

CAPÍTULO XII

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

SUMARIO

1. Origen	541 / XII-1
2. El decreto-ley 19.549/72.....	542 / XII-2
3. La reforma de 1977	543 / XII-3
4. El sistema actual.....	544 / XII-4
5. Exigibilidad del reclamo. Alcances.....	546 / XII-6
6. El reclamo frente a los entes autárquicos. Su inexigibilidad.	548 / XII-8
7. El reclamo frente a los actos de la administración central	549 / XII-9
8. Inexigibilidad en los hechos y vías de hecho.....	551 / XII-11
9. Inexigibilidad en caso de silencio	551 / XII-11
10. Omisiones	552 / XII-12
10.1. Planteamiento de la cuestión.....	552 / XII-12
10.2. Inexigibilidad por texto expreso. Casos	552 / XII-12
10.3. Inexigibilidad por interpretación extensiva.....	553 / XII-13
10.3.1. Repetición de ejecución. Reconvencción. Juicio previo.....	554 / XII-14
10.3.2. Repetición de gravámenes	554 / XII-14
10.3.3. Reclamación de daños y perjuicios al Estado	554 / XII-14
10.3.4. Acción de desalojo contra el Estado.....	556 / XII-16
10.3.5. Acciones que no tramitan por la vía ordinaria..	557 / XII-17
10.3.6. Ritualismo inútil.....	557 / XII-17
10.4. Conclusiones respecto a las omisiones	560 / XII-20
10.4.1. Omisiones de pagar sumas de dinero.....	560 / XII-20
10.4.2. Omisión de devolver cosas	561 / XII-21
10.4.3. Otras acciones o prestaciones omitidas por el Estado.....	562 / XII-22

11. La regla: ¿inexigibilidad o exigibilidad del reclamo administrativo previo?	563 / XII-23
12. El uso optativo del reclamo.....	564 / XII-24
13. Contra qué actos procede.....	568 / XII-28
14. Legitimación.....	570 / XII-30
15. Motivos de impugnación.....	571 / XII-31
16. Término para interponerlo.....	572 / XII-32
17. Ante quién se interpone	572 / XII-32
18. Requerimiento de pronto despacho.....	573 / XII-33
18.1. El pronto despacho y la aplicación del plazo del art. 25 para iniciar la demanda judicial.....	575 / XII-35
19. Suspensión, interrupción o remisión de plazos	580 / XII-40
20. Competencia para resolverlo.....	581 / XII-41
21. Alcances de la decisión.....	582 / XII-42
22. Alternativas del proceso	582 / XII-42
22.1. Desistimiento del proceso	582 / XII-42
22.2. Desistimiento judicial del derecho	582 / XII-42
22.3. Caducidad de instancia.....	584 / XII-44
22.4. Transacción o conciliación judicial.....	585 / XII-45

Capítulo XII

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

1. Origen

Antes de 1900 era necesario para poder demandar a la Nación, obtener la “venia legislativa,”¹ esto es, una ley del Congreso autorizando la acción judicial contra el Estado. En ese año se dictó la ley 3.952, que suprimió tal requisito sustitui-

¹ Nos remitimos a la exposición efectuada en “La reclamación administrativa previa,” *ED*, 6: 1066 y luego en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, pp. 205-8; 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971, pp. 477-81; reproducido en el t. 5, Libro III, cap. X, § 20. Dada la evolución legislativa producida posteriormente, estimamos ahora menos necesario incluir la investigación que hicimos acerca del origen de la cuestión. Acerca de la vena legislativa y la posterior evolución histórica, pueden verse: BIELSA, RAFAEL, *Sobre lo Contenciosoadministrativo*, Santa Fe, Castellví, 1964, 3ª ed., p. 158 y ss., donde se describen los requisitos previos a las demandas contra el Estado en el derecho comparado; BIANCHI, ALBERTO A., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397, esp. cap. IV, D; CANOSA, ARMANDO N., “Ejecución de Sentencias contra el Estado Nacional,” en *La Protección Jurídica del Ciudadano - Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. III, Madrid, Civitas, 1993, p. 2295 y ss.; “Influencia del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en Materia de Agotamiento de la Instancia Administrativa,” *ED*, 166: 988; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 94 y ss.; MUÑOZ, GUILLERMO A., “El reclamo administrativo previo,” *LL*, 1988-A, 1048; TAWIL, GUIDO, *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 145 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO, MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 30 a 32, § 9, p. 503 y ss.; JUAN LIMA, FERNANDO E., “Las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en PETRELLA, ALEJANDRA (coord.), *El fuero contencioso administrativo y tributarario de la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis-Nexis / Jurisprudencia Argentina, 2002, pp. 33-50, esp. p. 38; *JA*, 2002-III, Supl. fasc. 7; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 19 y ss.; D’ARGENIO, INÉS; *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2ª ed., 2006, p. 56 y ss., “La justicia administrativa en Argentina: una resolución judicial decisiva en el camino hacia su adaptación a nuestro sistema institucional,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 227-32; ZAMBRANO, PEDRO L.: *Silencio de la Administración y Plazos para Demandar al Estado Nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, Monografías Jurídicas, 2006; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contenciosoadministrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 1, pp. 468-73.

yéndolo por la exigencia de un previo reclamo administrativo de aquello por lo que se quería demandar.

Esta ley fue interpretada en forma restrictiva, entendiéndose poco después que ella no era aplicable cuando el Estado actuaba como “poder público;” por lo que fue necesario dictar otra ley, la 11.634, para aclarar definitivamente que toda vez que se demandara al Estado, por cualquier causa que fuera, no haría falta la venia legislativa sino únicamente “la previa reclamación administrativa.” Una copiosa jurisprudencia y algunas normas expresas, fueron progresivamente limitando a través del tiempo la exigibilidad de la reclamación administrativa como requisito previo a la interposición de una demanda judicial,² hasta el punto de cuestionarse al presente tanto su conveniencia o necesidad como su misma existencia; aunque, como es bien sabido, “los muertos que vos matáis gozan de buena salud.”

2. El decreto-ley 19.549/72

Este cuerpo normativo recogió y amplió la experiencia de la aplicación de las leyes 3.952³ y 11.634, consagrando como excepciones expresas al reclamo los casos que la jurisprudencia había elaborado y que decretos o leyes particulares también habían colaborado a instituir.

Además, al crear todo un sistema orgánico de recursos y también dedicar algunas disposiciones a la forma de acceder a la revisión judicial, legisló sobre el modo de computar el plazo que a este efecto creó, a partir de los actos impugnados.

En esa medida también excluyó el reclamo administrativo previo como medio específico para preparar la vía judicial: Ese lugar pasó a ser ocupado, en la mayoría de los casos, por los recursos del procedimiento administrativo que el reglamento también establece.⁴ La duda que resta, como se verá en este cap.,

² Además de las anteriores ediciones de *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. de 1971, cap. XIV, p. 477 y ss.; ed. de 1964, cap. X, p. 205 y ss.; reproducido en el t. 5, Libro III, cap. X, § 20. Ver también, para el régimen vigente antes de 1972, LINARES, JUAN FRANCISCO, “Demandas contra la Nación y los decretos del Poder Ejecutivo,” *LL*, 138: 997; MAIRAL, *op. cit.*, p. 356 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., “La ley de demandas contra la Nación (Su ámbito de aplicación),” *JA*, 1962-VI, 43.

³ TAWIL, *op. cit.*, p. 154, dice que se discute en esto si el sistema del decreto-ley 19.549/72 ha reemplazado o no al establecido por la ley 3952.

⁴ Para una explicación del sistema del decreto ley 19.549/72 antes de la reforma del año 1977 ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974; PEARSON, MARCELO M., *Manual de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3^{ra} ed., 1990; CASSAGNE, “La ley nacional de procedimientos administrativos No. 19.549,” *ED*, 42: 835 y “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional,” *ED*, 45: 829; MUÑOZ, “Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos,” *RADA*, 5: 35, Buenos Aires, 1973; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL, “Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales,” *ED*, 51: 951; DE ESTRADA, “Juicios contra el Estado Nacional. Plazos para interponer acciones o recursos,” *JA*, 1977-III, p. 689 y ss.; SILVESTRI, BEATRIZ R. y GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (recursos y reclamos),” *ED*, 72: 763.

es hasta qué punto subsiste o no el reclamo administrativo previo como regla general cuando no es necesario interponer un recurso administrativo previo a la instancia judicial. Mucho depende, en la respuesta, de cuánta importancia se esté dispuesto a dar al pronto y libre acceso a la justicia requerido por los tratados internacionales de derechos humanos y un principio de justicia natural ya universalmente aceptado,⁵ o a los siempre irritantes y contraproducentes privilegios de la administración pública que algunos autores a veces pretenden, contra toda realidad, defender. Se produce así el absurdo que tomamos siempre las fuentes más autoritarias, cualquiera fuere su origen: Si del absolutismo monárquico mejor,⁶ si de sus resabios, igual sirve. Rendimos así culto a la autoridad omnipresente, conforme el viejo principio caudillista y caciquista que nos sigue desde el nacimiento de nuestra cultura.⁷

3. La reforma de 1977

La reforma de 1977, por su parte buscó, no siempre con éxito, pulir algunos de los conceptos utilizados en 1972; además en forma expresa amplió las últimas excepciones a la necesidad del reclamo administrativo previo.⁸

⁵ Respecto al carácter global o universal del principio del acceso a la justicia nos remitimos a nuestro trabajo "Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality," en ANTHONY, GORDON; AUBY, JEAN-BERNARD; MORISON, JOHN y ZWART, TOM (dirs.), *Values in Global Administrative Law*, Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 363-372 obra colectiva realizada sobre la base del seminario realizado en París en el año 2008, en homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

⁶ Como lo demuestra lapidariamente el magnífico libro de GARCÍA-MANSILLA, MANUEL JOSÉ y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pp. 10, 11, 12, 15, 16, 57, 86, 213, 227-51, esp. 249. Ver con todo la nota bibliográfica de GARCÍA DE ENTERRÍA, LL, 2010-A, 1303-06, respecto a una obra de CASSAGNE cuya "españolidad" (sic) destaca, y en que propicia la opinión contraria. En otra variante ver nuestros artículos "La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos modernos?" *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006, accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, *Serie de Estudios* y en <http://www.adaciudad.org.ar/index.php?load=articulos.php>; reproducido en el t. 7, cap. XII; "Una celebración sin gloria," LL, 2003-C, 1091-1102; reproducido en el t. 7, cap. X; "La sociedad civil vs. el poder político," LL, 2003-E, 263; "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?," LL, 2005-A, pp. 905-921; reproducido en el t. 7, cap. XI; "El Estado de Derecho en estado de emergencia," LL, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. Ver también PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "La postergación institucional," LL, 2006-F, 877; POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002.

⁷ Lo hemos explicado en *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS; "Civilizations and Public Law: a View from Latin America," en EVANGELOS VENIZELOS / ANTOINE PANTELIS (directores), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, "European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen," vol. LXXIX, Esperia, Londres, 2005, pp. 215-232; "La constitucionalidad formal del eterno retorno..." *op. loc. cit.* en nota precedente.

⁸ Ver también los siguientes trabajos aparecidos con posterioridad a la reforma de 1977: MARIENHOFF, "Demandas contra el Estado nacional. Los arts. 25 y 30 de la ley de procedimiento adminis-

Tomando el texto completo y ordenado de ambos decretos-leyes, se advierte como al ampliar y desarrollar las aparentes “excepciones” del régimen del decreto-ley, se había en verdad llegado a un punto en que la regla estaba claramente invertida: Como principio cabía interpretar que no era necesario formular el reclamo antes de interponer la demanda judicial.⁹

4. *El sistema actual*

En noviembre de 2000 entra en vigencia la ley 25.344,¹⁰ que modificó los arts. 30, 31 y 32 del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, la jurisprudencia ha correc-

trativo nacional,” LL, 1980-B, 1024; PEARSON, op. cit. y Apéndice de ampliación y actualización con las reformas, Buenos Aires, 1979; LINARES, JUAN FRANCISCO, “El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549,” LL, 1980-C, 768, entre muchos otros.

⁹ Ver nuestros artículos “La reclamación administrativa previa,” ED, 6: 1066 (Buenos Aires, 1963); “El reclamo administrativo previo,” ED, 89: 777, reproducido en el libro *Procedimiento administrativo*, La Plata, A.A.D.A., 1981, pp. 13-47; “Nuevos argumentos para la innecesidad del reclamo administrativo previo,” LL, 1996-A, 633, nota al fallo *Calzar S.A.*, CNFed. CA, Sala II, 1995. En igual sentido BIANCHI, op. cit., cap. II, B): “A poco que se analicen más detenidamente las excepciones previstas legal o jurisprudencialmente, habremos de concluir en que el reclamo en sí mismo es la excepción y el libre acceso a la justicia la regla.” CANOSA, en “Influencia...,” op. cit., cap. 3), A) sostiene que “es casi inútil la existencia del reclamo.”

¹⁰ Acerca de la reforma de la ley 25.344 puede verse COMADIRA, *Procedimientos Administrativos. Ley...*, op. cit., p. 512 y ss; CRIVELLI, JULIO CÉSAR, y VEGA, SUSANA, *La Emergencia Económica Permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 155 y ss; SORIA, DANIEL F., “El reclamo administrativo previo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. Su evolución y las reformas introducidas por la ley 25.344,” en AA.VV., *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2001, pp. 99-141; PERRINO, PABLO E., “Reclamo administrativo previo, tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción,” en AA.VV., *Derecho Procesal administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, vol. I, pp. 857-80; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El reclamo administrativo previo a dos años de su reforma,” RAP, 296:13, Buenos Aires, 2003; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 669 y ss.; ROCCATAGLIATA, MARCELA, “El reclamo administrativo previo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 471 y ss.; PERRINO, PABLO E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa,” *Revista de Derecho Público*, 2003-1: 257, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003; PERRINO, PABLO E., “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo, en honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2003, pp. 481-491; PERRINO, PABLO E., “Reclamo administrativo previo, tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción,” en CASSAGNE (dir.), *Derecho procesal administrativo, en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, op. cit., pp. 857-880; POZZO GOWLAND, HÉCTOR M., “El voluntarismo normativo como método frente a la emergencia,” LL, 2002-A, 971; USLENGUI, ALEJANDRO J., “Algunas consideraciones en torno a la reforma del proceso administrativo,” *Revista de Derecho Público*, 2003-2: 11, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003; CANOSA, ARMANDO N. / MIHURA ESTRADA, GABRIEL, “La emergencia y la nueva degradación a la tutela judicial efectiva,” ED, 190, 732; CASSAGNE, JUAN C., “El acceso a la justicia administrativa,” LL, 2004-D, 1218; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. 1, op. cit.; RASPI, ARTURO E., “Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos,” ED, 2000/2001, 625; SORIA, DANIEL F., “Apuntes sobre el reclamo administrativo previo. Su evolución y las reformas introducidas por la Ley N° 25.344,” en CARELLO, LUIS A. (dir.), *Derecho Constitucional y Administrativo*, 3, t. 1, Rosario, Juris, 2002, pp. 271-323; ZAMBRANO, PEDRO L., *Silencio de la Administración y plazos para demandar al Estado Nacional – La prescripción y la caducidad en la nueva regulación del reclamo administrativo previo*, Monografías Jurídicas, n° 155, Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo-Perrot; MAIRAL, HÉCTOR A., “Los plazos de caducidad en

tamente revertido esta situación a partir de los casos *Castillo*,¹¹ *Gilardone*¹² y *Ramos*,¹³ hasta culminar con el dictado de jurisprudencia plenaria por parte del Fuero Contencioso Administrativo Federal que recoge tal solución,¹⁴ donde ha dejado sentado que “el ritualismo inútil traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma de la ley 25.344 (artículo 12).”¹⁵ Cabe puntualizar la circunstancia poco feliz que fue el mismo gobierno democrático que, bajo la excusa de la emergencia, dictara esta antidemocrática ley y al mismo tiempo un muy autoritario régimen de contratos administrativos que acertadamente criticara MAIRAL.¹⁶

Otros gobiernos se han encargado de crear otros retrocesos, siempre al amparo de la emergencia que no hacen sino profundizar lo cual ha llevado a señalar que “... el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo concluyente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad.”¹⁷ Esta no es la tendencia sana y superadora que permite vencer los obstáculos ajenos a nuestro sistema constitucional,¹⁸ totalmente ajenos a la emergencia que la ley 25.344 y otras posteriores invocan.¹⁹ Resta mucho por aprender.

el Derecho administrativo argentino,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Derecho procesal administrativo, en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 1, pp. 881-916.

¹¹ CNFed. CA, Sala II, *Castillo, Carlos Abraham y otros c. D.G.F.M., LL*, 2002-A, 972.

¹² CNCiv., Sala H, *Gilardone, LL*, 2002-A, 811, *DJ*, 2002-1, 151. (2001.)

¹³ CNFed. CA, Sala I, *Ramos, LL*, 2002-F, 974, con nota de VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “La doctrina del «exceso ritual manifiesto», ¿seguirá vigente a pesar de la ley 25.344?,” “Apostillas jurisprudenciales sobre el agotamiento de la instancia administrativa en la vía reclamatoria,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO y VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coord.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 83-103.

¹⁴ CNFed. CA, en pleno, 18-V-11, *Córdoba, Salvador y Otros C/ EN-Dirección General de Fabricaciones Militares S/ Empleo Público, LL*, 2011-E, 336, cuyos fundamentos han sido analizados en CARATINI, MARCELO G., “El ritualismo inútil como principio jurídico en la habilitación de la instancia judicial,” en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, pp. 172-174.

¹⁵ CNCiv., Sala H, *Gilardone, LL*, 2002-A, 811, cons. 6°. Ampliar en GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 489-90 y jurisprudencia allí citada.

