

CAPÍTULO XIII

LA TUTELA JUDICIAL

SUMARIO

I. <i>La herencia del pasado</i>	XIII-1 / 535
1. Dificultades del tema	XIII-1 / 535
2. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”	XIII-3 / 537
2.1. Derechos protegidos	XIII-4 / 538
2.2. Naturaleza del procedimiento	XIII-4 / 538
2.3. Facultades del tribunal en la sentencia	XIII-4 / 538
3. Las confusiones entre “lo contencioso administrativo” y el derecho procesal administrativo	XIII-5 / 539
3.1. La cuestión de la competencia procesal administra- tiva.....	XIII-7 / 541
3.1.1. Hoy en muchas Provincias y antes en la Capital.....	XIII-7 / 541
3.1.2. Hoy en la Capital y algunas provincias	XIII-8 / 542
3.1.3. La cuestión del agotamiento de la vía adminis- trativa.....	XIII-9 / 543
4. Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés	XIII-12 / 546
5. Superación de la confusión entre el “contencioso adminis- trativo” provincial y el derecho procesal federal.....	XIII-13 / 547
II. <i>El control judicial, hoy</i>	XIII-16 / 550
6. La acción en defensa del usuario y del consumidor	XIII-16 / 550
7. Los progresos y sus limitaciones	XIII-19 / 553
7.1. Control de la discrecionalidad	XIII-20 / 554
7.2. Control de la discrecionalidad y regulación técnica ...	XIII-20 / 554
7.3. Control de la norma general	XIII-20 / 554

7.4. Acción declarativa de inconstitucionalidad.....	XIII-20 / 554
8. Las vías de tutela urgente. El amparo.....	XIII-21 / 555
8.1. La mala recepción judicial del amparo y las cautelares individuales. Su reversión en derechos de incidencia colectiva	XIII-23 / 557
8.2. El amparo definido por los derechos de la libertad, no de la propiedad	XIII-24 / 558
8.3. Propiedad, derechos patrimoniales, licitaciones: Las fuentes de corrupción administrativa que el amparo no siempre corrige.....	XIII-26 / 560
8.4. Los amparos contra particulares, concesionarios, licenciatarios	XIII-27 / 561
8.5. En los tribunales federales del interior.....	XIII-28 / 562
8.6. En los tribunales procesal administrativo provinciales.....	XIII-28 / 562
8.7. El amparo por mora de la administración.....	XIII-30 / 564
9. Continuación. Las diversas medidas cautelares	XIII-31 / 565
9.1. Las variantes.....	XIII-31 / 565
9.2. Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho <i>vs.</i> la presunción de legitimidad del acto administrativo	XIII-32 / 566
9.3. El peligro en la demora.....	XIII-36 / 570
9.4. La balanza entre el <i>periculum</i> y la verosimilitud	XIII-37 / 571
9.5. Que no se confunda con el objeto de la acción.....	XIII-38 / 572
9.6. La acreditación <i>prima facie</i> de los requisitos de la cautelar: información sumaria	XIII-38 / 572
9.7. El <i>solve et repete</i>	XIII-39 / 573
9.8. La tutela autosatisfactiva o anticipatoria.....	XIII-42 / 576
10. “Acción” y “recurso de apelación:” Evolución hacia la identidad.....	XIII-44 / 578
11. Estado actual del control judicial	XIII-47 / 581
12. Perspectivas.....	XIII-48 / 582

Capítulo XIII

LA TUTELA JUDICIAL¹

I. La herencia del pasado

1. Dificultades del tema

Ya explicamos cómo y por qué la administración activa no puede constitucionalmente ejercer jurisdicción alguna.² También destacamos como principio supranacional el derecho a la “tutela judicial efectiva,” lo que significa inexistencia de

¹ Ampliar en la señera obra de MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 2 ts., 1984; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000; D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2006; POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina*, Milán, Giuffrè, 2002; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2003; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 2 ts.; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, 2 ts.; LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 2 ts.; BOSCH, JORGE T., “Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional,” *LL*, 81:830; VALLEFÍN, CARLOS A., *Protección cautelar frente al Estado: continuidades y rupturas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002 y *Medidas cautelares frente al Estado: continuidades y rupturas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O., *Las medidas cautelares contra la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2006; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviniente y control de razonabilidad en el caso *Tobar*,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 143-155; MILANTA, CLAUDIA A. M., “Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 451-79; ARIAS, LUIS FEDERICO, “El «descontrol» judicial de la función administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” en AHE, *op. cit.*, pp. 227-255; GUGLIELMINO, OSVALDO, “La Justicia Federal en la emergencia,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 23-30; AHE, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1226; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191; CAPALBO, SOFÍA, “El derecho a la tutela judicial efectiva,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, pp. 103-114.

² Ver *supra*, cap. IX del t. 1, “Las funciones del poder,” § 8 a 19.

sectores inmunes al control judicial y a la justicia *pronta y eficaz*.³ El tema de “lo contencioso administrativo” en el orden nacional es una discusión que pudiera o debiera superarse.⁴ Lo está en sus trazos esenciales, aunque quedan algunos resabios de instituciones de los códigos locales o del contencioso administrativo francés,⁵ impropriamente receptadas por alguna doctrina y jurisprudencia,⁶ pero van en constante disminución.

Del mismo modo algunas provincias han ido modernizando por ley o por decreto-ley sus códigos, tanto en terminología como en contenido, lo que ayuda a despejar esos viejos errores nacionales:⁷ Entre Ríos, 7061; Formosa, 584; La Rioja, 4243; Mendoza, 3918; Neuquén, 1305.

También cabe abrigar, por ello, la esperanza de que en caso de concretarse las regiones judiciales que autoriza la Constitución de 1994, se puedan lograr mayo-

³ Ver *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo;” art. 8, inc. 1° y art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Como ha dicho más de un magistrado, con las cláusulas constitucionales y de las convenciones y tratados internacionales que se resumen en frases como las recordadas y otras de igual tenor, un magistrado no necesita más para hacer justicia. Hasta se puede decir que la regulación que los legisladores hacen a través de los códigos procesales administrativos terminan siendo receptáculos de renovadas luchas del poder político para *evitar* el control al que la Constitución y los tratados han sometido al poder. Los legisladores suelen ser la vía permeable a tales influencias del poder político que quiere cercenar o limitar el control. Por eso el constituyente salteño, al regular en la Constitución de esa Provincia los elementos esenciales de la tutela del amparo, concluyó el esquema de su tutela constitucional *prohibiendo* expresamente al legislador dictar ley alguna regulándolo, en la certera previsión de que el legislador sólo intentaría deshacer la tutela constitucional.

⁴ Sobre la filiación política e histórica de estas teorías ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos),” Madrid, Civitas, 1983.

⁵ Por supuesto, no estamos ante una cuestión semántica. El problema es el contenido, cuando limita el control judicial.

⁶ Lo sostuvimos desde 1965 en nuestro art. “Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina lo «contencioso-administrativo»),” *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, 111.

⁷ *Supra*, nota 6, donde seguimos a BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública*, Buenos Aires, Zavalía 1951; del mismo autor, “Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional (En homenaje al doctor Luis V. Varela, con motivo de cumplirse el 1° de febrero de 1956, el 50° aniversario del «Código de Procedimientos de lo contencioso administrativo para la Prov. de Buenos Aires»),” *LL*, 81: 830-42; “El origen de la jurisdicción contencioso administrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes,” *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1945, p. 91 y ss.; LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso administrativo en la Justicia Nacional Federal,” *LL*, 94: 919; “Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código),” *LL*, 96: 852; FIORINI, BARTOLOMÉ, “La crisis del contencioso administrativo,” *LL*, 107: 1168; *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965. Posteriormente, entre otros, DIEZ, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, p. 27 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Primer Encuentro Hispano-Argentino, Abeledo-Perrot, 1986, p. 29; ABERASTURY (H.) y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*, t. I y II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

res avances en la materia.⁸ Lo propio ha ocurrido con dos grandes jurisdicciones: La Ciudad de Buenos Aires⁹ y la Provincia de Buenos Aires.¹⁰ Ayudó que alguna doctrina entendiera que el tema pertenece al derecho procesal.¹¹

Avanzaron a su vez los procesalistas, sin influencias del sistema francés,¹² tan ajeno al nuestro de revisión judicial.¹³ El cambio de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ayudó,¹⁴ como las nuevas generaciones;¹⁵ aunque existieron retrocesos.¹⁶

2. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”

Las diferencias entre ambos giraban en torno a tres cuestiones.¹⁷

⁸ “La región argentina a partir de la Constitución de 1994,” cap. X de nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

⁹ Ver UGOLINI, DANIELA, “El proceso administrativo en la Ciudad de Buenos Aires,” en *Código Contencioso Administrativo y Tributario y demás normas del proceso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 3-31, con nuestro prólogo; BALBÍN, CARLOS F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 2003; JUAN LIMA, FERNANDO E., “Principales características del proceso administrativo en la Ciudad de Buenos Aires,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 1021-1038.

¹⁰ Ver PERRINO, PABLO ESTEBAN, “La justicia contencioso administrativa en la Constitución de la provincia de Buenos Aires reformada,” *LL*, 1995-E, 798; SORIA, DANIEL FERNANDO, “El proceso administrativo bonaerense ante la reforma constitucional,” *RAP*, 209: 13. Ver también TRIBIÑO, CARLOS ROBERTO y PERRINO, *La justicia contencioso-administrativa en la provincia de Buenos Aires. Jurisdicción y competencia. La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995; BOTASSI (coord.) *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, LEP, 2001; PAPEL, ROMINA L., “Principales características del proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 1039-1062.

¹¹ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 142. Ver BOSCH, *op. loc. cit.*; MAIRAL, *op. cit.*, t. I, p. 197, nota 214.

¹² Señala FIORINI con acierto que “la doctrina de los juristas franceses, adquirió señorío en la cátedra universitaria provocando el conflicto de un estancamiento en el desarrollo legislativo sobre la materia. Lo que la cátedra impartía no encontraba eco ajustado, ni en la realidad vernácula, ni en la legislación positiva;” *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 113.

¹³ Y del que los españoles, de quienes lo heredamos, tratan con dificultad de desembarazarse, como se advierte en el excelente libro de FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1998, especialmente “Introducción,” cap. I, p. 33 y ss. y cap. XIV de “Reflexiones finales sobre una futura reforma del contencioso-administrativo,” p. 328 y ss.

¹⁴ BOTASSI, “El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo (Un fallo histórico),” *LL*, 1996-C, 20, nota al caso *Rusconi* de la SCJBA, *LL*, 1996-C, 22; *Actualidad en Derecho Público*, 2: 22, año 1996, nota de JORGE SALOMONI y GABRIELA STORTONI.

¹⁵ Ver FARRANDO, ISMAEL (H) y MARTÍNEZ, PATRICIA, *Manual de derecho administrativo*, *op. cit.*; URRUTIGOITY, JAVIER, “¿Hacia dónde va (o debiera ir) el proceso administrativo, tras la reforma constitucional?,” en AA.VV., *Protección del administrado*, Buenos Aires, 1996, p. 81 y ss.; CORREA, JOSÉ LUIS, “Suspensión de la ejecución del acto administrativo,” igual libro, p. 197 y ss.

¹⁶ Ver nuestro “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, 2001-2002, pp. 571-588; reproducido, con modificaciones, bajo el título “Administrar sin justicia,” en *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25, año 2003; POLICE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, “La favola della Girafa Azzurra,” pp. 127-35.

¹⁷ Comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, 6ª ed.; CHAPUS, RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, París, Montchrestien, 4ª ed.; RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Derecho administrativo general*

2.1. *Derechos protegidos*

a) En primer lugar, el recurso de plena jurisdicción procede para la defensa del derecho subjetivo, o sea, una pretensión exclusiva a un individuo.

b) En cambio, el recurso de anulación, o por exceso de poder, etc., procede para la defensa del interés legítimo, no del derecho subjetivo.

2.2. *Naturaleza del procedimiento*

a) El procedimiento en el recurso de plena jurisdicción es similar al del proceso ordinario: Demanda, contestación, apertura a prueba, etc.; el administrado y la administración tienen ambos el carácter de partes y las facultades del juez son las usuales: No actúa de oficio, prima la impulsión por las partes y el principio de la verdad formal, etc.

b) En cambio, el procedimiento en el recurso de anulación: Es abreviado, la administración no tiene el carácter de parte, no hay apertura a prueba, las facultades del juez son más amplias. Prima el principio de la impulsión e instrucción de oficio, en lugar de la impulsión de las partes y el principio de la verdad material en lugar del de la verdad formal.

2.3. *Facultades del tribunal en la sentencia*

a) En el procedimiento de plena jurisdicción, como lógica consecuencia de haber dos partes en el proceso, las cuales pueden ofrecer y producir prueba, etc., con una discusión amplia de los hechos y el derecho, las facultades del juez en la sentencia son amplias: Puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa, otorgar indemnizaciones, etc. El nombre de “plena jurisdicción,” destaca que el tribunal resuelve con jurisdicción “plena” o normal.

b) En el procedimiento de anulación, la administración no es parte en el proceso, no se ha podido hacer una normal producción de pruebas, etc.; por todo ello, las atribuciones del tribunal en la sentencia son más limitadas; sólo puede rechazar el recurso o disponer la ilegitimidad del acto en su confrontación con las normas positivas. Por ello se llama “de anulación” o “de ilegitimidad.” Ese sistema no es el nuestro en el orden nacional. Tampoco es el sistema de los códigos provinciales modernos, que se van inclinando por la unidad de acción —un solo tipo de acción— con diversidad de pretensiones posibles. (Anulación, indemnización, etc.)

En ambos casos hay diversidad de procedimientos, pero no se vinculan con la acción ni con las pretensiones. Tenemos así los juicios de conocimiento (ordinario y sumarísimo); la acción de amparo, que no es juicio de conocimiento; la acción declarativa de inconstitucionalidad, que sí lo es; la acción de defensa del

consumidor, que tramita como juicio de conocimiento, sumario o sumarísimo; los recursos directos ante cámaras de apelación, etc. Todo esto debiera manejarse con aplicación de los principios generales del control judicial normal y del CPCCN, *nunca* con referencia al derecho comparado del “contencioso administrativo.”

3. *Las confusiones entre “lo contencioso administrativo” y el derecho procesal administrativo*

La ley denomina “contencioso administrativos” a los tribunales judiciales federales con competencia en materia procesal administrativa. Es la leyenda con la que se imprime la papelería del fuero, pero no parece ser normativamente fundante de soluciones que se aparten del CPCCN. Como señala BOSCH,¹⁸ la expresión “lo contencioso administrativo” es errada si se pretende “hablar de jurisdicción o de proceso, porque ambos vocablos ya indican, de por sí, que estamos en presencia de una actividad de naturaleza jurisdiccional. Sería por lo menos superfluo interponer la palabra «contencioso» entre las de «jurisdicción administrativa» o «proceso administrativo». Nadie diría jurisdicción contencioso civil o contencioso penal, proceso contencioso civil o contencioso penal (laboral, etc.) Pareciera que tampoco para denominar al órgano especial que ejerce jurisdicción administrativa. Con decir juzgado o cámara o sala «en lo administrativo» es suficiente; como lo es también decir juzgado «en lo civil», cámara «en lo penal», etc. No quiero creer que a alguien podría ocurrírsele por ello que en aquel juzgado o tribunal puede hacerse administración y no justicia.”

Debe cortarse de raíz y de una buena vez la confusión terminológica que significa hablar de “lo contencioso administrativo,”¹⁹ ya denunciada suficientemente²⁰ y sustituirla por la denominación correcta, que es “derecho procesal administrativo,”²¹ ya que ambas expresiones deberían significar lo mismo. Se

¹⁸ BOSCH, “Lo contencioso...,” *op. cit.*

¹⁹ El vocablo “contencioso administrativo” tuvo su origen en el sistema francés, donde órganos independientes pero formalmente parte de la administración resuelven los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial. En cambio, en nuestro sistema y en nuestra interpretación de la división de los poderes no puede negarse a los habitantes el acceso a una instancia judicial, siendo inconstitucional que la administración ejerza funciones de los jueces: BOSCH, “El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina...,” *op. loc. cit.*; LINARES, *op. cit.*, p. 919; FIORINI, *La crisis del contenciosoadministrativo, op. cit.*, p. 1171 y ss. *Supra*, t. 1, *Parte general*, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 8 a 19. Hemos tratado de explicar la confusión, a luz del proyecto de Constitución de la Unión Europea, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, en mi nota, XXIV.2, “La aproximación: «tutela judicial efectiva por juez imparcial e independiente» o «recurso efectivo ante un tribunal imparcial e independiente»,” p. 618-A, también mi artículo “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l’Union Européenne*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294.

²⁰ BOSCH, “Lo contencioso...,” *op. cit.*, p. 842; FIORINI, “La crisis del contenciosoadministrativo,” *LL*, 107: 1168-73.

²¹ La doctrina comparada se orienta por esta terminología. Así GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., pp. 69-70.

refieren a contiendas sobre derecho administrativo ante los estrados judiciales.²² Debe hablarse de derecho procesal administrativo y proceso administrativo; y para diferenciarlo del trámite ante la administración pública, llamaremos a este último procedimiento administrativo, eliminando con referencia a él la aplicación tanto del término proceso como derecho procesal. El procedimiento administrativo es así una parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.²³ No creemos oportuno llamarlo “justicia administrativa” ni “derecho procesal administrativo.”²⁴ El derecho procesal administrativo se referirá a los litigios judiciales sobre cuestiones de derecho administrativo. Es una parte del derecho procesal, no del derecho administrativo, del mismo modo que el derecho procesal civil es parte del derecho procesal y no del derecho civil. Este punto de partida es crucial, porque los procesalistas consideran dos partes iguales en el proceso y no se ven limitados por nociones de derecho administrativo que la ley no recepta. El tema no es académico; de admitirse que no estamos en presencia de un proceso con dos partes,²⁵ pasamos a que entonces la administración puede ocasionalmente no ser parte en el litigio que su acto ocasiona, con la consecuencia de que las costas judiciales que origina no le sería imponibles...²⁶ La cuestión no tiene especial relevancia económica pero sí mucha conceptual, pues implica legislar *ex novo* desde la magistratura, sin ningún soporte legal ni menos constitucional, supranacional o siquiera ideológico en el código civil y procesal de la Nación.

²² Dijo BOSCH que “se ha producido en determinados períodos de la evolución de nuestra ciencia del derecho administrativo tan tremenda confusión a este respecto, que todavía las oscuridades, desprendidas de todos los errores (y horrores) que se han difundido, desorientan y pierden no sólo a los estudiantes y profesionales, poco ilustrados sobre el punto, sino a jueces y profesores.” BOSCH, “Lo contencioso...,” *op. cit.*, p. 832.

²³ Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, p. 67 y ss.; BETTERMANN, KARL AUGUST, “Das Verwaltungsverfahren,” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 17, Berlín, 1959, pp. 121-2.

²⁴ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1959, p. 463 y BERÇAITZ, MIGUEL ANGEL, “Proceso y procedimiento contenciosoadministrativo,” *RAP*, 44: 121, Madrid, 1964, hablan de “derecho procesal administrativo;” otros autores, de “justicia administrativa:” JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed.

²⁵ Pues obviamente no puede haber una “Demanda contra nadie,” *LL*, 1997-D, 693, como lo anotamos concordantemente al fallo *Copani*, Sala I, *LL*, 1997-D, 694. Ver también REJTMAN FARAH, *op. cit.*, cap. I, § 5, p. 6 y ss. y sus referencias.

²⁶ CNFed. CA, Sala I, *ED*, 121: 661, año 1985; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 53, critican acertadamente la solución, que resulta más objetable aún si se advierte que en el amparo por mora puede haber condena en costas. Ver REJTMAN FARAH, *op. cit.*, VI, 6, D, p. 96; BARRA, RODOLFO CARLOS, “El amparo por mora de la administración,” *ED*, 59: 804; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta,” en BIANCHI, ALBERTO B. y TAWIL, GUIDO S., *Proceso Administrativo y Constitucional*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995, pp. 217-221; COMADIRA, *op. cit.*, pp. 499-501. En contra HUTCHINSON, “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora,” *RAP*, 21: 7; MAIORANO, JORGE, “Las costas en el amparo por mora,” *LL*, 1989-B, 407. Sostuvimos esta opción en el t. 4.2, 3ª ed., cap. XIV, § 10.4, pp. 36-8. La hemos abandonado: *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 51-7, pp. 131-5.

