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (t.o 1997), la cual consagra el principio de la inembargabilidad de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público (art. 66) y un sistema de pago diferido de los montos adeudados. Así, en el art. 67 se determina que, sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido por la ley 23.982 [EDLA, 1991-262], las sentencias que condenen al Estado al pago de sumas de dinero, o cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, 'serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el Presupuesto General...' (art. 67).

Se conforma, así, un sistema que, basado todavía en la situación de precariedad de las cuentas públicas, otorga al Estado, por remisión a normas específicas, ciertas prerrogativas en materia de embargabilidad y ejecución de sentencias.

6.6. Medidas cautelares

Con un criterio amplio, en el proyecto se admite todo tipo de medida precautoria que sea apta para asegurar el objeto del proceso, la cual podrá ser solicitada en forma previa, simultánea o con posterioridad a la promoción de la demanda (art. 35).

Según lo dispone el art. 36, son aplicables las disposiciones atinentes a las medidas cautelares del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en la medida en que no sean incompatibles con sus disposiciones.

Como acontece en la mayoría de los códigos procesales administrativos provinciales, se regula en forma específica la medida cautelar propia del contencioso administrativo, tal es la suspensión de los efectos del acto (art. 35).

Es importante destacar que dicha suspensión puede ser solicitada no sólo como medida cautelar sino también como 'objeto sustancial de la acción deducida'(art. 35).

Consideramos que, en este último caso, el legislador está pensando en aquellos supuestos en que existe un procedimiento administrativo en trámite, aún no agotado, en el que se ha dictado un acto cuya suspensión es solicitada en sede administrativa, con suerte adversa para el particular.

En tal hipótesis, éste podrá interponer una acción cuyo objeto se agotase en la suspensión por orden judicial del acto en cuestión. Esta suspensión no sería 'accesoria' de una acción principal a impetrar a la brevedad, toda vez que faltaría un requisito de admisibilidad básico para dicha acción principal: el agotamiento de la instancia.

En cuanto a los recaudos para la procedencia de la suspensión(100), el proyecto fija los siguientes:

a) que se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución ocasionará perjuicios graves que resultan mayores que los que generaría la suspensión;

b) que el acto ostente ilegalidad manifiesta y grave(101);

c) que no afecte gravemente al interés público(102) (art. 37).

Dos aspectos se destacan:

- Con buen criterio, no se exige la irreparabilidad del perjuicio, sino que aquél cause un daño mayor al que

generará la suspensión.

Sobre al particular cabe recordar que la jurisprudencia del fuero enseña que los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar(103).

- El proyecto es exigente con la acreditación del requisito del fumus bonis iuris en tanto requiere que el acto presente una ilegalidad grave, con lo cual si el vicio que padece el acto es leve la tutela cautelar no sería procedente. Cabe reflexionar, sin embargo, si una actuación viciada levemente, de modo manifiesto(104), no es susceptible de justificar, en ciertos casos, el amparo cautelar.

El proyecto también prevé que la solicitud judicial de suspensión pueda efectuarse encontrándose pendiente la instancia administrativa —es decir, no agotada— para lo cual deberá demostrarse que, previamente, se pidió la suspensión en sede administrativa y que la decisión fue adversa o han transcurrido 10 días desde que se la presentó (art. 38).

Los requisitos de procedencia de esta suspensión son los del art. 12 LNPA, por lo que bastará que el particular acredite que se configura una sola de las causales enunciadas en dicho artículo (razones de interés público, perjuicios graves al interesado o alegato fundado de nulidad absoluta del acto).

La iniciativa establece recaudos diferenciados de procedencia según se encuentre, o no, agotada la instancia administrativa. En el primer caso, la Administración posee ya status de 'sujeto enjuiciable', mientras que en el segundo, no. Por tanto, se ha entendido que en este último supuesto (es decir, cuando aún no está agotada la instancia administrativa) resulta aplicable el art. 12 LNPA, 'pues en él se trata, precisamente, de actuar jurisdiccionalmente una cláusula prevista, específicamente, para la Administración. Es ésta su destinataria, y, en relación con ella la justicia no debe sino controlar su aplicación cuando la petición ha sido denegada expresamente o respondida, simplemente, con el silencio'(105).

A su vez, se ha expresado que en el caso del pedido de suspensión estando la instancia administrativa agotada, el juez se encuentra ante la inminencia de un conflicto o directamente ante él, por lo que resulta razonable que encamine el accionar procesal en los cauces del Código ritual específico(106).

De este modo, entonces, se establecen requisitos propios, que vienen a reafirmar a la suspensión del acto como la medida cautelar por excelencia del derecho administrativo, ya en su faz procedimental administrativa (art. 12 LPA), como en su manifestación procesal judicial (art. 38 de la norma sub examine).

Estas disposiciones resultarán, asimismo, de aplicación, cuando se trate de la suspensión de un hecho o de la ejecución de un contrato administrativo (art. 41).

Por último, el proyecto contempla también las denominadas medidas cautelares positivas.

La doctrina las ha definido como aquellas que importan la emisión de un mandato judicial a la Administración, para que ésta observe una conducta activa, es decir no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos, sino, directamente, una obligación de hacer(107).

Tratándose de un 'obligar a hacer' a la Administración, las condiciones para su admisibilidad son, ciertamente, más estrictas. Así, el proyecto postula su viabilidad siempre que:

a) la verosimilitud del derecho exhiba 'una probabilidad cualificada, por aparecer como jurídicamente procedente el derecho material invocado' (adviértase que se trata de una verosimilitud que es más que la exigida para la admisibilidad de las cautelares típicas del CPCC, pero que no alcanza el grado de certeza, pues en tal caso el juez estaría resolviendo sobre el fondo);

b) presencia de una obligación pública cuya existencia no resultare seriamente cuestionable;

c) peligro cierto de que la demora en su otorgamiento pueda ocasionar un 'daño irreversible, imposible de reparar con la sentencia que dirima la controversia' (art. 42). También en ese aspecto se observan recaudos más estrictos para su admisibilidad, pues a diferencia de la suspensión del acto —que es viable con la acreditación de que la ejecución de éste ocasionaría perjuicios graves, mayores que los de la suspensión (art.

37, inc. a)— es necesario acreditar el daño irreversible, imposible de reparación con la sentencia.

7. Los recursos directos y acciones especiales

La propuesta legislativa busca la unificación del trámite en materia de recursos directos y acciones especiales, estableciendo que todos ellos habrán de regirse por el procedimiento que establece el Título VII.

Es sabido que este tipo de recursos y acciones se encuentran diseminados en múltiples normas que reglan también diferentes procedimientos especiales. La finalidad del proyecto es la de unificar (en lo esencial) todos estos trámites en el régimen genérico que se propicia.

La solución es loable pues es evidente que la diversidad de procedimientos y recursos o acciones especiales no sólo atenta contra la seguridad jurídica sino también contra el derecho a la tutela judicial , ya que torna muy dificultoso su conocimiento para los litigantes(108).

Como principio general se establece que cuando existan recursos de este tipo, ellos constituirán 'la única vía idónea para la impugnación de actos administrativos' (art. 43, segunda parte).

Se valora, en el proyecto, que la existencia de una acción o recurso directo, en el marco de un procedimiento administrativo especial, denota la voluntad del legislador de que ellos operen con exclusividad, desplazándose, mediante esa vía atípica, la ruta procedimental ordinaria, que implicaría la necesidad de agotar la instancia e impugnar judicialmente por intermedio de una acción. Se sigue de este modo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que surge de los fallos dictados en las causas 'Torres'(109), 'Donaruma'(110) y 'Mocoroa'(111).

El plazo genérico para interponer la acción o recurso directo es de treinta días contados a partir de la notificación del acto definitivo objeto de impugnación (art. 44).

A fin de evitar que, por la profusión de procedimientos especiales que prevén acciones especiales y recursos directos, el administrado pueda desconocerlos perdiendo la posibilidad de ocurrir a sede judicial en los generalmente breves plazos que se prevén (recuérdese que, cuando existan, las acciones especiales y recursos directos serán los únicos 'medios válidos para la impugnación de los actos administrativos', desplazando, consecuentemente, el sistema tradicional de agotamiento de la instancia y la impugnación en primera instancia), la norma estipula que en la notificación de los actos que sólo den lugar a estos recursos o acciones se deberá consignar dicha particularidad. Si se la omite, el plazo para interponer la acción o el recurso se amplía a 60 días a partir de la notificación (art. 46).

La solución es razonable, pues ante la omisión de informar la existencia de la acción o recurso especial se duplica el plazo genéricamente establecido en el art. 44 para su interposición.

Es de destacar, asimismo, que la norma expresamente determina que de existir hechos controvertidos la cuestión deberá ser abierta a prueba (art. 49), tomando partido por el carácter amplio de la revisión judicial de lo actuado en sede administrativa(112). Esta revisión abarcará, en consecuencia, tanto el derecho como los hechos en cuestión.

El carácter de verdadero proceso revisor que la acción especial o recurso directo poseen queda evidenciado, asimismo, en las previsiones que consagran la posibilidad, con particularidades propias, de peticionar la suspensión del acto cuestionado en oportunidad de la presentación de tales remedios (art. 51 y ss.).

8. Amparo por mora

Este instituto procesal, se encuentra legislado en el título VIII del proyecto, arts. 54 a 59.

La regulación se basa, casi textualmente, en el contenido del actual art. 28 de la LPA(113), aunque efectuándose precisiones de valía. Estas son:

a) La pretensión de amparo por mora podrá promoverse, se haya o no requerido, previamente, el pronto despacho establecido en el art. 10 de la ley 19.549; y si este fue planteado, mientras no se obtenga la resolución expresa, ya sea antes o después de vencido el plazo para que la administración se pronuncie.

Sobre el particular cabe recordar que un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia sostiene que

interpuesto el pedido de pronto despacho para producir el silencio administrativo denegatorio no es admisible deducir la pretensión de amparo por mora, porque rige el principio que indica que elegida una vía no es posible después intentar la alternativa(114). Con buen criterio, y al igual que la nueva legislación procesal administrativa bonarense (art. 76), en el proyecto se ha seguido por la senda opuesta en tanto, conforme lo dispone el art. 57, el pedido de pronto despacho no impide la utilización de esta vía procesal.

b) Las resoluciones que adopte el juez en el trámite del amparo, serán inapelables, inclusive la sentencia (art. 56).

En este aspecto, incorpora un elemento aclaratorio de valía, pues la vigente LNPA determina que 'La decisión del juez será inapelable', previsión que obliga a interpretar si la inapelabilidad comprende sólo a la declaración de procedencia del amparo o a la sentencia que determina si existió o no tal mora.

La norma en estudio, especifica que las resoluciones que dicte el juez durante el trámite del amparo y la sentencia definitiva, serán inapelables, sentando un criterio diverso al de la jurisprudencia de la Cámara Contencioso-administrativa, sostenido en el plenario 'Zubdesa'(115), y concordante con la doctrina fijada por otros fueros, tales como el de la Justicia del Trabajo(116).

c) En caso de incumplimiento a la orden de pronto despacho el juez deberá, a pedido de parte, aplicar sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas, es decir astreintes, especificándose que se aplicarán al funcionario que debió haber emitido el acto (art. 58).

Es encomiable, a nuestro entender, la pretensión de hacer correr con el costo de las astreintes al funcionario que incumpla, pues busca sancionar al incumplidor donde —usualmente— más suele molestar, que es en el peculio personal(117).

La experiencia pone de manifiesto que en general la aplicación de astreintes a la Administración no siempre constituye un medio apto para obtener la ejecución de los mandatos judiciales. En cambio, distinto es lo que ocurre cuando la sanción conminatoria recae sobre la persona del funcionario responsable(118). En tal sentido, con acierto, se ha expresado: 'Una sanción compulsoria para ser efectiva requiere de la atribución de la obligación de cumplir a una persona física determinada; de otro modo la obligación se dispersa, se diluye, se torna incierto quien debe cumplir, convirtiéndose la constricción nada más que en un medio de generación de acreencias'(119).

d) Otro aspecto digno de mención es que transcurrido el plazo fijado en la sentencia judicial sin que la Administración dicte el acto pertinente, el art. 55 dispone que se considerará que se ha producido un supuesto silencio administrativo en los términos del art. 10 de la ley 19.549.

9. Derogación de normas existentes

El Título IX se ocupa de las normas complementarias, estableciendo que cuando en normas especiales se establezca la aplicación del régimen del amparo por mora de la ley 19.549, regirán las previsiones establecidas, para el mismo instituto, en el Código que se proyecta.

Se dispone expresamente la derogación de la antigua ley 3952 de demandas contra la Nación y, lógicamente, la del Título IV de la LNPA (arts. 47 y 48).

Fuera de ello, se aclara que los plazos del Código se contarán por días hábiles administrativos o judiciales, según que deban cumplirse en sede administrativa o judicial, respectivamente (art. 62), fijándose, de antemano, qué carácter tienen algunos de los términos establecidos en ciertas previsiones de la iniciativa (art. 62 in fine).

III

Conclusiones

Conforme lo hemos señalado inicialmente, la necesidad del dictado de un Código contenciosoadministrativo en el ámbito federal es un hecho incontrovertible.

Los instrumentos normativos con los que hoy contamos son insuficientes para reglar este tipo especial de contienda como es la contencioso administrativa, en la cual están en juego no sólo intereses de particulares,

sino también el de toda la comunidad. Además, el 'formidable privilegio posicional' que ostenta la Administración pública y que consiste en la facultad de dictar actos que se presumen legítimos y son ejecutorios'(120), y con el cual se presenta ante la justicia, exige una regulación procesal específica y, por ende, en muchos aspectos diferenciada de la que contiene el CPCC.

Es cierto que el proceso judicial —a diferencia del procedimiento administrativo que tiene por fin la satisfacción inmediata del interés público—, lleva por norte la resolución de controversias, entre partes que cuentan con intereses contrapuestos.

Pero no lo es menos, que no es conveniente que todo proceso judicial se resuelva por idénticas reglas.

En el caso, las normas del proceso civil y comercial se manifiestan, muchas veces, insuficientes —cuando no directamente incompatibles—, con los particulares problemas que plantean los institutos del Derecho Administrativo.

En consecuencia, consideramos por demás valioso el esfuerzo por encarrilar aquellos procesos que tienen por parte al Estado Nacional lato sensu —y por materia a la administrativa— en cauces propios, diferenciados del régimen procesal privatista.

Bajo esa óptica, puede afirmarse que el proyecto examinado deja traslucir en cada una de las materias abordadas la preocupación de sus redactores por el constante mantenimiento del equilibrio entre los derechos de los particulares y los de la comunidad estatal.

El proyecto que dio lugar a estas aproximaciones cuenta, a nuestro juicio, con el mérito de haberse mostrado permeable, en gran medida, a la voz de la jurisprudencia. Ello queda reflejado en los diversos institutos que fueron motivo de sucinto examen y que proyectan en el texto legal posiciones sostenidas por nuestro supremo tribunal federal y por la cámara del fuero.

También es computable positivamente la valoración de los distintos proyectos que han sido tenidos en cuenta para la redacción del que hoy es objeto de análisis y de la legislación procesal administrativa de las provincias.

En suma, consideramos que la propuesta legislativa acredita poseer aptitud como para convertirse, de ser aprobado, en una herramienta capaz de asegurar a los particulares el respeto cabal de sus garantías sin por ello desconocer, en absoluto, las necesarias prerrogativas que titulariza la Administración para la gestión objetiva de los intereses generales.

Asimismo, entendemos que la iniciativa ayudará a ceñir la actividad estatal al imperio de la legitimidad, pues el derecho de fondo administrativo encontrará su quicio procesal específico —por tanto, más adecuado— en un proceso contemplativo de los particulares institutos que rigen la actuación administrativa del Estado.

Es así que, tal como se vio a lo largo del examen realizado, el Código en vías de aprobación legislativa preserva las habituales prerrogativas procesales estatales, vinculadas al agotamiento de la instancia administrativa previa a la demanda judicial y los plazos breves de caducidad para accionar judicialmente contra el Estado.

Con relación al procedimiento de ejecución de sentencias, el proyecto resulta concorde con la legislación vigente, toda vez que remite a las disposiciones de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto

El régimen exorbitante en materia de prerrogativas, se vislumbra, asimismo, en las previsiones que permiten al Estado demandar la invalidez de sus propios actos, que el Código faculta, sin que —en el caso—, deba respetarse el breve plazo de caducidad que rige para los particulares, aunque sí las pautas que surgen del instituto de la prescripción, cuando resulten de aplicación.

De otro lado, se preserva la garantía de mayor envergadura con la que cuenta el particular, que es aquella que se vincula con la posibilidad de obtener una revisión judicial amplia del obrar administrativo, garantía ya explicitada en antecedentes de la Corte Federal, tales como el fallo emitido en la causa 'Cabrera'(121) y cuyo espíritu el Código proyectado recepta.

Si bien cierta categoría de actos no resultan judicialmente revisables (v.gr., actos institucionales), ello no obedece a un irritante privilegio estatal, sino a la circunstancia de que no se trata de actos que, directamente, causen agravio a los particulares. Los efectos o consecuencias de los actos de ejecución de

aquéllos, en cambio, sí resultan abarcados por la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto agravien derechos o intereses de los administrados jurídicamente protegidos.

Es también importante, desde el punto de vista del administrado, la explícita ampliación de la legitimación procesal activa, incorporando —al lado del derecho subjetivo clásico y como categoría judicialmente tutelable — a la de los intereses jurídicamente protegidos, cuya extensión quedará, en cada caso, en manos del juez.