¹⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 3-18. Ver también BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “¿Qué se entiende por contrato administrativo?” *LL*, 2010-A, 1032/39; PULVIRENTI, ORLANDO, nota bibliográfica al art. de DÍAZ LEMAN, JOSÉ MANUEL, “Contratos públicos versus contratos administrativos ¿Es conveniente mantener la duplicidad de la ley contratos del sector público?” *LL*, 2010-A, 1310/12.

¹⁷ CSJN, *Massa*, 2006, *Fallos* 329: 5913, voto del Ministro LORENZETTI, considerando 30. El mencionado Magistrado agrega: “Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho.”

¹⁸ Ver t. 2, cap. XIII, “La tutela judicial,” § 3.1.3, “La cuestión del agotamiento de la vía administrativa.” Ver Bolivia, art. 69 y Perú, art. 218.2; ordenamientos jurídicos que tienen la saludable ventaja de desconocer el reclamo administrativo previo.

¹⁹ CRIVELLI y VEGA, *La Emergencia...*, *op. cit.*, p. 154. afirman que “lejos de paliar con estas medidas la «emergencia» que la ley declara, estas disposiciones hacen entrar en emergencia al derecho, la

5. *Exigibilidad del reclamo. Alcances*

Aun en sus orígenes, cuando se hablaba de la “indemandabilidad del soberano,” se admitía de todos modos que el Poder Ejecutivo podía contestar la demanda sin oponer la falta de venia pues no era un principio de orden público.²⁰ Esta regla siguió vigente luego del dictado de las leyes 3.952 y 11.634,²¹ pues se trataba de una facultad del apoderado o representante en juicio. Dijo así la CSJN “que queda librado *al representante* del Poder Ejecutivo nacional aceptar directamente la controversia judicial cuando tal requerimiento al reclamo administrativo no se ha cumplido.”²² Así, el juez no podía exigir de oficio que se acreditara haber efectuado el reclamo para proveer la demanda,²³ pues era un privilegio de la administración, que ésta usaría o no al contestar la demanda,²⁴ no pudiendo por lo demás hacerlo después de esa oportunidad procesal.²⁵

Actualmente el régimen se ha modificado en perjuicio de la tutela judicial efectiva.²⁶ En 1999 la CSJN *in re Gorordo*²⁷ se aparta de lo antes resuelto en *Cohen y Construcciones Taddía S.A.*,²⁸ estableciendo la posibilidad de verificar

seguridad jurídica, y al respeto por los derechos individuales.”

²⁰ CSJN, *Fallos*, 12: 227, *Anselmo Nuñez*, 1872; 252: 326, *Edward Arturo Mariño*, 1962. FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 132, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, p. 644; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 400; BIANCHI, *op. cit.*, cap. II, B); este tema lo tratamos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, p. 209; 2ª ed., Macchi, 1971, p. 485, reproducido en el t. 5, Libro III, cap. X, § 20, en principios que aquí mantenemos. Ver también GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, pp. 469-70 y jurisprudencia allí citada.

²¹ CSJN, *Fallos*, 200: 196, *Roca, Agustín M. y otros*, 1944; 233: 106, *Zenón E. Perezlindo*, 1955; 246: 132, *Arturo Cajida*, 1960; CFed. Tuc., *Sosa, LL*, 124: 808 (1966); FIORINI, *op. loc. cit.*

²² CSJN, *Fallos*, 233: 106, *Zenón E. Perezlindo*, 1955; 246: 132, *Arturo Cajida*, 1960. Conf. FIORINI, *op. loc. cit.*; GRAU, ARMANDO EMILIO, “Reclamación administrativa previa,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 183 y ss., p. 185.

²³ CFed. Tuc., *Sosa Román de Ahumada Herrera, LL*, 124: 808, año 1966.

²⁴ ESCOLA, *op. cit.*, p. 400; FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 644; LINARES, “Demandas...,” *op. cit.*, p. 1002: “Ocurre que si la Nación contesta la demanda [...] y pide el rechazo de tal demanda, con eso convierte automáticamente en innecesaria la reclamación, porque el apoderado estatal goza de plenos poderes y lo que él sostenga es lo que sostiene la Nación;” GRAU, *op. cit.* Existen supuestos en los que se justifica prescindir del reclamo previo (*Fallos*: 312-2: 2418, *Díaz*, año 1989, cons. 3º; CNFed. CA, Sala II, *Calzar S.A., LL*, 1996-A, 634 (1995), con nota de AGUSTÍN: “Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo.” La Sala entendió que si lo que se solicitaba era la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el reclamo previo no tendría ninguna finalidad, por ser el Poder Judicial el único órgano habilitado para dirimir tal pretensión.

²⁵ CNCiv., Sala D, *Rodacal S.R.L., LL*, 124: 106 (1966); BIELSA, “El recurso de amparo. Los actos arbitrarios de la autoridad administrativa y la protección judicial. Observaciones generales sobre el recurso de amparo, a propósito de un proyecto de ley nacional,” *LL*, 105: 1068; LAZZARINI, JOSÉ LUIS, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, p. 110.

²⁶ PERRINO, PABLO E., “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir), *op. cit.*, pp. 481-91.

²⁷ CSJN, *Gorordo*, 1999, *Fallos*, 322: 73, *LL*, 1999-E, 186.

²⁸ CSJN, *Cohen*, 1990, *Fallos*, 313-1: 228, *LL*, 1990-C, 317; *Construcciones Taddía S.A.*, 1992, *Fallos*, 315-3: 2217, *JA*, 1993-III, 397 (1992). Ver *supra*, cap. III, § 18.3, “El plazo del art. 25: Sus problemas empiezan en sede administrativa.”

de oficio los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda.²⁹ La ley 25.344 consagra esa inconstitucional postura: “los jueces no podrán dar curso a la demanda mencionada en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.” Por lo tanto, en la hipótesis que actualmente se maneja se supone que los jueces *deberían de oficio* verificar los requisitos de admisibilidad de la acción, previo a ordenar traslado de la demanda. No obstante ello, debemos tener en cuenta que no tratándose de una exigencia de orden público,³⁰ el Poder Ejecutivo puede renunciarla expresamente con carácter general o particular,³¹ p. ej., en un convenio con la otra parte,³² de modo tal que la exigencia de la ley es excesiva.³³

La CSJN dijo que la finalidad del instituto, es ser “una etapa conciliatoria anterior al pleito,” para “dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado [...] propósito fundado en motivos de indudable prudencia que aconsejan que el Fisco no sea llevado a juicio sin haber tenido previamente la posibilidad de tomar conocimiento de los extremos en los que el particular sustenta su reclamación y evaluarlos para pronunciarse sobre su procedencia”³⁴ El irrealismo del criterio

²⁹ El principal fundamento expuesto por el Tribunal a fin de modificar la jurisprudencia que había sido fijada en los precedentes citados en la cita que antecede consistió en equiparar la habilitación de la instancia en general y el cumplimiento del plazo de caducidad previsto en el art. 25 del decreto-Ley 19.549/72 en particular, con los presupuestos de procedencia de la acción, tales como la jurisdicción y la legitimación procesal de las partes. El cumplimiento de estos recaudos siempre puede ser verificado de oficio por parte del tribunal interviniente *in limine litis*, a los efectos de rechazar de la forma más temprana posible un proceso cuyo trámite no podrá prosperar y asegurar así la mayor economía procesal posible. Así lo prevé el art. 337 del CPCCN, sin que por ello se convierta el magistrado en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes, ni se altere el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria, destaca el tribunal. Sin perjuicio de lo cual, elevar el privilegio que ostenta la administración en lo referente al agotamiento de la instancia administrativa previa, al rango de presunta de procedencia de la acción al sólo efecto de posibilitar su verificación de oficio por parte de los tribunales, no deja de impresionar como una exageración.

³⁰ Ver jurisprudencia citada por TAWIL, *op. cit.*, p. 155. Ver también D'ARGENIO, *La justicia...*, *op. cit.*, § 23, p. 88: “la exigencia del reclamo previo a la acción judicial no es de orden público pues no puede trabarse el acceso a la Justicia.” En igual sentido GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, pp. 469-73, esp. p. 473.

³¹ CSJN, *Fallos*, 252: 326, *Edward A. Mariño*, 1962; 200: 196, *Roca, Agustín*, 1944; 215: 37, *María Filomena Vidiri*, 1949; 233: 106, *Zenón E. Perezlindo*, 1995; FIORINI, *op. cit.*, p. 130. ESCOLA, *op. cit.*, p. 400. Comp. LAZZARINI, *op. cit.*, p. 110.

³² CSJN, *Fallos*, 236: 437, 443, cons. 20.

³³ Máxime si se tiene en cuenta que, más allá de que si hubiera el juez dispuesto de oficio tener por habilitada la instancia, posteriormente la demandada podrá reeditar el debate sobre el punto en particular, ya que puede plantear la cuestión como defensa de fondo o incluso como excepción de previo y especial pronunciamiento al contestar la demanda.

³⁴ CSJN, *Fallos*: 311-1: 689, *Empresa La Estrella S.R.L.*, 1988; 314-1: 725, *Gasparri y Cía. S.A.*, 1991, “evitando juicios innecesarios.” *Fallos*: 312-1: 1306, *Luis R. Guerrero*, 1989.

es palmario y su carácter contrario a un Estado de Derecho en que se garantice el expeditivo acceso a la justicia conforme las normas supranacionales, también.³⁵

Finalmente nuestra CSJN, luego de la sanción de la ley 25.344, ha señalado que “los jueces no están facultados para denegar de oficio la habilitación de la instancia judicial ni declarar por esa vía la caducidad de la acción deducida ante ellos,” *in re Resch, Héctor*, año 2004.³⁶

6. *El reclamo frente a los entes autárquicos. Su inexigibilidad*

El nuevo texto legal exige el reclamo administrativo previo para demandar a las entidades autárquicas. No caben dudas de que ello constituye un manifiesto retroceso legislativo que no cabe sino tachar de inconstitucional.³⁷ Hace casi treinta años el decreto-ley 21.686/77 eliminó esta exigencia disponiendo la inexigibilidad del reclamo previo para demandar a un ente descentralizado cualquiera sea su forma jurídica: Ente autárquico, empresa del Estado, sociedad del Estado, sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, etc. Así, la inexigibilidad se había convertido en la regla, absoluta y sin excepciones tal como lo había aplicado la jurisprudencia en numerosos fallos.

Ahora, al incorporarse la exigibilidad del reclamo administrativo previo para demandar a las entidades autárquicas (no aplicable entonces a las empresas del estado, sociedades del Estado, etc.), se produce o solamente un intento legislativo de importante retroceso respecto del régimen anterior sino también de una violación incausada del principio supranacional de libre acceso a la justicia.

Vale preguntarse³⁸ si las demás excepciones que contemplaba el anterior art. 32 inc. f) siguen vigentes ante el silencio del nuevo texto legal. Creemos que efectivamente se mantienen las demás excepciones por resultar la solución más favorable a la garantía del debido proceso en sentido material y al acceso a la tutela judicial efectiva.³⁹

³⁵ Es además falaz, pues absolutamente nadie hace un juicio al Estado si cree que lo puede arreglar en sede administrativa, aunque más no sea por lo que ahorra en tiempo, costas y tasa de justicia. Ampliar en t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

³⁶ Con nota de DIANA, NICOLÁS, “¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (Sobre las cenizas de Cohen),” *LL*, 2005-F, 60.

³⁷ Discrepamos así con CASAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 473, para quien se trata meramente de un “desacierto legislativo.” Coincidimos por otra parte con COMADIRA, a quien sigue CASSAGNE, en que en cualquier caso no incluye a los demás entes descentralizados del Estado: Ver *infra*, nota 33. En este mismo sentido, ROCCATAGLIATA, “El reclamo administrativo previo,” *op. cit.*, pp. 476/477,

³⁸ Como lo hacen SISELES, OSVALDO E. y VICENTI, ROGELIO W., “La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo,” *LL*, 2001-F, 1179.

³⁹ SISELES y VICENTI, “La ley...,” *op. cit.*, donde examinan las modificaciones en el procedimiento del reclamo administrativo previo. COMADIRA, *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.5.1.1, pp. 516-7, acertadamente puntualiza que las empresas o sociedades anteriormente exceptuadas no deben, ante el silencio de la reforma legislativa, entenderse ahora incluidas en el reclamo previo como recaudo de la demanda. Sigue su criterio CASSAGNE, *op. loc.cit.* En el mismo

7. *El reclamo frente a los actos de la administración central*

El decreto-ley 21.686/77, al modificar el sistema del reclamo administrativo previo, había establecido que no hacía falta interponerlo cuando se tratara de impugnar “actos administrativos de alcance particular o general.” O sea que si se impugnaba un acto en ningún caso era necesario el reclamo previo.⁴⁰ Esta solución estaba innecesariamente reiterada por el art. 32, incs. a) y b), para ciertos casos particulares de actos administrativos. Es así de antiguo un criterio⁴¹ generalizado respecto del recurso administrativo, que ha venido a operar como reclamo previo.⁴² Dado que en materia de actos los arts. 23 y 24 crean un sistema de recursos de *necesaria* interposición, son tales recursos los que en el sistema de la ley *suplen* el requisito del reclamo formal independiente.⁴³ Ahora bien, el nuevo texto del art. 30 dice que podrá demandarse al Estado nacional sin previo reclamo administrativo “cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24.” De esta manera, la ley 25.344 viene a plasmar en el texto la interpretación pacífica tradicional: En los casos en que existe reglado un recurso para impugnar un acto administrativo no se requiere interponer reclamo administrativo previo, pues el recurso viene a actuar como tal, agotando en los casos correspondientes la vía administrativa y dejando expedita la vía judicial.⁴⁴

El nuevo texto legal diferencia claramente las dos vías de acción; por un lado la vía impugnatoria de los arts. 23 y 24 y por otro lado la vía reclamatoria de los arts. 30 y ss.⁴⁵ La misma razón hace que también los reglamentos y los actos contractuales queden exentos de la necesidad de reclamo previo: Aquí la regla es que en ningún caso hace falta. Por lo demás, la jurisprudencia administrativa y

sentido, CANOSA sostiene que “esta derogación no debe entenderse como que a partir de la vigencia de la misma se deba efectuar el reclamo antes de demandar a cada uno de los entes citados, ya que los mismos no están incluidos dentro de la LNPA por imperio de lo establecido en el Artículo 1º de la misma. Además porque no puede extenderse la aplicación de estas normas hacia entes que no están contenidos y porque estas formas societarias y empresariales ... están creadas para funcionar relacionándose con los particulares a través del derecho privado.” (CANOSA, ARMANDO N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Buenos Aires, Astrea, 2014, 2ª ed., pp. 555-556.)

⁴⁰ PEARSON, *op. cit.* p. 122 y ss.; MARIENHOFF, “Demandas...,” p. 1029, punto d), sec. doctrina.

⁴¹ Ver nuestros artículos “La reclamación administrativa previa,” *op. cit.* (1963); “El reclamo administrativo previo,” *op. cit.*, año 1980.

⁴² MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, 2ª ed., p. 770: “El reclamo que el administrado formule a través de un recurso jerárquico, en el supuesto de que tal reclamo sea desestimado por la Administración Pública, vale como «reclamación administrativa previa» a los efectos de promover una demanda contra la Nación;” LINARES, “Demandas...,” *op. cit.*, p. 999; PEARSON, *op. cit.*, p. 125; CFed. Cap., Sala Civ. y Com., *Gómez Gerardo*, LL, 133: 276, año 1968.

⁴³ Ya con la primera redacción de estos artículos concluía PEARSON, *op. cit.*, pp. 124-5, que toda vez que se tratara de atacar un acto administrativo era pertinente utilizar los recursos y no el reclamo administrativo previo; y advertía a su vez que tampoco esto significaba que el reclamo era procedente para impugnar en sede administrativa todos los hechos.

⁴⁴ En similar sentido, por sus fundamentos, GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 1, p. 473.

⁴⁵ Como dicen SISELES y VICENTI, “La ley de emergencia 25.344...,” *op. cit.*

judicial excluye a los reglamentos de necesidad y urgencia del reclamo impropio del art. 24.⁴⁶ Cuando se trata de reglamentos, el art. 24 es claro en disponer que no se los puede impugnar judicialmente en forma directa,⁴⁷ sino que es necesario provocar un acto concreto de aplicación y acudir a la justicia contra él.⁴⁸ Para la petición que el particular quiera formular contra un reglamento administrativo que aún no le hubiere sido aplicado mediante un acto concreto, no rigen las disposiciones y plazos relativos al previo reclamo administrativo, sino que se aplica el procedimiento de la denegación tácita contemplado en el art. 10, conforme lo aclara la parte final del inc. a) del art. 24.⁴⁹ A su vez, si la autoridad administrativa da aplicación al acto reglamentario mediante actos particulares, los mismos deben ser recurridos conforme a las reglas aplicables al respecto, tal como lo dispone el inc. b) del mismo art. Todo ello significa que el acto reglamentario como tal no es impugnabile judicialmente en forma directa⁵⁰ y que para agotar

⁴⁶ PTN, *Dictámenes*, 268: 358; 236: 273. Ver jurisprudencia en GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, pp. 477-8, y en SACRISTÁN, ESTELA B., “Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (La cuestión de su naturaleza legislativa),” en AA.VV., *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp 309-48.

⁴⁷ La postura opuesta, sostenida en ciertos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, respecto a la obligatoriedad del reclamo impropio, la hemos explicado en *supra*, cap. VIII, § 6.2.