3.1. *La cuestión de la competencia procesal administrativa*

3.1.1. *Hoy en muchas Provincias y antes en la Capital*

En las Provincias que todavía tienen un tribunal colegiado en única instancia para resolver estas causas en materia procesal administrativa, es inevitable que ellos dijeran y digan que esa competencia es de excepción. Quedan todavía muchos supuestos de denegación de justicia por esta cuestión, que también las hubo en la Ciudad de Buenos Aires, pero pareciera tender a normalizarse.²⁷

Decía hace casi medio siglo DE GREGORIO LAVIÉ, en palabras que todavía tienen algo de vigencia:²⁸ “Hasta el más avezado abogado debe lanzarse a un verdadero acertijo para encontrar el Juez que entienda en su pleito. Los jueces se declaran competentes y la Cámara revoca sus resoluciones; o incompetentes y también se las revoca. El propio Tribunal de Alzada por una Sala resuelve un caso y otra sala en forma inversa. Distintas Salas entienden en casos similares, sin hacer salvedad alguna. Los Plenarios se contradicen. La Corte Suprema Nacional es sorda y trata por todos los medios de evitar de conocer en las causas que a ella llegan rechazando un porcentaje impresionante de recursos y quejas con sintéticos fallos de «cliché», sin analizar el fondo de los problemas.” “Después de una peregrinación larga y fatigante por los múltiples organismos burocráticos debe aprontarse a ventilar una cuestión de competencia que le llevará un año o más, agotando instancias antes de poder radicar su juicio.”

Tres antiguos principios han perdido vigencia: a) “La competencia civil y comercial es más general, en comparación con la contencioso administrativa, que es de especialidad.” b) “Si los derechos subjetivos ejercitados por el actor no son de derecho administrativo y si las normas objetivas que están en juego, algunas pertenecen a éste y otras al privado, la contienda debe volcarse a favor del Juzgado en lo Civil y Comercial por su competencia general.” c) “La razón de ser del fuero contencioso administrativo, finca en la ventaja de someter el conocimiento de estas causas a tribunales especializados en la materia y esta especialización debe referirse al derecho objetivo y no al subjetivo.”²⁹

²⁷ En las Provincias existen por lo general uno o dos juzgados federales de competencia federal lisa y llana, que dividen en sus secretarías la materia administrativa, la civil y comercial, la penal federal: no presenta problemas prácticos; en la Capital en cambio diversas leyes complicaron el panorama sin decir realmente nada: 12.967, 13.278, 13.998. Acerca de los problemas ver entre otros, MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, “El reclamo administrativo previo,” *LL*, 1988-A, 1048.

²⁸ DE GREGORIO LAVIÉ, JULIO A., *La competencia contencioso administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 133 y ss.

²⁹ DE GREGORIO LAVIÉ, *op. cit.*, p. 83. En esa misma tendencia del pasado, hubo fallos plenarios como *Boccardo e hijos*, del 30-V-1978, *LL*, 1978-C, 5, en los cuales no encontrándose involucrado en forma directa e inmediata un complejo normativo que excede el ámbito jusprivatístico, la competencia era civil y comercial federal. En otras oportunidades también decidió el fuero federal que las demandas por daños y perjuicios eran propias de lo civil y comercial: acordada del 19-IX-1976; CNFed. CA, Sala II, *Heudtlass de Henri*, *LL*, 1979-C, 543.

3.1.2. *Hoy en la Capital y algunas provincias*

En el fuero federal, la creación de los tribunales de la seguridad social ha instituido una competencia específica para estas cuestiones, que quedan así detraídas al conocimiento de los jueces federales tanto civil y comerciales como “contencioso administrativos.” Con el tiempo la materia tributaria y aduanera tendrá sus tribunales específicos. El criterio de que la competencia procesal administrativa procede cuando la administración es parte no tiene ya andamio;³⁰ tampoco el que suma el doble requisito de que la administración sea parte y se aplique el derecho administrativo.³¹

Ello es así pues la aparición de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos importa un supuesto de materia procesal administrativa, sin contar con la presencia de la administración pública, para todo lo que hace a la defensa del usuario y el consumidor frente al prestador del servicio. El criterio rector es entonces la aplicación del derecho administrativo. Hay que atenerse a los hechos de la demanda y al derecho que el tribunal estime *prima facie* será aplicable, no necesariamente el que invoquen las partes.³² Ese derecho debe ser preponderantemente derecho administrativo,³³ no necesariamente en forma exclusiva. De todas maneras, se advierte un sensible progreso en materia de competencia, habiéndose declarado la competencia procesal administrativa en cuestiones novedosas: Medicina prepaga, medio ambiente, defensa del consumidor, tarifas de servicios públicos, etc.³⁴ También en la provincia de Buenos Aires.³⁵ Pero es un tema en constante evolución.

³⁰ FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 197.

³¹ LINARES, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal,” *LL*, 94: 919.

³² “Corresponde atender de modo principal al relato de los hechos que el actor hace en su demanda y después solo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión, pues los primeros animan al segundo y por ello son el sustento de los sentidos jurídicos particulares que les fueren atribuibles.” Sala IV, *B., B.N.*, *LL*, 1994-E, 669; *LL*, 1990-A, 670; *Fallos*, 307-1: 871, *Carnero*, 1985. Debe haber subsunción del caso en el derecho administrativo, de modo tal que la pretensión del actor se encuentre objetivamente regida *prima facie*, de modo preponderante, por el derecho administrativo; HEILAND, LILIANA M. L., “Competencia de los tribunales nacionales en lo Contencioso administrativo Federal,” *LL*, 1989-E, 810, 830; BORDELOIS, GABRIELA L., “Cuestiones de competencia según la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,” en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2012, pp. 15-39; SALVATELLI, ANA, “La competencia contencioso administrativa,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 157-173.

³³ CNFed. CA, Sala IV, *B., B.N.* *LL*, 1994-E, 669; Sala II, *Quality Service Products*, *LL*, 1995-B, 664; en la Provincia de Buenos Aires el código se refiere a casos regidos por el derecho público.

³⁴ CNFed. CA, Sala V, *Hilu*, *LL*, 1997-C, 845 año 1996, con nota “Ley de defensa del consumidor;” Sala II, *Confiable*, *LL*, 1997-A, 92 año 1996, con nota “La interpretación a favor del consumidor en el contencioso administrativo,” *LL*, 1997-A, 92.

³⁵ Ver MAINETTI, NATALIA, “La Constitución Provincial y el código contencioso administrativo: interpretaciones para un delicado equilibrio,” *LL*, 2004-F, 1042; D’ARGENIO, INES, “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial,” en BOTASSI (coord.), *op. cit.*, pp. 71-131.

Un problema no resuelto es la intervención consentida por las partes y el tribunal, de la justicia federal civil y comercial, cuando en verdad correspondía la procesal administrativa. A veces los litigantes prefieren acudir allí pensando que un criterio civilista les beneficiará. No siempre aciertan. Además, siempre quedará el fantasma de una eventual anulación en cualquier instancia superior, por el principio clásico de que la competencia judicial es de orden público.

3.1.3. *La cuestión del agotamiento de la vía administrativa*³⁶

Hay otra institución que viene del contencioso provincial, que es más compleja porque tiene al menos algún dejo de sustento normativo en el orden nacional. Se trata de si puede o no acudirse en forma directa a la vía judicial cuando uno procura la defensa de sus derechos frente a la administración, o si es necesario agotar previamente el reclamo en sede administrativa.³⁷ En la terminología antigua, se decía que para que existiera competencia procesal administrativa debía primero “habilitarse” la instancia judicial, para lo cual debía antes darse por cumplido o demostradamente superfluo el referido requisito. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires dice que la ley establecerá “los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.”³⁸ En el orden nacional hay juicios en que el juez interviene, ordena despachos, etc., sin haberse pronunciado sobre la supuesta habilitación de la instancia. Es la tendencia sana y superadora de otra rémora de un pasado remoto y para más foráneo y ajeno a nuestro sistema constitucional.³⁹ Atenta contra la razón y el sentido común de los hombres.⁴⁰

³⁶ Ampliar *infra*, t. 4, cap. XII, “El reclamo administrativo previo;” D’ARGENIO, *La justicia administrativa en Argentina, op. cit.*, cap. II, “Cuestiones previas (incompatibilidad de la «instancia administrativa previa» con el sistema judicial),” p. 27 y ss. VALLEFÍN, CARLOS A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, La Plata, LEP, 1994; BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009, p. 175 y ss.

³⁷ Ver MUÑOZ, “El reclamo...,” *op. loc. cit.* Hay progresos, p. ej. Sala III, *Esso c/ D.G.I., LL*, 1997-A, 105, año 1996, con nota “No procede el reclamo administrativo previo cuando se cuestiona la constitucionalidad de la ley;” Sala II, *Calzar S.A., LL*, 1996-A, 634, 1995, con nota “Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo;” Sala I, *Aguas Argentinas S.A., LL*, 1996-A, 646, 1994, con nota “No es necesario pedir la suspensión en sede administrativa antes que judicial.” Ver *Cien notas...*, *op. cit.*, pp. 79, 85 y 134; D’ARGENIO, *op. cit.*, p. 57: “no podemos aceptar que se continúe afirmando sin sentido cierto ni ajuste a la realidad de los hechos, que la reclamación administrativa previa es conveniente para evitar juicios innecesarios, pues sólo resulta cuando se desestima una demanda por incumplimiento de esta cuestión previa [...] una dilación agravante del planteo sustancial de la pretensión en Justicia y la duplicación de juicios cuya tramitación se dice querer evitar en tanto la imposición de reclamar comporta siempre volver a demandar.”

³⁸ Si bien este requisito de admisibilidad pareciera ser la excepción, lo cierto es que el código provincial enuncia el requisito de agotamiento de la vía administrativa en todos los casos salvo los que expresamente señala, ver art. 14 de la ley 12.008 modif. por ley 13.101.

³⁹ Ver D’ARGENIO, *op. cit.*, p. 58: “insistir en la conveniencia de la reclamación administrativa previa es simplemente una actitud inexplicable tendiente a preservar un instituto del derecho público que no tiene ningún fundamento en favor de su supervivencia;” ver también pp. 62-4.

⁴⁰ Ver GARCÍA SANZ, AGUSTÍN M., “El Fuero Contencioso-Administrativo bonaerense en camino a la Corte Suprema que... ¿Será Justicia?” *LL*, 2003-E, 277.

Nadie va a juicio y paga la tasa de justicia, afronta las costas, etc., si no es porque está convencido de que la administración no hará lugar a su reclamo. Pretender lo contrario es desconocer la naturaleza humana y la sana desconfianza que todos los seres humanos tienen, sin demasiada distinción, a los abogados y a la justicia, creerse, desde la justicia, que los ciudadanos están ansiosos por acudir innecesaria o prematuramente a sus estrados, no agotando las instancias de negociación gratuita con la administración pública, es imaginarse ubicada en un pedestal en que la sociedad ni sueña en colocarla. Acude a ella sólo como al quirófano, por pura necesidad, y aún así lo hace menos veces de las necesarias. Más de una vez prefiere abandonar su derecho antes que enfrentar los interminables desfiladeros y despeñaderos de la vía judicial. Si abandona o no inicia el trámite administrativo que es gratuito, sin costas, sin tasa de justicia, etc., es porque en su mente y en su conciencia está convencido que no le darán la razón. Pedirle que demuestre que la administración no le quiere dar la razón para poder hacer un juicio es como pedirle que demuestre lo evidente. No estaría haciendo juicio si considerase que la administración puede hacer lugar a su reclamo en forma gratuita en lugar de tener que hacer un costoso y largo juicio. La habilitación de la vía judicial o el agotamiento de la vía administrativa vendrían a funcionar en ese esquema antiguo como una condición previa a la existencia de competencia judicial, lo cual es una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida.⁴¹ Por ello es que el constituyente de 1994 dijo que podía acudir a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía ni hacer el reclamo administrativo previo. Es una orientación que deberá expandirse en el futuro.⁴²

Si bien el decreto-ley 19.549/72 se enrola formalmente en la línea de que primero hay que agotar el tratamiento del reclamo en sede administrativa, tiene excepciones de una latitud tan grande que nos han llevado a sostener, luego de su análisis pormenorizado, que en verdad la regla es la opuesta: Que en principio no es necesario agotar la vía administrativa. Si bien la ley 25.344 ha pretendido fútilmente suprimir las excepciones jurisprudenciales a las leyes 3.952 y

⁴¹ D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 69: "Es inconstitucional en cuanto retarda, sin sentido alguno, el acceso a la justicia garantizado por los tratados internacionales [...] jerarquía constitucional, complementando la garantía del debido proceso. Es inconstitucional porque el principio de separación de poderes adoptado por nuestra Constitución no responde a la versión francesa que brinda prioridad al Poder Administrador para decir el derecho mediante un acto de autoridad cuando se trata de leyes que rigen las relaciones de los particulares con la Administración, sino a la versión angloamericana que puso en manos del Poder Judicial toda la función jurisdiccional del Estado, en el marco propio de continuidad de nuestra historia jurídica."

⁴² La SCBA ha dado trámite a una demanda de daños y perjuicios contra la Provincia sin exigir este requisito, reflejando el cambio paradigmático que introduce el nuevo texto constitucional en su artículo 116: ver PERRINO, "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires," en BOTASSI (coord.), *op. cit.*, pp. 301-366.

11.634 recogidas por el decreto-ley 19.549/72, la vigencia de esas excepciones al reclamo previo fue confirmada por la jurisprudencia posterior.⁴³ Otra forma en que muchos juzgados manejan la cuestión es también superadora del problema: Al dar el traslado de la demanda, si la administración opone la falta de reclamo administrativo previo pero también contesta oponiéndose al progreso de la acción en cuanto al fondo, entonces está demostrando, con la doctrina de los propios actos, que el reclamo previo es en ese caso particular efectivamente un ritualismo inútil, ya que si está contestando en forma adversa a la demanda, obvio es concluir que lo mismo hará con un reclamo administrativo del mismo tenor. Pero ahora se ha erigido una barrera nueva: Pues se ha determinado que el tribunal debe verificar de oficio que no se haya consentido el acto en sede administrativa, como veremos más abajo, y que ya constituye una obligación para el juez en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires que tiene que examinar los requisitos de admisibilidad antes de dar traslado.⁴⁴ Por precaución, conviene argumentar en la demanda cómo y por qué se dan los supuestos que configuran el ritualismo inútil que hacen innecesario el reclamo previo, aportando en su caso las pruebas conducentes a demostrar ese aserto. P. ej., que un recurso ante esa misma autoridad significaría someter a la parte actora a un ritualismo estéril, inclusive con inútil dispendio de actividad administrativa; que hay una clara conducta del Estado de no hacer lugar a lo solicitado, etc. Por lo demás, la jurisprudencia según la cual no cabía un examen de oficio de la habilitación de instancia cayó en los casos *Gorordo* y *Romero*, que a su vez debería caer por el decreto 229/00 en cuanto hace expresamente obligatorio resolver las denuncias sin condicionamiento alguno.⁴⁵ Sigue en cambio firme la solución de que la habilitación de instancia no

⁴³ Ver CNFed. CA, Sala II, *Castillo, Carlos Abraham y otros c. D.G.F.M., LL*, 2002-A, 972; CN-Civ., Sala H, *Gilardone, Leonor y otro c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LL*, 2000-A, 811, *DJ*, 2002-1, 151, año 2001; CNFed. CA, Sala I, *Ramos, Silvia y otro c. D.G.F.M.*, y el comentario a este fallo de VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “La doctrina del «exceso ritual manifiesto», ¿seguirá vigente a pesar de la ley 25.344?”, *LL*, 2002-F, 974. Nos remitimos al desarrollo que hicimos sobre este tema en el cap. XII del t. 4. Ver también CNFed. CA, en pleno, 18/VI/11, *Córdoba Salvador y otros c/ EN -Dirección General de Fabricaciones Militares s/ empleo público* y CARATTINI, MARCELO G., “El ritualismo inútil como principio jurídico en la habilitación de la instancia judicial,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 161-155.

⁴⁴ Ver art. 31 ley 12.008 modif. por ley 13.101.

⁴⁵ Ver t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 1.2 y 18.3; cap. VIII, § 1.6, 2.3.2, 2.3.6 y nota 2.20, 14.1 y 14.2; cap. IX, § 13; nota 13.4; cap. X, § 1.3 y 9.2; cap. XI, § 5.2; CNFed. CA, Sala II, *Gorordo, LL*, 1997-D, 714, año 1996; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La habilitación de la instancia judicial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *RDA*, 27-29: 73, año 1998; REJTMAN FA-RAH, “Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada «habilitación de la instancia»,” *LL*, 1999-E, 185; TORANZO, ALEJO, “Declaración de «oficio» de la caducidad de la acción contencioso administrativa. La Corte Suprema se aparta de sus antecedentes menguando su autoridad vertical,” *LL*, 1999-E, 757. La Cámara en plenario dividido aceptó el criterio en *Romero, LL*, 1999-E, 140. Ver SACRISTÁN, ESTELA B. y CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70; MARCER, ERNESTO, “Demandas contra el Estado,” Buenos Aires, *Ad Hoc*, 2004, p. 106.

es revisable una vez admitida, por los principios de preclusión y congruencia.⁴⁶ Está en la base del sistema de control judicial, por amparo u otra vía que, cuando los procedimientos se evidencian como inadecuados para alcanzar la debida protección judicial, son inadmisibles. Es claro que son inaptos y desembocan en una resolución judicial tardía. Importa una denegación del acceso a la tutela judicial que garantiza la Convención Americana de Derechos Humanos, con derecho a sentencia en un tiempo razonable. Si ya el tribunal no puede normalmente resolver la cuestión en un tiempo razonable, qué podrá decirse si además le carga al individuo, usuario o litigante en ciernes agotar un supuesto trámite administrativo previo, garantizadamente inútil. Dejadle al menos esperanza en la vía judicial, la esperanza en el Estado de Derecho.

4. *Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés*

Como señala LINARES:⁴⁷ “En la justicia federal —según se organizó y subsistió por casi un siglo— rigió un sistema que era adaptación del estadounidense vigente en 1863. En las provincias el sistema en vigor es el francés, a través de la versión española. Mientras aquél estaba organizado, en su país de origen, sobre la base de un estado con constitución rígida, control judicial de constitucionalidad [...] el segundo estaba organizado sobre la base de un estado de constitución flexible, sin control judicial de constitucionalidad [...] Mientras los Estados Unidos ostentaban un sistema judicialista de gran confianza hacia los jueces, Francia y España ostentaban un sistema de justicia contenciosoadministrativa cuyo origen histórico finca precisamente en la desconfianza hacia los jueces. Por último, mientras el régimen norteamericano federal ponía a la administración en un pie de igualdad con el particular dentro de las causas judiciales, el europeo la ponía en situación de ventaja a través de la «ejecución de oficio» de los actos administrativos impugnados, los términos de caducidad de las acciones y recursos del particular, etc.” “El sistema norteamericano venía impuesto, en el orden nacional argentino, por la similitud del art. 100 de nuestra Constitución, con el art. III, secc. 2, de la Constitución de Filadelfia. Ninguno de ellos distingue, dentro de las causas que nacen de la Constitución, leyes y tratados, entre las contenciosoadministrativas y las civiles.”⁴⁸

Por ello decía LINARES “los jueces de estos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado.” “De allí que la mentalidad de la enorme mayoría de esos magistrados, cuando juzgan causas contenciosoadministrativas,

⁴⁶ CSJN, *Fallos*, 313-1: 228, *Cohen*, 1990; CNFed. CA, Sala V, *Apesteuguía*, 10-VI-97; *Termair*, 17-VI-97, entre muchos otros.

⁴⁷ LINARES, “Lo contenciosoadministrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 919.

⁴⁸ LINARES, *op. loc. cit.*

cambia en una curiosa forma.⁴⁹ Viola el derecho supranacional y los compromisos internacionales del Estado.⁵⁰ Es el resabio del sistema francés de la monarquía absoluta, que nada tiene que ver con el sistema constitucional norteamericano que es el nuestro. En algunos casos los jueces, al aplicar sanciones conminatorias contra la administración, han dejado la expresa salvedad de que las fijan bajas pues al final de cuentas “la pagamos entre todos,”⁵¹ lo cual es cierto, por una parte, pero no parece tampoco una solución del problema, existiendo otras alternativas. Debería sancionarse al funcionario incumplidor (y en su caso advertirle: *Viceconte*, Sala IV,⁵² 1998), a las licenciatarias que incumplen, etc.