Coadyuva, asimismo, al refuerzo de las garantías de los particulares, el establecimiento de plazos breves para que se produzca la denegatoria por silencio, ante el pedido de suspensión del acto administrativo; o bien la reducción del término para tener por acreditado la denegación por silencio ante el reclamo administrativo previo.

En otro orden de ideas, la clarificación de algunas cuestiones que daban lugar a discusiones doctrinarias y jurisprudenciales viene a consolidar, por vía de la seguridad jurídica que añaden, las garantías de los particulares y las prerrogativas de la Administración, pues ambos sabrán mejor a qué atenerse en el ámbito del proceso.

Así, es importante para el particular y para el Estado, saber de antemano y con certeza, por ejemplo, que lo que se resuelva en un amparo por mora, tanto en lo atinente a su trámite como en lo concerniente a la resolución final, resultará irrecurrible.

De similar manera, también será útil para ambos, saber que cuando se pretenda una reparación por daños y perjuicios fundada en un acto ilegítimo, devendrá imprescindible recurrir administrativamente la ilegitimidad del acto, como condición necesaria para el posterior reclamo judicial indemnizatorio.

Y, de igual forma, implica un valor agregado que beneficia a la seguridad y certeza que debe presidir a las relaciones jurídicas, conocer que si la pretensión reparatoria finca en un obrar lícito de la Administración, no será necesario agotamiento de la vía alguna ni, consecuentemente, dar inicio a la acción en el breve plazo de caducidad.

En suma, el proyecto diseña una armónica conjunción de prerrogativas y garantías, en cuyo equilibrio radica la nota específica del derecho administrativo todo. De modo tal que, puede afirmarse, se trata de un propuesta que conjuga sabiamente los requerimientos del bien común a los que la administración debe atender, con la adecuada y necesaria tutela efectiva de los particulares, en el seno de las relaciones contencioso-administrativas.

Anexo

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ...sancionan con fuerza de ley.

Código Contencioso Administrativo de la Nación

Buenos Aires,

Al Honorable Congreso de la Nación:

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad a fin de someter a su consideración el presente proyecto de Código Contencioso Administrativo de la Nación.

I

Antecedentes

Fue una constante aspiración de la doctrina disponer en el orden nacional de una ley que regulara orgánicamente el aspecto ritual de la materia administrativa, tal como ocurre en casi todo el ámbito de competencia provincial.

Cabe recordar que en la actualidad sólo se cuenta con el título IV de la ley 19.549 [ED, 42-917] y con la antigua normativa de la ley 3952; la carencia de una legislación adecuada que esa situación provoca, debió en no pocas ocasiones ser cubierta por la labor pretoriana de la jurisprudencia, lo que evidencia la impostergable

necesidad de incorporar a nuestro derecho positivo un cuerpo normativo sistemático y autosuficiente que rija el procedimiento contencioso administrativo.

En la elaboración de este proyecto se han tenido en cuenta el que preparó en el año 1994 una comisión de especialistas constituida por el Ministerio de Justicia por Resolución 897/93, integrada por los doctores Miguel S. Marienhoff, Rodolfo Barra, Juan Carlos Cassagne, Julio Rodolfo Comadira, Carlos Manuel Grecco, Juan Octavio Gauna y Juan Carlos Cantero, y el que, diseñado por el Ministerio de Justicia, siguiendo en lo esencial al de la referida comisión, fue presentado a vuestra honorabilidad en el año 1995, bajo la denominación de 'Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de Demandas contra la Nación y Demás Entes Estatales'.

También se consideraron los proyectos de Bartolomé A. Fiorini (año 1963); Manuel María Diez, José María Avila y Agustín A. Gordillo (año 1965); y Juan Carlos Cassagne, Juan Francisco Linares y Miguel S. Marienhoff (año 1981).

No han dejado de valorarse en la labor emprendida, anteriores proyectos preparados también por prestigiosos juristas, ni la opinión de la doctrina más caracterizada del país y la jurisprudencia en el tema, especialmente la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la del fuero contencioso administrativo.

Particular atención merecieron los códigos provinciales más modernos, en los que se ha dado un tratamiento actualizado a la disciplina procesal administrativa y hasta se han incorporado institutos novedosos, como es el caso de la medida cautelar positiva, que es motivo de regulación en los de Buenos Aires (art. 22, inc. 3°), Santa Fe (art. 14) y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 17), y que también acoge el que es ahora motivo de elevación.

Se tuvo a la vista, asimismo, la ley española 29/1998, 'Reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa'.

II

El texto propuesto

Ya con referencia concreta al texto de la normativa que se eleva a la consideración legislativa, creo oportuno destacar que a cada una de las problemáticas que integran el sistema procedimental contencioso administrativo, se le ha dedicado un título, en el que se procura agotar su tratamiento, sin desconocer lo arduo de tal propósito, pero con la decisión de aproximarse a él en la medida de lo posible; así, resulta:

Título I

Trata de la competencia contencioso administrativa.

Al regular este aspecto se ha tenido en cuenta que como lo destaca Perrino, 'el núcleo esencial de todo ordenamiento procesal administrativo lo constituye la materia contencioso administrativa porque ésta es el elemento que impone la jurisdicción contencioso administrativa' (Perrino, Pablo E., La competencia de los tribunales contencioso administrativos en el nuevo código procesal contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, [ED, 178-984]).

En tal sentido, se sienta el principio general de que esa materia se hace presente en las controversias que reúnan dos características fundamentales: a) que se originen en la actuación del Estado o de sus entes descentralizados y b) que se rijan por el derecho administrativo.

Con carácter particularizado se hace referencia a su alcance respecto de diversos supuestos específicos, tales como la impugnación de actos administrativos de alcance individual o general, unilaterales o bilaterales; en todos los casos, comprende tanto a la actividad reglada como a la discrecional. Se contemplan, asimismo, las situaciones en las que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas asumen el papel de demandantes.

La existencia de actos administrativos bilaterales ya fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en 'Metalmecánica, S.A.C.I. c. Gobierno de la Nación' en pronunciamiento del 23/12/76 (Fallos, 296:672).

También reconoció el Superior Tribunal el carácter justiciable de los actos discrecionales; así, en 'Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos', 23/6/92, dijo '…que la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en

absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable. En otras palabras, que aun aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que ‘la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba’ (D.M.K Realty Corp. V. Gabel, 242 N.Y.S. 2d 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar como bien se ha señalado- ‘una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos’ ' (García de Enterria, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo, t. I pág. 433 4ª Civitas, 1984, Madrid. (Fallos, 315:1361).

La posibilidad de que el acto discrecional sea justiciable es reconocida expresamente por los códigos procesales en materia contencioso administrativa de las provincias de Corrientes (art. 3º, inc. a), La Pampa (art. 2º inc. a), Chaco (art. 6º), Entre Ríos (art. 2º inc. a), Formosa (art. 2º inc. a), La Rioja (art. 2º inc. a), Misiones (art. 6º inc. a) y Mendoza (art. 2º inc. a).

Se incluyen en este título las demandas por responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, las entidades descentralizadas y aquellas personas jurídicas cuya actividad esté regida por el derecho administrativo; así como lo relativo a juicios de expropiación y/o vinculados a limitaciones a la propiedad privada en interés público.

Lo normado en el proyecto respecto de personas jurídicas no estatales que, no obstante ello, desarrollan actividades públicas, encuentra antecedentes en la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal.

En efecto, en Fallos, 308:987 in re: 'Ferrari, Alejandro Melitón c. Estado Nacional (P.E.N.) s/ amparo', la Corte Suprema de Justicia, destacó, respecto del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que aunque esa entidad tenga rasgos que pueden encontrarse en las sociedades civiles o gremiales, está 'destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado, y que éste por delegación, circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia'.

Y en su voto el Ministro Petracchi hizo mención a que la propia ley 23.187 [EDLA, 1985-72], que organiza el Colegio Público de Abogados, en el párr. tercero del art. 17, establece que la actuación de esa entidad que se refiera al ejercicio del cometido administrativo que esa norma le habilita 'se regirá observando supletoriamente la ley 19.549 de procedimientos administrativos'.

Resulta ilustrativo al respecto, lo resuelto por el Superior Tribunal de la Nación, en la causa 'Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Benjamín Martínez Echenique', en la que en pronunciamiento del 1º de septiembre de 1992 (Fallos, 315:1830), decidió que era competente para entender en la demanda ejecutiva por cobro de cuotas adeudadas por el demandado, la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital.

En ese fallo la Corte se remitió a los conceptos desarrollados por el Procurador General, quien consideró que la actora funcionaba 'con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita la ley de creación, actuar que se rige por esa norma y supletoriamente por la ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (art. 17, ley 23.187)'.

Agregó en esa oportunidad el Procurador General, que por la índole de las prestaciones reclamadas en el juicio, la acción intentada debía considerarse 'comprendida entre las causas contencioso administrativas a que se refiere el art. 45, inc. a) de la ley 13.998, desde que el mencionado art. 17 de la ley 23.187 atribuye naturaleza administrativa a los actos o decisiones de dicha entidad actora'.

Parece adecuado, pues, que las controversias en las que sean parte personas jurídicas que cumplan actividades de finalidad pública, en los aspectos en que tales funciones estén regidas, directa o supletoriamente por el derecho administrativo, tramiten por ante el fuero contencioso administrativo.

Ese es el criterio que adopta el art. 2º, inc. 3º del Código de la Provincia de Buenos Aires.

También lo acoge el art. 2º, inc. c) de la ley española 'Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa', la que en la exposición de motivos explica el porqué del temperamento adoptado, diciendo que es imprescindible 'la sujeción al enjuiciamiento de la jurisdicción Contencioso-administrativa de actos y disposiciones emanados de otros órganos públicos que no forman parte de la Administración, cuando dichos actos y disposiciones tienen, por su contenido y efectos, una naturaleza materialmente administrativa'.

Caen, asimismo, bajo la competencia que regula el Código, las acciones que se entablen contra los órganos Legislativo o Judicial o los que actúen en los ámbitos de éstos, o el Ministerio Público.

La extensión de la competencia contencioso administrativa respecto de las acciones en las que se demande al órgano legislativo o al judicial, encuentra apoyo en fallos como el pronunciado por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal del 5/08/93 en 'Huarte, Horacio H. c. Estado Nacional, Cámara de Diputados', LL, 1994-E-705 y la Sala III del mismo fuero el 5/11/91 en 'Narváiz, Pedro c. Corte Suprema de Justicia de la Nación' LL, 1992-B-558.

Quedan además comprendidas en las previsiones de la normativa proyectada, las controversias relativas a impuestos, tasas y demás contribuciones, así como aquellas en las que se impugnen actos regidos por el derecho tributario, financiero o aduanero.

Es que por la índole de esas causas, las partes intervinientes y la naturaleza de la cuestión debatida, los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, se presentan como los más indicados para entender en ellas.

Se excluye a los actos institucionales, dado que éstos no pueden afectar directamente a los particulares; pero se declaran justiciables, en cambio, los efectos o consecuencias de los actos de ejecución de aquéllos, así como las cuestiones relativas a las indemnizaciones que en cada caso correspondan.

En el mismo sentido resuelve esta cuestión el Código que en la materia rige en la provincia de La Pampa (art. 3º, inc. a).

Tal exclusión se debe a que esos actos, como lo enseña Marienhoff, por su índole no afectan derechos subjetivos de los administrados. 'Estos últimos derechos recién podrán verse afectados, directa e inmediatamente, a raíz de actos emitidos como consecuencia de los mencionados actos institucionales' (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1993, t. II pág. 766).

Ese fue el criterio que siguió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Timerman' ([ED, 85-144] Fallos, 300:816), en el que reivindicó para el Poder Judicial en general y para ella en particular, el control jurisdiccional 'sobre la aplicación concreta' de los poderes de excepción que otorga al Poder Ejecutivo el art. 23 de la Constitución Nacional en materia de estado de sitio.

Título II

Regula la legitimación, haciéndola extensiva no sólo a quienes aleguen un derecho, sino, también, a los que invoquen una lesión, afectación o desconocimiento de sus intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, ya que no existe diferencia, en cuanto a la esencia, entre esas situaciones; en ambas se reconoce al administrado la facultad de exigir por parte del Estado un determinado comportamiento.

Es que, en verdad, en los dos casos existe un verdadero derecho subjetivo, sea que se lo llame así o que se lo denomine interés legítimo, como hace el proyecto español, o que, simplemente, se hable de interés tutelado.

Dromi, luego de incluir dentro del concepto de derecho tanto al derecho subjetivo como al interés legítimo, desde 'una perspectiva sustancial, con respecto a la esencia y contenido más que a los resultados procesales', lo caracteriza como 'aquella situación favorable del sujeto de derecho producto de una relación con otro sujeto por la cual este último resulta obligado' (Dromi, José Roberto, Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública, Bogotá ,1980, pág. 41).

En el mismo sentido, el profesor García-Trevijano Fos, sostuvo: 'No existen derechos subjetivos e intereses legítimos como categorías sustanciales de distinta configuración' y agregó que el 'interés sustancial no es distinto del derecho, sino que es aquello que en cada momento moldea y rellena su concepto' (García-Trevijano Fos, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid 1974, t. I. pág. 562).

Al respecto, Barra entiende que los administrados son titulares de derechos a aquella parte del bien común 'que la Administración realiza y distribuye. Exactamente a la 'cosa misma justa' valorada de acuerdo con la comparación proporcional según la dinámica propia de la justicia distributiva'.

'Desde esta perspectiva no cabe la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo' (Barra, Rodolfo Carlos,

Principios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1980, pág. 281).

Igual criterio se desprende del fallo del 12/09/95 pronunciado por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en autos 'Monges, Analía M c. U.B.A.-Resolución 2314/95' ([ED, 165-539]).

Extienden la legitimación tanto al derecho subjetivo como al interés legítimo los Códigos de Corrientes (art. 1º), La Pampa (art. 2º, incs. a, b y e), Córdoba (art. 1º inc. c), Entre Ríos (art. 1º), Formosa (art. 1º), La Rioja (art. 1º) y Mendoza (art. 1º); el de la provincia de Buenos Aires, en su art. 13 utiliza una formulación más dúctil en cuanto a la amplitud de su ámbito de aplicación, que ha sido reproducida, textualmente, en el proyecto que elevo; este es, también, el criterio seguido, aunque con una redacción distinta, por el Código de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 6º).

El mismo criterio sustancial adopta la ley española 'Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa', ya que si bien en el art. 19.1.a) establece que están legitimadas ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, 'las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo', en la exposición de motivos afirma que el concepto de interés legítimo es 'comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio', y que 'ninguna diferencia hay ya entre la legitimación por derecho subjetivo y por interés legítimo'.

Y para comprender adecuadamente la extensión que la ley española acuerda a la legitimación, basta observar que incluye entre quienes están alcanzados por ella, entre otros, a:

1) 'Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el art. 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos' (art. 19.1.b.); vale puntualizar que el art. 18 al que se refiere el texto transcripto, menciona a 'Los grupos afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos'.

2) 'Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes' (art. 19.1.h.).

Título III

Aborda el problema del agotamiento de la instancia administrativa.

La significación de este instituto y el porqué de su inclusión en el Código ritual administrativo, puede explicarse acudiendo a una de las conclusiones a las que arribó la Comisión de Derecho Procesal Administrativo del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, en la que se sentó el siguiente criterio: 'Se considera conveniente mantener el sistema de agotamiento previo de la vía administrativa, simplificándola y abriéndola, en tanto el procedimiento administrativo es un modo de ejercer el autocontrol estatal y de protección de los derechos individuales' (La Ley, Actualidad 17-VIII-1993).

Ello así, entrando ahora a la exposición de los lineamientos generales de este título, cabe señalar que en él se establece, con relación al acto administrativo de alcance particular, que el agotamiento de la instancia se produce a través de la resolución de los recursos pertinentes.

El texto ofrece la particularidad de que aclara que ese procedimiento también rige respecto de los actos dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración.

Acerca de esta cuestión se dieron dos criterios: uno, expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Mevopal' (Fallos, 307:2216) y, otro, el sentado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, en fallo plenario, en el caso 'Petracca' ([ED, 118-391]; LL, 1986-D-10).

En Mevopal dijo la Corte: 'Los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su art. 25'.

Por su parte, en 'Petracca', el fallo plenario de la Cámara, estableció la siguiente doctrina legal: 'La impugnación de los actos administrativos prevista en los incs. a) y b) del art. 23 de la ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su art. 25'.

Finalmente, en 'Gypobras', en fallo del 5 de abril de 1995 (Fallos, 318:441), el Supremo Tribunal adoptó el criterio sostenido por la Cámara en 'Petracca', al afirmar en el segundo párrafo del considerando 6°: 'En consecuencia es indudable la aplicación del art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los pleitos relativos a relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la Administración'.

Es esta última solución la que se presenta como más apropiada, ya que no se advierten razones de entidad suficiente para modificar el régimen de impugnación de los actos, por el hecho de que se dicten durante la ejecución de un contrato de la Administración, ni para alterar en tales supuestos el régimen general de caducidad que rige para la interposición de las acciones judiciales.

Al comentar el citado pronunciamiento de la Corte en 'Gypobras', Laura M. Monti de Hitzfelder, acorde con el criterio expuesto en ese decisorio, manifiesta su convencimiento acerca de que es 'necesario el respeto de la exigencia de la impugnación administrativa de cada acto, mediante los recursos pertinentes, así como de los plazos de caducidad para la impugnación judicial de aquéllos' (La Aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 en el Ambito de los Contratos Administrativos, Jurisprudencia Argentina, 1996-IV-801).