⁴⁸ Por su lado, la jurisprudencia ha esgrimido que la exigencia del reclamo previo contra ciertas normas reglamentarias constituiría un ritualismo inútil, en el caso de que la conducta desplegada por el Estado al contestar la demanda en gran cantidad de causas que tramitaron, demostrara su postura irreductible en cuanto al consecuente rechazo de las pretensiones de los actores, razón por la cual exigir a éstos la interposición de un reclamo en los términos del art. 24, inc. a) del decreto-ley 19.549/72 a los efectos de impugnar los referidos reglamentos implicaría un inconducente y excesivo rigor formal, frustratorio de la garantía de la defensa en juicio. (CNFed. CA, Sala IV, 10/ XII/96, *Caplan*; 17-X-1997, *Consumidores Libres*.) En el mismo sentido, se ha decidido que resulta un ritualismo inútil el exigir a los administrados que sigan de manera ineludible y en extremo rigurosa en el orden formal el procedimiento reglado por el art. 24, sobre todo si se considera que la cuestión no puede ser dirimida en sede administrativa, ya que es el Poder Judicial el único habilitado para pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas. (CNFed. CA, Sala II, 12/ IX/96, *Cidecon Internacional S.A.*)

⁴⁹ Así p. ej. LINARES, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 33-4, aclara que no se trata en esta hipótesis del reclamo administrativo previo referido en el art. 30; PEARSON, *op. cit.*, pp. 116-20; MARIENHOFF, “Demandas...”, *op. cit.*, p. 1029: “El «reclamo» para demandar judicialmente al Estado, no procede cuando se trata de impugnar judicialmente «actos administrativos» sean de alcance particular o general;” GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 473: “En modo alguno supone extender su ámbito de aplicación a los casos en que mediere un acto administrativo que causare la agresión al derecho subjetivo o interés legítimo del ciudadano o administrado.”

⁵⁰ En el sentido contrario, se sostiene que el denominado “reclamo impropio” resulta el mecanismo previsto por la legislación a fin de posibilitar la impugnación directa de reglamentos y que éste incluso constituye un requisito para la habilitación de la instancia judicial en los casos en los cuales todavía no existe un acto administrativo individual de aplicación que pudiera ser impugnado por medio de los recursos administrativos. Para estos autores la regla referida sólo resulta no aplicable en dos excepciones, cuando se trata de la impugnación de un decreto de necesidad y urgencia o cuando se pretenda la declaración de inconstitucionalidad del reglamento. (COMADIRA, *Procedimientos Administrativos. Ley...*, *op. cit.*, p. 465 y 467; POLITI, MARIANA A., “El reclamo administrativo impropio,” en TAWIL, GUIDO S., *Procedimiento Administrativo, op cit.*, p. 470; AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “El agotamiento de la vía administrativa” en TAWIL, GUIDO S., *Procedimiento Administrativo, op. cit.*, p. 77.)

la vía administrativa, tampoco es aplicable el reclamo administrativo previo de que tratan los arts. 30 y ss.

8. *Inexigibilidad en los hechos y vías de hecho*

El art. 25 del decreto-ley fija un plazo de noventa días para iniciar la acción judicial, según se ha visto,⁵¹ y establece que en el caso de “hechos administrativos” y de “vías de hecho,” ese plazo se computará desde que ellos fueren conocidos por el afectado. La solución legal no hace necesario interponer el reclamo administrativo previo, pues es directamente procedente la demanda judicial.⁵²

9. *Inexigibilidad en caso de silencio*

Por igual razonamiento y similares normas, “el silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto,”⁵³ luego de requerírsele pronto despacho,⁵⁴ deja abierta la vía judicial sin otro requisito y plazo que el de la prescripción.⁵⁵

Esta solución se halla reforzada por el inc. c) del art. 23, que también expresa que puede acudirse a la instancia judicial cuestionando la inactividad administrativa o su omisión “cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10.” Es categórica la conclusión⁵⁶ que en caso de silencio frente a pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto, el particular puede limitarse a pedir pronto despacho y esto le habilita para iniciar la demanda judicial. La solución es clara: Si el particular está pidiendo algo por escrito y no le contestan, e insiste en su pedido y tampoco le contestan, sería absurdo exigirle que venga ahora a hacer el mismo pedido con nombre distinto para poder recién habilitarle la vía judicial.

⁵¹ Cap. III, § 18.3, “El plazo del art. 25: Sus problemas empiezan en sede administrativa.”

⁵² PEARSON, *op. cit.*, pp. 125/6: “Los hechos no requieren para acudir a la vía judicial, el planteo previo del referido reclamo, como tampoco el de los recursos;” “si en el caso de los hechos se toma como fecha el de los acontecimientos es porque no ha sido necesario deducir planteo alguno en sede administrativa.” “La [...] norma del artículo 25 [...] vale también para el reclamo del artículo 30 en el sentido de no resultar impuesto cuando de hechos se trata.”

⁵³ Decreto-ley 19.549/72, art. 10.

⁵⁴ Continúa el citado art. 10: “Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.”

⁵⁵ Art. 26: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.”

⁵⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., p. 242; GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 480.

10. *Omissiones*

10.1. *Planteamiento de la cuestión*

Queda por considerar las omisiones de la administración, cuando no hay pedido o reclamo del particular,⁵⁷ ni acto expreso consignando la voluntad administrativa de realizar dicha omisión,⁵⁸ ni tampoco, por fin, hechos o vías de hecho que subsuman la omisión.⁵⁹ Las reglas que venimos de exponer en materia de actos, hechos y silencio, surgen de otras normas que las referidas específicamente al reclamo previo. Los arts. 10, 23, 24, 25, 26 son los que se encargan de admitir la impugnación judicial directa en los casos comentados. Luego de expuestas tales reglas que excluyen apriorísticamente el reclamo como requisito previo a la demanda y limitado así nuestro análisis a las omisiones, las únicas que no están contempladas en dichos artículos,⁶⁰ llegamos a analizar ahora que el art. 32 tiene a su vez varias importantes excepciones a la necesidad de efectuar el reclamo previo y que todavía surgen más excepciones de otras normas y pronunciamientos.

10.2. *Inexigibilidad por texto expreso. Casos*

Contra las omisiones, antes de la reforma de la ley 25.344, tampoco procedía el reclamo administrativo previo en los casos contemplados en los incs. *c)*, *d)* y *e)* del decreto-ley:

1. Repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución (inc. *c*).
2. Repetir un gravamen pagado indebidamente (inc. *c*).
3. Reclamación de daños y perjuicios al Estado (inc. *d*).
4. Acción de desalojo contra el Estado (inc. *d*).
5. Acciones que no tramiten por la vía ordinaria (inc. *d*).
6. Cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del reclamo, transformándolo en un ritualismo inútil (inc. *e*).

⁵⁷ Pues si hay un pedido o reclamo del particular, éste abre sea: *a)* la vía del silencio, *b)* la vía del acto administrativo expreso. En ambos casos, en consecuencia no hace falta en la reclamación administrativa previa.

⁵⁸ Pues si hay acto expreso consignando la voluntad administrativa de realizar determinada omisión, corresponde entonces utilizar los recursos y no el reclamo previo.

⁵⁹ En efecto, si la omisión va subsumida dentro de hechos o vías de hecho, o sea, conductas materiales de la administración, entonces también procede directamente la demanda judicial conforme lo indica el inc. *d)* del art. 25. Como ejemplos de hechos que subsuman omisiones podemos mencionar los siguientes: la ocupación temporánea de un bien, omitiendo indemnizar; la retención de un vehículo tomado por la administración (p. ej., por alegado mal estacionamiento) cuya devolución se omite realizar; el irregular funcionamiento de un servicio público, con la consiguiente omisión de prestarlo regularmente.

⁶⁰ Y siempre con las salvedades que explicamos en las tres notas precedentes.

Ahora bien, con la nueva reforma, se ha pretendido derogar la mayoría de las excepciones que contemplaba el anterior art. 32 del decreto-ley, aunque cabe destacar que la jurisprudencia sabiamente las ha ido restableciendo, pues no eran una creación *ex-novo* del legislador de facto, sino una construcción hecha por la jurisprudencia a través de décadas de evolución.⁶¹ En cualquier caso, no está demás puntualizar que en esa solución normativa cabría concluir que no procede el reclamo previo contra las omisiones al menos en los siguientes casos:

1. Repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución (inc. *a*).
2. Repetir un gravamen pagado indebidamente (inc. *a*).
3. Reclamación de daños y perjuicios al Estado por responsabilidad extracontractual (inc. *b*).

Si la jurisprudencia restableciera sus viejos principios, como estimamos que necesariamente habrá de hacerlo por obvias razones de naturaleza constitucional y supra constitucional, se evitaría que de esta manera se restrinja aun más la posibilidad de accionar judicialmente y de acceder a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia ya ha establecido la vigencia del secular principio recogido en el pretendidamente derogado inc. *e*),⁶² con lo cual ya cabe agregar a los supuestos anteriores los siguientes:

4. Cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil (el “derogado” inc. *e*).

En cuanto a las acciones que no tramitan por vía ordinaria (inc. *d*), la supuesta derogación es a nuestro juicio igualmente inexistente en lo que se refiere al amparo; nadie ha pensado, en efecto, que hiciera falta reclamo previo para iniciar acción de amparo: esto ya lo dispone claramente el art. 43 de la CN.⁶³ Cabe así agregar que no procede tampoco el reclamo:

5. En las acciones de amparo.

10.3. *Inexigibilidad por interpretación extensiva*

Analizaremos cómo ampliar los casos del art. 32 y cuáles han quedado derogados:

⁶¹ Corresponde por ello una vez más remitirnos a nuestro art. de 1963, en *ED*, 6: 106.

⁶² Ver, *infra*, § 10.3.6, “Ritualismo inútil.”

⁶³ “Al establecer el constituyente que el amparo procede siempre que no exista otra vía *judicial* más idónea, descarta que dicha idoneidad pueda provenir de una vía *administrativa*; descarte que, en cambio, no se hacía en la ley 16.986, que preveía que el amparo no era admisible cuando existan «recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.» (CANDA, FABIAN O., “Acción de amparo,” en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, p. 275.)

10.3.1. *Repetición de ejecución. Reconvención. Juicio previo*

Acumulamos aquí tres supuestos a nuestro juicio bastante claros. El primer caso mencionado, repetición de lo pagado al Estado en virtud de una ejecución, surge amplio de la disposición. Además, no ha de entenderse necesariamente ejecución fiscal en juicio de apremio: Sea la ejecución judicial o administrativa, en los casos que la ley la autoriza, la repetición de lo pagado no requiere el reclamo previo. No interesa cuál es el contenido de lo pagado al Estado ni el título jurídico por el cual éste lo ejecutó. Son también aplicables las demás reglas construidas por la jurisprudencia y así puede reconvenirse en una demanda iniciada por la Nación contra el particular;⁶⁴ lo mismo, si el nuevo juicio es promovido como consecuencia de otro anterior seguido por la Nación contra el actor del juicio actual.⁶⁵

10.3.2. *Repetición de gravámenes*

Cualquiera sea el tipo de gravamen cuya repetición se reclama, no procede el reclamo:⁶⁶ Impuestos *stricto sensu*, tasas, derechos, patentes, contribuciones de mejora, aportes previsionales o sociales y sus accesorios: Indexaciones, intereses, multas, etc. Este supuesto completa, con el anterior, todos los posibles casos de reclamos monetarios del Estado contra el particular, que éste haya pagado con ejecución o sin ella y por cuya repetición se quiera demandar al Estado.

10.3.3. *Reclamación de daños y perjuicios al Estado*

Sobre este tema se realiza la primera modificación que introduce la ley 25.344. El nuevo texto legal excepciona del reclamo administrativo previo “cuando se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual” derogando así el mismo supuesto para el ámbito contractual. Interesa señalar, entonces, la evolución que ha tenido este precepto. El origen se remonta al año 1944, en que por decr. 28.211/44 se dispuso con carácter general no hacer lugar en sede administrativa, a reclamos de esa naturaleza.⁶⁷ La explicación es práctica y sencilla: La administración carece de una organización adecuada para la justipreciación de la prueba que supone evaluar los daños y perjuicios producidos extracontractualmente y por ello no puede realmente asumir en forma fácil la tramitación y resolución en tiempo oportuno de estas cuestiones; la

⁶⁴ CSJN, *Fallos*, 2: 36, *Cándido*, 1865; CNFed. CC, *Gobierno Nacional c. González, Manuel, LL*, 124: 535 (demanda el Estado por incumplimiento de contrato, le reconviene por desalojo); *DJ*, 29-XII-64; nuestra obra *Procedimiento y recursos administrativos*, 1971, *op. cit.*, p. 483.

⁶⁵ CSJN, *Fallos*, 184: 54; 210-4: 1242, *Constantino García c. Nación Argentina*, 1948; MARIENHOFF, “La ley de demandas...” *op. cit.*, p. 46; en contra *Fallos*, 25: 203, *Fisco Nacional c. Deetjen*, 1883.

⁶⁶ CASSAGNE, “La ley nacional...” *op. cit.*, p. 844 nota 65.

⁶⁷ Ver CARRILLO, PEDRO, “Demandas contra la Nación (decreto 28.211/44)” *LL*, 91: 929; MAIRAL, *op. cit.*, p. 360; SPOTA, ALBERTO G., “La ley de demandas contra la Nación y la pretendida doble personalidad del Estado,” *ADLA*, 1889-1919, pp. 490-2; FIORINI, *Qué es el contencioso, op. cit.*, p. 132. CSJN, *Fallos*, 215: 37, *María Filomena Vidiri*, 1949.

dilucidación del asunto directamente en sede judicial es más conveniente tanto a la administración como al particular.

Las críticas que se han formulado⁶⁸ contra la norma y el criterio son teóricamente correctas, pero empíricamente cuestionables, porque salvo indemnizaciones de poco monto (inundaciones, p. ej.) la responsabilidad del Estado es también muy difícil de llevar a la práctica incluso en el ámbito judicial.⁶⁹

Dado el origen meramente reglamentario de la excepción, en algunos casos se la interpretó indebidamente de modo restrictivo. Así p. ej. se dijo que si se trataba de daños y perjuicios que no emergían de un hecho ilícito, la excepción no correspondía;⁷⁰ también se sostuvo que un reclamo por daño de la cosa no encuadraba en la excepción.⁷¹

Luego, con el régimen del decreto-ley 19.549/72 y la reforma de 1977 se avanzó más allá que el precedente del decr. 28.211/44, disponiendo que todo reclamo por daños y perjuicios, sin distinción alguna,⁷² quedaba exceptuado del reclamo administrativo previo.

El fundamento de la disposición era el mismo que a su vez tenía en la práctica el anterior decreto, pues en verdad se observa fácilmente —aun hoy en día— que el problema probatorio y de apreciación de los daños y perjuicios es el mismo cualquiera sea el origen de estos. Solamente en algunas materias la organización administrativa está en condiciones de evaluar los perjuicios,⁷³ pero no como regla general.⁷⁴

En consecuencia, no hacía falta el reclamo previo si el particular quería demandar al Estado por reparación de daños y perjuicios contractuales o extra-

⁶⁸ “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; antes publicado como: “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, 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726. Ver también nuestra nota XXII.2, “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 524-B a 524-D.

⁶⁹ Nos remitimos al cap. XXXII del t. 7, 1ª ed., “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

⁷⁰ CSJN, *Pampuro, Genesis, Fallos*, 256: 513, (1963), publicado también en *DJ*, 23-X-63.

⁷¹ PTN, *Dictámenes*, 78: 261.

⁷² Confr. CASSAGNE, “La ley nacional...,” *op. cit.*, nota 66 y MAIRAL, *op. cit.*, p. 360.

⁷³ P. ej., en los contratos de obras públicas, en que está muy legislado y reglamentado y hay suficiente práctica, con los regímenes de mayores costos, gastos improductivos, etc.

⁷⁴ MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La responsabilidad del Estado en sede administrativa. La pretendida imposibilidad jurídica de admitirla. Análisis crítico sobre la interpretación que sostiene la vigencia de una norma retrógrada: el decr. 28211/44,” en AA.VV., *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2004. Coincidimos en que no existe imposibilidad jurídica en el reconocimiento de responsabilidad del Estado en sede administrativa; la dificultad es totalmente empírica.

contractuales, hubiere o no hecho ilícito de por medio, inclusive responsabilidad por los dependientes, daño de la cosa, responsabilidad por riesgo.⁷⁵ Por supuesto, estaban aquí incluidos todos los rubros indemnizatorios: Daño material por daño emergente y/o lucro cesante, daño moral, *exemplary damages*, etc. y sus accesorios: actualización, intereses, costas.

Hoy en día el régimen ha sido modificado quedando vigente solamente la excepción cuando se trate de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado.

La administración carece de organización adecuada para justipreciar la prueba para evaluar daños y perjuicios producidos de origen extracontractual. También es claro que la evaluación del daño moral, de corresponder debe ser hecha por la justicia y no por la administración. Su estructura no está en condiciones de evaluar daños y perjuicios en un caso concreto, salvo situaciones en que se trata de pequeñas sumas que se confieren de modo más o menos generalizado, como las indemnizaciones que confiere la CABA a los perjudicados por las indemnizaciones.

Si se reclama por responsabilidad contractual, la excepción no se aplica salvo los otros supuestos de rigorismo ritual manifiesto, etc.⁷⁶

10.3.4. *Acción de desalojo contra el Estado*

La jurisprudencia había admitido que en caso de juicios de desalojo contra el Estado no era necesario el reclamo previo. No se exigía ni cualificaba con modalidad alguna a la relación jurídica en virtud de la cual el particular reclamaba el desalojo al Estado: Podía tratarse del vencimiento de un contrato de locación, del acogimiento a alguna cláusula legal que permitiera darlo por terminado cuando existieran prórrogas legales, de su nulidad, o de la inexistencia misma del contrato de locación. La Corte Suprema revirtió la solución anterior,⁷⁷ pero la reforma legal reintrodujo el supuesto que la Corte había suprimido. Ojalá la Corte pueda volver nuevamente las cosas a su estado anterior, para hacer efectivo el acceso a la justicia también en este supuesto.

⁷⁵ Daños ocasionados por automotores, navegación aérea, energía nuclear. Ver SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1977, 2ª ed., p. 407 y ss., p. 533 y ss.