También en todo el tema de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado se advierte una tendencia a juzgar con benevolencia al demandado, ante la claridad del hecho de que su condena pasa a rentas generales y de allí a los impuestos y eventualmente llega a las remuneraciones del sector público como lo han hecho en forma inconstitucional algunos decretos llamados de necesidad y urgencia.⁵³

5. *Superación de la confusión entre el “contencioso administrativo” provincial y el derecho procesal federal*

Hasta aquí y según lo hemos visto, la confusión pudo ser doble:

a) Por un lado, no advertir que nuestro sistema constitucional organiza la división de los poderes con acento en la justicia y no en la administración tomando el modelo norteamericano, en lo que hace a los procesos. No se puede invocar el sistema francés con olvido de que el fundamento de éste es un sistema

⁴⁹ LINARES, *op. loc. cit.*

⁵⁰ Como lo ha dicho la CSJN *in re Arce, LL*, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” *LL*, 1997-F, 696, recordando y aplicando la *obligatoria* jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “los Estados [...] asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cons. 6°). Por lo demás, ya lo había dicho ALBERDI en el siglo XIX, los derechos se otorgan en contra del gobierno y a favor del pueblo: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional;” ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125; THEA, FEDERICO G. Y FREEDMAN, DIEGO y ROJAS, SHUNKO, comentarios a los artículos 8° y 25°, respectivamente, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *La convención americana de derechos humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 127-166 y 443-462.

⁵¹ Dijo así la jueza MARÍA JOSÉ SARMIENTO que “si bien es cierto que corresponde graduar las «astreintes» en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas —a fin de que cumplan con la finalidad de vencer la resistencia del destinatario de un mandato judicial a cumplir lo ordenado—, no es menos cierto que en definitiva en el caso puntual de autos *dicha sanción recaerá indirectamente sobre todos y cada uno de los contribuyentes del Estado*,” causa 124/96, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N.-PEN- s/ amparo ley 16.986, Incidente de cumplimiento de sentencia*, proveído del 12-V-97, confirmado por la Sala III. La bastardilla es nuestra.

⁵² Sala IV, *Viceconte, LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

⁵³ En lo que hace a la disminución de la responsabilidad del Estado, ver *infra*, cap. XX.

constitucional distinto con una “división de los poderes” que pone el acento en la administración hasta el extremo de no someterla a los tribunales judiciales en cuestiones de derecho administrativo y dándole en cambio “tribunales” de la propia administración.⁵⁴

b) Por otro lado, incluso al aplicarse el sistema francés o el de los códigos provinciales, la dispersión de sistemas y fuentes lleva a favorecer al poder, no al control ni menos al individuo o la sociedad: Zona de reserva de la administración, actos no justiciables, cuestiones técnicas no revisables, reglamentos autónomos, etc. En el pasado el medio empleado al efecto fue lo procesal,⁵⁵ aunque hoy cabe celebrar un progreso de significación cultural, política y jurídica: el vuelco masivo de la jurisprudencia federal.⁵⁶ Es que en tanto no haya un sistema “contencioso administrativo,”⁵⁷ no se puede recurrir a los antiguos códigos provinciales y su doctrina, olvidando así que el derecho procesal tiene sus propias normas legales y que existe un régimen procesal aplicable —el CPCCN— que no se puede incumplir sin arbitrariedad. Existiendo un código de procedimientos judiciales ordinarios, una mera palabra deslizada en la legislación resulta insuficiente para trastocar el sistema.

A pesar de que ninguna de las leyes posteriores introduce modificaciones sustanciales al procedimiento de la ley 50, o al CPCCN, hace algunas décadas la jurisprudencia había tomado en ocasiones, como base para la analogía, la palabra “contencioso administrativo” usada por algunas leyes y la débil circunstancia de que otras traten de “recurso de apelación,” o más simplemente de “apelación” por ante la justicia “contencioso administrativa.”

Así, con base inexistente, había reinterpretado la legislación vigente, encontrando en todas partes principios que en ninguna parte estaban, p. ej. la habilitación de instancia.

Para esta tarea de modificar de hecho la legislación nacional a través de la interpretación del término “contencioso administrativo,” se utilizaron en el pasado las normas o los principios de los códigos provinciales o de la doctrina francesa, e incluso española, aplicando sus “requisitos” para la procedencia del “recurso,” sus “excepciones” a la competencia “contencioso administrativa,” etc. Todo ello, en apartamiento de la norma positiva.

⁵⁴ LINARES, “Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 919.

⁵⁵ Ver nuestra nota en *LL*, 1998-B, 537, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁶ *Supra*, caps. II, III y IV.

⁵⁷ En 1951 la Cámara Nacional Especial confirmó un fallo de 1ª inst. en *Rossi*, *LL*, 66: 170 y *JA*, 1951-IV, 57, que decía: “ante la carencia de un cuerpo orgánico de sus correspondientes normas procesales, para aquellas causas de competencia federal se fueron dictando «reglas generales establecidas en la doctrina y en la jurisprudencia.» Hoy esas aseveraciones no podrían ser hechas, pero subsiste el viejo espíritu napoleónico de solidaridad con la administración y no el espíritu estadounidense de protección del individuo.

El mismo fallo *Rossi* de 1951 define qué son “causas contencioso administrativas,” para aplicarlo a la especie y lo hace remitiéndose a SARRÍA,⁵⁸ quien se refiere al sistema provincial y al comparado, no al nacional; además de otras obras de igual contenido. Luego de citar otros principios del “contencioso administrativo” provincial, dice expresamente, a título de antecedente, que “es indispensable, en primer lugar, remitirse al «Código de Procedimiento en lo contencioso administrativo para la Provincia de Buenos Aires», promulgado por ley del 22 de diciembre de 1906 y en cuyos fundamentos, su eminente autor, el doctor LUIS V. VARELA, resume el concepto de «causas contencioso administrativas», puntualizando que son «aquellas en que la reclamación se interpone, después de agotada la vía gubernativa, contra una resolución dictada por la Administración pública, en ejercicio de sus facultades y en la cual vulnera un derecho establecido anteriormente, en favor del reclamante, por una ley, por un decreto, por un reglamento o por cualquier disposición administrativa».”⁵⁹

La remisión al viejo código “contencioso administrativo” de la provincia de Buenos Aires era explícita, además de la remisión general a toda la doctrina del “contencioso administrativo” provincial. Este criterio fue reiterado en el caso *Diéguez*,⁶⁰ en que la antigua Cámara dijo que son causas de carácter procesal administrativo “aquellas en que la reclamación judicial se interpone después de agotada la vía gubernativa contra una resolución dictada por la administración pública en virtud de sus facultades y en la cual se vulnera un derecho establecido anteriormente en favor del reclamante, por una ley, un decreto, un reglamento, o cualquier disposición administrativa.”⁶¹ La fuente es obvia: En la exposición de motivos del ya derogado código “contencioso administrativo” de la Provincia de Buenos Aires se leía lo mismo, con la sola diferencia de algunas comas.

Pero ya hace décadas que, frente a la precisión de la nueva doctrina de LINARES, BOSCH, FIORINI, D'ARGENIO, ARIAS, etc., la jurisprudencia tanto local como federal comenzó a cambiar y aunque mantuvo con frecuencia su carácter de parte solidaria con la administración, presenta un pronunciado cambio, que todo indica habrá de mantenerse e incrementarse.⁶² El Código Varela fue sustituido por el actual código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires, pero la “habilitación de instancia” echó raíces,⁶³ a tal punto que éste último mantiene esta exigencia en el art. 31. Algunas exigencias posteriores lo han empeorado más aún, deliberadamente. El poder se resiste con fiereza al control.

⁵⁸ *Teoría del recurso contencioso administrativo*, Córdoba, 1936.

⁵⁹ *LL*, 66: 170.

⁶⁰ CN Especial, *Diéguez*, *LL*, 87: 339, año 1957.

⁶¹ *LL*, 87: 341.

⁶² “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318; actualizado como “Los grandes fallos de la actualidad,” en *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit.*, 2ª ed., cap. XI. Otra visión en REJTMAN FARAH, *op. cit.*, cap. IV y ss.

⁶³ Como se desprende *supra*, nota 3.20.

II. El control judicial, hoy

6. La acción en defensa del usuario y del consumidor

El art. 42 de la Constitución establece que “Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la protección de [...] [sus] intereses económicos” contra los prestadores de servicios públicos, en primer lugar. Ese precepto tiene como vías no solamente el amparo para la defensa de derechos de incidencia colectiva, que introduce el art. 43, segundo párrafo, sino también y en primer lugar la acción de la ley de defensa del consumidor 24.240,⁶⁴ aplicable tanto “a los consumidores de bienes como a los usuarios de cualquier servicio público.”⁶⁵ Dice NATALE que “las asociaciones de consumidores podrán actuar en situaciones generales e individuales;”⁶⁶ en igual sentido expresa FOLLONI que “podrán ser titulares activos de la acción correspondiente [...] tanto los consumidores individualmente considerados como [...] las asociaciones representativas de ellos o el ministerio público.”⁶⁷

El criterio expansivo y amplio del concepto asociativo está igualmente presente en AGUIRRE LANARI⁶⁸ y todo ello ha sido interpretado judicialmente en el sentido de que comprende tanto las asociaciones civiles, como las fundaciones,⁶⁹ cooperativas, etc.,⁷⁰ teniendo en cuenta que el art. 42 de la Constitución manda a las autoridades públicas proveer “a la constitución de asociaciones de consumidores

⁶⁴ La opción entre la vía más restringida como es el amparo o un juicio de conocimiento *como es el de la ley mencionada*, corresponde al actor. En el mismo sentido se ha admitido de antaño que si corresponde la vía sumaria el actor puede optar por la ordinaria: es la doctrina de HUGO ALSINA y RAYMUNDO FERNÁNDEZ recogida de antaño por CARLOS J. COLOMBO, t. III, p. 841, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*; la elección del proceso que acuerda más amplitud de defensa no perjudica al demandado; COLAUTTI, CARLOS, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 1995, p. 245, “el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio mas idóneo se halla a cargo de la asistencia letrada.”

⁶⁵ MURATORIO, JORGE I., “La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994,” en CASSAGNE (director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, Vol. 1, p. 122, 126 y ss.: el art. 42 amplía el ámbito de la ley 24.240. Ver VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. y ROMERA, OSCAR E., *Protección y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Depalma 1994, p. 5, nota 4; RIVERO YSERN, ENRIQUE, “La protección del usuario de los servicios públicos,” *RAP*, 87: 205, año 1978; MURATORIO, JORGE I., “La Ley de Defensa del Consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos,” *LL Actualidad*, 9-XII-1993. La aplicación de la ley es expresa a los servicios domiciliarios: art. 25; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA y ZAYAT, VALERIA E., “El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios,” *LL*, 2003-F, 304.

⁶⁶ *LL*, año 1994, n° 1, *Ley 24.240 de Defensa del Consumidor*, p. 119, p. 86.

⁶⁷ *LL*, *Ley 24.240 de Defensa del Consumidor*, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁸ *LL*, *Ley 24.240...*, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁹ Ello nace de la remisión al art. 33 del C.C. que efectúa el fallo citado más abajo.

⁷⁰ Sala I, fallo del 17-VII-97, *in re Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/ E.N. - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Secretaría de Comercio e Inversiones) Nota SICM 403/97 s/ amparo ley 16.986*. Posteriormente hay fallos que con mejor criterio dan por suficiente su existencia como persona jurídica, sin exigir su inscripción: *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339, con nuestra nota “Un mínimo de actividad probatoria.”

y de usuarios,” con lo que resulta claro que “En la inteligencia de la disposición constitucional no se advierte pauta limitativa [...] en lo que hace al tipo legal que deben adoptar las asociaciones.”⁷¹ El art. 65 de la ley 24.240 dispone que ella es de orden público. Ha sido reglamentada mediante el decreto 1798/94. Es un notable progreso legislativo el que ha tenido hasta el presente normal acogida jurisprudencial con las acciones en defensa del usuario y del consumidor, efectuadas por las asociaciones que prevé la ley. Dado que esta ley contempla que se utilice el proceso de conocimiento más abreviado de la jurisdicción de que se trate, la acción no tiene los óbices del amparo, que luego veremos: A veces tramitan como sumarísimos, a veces como sumarios.⁷² Entre sus otras ventajas respecto de la acción de amparo se encuentra que cuando se dicta una medida cautelar, la apelación de la otra parte no tiene efecto suspensivo. Por su parte, la reforma introducida por la ley 26.361 vino a fortalecer la protección de los derechos de los usuarios, poniendo énfasis en el derecho a la información, en el trato digno y equitativo, en los intereses económicos de los usuarios y en la educación integral del consumidor. Incorporó la posibilidad de reclamar ante la autoridad de aplicación, todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria ocasionado sobre la persona o bienes del usuario o consumidor, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios, facultando a la administración a determinar y exigir el resarcimiento del daño.

Esta ley otorga a las entidades intermedias de defensa de los consumidores un lugar destacado en la lucha por el derecho y la defensa de los usuarios, consumidores y derechos de incidencia colectiva, legitimándolas en el art. 52 para demandar en defensa de tales derechos.⁷³ “Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario [también] podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.”

El concepto de usuario actual o potencial, o afectado potencial, se ha visto reiteradamente en nuestra jurisprudencia en diversos pronunciamientos clásicos,⁷⁴ que se han reiterado y multiplicado, tanto en materia de medio ambiente (basta

⁷¹ Sala I, *in re Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/ E.N. - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Secretaría de Comercio e Inversiones) Nota SICM 403/97*, n° 6, § 3 *in fine*, año 1997.

⁷² En la Nación, desde la reforma procesal del 2002, sólo el sumarísimo.

⁷³ En igual sentido la Constitución de Córdoba de 1987 (art. 27), la de Río Negro de 1988 (art. 30), la de San Juan de 1986 (art. 69), la de Buenos Aires de 1994 (art. 38.) En el debate legislativo dijo así NATALE (*La Ley, Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, op. cit.*, p. 86), que “*las asociaciones de consumidores podrán actuar en situaciones generales e individuales;*” en igual sentido expresó FOLLONI, *op. cit.*, p. 98, que “*podrán ser titulares activos de la acción correspondiente [...] tanto los consumidores individualmente considerados como [...] las asociaciones representativas de ellos o el ministerio público.*”

⁷⁴ Comenzando por el más clásico del medio ambiente, *Schroeder*, Sala III y siguiendo por *Youssefian*, Sala IV (usuario potencial telefónico), *LL*, 1997-F, 270, *Fernández*, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535, usuario de subterráneos. Su revocación por la CSJN, *Fallos*, 322-3: 3008, el 7-XII-99 fue por el fondo, no por la legitimación.

ser vecino de la Ciudad en sentido lato: *Gambier I*),⁷⁵ salud potencialmente amenazada (*Viceconte*),⁷⁶ usuario potencial de un servicio que se ve materialmente impedido de utilizarlo (*Labatón*,⁷⁷ *Verbrugge*),⁷⁸ potencial pasajero vehicular o amigo o conocido de una víctima del tránsito (*Dalbón*),⁷⁹ jubilado del PAMI, potencial usuario de sus servicios (*Torello*),⁸⁰ o hasta simple ciudadano defendiendo el principio de la legalidad o juridicidad (COMADIRA) objetiva (*Gambier II*)⁸¹ o titular de un interés moral (*Ángel Castro*).⁸²

El concepto de usuario o afectado potencial permite también introducir el criterio de usuario futuro. El usuario actual puede preferir tarifas más bajas y poca inversión en infraestructura; el usuario futuro tiene un interés distinto, que es la expansión del servicio con las consiguientes mayores inversiones que financian con sus tarifas los usuarios actuales. Ese usuario potencial o futuro tiene un interés que también resulta tutelable; aunque no existan todavía precedentes al respecto, que conozcamos. La norma legal vigente, en todos los casos, establece que “La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.” Los intereses que representa la asociación no son sólo los de los asociados, sino necesariamente los del universo de usuarios en igualdad de situación.⁸³ Lo contrario es pretender quitar sentido a la ley y a la reforma constitucional que la reafirma: Una auténtica desinterpretación irrazonable.⁸⁴ Ello surge también del hecho que la ley legitima

⁷⁵ *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97. Nos tomamos la licencia de numerar los fallos de igual nombre.

⁷⁶ *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

⁷⁷ *Labatón*, Sala V, *LL*, 1998-F, 346, año 1996.

⁷⁸ *Verbrugge*, Sala I, *ED*, 1985: 995, año 1999.

⁷⁹ *Dalbón*, *LL*, 1997-F, 291.

⁸⁰ *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” *LL*, 2000-B, 274.

⁸¹ *Gambier II*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624.

⁸² Sala I, *Castro*, *Ángel*, 23-XI-99.

⁸³ Dice ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Las Tarifas de los Servicios Públicos. Poder tarifario, poder de táctación y control judicial*, n° 41, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976, pp. 3-4 del prólogo: “Coincido, pues, sustancialmente con NIETO [...] sobre la necesidad de que un moderno Derecho Administrativo arbitre nuevos cauces jurídicos para la defensa de los intereses colectivos que no se formalizan en un derecho subjetivo individual o en un interés legítimo de contenido patrimonial [...] Suscribo su tesis de la necesaria articulación y defensa de los intereses colectivos y comunitarios que están entre los individuales y los público-estatales. Y concluye: «resumiendo, la vocación del Derecho Administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales.» Lo difícil es saber cómo se consigue esto.” En nuestro derecho, la acción y la legitimación de la ley 24.240 y los arts. 42 y 18 de la C.N. constituyen la respuesta a ese interrogante.

⁸⁴ Ver *supra*, caps. II a IV, esp. *Consumidores Libres*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 273.

simultáneamente al propio Estado y al ministerio público, los cuales obviamente no actuarán para el caso particular sino para el caso general.

La ley permite demandar por la nulidad de actos, la reparación de daños y la modificación de la relación jurídica. Como dice su art. 37: “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: [...] b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; [...] *La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.*” “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, *simultáneamente integrará el contrato*, si ello fuera necesario.”

Este es el fundamento jurídico⁸⁵ para que el Poder Judicial pueda también modificar las tarifas de los servicios públicos cuando sean irrazonables. Es una manifestación más de la a veces controvertida facultad judicial de modificar o sustituir la voluntad administrativa, que a título de ejemplo también autoriza el Código de la Provincia de Buenos Aires. Requiere también, claro está, la prudencia judicial.

7. Los progresos y sus limitaciones

Los progresos que vamos a analizar en este punto sufren muchos condicionamientos y limitaciones, casi siempre emanados, en la última década del siglo pasado, por la mayoría de la CSJN. Entre los verdaderos retrocesos⁸⁶ el más importante es una insólita nueva limitación del acceso a la justicia. Ya el decreto-ley 19.549/72, muy regresivamente, fijó un plazo de 90 días hábiles para acudir a la justicia. Pero la justicia ha hecho algo peor. Dijo que ese plazo se pierde si el particular no interpone antes en término el recurso administrativo,⁸⁷ con lo cual el ya

⁸⁵ Que explicamos *supra*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

⁸⁶ D'ARGENIO, *La justicia administrativa en Argentina*, *op. cit.*, p. 94: “Sólo una ausencia de rigor científico ha conducido a la interpretación pacífica de la ley 19.549 que estatuye este sistema procesal desajustado al marco de nuestra Constitución y respecto del cual muchos comentaristas, lejos de postular su derogación, proponen proyectos alternativos que no se desprenden de los requisitos previos para demandar a las autoridades públicas, incompatibles con el principio del acceso a la Justicia y la tutela judicial efectiva.”

⁸⁷ *Supra*, § 3.1.3, “La cuestión del agotamiento de la vía administrativa,” y nota 3.21. Ver también t. 4, *op. cit.*, cap. III, “Los recursos administrativos,” § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia” y 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa;” cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.6, 2.3.2, 2.3.6 y nota 2.20, § 14.1 y 14.2; cap. IX, “Los recursos de reconsideración,” § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” nota 13.4; cap. X, “El recurso jerárquico,” §

inconstitucional plazo de 90 días se traduce en otro, aberrante, de quince días. Como dicen con amargo acierto GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ para el derecho español, irse de vacaciones puede importar la pérdida irremisible de los derechos.