Con relación al acto administrativo de alcance general, se siguen los lineamientos que contiene el art. 24 de la ley 19.549, que representaron y continúan representando un sistema de avanzada, acorde con los ordenamientos más modernos.

Se prevén las dos variantes contenidas en la norma citada, con la particularidad de que respecto de la impugnación directa del acto administrativo de alcance general por medio del reclamo impropio, se dispone que el particular deberá agotar la instancia, siguiendo el procedimiento que rige en materia de recursos.

Ello, toda vez que no se advierten motivos suficientes para que con los actos de alcance general no se observe en sede administrativa el mismo procedimiento impugnatorio que rige para los de alcance particular, ya que se dan respecto de aquéllos, las mismas circunstancias que tornan conveniente la aplicación de tal procedimiento con relación a éstos.

Además, se establece en forma expresa que la interposición del reclamo no estará sujeta a plazos, sin perjuicio de lo que resulte procedente en materia de prescripción.

Se dispone, asimismo, que cuando se produzca el silencio de la Administración, deberá impugnarse la denegatoria tácita que conlleva, para agotar la instancia administrativa.

La impugnación de la denegatoria tácita se instrumenta mediante un reclamo, cuya interposición no estará sujeta a plazo, que se presentará ante la autoridad superior que corresponda, de acuerdo con el procedimiento que rige en materia de recursos administrativos.

Con esto se pretende, a la vez, que la Administración tenga oportunidad de autocontrolarse, dándole intervención al órgano superior, y que al particular le quede otra posibilidad de obtener el pronunciamiento expreso y fundado al que tiene derecho.

En cuanto a la reclamación administrativa previa a la demanda judicial, si bien se sigue la idea genérica del art. 30 de la ley 19.549, se amplía el espectro de las autoridades del Estado a las que puede estar dirigida, ya que puede ocurrir que no sólo el Poder Ejecutivo sea objeto de reclamo, sino, también, el Legislativo, el Judicial, los órganos que actúen en sus ámbitos, o el Ministerio Público.

Por eso es que en el art. 9º del proyecto se establece que la reclamación podrá estar dirigida al Presidente de la Nación, a la Jefatura de Gabinete o al Ministerio o Secretaría de la Presidencia de la Nación competente, o a los presidentes de las respectivas Cámaras Legislativas, o al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, o a las máximas autoridades de los órganos que actúen en los ámbitos legislativo o judicial, o al Procurador General o Defensor General, según el caso.

Congruente con esa diversificación de los funcionarios ante los cuales se puede deducir la reclamación administrativa, que son los de máximo rango en cada una de sus áreas, a la hora de establecer los supuestos en los que no será necesario agotar la instancia, entre otras, se contempla la situación de que el acto administrativo de alcance particular dictado previa audiencia o intervención del interesado, o el silencio de la Administración, provinieran de quienes ostentaran esas jerarquías o de los órganos en los que hubieran delegado sus competencias.

Título IV

Está destinado a regular la impugnación judicial de actos administrativos.

Con relación a la impugnación de los actos de alcance particular, respeta, en lo sustancial, las pautas contenidas en los incs. a) y b) del art. 23 de la ley 19.549; pero elimina las referencias a los casos de silencio y de vías de hecho que contienen los incs. c) y d) de esa ley, en los que no se contemplan situaciones atinentes a actos administrativos.

Incorpora la acción de lesividad, al permitir al Estado, las entidades descentralizadas, los entes contemplados en el inc. g) del art. 2º y las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de prerrogativas públicas, respecto de actos regidos directa, analógica o supletoriamente por el derecho administrativo, que demanden la nulidad de los actos que emitan, aun cuando el vicio les fuera imputable.

La acción de lesividad está contemplada en los códigos de Córdoba (art. 3º inc. b), La Pampa (art.65), Mendoza (art. 3º) y Neuquén (art. 1º, inc. b y art. 13); también la regula el art. 19.2 de la ley española 'Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa'.

En cuanto a los actos de alcance general, dispone que serán impugnables cuando respecto de ellos se hubiera agotado la instancia administrativa en la forma prevista en el art. 7º.

En otro orden, el proyecto establece que el hecho de que un acto de alcance general no haya sido motivo de impugnación directa o que ésta hubiera sido desestimada, no impide que se recurran los actos de aplicación individual de aquél.

En forma correlativa, dispone que la falta de impugnación de los actos individuales de aplicación de uno general, no obsta a que éste sea recurrido; ello, sin perjuicio de los efectos propios de los actos particulares que se encuentren firmes.

Se pretende, de ese modo, armonizar el principio de observancia de la ley, con la garantía de defensa consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional y el postulado de la tutela judicial efectiva contenido en el art. 8º, párr. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que la Ley Fundamental, en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, del texto aprobado por la Convención Reformadora de 1994, ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico positivo con jerarquía constitucional.

Expresa, asimismo, que no podrán alegarse en sede judicial las cuestiones que no han sido planteadas, pero sí las que no habiéndolo sido fueran resueltas o las articuladas que no hayan sido motivo de resolución.

Permite, además, en el art. 17, que la declaración de nulidad o inconstitucionalidad de un acto de alcance general, pueda ser efectuada por la justicia en una causa concreta, a petición de parte, de la misma forma y con iguales efectos que si se tratara de una ley.

El criterio adoptado es congruente con el alcance, circunscripto a los litigantes, que distingue a los pronunciamientos judiciales, y con el control difuso de constitucionalidad que rige en nuestro derecho positivo, en el que, como lo señala Bianchi, cualquier juez de cualquier instancia, federal o local, puede ejercerlo, a diferencia de los sistemas europeos que concentran ese control en un solo órgano, político o judicial (Bianchi, Alberto B, Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales, Buenos Aires, 1992, pág. 84).

La circunstancia de que el control de constitucionalidad no esté a cargo de un único órgano, hace imposible el efecto erga omnes de la sentencia, y lo circunscribe, por ende, al caso concreto.

La solución elegida en el proyecto, es la que en doctrina postulan, entre otros, Héctor A. Mairal (Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento. Revista de Derecho Administrativo año 1, Nros. 1 y 2, Buenos Aires, 1989, pág. 223) y Bianchi (ob. cit. pág. 241). También Hutchinson, en la última oportunidad en la que trató la cuestión, adhirió a ese punto de vista, aunque con la aclaración de que en su concepto, en forma mediata la estimación de la impugnación directa produce efectos erga omnes, porque la Administración una vez declarado ilegítimo el reglamento para un caso, debe derogarlo (Hutchinson, Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, 1997, p. 162).

En sentido análogo, el art. 3º del Código de la Provincia de Buenos Aires, establece que la competencia contencioso administrativa no quedará desplazada aun cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, ordenanzas municipales o actos administrativos de alcance general o particular.

Pero el alcance restrictivo de la declaración de nulidad o inconstitucionalidad sufre una excepción que se introduce en la última parte del precepto citado: cuando tal declaración fuera requerida por el Ministerio Público, tendrá efectos erga omnes.

El temperamento elegido se funda en que ese órgano independiente tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, según lo establece el art. 120 de la Constitución Nacional.

Título V

Legisla respecto de la caducidad, receptando los conceptos centrales del título IV de la ley 19.549; sin embargo, presenta novedades relevantes.

Se establece que los plazos de caducidad quedarán suspendidos cuando contra el acto que agote la instancia se interponga un recurso administrativo cuya promoción no fuera obligatoria, cuando por resultar necesario para deducir la demanda judicial se pida vista de las actuaciones administrativas y cuando se intente una acción o recurso ante tribunal incompetente.

En esos supuestos, se dispone que al cesar la suspensión, el término iniciado continuará su curso. Con esto se pretende no dar lugar a dudas acerca de la forma de computar el plazo, que no se reiniciará como si no hubiera comenzado a correr, sino que sólo proseguirá, computándose el tiempo ya transcurrido hasta la paralización.

Por otra parte, se determina que si se presentara más de una solicitud de vista durante el plazo de caducidad, sólo la primera lo suspenderá, con lo que se quiere evitar que a través de pedidos reiterados de vista, se burle el carácter perentorio de dicho plazo, al perder virtualidad los términos legales para entablar las demandas contencioso administrativas.

El criterio adoptado permite obviar los cuestionamientos de índole constitucional de los que pudieran ser objeto las disposiciones reglamentarias que contemplan la suspensión del plazo de caducidad cuando durante su transcurso se pida vista de las actuaciones, y cuando se interpongan recursos administrativos cuya promoción no fuera obligatoria.

Se sienta el principio de que no se puede promover la acción por indemnización de daños y perjuicios, sin impugnar dentro del plazo de caducidad del art. 18, la legitimidad del acto administrativo que la motiva.

En este aspecto, se siguen las pautas generales que resultan del citado plenario 'Petracca' (LL, 1986-D-10), que fijó la siguiente doctrina legal: 'No es admisible la acción por cobro de pesos, o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado'.

También se dispone que cuando además de la nulidad del acto, se pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios, deberá formularse tal petición en el escrito de demanda, o efectuarse la reserva pertinente, para hacerlo luego de la sentencia definitiva, indicando el monto que será motivo de pretensión.

De ello se sigue que quien litiga contra el Estado puede demandar, simultáneamente, la nulidad del acto y los daños y perjuicios de ella derivados, o bien promover primero la acción de nulidad y, obtenida ésta, interponer luego la acción resarcitoria.

El adoptar uno u otro procedimiento, dependerá de la estrategia del administrado.

Lo único que no puede hacer el particular, es promover la acción indemnizatoria sin impugnar previa o simultáneamente, la legitimidad del acto administrativo; excepto, claro está, cuando se trata de demandar al Estado por su actividad lícita, ya que resultaría un contrasentido impugnar un acto administrativo cuya legitimidad no se cuestiona.

Respecto de esta cuestión dijo la Corte Suprema de Justicia que 'los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada ….. razón por la cual, en tal caso, 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 ('Alcantara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina' 20/08/96 Fallos, 319:1476).

En ese sentido, entiende Cassagne que nada impide acumular ambas acciones, aunque la de daños y perjuicios derivada de la declaración de invalidez de un acto es, en principio, accesoria de la de restitución en sentido estricto (Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, t. I. pág. 293).

La misma alternativa para el caso de que el particular, además de la nulidad del acto administrativo, pretenda daños y perjuicios, contiene el art. 20 del Código de la provincia de Buenos Aires.

Pero en el proyecto que es motivo de elevación, se agrega, además, que si la acción de daños y perjuicios se iniciara posteriormente a la de nulidad, los plazos de prescripción se contarán desde que la sentencia que declare la nulidad se encuentre firme.

Se sigue en este punto el pensamiento del autor al que se viene haciendo referencia, quien explica que si el particular debe cumplir el acto administrativo, aceptando que 'cuenta con presunción de legitimidad, va de suyo que cualquier acción de daños y perjuicios puede tener carácter accesorio respecto de la sanción de nulidad, que es lógico suponer iniciará cuando esa presunción haya cesado, al declararse la invalidez, por acto administrativo o por sentencia judicial firme. Es recién a partir de ese momento, el instante en que debe comenzar a computarse el plazo para promover la acción de daños y perjuicios' (Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., págs. 292 y 293).

Se determina que el plazo de caducidad no correrá mientras se mantenga por la autoridad competente para agotar la instancia administrativa, el silencio contemplado en el art. 10 de la ley 19.549, o el previsto en el art. 55 del proyecto.

Porque como lo destaca Grecco 'el silencio de la Administración no excluye la obligación de resolver que pesa sobre la misma ni imposibilita el ejercicio del derecho del interesado para perseguir una decisión expresa. De ahí entonces, que en los supuestos de silencio administrativo los plazos establecidos para la articulación de mecanismos impugnatorios no operan con la fatalidad común y cuadra admitir en cualquier momento el recurso contra la denegación presunta' (Grecco, Carlos M., Sobre el silencio de la Administración, LL, 1980-C-777).

En el mismo sentido, afirma Muñoz que 'la pasividad contumaz de la Administración determina que el acto administrativo impugnado no quede firme. Por ese motivo el proceso de adquisición de firmeza de los actos recurridos sólo comienza a partir de la notificación de la resolución denegatoria expresa' (Muñoz, Guillermo Andrés, Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Buenos Aires, 1982, pág. 81).

Ese es también el concepto que adopta el Superior Tribunal de la Nación en los autos 'Colegio Bioquímico del Chaco c. Instituto de Previsión Social de la Procuración del Chaco s/ demanda contencioso administrativa' del 4/11/93, (Fallos, 316:2477).

Título VI

Comprende las reglas procesales, fijando como premisa que para todo lo no previsto en la ley, se aplicará el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto no la desvirtúe o contradiga.

Los rasgos más destacables del procedimiento son los siguientes:

a) Una vez presentada la demanda el juez deberá requerir los originales o fotocopias autenticadas de los expedientes, que le deberán ser remitidos dentro de los quince días, plazo que podrá prorrogarse cuando se aleguen razones debidamente fundadas.

Recibido el expediente, previo traslado a las partes por el término común de diez días para que aleguen sobre la admisión del proceso, el juez se pronunciará al respecto dentro del mismo plazo.

Si los expedientes no fueran remitidos al tribunal dentro del término establecido o de la prórroga, en su caso, no se correrá traslado a las partes y el juez resolverá acerca de la procedencia o improcedencia de la admisión

del proceso en el término de diez días, tomando como base la exposición de los hechos contenida en la demanda.

Soluciones de parecido tenor sobre este concreto aspecto, se encuentran en los códigos de las provincias de Buenos Aires (arts. 30, 31 y 32), Entre Ríos (arts. 44 y 45), Misiones (arts. 52 y 53), Neuquén (arts. 38 y 39) y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 29 y 30).

La decisión que adopte el juzgador tanto en el supuesto de que los expedientes le fueran remitidos como en el caso de que ello no ocurra, será apelable en relación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido que no resulta procedente la declaración de oficio de la caducidad de la instancia judicial o de otras cuestiones relativas al agotamiento de la vía administrativa.

Ese punto de vista fue expuesto por la Corte en diversos fallos, como 'Caja Nacional de Ahorro y Seguro c. N.C.R., Argentina, S A' Fallos, 310:2709; 'Franco, Cantalicio c. Provincia del Chaco s/ demanda contencioso administrativa' Fallos, 311:569; 'Cohen, Rafael c. Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución' Fallos, 313:228; 'Construcciones Taddía, S.A. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)' Fallos, 315:2217; 'Serra, Fernando H. y otro s/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires', (Fallos, 316:2454) .

La necesidad de que los requisitos de admisibilidad de la instancia, sean analizados por el juzgador antes de correr traslado de la demanda, como lo disponen las leyes 11.683 [EDLA, 1978-397] y 22.415 [EDLA, 1981-108] respecto de los procedimientos contencioso administrativos específicos que regulan en materia tributaria y aduanera, respectivamente, y la ley 16.986 con relación al amparo, fue declarada por la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la causa 'Avanzada, S.A. c. Gas del Estado', en pronunciamiento del 16/08/90 (LL, 1990-E-468), según la cual en ese fallo se 'han recogido los principios generales de esta disciplina'.

El temperamento que se adopta en el proyecto, tiene características propias. Porque, como se ha visto, para el caso de que la Administración remita los expedientes, se opta por una solución que comporta la sustanciación de un antejuicio, en el que se resuelve, con intervención de las partes, lo atinente a la procedencia del proceso; y para el supuesto de que los antecedentes no se envíen al juzgado dentro de los términos pertinentes, se dispone que el magistrado resuelva la cuestión tomando como referencia el relato de los hechos efectuado en la demanda.

Lo que se quiere con el procedimiento referido, es evitar que el juez adopte, teniendo en cuenta los limitados elementos de juicio que le han sido aportados, una decisión respecto de la admisión del proceso, que luego tenga que modificar con motivo de nuevos elementos que se incorporen a raíz de la oposición de excepciones.

Del modo propuesto, en cambio, se acude a un procedimiento que finalizará con una decisión definitiva y firme sobre este punto.

b) Cuando se demande al Estado Nacional, las notificaciones se dirigirán por oficio al Poder Ejecutivo, a través de la Jefatura de Gabinete o del Ministerio o Secretaría de la Presidencia que corresponda, o a los presidentes de las respectivas Cámaras Legislativas, o al presidente de la Corte Suprema de Justicia, o al Procurador General o Defensor General, o al presidente de la Auditoría General, o al Defensor del Pueblo, o al presidente del Consejo de la Magistratura o del Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados, según el caso.

c) Cuando se demandara a una entidad descentralizada se lo hará por oficio dirigido al órgano máximo; y cuando la demanda se dirija contra alguno de los entes citados en el inciso g) del art. 2º, se notificará por cédula al órgano superior.

d) Para facilitar su control, la existencia del proceso en que sea parte el Estado, una entidad descentralizada, o alguno de los entes citados en el art. 2º inciso g), deberá comunicarse por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación.

e) En el caso de que el Estado Nacional, una entidad descentralizada o alguno de los entes a los que se refiere el inciso g) del art. 2º fueran demandados y se allanaran en forma real, incondicionada, total y efectiva, dentro del plazo para contestar la demanda, aviniéndose a satisfacer las pretensiones del actor en la forma prevista en los arts. 33 o 34, según corresponda, no se les impondrán costas.

El propósito de este precepto es que ni el Estado Nacional, ni los entes descentralizados, ni los indicados en el

inciso g) del art. 2º, se vean privados del beneficio de quedar exentos de costas, en los supuestos en que se allanen en forma lisa y llana dentro del plazo para contestar la demanda.