⁷⁶ Ver, con todo, CNFed. CyC, Sala III, *Aranda, Narciso*, 5-XI-04: “El inc. b del art. 32 [...] establece que el reclamo administrativo previo no será necesario cuando se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual. En autos se reclaman los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual de un organismo estatal, por lo que la pretensión deducida no se encuentra incluida en las excepciones que la norma prevé. Asimismo, no surge constancia alguna que el actor haya iniciado algún tipo de actuación administrativa a los efectos de acreditar una clara conducta del organismo que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil.”

⁷⁷ CSJN, *Fallos*, 261: 108, (1965), *Bernasconi de Corti*, con disidencia de ABERASTURY; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 46; LAZZARINI, *op. cit.*, p. 110.

10.3.5. *Acciones que no tramitan por la vía ordinaria*

Esta lista era, como se comprende, importante. Estaban aquí comprendidas las acciones posesorias, los interdictos, la acción de amparo,⁷⁸ juicio expropiatorio (y no sólo el de expropiación irregular que prevé el decreto-ley 21.499/77),⁷⁹ etc., de toda formas, es importante destacar la incompatibilidad de la exigencia de recaudos relacionados con la habilitación de la instancia cuando se trata de procesos urgentes.⁸⁰ Cabe esperar que los jueces apliquen esta causal de eximición más allá de la modificación del texto legal tal como, seguidamente veremos, ocurre con el ritualismo inútil.

10.3.6. *Ritualismo inútil*

He aquí una de las más importantes y criticables modificaciones que introdujo la ley 25.344 al derogar del art. 32 su anterior inc. e), pues esta excepción podía fácilmente verse configurada en la totalidad de los casos y así permitir el acceso a la justicia por parte del particular en todos ellos.⁸¹

Se habían desarrollado precedentes resolviendo que no era necesario el previo reclamo administrativo cuando, p. ej., se había dictado un decreto del Poder Ejecutivo sobre la cuestión o reclamo que motivaba la demanda, resolviéndolo en forma negativa, lo que implicaba la ineficacia cierta del procedimiento de la reclamación administrativa.⁸² El decreto-ley 19.549/72 y su reforma de 1977 prescindieron del ejemplo, que por lo demás resultaría inaplicable pues cuando hay acto expreso ya vimos que el reclamo está excluido *ab initio*; sentaron en cambio un principio más amplio: Que el reclamo no hacía falta cuando mediare una clara conducta del Estado que hiciera presumir la ineficacia cierta del procedimiento, trans-

⁷⁸ CASSAGNE, "La ley nacional..." *op. cit.*; FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, pp. 130-1; LAZZARINI, *op. cit.*, pp. 110-1; ROCCATAGLIATA, "El reclamo administrativo previo," *op. cit.*, p. 481; CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, *op. cit.*, pp. 556-557.

⁷⁹ Por el art. 53 de ese DL no hace falta reclamo previo en la expropiación irregular; pero según el Decreto Ley 19.549/72 de todos modos no hace falta el reclamo cuando existe un procedimiento especial, lo cual se ha entendido de antaño que ocurre con el juicio expropiatorio: *Fallos*, 186: 251, *Nación Argentina v. Domingo Bianchi y otros*, 1940; 241: 382, *Nación Argentina v. Ramón Olivera*, 1958; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 46; FIORINI, *Qué es...*, *op. cit.*, pp. 130-1.

⁸⁰ "Los procesos urgentes no pueden quedar sujetos a la observancia de la reclamación previa, toda vez que ello debilitaría el potencial de la protección interdictal." (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 665.)

⁸¹ Incluso se ha dicho que, antes de la última modificación sufrida, el decreto-ley 19.549/72 había establecido una verdadera presunción judicial, respecto a la inutilidad del reclamo administrativo previo de conformidad con la experiencia normal de las cosas. (FANELLI EVANS, MARÍA AGUSTINA, "El concepto del ritualismo inútil en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos," en POZO GOWLAND, HECTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDEZ, OSCAR; JUAN LIMA, FERNANDO Y CANOSA, ARMANDO (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 771.)

⁸² CSJN, *Fallos*, 204: 618, *S.A. El Fénix Sudamericano c. Nación*, 1946; 215: 37, *Vidiri María Filomena*, 1949; 233: 106, *Zenón Evaristo Perezlindo*, 1955; 252: 326, *Edward Arturo Mariño*, 1962. Comp. FIORINI, *op. cit.*, p. 129.

formándolo en un ritualismo inútil,⁸³ conforme a la muy antigua jurisprudencia que siempre encontró en ello un principio de naturaleza constitucional. Con la nueva modificación esta excepción ha quedado presuntamente “derogada” en el texto literal de este plexo normativo,⁸⁴ pero creemos que la regla del anterior inc. e) sigue jurídicamente vigente, en cuanto no ha hecho sino recoger, como hemos dicho, una centenaria jurisprudencia de claro fundamento constitucional. Así lo había comenzado a reconocer la justicia.⁸⁵

La ley 3.952 del año 1900, de demandas contra la Nación, exigía el reclamo administrativo previo sin excepciones. La justicia consideró que ello era irracional e inconstitucional en una serie de supuestos, entre ellos, cuando la conducta de la administración hiciera prever una negativa haciendo entonces del trámite un formalismo inútil.

Con la nueva reforma, sucede lo mismo que con la ley 3.952 pese a la letra del nuevo texto legal, éste no puede derogar un principio constitucional. De allí que hay jurisprudencia que admita que el agotamiento de la vía administrativa no es necesario si la administración ha fijado una posición en otros casos en forma expresa o tácita que haga prever la negativa de la administración y consecuentemente trabe en forma innecesaria e irrazonable el acceso a la justicia.⁸⁶

De esta manera, consideramos que los tribunales de nuestro país deben seguir exceptuando de requerir el reclamo administrativo previo siempre que se haga

⁸³ Véanse los casos que menciona MAIRAL, *op. cit.*, p. 360 y ss. Ver también CNFed. CA, Sala I, *Malharro de Torres*, 25-X-95; Sala II, *Mansilla*, 16-VIII-94; Sala V, *Vasile*, 13-III-98 y otros.

⁸⁴ En cambio la excepción es expresa en la CABA, art. 5º: BALBÍN, CARLOS F., “El ritualismo inútil como excepción al agotamiento de la vía administrativa,” en BALBÍN (dir.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, 3ª ed., título I, cap. único, comentario al art. 5º, § 9, pp. 117-120 y la jurisprudencia allí citada; Provincia de Buenos Aires, art. 14, inc. 1º), ap. b).

⁸⁵ Al respecto, y luego de sancionada la ley 25.344, la Sala IV de la CNFed. CA ha señalado que “Sin embargo, a pesar de que no se encuentra previsto como excepción en el nuevo texto legal, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en el caso de autos, toda vez que consta al tribunal -en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos- la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos de este tipo. En este sentido, no puede dejar de recordarse que el exceso de rigor formal -que sin dudas se configuraría si no se reconociera al administrado la posibilidad de prescindir del reclamo en aquellos supuestos excepcionales en los que —como en el sub lite— se ha comprobado de modo manifiesto la oposición de la administración- resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia, máxime atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados de jerarquía constitucional (conf. art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica),” CNFed. CA, Sala IV, *Bejarano, Nicanor*, 30-X-01. Ver asimismo FANELLI EVANS, MARÍA AGUSTINA, “Ritualismo inútil. Un límite constitucional a la regla del previo agotamiento de la vía administrativa,” *RAP*, 334, separata, Buenos Aires, 2006.

⁸⁶ CNFed. CA, Sala I, *Ramos, LL*, 2002-E, 402 (2001), con nota de VOCOS CONESA, “La doctrina...” *op. cit.*; “Apostillas jurisprudenciales...” *op. cit.*; CNFed. CA, Sala II, *Castillo, LL*, 2002-A, 972; CNCiv., Sala H, *Gilardone, LL*, 2002-A, 811; *DJ*, 2002-1, 151 (2001); COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.5, p. 514.

presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil, aun a pesar del nuevo texto legal.⁸⁷ Tal ha sido el temperamento adoptado por cada una de las Salas que componen la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁸⁸ y, finalmente, plasmado en un pronunciamiento plenario de dicho fuero.⁸⁹ De este modo, el *quid* de la cuestión está en apreciar cuándo el reclamo administrativo previo puede cumplir una función útil, como modo de permitir a la administración pronunciarse en tiempo para tornar a su vez innecesario el juicio y cuándo en cambio puede constituir un ritualismo inútil, de resultados estériles, que solamente entorpece el accionar de unos y otros.⁹⁰

Creemos que es inevitable enfrentarse con la verdad: *En tanto requisito previo a la demanda*, es un ritualismo inútil en todos los casos,⁹¹ de ineficacia cierta. A ello se suma que, con frecuencia, la tramitación en sede administrativa de un reclamo o recurso, especialmente en la administración central que es donde se aplica este régimen, tarde a veces tanto como un juicio. Su tiempo se mide en años, no en meses. Los 135 días hábiles que prevé el decreto-ley en total para poder seguir la vía judicial ante el silencio de la administración frente al reclamo son poco más de seis meses: Virtualmente imposible que la administración resuelva el reclamo y por tanto casi absolutamente cierto que iniciarlo será un ritualismo inútil, pues el particular deberá iniciar la acción judicial sin haber podido obtener pronunciamiento alguno de la administración pública. No se pide certeza absoluta, sino sólo presunción *juris tantum* de que el reclamo será estéril, por lo que consideramos que normalmente este supuesto podrá estimarse configurado en la totalidad de los casos que se presenten.

⁸⁷ En manera coincidente se han expresado ROCCATAGLIATA, “El reclamo administrativo previo,” *op. cit.*, pp. 479-480; PERRINO, PABLO y DE LA RIVA, IGNACIO, “Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMAY CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. II, *op. cit.*, pp. 490-494. Incluso FANELLI EVANS entiende que el temperamento adoptado por el legislador al haber eliminado el ritualismo inútil de la norma en estudio daría lugar a responsabilidad internacional de parte del Estado argentino por haber incumplido las disposiciones de varios instrumentos internacionales referidas a la tutela judicial efectiva. (FANELLI EVANS, “El concepto del ritualismo inútil en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos,” *op. cit.*, p. 793.)

⁸⁸ CNFed. CA, Sala I, *Young Silvia Norma y otros c/ E.N. -ENTEL Residual- y otro*, 15-III-01; Sala II, *Pulli, Elisa c/ E.N.-Ley 25.453*, 21-VI-07; Sala III, *Chapana Máximo y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares*, 5-IX-06; Sala IV, *López Tomasa Ana y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares*, 22-II-07; Sala V, *Meza Agustín y otros c/ E.N. M° Defensa-EMGA-Dto.2769/73*, 14-VIII-06.

⁸⁹ CNFed. CA, en pleno, *Córdoba, Salvador y Otros C/ EN-Dirección General de Fabricaciones Militares s/ Empleo Público*, 18-V-11, LL, 2011-E, 336 LA LEY 2011-E, 336 LA LEY 2011-E, 336. Ampliar en CARATTINI, *op. cit.*

⁹⁰ CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, *op. cit.*, pp. 557-558.

⁹¹ Conf. D'ARGENIO, *La justicia...*, *op. cit.*, cap. II, § 5, pp. 36-7 y § 20, pp. 83-84: “Si el derecho subjetivo del particular permanece inmune al desconocimiento en sede administrativa frente a la presentación de la reclamación, y el acto que se dicte en consecuencia de ella carece de aptitud para modificar la situación jurídica del reclamante, entonces no existe ninguna razón para subordinar, en ningún caso, la demanda judicial al reclamo administrativo previo.” El destacado nos pertenece.

10.4. Conclusiones respecto a las omisiones

Para resumir todas las situaciones precedentes según cuál sea el objeto de la omisión que se considere, estimamos oportuno reflexionar sobre el hecho de que cualquier conducta omitida por la administración, cuando debía legalmente producirse, es seguramente susceptible de ocasionar un perjuicio material apreciable en dinero y, posiblemente, un daño moral. Ello significa que en la mayoría, sino en la totalidad de los casos, el particular que reclama por una omisión administrativa cualquiera, estará en condiciones de reclamar también una indemnización por esa conducta omisiva.

10.4.1. Omisiones de pagar sumas de dinero

En el régimen anterior, toda vez que se reclamaban sumas de dinero al Estado la regla venía siendo inexorablemente la inexigibilidad del reclamo administrativo previo. En efecto, si se quería reclamar al Estado sumas de dinero,⁹² con motivo de indemnización de daños y perjuicios (anterior inc. *d*): Contractuales o extracontractuales (la norma no distinguía) o por repetición de un gravamen (impuesto, tasa, contribución de mejoras, derechos, multas, accesorios, etc.: Una vez más la norma no distingue), o por repetición de lo cobrado por el Estado en virtud de una ejecución (por cualquier título y concepto, pues el anterior inc. *c*) y el actual inc. *a*) tampoco distinguen), igualmente no hace falta el reclamo administrativo previo.

Pero con el nuevo régimen hemos visto que han quedado derogadas la mayoría de las excepciones y en el caso de reclamación por daños y perjuicios, la inexigibilidad sigue manteniéndose respecto de los que tienen origen en responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Hará falta entonces el reclamo, por excepción, si se pide el pago de un premio, o el otorgamiento de una pensión, jubilación, subsidio, p. ej., sin que haya acto administrativo que resuelva la cuestión en sentido adverso a las pretensiones del administrado? En tanto haya acto administrativo se hace nuevamente aplicable la primera regla enunciada, desde luego.

Veamos el caso de un particular que se considere con derecho a determinado premio, subsidio, pensión, jubilación, etc., que no le han pagado y que estime asimismo que la falta de cumplimiento por el Estado de tales prestaciones le ha causado daño material y moral. Si él reclama entonces no sólo el pago de lo que considera se le debía originariamente, sino también la indemnización de los

⁹² Conviene aclarar, que no nos referiremos a este asunto bajo la clasificación civilista de obligaciones de dar, hacer y no hacer o permitir. O sea, al tratar de las omisiones del Estado no estamos tratando de sus obligaciones de hacer, no hacer o permitir (la causa en todo caso del problema), sino a cómo el problema se exterioriza al particular. Para el particular el incumplimiento o violación por la administración de cualquiera de sus obligaciones se presenta a través de actos, hechos y omisiones. En tal sentido hablamos en adelante de éstas.

daños y perjuicios, pareciera que el reclamo previo en lo que hace a los daños y perjuicios, obviamente no es necesario.

¿Hará falta entonces respecto al capital? Creemos que tampoco, pues exigir el reclamo implicaría obligar al particular a desdoblarse la cuestión y p. ej. hacer el reclamo previo por el capital inicial, pero iniciar mientras tanto la acción por daños y perjuicios que son el resultado de la falta de pago del capital inicial, lo que no parece razonable. Y cabrá recordar también que la regla tradicional, en virtud de la cual se excluían del reclamo previo los reclamos de daños y perjuicios, era precisamente la imposibilidad práctica para la administración de justipreciar estos daños en sede administrativa, lo cual significaba y significa que en tales casos hacer el reclamo es, otra vez, un ritualismo inútil, de ineficacia cierta.

Concluimos entonces en que no hace falta el reclamo, como regla y que la inclusión del rubro “indemnización” en cualquier demanda pecuniaria, cualquiera sea su importancia relativa en el monto del juicio (incluso una demanda de una suma meramente simbólica, p. ej. \$ 1 en concepto de daño moral), hace que automáticamente sea también legalmente superfluo el reclamo previo.

10.4.2. *Omisión de devolver cosas*⁹³

Antes si se quería obtener del Estado el desalojo de un bien de propiedad del particular, sea con motivo de la inexistencia de contrato de locación, o de la extinción con causa de un contrato de locación existente (la anterior normativa no distinguía), tampoco hacía falta el reclamo conforme el inc. *d*) segunda parte del anterior art. 32.

Si se quería obtener del Estado la devolución de la posesión, por un interdicto de recobrar, o que se abstuviera de otro modo de molestar la posesión de un bien por el particular, no hacía falta el reclamo por tratarse de acciones que no tramitan por la vía ordinaria: Inc. *d*), tercera parte del anterior art. 32.

De esta manera, para poder encontrar un caso en que fuera necesario el reclamo para obtener del Estado la devolución de una cosa, sin que hubiera de por medio juicio de desalojo o acciones posesorias, solíamos concebir una situación en que el Estado por un título *prima facie* válido retuviera un bien mueble sin ánimo de dueño: P. ej., un vehículo retirado de la vía pública por supuesto mal estacionamiento, para cuya devolución se exige el pago de los gastos de traslado y custodia.

En este caso posiblemente no sería viable un interdicto y si no hay acto alguno del Estado en el sentido indicado, sería necesario el reclamo como requisito previo a la demanda, a menos que se pudiera sostener que en los hechos el procedimiento

⁹³ Ver la aclaración semántica de la nota precedente.

sería en verdad ritualismo inútil de ineficacia cierta (anterior inc. e), o que se reclamare la reparación del perjuicio ocasionado (anterior inc. d, primera parte).

Ahora en cambio, del nuevo texto legal que ha derogado el anterior inc. d) segunda y tercera partes, cabría concluir apriorísticamente que es necesario interponer el reclamo administrativo previo antes de la demanda, a menos que se reclamaren los daños y perjuicios conforme el nuevo inc. b) del art. 32. Seguimos sosteniendo que si se prueba —en la medida ya explicada— que la reclamación previa sería en verdad un ritualismo inútil, los tribunales no podrían negarse a dar curso a la demanda a pesar del nuevo texto legal. Prueba de ello son los fallos *Ramos, Castillo, Gilardone* y, finalmente, el plenario *Córdoba*.⁹⁴

10.4.3. *Otras acciones o prestaciones omitidas por el Estado*⁹⁵

Si se quiere demandar del Estado una conducta positiva que éste se abstiene de realizar y que no es el pago de sumas de dinero, p. ej. si se quiere demandar para obligar al Estado a realizar una obra pública, prestar un servicio, etc. y no hay acto administrativo particular o general pronunciándose en sentido adverso, entonces sí podría ser necesario el reclamo.