7.1. *Control de la discrecionalidad*

Uno de los progresos se dio en los nuevos códigos provinciales, que ahora admiten normalmente la revisión judicial plena de las facultades discrecionales de la administración: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Rioja, Mendoza, etc. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia nacional, según vimos para los llamados actos políticos, no justiciables o de gobierno.⁸⁸

7.2. *Control de la discrecionalidad y regulación técnica*

Lo propio sucede con la llamada discrecionalidad técnica, aunque es de lamentar que ahora es el reglamentarismo de la administración el que escapa, en una irónica vuelta del destino, a un mejor contralor judicial.⁸⁹

7.3. *Control de la norma general*

Pero desde luego, cuando la norma legal o reglamentaria es irrazonable, no queda a la justicia otro camino que decidir conforme a derecho, aplicando la solución justa o razonable por encima del texto que manifiestamente se aparte de ello. En esto todavía no hemos avanzado mucho.⁹⁰ Por nuestra parte, hemos comenzado a enfatizar el control por los principios jurídicos, tanto de la regulación como la discrecionalidad.⁹¹

7.4. *Acción declarativa de inconstitucionalidad*

También se advierte un progreso con la acción declarativa de inconstitucionalidad, que es un juicio de conocimiento a diferencia del amparo y no tiene los inconvenientes psicológicos —para tribunales abarrotados de trabajo— de plazos tan reducidos como éste.

Ha sido utilizada con éxito en diversas materias que no requerían un análisis de hecho sino la determinación del derecho y éste se presentaba como relativa-

1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?),” y 9.2, “Es una espada de Damocles;” cap. XI, “Recurso de alzada,” § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

⁸⁸ Ver *supra*, cap. VIII. También se pronuncia en contra de las limitaciones al control judicial con pretendidas cuestiones políticas o actos de gobierno, MARCER, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁹ Ver *supra*, t. 1, caps. VI y VII.

⁹⁰ Ver p. ej. *Dujovne*, Sala III, *LL*, 1998-B, 560, año 1997, con nota “Cuatro muertes: trescientos pesos,” *LL*, 1998-B, 559, reproducido en *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 180. Ver también CSJN, *Santa Coloma*, *LL*, 1987-A, 442, *JA*, 1986-IV, 624, *ED*, 120: 651.

⁹¹ *Infra*, t. 9, Libro II, cap. VII, “Normas y principios,” p. VII-1 / 613.

mente claro;⁹² aunque procede también sobre materias de hecho que requieran un pronunciamiento simple.

Pero también hay casos en que ha sido rechazada *in limine litis*, como si fuera un amparo en el fuero capitalino federal,⁹³ observándose allí que no produce efectos constitutivos ni de condena y excluye una decisión judicial de carácter compulsivo, todo lo cual significaría que en realidad no es sino una variante tanto o más limitada que el amparo.⁹⁴

Las normas y las prácticas varían de jurisdicción en jurisdicción. La Ciudad de Buenos Aires da competencia originaria y exclusiva a su Tribunal Superior para entender en acciones declarativas contra la validez de toda norma general de la ciudad. Es no haber aprendido la trágica lección de la Provincia de Buenos Aires con su jurisdicción originaria y exclusiva que le hizo imposible atender las causas dado el número de habitantes.⁹⁵

8. Las vías de tutela urgente. El amparo⁹⁶

El amparo ha tenido suerte dispar en nuestros tribunales en el fin del milenio. Han existido importantes pronunciamientos tramitándolos en forma amplia,

⁹² CSJN, *AGUEERA, LL*, 1997-C, 322; CNFed. CA, Sala V, *Craviotto, LL*, 1997-D, 720; Sala V, *Muñoz, LL*, 1998-D, 210. También representa un remedio procesal de gran trascendencia en materia tributaria, ver CSJN, *Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c. Provincia del Neuquén (Fallos 327:1051)*; *Transportadora de Gas del Sur S.A. (TGS) c. Provincia de Santa Cruz, (Fallos 327:1083)*; *Gas Natural Ban S.A. y otro c. Provincia del Neuquén, IMP*, 2006-3, 476; *Petrolera Pérez Companc S.A. c. Provincia del Neuquén, LL*, 2008-C, 657; *Capatti, Gustavo Jorge c. Provincia de Buenos Aires*, sent. del 18-XII-07, *LL*, 2008-A, 334; *Asociación de Bancos de la Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, sent. del 23-VI-09, A. 2107. XLII.

⁹³ CNFed. CA, Sala II, *Molina*, 11/VI/1996.

⁹⁴ Así CNCom., Sala A, *Alderete, LL*, 1997-D, 500, citando precedentes anteriores a la reforma constitucional e incluso invocando mal al fallo *Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 354, lo que priva al decisorio de un razonable fundamento de derecho.

⁹⁵ Y ya empezó a recorrer un camino restrictivo, como se advierte en *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado de la Ciudad de Buenos Aires*, TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *LL*, 1999-E, 629, en voto dividido; *Vázquez Ferreiros, ED*, 186: 108. El primer fallo ha recibido una crítica al pronunciamiento de la mayoría: GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “La legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para promover acción directa de inconstitucionalidad,” *LL*, 2000-B, 215; CICERO, NIDIA K., “La acción meramente declarativa,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 837-847.

⁹⁶ Ver GUGLIELMINO, OSVALDO, “La Justicia Federal en la emergencia,” en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 23-30; AHE, “El desamparo del amparo,” *op. cit.*; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” *op. cit.*; OBARRIO, MAURICIO, “La acción de amparo en la emergencia,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 77-114; SAMMARTINO, PATRICIO, *Amparo y Administración: En el Estado Constitucional Social de Derecho*, 2 ts., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012; *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004; GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Uso y abuso del amparo en la emergencia económica,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 191-21; SILVA GARRETÓN, MARTÍN, “La emergencia económica y el amparo y el uso del amparo, las medidas cautelares en la emergencia. Las previsiones adoptadas ante el caos del quiebre económico y su incidencia en los tribunales del fuero contencioso,” en SCHEIBLER

produciendo prueba, incluso de oficio y emitiendo sentencia en cuanto al fondo diciendo el derecho en forma oportuna;⁹⁷ pero también se ha producido una vigorosa tendencia al rechazo *in limine litis*⁹⁸ o por razones imposibles de compartir. (Intervención a la CNT)

Creemos que lentamente triunfa la tendencia que afirma el derecho y la justicia antes que el favor al poder de turno.⁹⁹ También existe una importante tendencia jurisdiccional a “desenfatar” el amparo para inducir a los amparistas a utilizar los otros modos de tutela cautelar urgente que el ordenamiento pone a su disposición.¹⁰⁰

La cuestión se hace más compleja cuando se incluyen las jurisdicciones provinciales, pues hay casos extraños y extremos, quizás aislados, en que el tribunal entremezcla indiferenciadamente:

a) un canto y una loa a la libertad y dignidad de la persona humana, a su eminente dignidad, al libre desenvolvimiento de su personalidad, a los derechos inviolables de la persona, etc., pero

b) en el mismo acto realiza una sorprendente y profunda catarsis contra el amparo, contra la revisión judicial de la actividad administrativa, contra la tutela de los derechos administrativos y patrimoniales frente a la administración; tanto contra el amparo como contra la revisión contencioso administrativa, con una vehemencia y emoción que dice mucho de un peligrosísimo estado de ánimo antijurisdiccional, proveniente desde el seno mismo del propio Poder Judicial.¹⁰¹

(coord.), *op. cit.*, pp. 219-24; MARCHETTI, LUCIANO, “El amparo y las otras vías judiciales más idóneas en la provincia de Buenos Aires,” en COMADIRA, JULIO PABLO (coord.), *Derecho Administrativo. Libro en Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 577-606; CANDA, FABIÁN O., “Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual,” BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 269-285.

⁹⁷ Ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318; también en “Los grandes fallos de la actualidad,” en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. XI.

⁹⁸ Como dice la CorteIDH, el recurso judicial efectivo debe ser adecuado y eficaz y “puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si de hecho, carece de virtualidad;” o “cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles.” Ver FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 73-4.

⁹⁹ En cambio es más seguro el amparo contra particulares, CNFed. CA, Sala II, *Gambier I*, 18-VI-98, causa 25.841/97. Ver *supra*, nota 6.11 y el cap. VII, “La «certeza» que da el poder” de nuestra *Introducción al Derecho. Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, publicado como e-book en www.gordillo.com; *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. VII.

¹⁰⁰ En tal sentido ISACCH, SIMÓN, “El fuero contencioso administrativo desde la mirada de la justicia,” en *RAP Provincia de Buenos Aires*, año III, n° 36, marzo de 2006, pp. 5-12, § VI, “Algunas preguntas, algunas respuestas,” p. 9. Señala este magistrado que tramitar el amparo en primera instancia puede ser peor para el interesado pues la Cámara rechazará el amparo, por no ser la vía, cuando ya “es muy difícil revertir esa situación.”

¹⁰¹ *Infra*, § 8.3, “En los tribunales contencioso administrativos provinciales” y sus remisiones.

Esos extremos son recetas para la corrupción, que como dice la CICC en su Preámbulo, llevan a la destrucción del Estado de Derecho, al crimen organizado, etc.¹⁰² Pero esos son vicios que parecemos incapaces de desterrar por nuestros propios medios. Como explicamos en el t. *Hacia el derecho administrativo global*, con todo, es creciente el número de normas y redes formales e informales de autoridades públicas de distintos países, que integramos y que procuran desterrar esos delitos.

8.1. *La mala recepción judicial del amparo y las cautelares individuales. Su reversión en derechos de incidencia colectiva*

Dentro de esa línea, contraria al art. 43 de la Constitución y a los pactos internacionales, a pesar de que los hemos suscripto, ratificado y constitucionalizado,¹⁰³ ha sido frecuente que se revivan fantasmas del pasado. Hay tribunales que han dicho que la Constitución *nada* cambió del decreto-ley 16.986/66, lo que es una exageración, pues como mínimo ya no hace falta el reclamo administrativo previo.¹⁰⁴ Algunos no mencionan los pactos internacionales. Otros lo rechazan *in limine litis*,¹⁰⁵ con los *clichés* que la CSJN denunció,¹⁰⁶ pero que igual abundan por doquier en esta materia. O si lo tramitan, terminan en una sentencia afirmando que la cuestión requiere más debate y prueba, o que no se ha cumplido alguno de

¹⁰² BOTASSI, “El derecho frente a la corrupción política,” *JA*, 2002-I, 1029; nuestros “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV, 1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” *ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10. En igual sentido ver la ley 26.097, convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

¹⁰³ Nos remitimos a nuestro art. “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional,” *LL*, 1995-E, 988, reproducido como cap. XVII del libro de GORDILLO, LOIANNI, FLAX, GORDO, LÓPEZ ALFONSÍN, FERREIRA, TAMBUSI, RONDANINI, GONZÁLEZ CAMPAÑA, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed. y en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.

¹⁰⁴ Así lo señala SAMMARTINO, *op. cit.*, p. 92, entre otros.

¹⁰⁵ Nuestras notas a fallos “Rechazo «in limine litis» del amparo,” *LL*, 1996-C, 41, nota al fallo *Toscano*, CNFed. CA, Sala I, año 1995; “Amparo: nunca, jamás,” *LL*, 1997-A, 82, nota al fallo *Deutz Argentina S.A.*, Sala V, *LL*, 1997-A, 83, año 1996; “El moribundo amparo,” nota al caso *Méndez*, Sala I, *LL*, 1997-C, 843, año 1996. No todas las Salas han seguido en el pasado este criterio restrictivo, hoy felizmente superado. La Sala IV lideró el cambio y en diversos pronunciamientos encaró cuestiones complejas tanto en medidas cautelares como en la sentencia del amparo o en juicios sumarios. Ver al respecto nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” en *LL*, 1997-F, 1318 y los fallos *Impsat S.A.*, *LL*, 1998-A, 246, año 1995, con nota de AGUIAR, HENOCH D., “Monopolio telefónico y servicios en competencia,” *LL*, 1998-A, 239.

¹⁰⁶ CSJN, *Fallos*, 331: 2119, año 2008, *Comunidad Indígena Eben Ezer*, con nota de D'ARGENIO, INÉS, “«Sin clichés» dijo la Corte,” *LL*, 2009-A, 384.

los requisitos¹⁰⁷ del decreto-ley 16.986/66,¹⁰⁸ o que el acto no es manifiestamente arbitrario aunque lo sea, etc. Otra vez los *clichés* denegando justicia.

Pero no todos los tribunales actúan igual: Muchos cumplen con el sistema constitucional actualmente vigente,¹⁰⁹ e incluso se advierte desde 1997 un giro jurisprudencial¹¹⁰ —especialmente en materia de derechos de incidencia colectiva— que se afirma a fines del siglo XX y comienzos del XXI,¹¹¹ y que hoy resulta nutrido por las sentencias de la CS en

a) *Halabi Ernesto c/ PEN - Ley N° 25.873 Decreto N° 1.563/04 - s/ amparo Ley N° 16.986, 24-II-09,*

b) *PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales, 21-VIII-13 y*

c) *Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - ley 24.240 y otro s/ amparo proceso sumarísimo. (art. 321, inc. 2°, C.P.C. y C.), 6-III-14.*

Estos tres últimos casos se perfilan los caracteres de la acción colectiva haciéndose especial referencia al acceso a la justicia y confirmando el alcance *erga omnes* de la decisión apelada.¹¹²

8.2. El amparo definido por los derechos de la libertad, no de la propiedad

Fallos hay que le dicen al interesado que en lugar de un amparo lo que debía hacer era un juicio ordinario con cautelar cuando de lo que se trata es de una licitación pública en que en pocos días van a abrir o presentar el sobre “B”; además de recordarle una antigua y superada jurisprudencia, que parece siempre querer

¹⁰⁷ MILJIKER, “La desnaturalización de la garantía del amparo como un medio de protección efectiva de los derechos,” *LL*, 2002-A, 965. Sobre cómo se han ido modificando los márgenes que delimitan el amparo ver GONZÁLEZ CAMPAÑA, *op. loc. cit.*

¹⁰⁸ No se equivoca PADULA, PABLO FEDERICO, cuando escribe al respecto “El regreso de los muertos vivos,” *LL Litoral*-1997, 847.

¹⁰⁹ Es el caso de la Sala IV, que en muchas causas ha tramitado el amparo para no frustrar los derechos de los particulares ni tornarlos abstractos, no obstante haber tenido a mano posibles excusas para no intervenir. El ejemplo más destacado es *Viceconte*, firme por haberse rechazado la queja, pero no pueden olvidarse *Youssefian*, *Fernández*, *Impsat*, etc.

¹¹⁰ Nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *op. cit.* Ver también *supra*, caps. II y III.

¹¹¹ Entre los últimos casos merece especial atención, por su detonante impacto teórico, *Gambier II*, con la salvedad apuntada en 6.10, *LL*, 1999-E, 624, Sala II y por la evolución que representa, *Verbrughe*, Sala I, *ED*, 185: 995, año 1999 y *Asociación Benghalensis*, CSJN, *LL*, 2001-B, 126, año 2000.

¹¹² El establecimiento de plazos brevísimos y perentorios —invocados en defensa de la “seguridad jurídica”— es uno de los mecanismos más usuales para neutralizar el potencial de las acciones de tutela inmediata de los derechos. De esta forma, queda obstruido lo que es expedito por mandato constitucional. Esta práctica fue severamente censurada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos *Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad* (27-XII-07), declarando inconstitucional con efectos derogatorios el plazo de 45 días establecido en el art. 4 de la ley de amparo local (ley 2145, modificada por ley 2243).

volver por sus fueros, de que el amparo no procede para la defensa del derecho de propiedad o los derechos contractuales o los que se refieren a licitaciones públicas o...¹¹³ Es como si el derecho de propiedad no fuere una de las garantías constitucionales básicas y fuera tan solo aplicable a los llamados derechos de la libertad: Libertad de prensa, de pensamiento, de locomoción, de entrar y salir del país, de reunión, de profesar cultos o creencias, de la privacidad, la dignidad, la no discriminación, el medio ambiente, la salud, la familia, derechos del niño, etc.

Hay sin embargo juzgados de primera instancia y tribunales de alzada que advierten que esa solución es inviable, ya que mal va alguien a pedir, o un juez ordenar, una cautelar en un juicio ordinario paralizando por una década una privatización o una obra pública: Es inviable, por más que alguna Sala lo haya sugerido.¹¹⁴

El amparo en tales casos es simplemente la *única* vía de tutela judicial. Negarlo es en tales casos lisa y llana denegación de justicia, que implica privar al Estado de Derecho de uno de sus tres pilares fundamentales. A veces, dar tranquera abierta a la corrupción. Desde luego no todos los jueces y tribunales actúan ni escriben igual, como ya lo hemos destacado.¹¹⁵

Entre esas excepciones cabe destacar el ya citado fallo dictado en primera instancia en la segunda causa *Servotrón* por el Juzgado del Dr. OSVALDO GUGLIELMINO, en que se expresó: “De tramitarse el juicio en el marco de un proceso ordinario, bajo el resguardo de una medida cautelar, como se sugiere curiosamente a fs. [...], se paralizaría la obra hasta la conclusión de dicho proceso —normalmente extenso, por más que no requiera prueba— lo que en sí mismo es un disvalor notable, sea cual fuera el resultado del pleito.”

“Esto quiere decir que la vía debe ser aceptada predominantemente por el interés público. La cuestión tiene su trascendencia, porque al no ser la vía excepcional del amparo una prerrogativa procesal exclusiva del actor en virtud de la inminencia del agravio de éste, se neutralizan requisitos que le son exigidos para, justamente, poder defender su derecho de modo sumarisimo. Así, el compor-

¹¹³ *Aydin S.A.*, Sala I, *LL*, 1997-D, 694, año 1996, entre otros. En la tesis contraria aunque en 1ª instancia, ver *Servotrón S.A. c/ Consorcio Autopista del Oeste y otros*, JuzgFed. CA N° 4, *LL*, 1997-F, 297, año 1996, que refuta al anterior. Ya en este milenio, el excepcional fallo *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, admite un amparo de una jubilada para que anule una cláusula indemnizatoria absurda de los contratos celebrados por la ANSES.

¹¹⁴ Su acertada réplica en *Servotrón S.A.*, *LL*, 1997-D, 297 año 1996.

¹¹⁵ “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318. Una variante de este criterio amplio encontramos en los casos *Impsat* de primera y segunda instancia, en *LL*, 1998-A, 246, año 1995, con nota de AGUIAR, *op. loc. cit.*, en que no se otorgaron cautelares ni se procedió a la ejecución de la sentencia, pero en cambio se tramitó y resolvió favorablemente el amparo en cuanto al fondo, pues el tema solo tenía sentido mientras duraba la exclusividad de las licenciatarias telefónicas. Ver también BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “Los límites de los poderes del Estado durante la emergencia: el caso de los acreedores de títulos públicos en moneda extranjera,” *LL*, 2002-F, 945; asimismo, BRUNO DOS SANTOS y FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M., “La tutela cautelar en la emergencia frente a la problemática de los fondos comunes de inversión,” *LL*, 2003-E, 286.

tamiento estatal ya no debe ser manifiestamente arbitrario o ilegal para acoger la demanda, porque si éste es el único proceso apto, rechazarlo porque el agravio no es manifiestamente ilegal, importa reconocer que puede ser ilegal de modo simple. Y ello sería absurdo, porque ya hemos dicho que en estos casos, el juicio ordinario es profundamente disvalioso en sí mismo, por su natural prolongación temporal, de modo que no serviría para corregir aquella arbitrariedad o ilegalidad no manifiestas, en tanto tal corrección recién se produciría una vez afectado el interés público de modo irreparable.”¹¹⁶

8.3. *Propiedad, derechos patrimoniales, licitaciones: Las fuentes de corrupción administrativa que el amparo no siempre corrige*

Según algunos fallos, pues, el amparo no procede para la defensa de la propiedad, los contratos, los derechos violados en las licitaciones públicas, etc. Es una tesis más que insólita cuando el país eligió en su momento el camino que marca la reforma del Estado y propiciado el crecimiento de la actividad privada, de las inversiones externas, de la competencia, etc., todo lo cual supone medios judiciales idóneos para la defensa de los derechos conculcados, derechos que aquí se les niegan sistemáticamente.

No extraña pues que el inversor extranjero se lamente del Poder Judicial argentino, pues advierte que no tiene medios idóneos para una defensa eficaz en el corto plazo, en caso de ver conculcados sus derechos por el Estado. Tiene, es cierto, el arbitraje internacional a su disposición, pero eso no es motivo para que en el derecho interno no brindemos justicia eficaz, eficiente y oportuna. El arbitraje tampoco sirve si la falta de credibilidad de la justicia puede hacer pensar que no ejecutará los fallos adversos.¹¹⁷

Si la única solución en caso de violación a sus derechos es una acción ordinaria que puede durar diez o quince años, entonces parece razonable que busque otro país o, quizás, otros medios más efectivos y conducentes. Por ello se ha dictado la Convención Interamericana contra la Corrupción, pero es obvio que los jueces deben hacer lo suyo también. Si no protegen los derechos patrimoniales contra el Estado en la acción de amparo, están enviando al capital extranjero y al nacional a buscar, sea otras playas, sea otros brazos: Los de la corrupción.