Porque si no se incluyera esta previsión, como el allanamiento del Estado aunque fuera efectivo, quedará sujeto a las especiales características que el efecto de la sentencia condenatoria tiene a su respecto, en los casos en que ésta consistiera en el pago de una suma de dinero, no podría quedar encuadrado en las previsiones del art. 70 del cód. procesal civil y comercial de la Nación.

f) Se dispone la fijación de una audiencia, que se celebrará luego de contestada la demanda, en la que el juez determinará los hechos sobre los que versarán las probanzas que declare procedentes, desestimando los restantes; recibirá los informes de los consultores técnicos; decretará la apertura a prueba, estableciendo su duración y resolverá las excepciones planteadas.

g) Con la demanda, reconvención y contestación de ambas, se acompañará la prueba documental y se ofrecerá la restante; si se propusiera testimonial, deberá expresarse qué se pretende acreditar con cada testigo; cuando se demande al Estado, a una entidad descentralizada, o a alguno de los entes indicados en el inciso g) del art. 2º, no procederá la confesional de sus representantes; si las partes hubieran acompañado dictámenes de los consultores técnicos, la pericial sólo procederá respecto de las disidencias.

h) Se sienta el principio (art. 33) de que las sentencias que al condenar al Estado Nacional, a una entidad descentralizada o a empresas o sociedades de propiedad total o parcial del Estado Nacional, no impongan el pago de una suma de dinero o su cumplimiento no se resuelva en el pago de una suma de dinero, tendrán efecto ejecutorio.

Uno de los pilares que integran la infraestructura sobre la que se apoya el Estado de Derecho, lo constituye la facultad que tiene todo particular de demandar al Estado, cuando éste ha vulnerado alguna de sus garantías.

Nuestra Constitución preveía la posibilidad de que el Estado fuera llevado ante los tribunales, en su art. 100, al hacer referencia a las causas 'en que la Nación sea parte'; esa situación se mantiene luego de la reforma de 1994, ya que el mismo texto se reproduce en el art. 116.

Por otra parte, el texto constitucional dispone en el art. 28, que los principios, garantías y derechos que consagra, 'no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio'.

Debe repararse aquí, que la limitación que establece el citado art. 28, está dirigida al propio Estado y no a los particulares; porque no son éstos sino que es aquél, quien dicta las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos individuales.

Por lo tanto, el principio del debido proceso, se vería afectado, si a quien resulta victorioso en la contienda judicial, no se le otorga aquello que el juez ha declarado que le corresponde.

Porque más se asemeja a una burla que a un acto de justicia, que un pronunciamiento judicial le reconozca a un particular un determinado derecho contra el Estado, pero que el presunto beneficiario no pueda hacerlo efectivo, porque una ley se lo impide.

Deben quedar en la noche del pasado aquellas frases acuñadas en el derecho inglés como 'el Rey no puede errar'.

Han sido superados aquellos tiempos en los que, como señalan Wade y Forsyth, 'Los tribunales eran los tribunales del rey, y lo mismo que otros señores feudales, el rey no podía ser demandado judicialmente ante su propio tribunal. Podía ser demandante y como demandante tenía muchas prerrogativas en cuanto al procedimiento, pero no podía ser acusado. Ninguna forma de auto judicial o de ejecución prosperaría en contra suya, porque no había manera de obligarle a que se sometiese' (Wade, H.W.R. and Forsyth, C.F., Administrative Law, Clarendon Press Oxford 1994 págs. 820/821).

Por eso es que la ley 3952, no constituye una panacea: ella sólo representó, como lo explica Muñoz, un avance respecto del sistema de la venia legislativa, establecido por la ley 675, según el cual la Nación sólo podía ser demandada con su previo consentimiento, siendo el Congreso el órgano competente para expresarlo (Muñoz, Guillermo, El reclamo administrativo previo, LL, 1988-A-1048), pero está lejos de constituir el desideratum en la materia.

Ahora bien, cuando los pronunciamientos judiciales condenen al Estado Nacional, a una entidad descentralizada o a empresas o sociedades de propiedad total o parcial del Estado Nacional, al pago de una suma de dinero, o cuando, sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, se declaran aplicables los arts. 66, 67 y 68 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (to. 1997).

En ese sentido, se observó el criterio de que a través del estudio realizado en el expediente EXPMEYOSP Nº 080-005588/98, adoptó el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, que redactó un texto cuya sustancia fue íntegramente reproducida en el art. 34 del proyecto.

Lo que se procura, como lo dijo el Alto Tribunal en la causa 'Pietranera, Josefa y otros c. Gobierno Nacional', en pronunciamiento del 7 de septiembre de 1966, es 'evitar que la Administración pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública … Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto' (Fallos, 265:291).

i) Se admite que, previa, simultánea o posteriormente a la promoción de la acción contencioso administrativa, a pedido de parte, se ordene la suspensión de la ejecución de un acto de alcance individual o general o de un contrato administrativo, o que se adopte la medida cautelar que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso.

La suspensión podrá ser ordenada cuando se acreditara sumariamente que el cumplimiento ocasionaría perjuicios más graves que la paralización, el acto o contrato ostentaran ilegalidad manifiesta y grave y la medida no afectara gravemente al interés público, requisitos que deberán concurrir simultáneamente.

La posibilidad de que la suspensión sea pedida antes, juntamente, o con posterioridad a la promoción de la acción judicial, está prevista por los Códigos de Corrientes (art. 17), Entre Ríos (art. 21), Formosa (art.21), La Rioja (art. 18), Mendoza (art. 22), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 21) y Tucumán (art. 20).

Si la solicitud de suspensión en sede judicial se efectuara encontrándose pendiente la instancia administrativa, el particular deberá demostrar que ya la ha pedido ante la Administración y que su requerimiento fue denegado o que han transcurrido diez (10) días desde que lo presentó, sin que se le respondiera, debiendo acreditar, en este caso, sólo alguno de los requisitos exigidos por el art. 12 de la ley 19.549.

La exigencia de que el interesado que peticione la suspensión en sede judicial hallándose pendiente de agotamiento la instancia administrativa, deba demostrar que ya la ha solicitado ante la Administración con resultado adverso o sin obtener respuesta dentro de determinado plazo, también la imponen los Códigos de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 19) y Tucumán (art. 22, primer párr.); y el de esta última provincia, en el precepto citado dispone, además, la obligación de que el particular acredite que se dan los requisitos que para que resulte procedente esa medida establece el art. 47 de la ley provincial de procedimientos administrativos.

En el supuesto referido en el párrafo precedente, se producirá la caducidad automática de la suspensión con la notificación del acto administrativo que agote la instancia. Una solución similar, en este aspecto, adopta el art. 26 del Código de Tucumán.

En cambio, si la suspensión se hubiera dispuesto luego de agotada la instancia administrativa y antes de la promoción de la demanda judicial, se extinguirá al cumplirse el plazo de caducidad contemplado en el art. 18, cuyo curso no se interrumpe ni se suspende por el pedido de esa medida cautelar. Ese es el criterio con que resuelve, este caso específico, el inciso a) del art. 23 del Código de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Para poner de manifiesto el sentido con que se ha regulado esta medida, debe partirse de la especial característica que presenta la tutela cautelar en el proceso administrativo, en el que no se enfrentan dos litigantes portadores de intereses privados.

El contencioso administrativo contrapone a titulares de intereses distintos; en el particular son privados; el Estado, en cambio, por intermedio del órgano interviniente, ejercita una función administrativa; de ahí que la especialidad de estas contiendas, condiciona la óptica con la que debe asumirse la ponderación de la medida cautelar en esta especie de causas.

Por eso, bien lo grafica Comadira: 'El encauzamiento del Estado en el litigio debe ser así, el reflejo procesal de la exorbitancia, de modo que la prerrogativa no anule la garantía y, con ello, no sacrifique, injustamente, el interés individual o sectorial protegido, ni ésta enerve a aquélla y, de ese modo, afirme la postergación del bien común que la justifica' (Comadira, Julio Rodolfo, Derecho Administrativo Acto Administrativo Procedimiento Administrativo Otros Estudios, Capítulo VII 'Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto', Buenos Aires, 1996, pág. 197).

Esas especiales connotaciones son las que explican por qué la Corte Suprema de Justicia en la causa 'Astilleros Alianza', sentenciada el 08/10/91 (Fallos, 314:1202), al analizar la procedencia de una medida cautelar contra el Estado Nacional, haciendo mérito, además, en 'la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas', consideró que era necesario 'una severa apreciación de las circunstancias del caso' y que debía actuar 'con suma prudencia', de modo que 'sin resignar por cierto su función de custodio de la Constitución, evite que medidas de esta índole comprometan la actuación de los poderes públicos'.

En el referido pronunciamiento, el Alto Tribunal también llamó la atención sobre la necesidad ineludible de considerar el interés público.

Coherente con ese criterio, que ha sido también propiciado en el ámbito de la doctrina (Chinchilla Marin, Carmen, La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa, Madrid, 1991, pág. 44), el proyecto incorpora como dato a valorar por el juez en la cautela, la posible afectación grave del interés público.

j) Acorde con lo indicado en el punto anterior, se otorga a la Administración la facultad de alegar en cualquier momento y fundadamente, que la suspensión provoca un grave daño al interés público, en cuyo supuesto el juzgador podrá dejarla sin efecto, poniendo a su cargo los perjuicios que produzca, en caso de que se haga lugar a la demanda.

Las disposiciones relativas a la suspensión se declaran aplicables a los hechos administrativos.

k) Se declaran asimismo aplicables las medidas cautelares y las normas generales referidas a aquéllas, contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto no resulten incompatibles con las disposiciones del proyecto que elevo a vuestra consideración.

l) Se incorpora la figura de la medida cautelar positiva, la que sólo podrá otorgarse a pedido de parte, cuando las circunstancias del caso demuestren la seria verosimilitud del derecho que se pretende proteger.

En tal supuesto, el juez o tribunal competente podrá ordenar la realización de una determinada conducta a la demandada, que podrá consistir, incluso, en una provisión justa y razonable al solicitante, cuando exista el peligro cierto de que la demora pueda ocasionar un daño imposible de remediar con la sentencia estimatoria.

Se trata de un instituto novedoso en el ámbito nacional, pero que reconoce antecedentes en algunos códigos de procedimientos provinciales en materia contencioso administrativa, que lo han incorporado al rito, como los de las provincias de Buenos Aires (art. 22, inc. 3º), Santa Fe (art. 14) y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 17).

El art. 129.1 de la ley española 'Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa', autoriza a los interesados a solicitar 'en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia'.

El alcance de esa norma está precisado en la exposición de motivos, en la que se expresa que 'La ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo'.

En doctrina, Comadira señaló la significación de esta clase de medidas, 'cuyo campo más fértil de aplicación podría hallarse respecto de los actos de contenido negativo', y destacó que importan 'la emisión de un mandato judicial a la Administración para que ésta observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos sino directamente una obligación de hacer' (Comadira, Julio Rodolfo, ob. cit. pág. 215).

A propuesta del citado autor, el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, en las 'Conclusiones de la Comisión de Derecho Procesal Administrativo', sostuvo que esta clase de medidas debe afianzarse en el proceso administrativo, cuando la suspensión de los efectos del acto no sea una respuesta cautelar efectiva

para la protección peticionada (La Ley, Actualidad 17-VIII-1993).

Título VII

Regula el procedimiento al que estarán sujetos los recursos directos y las acciones especiales, los que tendrán un régimen uniforme.

Se viene a dar solución, así, a la situación imperante hasta el presente, en que esa clase de acciones y recursos, están dispersos en numerosas normas legales, que establecen procedimientos distintos, lo que da lugar a una trama engorrosa, que atenta contra la sencillez y eficacia de las actuaciones.

Es necesario facilitar al administrado el conocimiento preciso de los medios con que cuenta para hacer efectiva la vía directa a la justicia, en los casos en que la legislación la impone, ya como acción, ya como recurso.

La experiencia administrativa ha evidenciado la conveniencia de unificar el tratamiento que debe brindarse a las situaciones expuestas, dado que no resulta práctico ni equitativo que ante contingencias análogas, se instrumenten diferentes formas de proceder, sin que exista una razón válida que justifique la adopción de tal temperamento.

Para alcanzar esa finalidad es que se ha elaborado un régimen único abarcativo de todos estos recursos y acciones, que deberán promoverse dentro de los treinta (30) días hábiles administrativos posteriores a la notificación del acto definitivo que sea objeto de impugnación, ante el órgano emisor, el que deberá elevarlos, junto con las actuaciones, en el término de diez (10) días, a los Juzgados, las Cámaras o la Corte Suprema, según corresponda.

Los recursos directos y las acciones especiales, serán los únicos medios válidos para la impugnación de los actos administrativos a los que se refieren.

Se sigue así la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual 'la consagración de un sistema específico para el control judicial de ciertas decisiones administrativas … descarta la facultad del afectado de elegir la vía o el órgano judicial en busca de la protección de sus derechos, apartándose del camino contemplado en tales disposiciones' ('Recurso de Hecho, deducido por la actora en la causa Mocoroa, Alfredo Daniel c. Honorable Senado de la Nación' 12/4/94 Fallos, 317:387; en igual sentido: Fallos, 295:994 y 312:1724).

Respecto de la notificación de los actos administrativos impugnables por recursos directos o acciones especiales, se adopta un régimen similar al del art. 40 del Reglamento de Procedimientos Administrativos decreto 1759/72, t.o. 1991.

Cuando las actuaciones sean recibidas en sede judicial, el tribunal comunicará esa circunstancia al impugnante, quien, dentro de los diez días, deberá fundamentar y ofrecer prueba. El traslado de la fundamentación al órgano administrativo, será por el mismo plazo.

En el supuesto de que el órgano administrativo hubiera actuado en ejercicio de funciones jurisdiccionales, el traslado del recurso será conferido, también por diez días, a la parte vencida, si la hubiera.

Sustanciada que sea la prueba se llamará a autos para sentencia, la que se dictará en el término de treinta, cincuenta o ciento veinte días, según que se trate de un juzgador unipersonal, de una Cámara o de la Corte, respectivamente.

Cabrá pedir la suspensión de la ejecución del acto administrativo, la que podrá ser ordenada en los mismos supuestos que se contemplan en el art. 37. También podrán pedirse las medidas cautelares que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso.

El organismo administrativo podrá solicitar que se deje sin efecto la suspensión, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el art. 40.

Título VIII

En este título se regula el instituto del amparo por mora, al que se enriquece a través de distintas

innovaciones que mejoran su régimen.

En ese sentido, se declaran irrecurribles todas las resoluciones que se dicten hasta la sentencia, inclusive.

Para adoptar tal temperamento, se tiene en cuenta que el procedimiento del amparo por mora no tiene el carácter de contencioso; no hay en él dos partes en disputa; por el contrario sólo interviene el administrado que no 'demanda', sino que 'solicita' (art. 54) al juez, se libre una orden de pronto despacho, en el marco de un trámite administrativo.

Trátase de un procedimiento en el que no hay contraparte; como lo explica Sammartino, es una acción meramente instrumental, en la que a diferencia de lo que ocurre en la acción de amparo contemplada en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 16.986 [ED, 16-967], el juez no se pronuncia sobre el fondo del asunto; además la intervención del magistrado se limita a un segmento del procedimiento administrativo, en el que continuará tramitando la cuestión, luego de subsanada la inactividad administrativa (Sammartino, Patricio M. E., Precisiones sobre la naturaleza procesal del amparo por mora administrativa, JA, 1995-II-127).

Se está, cabe reconocer, ante una cuestión controvertida, que ha dado lugar, incluso, a plenarios contradictorios de la Cámara Nacional Federal; así, mientras en el caso 'Esperanza, Dominga E. c. Entel' del 25/11/1980 (LL, 1981-A-180), se adoptó el criterio que ahora se traduce en el proyecto, en la causa 'Transportadora de Caudales Zubdesa, S.A. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos del 5/2/85 (LL, 1985-C-511), se optó por la postura de considerar apelable la sentencia de primera instancia sobre la existencia o no de mora en la administración.

Sin embargo, la solución correcta parece ser la adoptada en 'Esperanza', si se tiene en cuenta que, como lo expresó el Dr. José Héctor Meehan en su voto, '...la decisión final del juez sólo se limita a librar o no una orden de pronto despacho, o sea, que en ningún caso se expide sobre el fondo de la cuestión ... Seguramente que lo que se trata de obtener, es decir, un pronunciamiento de la administración dentro de un término que no se aparte razonablemente de lo previsto por la ley, se vería malogrado si se permitiese que la cuestión se debatiera en una doble instancia judicial'.

Se sienta el principio de que ese remedio procede, con independencia de que se haya requerido o no, previamente, el pronto despacho contemplado en el art. 10 de la ley 19.549, y si éste fue planteado, mientras no se obtenga resolución, ya sea antes o después de vencido el plazo para que la Administración se pronuncie.

Se trata de una cuestión que dividió a la doctrina y dio lugar a pronunciamientos disímiles en la jurisprudencia.

Así, autores como Tawil (Administración y Justicia, t. I. Bs. As., 1993, págs. 294 y 295) Creo Bay, (Amparo por Mora de la Administración Pública, Buenos Aires, 1995, págs. 29 y 30) y Dromi, (El Procedimiento Administrativo, Madrid, 1986 pág. 123) entienden que quien opta por el pronto despacho del art. 10 de la ley 19.549, no puede intentar luego la vía del amparo por mora del art. 28 de la misma ley.