En el régimen anterior esta solución se invertía enseguida que se analizaba: No hacía entonces falta el reclamo si mediaba de parte del Estado una “clara conducta que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento,” tal como expresaba el anterior inc. e) del art. 32. En materia de realización de prestaciones positivas, en muchos casos la propia inercia administrativa en omitir realizar cierto tipo de prestaciones, podía en los casos ocurrentes ser prueba suficiente de que de reclamárselo el particular estaríamos ante un *ritualismo inútil*⁹⁶ que por el inc. e) tornaba también superfluo el reclamo administrativo previo.

Entonces, si se quisiera demandar al Estado por el incumplimiento de sus planes, no habiendo actos administrativos de por medio, ¿qué otra muestra que el mismo incumplimiento del Estado se quiere para poder demostrar fuera de toda duda que existe una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento de reclamo?

A su vez y al igual que en el caso anterior, si el particular que reclama del Estado la realización de determinada prestación por éste omitida, incluye también como rubro de la demanda la reparación de los perjuicios que esa omisión ocasiona, el elemento indemnizatorio de la demanda, que no requiere reclamo previo, tiene para nosotros fuerza atractiva o de expansión suficiente como para excluir el resto del juicio de la misma necesidad.

⁹⁴ Ver *supra*, § 4, “El sistema actual” y sus notas.

⁹⁵ Pueden verse otros casos de inexigibilidad en MAIRAL, *op. cit.*, p. 362.

⁹⁶ Ver, *supra*, § 10.3.6, “Ritualismo inútil.”

Desde un punto de vista profesional y para depurar al procedimiento administrativo y jurisdiccional de lo que cada vez más parece una rémora,⁹⁷ sugerimos que en toda demanda de esta naturaleza se incluya expresamente el rubro indemnizatorio, lo cual no es un absurdo en modo alguno, pues si el particular se considera con derecho a determinada conducta que el Estado ha omitido, entonces es obvio que esa omisión algún perjuicio necesariamente le causa en sentido jurídico. Cumplido ese recaudo, parecería que en materia de acciones o prestaciones omitidas por el Estado, tampoco hará entonces falta el reclamo previo. Por supuesto, la inestabilidad normativa y jurisprudencial en que oscila siempre esta materia específica impide tener certezas absolutas y obliga a estar atento a los vaivenes de la jurisprudencia de los tribunales ante los cuales se actúa.

11. *La regla: ¿inexigibilidad o exigibilidad del reclamo administrativo previo?*⁹⁸

Antes de la ley 25.344 hemos sostenido que no hacía falta el reclamo por actos, ni tampoco por hechos, que igualmente no era necesario en caso de silencio y que en materia de omisiones el conjunto de excepciones expresas e implícitas cubría el total de posibilidades existentes, llegábamos a la conclusión, de *lege lata* y no de *lege ferenda*, de que *nunca* era exigible el reclamo administrativo previo para demandar a la Nación o a sus entes autárquicos. Actualmente, debemos concluir que estas excepciones de jerarquía constitucional no pueden ser derogadas por una norma de rango inferior y es en este caso misión de los tribunales, parafraseando a HOLMES, decir lo que el derecho es.⁹⁹ Claro que son tantas las demandas que la sociedad civil viene pidiendo a la Corte Suprema,¹⁰⁰ ante la insensibilidad

⁹⁷ Máxime habiendo un sistema de recursos contra los actos administrativos y no existiendo mecanismos idóneos contra las omisiones de la administración.

⁹⁸ Ver respecto a la CABA: GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 311 y ss.

⁹⁹ Ver § 4, “El sistema actual.” En la Prov. de Buenos Aires la modificación de la ley 13.101 ha regresado, lamentablemente, al clásico sistema ambiguo que se advierte en su art. 14. Esta contrarreforma es parte del proceso que explicamos en “Administrar sin justicia,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1/1: 11-25, año 2003. 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 (dir.), *Temas...*, op. cit., pp. 451-79.

¹⁰⁰ En efecto, nuestro Máximo Tribunal, en los últimos años, ha debido responder a demandas suscitadas a partir de reclamos populares desoidos por los otros poderes, que se fueron decantando hasta convertirse en pretensiones deducidas en acciones colectivas. Concretamente, en materia de derecho ambiental, en el caso *Mendoza* (Fallos, 329: 3528, 2006) ordenó a los gobiernos Nacional, Provincial y de la Ciudad de Buenos Aires efectuar la limpieza de la cuenca Matanza-Riachuelo a través de un ente tripartito; en el caso *Badaro* (Fallos 330: 4866, 2007), conminó al Congreso de la Nación a establecer mecanismos a futuro que garantizaran la movilidad de los haberes previsionales y a reparar el deterioro que dichas prestaciones habían sufrido en los años anteriores; en la causa *Ramos* (Fallos 333: 311, 2010) revirtió la jurisprudencia pacífica en materia de empleados públicos contratados por la administración nacional, condenando a ésta a abonar una indemnización al agente, cuando hubiera utilizado formas contractuales temporales para incorporar personal destinado a actividades permanentes y durante extensos períodos de tiempo; en el caso *Editorial Perfil* (Fallos,

o directamente voluntad antidemocrática de los otros poderes, que cabe honestamente preguntarse cuánto podrá hacer al respecto.¹⁰¹ Ta vez haya llegado el momento en que los particulares hagan sentir a sus diputados y senadores su insatisfacción por el desempeño de sus funciones, so pena de consagrar un cada vez más débil Estado de Derecho que no sólo nos perjudica en el derecho interno sino también en el concierto de las naciones civilizadas.¹⁰²

12. *El uso optativo del reclamo*

A la luz del régimen anterior existían fundamentos para analizar una cuestión que viene de antaño debatida: Si el particular, en los casos en que la ley no le exige el reclamo previo, puede de todos modos intentarlo, por supuesto que con el alcance de que esto suspende los plazos de prescripción y caducidad para iniciar la acción judicial, como dispone el art. 1º, inc. e), ap. 9, del decreto-ley 19.549/72,¹⁰³ o, más aun, que después de vencido el plazo de caducidad puede intentar el reclamo y seguir luego la vía judicial. Bajo el sistema vigente antes de 1972 habíamos sostenido que el vencimiento de los plazos establecidos para interponer recursos no impedía posteriormente interponer la reclamación administrativa

334: 109, 2011) ordenó que se dictaran normas que establecieran pautas equitativas y objetivas de reparto para la publicidad oficial. Finalmente, en materia de derechos humanos, en el caso *F.A.L.* (*Fallos*, 335: 193, 2012) ordenó a las jurisdicciones locales que adecuaran su legislación local, a efectos de prever protocolos procedimentales que pudieran facilitar la interrupción de su embarazo cuando se trata de mujeres que han sido víctimas de violación. Como puede verse, la Corte conmina a los otros poderes del Gobierno a adoptar determinadas medidas o a sancionar determinadas normas que estima impostergables a fin de proteger los derechos que los impugnantes entienden que fueron afectados, principalmente por omisiones de los otros poderes.

¹⁰¹ “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921, reproducido en el t. 7, cap. XI.

¹⁰² Este estado de cosas, que se refleja en nuestro actuar internacional, ha llevado a algunos países del G-20 a oponerse a nuestra continuación en el grupo, dado nuestro incumplimiento de la revisión del art. IV por el FMI que votamos junto a los demás países y somos ya el único en incumplir; lo mismo cabe decir del informe adverso del GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, al cual también pertenecemos pero cuyas normas igualmente no cumplimos. En el G-20 compartimos el último escalón con Sudáfrica, y este país ha ido avanzando por delante de nosotros en materia de reconocimiento y prestigio internacionales. El derecho interno y el derecho internacional van *pari pasu*, pues una de las condiciones de ser parte del orden global es ser un Estado de Derecho.

¹⁰³ “Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de la caducidad.” Ampliar *infra*, § 19, “Suspensión, interrupción o remisión de plazos.” En el ámbito de la provincia de Buenos Aires ver OROZ, MIGUEL H. E., “La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense,” *LL*, 2006-F, 84, pp. 33-40: “Si se concluye que, por imperativo constitucional o como una derivación de la naturaleza de la pretensión, prima el principio de la demandabilidad directa, es forzoso aceptar que la mera circunstancia de acudir voluntariamente a la administración en procura de su derecho, esto en modo alguno le puede generar una situación más gravosa, que jamás se le presentaría si no lo hubiere efectuado.”

previa,¹⁰⁴ idea que recibió algunas adhesiones¹⁰⁵ y oposiciones.¹⁰⁶ Nuestra idea se encontraba, a nuestro entender, conforme al funcionamiento del sistema en la realidad administrativa y jurisprudencial de aquel entonces. Con el posterior sistema normativo expresó LINARES¹⁰⁷ que “si el particular así lo prefiere, puede utilizar directamente la vía del reclamo del artículo 30 en cuyo caso, ni tiene plazo de caducidad para hacerlo, ni tiene plazo de caducidad para demandar una vez sustanciado el reclamo, incluso, con denegatoria por silencio (artículo 31). El plazo de 90 días del artículo 25 está fijado para la vía recursiva solamente. Si se hubiera querido establecerlo también para el reclamo, máxime cuando antes no tenía término de caducidad para demandar, se lo hubiera dicho en el artículo 30 y siguientes. Y no es procedente extender por analogía el del artículo 25 a la demanda del artículo 30 y siguientes.”¹⁰⁸ En otras palabras, LINARES mantenía el criterio interpretativo que habíamos señalado anteriormente con referencia a la práctica del procedimiento administrativo. Con la *nueva* reforma esta situación se ve gravemente modificada, porque el nuevo art. 31 establece que luego de requerido el pronto despacho y transcurridos los 45 días, el particular podrá “iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.” O sea, un retroceso en la defensa de los derechos frente a la administración y el acceso a la justicia.

Así se ha dificultado el acceso a la jurisdicción.¹⁰⁹ La norma le quita coherencia al sistema en oposición con la Constitución, pues los plazos del art. 25 constituyen un debilitamiento de la defensa de los particulares y dejan de satisfacer a la doctrina la idea de que los plazos de prescripción del Código Civil puedan ser dejados sin efecto por una norma local.¹¹⁰ Esta interposición suspende los plazos

¹⁰⁴ *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1964, pp. 212-3; ed. 1971, p. 493, reproducido como libro III del t. 5.

¹⁰⁵ ESCOLA, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, 1967, p. 476; *Tratado general...*, *op. cit.*, p. 398.

¹⁰⁶ PEARSON, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁷ LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, cap. XVI, § 4, párr. 372, pp. 418-9; *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 27 y ss., pp. 31-2.

¹⁰⁸ LINARES se remite aquí a su trabajo “Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” *LL*, 54: 776. Véase, asimismo, MAIRAL, *op. cit.*, p. 357.

¹⁰⁹ Ampliar en CAMPOLIETI, FEDERICO, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad,” *LL*, 2006-E, 284, nota a CNFed. CA, Sala II, *Seidel*, 30-V-2006; BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “La defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria ante el silencio de la administración. Breve repaso a casi diez años de la controvertida reforma de la ley 25.344,” *LL*, 2009-F, 1136; BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en ‘offside’ al administrado,” *LL*, 2006-E, 313; AMBROSINO, MARÍA SILVANA, “Amparo por mora y reclamo administrativo previo,” *LL*, 2006-F, 96.

¹¹⁰ Se pronuncia en contra de la constitucionalidad de la ley de procedimiento administrativo nacional, por lesionar las normas de derecho común del Código Civil, CASSAGNE, “Acerca de la caducidad...,” *op. cit.*, p. 832: “Si del Código Civil fluye la determinación de los plazos de prescripción para las acciones, mal puede luego la legislación procesal (de carácter local) hacer ilusorio ese régimen mediante la institución de un plazo de caducidad al ejercicio de ese derecho de fondo. Si se

conforme lo dispuesto por el art. 1º, inc. e), ap. 9, del decreto-ley 19.549/72. Si se sostuviera que allí donde no es *necesario* el reclamo previo, tampoco es *procedente* y que está vedado interponerlo en los casos en que la legislación no se lo exige, entonces habríamos llegado a la conclusión de que el reclamo administrativo previo *no existe*, a pesar de estar legislado en la ley ya que en ningún caso se debería ni se podría interponer. Si bien es atractiva la idea de eliminar las instituciones superfluas de que está aquejado el derecho administrativo,¹¹¹ creemos que la conclusión en este caso sería prematura. Lo cierto es que el legislador le ha dedicado los suficientes artículos y la suficiente atención como para no poder llegarse sin más a la conclusión de que en verdad ha legislado una suerte de espiral de humo. Entendemos, más bien, que la única interpretación que le deja una razonable posición al reclamo considerado, es precisamente aquella que adelantó entre otros LINARES, en el sentido de que ha de estimarse que la intención del legislador fue la de permitir al particular usarlo en los casos en que él no le está exigido. No se trata de una suposición aventurada, pues era la solución vigente antes del decreto-ley y esa solución mereció la adhesión expresa precisamente de uno de los autores del proyecto luego sancionado.¹¹²

Ahora bien, el nuevo texto legal aplica el plazo de caducidad del art. 25 una vez transcurridos los 45 días de requerido el pronto despacho.¹¹³ De esta manera el decreto-ley impide al particular ejercer el reclamo previo y luego de este recaudo acudir a la justicia, una vez transcurrido el plazo de caducidad. Y a esto debe sumarse que según el nuevo art. 31 los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previs-

piensa además que algunas de esas acciones son imprescriptibles (*v.gr.* las emergentes de un acto viciado de nulidad absoluta) sólo cabe aceptar la existencia de plazos de caducidad en la medida en que no afecten el sistema general de la prescripción consagrado en la legislación de fondo.” Es ésta también, de antaño, nuestra opinión. En cambio MARIENHOFF, “Demandas...,” *op. cit.*, p. 1030, se pronuncia a favor de la constitucionalidad del referido plazo de caducidad y sostiene además que el referido transcurso del plazo hace también perder el derecho a interponer el reclamo administrativo previo, la denuncia de ilegitimidad y el reclamo por daños y perjuicios (p. 1028), produciendo en consecuencia una total y absoluta pérdida de todo derecho.

¹¹¹ Como aquellas a que hemos dedicado en el t. 2 los caps. V, “El «poder de policía»,” VI, “Servicios públicos” y VIII, “La no justiciabilidad del Estado.”

¹¹² ESCOLA, *Tratado general...*, *op. cit.*, p. 398: “Esta circunstancia le dá un valor preponderante para los administrados, ya que aun cuando hayan vencido los plazos previstos para interponer otros recursos, siempre será procedente esta reclamación, salvo que se hubiera producido la prescripción, según las normas de derecho común, de la acción.”

¹¹³ Más allá de los cambios que la ley 25.344 operó sobre el art. 31 del decreto-ley 19.549/72, la Corte Suprema ha decidido que el plazo de caducidad previsto en el art. 25 no resulta aplicable en los supuestos en los cuales se hubiera configurado el silencio de la administración por no haber resultado en el plazo correspondiente un reclamo administrativo. (CSJN, *Biosystems S.A.*, 11/II/14, LL 2014-C, 507; para un mayor desarrollo de la postura expuesta por la Procuradora General en el citado fallo, ver MONTI, LAURA M., “Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal,” *Infojus*, n° 8, 2014, pp. 167-176.)

tos en el art. 25 y en el mencionado art. 31, consagrando así legislativamente la doctrina de los casos *Gorordo*¹¹⁴ y *Romero*.¹¹⁵

La tesis que admite la opción ha recibido algunas coincidencias¹¹⁶ y algunas discrepancias,¹¹⁷ que aun antes de esta nueva reforma preferían considerar que la ley había querido cerrar al particular la posibilidad de impugnar los actos de la administración una vez transcurridos los plazos del art. 25. Su argumentación es seria y tiene cierto sustento en estas normas, pero en cambio no se compadece con el principio superior de la garantía constitucional de la defensa en juicio, que a nuestro juicio quita sustento ético-político y por ende fundamento normativo, a soluciones de esta índole. Tampoco se compadece con el nuevo texto constitucional que amplía la tutela judicial no sólo a los derechos subjetivos sino también a los derechos de incidencia colectiva, lo cual sugiere una mayor defensa del usuario y administrado, no menor.

Por eso, el nuevo texto realiza un retroceso legislativo que no puede menos que reprocharse de inconstitucional: Para el particular, plazos breves y severos, perentorios, insoslayables por interpretación alguna; para el Estado, solamente plazos de prescripción (art. 27),¹¹⁸ lo que puede significar, en el caso de los actos nulos, y según cierta doctrina, imprescriptibilidad de la acción,¹¹⁹ postura por demás inadmisibles a la luz de la seguridad que se requiere en las relaciones jurídicas. No se trata solamente de la lesión al principio de igualdad, ni tampoco de una supuesta desigualdad procesal,¹²⁰ sino que resulta que el

¹¹⁴ *LL*, 1999-E, 186.

¹¹⁵ *LL*, 1999-E, 140.

¹¹⁶ HALPERÍN, DAVID ANDRÉS y CATTANI, HORACIO R., "Procedimiento administrativo," *RAP*, 6: 12, 15, § III.2 (Buenos Aires, 1979); DE ESTRADA, JUAN RAMÓN, "Juicios contra el Estado nacional. Plazos para interponer acciones o recursos," *JA*, 1977-III, 689, 694.