La falta de control judicial eficiente en materia de derechos administrativos y patrimoniales es como diría NIETO *La organización del descontrol*. Es la versión *aggiornada* del proceso: Antes se tronchaban vidas, libertades y propiedad sin recurso jurisdiccional eficiente. En la última década del siglo XX se hicieron loas a la libertad y hasta se la protegió, pero se dejó en el camino la propiedad. No

¹¹⁶ Juzgado Fed. CA N° 4, *Servotrón, LL*, 1997-D, 297, año 1996.

¹¹⁷ *Infra*, cap. XVII, “El arbitraje administrativo nacional;” ver también la necesaria referencia al cap. “El arbitraje administrativo internacional” en el t. *Hacia el derecho administrativo global*.

parece una solución satisfactoria ni racional. Tal vez no lo sepan quienes obran así desde la Justicia, ciertamente no lo creen, tal vez no les parece problema suyo, pero su responsabilidad objetiva —por omisión— en la corrupción administrativa, es para nosotros evidente e innegable.

Son demasiados los casos de corrupción administrativa que no se pudieron detener en vía judicial porque no se trataron amparos o dieron cautelares en tiempo oportuno.

Una sonora excepción es *Torello*, sala II, año 2000.¹¹⁸ Las tesis limitativas de estos institutos son favorecedoras de la corrupción, lo sepan o no quienes las propugnan y practican. Y las consecuencias y fenómenos coetáneos de la corrupción están establecidos en el Preámbulo de la CICC,¹¹⁹ norma supranacional vigente que cada uno podrá desconocer sólo a costa de su propia conciencia y de la opinión pública.

8.4. *Los amparos contra particulares, concesionarios, licenciatarios*

Fueron mejor recibidos judicialmente los amparos contra los abusos de las concesionarias y licenciatarias monopólicas del poder público. Sea que se los cite como terceros interesados, a pesar de algunas dudas sobre la admisión de terceros en el amparo, sea que se los demande en forma exclusiva, o en forma conjunta con el Estado, las chances son sensiblemente mayores: Es que allí el objetivo de la acción judicial, aunque tutele la propiedad del particular en la pretensión procesal, no es en último análisis contra el Estado.

En efecto, la Corte ha afirmado que constituye un exceso de rigor formal no resolver los planteos formulados en el amparo contra una concesionaria y el Estado nacional con la afirmación de que se requiere mayor debate y prueba, cuando los jueces no han tenido en cuenta la abundante actividad probatoria producida por las partes.¹²⁰

La competencia, además, quedó claramente resuelta: “Respecto al amparo interpuesto contra la empresa de servicios telefónicos es competente el fuero contencioso administrativo pues la amplitud de las cláusulas de los decretos 62/90 y 1185/90 (referidos a las bases y condiciones para el llamado a la licitación internacional para la privatización del servicio público de telecomunicaciones) no autoriza a distinguir en cuanto a la prestación de los servicios entre licenciatarios y usuarios.”¹²¹

¹¹⁸ *Torello*, LL, 2000-B, 275.

¹¹⁹ Y en la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ley 25.632, esp. arts. 8° y 9°.

¹²⁰ CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ amparo ley 16.986*, 24-VI-14.

¹²¹ CNFed. CA, Sala I, *Viola De Fischer, ED*, 145: 352, año 1991. Hubo antes muchos precedentes contradictorios de distintos tribunales, pero ésta nos parece la buena doctrina. Ver una recopilación

8.5. *En los tribunales federales del interior*

Dado que la competencia en el amparo puede estar dada tanto por el domicilio del demandado, como por el lugar donde el acto impugnado produce o ha de producir sus efectos, no es infrecuente que pueda iniciarse el recurso o la acción de amparo en los tribunales federales del interior. Hay allí varias ventajas: primero, la mayor cortesía y tiempo, la mayor intermediación, tanto del personal de los juzgados como de su titular y secretarios.

Mientras que los jueces capitalinos no consideran falta de educación ni ofensa al letrado de la parte actora mandarlo de vuelta a su estudio como un principiante que no sabe ni siquiera redactar una acción de amparo,¹²² en las provincias los juzgados federales respetan por lo menos que uno haya viajado hasta allí para impetrar la justicia que no siempre tiene en la Capital Federal. Traslado, ciertamente dan.

8.6. *En los tribunales procesal administrativo provinciales*

Es muy difícil hacer un compendio de todas las jurisdicciones,¹²³ pero parece advertirse una reciente tendencia a revertir la amplitud con que algunas legislaciones o jurisprudencia admitían el amparo ante tribunales inferiores, incluyendo todos los derechos constitucionales y no una arbitraria selección de ellos que evitara el confrontamiento con la corrupción administrativa. La concentración del poder, que también opera a nivel provincial, conspira contra el funcionamiento del control judicial de la administración pública. El gobernador es demasiado poderoso, el tribunal local no lo es siempre en medida capaz de contrabalancearlo en control eficaz. En 1996 un muy erudito fallo de la Corte Suprema de Santa Fe recopila, prolija y concienzudamente, todos los argumentos para limitar el amparo; con el efecto principal de excluir la revisión de la actividad administrativa lesiva de derechos patrimoniales o administrativos. No advierte, claro está, que la insuficiente revisión procesal administrativa, sumada a la inexistencia así creada del amparo, deja a los particulares con intereses económicos librados a cómo se las puedan arreglar con la administración.¹²⁴

de diversos antecedentes opuestos a lo que explicamos en el texto en MALJAR, DANIEL EDGARDO, "Naturalidad de la relación jurídica entre concesionario y usuario del servicio público," *LL*, 1997-F, 1245.

¹²² Que le explique uno a su cliente cómo es que no sabe redactar un amparo, ellos explicarán cómo hicieron justicia. Por ello pareció una bocanada de aire fresco cuando el fallecido juez laboral de 1ª inst., Dr. GARCÍA MARTÍNEZ, admitió *in limine litis* un amparo, dictando sentencia definitiva sin traslado a la parte demandada. El fallo fue anulado, aún afirmada su razón en cuanto al fondo: pero que una ley *de facto* "autorice" el rechazo liminar de un amparo tiene menos razón que el juez admitiéndolo del mismo modo. Ver CN del Trabajo, Sala de FERIA, *CGT*, *LL*, 1997-B, 332.

¹²³ Ver el trabajo de análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires elaborado en GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), *El contencioso administrativo en la Argentina...*, *op. cit.*, con referencia al amparo.

¹²⁴ Si la justicia no aporta la solución, se la buscará en otro lado. Este es un claro ejemplo de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla. (MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces*

Es no ver el espectro de lo que desde otro ángulo señala la Convención Interamericana contra la Corrupción. Menos puede en este tiempo y lugar decirse que “asumo plenamente la consiguiente responsabilidad por lo que afirmo” pues es no entender uno de los cómo y por qué hemos progresado en el concierto de las naciones al lugar destacado que lucimos en materia de corrupción.¹²⁵ Tanto no advierte el fallo el contexto de la corrupción a que lleva, que incursiona en frases como “*Es en los carriles de la excepcionalidad donde nuestro recurso debe brillar por excelencia.*” Afirma que el amparo es sólo para los “derechos de la libertad,” no para los derechos de sustancia administrativa, pues esos casos “constituyen —y asumo plenamente la consiguiente responsabilidad por lo que afirmo— el paradigma de la arbitrariedad.” Sostiene que cuando el amparo protege esos derechos de sustancia administrativa, atenta contra la seguridad jurídica, cuando es exactamente a la inversa. El desamparo judicial de los derechos administrativos es el mejor caldo de cultivo de la corrupción.

Agrega, increíblemente, que la jurisdicción está instituida en “favor de la Administración Pública,” “porque la Administración Pública goza de ciertos privilegios [...] y eso determina necesariamente un régimen de contralor jurisdiccional distinto.” Para un adecuado remate, el mismo tribunal tampoco admite la revisión judicial en la vía plena procesal administrativa. La denegación de justicia es pues total.¹²⁶ Ese descontrol organizado y sistemático, ese disfuncionamiento judicial que deja a la administración pública absolutamente libre de resolver a su gusto y placer las cuestiones de dinero es, se lo quiera ver o no, la mejor contribución posible al crimen organizado nacional e internacional. Están allí involucradas las normas de la convención interamericana contra la corrupción,¹²⁷ la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, la convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

La Suprema Corte bonaerense ha resuelto en materia de amparo que puede entender en esta acción cualquier juez de primera instancia, sin importar la materia específica. Pero el legislador ha limitado el órgano de alzada para las acciones de amparo en materia administrativa, que ahora es la cámara de

legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla, Buenos Aires, Rap, 2007.)

¹²⁵ CS de Santa Fe, *Bacchetta, LL Litoral—Juris*, mayo de 1997, p. 115 y ss., con notas de CULLEN, IVÁN JOSÉ MARÍA, “Nuevo perfil del amparo en la Provincia de Santa Fe,” pp. 115-20, quien refiriéndose al nacional lo llama *desamparo*; MARTÍNEZ, HERNÁN J., “Del contencioso administrativo y del amparo en la Provincia de Santa Fe,” revista citada, pp. 121-30.

¹²⁶ Ver CS de Santa Fe, *Degrossi, LL*, 1997-F, 259, año 1996, con nota crítica de BOGLIOLI, DIEGO FERNANDO, “A propósito del ejercicio de determinadas potestades públicas, sus límites y control judicial,” quien también recuerda en tal sentido a BARRAGUIRRE, JORGE A., *Derecho administrativo. Visión jurisprudencial*, Santa Fe, Juris, 1993, p. 45 y ss., p. 54 y a KAUFMAN, GUSTAVO A., “Tarifas de servicios públicos,” *ED*, 127: 919.

¹²⁷ Ver *supra*, nota 8.5.

apelación competente en razón de la materia: Cualquier juez puede entender en primera instancia, pero en la apelación sólo resolverá la cámara competente. Saque cada uno sus conclusiones.

8.7. *El amparo por mora de la administración*¹²⁸

En el orden nacional existe también el amparo por mora de la administración, regido por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72, aplicable para determinar judicialmente si la administración ha excedido el plazo fijado para resolver una presentación y en su caso fijarle el plazo razonable para que lo haga. Es un medio eficaz para la defensa de los derechos del particular frente a la administración, aunque su resultado es sólo obtener el “No” por escrito y con fundamentación que permita impugnarlo luego en sede judicial con más argumentación. Procede cuando están en juego derechos subjetivos o intereses legítimos,¹²⁹ y debe ser también admitido en materia de derechos de incidencia colectiva, cuya legitimación es constitucional. Se le ha aplicado el principio del informalismo a favor del administrado¹³⁰ y se ha admitido, en una *litis* iniciada mediante amparo por mora, dictar medidas cautelares.¹³¹ La competencia es la procesal administrativa.¹³² El amparo por mora puede ser transformado, a pedido de parte o de oficio, en un amparo común; y a la inversa;¹³³ nada impide tampoco ordinarizarlo, como lo autoriza para todos los procesos sumarios el código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires.¹³⁴

¹²⁸Nos remitimos al desarrollo realizado en el t. 4, “El procedimiento administrativo,” cap. XIII, “Queja y amparo por mora,” § 3.1, “Inacción administrativa: silencio, queja, amparo por mora,” § 3.3, “Efectos en el procedimiento,” § 3.4, “Innecesidad de intimación,” § 3.5, “Perjuicio,” § 10, “Plazos y trámite del amparo por mora,” y ss.; SESÍN, DOMINGO J. y PISANI, BEATRIZ, *Amparo por mora de la administración*, Córdoba, Advocatus, 2010; HALPERÍN, DAVID A., “La acción de amparo por mora de la Administración,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 821-835 GAVALDÁ, JUAN MARCELO, “Amparo por Mora,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 307-320.

¹²⁹Ver CNFed. CA, Sala II, *Luis Gómez S.R.L. c. Estado nacional*, LL, 1996-A, 638, con nota “El interés legítimo en el amparo por mora,” LL, 1996-A, 637, reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 23, p. 80; t. 4, cap. XIII, § 8, “Motivos de impugnación. Contra qué demoras u omisiones procede,” 8.2, “Amparo por mora.” En igual sentido REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, *op. cit.*, cap. VI, § 6, A, p. 92; LUQUI, *op. cit.*, t. 2, § 302, p. 208; comp., sin embargo, p. 210.

¹³⁰Sala II, *Rodríguez Fuchs*, LL, 1997-A, 81, con nota “Informalismo y amparo por mora,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 49, p. 129.

¹³¹CNCiv., Sala M, *Kreutzer*, LL, 1997-F, 245, con nota de GAMBIER, “Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora,” LL, 1997-F, 244. También la Suprema Corte bonaerense, causa B. 67497, *Gareis*, 25-VIII-2004, admite que el amparo por mora se puede reconducir como amparo normal. En cambio las Salas provinciales no admiten que los juzgados de primera instancia reconduzcan los amparos normales en los demás medios de impugnación del código, lo que es contradictorio con el espíritu más liberal de la Corte. El rol de proteger a la administración pareciera haber cambiado de manos.

¹³²Comp. Sala II, *Fernández, Oscar O. c. SENASA, DJ*, 1997-2, 938, con nota “La mora administrativa es materia procesal administrativa,” *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 70, p. 154.

¹³³GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2., p 791 y antecedentes que cita.

¹³⁴El código admite la sumarización del ordinario y la ordinarización del sumario.

Sin embargo algunas cámaras provinciales ni siquiera admiten la reconducción del amparo común (mucho menos, entonces, de un amparo por mora) en acción procesal administrativa con pedido de medidas cautelares, en un rigorismo formal incompatible con la finalidad de tutela que debe animar la justicia administrativa. Cuesta introducir la cultura del control en una historia de siglos de descontrol...

9. Continuación. Las diversas medidas cautelares¹³⁵

9.1. Las variantes

Existe un número interesante de alternativas que la jurisprudencia federal y local de la CABA han ido elaborando; en la Provincia de Buenos Aires algunos magistrados de primera instancia se han mostrado igualmente innovadores, no así todas las cámaras. En primer lugar, es importante destacar la creación pretoriana de la cautelar autónoma innovativa para suspender un acto hasta tanto la administración resuelva un recurso pendiente o realice una actividad

¹³⁵ VALLEFÍN, CARLOS A., *Protección cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002 y *Medidas cautelares frente al Estado: continuidades y rupturas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013; "Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares," en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 503-18, esp. 516-8; GUGLIELMINO, *op. cit.*, pp. 23-30; MILANTA, "Tutela judicial en el estado de emergencia," en AHE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II, op. cit.*, pp. 199-225, esp. § 5, "Nota sobre la tutela cautelar en la emergencia," pp. 220-3; MONTI, LAURA M., "Las resoluciones judiciales en materia de salud, en la emergencia," en ALANIS (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III, op. cit.*, pp. 67-75; OBARRIO, "La acción de amparo en la emergencia," *op. cit.*, pp. 77-114, esp. § XI, "Las medidas cautelares en la acción de amparo," pp. 100-6; BRUNO DOS SANTOS, "La llamadas «precautelares» contra la administración pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva," *LL*, 2003-D, 1225; LOGAR, ANA C., "Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires," *LL Buenos Aires*, 1998-1151; y en BOTASSI (coord.), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2004, pp. 437-513; GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2, cap. XIII, pp. 797-839; LUQUI, *op. cit.*, tomo 2, § 350 a 358, pp. 352-88; BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, cap. XVIII; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO OSCAR, "Procedimiento administrativo y medidas cautelares judiciales", en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDÉZ, OSCAR y LIMA, FERNANDO JUAN (dirs.), *Procedimiento administrativo*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2012 y selección de jurisprudencia actual de la CSJN allí reseñada; AHE, DAFNE S., "Las medidas cautelares contra el estado," en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 849-863; MAQUES BATTAGLIA, NATALIA F. y SAC, MATÍAS J., "Las medidas cautelares contra la administración pública," en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 41-61, Un examen de derecho comparado en ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS A., *Jurisprudencia de medidas cautelares*, Caracas, EJV, 1995, pp. 13-29. Por otra parte, en el año 2013 se dictó la ley 26.854 que regula el procedimiento aplicable a las medidas cautelares que se soliciten contra o por el Estado Nacional o sus entes descentralizados, junto con otras iniciativas que formaron parte de una serie de reformas al Poder Judicial llamado "Democratización de la Justicia." Esta ley prevé restricciones y limitaciones en las medidas cautelares contra el Estado nacional, la que ha despertado serias críticas de la doctrina: GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)," *Suplemento Especial LL*, Cámaras Federales de Casación, ley 26.854 – Medidas Cautelares y el Estado como parte, ley 26.854, pp. 69-72; CAO, CHRISTIAN ALBERTO, "Medidas cautelares contra el Estado: la protección efectiva de los derechos fundamentales en crisis, ley 26.854," *LL*, DJ-2013-23, pp. 1-6.

debida.¹³⁶ A veces el amparo también sirve como cautelar autónoma, pero ello no es tan frecuente.¹³⁷ En algunos casos se admite la pretensión de amparo por mora sumada a una cautelar autónoma, o una orden de no innovar hasta tanto se resuelva el amparo por mora. Desconocida por la administración, ha dado lugar a su impugnación en la misma *litis* y a la suspensión del acto administrativo hasta tanto se resuelva la nulidad articulada. Con ello el amparo por mora se transforma en amparo simple, solución razonable e informal como corresponde a esta materia.¹³⁸ La tendencia es permitir la ordinarización de un proceso sumario y la sumarización de un ordinario, como en el código de la Provincia de Buenos Aires dentro del criterio de la unidad de acción, pluralidad de pretensiones y modos de tramitación del proceso. Otra tendencia actual es la admisión de medidas precautelares,¹³⁹ dictadas provisionalmente “antes de resolver la petición cautelar innovativa, cuando el juzgador no cuenta con elementos necesarios para pronunciarse sobre la verosimilitud del derecho invocado y debe ponderar el riesgo de un daño irreparable como consecuencia de la ejecutoriedad del acto.”¹⁴⁰

9.2. *Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho vs. la presunción de legitimidad del acto administrativo*

La verosimilitud del derecho, cuando se trata de usuarios y consumidores, tiene una presunción legal, *iuris et de iure*, otorgada a su favor por una ley federal de orden público, la 24.240. Cuando no se aplica o invoca esa ley, hay quienes encuadran el tema en el art. 12 del decreto-ley 19.549/72.¹⁴¹ Para la mayoría de la jurisprudencia, con todo, la piedra angular de la prohibición de innovar es en parte el art. 230 del CPCCN pero sobre todo el conjunto de disposiciones (art. 34, inc. 5° aps. c) y d), e inc. 6°) que disponen la vigencia de los principios de igualdad

¹³⁶ Sala III, *Tienda León, LL*, 1996-D, 127, con mi nota “Cautelar autónoma.” Dice COMADIRA, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 191 y ss., p. 210, “cuando la suspensión [...], se otorga hasta que ésta [la resolución] se dicte [...] es la propia Administración la que con su diligencia procesal determinará la duración de la cautela judicial acordada.” Ver GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Medidas “cautelares autónomas” en lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006; MAQUES BATTAGLIA y SAC, *op. cit.*

¹³⁷ CNCiv., Sala C, *Ybáñez, LL*, 1996-E, 109, con nota “El amparo como cautelar autónoma innovativa.”

¹³⁸ CNCiv., Sala M, *Kreutzer, LL*, 1997-F, 245, con nota de GAMBIER, “Audacia, sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora,” *LL*, 1997-F, 244. Hay precedentes acerca del informalismo en esta acción: “Informalismo y amparo por mora,” *LL*, 1997-A, 81, nota al fallo *Rodríguez Fuchs*, Sala II, *LL*, 1997-A, 81, año 1996, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 129; SCJBA, *Gareis*, citado en nota 8.31.

¹³⁹ BRUNO DOS SANTOS, “Las llamadas «precautelares»... *op. cit.*, p. 1225.