Otros, como Juan Francisco Linares, (Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1974, págs. 36 y 37), Manuel María Diez (Derecho Procesal Administrativo, Buenos Aires, 1983, págs. 380 y 381) y Tomás Hutchinson, (ob. cit. pág. 173), consideran que la vía administrativa del art. 10 no impide que, aunque se haya configurado el silencio, el particular acuda luego al pedido judicial de amparo por mora del art. 28 de la ley 19.549.

En el primero de los sentidos indicados se pronunció la Cámara Nacional Federal, sala I, Contencioso Administrativa en la causa 'Dinet' (LL, 1975-B-423); y aceptando la posibilidad del amparo por mora del art. 28, aun luego de intentado el procedimiento del art. 10, la Cámara Nacional Civil, sala C, 8/5/97, en el caso 'Rossi' (LL, 1998-A-140).

La solución adoptada en el proyecto se juzga la más adecuada, porque el administrado lo que busca en el procedimiento del art. 10 de la ley 19.549, no es el silencio o la denegatoria ficta de su petición, sino que pretende una definición de parte de la autoridad administrativa, y mientras no la obtenga, no existe motivo para que no pueda intentar conseguir un pronunciamiento expreso y fundado, a través del amparo judicial por mora.

Se permite, también, para el caso de incumplimiento por parte de la Administración de la decisión judicial, la fijación de astreintes, las que serán soportadas por el funcionario remiso.

Sin perjuicio de ello, siguiendo el criterio que en su momento expuso Héctor Jorge Escola, en su Tratado General de Procedimiento Administrativo, (Buenos Aires, 1975, pág. 441), se establece que si la Administración no se expidiera en el término de treinta días desde la notificación del pronto despacho judicial, o en el fijado en éste, si fuera mayor, se configurará el silencio, con los efectos previstos en el art. 10 de la ley 19.549.

Ese punto de vista fue desarrollado recientemente por Raspi, quien llamó la atención acerca de que el silencio de la Administración puede darse tanto en el caso de que el pronto despacho sea presentado directamente por el particular (art. 10, ley 19.549), como cuando éste lo deduzca a través de la autoridad judicial (art. 28 de la misma ley) (Raspi, Arturo Emilio, El pronto despacho en los arts. 10 y 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos' [ED, 178-13]).

Con la solución adoptada se pretende, como lo explica el autor citado, que quien optó por el amparo por mora, no se encuentre en una situación más desventajosa que quien eligió el procedimiento del art. 10 de la ley 19.549, y pueda, como éste, una vez producido el silencio, agotar la vía administrativa y, en su caso, acudir a la judicial.

Se restringe a los jueces nacionales de primera instancia en lo contencioso administrativo federal, exclusivamente, el conocimiento de esta clase de procesos.

La facultad que el proyecto otorga a los jueces para imponer astreintes, constituye una forma de garantizar el control judicial de la actividad administrativa.

La procedencia de las sanciones conminatorias, cuenta con nutrido grupo de adeptos en la doctrina; pueden citarse a Barra, El amparo por mora de la Administración Pública, [ED, 59-797]; Creo Bay, Amparo por mora de la Administración Pública, Buenos Aires, 1995, pág.139; Docobo, Las sociedades del Estado y el Amparo por Mora de la Administración, LL, 1982-C-331; y Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, t. 4.2. pág. XIV 40.

La sanción pecuniaria recae sobre el agente incumplidor, no porque sea parte en el procedimiento de amparo, sino por desobedecer una orden emanada de juez competente, como podría castigarse a cualquier particular que hiciera caso omiso de una orden judicial, sea, o no, parte en el proceso en el que se emite.

Similar procedimiento organiza el art. 76 del Código de la Provincia de Buenos Aires, pero con la particularidad de que no incluye la posibilidad de aplicar astreintes.

Se declara subsidiariamente aplicable a lo reglado en este título, la normativa que rige al amparo común.

Título IX

Contiene las normas complementarias para la aplicación de la ley.

III

Consideraciones Finales

La necesidad de contar con un cuerpo jurídico orgánico, que regule la materia contencioso administrativa, llenando, así, el vacío legislativo que en este momento padece la Nación, es de toda evidencia.

Se impone sancionar una norma que venga a cubrir ese espacio vacante; más aún, si se tiene en cuenta que la adopción de una regulación integral ha sido inexplicablemente postergada, pese al agravio que ello importa al ejercicio del debido control judicial al que debe estar sujeta la actividad administrativa; trátase, en efecto, de una exigencia propia de la forma republicana de gobierno, adoptada por la Constitución Nacional en su artículo primero.

Y la forma republicana, por su naturaleza, sólo puede germinar en un país en el que todos y cada uno de los individuos sean titulares de los derechos y garantías inherentes a su dignidad humana, que el Estado está obligado a reconocer, pudiendo reglamentarlos criteriosa y prudentemente, en aras del bien común, mas nunca restringirlos en un grado tal, que los suprima o desnaturalice.

El hombre no debe hincarse ante el hombre, ni ante el poder; sólo debe estar sujeto al Creador y al imperio

impersonal, abstracto y objetivo de la ley; y es en la majestad de la justicia, en la que encontrará el refugio inviolable que le asegure la protección de su persona y de sus derechos.

La justicia, en el plano concreto y humano, se materializa en uno de los tres poderes estatales, el judicial, que en nuestro ordenamiento positivo es el custodio de la Constitución y de la forma republicana de gobierno que aquélla proclama; y el fruto de su labor, la jurisprudencia, cuando es sabia, meditada y justa, constituye una verdadera cátedra del saber jurídico.

Mas la tarea de dar a cada uno lo suyo, abreva en la ley, de la que es vicaria; porque como lo enseña Marienhoff, 'la jurisprudencia debe reposar en normas jurídicas positivas —en sentido lato—, pues la actividad del juez o del funcionario de la Administración, por más creadora que sea, siempre debe desenvolverse infra legem; de lo contrario el juzgador invadiría el ámbito propio del legislador. Dentro del orden jurídico, el juez o el funcionario de la Administración desarrollan una actividad estatal sub-legal' (Marienhoff, Miguel S., ob. cit., Buenos Aires, 1995, t. I pág. 303).

Es que como lo pone de relieve Coviello, 'uno de los recaudos clave para catalogar a un Estado como de Derecho es el de la primacía de la ley, del que se desprende el principio de legalidad administrativa' (Coviello, Pedro José Jorge, La denominada ‘Zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa, en 'Derecho Administrativo', obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, pág. 204).

De modo que con el Código Contencioso Administrativo que motiva esta elevación, se pretende dar un marco adecuado para que el Poder Judicial pueda encauzar por el sendero de la razonabilidad, las relaciones administrado-administrador.

Vale, pues, recordar conceptos que, con la impronta de su talento, nos dejó el profesor Bartolomé A. Fiorini: 'El juicio de razonabilidad jurídica tiende a que toda reglamentación trate de no alterar la esencia de los derechos que regla o aplica. El principio de la inalterabilidad destaca que el derecho reglamentado debe continuar subsistiendo como tal en forma permanente, que su existencia desaparece si su función no responde a su objeto o cometido. El legislador como el administrador deben tener en cuenta las razones que fundamentan las normas que sancionan pero además, en su aplicación práctica, la proporción de la limitación debe acentuarse como un elemento esencial' (Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1976, t. II, págs. 38/39).

La razonabilidad, a la que me he referido, deriva de la pauta establecida por el art. 28 de la Norma Fundamental, según el cual los principios, garantías y derechos reconocidos en ésta, no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Es que, acudiendo una vez más a la autoridad de Marienhoff, bien cabe afirmar que 'La fuente primaria, no sólo del derecho administrativo, sino de todas las ramas del derecho, es la Constitución. Esta constituye el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico. Con razón la norma constitucional es denominada 'superley': ley de leyes. Toda norma jurídica debe concordar, en forma inmediata o mediata, con la Constitución'.

Por eso, también explica el recordado maestro que 'no sólo constituyen fuentes del derecho administrativo las 'normas' constitucionales sino también los 'principios' constitucionales. Muchos problemas que plantea el derecho administrativo, hallan solución a través de 'principios contenidos en la Constitución' (Marienhoff, Miguel S., ob. cit., Buenos Aires, 1995, t. I., págs. 217 y 218).

Con base en tales premisas, albergo la íntima convicción de que el cuerpo legal proyectado, lejos de alterar los principios constitucionales que reglamenta, será un valioso aporte para resguardar la proporción entre las prerrogativas estatales y las garantías individuales, ecuación que constituye la génesis, a partir de la cual, ha de desarrollarse la ciencia del derecho administrativo, en su permanente búsqueda de la juridicidad.

Dios guarde a vuestra honorabilidad. — Carlos S. Menem. — Jorge A. Rodríguez. — Raúl E. Granillo Ocampo.

Título I

Competencia Contencioso Administrativa

ARTÍCULO 1°.- Corresponde a los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo federal el conocimiento y decisión de las controversias regidas por el derecho administrativo, originadas en la actuación

u omisión del Estado Nacional o de sus entidades descentralizadas de acuerdo con lo establecido en esta ley.

ARTÍCULO 2°.- Quedan comprendidas en la competencia contencioso administrativa:

a) La impugnación de cualquier clase de acto administrativo de alcance general o particular, unilateral o bilateral, emitido en ejercicio de actividad reglada o discrecional.

b) Las demandas por responsabilidad contractual o extracontractual del Estado Nacional, de sus entidades descentralizadas o de las personas enumeradas en otros incisos de este artículo, cuando dicha responsabilidad estuviera regida por el derecho administrativo.

c) Todas las cuestiones relacionadas con la expropiación y demás limitaciones a la propiedad privada en interés público.

d) Las demandas que promuevan el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas, respecto de cuestiones regidas por el derecho administrativo, tributario, financiero o aduanero.

e) Las controversias originadas entre contratistas y usuarios con los prestadores de servicios públicos y concesionarios de obras públicas nacionales que, por referirse a cometidos esenciales de la prestación concedida o a bienes sujetos a reversión o de cualquier modo afectados al servicio, se encuentren regidos principal o sustancialmente por el derecho administrativo.

f) Las controversias en que sea parte una persona pública no estatal o privada, en ejercicio de prerrogativas públicas, respecto de actos que estuvieran regidos directa, supletoria o analógicamente por el derecho administrativo.

g) Las controversias en que sean parte las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional y/o de entidades descentralizadas, en la actividad regida por el derecho administrativo.

h) Las controversias que se originen en el ejercicio de funciones administrativas por parte del Poder Legislativo o del Judicial, o de los órganos que actúen en los ámbitos de aquéllos, o del Ministerio Público.

i) Las controversias relativas a impuestos, tasas, cánones y demás contribuciones nacionales, en las condiciones fijadas por las leyes específicas.

j) Las controversias a que den lugar las impugnaciones de actos de autoridades nacionales regidos por el derecho tributario, financiero o aduanero, de conformidad a lo que prescriban las leyes pertinentes.

ARTÍCULO 3°.- Toda actuación del Poder Ejecutivo nacional o de sus órganos centralizados o entidades descentralizadas se presume regida por el derecho administrativo, aun cuando para resolver la cuestión planteada se invocaran, por vía analógica o supletoria, normas de derecho privado o principios generales del derecho.

ARTÍCULO 4°.- La competencia contencioso administrativa no procederá respecto de actos institucionales, tales como declaración de guerra, celebración de tratados internacionales, intervención federal a las provincias o a la ciudad de Buenos Aires, declaración del estado de sitio y nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lo expresado precedentemente no impide el juzgamiento de las controversias que se susciten con motivo de los efectos o consecuencias de los respectivos actos de ejecución, como asimismo el juzgamiento de las indemnizaciones que en cada caso correspondan.

Título II

Legitimación

Artículo 5º.- Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

Título III

Agotamiento de la instancia administrativa

Artículo 6°.- Respecto del acto administrativo de alcance individual, incluido el dictado durante la ejecución de un contrato de la Administración, la instancia administrativa se agota a través de la resolución de los recursos administrativos pertinentes.

ARTÍCULO 7°.- Respecto del acto administrativo de alcance general, la instancia se agota cuando:

a) Un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar, en forma cierta o inminente, en sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó, y siga después de su desestimación expresa o tácita el mismo procedimiento que rige en materia de recursos administrativos.

El reclamo cuya presentación no estará sujeta a plazos, sin perjuicio de lo que fuera pertinente en materia de prescripción, deberá ser resuelto en el término de treinta (30) días.

b) La autoridad de ejecución le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieran interpuesto y resuelto los recursos administrativos pertinentes.

ARTÍCULO 8°.- En los supuestos de silencio contemplados en el artículo 10 de la ley 19.549 y 55 del presente cuerpo legal, para agotar la instancia el particular deberá impugnar en sede administrativa la denegatoria tácita que conllevan.

La impugnación se realizará mediante un reclamo cuya interposición no estará sujeta a término, sin perjuicio de lo que fuera pertinente en materia de prescripción, que se presentará ante la autoridad competente para resolver el recurso jerárquico, la que deberá tramitarlo y decidirlo siguiendo el procedimiento que rige en materia de recursos administrativos.

ARTÍCULO 9º.- Fuera de los supuestos contemplados en los artículos 12 y 13, el Estado Nacional no podrá ser demandado judicialmente sin la previa reclamación que agote la instancia administrativa, dirigida al Presidente de la Nación, a la Jefatura de Gabinete o al Ministerio o Secretaría de la Presidencia de la Nación competente, o a los presidentes de las respectivas Cámaras Legislativas, o al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, o a las máximas autoridades de los órganos que actúen en los ámbitos legislativo o judicial, o al Procurador General o Defensor General, según el caso.

La interposición del reclamo no estará sujeta a plazos, sin perjuicio de lo que fuera pertinente en materia de prescripción.

ARTÍCULO 10.- La decisión de la reclamación deberá efectuarse dentro de los treinta (30) días de formulada. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieran otros treinta (30) días sin que medie pronunciamiento, podrá iniciar la demanda sin plazo, al igual que si mediara acto denegatorio expreso, y sin perjuicio de lo que fuera pertinente en materia de prescripción.

ARTÍCULO 11.- No será necesario el agotamiento de la instancia administrativa cuando:

a) El acto administrativo de alcance particular sea originario del Presidente de la Nación o del Jefe de Gabinete de Ministros, o de los presidentes de las respectivas Cámaras Legislativas, o del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, o de las máximas autoridades de los órganos que actúen en los ámbitos legislativo o judicial, o del Procurador General o Defensor General, o de los órganos en los cuales las autoridades enunciadas hubieran delegado la competencia para emitirlo, y haya sido dictado con previa audiencia o intervención del interesado.

b) El silencio contemplado en los artículos 10 de la ley 19.549 y 55 de este Código, provenga de alguno de los órganos o autoridades que se citan en el inciso a) del presente artículo.

c) La Administración violara lo dispuesto en el artículo 9º de la ley 19.549.

d) Se tratara de repetir judicialmente lo pagado al Estado Nacional.

e) Se promoviera acción de daños y perjuicios contra el Estado Nacional.

f) Se intentara contra el Estado Nacional una acción de desalojo o una acción que no tramite por vía ordinaria.

g) Mediara una clara e indubitable conducta del Estado Nacional que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, tornándolo un ritualismo inútil.

h) Se demandara a una entidad descentralizada o a alguna de las contempladas en el inciso g) del artículo 2º, a raíz de una decisión adoptada por su órgano superior.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, cuando la decisión no provenga del órgano superior, deberá agotarse la vía administrativa en el ámbito interno de la entidad, a menos que mediara una conducta de ésta que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, tornándolo un ritualismo inútil.

Título IV

Impugnación judicial de actos administrativos

ARTÍCULO 12.- Podrá ser impugnado por vía judicial un acto administrativo de alcance individual cuando:

a) Revista la calidad de definitivo y se hubiera agotado a su respecto la instancia administrativa.

b) Pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impidiera totalmente la tramitación de la pretensión del interesado y el agotamiento de la instancia administrativa.

ARTÍCULO 13.- El acto administrativo de alcance general será impugnable por vía judicial cuando a su respecto se hubiera agotado la instancia administrativa, en la forma prevista en el artículo 7º.

ARTÍCULO 14.- La falta de impugnación directa de un acto de alcance general, o la desestimación del recurso o reclamo administrativo que se hubiera interpuesto, no impedirá la impugnación de los actos de aplicación individuales.

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.

ARTÍCULO 15.- El Estado Nacional, las entidades descentralizadas, los entes contemplados en el inciso g) del artículo 2º y las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de prerrogativas públicas, respecto de actos que estuviesen regidos directa, analógica o supletoriamente por el derecho administrativo, están legitimados para demandar la nulidad de los actos administrativos que dicten, aun cuando el vicio les fuera imputable.

ARTÍCULO 16.- No podrán articularse en sede judicial, cuestiones no planteadas en sede administrativa, pero podrán deducirse las cuestiones no planteadas y resueltas o las planteadas y no resueltas.

ARTÍCULO 17.- La declaración de nulidad o de inconstitucionalidad de un acto de alcance general podrá emitirse a petición de parte en una causa judicial concreta, de la misma manera y con los mismos alcances con que se decide la inconstitucionalidad de las leyes, excepto cuando fuera requerida por el Ministerio Público, en cuyo caso tendrá efectos erga omnes.