¹¹⁷ MUÑOZ, "Naturaleza..." *op. cit.*, p. 42, quien recuerda también que la tesis criticada fue expuesta por nosotros a poco de aparecido el decreto-ley. MUÑOZ advierte, por cierto, la naturaleza política de fondo de la discusión, por encima de los argumentos formales, *op. cit.*, pp. 44-5; PEARSON, MARCELO M., "Impugnación judicial de la actividad de la administración pública nacional (una tercera posición en el problema que plantea el art. 25 del decreto ley 19.549)," *LL*, 154: 1028 y ss.; "Reclamos administrativos; otras vías administrativas," *ED*, 66: 752, *Manual...*, *op. cit.*, p. 126 y ss., quien sin embargo propugna que el particular pueda, aun vencido el plazo de caducidad, reclamar no ya la invalidez del acto sino la indemnización de los perjuicios que éste le haya ocasionado, p. 128, lo cual nos parece contradictorio: uno de los presupuestos de la responsabilidad civil es la ilicitud de la conducta lesiva y mal podría argumentarse que pueda responsabilizarse al Estado (salvo el supuesto, que es otro, de responsabilidad por actos legítimos) declarando en una sede la ilicitud de un acto que en cambio en otra sede se consideraría válido e inimpugnabile; FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, 2ª ed., pp. 616-8, aunque excluye a los actos viciados de nulidad absoluta; GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*; SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, "La instancia..." *op. cit.*, p. 768; MARIENHOFF, "Demandas..." *op. cit.*

¹¹⁸ Existen opiniones favorables genéricamente a la desigualdad: CASSAGNE, *Ley...*, *op. cit.*, p. 5, último párrafo.

¹¹⁹ Así p. ej. GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 14 y 20, pp. 957-9, que interpreta el sistema como dando al Estado, pero negando al particular, la acción para impugnar los actos manifiestamente nulos.

¹²⁰ Que también la hay, por supuesto, pero siempre puede argumentarse que no tiene por qué no haberla, como lo tiene resuelto la Corte Suprema. Ver sin embargo, lo que dice este tribunal en el fallo transcrito *infra*, § 18, "Requerimiento de pronto despacho."

mismo acto es para el Estado impugnabile, y para el particular destinatario inimpugnabile. Un verdadero sinsentido que coloca en cabeza de la administración un privilegio más.

¿Es admisible que un mismo acto, incluso un acto que el intérprete no vacila en calificar de manifiestamente nulo, sea para el particular inimpugnabile, firme y definitivo y para el Estado impugnabile *sine die* y por tanto también revocable *sine die* en determinados supuestos (art. 17)?

A nuestro juicio no puede, a la luz de principios elementales de justicia, interpretarse que el derecho pueda ser cierto sólo en apariencia para los particulares, pero en cambio absolutamente incierto y mutable para los gobiernos, habilitados para cuestionar, a su arbitrio, la validez de actos que les está en cambio vedado a los individuos discutir: Eso no es propio de un Estado de Derecho. Algo de esto ya ha dicho la Corte Suprema en el caso *Carman de Cantón*, en 1936, cuando cuidó precisamente de proteger al individuo contra tales sempiternas vocaciones de inestabilidad de las administraciones,¹²¹ frecuentemente con apoyo legislativo, culpa de no tener un sistema parlamentario sino cesarista. Pero también responsabilidad fundamental de la doctrina autoritaria que tanto ha hecho carne en nuestro país, disfrazándose bajo la pretendida piel de cordero de invocar el interés público.¹²²

No es que sostengamos que deban aportarse soluciones exactamente iguales para el particular y el Estado en materia de plazos de impugnación de los actos administrativos, sino que el nuevo texto legal sobre este punto lleva a diferencias exageradas y disvaliosas,¹²³ a una real asistematicidad del conjunto normativo. Por eso, nos inclinamos por la primer solución expresada, por el mayor fundamento jurídico-político que ella tiene, por su mayor conformidad a la Constitución nacional y por su mayor lógica interna y razonabilidad de fondo.

13. *Contra qué actos procede*

En el régimen anterior a 1972 era clara la solución de que la reclamación administrativa previa era el más amplio y generoso de los remedios administrativos entonces existentes: Podía reclamarse contra cualquier acto, hecho u omisión proveniente de un órgano estatal.¹²⁴

¹²¹ *Fallos*, 175: 368, reproducido en *El acto administrativo*, 1969, p. 159 y ss., esp. § 5.

¹²² Son otros más de los muchos mitos y fantasías, ilusiones y utopías, que denuncian BONINA y DIANA, *op. cit.*, p. 1037, por promover a su juicio “La vigencia del principio de ilegalidad.”

¹²³ Diferencias exageradas como la que la Corte declaró inconstitucional en el caso *Galián* de 1978, *infra*, § 18, “Requerimiento de pronto despacho.”

¹²⁴ Lo dijimos en “La reclamación...,” *ED*, 6: 1066 y en *Procedimiento y recursos administrativos*, 1964, *op. cit.*, pp. 211-2; 1971, p. 492. Conf. FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 129 y *Manual de Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 1079; comp. *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., pp. 467-651.

En el sistema actual, aclarado en los párrafos precedentes que no es que el reclamo no sea procedente en los diversos supuestos analizados, sino que no es necesario,¹²⁵ fluye la respuesta: También ahora puede impugnarse mediante este reclamo, leyendo *a contrario sensu* el actual art. 30, cualquier conducta administrativa, sea acto, hecho u omisión. El contexto ha mejorado, en la misma medida en que ha mejorado el control judicial de la administración pública. No compartimos por ello la opinión de quienes consideran que el reclamo es improcedente para impugnar actos administrativos¹²⁶ y que serviría, p. ej. sólo para reclamar las consecuencias patrimoniales del acto.¹²⁷

Pensamos que en nuestro sistema, que no tiene la división francesa de jurisdicción judicial y contenciosoadministrativa, no existe razón para limitar la procedencia amplia del reclamo ni en sede administrativa ni luego en sede judicial. En sede administrativa, bien se comprende que no tendría sentido admitir el reclamo del particular pero negar a la administración el deber y la potestad de revisar la legitimidad de su acto y revocarlo o modificarlo si entiende que es contrario a derecho: No sería en verdad congruente ni fundado en nuestro derecho.

Por lo que hace a la justicia, la situación es la misma. Si se admite que el particular puede acudir a la instancia judicial, no tendría a nuestro juicio fundamento suficiente la idea de que el juez pudiera sólo entender de la reparación patrimonial, sin pronunciarse también sobre la ilegitimidad de la conducta, anulándola si corresponde.¹²⁸

Por lo demás, uno de los presupuestos de la responsabilidad del Estado, a menos que hablemos de la responsabilidad por acto legítimo o por riesgo, es

¹²⁵ En contra COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 23, § 5.1, p. 442, quien opina que las excepciones deben interpretarse restrictivamente y que: “La obligación de agotar la vía administrativa [...] significa una afirmación de la importancia del procedimiento administrativo como instrumento de protección de los derechos particulares y, simultáneamente, como medio de autocontrol administrativo de la legalidad y eficacia de su accionar.”

¹²⁶ ROCCATAGLIATA, “El reclamo administrativo previo,” *op. cit.*, p. 474; PERRINO y DE LA RIVA, “Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa,” *op. cit.*, pp. 460-468. Por su lado, la jurisprudencia de la Corte culminó por delimitar el universo de casos alcanzados por una y otra vía, así como de establecer su carácter excluyente entre sí, expresando que “cabe distinguir entre la vía impugnatoria -que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23 y sigts. de la ley 19.549- cuyo resultado sería necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho -aun originado en una relación jurídica preexistente- basada en lo dispuesto por los arts. 30 y concordantes de ese mismo cuerpo legal.” (CSJN, *Mackentor*, 1989, *Fallos*, 312: 1017.) Ver además las citas jurisprudenciales efectuadas en AGUILAR VALDEZ, “El agotamiento de la vía administrativa,” *op. cit.*, p. 80.

¹²⁷ PEARSON, *Manual...*, *op. cit.*, p. 128; comp. DE ESTRADA, *Juicios contra el Estado nacional*, *op. cit.*, p. 695.

¹²⁸ En el orden nacional en que rige por ahora el CPCCN y en que no hay Código Procesal Administrativo, no puede distinguirse como lo hace PEARSON, *op. cit.*, p. 128, siguiendo un *dictum* de la CSJN, entre “acción procesal administrativa” y “acción procesal civil y comercial.”

precisamente la ilicitud de la conducta, de modo tal que también por este lado difícilmente podría funcionar un sistema como el propuesto.¹²⁹ Reiteramos entonces nuestro concepto de que el reclamo administrativo previo procede contra toda clase de actos, hechos u omisiones, con las aclaraciones que fluyen de los párrafos precedentes.

14. Legitimación

En el régimen anterior habíamos expresado que, dado que la reclamación administrativa previa existía teóricamente con referencia a una eventual contienda judicial, parecería ser que sólo podía reclamarse en sede administrativa respecto de un derecho que a su vez estuviera protegido por la posibilidad de ocurrir a la justicia: Esto es, un derecho subjetivo y no un interés legítimo, en el orden nacional.¹³⁰ Esta interpretación suscitó coincidencias¹³¹ y discrepancias.¹³² El decreto-ley 19.549/72, mantenido en este punto por la redacción del decreto-ley 21.686/77 y por la nueva de la ley 25.344 se ha inclinado por la tesis mencionada en primer lugar, al establecer en el art. 30 que “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial.” También corresponde advertir que no es pacífica la opinión de los que entienden que en el estado actual de la legislación no existe en el orden nacional tutela de los intereses legítimos: GRAU sostiene que se encuentran legitimados para interponer el previo reclamo administrativo también los titulares de intereses legítimos.¹³³ Sin perjuicio de ello, cabe destacar que está reconocido el acceso a la jurisdicción a través de los derechos de incidencia colectiva,¹³⁴ con lo que la legitimación para el reclamo administrativo previo se ve ampliada respecto de este punto, claro está que con carácter optativo y no como exigencia para abrir la vía judicial. De cualquier manera mantenemos la opinión de que debe darse en lo posible una interpretación extensiva a la procedencia del reclamo como medio optativo de impugnación, también en este aspecto.

¹²⁹ Ver *supra*, t. 2, cap. XX, § 4, “La responsabilidad civil en general” y ss. y sus remisiones.

¹³⁰ *La reclamación...*, *op. cit.*; *Procedimiento...*, ed. 1964, *op. cit.*, p. 212; ed. 1971, p. 492.

¹³¹ FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*; *Manual...*, t. II, *op. cit.*, p. 1079.

¹³² ESCOLA, *Tratado general...*, *op. cit.*, p. 399: “Estimamos que este criterio restrictivo es improcedente, por cuanto la administración debe limitarse a tramitar la reclamación, sin abrir juicio sobre si procede o no la ulterior acción judicial, ya que ello será considerado y resuelto a su debido tiempo, por el tribunal competente.”

¹³³ GRAU, “Reclamación...”, *op. cit.*, p. 185. TAWIL, *op. cit.*, p. 157; comparte su opinión COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.3.4, p. 508.

¹³⁴ MAIORANO, JORGE, “El procedimiento administrativo y la defensa de los intereses colectivos,” en POZO GOWLAND, HALPERIN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. II, *op. cit.*, pp. 203-211; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARIA, “La legitimación en el procedimiento administrativo: Evolución, alcance y límites,” en POZO GOWLAND, HALPERIN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. II, *op. cit.*, pp. 469-470.

15. *Motivos de impugnación*

Sostiene GRAU que el reclamo administrativo previo permite la alegación de motivos de oportunidad o mérito por parte de un sujeto público,¹³⁵ lo cual plantea un interesante problema: Si la administración puede y esto parece claro, resolver el reclamo previo invocando no sólo motivos de legitimidad sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ¿por qué no habrá de poder hacerlo el particular?

La primera objeción vendría de la propia norma en cuanto requiere que “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial,” pero ha de advertirse que esto no es en verdad un escollo, a menos que la pretensión se funde sólo en motivos de oportunidad, lo que haría sí improcedente la demanda.

Pero en la medida que se advierte que una demanda judicial puede invocar no sólo argumentos de derecho, sino también argumentos de conveniencia o interés público, sin ser por ello improcedente, lo mismo puede ser aplicable al reclamo previo a la demanda.

A ello cabe agregar que la limitación normativa no se refiere en verdad a los fundamentos jurídicos y extrajurídicos de la pretensión, sino a su contenido fáctico y a los derechos de fondo reclamados.¹³⁶ Asimismo, cuando la disposición exige que el reclamo verse “sobre los mismos hechos y derechos” que luego se invocarán en la demanda, no está exigiendo una coincidencia matemática. El propio principio de oficialidad, que permite a la administración indagar en los hechos aplicando el derecho, incluso apelando al *jura novit curia*, torna insustancial esa limitación.¹³⁷ Por de pronto, entendemos que si el particular, convencido en parte por la decisión administrativa expresa o tácita en contra de su reclamo, decide iniciar la demanda por menos cuestiones que las reclamadas administrativamente, la demanda no por ello tendrá vicio procesal alguno. Y si el particular, en lugar de además de demandar por menos cuestiones, decide también iniciar la demanda invocando menos argumentos, la cuestión es la misma.

Como la ulterior demanda se encuentra ubicada inciertamente en el futuro, mal podría la administración entrar en sede administrativa a considerar si los argumentos y motivos del particular los incluirá o no y podrá o no incluir, en la instancia judicial. Como decía ESCOLA refiriéndose a otra cuestión, “ello será considerado y resuelto, a su debido tiempo, por el tribunal competente.”¹³⁸

¹³⁵ GRAU, *op. cit.*, p. 186.

¹³⁶ PERRINO y DE LA RIVA, “Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa,” *op. cit.*, p. 470.

¹³⁷ Ampliar en GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 480 y ss.

¹³⁸ ESCOLA, *Tratado general...*, *op. cit.*, p. 399.

16. *Término para interponerlo*

Las normas de la ley 3.952 habían mantenido el principio de que no existía plazo para su interposición,¹³⁹ salvo el de la prescripción de la acción.¹⁴⁰ La ley 25.344 no ha alterado, en este punto, la tradición de la ley 3.952 y su interpretación pacífica. Creemos que esta es la solución más conveniente para la protección de los derechos del individuo.¹⁴¹

17. *Ante quién se interpone*

El nuevo texto legal establece que la reclamación se dirige al ministerio o secretaría de Estado competente, secretaría de la Presidencia o autoridad superior del ente descentralizado.¹⁴²

Antes de ahora sostuvimos, en un criterio similar, que la reclamación administrativa previa se podía presentar indistintamente en el ministerio del ramo,¹⁴³ secretaría de Estado o entidad descentralizada respectiva.

El trámite del reclamo administrativo corresponde que sea hecho en la Secretaría de Estado, como norma.¹⁴⁴ Sobre esto nada dicen los decretos-leyes y aunque las normas reglamentarias en los recursos jerárquico y de alzada parecen indicar que el trámite se hace en el Ministerio respectivo,¹⁴⁵ de todos modos entendemos que la necesidad y la organización administrativas llevarán ineluctablemente a tramitarlo en las secretarías de Estado, para su posterior elevación al ministro del ramo, o autoridad superior del ente descentralizado, a fin de que emita la resolución.¹⁴⁶

La problemática a este respecto es la misma que explicamos a propósito del recurso jerárquico.¹⁴⁷

¹³⁹ Como dice PEARSON, *Manual de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 130, "La ley no fija el plazo y es fácil comprenderlo. No hay aquí una laguna del derecho; sencillamente el reclamo no se encuentra sujeto a plazo." En la p. 127 transcribe y critica nuestra posición referida al régimen anterior en materia de plazos, lo que deja algún margen de dudas sobre su concepto. Tal vez la explicación sea la distinción que formula PEARSON en el sentido de que a su juicio el reclamo sirve sólo para discutir los efectos civiles del acto, pero no para impugnar el acto mismo.

¹⁴⁰ En igual sentido, COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.3.1, p. 507 y nota 1980.

¹⁴¹ PTN, *Dictámenes*, 169: 217; dictamen 192/92; *B.O.*, 11-XI-92, 2ª sección, p. 25.

¹⁴² Decreto-ley 19.549/72, art. 30.

¹⁴³ Comparar MAIRAL, *op. cit.*, p. 357.

¹⁴⁴ La excepción sería el caso en que se impugnen actos o conductas de los secretarios de Estado, en que entendemos corresponde el trámite directamente ante el Ministerio; ver sin embargo el desarrollo de este punto en el cap. X, § 12, "Ante quién se tramita el recurso."

¹⁴⁵ Arts. 92 y 98.

¹⁴⁶ Como lo tiene resuelto de antaño la PTN, *Dictámenes*, 68: 153; 71: 161.

¹⁴⁷ Ver *supra*, cap. X, "El recurso jerárquico," § 12, "Ante quién se tramita el recurso."

18. *Requerimiento de pronto despacho*

Al igual que en el régimen anterior, el transcurso del plazo fijado —noventa días—¹⁴⁸ a partir del cual se puede requerir pronto despacho, habilita a hacerlo en cualquier momento, pues no existe plazo para ejercer ese derecho.

Esta solución tiene sustento constitucional, como lo resolvió la Corte Suprema *in re Galián*,¹⁴⁹ al declarar inconstitucional el art. 44 del Código Contencioso-Administrativo de Corrientes,¹⁵⁰ que obligaba a urgir el procedimiento administrativo dentro de un plazo determinado a partir del silencio administrativo.

Dijo la Corte Suprema: “La regulación legislativa y reglamentaria referida al silencio administrativo debe evitar que por tal actitud los particulares queden fuera de la protección jurisdiccional, en situación de indefensión. Frente a la inercia del órgano, la vía de la ficción legal no puede utilizarse hasta aniquilar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.”

“Conforme con los principios generales que rigen la materia, el recurrente concurre como colaborador en la elaboración de la decisión administrativa aun cuando defiende sus derechos subjetivos, por lo que predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio.”

“Además, la buena fe, la lealtad y la probidad que deben caracterizar todo proceso y la actividad de las partes en él, determinan que las normas adjetivas regulatorias de la conducta de las mismas no contengan exigencias contrarias a tales principios.”