¹⁴⁰ BRUNO DOS SANTOS, *op. loc. cit.*

¹⁴¹ BARRA, “Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar,” *ED*, 107: 419; GAMBIER y ZUBIAUR, CARLOS A., “Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549),” *LL*, 1993-D, 690; HUTCHINSON, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional,” *ED*, 124: 677.

y buena fe de las partes en el desenvolvimiento del proceso, a fin de instituir el necesario equilibrio entre las partes litigantes. También se las funda en el principio de la buena fe con que deben proceder los litigantes y su fundamento último es no desvirtuar la eficacia de la sentencia a dictarse, tornándola ilusoria y que no se produzca un estado de indefensión,¹⁴² cabe agregar el principio de la tutela judicial efectiva y la garantía misma de la defensa,¹⁴³ como también la prevención de la corrupción administrativa. Por sobre todos estos argumentos está la obligatoriedad de otorgar medidas cautelares a tenor del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁴⁴ Cabe tener presente, además, que al momento de su despacho los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un ámbito de impacto más profundo: Ante la vulneración de derechos fundamentales, concurren para determinar la convicción respecto de la configuración de la verosimilitud del derecho.¹⁴⁵

Los criterios modernos¹⁴⁶ se van abriendo paso en la jurisprudencia. Está en juego la visión que se tenga de la justicia. En el mundo hay por doquier una “dilación escandalosa de los procesos” y es inevitable admitir con GARCÍA DE ENTERRÍA y ESTOUP que “el honor de la justicia, nada menos, está precisamente en estos juicios cautelares y rápidos”¹⁴⁷ pues las medidas cautelares son “la tabla de salvación de la —desesperadamente lenta— justicia administrativa.”¹⁴⁸ Hay saludables casos de medidas autosatisfactivas, o provisionalmente anticipatorias

¹⁴² PALACIO, LINO ENRIQUE, *Teoría y práctica de la reforma procesal civil*, Buenos Aires, La Ley, 1958, p. 99; PODETTI, J. RAMIRO, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, EDIAR, 1954, p. 290.

¹⁴³ GAMBIER y ZUBIAUR, *op. loc. cit.*

¹⁴⁴ Caso *Blake* (Guatemala), sentencia del 24-I-98, serie C, n° 36, párr. 101. Ver y ampliar en CARRILLO, SANTIAGO R., “Las medidas cautelares contra el Estado,” *RPA, Res Publica Argentina*, Buenos Aires, Rap, 2006-2: 19.

¹⁴⁵ CARRILLO, SANTIAGO, “Las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina,” en DAMSKY (H.), ISAAC AUGUSTO; LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, y PÉREZ CRUZ, XOCHITL RAQUEL G., coords., *Las medidas cautelares en el proceso en Iberoamérica*, Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A.C., México, 2009; en el mismo libro, DAMSKY (H.), “La protección cautelar del derecho a la salud en Argentina. Su construcción a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos.” Versión disponible en <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/>

¹⁴⁶ Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 339, quienes pierden la cautelar o un proceso sumario a veces ya desisten de proseguir el juicio ordinario, sea porque reconocen que no tienen derecho, o porque —agregamos nosotros— advierten que no se lo reconocerán en tiempo útil. Ganar o perder la cautelar equivale, en la práctica, a ganar o perder el pleito. Eso es bueno para los litigantes, que prefieren ganar o perder, rápido y en cuanto al fondo, no por la forma.

¹⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 338 y 344, citando a ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédure d'injonction*, París, 1990, pp. 11 y 134.

¹⁴⁸ ORTIZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 13; *La protección cautelar en el contencioso administrativo*, Caracas, Sherwood, 1999; ROJAS FRANCO, JOSÉ ENRIQUE, *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial*, San José, Mundo Gráfico, 4ª ed., 1998.

de la sentencia.¹⁴⁹ Hay fallos, con todo, que para denegar las medidas cautelares comunes se fundan en que debe aplicarse un criterio restrictivo.¹⁵⁰ Sin embargo, han comenzado a aparecer medidas cautelares autosatisfactivas que quedaron firmes, tal era su fuerza de convicción.¹⁵¹ Otras veces se han dictado en procesos civiles relativos a la relación paciente-hospital,¹⁵² que son necesariamente aplicables —y son aplicadas— cuando el hospital es público.¹⁵³ Hay así una muy saludable extensión de las construcciones del derecho procesal común hacia la administración pública, lo que constituye un progreso. Sin embargo, el actual escenario de la jurisprudencia de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal nos revela “una tenaz resistencia hacia la procedencia de medidas autosatisfactivas en el ámbito del derecho público.”¹⁵⁴ Claro está, si se puede organizar un sistema de control judicial en el cual el primer pronunciamiento del tribunal, en la primera oportunidad procesal posible, es ya la sentencia definitiva, entonces no son necesarias las medidas cautelares. El sistema existe.¹⁵⁵

La misma norma que da amplia base para las cautelares en el proceso civil, no siempre se usa así en el proceso administrativo. Los presupuestos contemplados en el art. 230 del Código Procesal son 1º) que el derecho sustancial sea

¹⁴⁹ Ampliar *infra*, § 9.8, “La cautela autosatisfactiva o anticipatoria” y sus remisiones. Una valiosa excepción es ordenar el pago de la jubilación pendiente la decisión que se adopte: Sala IV, *Assorati*, 18-VII-97, causa 9.702/97. Otras medidas valiosas en *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo...,” *op. cit.*; *Squaglia*, etc. Ver *supra*, caps. II a IV.

¹⁵⁰ Sala III, *Herrera de Noble*, *LL*, 1984-A, 265, año 1983. Ver GALDÓS, JORGE MARIO, “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva,” *LL*, 1997-F, 482, nota a fallo de la CCiv. y Co. de Rosario, Sala III, *M. L. N. c. R. C.*, *LL*, 1997-F, 483.

¹⁵¹ Sala II, *Gambier II*, 2-II-2000, *supra*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6.6, “El caso del ciudadano Gambier. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos” y demás casos mentados en los caps. II a IV.

¹⁵² *P. A. E.*, Juzg. Crim. y Correc. N° 3 de Mar del Plata, *LL*, 1997-F, 602, año 1995, con nota de LORENZETTI, RICARDO, “Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos,” *LL*, 1997-F, 601. Ver nuestra nota 6.3 al cap. “Los grandes fallos de la actualidad,” en el libro *Después de la Reforma del Estado*, 2ª ed., Buenos Aires, FDA, cap. XI, p. 19.

¹⁵³ *Squaglia*, 1º instancia firme, *LL Litoral-Juris*, octubre de 1997, p. 1007 y ss.

¹⁵⁴ Ampliar en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “¿Es procedente el dictado de medidas autosatisfactivas contra la administración pública?,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 337-353.

¹⁵⁵ La presidenta del nuevo Tribunal Administrativo de Apelaciones de las Naciones Unidas, que está en funcionamiento pero no ha recibido aún apelaciones de los nuevos tribunales judiciales de primera instancia de la ONU, nos preguntaba amablemente cuál era el secreto del buen nombre del Tribunal Administrativo de la OIT. Mi respuesta fue que *siempre dictaba sentencia definitiva en la primera sesión posterior a completarse las presentaciones de las partes*. Los expedientes son sometidos a los jueces que harán el primer borrador a veces antes de tenerse todos los escritos, pero sí demanda y contestación, lo cual permite al magistrado trabajar adelantadamente y terminar de completar el análisis con las últimas presentaciones antes de la sesión. De tal modo, el primer pronunciamiento del tribunal en la causa es ya la *sentencia definitiva*. No hay entonces necesidad de medidas cautelares, sólo asegurarse del cumplimiento de la sentencia, en lo que el tribunal es también muy enfático. Un segundo aspecto de su buena imagen es que las sentencias se publican pocos días después de ser notificadas a las partes en el sitio web del tribunal, dando así divulgación instantánea a todos los justiciables potenciales acerca de la evolución de su jurisprudencia. Consideramos que la consulta del sitio del tribunal es muy útil. Consultar <http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.byKeyword>

verosímil, 2º) que exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o en su ejecución, 3º) que la tutela cautelar no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria. El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido:¹⁵⁶ De allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el juicio principal se declarará la certeza de ese derecho, sin que ello importe prejuzgar sobre la existencia o no del derecho sustancial alegado. Ahora bien, cuando la jurisprudencia se remite —para la suspensión judicial— al criterio de la suspensión en sede administrativa, se olvida de su imparcialidad y su deber de guardar la igualdad entre las partes, de asegurar el posible resultado favorable de la sentencia y no tornarla ilusoria; de evitar a la sociedad el daño de una ulterior condena en daños y perjuicios que su oportuna intervención hubiera evitado. En efecto, si se resuelve partir de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, el primer requisito de la prohibición de innovar sólo quedaría configurado por su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad; en lugar de partir de la verosimilitud del derecho, se lo haría desde la presunción de legitimidad y entonces sólo la manifiesta y grosera arbitrariedad justificaría la cautelar.¹⁵⁷ En tales casos el “peligro en la demora” se transmuta en “perjuicio irreparable.”¹⁵⁸ Esos argumentos pueden revertirse: Tanto se puede hacer o impedir justicia con la doctrina de las cautelares; así, el “ordenamiento adjetivo acuerda a medidas de esta índole carácter esencialmente provisional (art. 202) pues, reexaminadas que sean las circunstancias, nada impide enmendar, modificar y aun revocar lo que fuere menester y resultare justo,”¹⁵⁹ lo cual debiera hacer más fácil concederlas que denegarlas.

En otras palabras se expresó, siempre en los pronunciamientos más antiguos, que “para decretarlas no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que sólo puede ser alcanzado al tiempo de

¹⁵⁶ La verosimilitud del derecho es apreciada en forma sumaria y no es menester un análisis exhaustivo —de allí la expresión *fumus bonis iuris*— sino solamente que se haya configurado *prima facie*: Sala IV, 1-XI-84, *Ingenio Corona*; “el Tribunal no tiene la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual el necesario para resolver el pleito, siendo solo menester examinar si el derecho invocado por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero, sin que ello implique prejuzgamiento;” Sala II, *Irurzun S.A., LL*, 1982-C, 401; Sala II, *Barbarán*, del 18-VI-1985. Ello es también consecuencia del supuesto reducido marco de conocimiento de las medidas cautelares, según por ejemplo la Sala II, *Borgo*, 11-V-1989.

¹⁵⁷ Es lo que, *mutatis mutandis*, dicen numerosos fallos, cuya reseña efectúa COMADIRA, *op. cit.*, p. 207, notas 62 a 64.

¹⁵⁸ COMADIRA, *op. loc. cit.* y los fallos que cita en nota 65.

¹⁵⁹ Son fallos ya algo antiguos: *Pesquera del Atlántico S.A.*, CNFed. CA, Sala II, 14-X-82, *ED*, 102: 558; en igual sentido Sala II, 22-VIII-1985, *Carfina*; 12-III-1991, *Laborde*.

la sentencia ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que a través de un estudio prudente —apropiado al estado del trámite— sea dado percibir un *fumus bonis iuris* en el peticionario.¹⁶⁰ Basta con la probabilidad o la fundada posibilidad de que el derecho exista o que tenga apariencia de verdadero.¹⁶¹ Pero como dijimos, todo es reversible. Con algún matiz diferencial, se ha sostenido que “si bien en una medida cautelar debe apreciarse si el derecho del peticionante *prima facie* aparece como verosímil, ello no debe hacerse con extrema superficialidad que deje sin efecto un principio legal de tanta trascendencia como el analizado” (se refiere a la presunción de legitimidad),¹⁶² que por la presunción de validez “se requiere que quien la solicita demuestre fehacientemente —salvo que ella fuere manifiesta— y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la situación de fondo, la ilegitimidad del acto cuestionado o la violación del orden jurídico para hacer caer dicha presunción.”¹⁶³

Pensamos que un voto en minoría ilustra la relación de fuerzas: En un fallo de la Corte Suprema uno de sus integrantes, con voto en disidencia, ha sostenido que “la naturaleza de medidas como la solicitada (prohibición de innovar), no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, antes bien, sólo resulta exigible el *fumus bonis iuris*, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad.”¹⁶⁴ Los tribunales que no advierten el perjuicio a la sociedad que una cautelar oportuna podría haber evitado, son fiscalistas del gobierno, no fiscalistas de la sociedad. No cuidan el patrimonio colectivo.¹⁶⁵

9.3. *El peligro en la demora*

En cuanto a la intensidad del perjuicio, otra confusión corriente es considerar que debe ser *irreparable*. El estándar del art. 230 del CPCCN requiere simplemente que la sentencia resulte ineficaz o de imposible cumplimiento, *in natura*,

¹⁶⁰ CCiv. y Co. Fed., Sala II, *Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/Hoteles de Turismo S.A.*, 1983, *JA*, 1984-III, 418 y ss., esp. 419.

¹⁶¹ Cám. Fed. Apel. de Rosario, Sala B, *Cipoma S.A.*, *JA*, 1988-II, 316.

¹⁶² Sala IV, *Coelho*, del 14-V-1985; *Rodríguez, Roberto Jesús y otro c/Estado Nacional (Presidencia de la Nación - SIDE) s/incidente de apelación*, del 6-VIII-1985.

¹⁶³ Sala IV, *Finsur*, del 20-II-1992.

¹⁶⁴ CSJN, 8-IX-1992, *Rossi Cibils*, disidencia de FAYT, *LL*, 1993-B, 333.

¹⁶⁵ ROJAS FRANCO, *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial*, op. cit., p. 32: “con ello se le evitará reparar más daños y perjuicios de los normales o quizás no reparar ninguno. Y dados los escuálidos fondos o recursos financieros que siempre tiene la administración pública, resultan evidentes los beneficios que indirectamente se le otorgan con el instituto procesal de la suspensión.” Aquí la Provincia de Buenos Aires intenta dotar de efecto no suspensivo a la apelación de las medidas cautelares: OROZ, MIGUEL H. E., “Un nuevo atropello al Estado de Derecho. Algunas anotaciones en torno del Proyecto de reformas en materia de medidas cautelares en el ámbito bonaerense,” *LL*, 2004-F, 1236; MAINETTI, NATALIA y ALETTI, DANIELA, “El poder Ejecutivo Provincial vs. La Justicia efectiva,” *LL*, 2004-F, 414.

por supuesto. Por su parte, el art. 232, que contempla las medidas cautelares positivas, se refiere al peligro de “sufrir un perjuicio inminente o irreparable.”¹⁶⁶ Junto con la verosimilitud del derecho se exige el peligro de que la tutela probable de la sentencia no pueda realizarse (*periculum in mora*); que los efectos del fallo final resulten inoperantes o devengan abstractos.

Esto se vincula con la posible frustración de derechos que pueda darse como consecuencia del dictado tardío de pronunciamientos devenidos inoficiosos o de imposible cumplimiento.

El peligro en la demora es obvio, pues de ejecutarse los actos administrativos atacados, una eventual sentencia favorable solamente sirve para los daños y perjuicios —que pagaremos todos—, no para la preservación del derecho que se ve amenazado.

Por supuesto también hay frases en el sentido opuesto, como p. ej. que el peligro de que el mantenimiento de la situación de hecho —ejecutoriedad de los actos administrativos— pueda generar un daño grave, otorga suficiente fundamento para hacer viable una solicitud de medida cautelar.¹⁶⁷

Claro está, rápidamente se agrega que daño grave es aquél que derivaría de que la ejecución de un acto sea manifiestamente mayor que el que derivaría de su suspensión,¹⁶⁸ pero si no se merita expresamente el daño a la sociedad que causa la ejecución de un acto ilegítimo, no estamos todavía dentro del nuevo sistema constitucional de los derechos de incidencia colectiva y los intereses económicos de los usuarios y habitantes que las autoridades públicas, judiciales incluidas, deben tutelar (art. 42.)

9.4. *La balanza entre el periculum y la verosimilitud*

Los dos requisitos para otorgar una cautelar —el *fumus* y el peligro en la demora o la gravedad o irreparabilidad del daño— funcionan en vasos comunicantes: A mayor verosimilitud del derecho cabe exigir menor peligro en la demora; a una mayor gravedad o irreparabilidad del perjuicio se corresponde una menor exigencia en la verosimilitud *prima facie* del derecho.

Dicho en otras palabras, tales requisitos se hallan relacionados en que a mayor verosimilitud del derecho cabe ser menos exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.¹⁶⁹

¹⁶⁶ CARRILLO, SANTIAGO R., “Las medidas cautelares contra el Estado”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁷ GAMBIER y ZUBIAUR, “Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549),” *LL*, 1993-D,690.

¹⁶⁸ MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, t. 1, p. 660-1; CASSAGNE, *La ejecutoriedad del acto administrativo, op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁹ Cám. Fed. Cont. Adm. (entonces Sala Única) *in re Gobierno Nacional c/N.N.*, del 22-XII-1966; Sala II *in re Pesquera del Atlántico S.A. c/ B.C.R.A.*, del 14-10-1982, *ED*, 102: 528; *La Nación S.A.*

9.5. *Que no se confunda con el objeto de la acción*

Este típico requisito de procedencia de la cautelar, salvo desde luego en el caso de la cautelar autónoma referida a una petición o recurso administrativo pendiente de resolución, suele dar dificultades en la práctica. Por de pronto, es bastante firme el requisito de que no puede la cautelar coincidir en un todo con el objeto de la *litis*. Se torna entonces indispensable concebir una demanda en la cual el objeto sea más amplio que la cautelar. En realidad con frecuencia si bien lo que más angustia al actor es la obtención de la cautelar, lo cierto es que la pretensión final, a poco que se analice la cuestión, requiere incluir la nulidad del acto y la reparación de daños y perjuicios u otras medidas adicionales, la restitución de un derecho, etc. Si esta distinción entre el objeto principal de la *litis* y el objeto de la cautelar no es satisfecho, es probable que la cautelar no sea concedida, incluso aunque se den la verosimilitud del derecho y la gravedad o irreparabilidad del daño. Una verdadera denegación sistemática de justicia con la cual el Poder Judicial se siente realmente cómodo y sin autocrítica alguna. La solución a esta situación irrazonable puede hacerse también con la exclusión expresa del requisito, como se ha hecho acertadamente en la Ciudad de Buenos Aires.¹⁷⁰

9.6. *La acreditación prima facie de los requisitos de la cautelar: información sumaria*

Conviene tener presente que la forma de acreditar que los extremos de la cautelar se hallan reunidos no nacen solamente de la prueba documental que se acompañe. Suele ser útil acompañar una información sumaria con la presentación de dos o tres testigos claves que ratifican ante el tribunal manifestaciones hechas *in extenso* por escrito acerca de la causa y acompañadas a ésta, sin perjuicio del ofrecimiento de prueba adicional. Esa prueba permite al tribunal tener otro medio de acceder a la realidad que se invoca, pudiendo interrogar a los testigos a mayor abundamiento y no limitándose a la ratificación de sus firmas y lo dicho en sus escritos.

y otras c/COMFER, del 27-X-1983; *Gasparetti Liliana c/ Ministerio de Salud Pública s/ Amparo c/Medida cautelar*, Setiembre 1992; Sala III *in re Gibaut Hnos. M.C.S.A. c/ B.C.R.A.*, del 18-VIII-1982; *Herrera de Noble y otros c/COMFER*, del 8-IX-1983, etc.

¹⁷⁰ CARRILLO, SANTIAGO R., “Las medidas cautelares contra el Estado,” *op. cit.*, p. 32; art. 177 del Código procesal administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Es que todo el sistema institucional de la CABA es probablemente el mejor del país, como lo hemos comentado en “La institucionalidad portena,” http://www.adaciudad.org.ar/docs/revista2-04_LA_INSTITUCIONALIDAD_PORTENA_AGUSTIN_GORDILLO.pdf. Ello, sin perjuicio que existen jueces originales y valientes en otras jurisdicciones, desde luego: ver PULVIRENTI, ORLANDO D., “Aria a la designación de jueces,” *LL, Supl. Adm.*, 9-II-09, pp. 25-20. Ver también nuestra charla “Celebrando la justicia procesal administrativa,” en www.abda.org.ar/doctrina.html y la conferencia de clausura en las “Jornadas sobre acción de amparo en la Ciudad de Buenos Aires,” en [ÁDA Ciudad, *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 1, pp. 187-90 y en http://www.adaciudad.org.ar/sitio/pdfs/eventos/20060627/Palabras_de_Clausura_del_Dr_Gordillo.pdf

También puede tener efecto acompañar una pericia privada y llevar al perito al tribunal para ratificar su firma y ofrecer ampliar la prueba que la pericia contiene. Pero ha de tenerse presente que no se trata de cuestiones de forma, sino de aportar elementos que sean de convicción para el tribunal.