Título V

Caducidad

ARTÍCULO 18.- La acción del interesado contra el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas deberá promoverse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días, los que se computarán de la siguiente manera:

a) Si se tratara de actos administrativos de alcance particular, desde la notificación al interesado del acto expreso con el que se agota la instancia administrativa.

b) Si se tratara de actos administrativos de alcance particular dictados originariamente por el Presidente de la Nación o el Jefe de Gabinete de Ministros, o los presidentes de las respectivas Cámaras Legislativas, o el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, o las máximas autoridades de los órganos que actúen en los

ámbitos legislativo o judicial, o el Procurador General o Defensor General, o los órganos en los cuales las autoridades enunciadas hubieran delegado la competencia para emitirlos, y hayan sido dictados con previa audiencia o intervención del interesado, desde que éste sea notificado.

c) Si se tratara de actos administrativos de alcance general contra los que se hubiera formulado reclamo, desde la notificación al interesado del acto expreso con el que se agota la instancia administrativa.

d) Si se tratara de actos administrativos de alcance general, impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso con el que se agota la instancia administrativa.

e) Si se tratara del reclamo contemplado en el artículo 8º, desde la notificación al interesado del acto expreso que lo resuelva.

f) Si se tratara de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que fueran conocidos por el afectado.

ARTÍCULO 19.- No regirá el plazo de caducidad al que se alude en este título:

a) Cuando quien accione sea el Estado Nacional o una entidad descentralizada.

b) Si se tratara del supuesto contemplado en el artículo 9º.

c) Si se diera alguno de los supuestos contemplados en los incisos d), e), f), y h) del artículo 11.

d) Mientras se mantenga por la autoridad competente para agotar la instancia administrativa el silencio contemplado en los artículos 10 de la ley 19.549 y 55 del presente cuerpo legal.

En todos los casos deberá observarse lo que corresponda en materia de prescripción.

ARTÍCULO 20.- El plazo de caducidad quedará suspendido cuando:

a) Contra el acto definitivo que agote la instancia se interponga un recurso administrativo cuya promoción no fuera obligatoria, y continuará su curso a partir del día siguiente al de la notificación del acto que resuelva ese recurso.

b) Por resultar necesario para deducir la acción judicial, se pida vista de las actuaciones, y continuará su curso al día siguiente del agotamiento del término por el que se la conceda.

Si se presentara más de una solicitud de vista durante el plazo de caducidad, sólo la primera lo suspenderá.

c) Se deduzca una acción o un recurso ante un juez o un tribunal incompetente, y continuará su curso al día siguiente de quedar firme la decisión judicial que declare la incompetencia.

ARTÍCULO 21.- No es admisible la acción por indemnización de daños y perjuicios, sin impugnar dentro del plazo del artículo 18, la legitimidad del acto administrativo que la motiva.

El particular sólo podrá reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la nulidad de un acto, si formula la petición en el escrito de demanda o efectúa reserva para accionar por el resarcimiento indicando el monto pretendido, una vez que exista sentencia definitiva que declare la nulidad del acto administrativo impugnado. La acción de nulidad deberá ser entablada dentro del plazo que marca el artículo 18 y la acción para demandar los daños y perjuicios, si ella fuere iniciada posteriormente, se rige por los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil, contados a partir de que la sentencia declarativa de la nulidad se encuentre firme.

Título VI

Reglas procesales

ARTÍCULO 22.- Para todo lo no previsto en este cuerpo legal, será aplicable el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto no desvirtúe o contradiga las disposiciones del presente.

ARTÍCULO 23.- Presentada la demanda, el juez requerirá los expedientes administrativos o fotocopias autenticadas de los originales, relacionados con la acción. Éstos deberán ser remitidos dentro de los quince (15) días.

El plazo previsto en el presente artículo podrá ser prorrogado cuando se aleguen razones debidamente fundadas.

ARTÍCULO 24.- Recibidos los expedientes, el juez correrá traslado por el término común de diez (10) días a las partes para que aleguen acerca de la admisibilidad del proceso; producidas las alegaciones o vencido el plazo para presentarlas, se pronunciará al respecto dentro de los diez (10) días.

ARTÍCULO 25.- Si el plazo o, en su caso la prórroga, previstos en el artículo 23, se vencieran sin que los expedientes se hayan recibido, no se correrá el traslado al que se refiere el artículo 24; en tal supuesto el juez resolverá, tomando como base para meritar si corresponde la admisión del proceso, a la exposición de los hechos contenida en la demanda, expidiéndose dentro del término de diez (10) días.

ARTÍCULO 26.- Las resoluciones que se dicten en los casos previstos en los artículos 24 y 25, serán apelables en relación.

ARTÍCULO 27.- Cuando se demandara al Estado Nacional, la demanda se notificará por oficio dirigido al Poder Ejecutivo por conducto de la Jefatura de Gabinete o del Ministerio o Secretaría de la Presidencia que corresponda, o a los presidentes de las respectivas Cámaras Legislativas, o al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, o al Procurador General o Defensor General, o al Presidente de la Auditoría General, o al Defensor del Pueblo, o al Presidente del Consejo de la Magistratura o del Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados, según el caso.

ARTÍCULO 28.- Cuando se demandara a una entidad descentralizada, la demanda se notificará por oficio dirigido a su órgano máximo.

Cuando se demandara a cualquiera de los entes mencionados en el artículo 2º inciso g), la notificación se efectuará por cédula, dirigida también al órgano máximo del ente demandado.

ARTÍCULO 29.- En los juicios en los que el Estado Nacional, una entidad descentralizada o alguno de los entes mencionados en el artículo 2º inciso g), sean parte demandada, deberá comunicarse por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación la existencia del proceso, radicación y monto reclamado, con la transcripción de la providencia que ordene el traslado de la demanda. Asimismo, deberá comunicarse el monto de la reserva prescripta en el artículo 21 de esta ley.

ARTÍCULO 30.- Cuando el Estado Nacional, una entidad descentralizada o alguno de los entes mencionados en el artículo 2º inciso g) fueran demandados, no se les impondrán costas si se allanaran en forma real, incondicionada, total y efectiva, dentro del plazo para contestar la demanda, aviniéndose a satisfacer las pretensiones del actor en la forma prevista en los artículos 33 o 34, según corresponda.

ARTÍCULO 31.- Luego de contestada la demanda, el juez citará a las partes dentro de los diez (10) días a una audiencia, que se celebrará con su presencia bajo pena de nulidad, en la que:

a) Fijará por sí los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba y desestimará los que considere inconducentes de acuerdo con las citadas piezas procesales.

b) Recibirá los informes que señala el artículo 32 inciso d).

c) Por último, el juez declarará en dicha audiencia cuáles son las pruebas admisibles para la continuación del juicio, decretará la apertura a prueba y fijará el plazo para su producción, quedando las partes notificadas de ello en esa audiencia.

ARTÍCULO 32.- Sin perjuicio de lo previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la prueba tendrá las siguientes características:

a) Con la demanda, reconvención y contestación de ambas, deberán acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intenten valerse.

b) Si se propusiera prueba testimonial deberá indicarse qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo.

c) Cuando sea demandado el Estado Nacional, una entidad descentralizada o alguno de los entes contemplados en el inciso g) del artículo 2º, no procederá la prueba confesional de sus titulares.

d) Los consultores técnicos podrán concurrir con los dictámenes que hubieran elaborado a la audiencia señalada en el artículo 31, pudiendo el juez interrogarlos libremente.

e) Si las partes hubieran acompañado dictámenes de los consultores técnicos, la pericia sólo se practicará sobre los puntos en disidencia de dichos dictámenes.

ARTÍCULO 33.- Las sentencias que al condenar al Estado Nacional, a una entidad descentralizada o a empresas o sociedades de propiedad total o parcial del Estado Nacional y/o de entidades descentralizadas, no impongan el pago de una suma de dinero, tendrán efecto ejecutorio y su cumplimiento se regirá por las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTÍCULO 34.- Cuando los pronunciamientos judiciales condenen al Estado Nacional, a una entidad descentralizada o a empresas o sociedades de propiedad total o parcial del Estado Nacional y/o de entidades descentralizadas al pago de una suma de dinero, o cuando, sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán de aplicación los artículos 66, 67 y 68 de la ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (T.O. 1997).

ARTÍCULO 35.- Previa, simultánea o posteriormente a la promoción de la acción contencioso administrativa, podrá solicitarse la suspensión de la ejecución del acto de alcance individual o general, o la adopción de la medida cautelar que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso. Dicha suspensión podrá pedirse como medida cautelar o como objeto sustancial de la acción deducida.

ARTÍCULO 36.- Las medidas cautelares y las normas generales referidas a aquéllas, contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, serán aplicables en cuanto no resulten incompatibles con las disposiciones del presente cuerpo legal.

ARTÍCULO 37.- La suspensión de la ejecución del acto podrá ser ordenada, a pedido de parte, cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Se acreditara sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto por parte de la Administración, ocasionaría perjuicios graves, mayores que los que generaría la suspensión.

b) El acto ostente ilegalidad manifiesta y grave.

c) No afecte gravemente al interés público.

ARTÍCULO 38.- Si la solicitud de suspensión en sede judicial se efectuara encontrándose pendiente la instancia administrativa, el particular deberá demostrar que la ha pedido ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su pretensión, o que han transcurrido diez (10) días desde que la presentó, sin que se le respondiera, debiendo acreditar en este caso sólo alguno de los requisitos exigidos por el artículo 12 de la ley 19.549.

ARTÍCULO 39.- Cuando la suspensión de la ejecución del acto de alcance individual o general, se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, caducará automáticamente con la notificación del acto que agote la instancia.

Si la suspensión de la ejecución del acto o del contrato, se hubiera otorgado una vez agotada la instancia administrativa y antes de la promoción de la demanda judicial, caducará al cumplirse el plazo previsto en el primer párrafo del artículo 18.

El pedido de suspensión no interrumpirá ni suspenderá el plazo de caducidad.

ARTÍCULO 40.- La autoridad administrativa, en cualquier estado del trámite, podrá alegar fundadamente que la suspensión provoca un grave daño al interés público.

En ese caso el juez podrá dejar sin efecto la suspensión, declarando a cargo de aquélla los perjuicios que irrogue la ejecución en el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda o recurso.

ARTÍCULO 41.- Las disposiciones precedentes serán también aplicables cuando se solicite la suspensión de un hecho o de la ejecución de un contrato administrativo.

ARTÍCULO 42.- A pedido de parte, cuando las circunstancias del caso evidencien la verosimilitud del derecho que se pretende cautelar, con una probabilidad cualificada, por aparecer como jurídicamente procedente el derecho material invocado, el juzgador podrá disponer una medida de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la demandada, que, incluso, podrá consistir en una provisión justa y razonable al solicitante, ante la presencia de una obligación pública cuya existencia no resultare seriamente cuestionable, siempre que exista el peligro cierto de que la demora en su otorgamiento, pueda ocasionar un daño irreversible, imposible de reparar con la sentencia que dirima la controversia.

Título VII

Recursos directos y acciones especiales

ARTÍCULO 43.- Todos los recursos directos o acciones especiales previstos actualmente en leyes o reglamentaciones y los que en el futuro se establezcan, se regirán por el procedimiento que se implementa en este título, y serán los únicos medios válidos para la impugnación de los actos administrativos a los que se refieren.

ARTÍCULO 44.- Deberán ser deducidos dentro del plazo perentorio de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del acto definitivo objeto de impugnación.

ARTÍCULO 45.- Deberán promoverse ante el órgano administrativo emisor del acto que se impugna, el que los elevará, junto con las actuaciones pertinentes, dentro del plazo de diez (10) días, a los Juzgados, Cámaras Nacionales o Federales o la Corte Suprema de Justicia, según corresponda.

ARTÍCULO 46.- En la notificación de los actos administrativos impugnables por recursos directos o acciones especiales, se deberá consignar dicha particularidad, así como el plazo de interposición y autoridad ante la que debe presentarse la impugnación, haciéndose mención expresa de las normas pertinentes del presente título.

Si se omitiera hacerlo, el plazo para deducir el recurso directo o acción especial que correspondiera, será de sesenta (60) días, a partir del siguiente al de la notificación.

ARTÍCULO 47.- El juez o el tribunal, en su caso, deberán pronunciarse sobre su competencia en la primera providencia que dicten al recibir las actuaciones.

ARTÍCULO 48.- El Juzgado, la Cámara o la Corte, según corresponda, notificarán al impugnante, personalmente o por cédula, que las actuaciones administrativas han sido recibidas en sede judicial. La fundamentación del recurso directo o acción especial, así como el ofrecimiento de prueba, deberá producirse dentro de los diez (10) días posteriores a la mencionada notificación. Se dará traslado del escrito de fundamentación al organismo administrativo pertinente, por el mismo término.

Si el órgano administrativo hubiera actuado en ejercicio de funciones jurisdiccionales, el traslado del recurso será conferido, también por diez (10) días, a la parte vencida, si la hubiera.

ARTÍCULO 49.- De existir hechos controvertidos, la cuestión será abierta a prueba por quince días. Vencido el plazo, la autoridad judicial llamará a autos para sentencia.

ARTÍCULO 50.- La autoridad judicial dictará resolución sobre el fondo de la cuestión y sobre las costas a las que el recurso directo o acción especial hubiera dado lugar, dentro del plazo de treinta (30), cincuenta (50) o ciento veinte (120) días, según que se tratara de un juzgador unipersonal, de una Cámara o de la Corte, respectivamente.

ARTÍCULO 51.- Previa, simultánea o posteriormente a la interposición del recurso directo o de la acción especial, se podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto, o que se adopte la medida cautelar que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso.

El juez o tribunal podrán hacer lugar al pedido de suspensión, cuando se den todos los supuestos previstos en el artículo 37. En su caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 38.

ARTÍCULO 52.- En el supuesto de que el organismo administrativo, pida que se deje sin efecto la suspensión, se estará a lo establecido en el artículo 40.

ARTÍCULO 53.- Respecto de las medidas cautelares, se aplicará lo establecido en los artículos 35, 36 y 42.

Cuando la suspensión de la ejecución del acto, se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, caducará automáticamente con la notificación del acto que agote la instancia.

Si la suspensión de la ejecución del acto, se hubiera otorgado una vez agotada la instancia administrativa y antes de la promoción del recurso directo o acción especial, caducará al cumplirse el plazo previsto en el primer párrafo del artículo 44.

El pedido de suspensión no interrumpirá ni suspenderá el plazo de caducidad.

Título VIII

Amparo por mora

ARTÍCULO 54.- El que fuera parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiera dejado vencer los plazos fijados y, en caso de no existir éstos, si hubiera transcurrido un plazo que excediera de lo razonable, sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado.

Presentada la solicitud, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y si lo estimara pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida.

Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiera hecho, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiera para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.

ARTÍCULO 55.- Transcurridos treinta (30) días desde la notificación de la orden judicial de pronto despacho, o el plazo fijado en ésta, si fuera mayor, sin que se dicte la resolución, se considerará que se ha producido el silencio de la Administración, con los efectos previstos en el artículo 10 de la ley 19.549.

ARTÍCULO 56.- Las resoluciones que adopte el juez en el trámite del amparo por mora y la sentencia definitiva, serán inapelables.

ARTÍCULO 57.- El amparo por mora podrá promoverse, se haya requerido o no, previamente, el pronto despacho contemplado en el artículo 10 de la ley 19.549; y si éste fue planteado, mientras no se obtenga resolución expresa, ya sea antes o después de vencido el plazo para que la Administración se pronuncie.

ARTÍCULO 58.- En caso de desobediencia a la orden de pronto despacho los jueces deberán, a pedido de parte, aplicar sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que la autoridad administrativa competente cumpla sus mandatos, cuyo importe será en favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Las mencionadas sanciones pecuniarias se aplicarán al funcionario que debió haber emitido el acto o dictamen objeto de la acción.

Los Jueces Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal serán los únicos con competencia para entender en los procesos de amparo por mora.

En las provincias entenderán los Jueces Federales con competencia contencioso administrativa.

ARTÍCULO 59.- A lo regulado en este título, se aplicará subsidiariamente la normativa que rige al amparo común.

Título IX

Normas complementarias

ARTÍCULO 60.- Derógase la ley 3952, el título IV de la ley 19.549 y toda otra norma que resulte contraria o incompatible con las prescripciones de este Código.

ARTÍCULO 61.- Cuando alguna norma existente al momento de entrar en vigencia este Código aluda al artículo 25 de la ley 19.549, se la entenderá referida a los artículos 18 o 44 de la presente normativa, según que se trate de acciones comunes o de recursos o acciones especiales, respectivamente; y cuando la cita sea de los artículos 28 y 29 de aquella ley, se la entenderá relativa a los artículos 54 a 59 de este cuerpo legal.

ARTÍCULO 62.- Los plazos a los que se hace referencia en este Código, se contarán por días hábiles administrativos o judiciales, según que deban cumplirse en sede administrativa o judicial, respectivamente.

Los plazos fijados en los artículos 38, 44, 46, 53 y 55 se contarán por días hábiles administrativos y los establecidos en los artículos 18, 39 y 45 por días hábiles judiciales.

ARTÍCULO 63.- Comuníquese al Poder Ejecutivo. — Carlos S. Menem. — Jorge A. Rodríguez. — Raúl E. Granillo Ocampo.

NOTAS

(*) El proyecto acompaña como anexo el presente trabajo.

(1) El mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Senado de la Nación es el 1492 del 21/12/98.

(2) El primer ordenamiento ritual de la materia fue la ley 2961 de la provincia de Buenos Aires del 22 de diciembre de 1905 que aprobó, con algunas modificaciones, el proyecto de Código de Procedimientos de lo Contencioso-administrativo elaborado por la pluma del insigne jurista Luis V. Varela (ver, Linares, Juan F., Sistema y Crítica del Código contenciosoadministrativo de la Provincia de Buenos Aires, LL, 96-829).