“7°) Que, por tanto, resulta irrazonable que mediando una manifestación inequívoca y expresa del recurrente impugnando un acto o decisión de la Administración, suficiente para determinar la medida y el alcance de su reclamo, se presuma por vía legal su renuncia, cuando el órgano no cumple con su obligación de resolver dentro del plazo y el interesado no urge la decisión. En efecto, atribuir a esa renuncia por el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo al hecho de no haber urgido el procedimiento ante el silencio del órgano, no guarda coherencia con las reglas generales del procedimiento, premia la actitud negligente de la Administración, importa un trato desigual no razonable de los sujetos de la

¹⁴⁸ Plazo exagerado, en opinión de CANOSA, “Influencia...”, *op. cit.*, cap. 3, A).

¹⁴⁹ CSJN, Fallos, 300: 1292, *Edgar Galián v. Provincia de Corrientes*, 26-XII-1978.

¹⁵⁰ Art. 41: “Si transcurridos cuarenta y cinco días desde aquél en que se interpuso el recurso no recae resolución favorable para el particular, éste deberá urgir el procedimiento si desea mantener aquél.” Art. 42.-“El urgimiento se presentará ante el órgano superior del Poder de que se trate, con copia del escrito mediante el cual se interpuso el recurso.” Art. 44.- “Se considerará que hay renuncia a las acciones y recursos previstos en ésta ley, si no se promueve la reclamación a que aquéllas se refieren, dentro del plazo previsto en el artículo 37 como así si dentro de los diez días posteriores al vencimiento del plazo a que se refiere el artículo 41), el urgimiento que el mismo establece no es presentado.”

relación de derecho público y atenta contra la garantía de la defensa establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.”

“8°) Que la presunción legal que impide al interesado ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, no tiene significado meramente procesal sino que afecta los derechos sustanciales; aunque se hable de «renuncia de acciones y recursos» se trata realmente de una renuncia de derechos que la norma presume como consecuencia del incumplimiento por parte del particular de su obligación de instar el pronunciamiento de la Administración, sanción de injustificado rigor que estimula la negligencia de la misma.”

“Lo dicho lleva a concluir que el artículo 44 de la ley 2943 en cuanto no se limita a regular el ejercicio de la acción procesal, sino que yendo más allá arbitra un modo de extinción de la acción y del derecho, cuando el particular no inste la decisión del órgano dentro de los diez días de vencido el plazo para que aquél se pronunciara, es inconstitucional dado su disconformidad con los artículos 16 y 18 de la Ley Fundamental.”

Volviendo al decreto-ley nacional, a la luz de tales principios resulta clara la solución según la cual él no establece un plazo dentro del cual, una vez transcurrido los noventa días iniciales, *deba* presentarse el pedido de pronto despacho; de allí que sea optativo para el particular presentarlo inmediatamente, o bien dejar transcurrir el tiempo antes de instar definitivamente a la administración para que decida o deje abierta la vía judicial por denegación tácita.¹⁵¹

La ley “de emergencia”¹⁵² 25.344 no ha alterado, en este aspecto, la normativa anterior. Cabe así decir que es éste un punto al menos en que la ley no ha producido un retroceso desde el punto de vista procesal, porque no se obliga al administrado a acelerar innecesariamente el desenlace en sede administrativa y a ocurrir obligadamente a la vía judicial, dejando de lado la administrativa. Si el particular no tiene urgencia, o hay razones que justifiquen la lentitud del procedimiento administrativo, puede él reservarse para más adelante el pedido de pronto despacho y continuar con el trámite administrativo mientras tanto. Pero no deja de ser lamentable que haya que escudriñar cómo defenderse frente a la ley, en lugar de que la ley nos ayude en forma simple y clara a defender nuestros derechos frente a la administración. Quizás esto no deba ser motivo de sorpresa, después de todo, si se tiene en cuenta que se trata de uno más de los

¹⁵¹ MAIRAL, *op. cit.*, p. 357, afirma, sin embargo, que si el pedido de pronto despacho se efectúa antes de vencido el plazo inicial de 90 días, podría tenerse por no habilitada la instancia, por analogía con lo resuelto respecto del silencio administrativo por la CNFed. CA., Sala II, *Kanonnikoff*, ED, 65: 182, año 1975.

¹⁵² Que por cierto, en lo que hace a la regulación del procedimiento administrativo y acceso a la vía judicial, nada tiene que ver con la emergencia. Si bien no somos optimismos, en buen derecho correspondería declararla inconstitucional, porque la emergencia es perpetua y no se arregla sino que se empeora haciendo retroceder el Estado de Derecho. Ver nuestro trabajo “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” *op. cit.*

infinitos casos en que estamos ante un proyecto del Poder Ejecutivo que el Poder Legislativo se limita a aprobar.¹⁵³

18.1. *El pronto despacho y la aplicación del plazo del art. 25 para iniciar la demanda judicial*

El nuevo art. 31 de acuerdo a la ley 25.344¹⁵⁴ modifica lo que también constituía un derecho del administrado respecto del plazo para interponer la demanda judicial luego de requerido el pronto despacho.¹⁵⁵ Establece que luego de interpuesto el pronto despacho y transcurridos los 45 días “podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.” Se intenta que el particular pierda el acceso a la justicia en virtud de un plazo computado de manera implícita y sin notificación expresa alguna.¹⁵⁶ Ello contraviene la Constitución nacional y la jurisprudencia de la CSJN en los casos *Galián y Fundación Universidad de Belgrano*.¹⁵⁷ Por ello el plazo de caducidad sólo se puede aplicar cuando el reclamo es resuelto en forma expresa.¹⁵⁸ Tras la reforma de la ley 25.344, el art. 31 determina que vencido el término para que la administración resuelva tras el pronto despacho, comienza a correr automáticamente el plazo contemplado en el art. 25. Es decir, se pretende hacer correr de

¹⁵³ Ver nuestro art. “La constitucionalidad...”, *RPA*, 2006-2: 59-104, reproducido en el t. 7, cap. XII; PÉREZ HUALDE, “La postergación...”, *op. loc. cit.*

¹⁵⁴ Art. 31: “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.”

¹⁵⁵ Acerca de interponer un amparo por mora luego de un pedido de pronto despacho en un reclamo administrativo ver *Seidel*, CNFed. CA, Sala II, 2006, con notas de AMBROSINO, “Amparo por mora y reclamo administrativo previo,” *op. cit.* y CAMPOLIETI, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad,” *op. cit.*; BRUNO DOS SANTOS, *op. cit.*

¹⁵⁶ CAMPOLIETI, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad,” *op. cit.*, quien concluye que “el silencio administrativo denegatorio no puede operar sin la voluntad del administrado en ese sentido, lo que no puede presumirse a partir de la interposición de una mera solicitud de pronto despacho de las actuaciones. Por lo tanto, el silencio administrativo no es susceptible de configurarse por disposición legal y permitir la automática aplicación del plazo de caducidad.” Ver también las demás referencias de BRUNO DOS SANTOS, *op. loc. cit.*

¹⁵⁷ PERRINO, “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*

¹⁵⁸ USLENGHI, ALEJANDRO, “Algunas consideraciones en torno a la reforma del proceso administrativo,” *Revista de Derecho Público*, 2003-2: 29, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003. En contra BUJÁN, NÉSTOR, “Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.344,” en *Revista de Derecho Público*, 2003-2: 77.

pleno derecho un plazo para demandar una vez que la administración ha guardado silencio ante el reclamo deducido. Hemos siempre recordado la doctrina y jurisprudencia que descalifican por irrazonable e inconstitucional esta solución, lo que es virtualmente unánime.¹⁵⁹ Por ello, y ante la reedición de la cuestión a nivel nacional, muchos han puesto en duda el real alcance que tiene la mención del art. 25 en el nuevo art. 31, que hemos calificado de inviable jurisdiccionalmente, en atención a la Constitución y también a la garantía supranacional de acceso pleno e irrestricto a la revisión judicial.¹⁶⁰

Cuesta creer que esto provenga de un gobierno electivo; sirve para demostrar que no basta con que haya elecciones, debe haber también Estado de Derecho.¹⁶¹

Posteriormente a su entrada en vigencia, esta modificación normativa dio lugar a tres posturas en la doctrina.¹⁶² Algunos califican a la norma como disvaliosa o incluso injusta, aunque descartan que pudiera ser declarada contraria a la norma fundamental.¹⁶³ En una variante, se ha sostenido que el plazo para demandar sólo es aplicable cuando se resuelve un recurso o un reclamo pero no cuando media silencio;¹⁶⁴ en otra que el legislador impuso un plazo

¹⁵⁹ Además de los autores ya citados ver también, entre otros, MUÑOZ, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, 1982.

¹⁶⁰ Ver análisis doctrinal y jurisprudencial a partir del dictado de la ley 25.344 en BRUNO DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 2-6.

¹⁶¹ Vale señalar que esta tendencia no se ha visto modificada con la legislación sancionada en los gobiernos posteriores. Basta señalar como ejemplos la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado N° 26.854, sancionada en el año 2013, que modificó el carácter *in audita parte* propio del trámite de éstas (art. 4°), impuso un límite temporal a la vigencia de las cautelares otorgadas (art. 5°) y otorga efecto suspensivo al recurso de apelación interpuesto contra el decisorio cautelar que suspende los efectos de una disposición legal o de un reglamento del mismo rango jerárquico (art. 13) o la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944, sancionada en el año 2014, en la cual se excluyó: La procedencia de la reparación del lucro cesante en los casos de responsabilidad por actividad legítima (art. 5°), la responsabilidad solidaria del estado concedente en casos de responsabilidad de concesionarios de servicios públicos (art. 6°) y la inobservancia de un mandato general e indeterminado como causal de responsabilidad por omisión (art. 3°, inc. d). Todas estas disposiciones han venido a revertir importantes avances jurisprudenciales que se dieran en pos del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares.

¹⁶² Un estudio de las diferentes posturas que distintos autores han adoptado respecto a la legitimidad de las disposiciones de esta norma se puede leer en JUAN LIMA, FERNANDO E., “El silencio de la administración y la habilitación de la instancia judicial,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, *op. cit.*, pp. 145-159.

¹⁶³ HUTCHINSON, TOMÁS, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01.

¹⁶⁴ PERRINO, PABLO E., “La inactividad administrativa y su control judicial,” *RAP*, 269: 79. (Aunque este autor luego modificaría su postura para adherir a la posición que considera la norma derechamente inconstitucional en PERRINO Y DE LA RIVA, “Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa,” *op. cit.*, pp. 475 y ss.), Buenos Aires, 2001; Monti, Laura M., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; GUSMÁN, ALFREDO S., Panorama del derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica, *EDA*, 30-VIII-02; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El control judicial de la función administrativa de los poderes legislativo y judicial,” *ED*,

para demandar tras el silencio de la administración y que esta regulación es inconstitucional.¹⁶⁵

Quienes adoptan la primera postura han resaltado que el cómputo de los plazos no se pone en marcha sino hasta que el particular interpone el “pronto despacho,” cuya presentación sigue siendo facultativa. De tal suerte que el administrado podría optar por esperar la resolución expresa de la administración o, cuando tiene decidido acudir a la instancia judicial, presentar pronto despacho para dar inicio al transcurso del término previsto por la norma. Este punto diferenciaría esta situación de la resuelta por el Alto Tribunal en la causa *Galián*¹⁶⁶ donde se declaró la inconstitucionalidad de una norma local que, efectivamente, obligaba al particular a interponer pronto despacho, haciendo que los plazos se disparasen automáticamente.¹⁶⁷

Por otra parte, la segunda posición ha sido la que finalmente adoptara la Corte, al remitirse a los fundamentos expuestos por la Procuradora General en la causa *Biosystems*.¹⁶⁸ Allí se manifestó que “la condición que impone el art. 31 de la LNPA para plantear la demanda en cuanto a «que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25 (caducidad la instancia)» debe interpretarse que sólo rige cuando el reclamo sea resuelto expresamente en contra del interesado, es decir, cuando haya una resolución denegatoria, mas no cuando se hubiera producido el silencio de la Administración y no existiera un acto expreso ... Con tal comprensión de la norma, ella no es descalificable por lesiva a principio constitucional alguno, en tanto éstos no se hallan directamente afectados si se atiende a que el art. 26 de la LNPA admite la posibilidad de que ante el silencio de la Administración la demanda pueda iniciarse en cualquier

31-VII-02, p. 2, nota 9, ac. c); DIEZ, HORACIO P., “El plazo de caducidad para demandar al Estado,” AA.VV., *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, Rap, 2003, pp. 229-50; USLENGHI, “Algunas consideraciones...,” *op. cit.*

¹⁶⁵ MAIRAL, HÉCTOR A., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; BIANCHI, ALBERTO B., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; RASPI, “Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos,” *op. cit.*; CANOSA y MIHURA ESTRADA, GABRIEL, “La emergencia y una nueva degradación de la tutela judicial efectiva,” *ED*, 190:732, calificación que reiterara CANOSA en *Las reformas al régimen de los juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Buenos Aires, Abaco, 2001; BUJÁN, “Reflexiones [...],” *op. loc. cit.*; ZAMBRANO, *Silencio de la Administración...*, *op. loc. cit.*

¹⁶⁶ CSJN, *Fallos* 300:1292, *Galián, Edgar c/ Provincia de Corrientes*, 26/XII/78.

¹⁶⁷ En una variante, JUAN LIMA propone que frente al vencimiento del plazo previsto en el art. 25 debe interpretarse que habría fenecido la posibilidad de ocurrir directamente a la instancia judicial, más tratándose de la vía reclamatoria, nada impediría que el particular pudiera instaurar nuevamente su pretensión mediante un nuevo reclamo. (JUAN LIMA, “El silencio de la Administración y la habilitación de la instancia judicial,” *op. cit.*, p. 159.)

¹⁶⁸ CSJN, *Biosystems S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud-Hospital Posadas)*, 11/II/14, *LL* 2014-C, 507LA LEY 2014-C, 507.

momento, y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción (conf. arts. 31 y 26 de la LNPA).¹⁶⁹

Además, recuerda, en apoyo de la decisión adoptada, la antigua jurisprudencia según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, de manera tal que sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa. En cuanto la aplicación de este límite al control de constitucionalidad que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha aplicado desde antaño, cabe cuestionarse si en aras de no declarar la inconstitucionalidad de una norma resulta justificado forzar la inteligencia de su texto, hasta punto tal de modificar la aparente voluntad del legislador. Debe tenerse igualmente presente que constituye otra pauta interpretativa justamente que no debe forzarse el texto de una norma cuando la voluntad del legislador surge en forma inequívoca de su literalidad. Asimismo, tampoco resulta justificable que, con esta finalidad, el juzgador sustituya la voluntad del legislador por su propia valoración.

Además de esta observación, también se ha puntualizado que la solución adoptada en la sentencia culmina por establecer, como regla, la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 a los casos en los cuales el reclamo administrativo sea rechazado en forma expresa, lo cual no surge de ningún pasaje del texto del decreto-ley 19.549/72.¹⁷⁰ Muy por el contrario, aquí no debe perderse de vista que el mentado plazo de caducidad no debería aplicarse a ninguno de los supuestos relacionados con la vía reclamatoria. Ello por cuanto ésta tiene características especiales que ameritan un tratamiento diferente al previsto en el régimen del procedimiento administrativo para la vía impugnatoria.¹⁷¹

En efecto, la no aplicación del plazo de caducidad al que nos venimos refiriendo en aquellas demandas entabladas contra actos que resuelven expresamente un reclamo administrativo, encuentra asidero en el hecho de que en la vía impugnatoria se cuestionan actos administrativos y éstos ostentan aptitud legal para crear, modificar o extinguir derechos, es decir modificar la situación preexistente del particular recurrente. Por otra parte, los actos dictados en la vía reclamatoria, se diferencian de aquéllos, pues estos carecen de aptitud para modificar dicho

¹⁶⁹ Consid. V del dictamen de la Sra. Procuradora General LAURA MONTI, al que la Corte Suprema se remite. Para un mayor desarrollo de la postura expuesta por la Procuradora General en el citado fallo, ver MONTI, Laura M., “Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal,” *Infojus*, n° 8, 2014, pp. 167-176.

¹⁷⁰ PERRINO, PABLO E. y DE LA RIVA, IGNACIO M., “La Corte Suprema ratifica la inoperancia del plazo de caducidad ante el silencio administrativo frente al reclamo previo,” *ED*, 2014: 550.

¹⁷¹ PERRINO y DE LA RIVA, “La Corte Suprema ratifica la inoperancia del plazo de caducidad ante el silencio administrativo frente al reclamo previo,” *op. cit.*; ZOCCA, JUAN A., “El reclamo administrativo previo y el plazo de caducidad para la acción judicial,” *LL*, 2013-A, 551.

status jurídico del administrado, ya que sólo traducen el rechazo de la autoridad administrativa respecto del derecho invocado por el particular en su reclamo.¹⁷²

Finalmente, en cuanto a quienes sostenemos la inconstitucionalidad de la norma, las razones para llegar a esta última conclusión no son pocas. Aplicar un plazo para demandar al Estado a computar desde el silencio de sus funcionarios resulta incongruente con el fundamento del plazo de caducidad y con el propio sistema constitucional. En ese sentido, el fundamento del plazo de caducidad del art. 25 es asegurar estabilidad a la gestión del bien común, función que justifica la existencia del Estado en sí mismo. Como se ha explicado, consagrar un plazo perentorio frente a la inactividad administrativa (y el silencio es una de sus manifestaciones) significa, nada menos, que el legislador entiende conveniente asegurar raudamente estabilidad a la ausencia del Estado en sí mismo, paradoja que es constitucionalmente inadmisibile.¹⁷³

Por otro lado, y como ya lo comentáramos al analizar una norma similar incluida en la ley de presupuesto de 1995, quien ha reclamado pierde sus derechos sustanciales sin siquiera darse cuenta de ello, pues el plazo se hace correr desde un evento que no es fácil percibir por los sentidos, como lo es el silencio de la administración.¹⁷⁴ A través de un complicado sistema de plazos encadenados no se asegura al particular la necesaria información para demandar. Si hasta para aplicar un simple plazo de prescripción se exige que el damnificado se encuentre en condiciones objetivas de apreciar adecuadamente los perjuicios que se le han provocado, resulta que un privilegio del Estado puede ser aplicado aun en un supuesto donde no existe nada en absoluto —ni nada por conocer—, como lo es el silencio del funcionario. Tal como se encuentra regulado el plazo, entonces, no se encuentran aseguradas las condiciones para ejercer el derecho de defensa en juicio.