9.7. *El solve et repete*

Una forma diferente de expresar que no le darán a uno la cautelar solicitada, es que se aplica la regla *solve et repete*, o sea que tratándose de impuestos o multas la regla es pagar primero y luego reclamar en juicio de repetición; tanto es ello así que procede el juicio de apremio para su cobro y entre las excepciones no se puede oponer la ilegitimidad del tributo.

No obstante en el caso del revalúo inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires, que ya había sido declarado inconstitucional en sentencias anteriores por desconocer los efectos liberatorios de los pagos efectuados por los contribuyentes, la CSJN desestimó la ejecución fiscal por resultar manifiestamente inexistente la deuda sobre la base de lo decidido en sus propios precedentes. Es ciertamente un progreso.¹⁷¹

Incluso la ley otorga a la misma administración la facultad de trabar embargos,¹⁷² lo cual nos parece totalmente inconstitucional,¹⁷³ sentido en el cual

¹⁷¹ CSJN, *G.C.B.A. v. Román SA, LL*, 2001-F, 909, año 2001, con nota de CARRILLO, SANTIAGO R., “¿Últimas cuestiones relativas al revalúo inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires?” *LL*, 2002-A, 975. También es un progreso y una buena muestra de la articulación entre jurisdicción cautelar, tutela y control, lo resuelto por la Corte Suprema en *Asociación de Bancos de la Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad* (23-VI-09), donde se otorgó la cautelar solicitada, consistente en la inaplicabilidad a los actores de las órdenes administrativas de embargo concernientes a cuentas y activos bancarios de sus clientes, radicadas fuera del territorio de la provincia de Buenos Aires.

¹⁷² Un claro ejemplo es el art. 35 inc. e) de la ley 11.683 (t.o. 1998), por el cual se permite a la autoridad administrativa de aplicación (A.F.I.P.): “Recabar por medio del Administrador Federal y demás funcionarios autorizados por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, orden de allanamiento al juez nacional que corresponda, debiendo especificarse en la solicitud el lugar y oportunidad en que habrá de practicarse. Deberán ser despachadas por el juez, dentro de las veinticuatro (24) horas, habilitando días y horas, si fuera solicitado. En la ejecución de las mismas serán de aplicación los artículos 224, siguientes y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.” Por su parte, la CS ha limitado las amplias facultades que la ley otorga a los funcionarios del ente recaudador, en efecto declaró *inconstitucional el inc. 5º del art. 18 de la ley 25.239, que faculta a la AFIP a disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida cautelar sobre los bienes de los deudores con el solo trámite de informar al juez asignado a la causa.* (CSJN, *Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal*, Fallos, 333: 935, año 2010.)

¹⁷³ Especialmente si consideramos lo muy difícil que es recuperar del Estado lo que éste adeuda: ABERASTURY (H.), PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, con prólogo de JORGE ALBERTO SAÉNZ; LUQUI, *op. cit.*, t. 2, § 369 a 374, pp. 415-50; GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2, cap. XIV, “Ejecución de sentencias contra el Estado nacional,” pp. 843-81; HUTCHINSON, TOMÁS, “La sentencia en los juicios administrativos: efectos y ejecución,” *Revista de Derecho Público*, 2004-1, Buenos Aires, 2004, p. 75 y ss., esp. 97-140. Ampliar en el t. 7, cap. XXXII, “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

han comenzado a aparecer algunos pronunciamientos jurisdiccionales tanto en el orden nacional como local.¹⁷⁴

Es que el Pacto de San José de Costa Rica concede una suerte de medida cautelar de pleno derecho, al establecer que no se puede exigir el previo pago como condición de cuestionar un tributo. Si esto se cumpliera localmente se habría invertido la regla y por principio correspondería una medida cautelar contra la administración.

Un excelente fallo de la Sala IV *in re Frimca* declara inconstitucional el previo pago de una multa administrativa, por violación al art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Destaca un importante fundamento empírico adicional: De pagarse la multa el dinero ingresa a rentas generales y si se ordena judicialmente su restitución puede resultar “afectada por cualquier legislación que estatuya respecto al pago de sumas de dinero por parte del Estado nacional.”¹⁷⁵ La Sala recuerda los cons. 11 y 12 del caso *Lapiduz* de la CSJN,¹⁷⁶ ratificando lo resuelto en *Dumit*.¹⁷⁷ Cabe leer íntegramente este fallo *Frimca*.

En todo caso, por ahora es necesario precaverse de probar si se dan o no en el caso los supuestos de excepción que tornarían inaplicable la antigua “regla.” Con lo cual volvemos al cap. I de este t. 2: es una cuestión de prueba y hay que cuidarse en salud. Por cierto, cabe formular votos porque se afirmen y extiendan los principios enunciados en *Frimca*.

Ello ha comenzado a ocurrir con *Prácticos Río de la Plata, Caja de Crédito CL (E.L) y otros c. B.C.R.A.*¹⁷⁸ Pero es bueno no descuidarse en la prueba, pues puede repetirse un *Horvath*.¹⁷⁹ Hasta el presente, con la excepción de la Sala IV y el fallo *Lapiduz* de la CSJN, y otros fallos más, tal vez pudo sostenerse que se mantiene el viejo principio de que no hay medidas cautelares en materia tributaria salvo los supuestos de excepción que marca la jurisprudencia; ahora resta sólo un pronunciamiento de la Corte Suprema en el sentido que actualmente lo hace, conforme las normas de los tratados internacionales y los fallos de sus organismos

¹⁷⁴ Ver SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” *LL*, 2007-B, 435.

¹⁷⁵ CNFed. CA, Sala IV, *Frimca S.A.*, *LL*, 1999-E, 239 (1998), cons. XII, par. 9°. Ver, LAVÉ PICO, ENRIQUE V., Consideraciones generales acerca de la «exigencia del pago previo de una multa para habilitar la instancia judicial.» *LL*, 2001-A, 345.

¹⁷⁶ *Fallos*, 321: 1043, año 1998, *LL*, 1998-D, 580.

¹⁷⁷ *Fallos*, 284: 150, año 1972, *LL*, 150: 39.

¹⁷⁸ *Prácticos Río de la Plata Caja de Crédito*, *LL*, 1999-F, 462, con nota de HIRIART, MARÍA CLARA, “El recurso directo ante decisiones administrativas. La suspensión de sus efectos.” Ver también, CARELLO, LUIS ARMANDO, “El transporte interjurisdiccional y el federalismo,” en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación – Máximos Precedentes – Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 1145-1169.

¹⁷⁹ Se trataba de la devolución del ahorro obligatorio. Fue planteado como de puro derecho. Con todos los juicios terminados y ganados en 2ª instancia, la CSJN cambió el eje de análisis y dijo que no se había probado su real incidencia. CSJN, *Fallos* 318: 676, año 1995, *Horvath*, *LL*, 1995-D, 721, con nota “Ninguna clase de hombres...,” *LL*, 1995-D, 718, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, pp. 51-6.

naturales de aplicación. El decr. 722/96 en su art. 2° inc. a) parecía enrolarse en la misma vieja tendencia, al derogar distintos procedimientos especiales pero no aquellos que exijan el cumplimiento de requisitos previos a la interposición del recurso de que se trate.¹⁸⁰ Si esta ocasional solución es acertada o no depende de que uno la mire desde la dogmática jurídica o la jurisprudencia de intereses.

Pues es diametralmente diferente que el sistema sea exigente con un contribuyente auténticamente moroso, o que la justicia resulte cómplice de una administración burocrática que emite boletas de deuda sin sustento fáctico alguno. Ambas cosas son frecuentes en nuestra práctica tributaria e inevitablemente le toca al juez diferenciar.

No es una cuestión que pueda ser manejada automáticamente, como si fuera algo que las computadoras y no los seres humanos debieran o pudieran administrar. Por supuesto, sabemos que no son las computadoras sino las organizaciones humanas de cada tribunal: La disfunción se produce cuando fallan las aptitudes de dirección, coordinación, entrenamiento y supervisión del titular del juzgado.¹⁸¹

Si se atiende al derecho viviente, cabe decir que la justicia a lo sumo atiende las excepciones a la regla, pero no avanza demasiado, salvo contadas ocasiones como la CSJN en *Lapiduz* y la Sala IV en *Frimca*, u otros, en criticar el sistema.¹⁸²

No se trata sólo de *percibir* los créditos fiscales, sino también de controlar su honrada y eficiente *erogación* como regla.

Decía BIELSA que “La regla de *solve et repete* se aplica en virtud del solo título fiscal de recaudación, incluso antes de que se haya promovido juicio, no ya ordinario, sino de apremio, pero es evidente que el título solamente [...] tiene una presunción de legitimidad y cuando su monto es importante con respecto a la hacienda o gestión patrimonial del contribuyente (industrial, comerciante, etc.) y se lo ejecuta, *puede determinar la paralización de su actividad y aun su ruina, pues aun en el caso de triunfar en el juicio de repetición, esto puede resultar tardío y el daño ser irreparable, lo que no sólo le perjudica a él, sino también a los que están vinculados económicamente a su gestión comercial o industrial y de manera indirecta puede perjudicar a la economía general.*”¹⁸³

¹⁸⁰ En todo caso, conviene recordar que el decreto 722/96 fue modificado por el 1155/97, B.O. 11-XI-1997. Tal es la inestabilidad normativa.

¹⁸¹ Ver NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 17, “El sistema, la vida, los tribunales,” pp. 86-91.

¹⁸² No porque no haya buenos fundamentos de derecho, ni porque sea cierto el antiguo principio *fiscus semper solvens*: ver p. ej. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 248. En verdad y tal como explicamos en el cap. XIX y en el t. 7, cap. XXXII, la responsabilidad atenuada del Estado permite elaborar la presunción de insolvencia: *fiscus solvens non est*.

¹⁸³ BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. IV, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 599; BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N., *Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 44-5.

Esta doctrina proviene de antaño de una jurisprudencia exagerada de la CSJN, que requiere una irreparabilidad tan extrema del agravio que lo coloque en situación de falencia, es decir, un desapoderamiento total del recurrente,¹⁸⁴ o que le obligue a vender en ejecución la propiedad gravada,¹⁸⁵ en el caso de imposibilidad probada e inculpable de cumplimiento.¹⁸⁶ La CSJN reconoce que el art. 8° párr. 1 del Pacto es operativo, pero no obstante ello afirma que hay que alegar y probar¹⁸⁷ las circunstancias expuestas, p. ej. que le fuera imposible su pago debido al excesivo monto.

En definitiva, se trata de ver caso por caso si nos encontramos ante un contribuyente remiso en ponerse al día con las obligaciones tributarias realmente adeudadas, sin vicio alguno de ilegitimidad, o que en cambio ha sido víctima de libramientos de apremio irresponsablemente expedidos, sin causa fáctica alguna, por la burocracia tributaria.

La justicia no puede transformarse en una rueda más de *otro* aparato burocrático, tan ciega como el anterior.

9.8. *La tutela autosatisfactiva o anticipatoria*

Uno de los pasos que le falta a la tutela judicial efectiva, en tiempo suficiente y razonable, es el más frecuente otorgamiento de medidas cautelares anticipato-

¹⁸⁴ *Fallos*, 188: 286, *Prov. de Santa Fe vs. Manuel J. Moure*, año 1940: “conduce al desapoderamiento total de los recurrentes;” *Fallos* 158: 78; 185: 188.

¹⁸⁵ *Fallos*, 194: 286, *Modesto González*, 1942: “grave daño patrimonial para el recurrente, de difícil y tardía reparación en los juicios subsiguientes;” en *Compagno*: “importe el desapoderamiento del ejecutado y produzca por consiguiente gravamen irreparable;” Sala III, *Nuevas Cristalerías Avellaneda, Impuestos*, 1991, XLIXA: 95. La CSJN ha dicho que “la exigencia de depósitos previos como requisito para la viabilidad de recursos, no importa restricción inconstitucional a las garantías de igualdad y de defensa en juicio” *Fallos*, 55: 96; 162: 363; 235: 479; 238: 418; 261: 101; 288: 287 y 296: 55 entre otros, o sea, cuando la desproporcionalidad del monto del depósito con relación a la concreta capacidad económica del apelante torna ilusorio su derecho, en razón del desapoderamiento que significaría, *Fallos*, 247: 181; 250: 208.

¹⁸⁶ *Fallos*, 256: 38, *Aaron Berzel*, 1963 y 261: 101, *S.A. Destilerías, Bodegas y Viñedos “El Globo” Ltda.*, 1965; “desproporcionada magnitud de su monto o la falta comprobada [...] [en relación a] [...] los medios necesarios para hacer frente a la erogación” (*Mussio*); *Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.*, 1989, *ED*, 137: 315; C. N. A. S. S., Sala I, *Petit*, n° 30.712, 1992; *Repolo*, n° 45.848, 1993; Sala II, *La Margarita Agrícola Ganadera S.C.A.*, n° 6454, 1991: “cuando la suma exigida fuese desproporcionada en relación a su concreta capacidad económica tornando por ello, ilusorio su derecho de defensa” (conf. CSJN, *Villar Hnos. y Cía. S.R.L.*, DT, 1986-A, 229), correspondiendo a la apelante acreditarlo mediante prueba fehaciente (conf. CSJN, 24/9/85, *Complejo Pesquero Marplatense*). La Sala II *in re Guglielmelli*, 4389, 1990: “desproporcionado en relación con la concreta capacidad económica del apelante, en cuyo caso cabría ignorarlo y abrir la instancia judicial pese a la falta de pago” (CSJN, *Villar Hnos. y Cía. S.R.L.*); Sala III *in re Huella*, n° 553 del 10-IV-1990 y *Boveri*, n° 9897 del 25-VII-1991.

¹⁸⁷ Ver cap. I, “El método en derecho” del t. 1 y cap. I, “La prueba de los derechos” de este t. 2; CSJN, *Microómnibus Barrancas de Belgrano*, *ED*, 137: 615. Ver MARTÍNEZ ARAUJO, ALEJO ARTURO; VEDOYA, LUIS ALFREDO y LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN, “Reflexiones sobre el principio «solve et repete.» Su inclusión en la legislación tributaria,” *LL*, 1997-E, 1400.

rias de la sentencia, autosatisfactivas¹⁸⁸ y precautelares.¹⁸⁹ Estas sí, desde luego, deben ser excepcionales, pero no inexistentes. Algunos casos se han comenzado a presentar y parece razonable que se reiteren en materia de enfermedades terminales que requieren tratamiento inmediato,¹⁹⁰ imposibilidad de ejercer la profesión mientras se discute el ámbito de aplicación del título,¹⁹¹ discapacidad,¹⁹² etc. En *Gambier II* el tribunal dictó una aleccionadora medida autosatisfactiva.¹⁹³

Una de las discusiones con que se enfrenta la jurisprudencia es si resolverlas como órdenes judiciales autónomas, sin citación de la contraparte y sin proceso principal,¹⁹⁴ o con citación, p. ej. telefónica y por plazos de horas o minutos; en suma,¹⁹⁵ en forma autónoma o como parte de una cautelar en un juicio de amparo en el cual posiblemente adelantará y agotará el objeto de acción. GALLEGOS FEDRIANI¹⁹⁶ enrola a GUGLIELMINO en una postura en contra de las medidas autosatisfactivas autónomas, pero esto nos parece ya semántico. Lo que realmente importa es la justicia oportuna, pronta, acorde a las necesidades del justiciable si le asiste razón, cualquiera sea el sistema que se aplique. Ya hemos recordado el diferente sistema por el cual el Tribunal Administrativo de la OIT logra ese resultado.¹⁹⁷

El justiciable necesita justicia, no las disquisiciones jurisdiccionales bajo las cuales se la encuadre.¹⁹⁸ Lo importante del planteo de GUGLIELMINO no es que se

¹⁸⁸ Ver GALDÓS, “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva,” *LL*, 1997-F, 482, CCiv. y Com. de Rosario, Sala III, *M. L. N. c. R. C.*, *LL*, 1997-F, 482. Ver MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Anticipación de la tutela*, LEP, 1996, p. 57 y ss.; PEYRANO, JORGE, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981; BRUNO DOS SANTOS, “¿Es procedente el dictado de medidas autosatisfactivas contra la administración pública?,” *op. cit.*; BARRAZA, JAVIER INDALECIO, “Las medidas de urgencia o medidas autosatisfactivas,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 865-874.

¹⁸⁹ Ver BRUNO DOS SANTOS, “Las llamadas «precautelares» contra la administración pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva,” *op. cit.*, pp. 1-2.

¹⁹⁰ En *Squaglia*, primera instancia firme, *LL, Litoral*, 1997, 1007, se condenó a la demandada “a practicar al actor la angioplastia transluminal prescripta por el médico del hospital público, confirmando la medida cautelar despachada oportunamente” (p. 1113); TOIA, LEONARDO MARCO, “CSJN: cautelar innovativa para cambiar marcapasos,” *LL*, 2003-E, 305.

¹⁹¹ En este sentido CCivil, Com. y Laboral, Rafaela, *Enrique De Tita, Daniela c. Colegio de Psicopedagogos de la Provincia de Santa Fe*, *LL Litoral* 1997, 1014.

¹⁹² La nueva legislación fundará más medidas de esta índole.

¹⁹³ Sala II, *LL*, 1999-E, 624.

¹⁹⁴ Cuestión ésta que evalúa, en sus pros y sus contras, GALLEGOS FEDRIANI, *op. cit.*, cap. IX, “Medida autosatisfactiva,” pp. 133-142.

¹⁹⁵ Así lo hizo en situaciones excepcionales, con certero espíritu de justicia en cuanto al fondo y valentía, imparcialidad y creatividad en cuanto a la forma, el juez GUGLIELMINO. Todos sus decisorios quedaron firmes, muestra de su acierto y prudencia en este tipo de innovaciones. Ver GUGLIELMINO, OSVALDO, “Medidas cautelares contra la administración,” *Actualidad en derecho público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 80 y ss.

¹⁹⁶ GALLEGOS FEDRIANI, *op. cit.*, pp. 138-140.

¹⁹⁷ *Supra*, nota 153.

¹⁹⁸ Y así sea de oficio. En tal sentido PEYRANO, “Las medidas cautelares en la acción de amparo. Sus relaciones con la acción principal. Los distintos despachos cautelares. Los recaudos exigibles,” *ED*, 188: 914; en contra GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2, p. 807.

“oponga” a las medidas autosatisfactivas autónomas, sino que *resuelve* la cuestión de fondo y *hace justicia en el caso*. Lo que no sería adecuado sería no resolver el fondo de la petición como cautelar autónoma ni tampoco darle el tratamiento extraordinariamente instructorio que les daba GUGLIELMINO para resolver la petición; a menos que se cuente con un sistema como el de la OIT. El fondo de la cuestión urgente debe ser resuelto con la premura que ostenta, sin impedir la realización oportuna de la justicia material.¹⁹⁹

10. “Acción” y “recurso de apelación:” *Evolución hacia la identidad*

Otra dificultad la constituyen leyes especiales que contra determinados actos administrativos estatuyen un “recurso de apelación” *directo* para ante las cámaras del fuero, o dicen que de tales decisiones el interesado podrá “apelar” ante los tribunales, presumiblemente entonces de primera instancia.

Ninguna de estas leyes hace una clara caracterización del recurso, por lo que el problema es usualmente tratar de interpretar el sentido que a ellas debe darse. La interpretación constitucional es obvia: Dado que la administración no ejerce jurisdicción, mal puede haber recurso contra un acto suyo ante la justicia: Es siempre acción.²⁰⁰ Si bien la jurisprudencia no es del todo uniforme en cuanto al sentido que debe otorgarse a tales “apelaciones,” ha sentado que el órgano administrativo²⁰¹ “no se encuentra en relación directa ni jerárquica con este tribunal. De sus decisiones no cabe apelación como impropiamente lo expresa el decreto 5148/55 (art. 5°), porque ésta sólo funciona entre los diversos grados que constituyen las instancias del Poder Judicial.” “Algunas decisiones de los órganos no judiciales son susceptibles de recursos ante los tribunales; recursos que no son apelaciones sino medios autónomos para rever, por la vía contenciosoadministrativa, tales decisiones.”²⁰²

¹⁹⁹ Lo mismo es aplicable a la exigibilidad del previo pedido en sede administrativa de la suspensión del acto antes de otorgarla judicialmente: Todo depende del caso. Ver VALLEFÍN, *Protección...*, *op. cit.*, p. 128. Hay que evitar el dogma y hacer justicia en el caso. Un panorama comparativo en DE LOS SANTOS, MABEL, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar,” *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 31-55.