(3) Aberastury, Pedro (h) y Danielian, Miguel, Procedimientos administrativos (Nación y Provincias), La ley, Bs. As., 1996, estudio preliminar realizado por Pedro Aberastury (h), p. XXII.

(4) Conf. Marienhoff, Miguel S., A diez años de la vigencia de la ley nacional de procedimientos administrativos y de su decreto reglamentario: valoración de los mismos, LL, 1982-D-710.

(5) Ver, Muñoz, Guillermo A., Hacia una deconstrucción de la teoría del proceso administrativo, en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, 'Derecho Administrativo', Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, pág. 1315 y ss. y Heiland, Liliana, Proceso contenciosoadministrativo y condiciones de admisibilidad, LL, 1985-D-758 y ss.

(6) Hutchinson, Tomás, Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, 2ª rempresión, Astrea, Bs. As., 1993, t. I, pág. 440 y Cassagne, Juan C. Cuestiones de Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As., 1987, págs. 278/279.

(7) V.gr. arts. 1º y 12 de la ley 2403, cód. contenciosoadministrativo de Catamarca; arts. 1º y 2º de la ley 7182, cód. de procedimiento en lo contencioso administrativo de Córdoba; arts. 1º, 3º y 4º de la ley 4106, cód. contencioso administrativo de Corrientes; 1º a 3º de la ley 7061 , cód. procesal Administrativo de Entre Ríos; arts. 1º a 3º de la ley 584, cód. procesal administrativo de Formosa; arts. 1º y 4º de la ley 1883, cód. de lo contenciosoadministrativo de Jujuy; arts. 1º a 3º de la ley 4243, cód. procesal administrativo de La Rioja; arts. 1º a 4º de la ley 3918, cód. procesal administrativo de Mendoza; arts. 5º a 7º de la ley 3064, cód. procesal contencioso administrativo de Misiones; arts. 1º a 3º de la ley 1305, cód. procesal administrativo de Neuquén; arts. 1º y 3º de la ley 793, cód. de procedimientos de lo contencioso administrativo de Salta; arts. 6º y 7º de la ley 22 de Recursos administrativos y acciones contenciosoadministrativos de Santa Cruz; arts.3º, 5º y 6º de la ley 11.330, Recurso contencioso-administrativo de Santa Fe; arts. 1º a 3º de la ley 2297, de lo contencioso administrativo de Santiago del Estero; arts 1º y 2º de la ley 133, cód. contencioso administrativo de Tierra del Fuego y arts. 1º, 2º y 4º de la ley 12.008, cód. contencioso administrativo de Buenos Aires (al respecto ver, Perrino, Pablo E. La competencia de los tribunales contencioso administrativos en el nuevo código procesal

contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires,[ ED, 178-974]).

(8) V.gr. arts. 1 a 4 de la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa española y 40 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativo alemana.

(9) Las bondades del sistema de la cláusula general son de por sí evidentes, ante la imposibilidad práctica de que el legislador pueda prever, a través de una enunciación, la totalidad de los supuestos que pueden ser enjuiciados en sede contencioso administrativa (conf. Tawil, Guido S., El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso administrativo provincial argentino, LL, 1989-A-1161; ver lo expresado por Luis V. Varela— en la nota al art. 1° del viejo código de Procedimientos de lo Contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, que pronto perderá vigencia en virtud del dictado de la ley 12.008 que constituye el nuevo Código Contencioso Administrativo).

(10) La jurisdicción contencioso administrativa. Extensión y límites, en la obra colectiva 'El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado', Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988, pág. 36.

(11) Mairal, Héctor A.,'Control judicial de la Administración Pública, Depalma, Bs. As., 1984, t.1, págs. 181 y ss.; Tawil, Guido S., Administración y justicia, edición del autor, Bs. As. 1993, t.I, pág.451 y Bianchi, Alberto A., Control de constitucionalidad, Ábaco, Bs. As., 1992, pág.185.

(12) Fallos, 6:126; 7:143; 46:311; 243:176; 306:1125 y 1720. En tal sentido el alto tribunal federal ha resuelto que es de la 'esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos' y que no compete a los jueces 'hacer declaraciones generales o abstractas (Fallos, 2:254 y 236:673).

(13) Al respecto ver, Nieto, Alejandro, La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo, Revista de la Administración Pública Nº37 y reproducido en Documentación Administrativa Nº 208, pág. 229 y del mismo autor: La inactividad material de la Administración veinticinco años después, Documentación Administrativa Nº 208, pág. 11.

(14) Fallos, 311:750 y en [ED, 129-268].

(15) González Pérez, ob. cit., pág.34.

(16) Si bien el Estado tiene una personalidad única, puede actuar tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. En este último caso el obrar administrativo puede dar origen a la existencia de los llamados 'actos civiles de la Administración' (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., 1993, t. II, pág. 259 y ss.) o 'actos emitidos por la Administración reglados parcialmente por el derecho privado' (Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, t.II, pág. 79 y ss.), así como también a los 'contratos civiles de la Administración' (Marienhoff, ob. cit. t. III-A-44 y ss.) o 'parcialmente reglados por el derecho común', cuyo régimen jurídico excluye las prerrogativas de poder público que traduce la supremacía estatal (Cassagne, ob. cit. t. II, pág. 84).

(17) Cabe recordar que la Cámara Federal en pleno estableció que para determinar si una causa es contencioso administrativa es preciso atenerse a la norma legal objetiva que de manera principal debe ser aplicada para resolver el punto litigioso (Cámara Nacional Federal Capital, en pleno, y Sala en lo Civil y Comercial, 'Gobierno Nacional c. Yaboti SRL', LL, 98-13; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala I, 'Fornaroli', LL, Supl. de Der. Administrativo del 18-6-99, pág. 25; sala IV, causa 23589/98, 'ENABIEF c. Villegas González, Roberto M. S/proceso de ejecución', res. del 19-11-98; causa 3505/98,' Stilio, Gustavo Pedro c. COMFER y ot. S/medida cautelar (autónoma), res. 6-10-98; causa 28011/97, 'Laborda, Jorge Rafael c. SENASA s/daños y perjuicios', res. del 8-9-98).

(18) Una regulación análoga se encuentra en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, ley 12.008, (art. 1.1).

(19) Ante la insuficiencia de la pauta legal los tribunales desarrollaron el criterio delimitador de la competencia expuesto en la nota 17.

(20) Ver García de Enterria, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, 8va. ed., Civitas, Madrid, 1997, t. I, págs. 175 y 197 y ss.

(21) Hutchinson, ob. cit. t.I, pág. 450.

(22) Fallos, 296:672 y también en la Rev. del Der. Com. y de las Oblig., Nº 61, ps. 71 y ss., con nota de Marienhoff, Miguel; El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia.

(23) Comadira, Julio R.; El acto administrativo municipal, Depalma, Bs. As., 1992, pág. 16.

(24) Escola, Héctor; La revocación del acto administrativo, LL, 1977-C-818.

(25) Cassagne; Derecho Administrativo, ob. cit., t. II, pág. 53.

(26) Fallos, 311:1791; 312:282 y 606; ver Coviello, Pedro, J.J., La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estudio preliminar en la obra de Eduardo Mertehikian, Estudios sobre la contratación pública, Ciencias de la administración, Bs. As., 1996, ps 50/52).

(27) Fallos, 301:292 y en fecha muy reciente en la causa 'S.A. Organización Coordinadora Argentina', [ED, 177-749], con nota de Comadira, Julio R., La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento.

(28) En algunas codificaciones procesales administrativas provinciales antiguas, como la bonaerense redactada por Luis V, Varela (art. 29, inc. 1º), se establece que el tribunal desestimará in limine toda demanda que verse sobre cuestiones en que la autoridad haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales (ver, Tribiño, Carlos R. y Perrino, Pablo E., La justicia contencioso administrativa de la provincia de Buenos Aires, Depalma, Bs. As., 1995, pág. 71 y ss.).

(29) Huber, Hans, citado por García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás en su Curso de Derecho Administrativo, t. 1, 8ª edición, Madrid, 1998, pág. 447.

(30) Schwartz, Bernard, Administrative Law; 3ed., Boston, 1991, pág. 652, cit. por García de Enterría, Eduardo; Democracia, Jueces y control de la Administración; Tercera edición ampliada; Madrid; 1997; pág. 31.

(31) Marienhoff, A diez años... cit., pág. 719.

(32) Sobre la naturaleza indemnizatoria de la expropiación ver, Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, t. II, pág. 244 y ss.; del mismo autor Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial de la administración, en 'Estudios sobre la constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría', t. III, Madrid, 1991, pág. 2827 y ss.; Cassagne, ob. cit. t. I, pág. 295 y Maiorano, Jorge Luis, La ocupación temporánea como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal por obrar legítimo, LL 1980-C-468.

(33) Ver, Marienhoff, Miguel S., Otra vez respecto de la ley nacional de expropiación 21.499, LL, 1978-D-1230/1230 y Maiorano, Jorge L., La expropiación en la ley 21.499, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, págs. 108 y ss.

(34) Fallos, 308:2564, y [ED, 122-525], con nota de Bianchi, Alberto B., Dos nuevos rumbos jurisprudenciales en materia de competencia originaria de la Corte Suprema.

(35) Publicado en JA, 1992-IV-72.

(36) Se inscribe, así, en el criterio sustentado por la Corte en precedentes tales como 'La Buenos Aires Cía. de Seguros c. Petroquímica Bahía Blanca' (Fallos, 311:750 y en [ED, 129-268]). En dicha oportunidad, al analizar la normativa que rigiera a 'Petroquímica Bahía Blanca' —sociedad anónima de capital estatal—, el Procurador General, a cuyo dictamen adhiriera el máximo tribunal, expresó que se trataba de 'un sistema complejo presidido por disposiciones del derecho privado en lo que hace al objeto específico de actuación, atribuido a la empresa por su estatuto, y en lo relativo a su organización de gobierno..., pero influido por normas de derecho público, en especial procedimentales, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de su actividad'.

(37) Fallos, 315:1830; ver en especial el dictamen del Procurador Fiscal, párr. 11.

(38) Suprema Corte de la Pcia. de Bs. As.; JA, serie contemporánea, 16-1972. También el art. 2º, inc. 3º del

nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense enuncia expresamente entre los casos incluidos en la competencia contencioso administrativa las controversias en 'las que sea parte una persona pública no estatal, cuando actúe en el ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo'. Además, regula un procedimiento especial para la impugnación de las resoluciones de los consejos o colegios profesionales y de las cajas de previsión social de profesionales (arts.74/75).

(39) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, sent. del 2-6-92.

(40) Cam. Nac. de Apel. Cont. Adm. Fed., sala IV, res. del 29/6/95.

(41) Fallos, 312:1891.

(42) Sala IV, res. del 11/8/94.

(43) LL, 1984-D-145, con nota de Grecco, Carlos M., Impugnación judicial de actos administrativos del Poder Judicial.

(44) Causa B.48.836, res. del 17/11/86.

(45) Ac. y Sent. 1988-II-150; ver Tribiño y Perrino, ob cit. ps. 96/100.

(46) Ver, Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, ob. cit., t. II, págs. 206 y 764 y ss.; criterio compartido por Cassagne, Derecho Administrativo, ob. cit., t. I, pág. 70 y ss., y Dromi, Roberto, Derecho Administrativo', 7ª ed., Ciudad Argentina, Bs. As. 1999, pág.132.

(47) González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo hispanoamericano, Temís, Bogotá, 1986, pág. 184 y Tribiño y Perrino, ob. cit. ps. 67/68.

(48) Ya hemos señalado al examinar el principio general de asignación de competencia que según la jurisprudencia de la Corte nacional el art. 116 de nuestra Constitución exige para incitar la jurisdicción de los tribunales la existencia de un 'caso contencioso', o sea de una controversia entre partes que afirmen y contradigan sus derechos, la cual debe ser provocada por parte legítima y en la forma establecida por las respectivas normas procesales, quedando excluidas las consultas y las peticiones de declaraciones generales.

(49) 'Consumidores Libres', sentencia del 7/5/98, LL, 10-6-98, consid. 9º. En el mismo precedente la Corte exigió se acreditase la utilidad de la sentencia, al señalar que '..al no concretarse qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado....sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural'(consid. 11 del voto mayoritario).

(50) 'Prodelco', sent. del 7/5/98, publicada en [ED, 177-621] y LL, del 10-6-98, consid. 4º del voto mayoritario (la cursiva es agregada).

(51) 'Consumidores Libres', consids. 9º y 10 del voto de mayoría.

(52) Un ejemplo de sentencia con efecto erga omnes es la dictada por la Corte nacional en el caso 'Monges, Analía c. UBA, el 26/12/96 [ED, 173-272], en tanto lo allí resuelto alcanzó a todos las personas que estaban en la misma situación (Fallos, 319:3148 y en LL, 1997-C-150, ver consid. 34). Otro ejemplo de efectos expansivos de un pronunciamiento judicial es el conocido caso 'Ekmekdjián c. Sofovich', decidido por el alto tribunal federal el 7 de julio de 1992, en el cual se sostuvo que el efecto reparador del derecho de réplica alegado por el actor alcanzaba al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, señalando que en 'casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva'. Como puede advertirse, sustancialmente, se trató de lo que los norteamericanos denominan 'acción de clase' (Fallos, 315:1492 [ED, 131-530]).

(53) Bianchi, Alberto B., Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala, R.A.P. Nº 235, pág. 15.

(54) Bianchi, ob. cit. pág. 49.

(55) 'La pretensión es admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y, por lo tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del órgano judicial' (Palacio, Lino E.,

Derecho Procesal Civil, 2ª ed., 5ª reimpr., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, t.I, pág. 396: ver, Prieto-Castro Ferrandiz, L., Derecho procesal civil, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, t. I, págs. 595/596; Guasp, Jaime, Derecho procesal civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 238 y ss.).

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

(57) Mairal, ob. cit. t. 1, pág. 127 y ss. y Tawil, Guido S., Administración y justicia, Bs. As., 1993, t. II, pág.1 y ss.

(58) En tal sentido la Corte nacional ha dicho: '... para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se deduce es preciso que concurran ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos de o presupuestos procesales'. Más adelante expresó refiriéndose al régimen procesal administrativo federal '... en lo que respecta al proceso contencioso administrativo el actor, además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debe cumplir con aquellos requisitos específicos de este tipo de proceso previstos en el título IV de la ley 19.549, cuyo cumplimiento en cada caso concreto el juez está facultado a verificar' (Causa G.1530 XXXII, 'Gorordo, Allaria de Kralj, Haydée María c. Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)', sent. del 4/2/99, [ED, 181-960], con nota de Julio R. Comadira, El caso 'Gorordo': nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad).

(59) Ver, Fernández, Tomás R., Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso', DA, Nº 221, págs. 5 y ss.; Garrido Falla, Fernando y Fernández Pastrana, José M., Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la ley 30/1992), Civitas, Madrid, 1995, págs. 244/245; Piñar Mañas, José Luis, La pretendida especialidad de los recursos especiales, DA, Nº 221, pág. 132; Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. II, cap. XIII, págs. 12/16. Eduardo García de Enterría ha expresado 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 que pueda producirse dicha interposición. La única solución razonable es convertir la vía previa de preceptiva en facultativa, que es la fórmula tradicional francesa...' (Hacia Una justicia administrativa, 2ª. ed. ampl. Civitas, Madrid, 1992, págs. 66/67). También Jesús González Pérez ha sostenido que resulta más lógico 'configurar los recursos administrativos como vías potestativas para el afectado por el acto, que utilizará si lo considera oportuno, pudiendo acudir directamente al proceso administrativo' (Derecho procesal administrativo hispanoamericano, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, pág. 177, nota 26, y en La reforma de la legislación procesal administrativa' Civitas, 1992, págs. 46 y ss. y en La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas', Nº 75, curso académico 1997-1998, Madrid, 1998, págs. 318/319. En igual sentido, José Luis Rivero Ysern postula el carácter potestativo de la vía administrativa de recurso (Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa, en la obra colectiva 'El procedimiento administrativo en el derecho comparado', dirigida por Javier Barnes Vázquez, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, Madrid, 1993, págs. 201 y ss.)

(60) Perrino, Pablo E., Procedimiento administrativo y agotamiento de la vía, cit., pág. 177.

(61) Muñoz, Guillermo Andrés, Neoliberalismo, tiempo y derecho, rev. Actual. en el Der. Pub. Nº 4, pág.13.

(62) Perrino, Pablo E., ob. antes cit. pág. 177.

(63) Fallos, 316:2454 y en LL, 1995-A-397, con nota de Bianchi, Alberto B., Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa. En palabras de José A. Trevijano Fos es un privilegio 'hacia adentro' de la Administración Pública (Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1973, t. I, pág. 458; conf. Cassagne, Derecho Administrativo, ob. cit., t. II, ps. 22 y 34).

(64) Fallos, 288:398 ('Sindicato de los Trabajadores de la Industria Lechera de la Capital Federal y partidos

adyacentes').

(65) En el caso 'Mackentor', la Corte distinguiendo la vía del reclamo de la de los recursos, expresó: 'cabe distinguir entre la vía impugnatoria —que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts.23 y sigtes. de la ley 19.549— cuyo resultado será necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho —aún originado en una relación jurídica preexistente— basada en lo dispuesto en el art. 30 y concordantes del mismo cuerpo legal, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa' (Fallos, 312:1017, criterio reiterado en Fallos, 314:1147 ('Schneider de Guelperin'); 315:2346 ('Adan').