Además, la aplicación del plazo viola la garantía contemplada en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta norma, de rango constitucional, determina que todo ciudadano tiene derecho a obtener una pronta respuesta a sus peticiones formuladas a las autoridades competentes. Una vez formulado un pronto despacho, 45 días después empieza a correr un plazo de 90 días hábiles judiciales para demandar al Estado. La garantía de obtener una pronta respuesta resulta violada porque ese último lapso será insuficiente para intentar un amparo por mora, lograr una sentencia confirmada por una Cámara de Apelaciones y luego hacer cumplir la condena por la administración;

¹⁷² BUJAN, “Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la Ley 25.344,” *op. cit.*, p. 86.

¹⁷³ Conf. ZAMBRANO, “Reclamo administrativo previo, silencio de la administración y plazos de caducidad en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema,” *JA*, 2006-II: 142. TOIA, LEONARDO, “El enigmático silencio en el reclamo previo,” *ED*, 2008: 14.

¹⁷⁴ “Emergencia residual de la emergencia pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839.

antes se habrá vencido aquel plazo que la jurisprudencia mayoritaria califica de “fatal” para los derechos reclamados. Finalmente, este plazo promueve la inactividad administrativa. Dado que el pronto despacho es el punto de partida para computar los plazos encadenados a los que ya se hizo referencia (primero 45 días y luego los 90 días para demandar), muchos recomiendan no denunciar la mora de la administración. Por otro lado, si el pronto despacho es presentado, será ingenuo pensar que el funcionario resolverá, pues el art. 10 del decreto-ley 19.549/72 asigna un sentido negativo a su silencio, mientras que el art. 31 dará estabilidad a esa ficción legal.¹⁷⁵ El resultado: Mayor inactividad administrativa porque, por un lado, se sugiere no presentar un pronto despacho y, por el otro, las consecuencias que el legislador hace derivar de ese pedido llevarán a que los reclamos no sean resueltos. Como se advierte, aplicar un plazo para demandar para asegurar estabilidad al silencio de la administración es una solución irrazonable e inconstitucional; viola la defensa en juicio y el derecho a obtener una respuesta del Estado, profundiza el grave problema de la inactividad administrativa.

19. *Suspensión, interrupción o remisión de plazos*

Mientras tramita el reclamo administrativo y en tanto que no se produzca y declare en legal forma la caducidad de las actuaciones, los demás términos no continúan corriendo, en particular los de la prescripción de la acción: “Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad.”¹⁷⁶ El decreto-ley viene así a corregir, respondiendo al reclamo de la doctrina, la criticable situación anterior en que el reclamo administrativo no interrumpía ni suspendía la prescripción de la acción,¹⁷⁷ salvo la suspensión de una vez por un año emergente del art. 3986 del Código Civil,¹⁷⁸ o la demanda al sólo efecto interruptivo de la prescripción.¹⁷⁹ Ahora bien, ¿se trata

¹⁷⁵ Según SORIA, a la administración no le conviene resolver, *Reclamo administrativo previo...*, *op. cit.*

¹⁷⁶ Art. 1º, inc. e), ap. 9 del decreto-ley 19.549/72.

¹⁷⁷ Fallos, 103: 155, *Banco Constructor de La Plata*, 1905; 111: 65; 113: 194; 115: 395, *Bateman, Parsons y Bateman*, 1912; 118: 175, *Insúa Dorrego*, 1913; SPOTA, “Sentencias de condena contra la Nación: su ejecutoriedad,” *LL*, 124: 1330; FIORINI, *Qué es...*, *op. cit.*, p. 133. Esa jurisprudencia ha merecido críticas: NERVA, “La reclamación administrativa formal, aunque la ley no le atribuya expresamente efecto interruptivo de la prescripción,” *LL*, 87: 725. Ver las reseñas de *LL*, 57: 704 y 56: 180; y *Procedimiento...*, ed. 1971, *op. cit.*, pp. 290-1.

¹⁷⁸ “La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio.” “La prescripción liberatoria se *suspende* por una sola vez por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta *suspensión* sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción.”

¹⁷⁹ Lo explicamos en *Procedimiento...*, *op. cit.*, ed. 1971, p. 495 y ss., reproducido en el libro III del t. 5; SPOTA, *op. cit.*, p. 491.

de interrupción o de suspensión de términos?¹⁸⁰ La Procuración del Tesoro de la Nación ha optado por enfatizar el vocablo “reinician” del ap. 9º y ha concluido por lo tanto en que al producirse la caducidad de las actuaciones,¹⁸¹ los plazos vuelven a iniciarse íntegramente, no computándose por ello el tiempo transcurrido antes de la interrupción, que se tendrá de tal manera como no ocurrido.¹⁸² Creemos que es una solución adecuada y que se encuentra conforme a los viejos principios de que cuando el particular interpone un recurso de reconsideración y éste le es rechazado, la producción del nuevo acto, aun siendo reiteración del primero, abre el término completo de impugnación a partir de su notificación.¹⁸³

20. Competencia para resolverlo

La tradición era requerir una decisión del Poder Ejecutivo,¹⁸⁴ sin perjuicio que por control jerárquico, se podían revocar de oficio los actos impugnados.¹⁸⁵ La legislación fue evolucionando hacia la admisión de competencia a niveles inferiores del Presidente y así es que los recursos de alzada y jerárquico son resueltos por los ministros del ramo.¹⁸⁶ Lo mismo ocurre en la actualidad con el reclamo administrativo previo, que se puede delegar a los ministros según el art. 30 del decreto-ley 21.686/77. No se comprende por qué la delegación habría de ser autorizada sólo hasta el nivel de ministro; de acuerdo al art. 3º del decreto-ley, debiera ser permitir la delegación a cualquier órgano inferior, con el alcance de abrir la vía judicial. Ello, sin perjuicio de las atribuciones que tienen sus inferiores, de revocar por control jerárquico los actos impugnados. A partir de la modificación de la ley 25.344, lo que antes era una opción del administrado se ha transformado en una exigencia respecto de la interposición del reclamo ante las entidades autárquicas. Esta posibilidad de delegación que admiten las normas actuales ha sido criticada, afirmándose que “al permitir la delegación, desvirtúa [...] la misión conciliatoria del Estado. Creo que lo que debió o lo que debe hacer el intérprete de esta legislación, es asegurar la imparcialidad, [...] que] no se logra con la delegación [...] a contrario, [...] conviene que sea [...] la máxima autoridad la que decida, porque es la que da la posibilidad máxima de

¹⁸⁰ Acerca del estado actual de la doctrina local, véanse las sistematizaciones efectuadas por BIANCHI, op. cit., cap.II, B) y TAWIL, op. cit., p. 161 y sus respectivas citas.

¹⁸¹ O la resolución expresa del reclamo, como aclaran HALPERÍN, DAVID ANDRÉS y CATTANI, HORACIO R., “Procedimiento administrativo,” *RAP*, 6: 12, 17, Buenos Aires, 1979.

¹⁸² PTN, *Dictámenes*, 132: 184; conf. HALPERÍN y CATTANI, op. cit., p. 17; MAIRAL, op. cit., p. 363, agregando que “la misma tesitura [de reinicio] podría aplicarse, por analogía, al supuesto de denegatoria expresa.” En contra COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario a los arts. 30 a 32, § 9.4.1, p. 509, para quien el efecto de la interposición del reclamo es la suspensión.

¹⁸³ *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1971, op. cit., pp. 413-5, reproducido en el libro III del t. 5.

¹⁸⁴ SPOTA, op. cit., p. 492; jurisprudencia uniforme.

¹⁸⁵ Como lo explicamos en *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1964, op. cit., p. 213; 1971, op. cit., p. 494, reproducido en el libro III del t. 5.

¹⁸⁶ Arts. 90 y 96 de la reglamentación nacional.

conciliación.”¹⁸⁷ Es loable la aspiración de instituir un remedio administrativo de alguna imparcialidad para la decisión, pero no parece hoy en día realista querer lograr ese objetivo llevando la decisión al Poder Ejecutivo, por la hegemonía que opera en nuestro país. Para ello hacen falta otros mecanismos institucionales que exceden el creado por estos cuerpos normativos.¹⁸⁸

21. Alcances de la decisión

No existe limitación alguna expresa o implícita en las normas vigentes respecto a la competencia de la administración para resolver el reclamo administrativo previo, por lo que entendemos que puede tanto revocarse como reformarse o sustituirse el acto, reconocerse indemnizaciones, etc.

22. Alternativas del proceso

22.1. Desistimiento del proceso

Si en el pleito pertinente se produjera el desistimiento por la actora solamente del *proceso*, no del derecho, lo que de acuerdo al art. 304 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación requiere la conformidad de ambas partes, la situación podría a nuestro juicio variar. En efecto, dado que ese desistimiento con la conformidad de la contraparte no impide iniciar más tarde nuevo juicio por la misma cuestión,¹⁸⁹ entendemos que se deja abierta también la vía administrativa.¹⁹⁰ Por ello, en caso de juicio desistido, consideramos que el individuo puede reiniciar el trámite administrativo: Si las gestiones administrativas fracasaran, él podría siempre, atento la naturaleza del “desistimiento del proceso” regulado en el CPCCN, iniciar un nuevo pleito contra el Estado.¹⁹¹ Claro está, no apostaríamos nuestra conducta procesal a esta hipótesis, salvo casos muy forzados.

22.2. Desistimiento judicial del derecho

Más difícil es la situación en que el actor desiste del *derecho* en que fundó su acción: Procesalmente, ello no requiere la conformidad del demandado (en el caso

¹⁸⁷ GRAU, “Reclamación...,” *op. cit.*, p. 186.

¹⁸⁸ Ver PÉREZ HUALDE, “La postergación...,” *op. loc. cit.* y nuestros “La constitucionalidad...” *RPA*, 2006-2: 59-104, reproducido en el cap. XII del t. 7.

¹⁸⁹ “En cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, las partes, de común acuerdo, podrán desistir del proceso manifestándolo por escrito al juez quien, sin más trámite, lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones.” “Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándosele personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa.” (Art. 304 del Código.)

¹⁹⁰ Siempre que en ésta no existiera con anterioridad un pronunciamiento definitivo sobre la cuestión motivo del pleito.

¹⁹¹ Por cierto, sin la necesidad de renovar el “reclamo previo” formal, con sus términos, etc.

el Estado) y si el juez considera que el derecho es susceptible de ser renunciado por no ser de orden público, dará por terminado el juicio, el que no puede luego ser reiniciado con el mismo objeto del que fuera desistido.¹⁹² En tal caso, en que el particular tiene cerrada definitivamente la vía judicial, no por una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, sino por una voluntaria renuncia *judicial* a seguir reclamando *judicialmente* el derecho ¿es admisible que reinicie la vía administrativa? La respuesta puede ser demasiado fácil en sentido negativo, pero la práctica administrativa se ha inclinado a aceptarlo, tanto que a veces pone verbalmente e incluso por escrito, como condición *sine qua non* del favorable tratamiento administrativo del contenido intrínseco del reclamo, recurso o acción judicial, que primero se desista del recurso o acción interpuesta, y se consienta el acto, renunciando también a la acción y al derecho judiciales, para luego otorgar “graciosamente” lo que se pedía.¹⁹³ Si bien cabe denunciar la naturaleza autoritaria de estos comportamientos, al menos cabe reconocer que al no haber necesariamente autoridad de cosa juzgada judicial, sino mera renuncia a la vía judicial y al ejercicio del derecho en vía judicial, no deja de ser una alternativa para el particular que desea la pronta solución de su problema. En tales hipótesis no se advierte por qué habría de negarse la continuación del debate en sede administrativa hasta su decisión final.¹⁹⁴ De todas maneras el debate subsiguiente es informal, generalmente encarado por otros fundamentos o mecanismos administrativos, y da lugar al dictado un acto nuevo y distinto, que por ende no colisiona con los actos previos de desistimiento y consentimiento. Por ello la administración puede seguir con la tramitación del asunto y eventualmente decidirlo favorablemente, a pesar del desistimiento judicial del derecho, pues éste, tal como está legislado, no es sino una forma más de desistimiento del proceso: Es un desistimiento de ese proceso y de todo proceso ulterior, pero desistimiento procesal al fin. Prueba de ello es que el desistimiento puede ser revocado mediante conformidad de la contraparte;¹⁹⁵ entonces, si la administra-

¹⁹² “En la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior, el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa.” (Art. 305 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.)

¹⁹³ Relatamos dos experiencias concretas en el cap. XXXII del t. 7, “La responsabilidad del Estado en la práctica.” Por supuesto, son conductas extorsivas totalmente impropias de un Estado de Derecho y que contribuyen notoriamente a nuestro desprestigio internacional.

¹⁹⁴ Ya hemos explicado en su lugar que “cuando el particular [...] renuncia voluntariamente a seguir la vía jurisdiccional [...] no por ello cambia la naturaleza jurídica del acto de la administración,” ni adquiere por lo tanto efectos de mayor firmeza que los que anteriormente tenía: *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 124-5, reproducido como libro I del t. 5.

¹⁹⁵ El art. 306 del Código dice que “El desistimiento no se presume y podrá revocarse hasta tanto el juez se pronuncie, o surja del expediente la conformidad de la contraria.” Ello significa que el desistimiento puede revocarse a) cuando el juez aun no dio por terminado el litigio, o b) cuando aun habiéndose pronunciado el juez admitiendo el desistimiento, hay conformidad de la parte contraria.

ción puede voluntariamente acceder a un nuevo juicio, también puede acceder a su consideración administrativa.¹⁹⁶ Siendo esto así y dado que las renunciaciones han de interpretarse restrictivamente, pensamos que el desistimiento analizado lo es sólo de la vía judicial y que deja habilitada la vía administrativa.¹⁹⁷

22.3. Caducidad de instancia

Si en el proceso entre el particular y el Estado se produce la caducidad de la instancia, hay que distinguir según lo hace el art. 318 del Código Procesal Civil y Comercial, entre la que se opera en primera o única instancia y la que se produce en instancias superiores. En el primer caso ella “no extingue la acción, la que podrá ejercitarse en un nuevo juicio, ni perjudica las pruebas producidas, las que podrán hacerse valer en aquél.” El caso es similar al del desistimiento del proceso, por lo que es de aplicación el mismo criterio que propusiéramos al respecto. Por ello, estimamos que la caducidad producida en primera o única instancia, de acuerdo a la actual legislación procesal, no impide al particular reiniciar el trámite administrativo. Esta solución la consideramos aplicable no sólo cuando la caducidad de instancia es declarada de oficio (art. 316) sino también cuando se produce a pedido de la parte demandada, en el caso el Estado, porque una cosa es que el Estado se oponga a la continuación del trámite en ese proceso judicial, en base a la inacción del litigante y otra que se oponga a todo tipo de tramitación. Pensamos que haber pedido y obtenido, en el ejercicio de sus derechos como litigante demandado, la caducidad de la instancia, en modo alguno implica que no pueda reabrirse la tratativa administrativa. Reiteramos que esto lo afirmamos para el caso de que *no haya decisión definitiva en sede administrativa*; es la falta de un pronunciamiento final del Poder Ejecutivo lo que nos sugiere la admisibilidad de la reapertura del trámite administrativo, luego de la caducidad de instancia judicial en primera instancia.

Distinta es la solución en el caso de la caducidad en segunda instancia, pues allí está establecido que “La caducidad operada en instancias ulteriores acuerda fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida” (art. 318); va de suyo que la resolución que adquiere fuerza de cosa juzgada es la que hubiere adoptado el juez en primera instancia, por lo que no existe ya posibilidad de reabrir la vía admi-

La expresión “o” utilizada en el art. tiene un claro sentido alternativo, que permite entonces desistir en uno u otro supuesto: en el primero (no habiendo decisión del juez), sea que haya o no conformidad de la contraparte; en el segundo (habiendo decisión del juez) obviamente a pesar de que tal decisión exista. De otra manera resultaría que la conformidad de la contraparte sólo posibilita el desistimiento no habiendo pronunciamiento judicial, lo cual hace innecesaria la disposición final del art., pues el juez puede de todos modos admitir la revocación del desistimiento. Por ello interpretamos que la conformidad de la contraparte permite revocar el desistimiento aceptado judicialmente.

¹⁹⁶ Cuando la administración no se ha pronunciado aún por decreto del Poder Ejecutivo, ello hace más recomendable que acceda a la consideración del reclamo.

¹⁹⁷ Aclarando desde luego, que esto es así siempre que no existiera pronunciamiento definitivo anterior de parte de la administración.

nistrativa. No es de aplicación en este caso la regla de la cosa juzgada *administrativa*, según la cual a pesar de gozar un acto de estabilidad puede ser revocado en beneficio del particular,¹⁹⁸ porque aquí se trata ya de cosa juzgada *judicial*.¹⁹⁹

22.4. *Transacción o conciliación judicial*

En estos casos, una vez otorgada la homologación por el tribunal, el convenio adquiere autoridad de cosa juzgada judicial, por lo que no es procedente reabrir la vía administrativa sobre la materia que fue objeto de transacción. Desde luego, siempre se podrán discutir aspectos de la ejecución del convenio, pero no el convenio en sí mismo.

¹⁹⁸ Ver t. 3, 10ª, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

¹⁹⁹ Para sus diferencias ver el t. 3, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad,” § 2, “Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa.”