²⁰⁰ Lo expusimos en la 2ª ed. de *Introducción al derecho administrativo*, 1966 y la 1ª del vol. 1 del tratado, 1974; está reiterada en el § 13 del cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales” de las ediciones actuales. Siguió también este criterio, que ilustra la doctrina más antigua que citamos luego en este acápite, DIEZ, MANUEL MARÍA Y HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 63.

²⁰¹ En el caso, la Junta Nacional de recuperación patrimonial.

²⁰² CNEsp., *Mariategui*, LL, 84: 185, año 1956, con nota de BOSCH, “Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales,” LL, 84: 182. Ante normas legales posteriores que hablan en algún caso de “jurisdicción administrativa,” se ha dicho que ello es de interpretación restrictiva. Así CNFed. CA, Sala I, *Y.P.F. c. E.N.A.R.G.A.S.*, LL, 1996-C, 36. La norma es inconstitucional, tan como quedó resuelto por la CSJN a partir del caso *Ángel Estrada* (Fallos, 328: 651, año 2005). Ver mi artículo “Ángel Estrada,” en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005,

También la sala II de la Cámara Nacional de Trabajo se ha pronunciado en este sentido: Ha sostenido que puesto que “al Presidente de la República y al personal de la Administración pública nacional le está vedado ejercer funciones judiciales [...] no es posible atribuirle la calidad de tribunal de 1ª instancia respecto de un órgano judicial que actúa por vía de apelaciones, porque entonces cabría concluir que en ese caso ha ejercido aquellas funciones, no siendo óbice la circunstancia de que sus decisiones sean recurribles, porque también lo son las de los jueces en los casos autorizados por las leyes procesales.” “La naturaleza de «acción» y no de «recurso procesal» que tienen las vías que varias leyes declaran expeditas para llevar decisiones administrativas ante el Poder Judicial, ha sido también declarada por la jurisprudencia.”²⁰³

La CSJN a su vez ha dicho que aunque la ley usara el término “recurso,” se trataba en realidad de una “acción contenciosa.”²⁰⁴ En este sentido, la CSJN estableció la procedencia del recurso de apelación ante la Cámara conforme el principio general del art. 242 del código de rito y del art. 4º de la ley 21.628, cuando el ordenamiento no contiene una norma expresamente restrictiva que impide al tribunal de alzada conocer respecto de las sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia, en virtud del recurso judicial interpuesto contra los actos sustanciales tomados por la autoridad administrativa.²⁰⁵

Sostiene PODETTI:²⁰⁶ “Sin duda, por esa especie de mimetismo que aproxima formalmente determinadas resoluciones de la administración a los fallos judiciales, algunas leyes argentinas llaman recurso a ese medio de abrir la vía judicial.” “La voz recurso, multívoca, aparece usada en ambos casos en la acepción común y lata de dirigirse a alguien para obtener alguna cosa y no en la técnica y específica de medio para impugnar una resolución judicial.” “El recurso, en derecho procesal, implica una nueva revisión de un pronunciamiento judicial, en la mayoría de los casos por un tribunal de mayor grado.” “Dentro de la vía administrativa y por el uso extensivo o figurado del léxico procesal, podría aceptarse que el reclamo ante

México, 2005, pp. 307-311 y en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Summa de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, pp. 889-892; ver COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso «Ángel Estrada,») ED, 2005, pp. 429-454; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Problemas que plantea la creación de tribunales administrativos y el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los entes reguladores;” GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, “«Ángel Estrada.» La Corte Suprema y el fundamento de la potestad jurisdiccional. Facultad del legislador y de los justiciables” y MONTI, LAURA, “El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismo administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso «Ángel Estrada,»)” todos en CASSAGNE (dir.), pp. 871-876, 877-888 y 905-912, respectivamente.

²⁰³ Cámara Nacional de Trabajo, Sala II, *Plotnicoff Uliansky*, 1959, LL, 99: 287/8.

²⁰⁴ *Fallos*, 183: 389, *Contardi, Jerónimo*, 1939; *Caviglione Hnos.*, JA, 1944-III, 73.

²⁰⁵ CSJN, *Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Ojeda Hernández en la causa Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa n° 2739/12*, 10-VII-14.

²⁰⁶ PODETTI, “El plazo que establece el artículo 27 de la ley 3764 (impuestos internos). Su interrupción,” JA, 1946-I, 43.

el ministro sea considerado como un recurso. Pero aceptar como recurso el acto de «promover» la discusión judicial de un acto administrativo resulta inadmisibile. El art. 27 y otras disposiciones análogas otorgan, sea cualquiera la palabra que empleen, el derecho de poner en movimiento el poder jurisdiccional, dando andamio a un proceso. Se trata, pues, incuestionablemente, de una acción.²⁰⁷

Lo mismo expresa FIORINI: “Podrá el legislador denominar «recurso» o «apelación» a la promoción de la revisión judicial de un acto administrativo, pero éste no dejará jamás de ser acto administrativo. La calificación de «apelación» o de «recurso inmediato» por la ignorancia del legislador, a la acción revisora contra un acto administrativo que se considera ilegal o gravoso, no transforma la esencia de la función administrativa que lo dictó y la función completamente distinta que lo juzgará.”²⁰⁸

Es inadmisibile que el órgano administrativo cuyo acto es impugnado se defienda ante el tribunal, contestando la impugnación del particular y sea *al mismo tiempo* un “tribunal de primera instancia,” que no puede ser condenado en costas. Si se tratara de un tribunal de primera instancia no podría venir a la Cámara a defender su acto, ni podría nadie asumir su defensa, salvo el ministerio público en su carácter de tal y no como representante de los intereses fiscales del Estado. Otras razones de hermenéutica legislativa llevan a la misma solución. Si sólo existieran “recursos de apelación” contra actos administrativos para ante una Cámara de Apelaciones la confusión sería más explicable; pero cuando se toma debida cuenta de que son muchas las leyes que otorgan “apelaciones” para ante jueces de primera instancia,²⁰⁹ contra cuya sentencia procederá luego el recurso de apelación ante el juez o la Cámara, no hay duda de que la *mens legis* no ha sido en modo alguno darle una naturaleza especial a tales “recursos de apelación.” Lo único que la ley quiere es establecer un medio expeditivo de resolver la contienda (pues casi siempre se establece en tales casos un plazo de caducidad), pero en modo alguno asimilar el órgano administrativo a uno judicial. Si de acuerdo con la Corte Suprema admitimos que el interesado tiene derecho a tener “una instancia judicial al menos,”²¹⁰ no podemos reconocerle carácter de primera ins-

²⁰⁷ Agrega PODETTI: “Los tres elementos que estructuran el derecho procesal aparecen con la presentación ante el Juez: la jurisdicción, la acción y el proceso. Antes hay trámites y actos administrativos, sustanciados y dictados por uno de los sujetos en la relación jurídica o de hecho que los motiva. No hay, en ellos juez en la acepción jurisdiccional (tercero imparcial), actividad sustitutiva; ni acción en el sentido de condición para que la ley sea actuada; ni proceso, como instrumento o medio para dicha actuación,” *JA*, 1946-I, 44.

²⁰⁸ FIORINI, “Tribunales y función administrativa,” *DT*, t. XVIII, 1958, p. 896 y ss., 894-5. Dice FIORINI: “La ley al disponer estas circunstancias [...] no puede, en forma alguna, transformar al administrador como juez y a los jueces como administradores jerárquicos” (p. 896).

²⁰⁹ DANIELIAN, MIGUEL, *Recursos judiciales contra decisiones administrativas*, Buenos Aires, 1964 y sucesivas ediciones, ofrece una completa enumeración de estas leyes.

²¹⁰ *Fallos*, 247: 646, *Fernández Arias*, 1960; posteriormente, 249: 181, *Montagna*, 1961; 253: 485, *Rosales*, 1962; *Cámara Gremial de Productores de Azúcar*, 1963, 255: 354, etc.

tancia a la actuación administrativa y el limitado carácter de apelación procesal a la discusión que se realice en la instancia judicial; pues, como también lo ha dicho la Corte, la instancia judicial en cuestión debe ser “adecuada y suficiente,” requisitos que a nuestro juicio no satisface una mera apelación en sentido procesal. Por ello es que debe reconocérsele a tales supuestas “apelaciones” el carácter amplio que le han otorgado algunos de los precedentes mencionados.²¹¹ De todas maneras, es la solución que fluye naturalmente de otros precedentes como *Fernández Arias*²¹² y *Giroldi*.²¹³

En la práctica, hay Salas que tienen como norma abrir a prueba el llamado recurso directo,²¹⁴ lo cual es encomiable y supera las observaciones constitucionales al instituto. Sin embargo, con la excusa de evitar la ordinarización del proceso de manera que la Cámara no se convierta en una primera instancia, asiduamente se rechaza la apertura a prueba en los recursos directos, dejando al particular en una clara situación de inferioridad frente al poder administrador.²¹⁵ También cabe señalar que hay Salas que dan traslado al recurso que les es “elevado” por los órganos administrativos, para destacar su carácter de parte demandada y no de instancia previa apelada; a la inversa algunas no condenan en costas a la administración que pierde el recurso directo.

11. *Estado actual del control judicial*

Salvo los procedimientos especiales que dan el recurso llamado directo —antes denominados recursos de apelación— ante la Cámara Federal u otras Cámaras contra actos administrativos, la impugnación de los actos administrativos en sede judicial se efectúa a través de los medios procesales comunes. Con la salvedad expuesta, pues, estamos siempre ante los conocidos procesos ordinario y sumárisimo del CPCCN y los procedimientos con particularidades especiales como el amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, acción para la defensa del consumidor, acción declarativa de inconstitucionalidad, etc.

Ninguno de ellos, ni tampoco los recursos directos antes mencionados, tiene nada que ver con el contencioso administrativo francés o provincial, a pesar de

²¹¹ Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, *Plotnicof Uliansky*, 1959, LL, 99: 287; CNCiv., Sala C, *Salerno*, LL, 82: 189.

²¹² *Fallos*, 247: 646, 1960.

²¹³ Ver nuestro art. “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supra-nacionales,” nota al fallo *Giroldi*, RAP, 215: 151, Buenos Aires, 1996.

²¹⁴ Ver CASSAGNE, “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos,” nota al fallo de la Sala V de la CNFed. CA, *Banco Regional del Norte Argentino c. Banco Central de la República Argentina*, LL, 1997-D, 667.

²¹⁵ Ampliar en BIOTTI, MARÍA ALEJANDRA, “Algunas precisiones sobre los recursos directos en el contencioso,” y MEDRANO, JUAN MANUEL, “Cuestiones de previo y especial pronunciamiento en los recursos judiciales directos intentados contra las resoluciones de la administración pública,” todos en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 367-373 y 375-383, respectivamente. También ver ZAYAT, VALERIA E., “Los recursos directos,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 789-810.

que los jueces competentes en el orden nacional tengan designada su competencia procesal administrativa con la palabra derivada del idioma francés.²¹⁶ El tribunal que conoce de tales acciones se llama “de lo Contencioso administrativo,” pero esta denominación carece de otras proyecciones jurídicas que definan la competencia procesal administrativa ya que tales jueces integran el poder judicial con las mismas condiciones y atribuciones que los demás jueces y están organizados de igual forma, sólo que con competencia distinta. El procedimiento es en esencia el del derecho procesal común; existen, con todo, algunas modificaciones surgidas de leyes especiales (p.ej. la ley 3952 de demandas contra la Nación) o de interpretaciones jurisprudenciales. Esta aparente simplicidad, sin embargo, se complica en gran medida al ir analizando los aspectos parciales del sistema y al tratar de ubicarlo en su conjunto; no debe por ello tomársela más que como una introducción al estudio del tema.

12. *Perspectivas*

La ausencia de un eficiente y oportuno control judicial de la actividad administrativa ha ido otorgando una creciente importancia al procedimiento administrativo, pues si bien tiene algunos de los defectos del control judicial (lentitud, imperfecto control de los actos administrativos), presenta en cambio ventajas comparativas: Informalismo a favor del administrado, gratuidad.

Ello no ha ocurrido en materia de derechos de incidencia colectiva, en que es obvio que la administración parte de una posición tomada que torna superfluo acudir a ella para pedir la revisión de su acto, omisión o comportamiento. En tales casos el afectado y las asociaciones o el Defensor del Pueblo deben lógicamente acudir en forma directa al Poder Judicial.

Salvo este supuesto, que es de gran importancia, el resto importa un desplazamiento del eje del poder cuando el ciudadano quiere defender sus derechos. En lugar de defenderlos siempre en sede judicial, el particular, usuario o administrado trata de conseguir influencias en sede administrativa o al menos tentar la suerte de los recursos y del procedimiento administrativo. A la administración ello le sirve y así es como prohija la creación de tribunales arbitrales —optativos, claro está— en materia de derechos del consumidor, en los cuales la administración pero no la justicia participarán. Su comienzo parece promisorio aunque es muy temprano para hacer un juicio firme al respecto. En cambio, no parece nada entusiasmada con la idea de crear tribunales administrativos imparciales e independientes que dicten el primer acto administrativo.²¹⁷

²¹⁶ Por eso se aclara puntualmente el tema, desde el título mismo, en el libro de BRUNO DOS SANTOS, MARCELO (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª ed., accesible gratuitamente en www.gordillo.com.

²¹⁷ El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dictó la resolución 57/05 para una comisión para la creación de un Tribunal administrativo en materia de servicios públicos a tenor de lo nor-

Hay cerca de medio millar de tratados bilaterales que prevén el arbitraje internacional en materia administrativa, siendo el Estado parte demandada, sea como alternativa a la vía judicial o incluso como revisión de la decisión judicial nacional, lo que es muestra de la escasa credibilidad internacional de nuestro sistema interno de revisión judicial. A ello nos referiremos con alguna extensión,²¹⁸ dado la reciente y creciente aparición de esta normativa de los tratados.

Si la justicia no revierte sus criterios anticuados y aumenta y fortalece sus recientes pronunciamientos renovadores, será entonces el propio Poder Judicial el que tendrá la culpa de su menguada importancia en la ecuación del poder, con el consiguiente perjuicio al sistema democrático de gobierno y a la vigencia de las libertades públicas.²¹⁹ La culpa ha de verse parte en el Congreso que no incrementa el número de jueces *pari passu* con el incremento de causas y en el propio Poder Judicial que no introduce en sus prácticas un control preventivo más eficaz del obrar administrativo ilegal, a través de las medidas cautelares y del amparo.

A su vez, cuando los particulares recurren a la justicia porque se resisten a transar con las soluciones corruptas que tantas veces ofrece o exige la administración, un Poder Judicial sordo y ciego convence a más de uno que debe volver a la administración y “arreglar” los problemas, no buscar vanamente una justicia que no existe ni oportuna, ni efectiva, ni suficiente, ni adecuada.

Que se hayan perdido o debido transar casos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que haya sido condenada la Argentina por la Corte de San José de Costa Rica²²⁰ por falencia de nuestros tribunales es mucho peor que

mado en el art. 42 de la Constitución Nacional. Nos referimos a los tribunales administrativos en nuestro art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales, tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 818. También en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-62. Previamente publicado bajo el título: “El control Jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

²¹⁸ *Infra*, cap. XVII y cap. “El arbitraje administrativo internacional” en el t. *Hacia el derecho administrativo global*.

²¹⁹ Dice GONZÁLEZ PÉREZ, *La nueva regulación del proceso administrativo (Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, Madrid, Civitas, 1993, 2ª ed., p. 26, “El mal endémico de la Administración de Justicia consistente en la lentitud, ha alcanzado límites intolerables. La causa fundamental de esta situación radica en la impotencia de los órganos judiciales para impartir justicia en plazos razonables ante la avalancha de demandas que se acumulan ante ellos. Aumento que no se debe a que el ciudadano tenga una mayor confianza en la Justicia, «sino a que no le queda más remedio ante el tratamiento que recibe de la administración»,” con cita de GÓMEZ DE LIAÑO.

²²⁰ CorteIDH, *Cantos*, *LL*, 2003-C, 1/15, con nota de GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Juicio Internacional a la justicia argentina (tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana).” También informe 105/99, caso 10.194, *Narciso Palacio c/ Argentina*, 29-IX-1999, sobre el cuál se puede ampliar en LOIANNI, ADELINA, “Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno: habilitación de instancia y acceso a la

cuando ocurre por falencia administrativa. Sin embargo hay fallos que son tan pro administración que obligan a efectuar la denuncia internacional, máxime cuando se dan en un contexto en el cual terminan prohijando la corrupción administrativa.²²¹

Les queda a los jueces la excusa del exceso de trabajo y por ello es necesario bregar por el incremento de su número, sea por ley del Congreso o por solución pretoriana, que las hay posibles pero no siempre despiertan simpatías del Poder Judicial, porque no perciben como propia la emergencia de la indefensión sistemática del justiciable.

Dijimos en ediciones anteriores que ojalá podamos cada tanto poder concluir un año como en 1997, haciendo un *Elogio a la Justicia*²²² y no tener que lamentar en cambio, como otros autores lo hacen, que reaparecen “Aquellos cadáveres putrefactos que fueron enterrados por la reforma de 1994 y que luego a pesar de su muerte vuelven al escenario para atentar contra los derechos humanos.”²²³

Pues bien, el nuevo milenio ha empezado bien, digan lo que digan los demás críticos del Poder Judicial. Pero GELLI acertadamente destacó el acierto de los ciudadanos que acudieron en masa a la justicia en defensa de sus derechos constitucionales. Pasó su prueba de fuego, en las instancias de grado, con la emergencia desatada con especial furia a partir del año 2002. Declinó en el año 2005, en la CSJN, en el caso *Bustos*, pero no volvió a trastabillar. Sufre embates constantes, como la ley de reforma al Consejo de la Magistratura. En este último aspecto, con todo, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855.²²⁴

Pero la verdadera prueba de fuego le espera a un recodo del camino, cuando le empiecen a llegar las causas fruto de la hiper concentración actual del poder

justicia,” en BOTASSI (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En homenaje al prof. Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 425-28.

²²¹ CSJN, *Carballo de Pochat c/ ANSES*, 8-X-13; ver GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Responsabilidad del Estado y corrupción,” *LL*, 2007-F, 353, reproducido en el cap. XXXI del t. 7, y “Responsabilidad del Estado y corrupción: otra oportunidad,” *El Dial*, Suplemento de Derecho Administrativo, 12-VI-09.

Como se puede ver en los antecedentes de segunda instancia, la actual inexistencia de órganos independientes de la administración central tiene su origen en la desidia de la justicia para controlar los constantes abusos intervencionistas del poder ejecutivo; que además, en complicidad con el poder legislativo, avanza incluso contra el poder judicial.

²²² Ver nuestra nota “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318. Anteriormente “Facultades reglamentarias de la Corte Suprema y remuneración e independencia de los magistrados,” *LL*, 1996-E, 90 y ss.; “Para la patria pleitera nada; a los demás, algo,” *Ámbito Financiero*, 10 de julio de 1996, p. 16; “El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy,” *LL*, 1996-D, 96; “Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual,” en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 227: 5, 1997.

²²³ PADULA, *op. cit.*, p. 850. Palabras tan fuertes como denegación de justicia, suma del poder público, etc.

²²⁴ *Rizzo*, fallo del 18-VI-2013.

nacional.²²⁵ En la ciudadanía tenemos la responsabilidad de brindarle nuestro más sólido respaldo en esa tan difícil como insustituible tarea, y nuestro infatigable control social. Es nuestra forma de cooperar a la reinserción nacional en el contexto internacional, que ya señala importantes avances como explicamos en el cap. “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” del t. *Hacia el derecho administrativo global*.²²⁶

²²⁵ En páginas que parecen de manual de práctica forense, un periodista analiza los pros y los contras de litigar: “siempre fui remiso a realizarle juicios al Estado porque las sentencias terminan efectuándose cuando el gobernante que las originó ya no tiene que afrontar sus consecuencias;” “un juicio de esa naturaleza consume recursos económicos, tiempo y energía mientras que las posibilidades de obtener cualquier resarcimiento son más que remotas y cuanto menos a muy largo plazo, debilitando nuestro presente a cambio de un triunfo pírrico en el futuro.” FONTEVECCHIA, JORGE, “Juicio a Kirchner,” *Perfil*, 23-IV-06, p. 72. Ver también lo que decimos en el t. 7, cap. XXXII, “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

²²⁶ Antes en la anterior ed. del presente t. 2, www.gordillo.com.