(66) La impugnación de los actos dictados durante curso de ejecución de un contrato administrativo es coherente con el criterio sentado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el famoso plenario 'Petracca' (JA, 1986-III-661 [ED, 118-391]) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: 'Gypobras' (Fallos, 318:441; ver Monti de Hitzfelder, Laura M., La aplicación de la ley de procedimientos administrativos 19.549 en el ámbito de los contratos administrativos, JA, 1996-IV-801 y Cassagne, Juan Carlos, Impugnación administrativa y judicial de los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración, [ED, 179-720]).

(67) Ver Canosa, ob. cit, pág. 195 y ss.

(68) Ver Díez, Horacio P., Reglamentos: su impugnación en el procedimiento administrativo, Abeledo-Perrot, Cuadernos de la Universidad Austral Nº 2, Bs. As., 1998, capítulos VII y VIII.

(69) Art. 100 inc. 1º, CN. Téngase en cuenta que la Constitución asigna al jefe de gabinete el ejercicio de la administración general del país, pero atribuye al presidente la responsabilidad política por ella. Siendo así, la competencia del jefe de gabinete no puede ser considerada, en rigor, desconcentrada —pues en la desconcentración la responsabilidad corresponde, en principio, al órgano desconcentrado—, ni tampoco delegada en sentido propio —porque la atribución le viene, directamente, de la norma, y no de un órgano delegante—. Ello lleva a sostener que media, en el caso, una delegación impropia, en favor del jefe de gabinete, del ejercicio de la administración general del país, con preservación para el presidente de la titularidad o jefatura de ésta (Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O.; Administración general del país y delegaciones administrativas en la Constitución Nacional, en la obra colectiva 'Estudios sobre la reforma constitucional', Director, Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, 1995, págs. 183 y ss., en especial, págs. 190/193). En igual sentido, aunque por fundamentos diferentes, ver Raspi, Arturo, La jefatura de la administración general del país en la Constitución; LL, 1996-E-794.

(70) Art. 26 de la LNPA.

(71) Fallos, 312:1017, criterio reiterado en Fallos, 314:1147; 315:2346; conf. Mairal, ob. cit. t. I, pág. 357; Pearson, Marcelo, Manual de procedimientos administrativos, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pág.130; Tawil, ob. cit. t. II, pág.161; Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo. Macchi, Bs. As., 19XXXX, t. IV-2, XII, pág. 37; en contra: Marienhoff, Miguel S., Demandas contra el Estado Nacional. Los arts. 25 y 30 de la ley de procedimientos administrativos, LL, 1980-B-779 y Silvestri y González Arzac, ob. cit. pág. 770; Hutchinson, ob. cit. t. I, pág. 548.

(72) El silencio administrativo constituye un simple arbitrio técnico concebido por el legislador para posibilitar el acceso a la justicia cuando media inactividad de la administración. (Muñoz, Guillermo Andrés, Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Astrea, Bs. As., 1982, págs. 26 y ss., especialmente págs. 31 a 32).

(73) Fallos, 311:689 ('La Estrella, S.R.L.' c. Provincia de Chaco').

(74) Hutchinson, ob. cit. t. I, págs. 444/445; Canosa, ob. cit. pág. 200 y Tawil, Guido S., Administración y Justicia, distribuido por Depalma, Bs. As., 1993, t. II, pág. 149.

(75) LL, 1986-D-10.

(76) Fallos, 319:1476.

(77) Fallos, 319:1532.

(78) Consid. 6º de la causa 'Alcántara Díaz Colodrero', antes cit.

(79) La doctrina no es pacífica acerca de la exigencia del agotamiento de la vía con relación a los actos equiparables a definitivos ante la redacción del inc. b) del art. 23 de la ley 19.549 (ver por ejemplo: Hutchinson, ob. cit. págs. 443/444;. y Canosa, Armando N., Los recursos administrativos, Ábaco, Bs. As., 1996, págs. 199/200).

(80) Art.7º del proyecto y 24, inc. a) de la LNPA.

(81) Art. 30, 2º párr.

(82) Para un sector de la doctrina la sentencia que declara la invalidez de un reglamento produce efectos erga omnes, es decir derogatorios de la disposición impugnada (Cassagne, Juan C., Sobre la impugnación de los reglamentos y demás actos de alcance general en la L.N.P.A. y en el R.N.L.P.A, [ED, 131-911]; Grecco, Carlos M., Impugnación de disposiciones reglamentarias, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988, pág. 113; Gordillo, Agustín, Acto, reglamento y contrato administrativo, Rev. Arg. de Der. Adm. Nº 3, pág. 24; Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, ob. cit. pág. 316). Otros juristas, en una postura contraria afirman que los efectos sólo se limitan para las partes del litigio (Mairal, ob. cit. t II, pág. 897 y ss. y en Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento, Rev. de Der. Adm. Nº 2, pág. 223 y ss.; Bianchi, Alberto B., Control, de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales', Ábaco, Bs. As., 1992, pág. 241 y ss.).

(83) Conf. Rebollo Puig, Manuel, obra colectiva Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1999, pág. 532.

(84) Bianchi ejemplifica acerca de ciertas cuestiones que pueden suscitarse en consecuencia del efecto derogatorio de los fallos que invaliden reglamentos. Así escribe: 'Imaginemos a la Sala I de la Cámara Contenciosoadministrativo, declarando la nulidad (y derogando, por ende) un reglamento que debe aplicar en otro proceso la Sala II. Ésta, si conoce el fallo, declarará abstracto el pronunciamiento; si no lo conoce, lo considerará, tal vez, válido, rechazando la demanda. Su fallo es, entonces, arbitrario, porque aplica derecho no vigente'(ob. antes cit. pág. 244).

(85) Fallos, 318:441 y en LL, 1995-E-473, con nota de Guido S.Tawil, El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

(86) Fallos, 315:656 ('Chacofi, S.A.C.I.F. e.I'), 316:2477 ('Colegio Bioquímico del Chaco'); 318:1349, ('Biain'); ver Perrino, Pablo E., Procedimiento administrativo y agotamiento de la via, en la obra colectiva 'Procedimiento Administrativo', Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, pág. 173

(87) Fallos, 312:1017, también publicado en la Rev. de Der. Adm., Nº 4, pág. 315 y ss., con nota de De Estrada, Juan Ramón, Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la instancia judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema.

(88) Conf. Hutchinson, Tomás, Régimen de procedimientos administrativos, Astrea, Bs. As., 1992, pág. 351.

(89) Ver plenario 'Petracca', CNCAF, sent. del 24-4-86, RAP Nº 96, pág. 90 y ss. y en JA, 1986-III, pág. 661; 'Giménez Vega', Sala III, 1-9-81. En igual sentido, la jurisprudencia de la Corte ha expresado que ...'los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada..., razón por la cual, en tal caso, 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' (Fallos, 319: 1476, 'Alcántara Díaz de Colodrero', en especial consid. 5º, criterio reiterado en Fallos, 319:1532, 'Nava', en especial, consid. 7º.

(90) Cabe recordar que varios años atrás se generalizó, como una práctica en el fuero contencioso administrativo, iniciada por la Sala III, la intervención previa de las partes antes de dar por habilitada la instancia (Ver, Muñoz, ob. cit. págs. 1319/1320).

(91) En tal sentido, ver Código Contenciosoadministrativo bonaerense, art. 35 inc. 1º.

(92) Ver, Heiland, ob. cit.

(93) Fallos, 295:784, ('Ecofisa y Maragua'); 297:531, (Antulio'); 298:116 ('Tuttobene'); 311: 569, ('Franco,

Cantalicio'); 1174, ('Martínez Pérez'); 313:327 ('Pozzi') y 316:239, ('Irazola'); Causa t. 359 XXXI, 'Tajes, Raul Eduardo c. estado Nacional (EMGE) s/retiro militar y de seguridad', sent. del 31/3/99.

(94) Fallos, 313:327 ('Pozzi').

(95) Conf. Código Procesal Civil y comercial de la Nación (luego de la reforma de la ley 24.753) y nuevo Código Contenciosoadministrativo de la Provincia de Buenos Aires.

(96) El criterio concuerda con el seguido en el nuevo ordenamiento ritual bonaerense (art. 27 inc. 7º).

(97) V.gr.: Buenos Aires (art. 45); Santa Fe (art. 50); La Rioja (art. 49); Jujuy (art. 54); Santiago del Estero (art. 49).

(98) Ver las razones que impiden a los agentes estatales prestar declaración confesional en juicio en, Bielsa, Rafael, Sobre lo contenciosoadministrativo, 3ª ed., Castellví, Santa Fe, 1969, pág. 259; Díez, Manuel M., con la colaboración de Hutchinson, Tomás, Derecho procesal administrativo (lo contencioso administrativo), 2ª ed., Plus Ultra, Bs. As., 1996, págs. 152/153; Argañarás, Manuel, Tratado de lo contencioso administrativo, Bs. As., 1955, pág. 319; Varela Luis V., nota al art. 52 del viejo Código de procedimientos de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

(99) Ver, Hutchinson, Ley Nacional de procedimientos administrativos, cit. t. II, págs. 224/227.

(100) Ha señalado la doctrina que coexiste en la suspensión judicial del acto administrativo 'lo conservatorio con lo innovativo', pues a pesar de la suspensión de los efectos, el acto administrativo mantiene validez (faz conservatoria) pero, a la vez, se produce una alteración de la situación preexistente, porque cesa provisionalmente la obligatoriedad de cumplir los deberes o limitaciones impuestos por aquél (faz innovativa) (Sammartino, Patricio; La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable, [ED, 177-768]).

(101) La jurisprudencia de la Corte ha exigido la presencia de una ilegalidad manifiesta o patente por ejemplo en Fallos, 302:2267, 'FOETRA Sindicato Buenos Aires' y en Fallos, 314:1202, 'Astilleros Alianza'. La Cámara del fuero también ha requerido la acreditación de este recaudo en varios de sus precedentes (ver, Comadira, Julio R., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, pág. 207, en especial, nota 62).

(102) El interés público comprometido ha sido objeto de valoración por la Corte, por ejemplo, en Fallos, 210:248; 303:625; 307:2267; en la ya citada causa 'Astilleros Alianza', etc. (ver Comadira, ob. cit., pág. 208, en especial nota 67).

(103) Conf. CNCont.-adm. Fed., sala II, 'Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c. B.C.R.A. s/nulidad', res. del 9/4/92.; sala I, 'U.B.A. c. PEN Dto 290/95 s/proceso de conocimiento incidente MEP', res. del 29/2/96 y sus citas.

(104) Conf. CNCont-Adm. Fed., sala III, 'Edesur, S.A. c. E.N.R.E. Resol. E.N.R.E. Nº 18/95', res. del 20/2/95.

(105) Comadira, Julio R., Derecho Administrativo, ob. cit., pág. 209.

(106) Comadira, ob. cit., pág. 209. Desde otro punto de vista, se ha sostenido que la distinción entre aplicación del art. 12 LNPA y aplicación de los presupuestos del CPCCN, postulada doctrinariamente y recogida por el proyecto según las distintas situaciones antes vistas, presentaría problemas en su aplicación práctica. Así, desde este ángulo, si se considera la aplicación judicial del art. 12 consecuencia de la facultad de revisión jurisdiccional, 'parece evidente que como tal deberá ser objeto de una pretensión, acumulada o no a otra, inserta en una demanda y sujeta al desarrollo de todo el proceso, porque sólo podría decidirse en la sentencia definitiva, extremo que... genera graves dudas acerca de su utilidad práctica'. Por el contrario —según esta posición—, si se acepta 'su aplicación directa por el órgano jurisdiccional, en el ámbito de la adopción de medidas cautelares, deberá resignarse el argumento de hallarse prevista la cláusula del art. 12... específicamente para la administración y su consecuente falta de ejercitabilidad por la jurisdicción, a no ser dentro del ámbito de la actividad revisora, ejercible a través de la sentencia posterior al juicio de conocimiento' (García Pullés, Fernando, Actividad cautelar en el proceso contra la Administración Pública, RAP Nº 203, pág. 12 y ss., en especial págs. 20-21). De nuestra parte, entendemos que el criterio sostenido por Comadira y de recibo por el proyecto en estudio, no exhibe quiebres lógicos teóricos ni prácticos. El hecho de que el art. 12 LNPA haya sido diseñado para su aplicación por la Administración, no veda que, al no estar

agotada la vía, pueda la judicatura revisar la legitimidad de dicha aplicación a través de un proceso judicial autónomo que, como tal, no deberá esperar —para resolver si la denegatoria expresa o por silencio de la suspensión ha sido conforme a derecho— la finalización de ningún proceso de fondo. No hay, aún, acción contenciosa sobre el fondo que resulte posible, toda vez que la instancia administrativa todavía no está agotada. Lo que se procura es contar con una tutela judicial desde el momento en que la Administración resuelve denegar el pedido de suspensión, hasta el momento en que, al dictarse el acto administrativo definitivo que agota la instancia, se abra la posibilidad de atacar judicialmente dicho acto mediante los mecanismos previstos en el CPCCN (inclusive, por cierto, la petición de cautelares en los términos de dicho código ritual).

(107) Comadira, Derecho Administrativo, ob. cit., pág. 215.

(108) Cassagne, ob. cit. t.II, pág. 312.

(109) Fallos, 295:994.

(110) Fallos, 312:1724.

(111) Fallos, 317:387.

(112) Esta amplitud probatoria no deberá entenderse, según creemos, con una laxitud tal que implique la ordinarización del proceso, desvirtuándose su razón de ser.

(113) Ver, al respecto, el interesante estudio efectuado por Patricio Sammartino (y que fuera objeto de atención por los redactores del proyecto en cuestión, según surge de los fundamentos de la iniciativa), en el que caracteriza al amparo por mora como un procedimiento sin contraparte. Señala el autor que se trata de una acción meramente instrumental, en la que el juez no se pronuncia sobre el fondo del asunto, limitando su actuación a un segmento del procedimiento administrativo, cuya continuidad proseguirá, una vez subsanada la inactividad administrativa (Sammartino, Patricio, Precisiones sobre la naturaleza procesal del amparo por mora adminstrativa, JA, 1995-II-127).

(114) Barra, Rodolfo, El amparo por mora de la Administración, [ED, 59-797]; Tawil, Guido, S., Administración y justicia, cit. t. I, pág. 295; Creo Bay, ob. cit. pág. 29 y Dromi, José Roberto, El procedimiento Administrativo, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1986, pág.120. En contra, Hutchinson, Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, Bs. As. 1992, pág.173. y Raspi, ob. cit., pág. 3.

(115) Plenario del 5-2-85 en autos 'Transportadora de caudales Zubdesa, S.A. c. Ferrocarriles Argentinos'; LL, 1985-C-511, con nota de Creo Bay, Horacio, La apelabilidad de las sentencias dictadas en los amparos por mora y el final de una polémica. En este plenario se resolvió que 'Es apelable la sentencia de primera instancia sobre la existencia o no de mora de la Administración, en los amparos regulados por el art. 28 de la ley 19.549, reformada por la ley 21.686'.

(116) En el caso 'Confederación General del Trabajo de la República Argentina c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/acción de amparo', sent. del 7-11-89, dictada por la Cámara Nac. de Apelaciones del Trabajo, sala IV, se decidió que es inadmisible el recurso de apelación contra la sentencia final que resuelve sobre la existencia o inexistencia de mora de la Administración (ver, Creo Bay, Horacio, Amparo por mora de la Administración Pública, Buenos Aires, 1995, pág. 133).

(117) El proyecto no insiste, así, con el mecanismo represivo que actualmente establece el art. 29 de la LNPA, que prevé —ante la desobediencia—, la comunicación a la autoridad administrativa pertinente, para que se ejerzan las potestades disciplinarias que correspondan, sobre el funcionario remiso. La mencionada norma de la LNPA remite a lo dispuesto por el art. 17 del decreto-ley 1285/58, de Organización de la Justicia, que establece que 'Toda falta en que incurran ante los tribunales nacionales los funcionarios y empleados dependientes de otros poderes u organismos del Estado Nacional o provincial, actuando en calidad de tales, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos, a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda'. Este mecanismo ha resultado, en su aplicación práctica, estéril para evitar el incumplimiento de la orden judicial, pues en la gran mayoría de los casos, quienes desobedecen el mandato judicial son funcionarios de las más altas categorías, excluidos del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública y, por tanto, no sujetos al régimen disciplinario en él establecido. No obstante ello, se ha sostenido que tales funcionarios ajenos al escalafón podrían ser sancionados por la máxima autoridad administrativa, pues, entre otras razones, si pueden ser removidos (y la remoción es la sanción más grave que puede

imponerse en la relación de servicio), va de suyo que pueden ser apercibidos o suspendidos (ver, Canda, Fabián Omar, Responsabilidad administrativo-disciplinaria de los ministros del Poder Ejecutivo Nacional, publicada en el Anuario de Derecho de la Universidad Austral, Nº 2, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 167 y ss.).

(118) Perrino, Pablo E., Las pretensiones procesales en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense, [ED, 180-878].

(119) Barrese, María Julia y López Mesa, Marcelo J., Un fallo significativo (Comentario a un fallo del TSJ de Neuquén en materia de astreintes y consolidación de deudas del Estado), en este mismo tomo, p. 1020

(120) Parada Vázquez, Ramón, Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso administrativo, Rev. De la Adm. Pca. Nº 55, pág. 109.

(121) CS, sent. del 15-11-83, especialmente consid. 4º in fine.

© Copyright: El Derecho