

Voces: PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ~ DERECHO A LA JURISDICCION ~ TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ~ HABILITACION DE LA INSTANCIA ~ ACCION DE AMPARO ~ RECURSOS ~ ACCION CONTENCIOSOADMINISTRATIVA ~ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Título: Apuntes sobre el proceso contencioso administrativo nacional

Autor: Diana, Nicolás

Publicado en: LA LEY2007-A, 710

SUMARIO: I. Introducción. — II. La habilitación de la instancia judicial. — III. Las vías recursiva y reclamatoria. — IV. Una acción especial: El amparo de la ley 16.986 y el artículo 43 de la Constitución Nacional. — V. Conclusión.

"Para comprender la distinción entre juicio de esencia y juicio de existencia recuérdese que esencia significa lo que constituye una cosa; la esencia hace que una cosa sea lo que es, porque abarca las notas específicas de una realidad, lo aprehensible por la inteligencia en la cosa; en cambio la existencia es el acto, o sea, el acabamiento de la esencia que, por ser potencia, sólo tiene sentido en las criaturas, por su referencia a la existencia, pues es aquello que realiza a la esencia independientemente de nuestro pensamiento".

ARTURO ENRIQUE SAMPAY, Introducción a la Teoría del Estado [\(1\)](#).

I. Introducción

Es imposible, en los albores del siglo XXI, cuestionar la existencia de un proceso contencioso administrativo nacional, aunque su esencia constituida por la realidad que lo circunda parece responder a fundamentos distintos según las fuentes contemporáneas que consultemos, independientemente de nuestro pensamiento, de sus pensamientos e ideologías.

Recuerda Jesús González Pérez que "[e]l derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le "haga justicia"; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas."[\(2\)](#).

El acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo objeto radica en un proceso de conocimiento —cualquiera sea— entablado contra un acto, hecho u omisión del Estado, con contenido patrimonial, anulatorio o prestacional, si bien debe ser efectivo —con posibilidad cierta de discusión ante un tribunal independiente, imparcial e idóneo— se encuentra sometido a requisitos de admisibilidad, que en el orden nacional han sido reconocidos históricamente como de habilitación de la instancia, en atención a que la acción así impetrada se funda en principios del Derecho Administrativo, ajenos a los propios del Derecho Civil, aunque con zonas de contacto.

Es que, en un sentido estricto, "lo contencioso-administrativo puede ser definido desde dos puntos de vista diferentes. En abstracto significa un sistema de garantías que el Estado acuerda a los particulares en sus relaciones con la administración. En concreto designa el recurso, acción o litigio entre un individuo y la administración a consecuencia de la violación de un derecho o un interés legítimo."[\(3\)](#).

Ambos aspectos —abstracto y concreto— del contencioso administrativo deben compatibilizarse en miras a establecer un equilibrio entre la aparente tensión entre interés público y privado. Equilibrio que únicamente puede lograrse con un reconocimiento de una jurisdicción especial, sujeta a requisitos propios que difieren sustancialmente de los establecidos para las acciones inherentes al Derecho común.

Desde esa óptica, las críticas al agotamiento de la instancia administrativa previo a la interposición de la demanda contra el Estado no son ni fueron pocas, algunas con mayor fundamento que otras, pero siempre con base en la inconstitucionalidad del sistema.

En una defensa parcial se ha afirmado que la opinión adversa al sistema de la habilitación de la instancia judicial formulada por amplios sectores de la doctrina nacional no es sino consecuencia del error en confrontar tutela judicial efectiva y agotamiento de la instancia judicial (vías recursiva o declamatoria, o por el silencio).

La tutela judicial efectiva, instituto originado en Alemania, "es perfectamente compatible con la exigencia de un procedimiento administrativo obligatoriamente previo a la demanda judicial" y así funciona en dicho país. El problema no es su regulación legal, ya que con ese fundamento los distintos Códigos Procesales Nacionales también serían inconstitucionales.

Ello es así, debido a que existe una cuestión más relevante todavía olvidada —llamativamente— por ese mismo sector crítico, cual es que los plazos establecidos en el decreto-ley 19.549/72 y el decreto 1759/72 (Adla, XXXII-B, 1752; 2125) para agotar la instancia administrativa son sensiblemente menores a la duración de un proceso judicial y que "la dilación innecesaria del procedimiento recursivo [agregamos también el reclamatorio] es normalmente provocada por el administrado. Responde a la estrategia procesal que elige seguir para una mejor protección de sus intereses"[\(4\)](#).

II. La habilitación de la instancia judicial

Desde el sistema anterior a la ley 3952 (Adla, 1889-1919, 490) —de la venia legislativa previa— en el orden federal se había —de alguna manera— delineado un modo especial de habilitar la intervención de los jueces cuando el sujeto demandado era el Estado Nacional, el que entorpecía la actividad propia del Poder Legislativo Nacional.

La ley de demandas contra la Nación simplificó y regularizó la demandabilidad del Estado, complementada luego por la ley 11.634, aspecto que estuvo sujeto a los vaivenes jurisprudenciales como consecuencia necesaria de la ausencia de un Código Contencioso Administrativo Federal (5).

Debemos, asimismo, dejar expuesto que el Congreso había sancionado la ley 3952 para solucionar el problema creado por la interpretación de los entonces arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, efectuada por la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de América en lo que a la demandabilidad del Estado se refiere, acotándolo al concepto de demandas civiles, es decir, cuando actuara en su calidad de persona jurídica de Derecho Privado (6).

Esta norma estableció:

a) la competencia de los tribunales federales en acciones civiles contra la Nación Argentina, sin necesidad de venia legislativa y la obligatoriedad de interponer reclamación administrativa como requisito de la demanda judicial (7);

b) plazos concretos para lograr la habilitación de la instancia judicial (si pasaban seis meses desde el inicio del reclamo sin resolución, se podía requerir pedido de pronto despacho; y transcurridos tres meses desde su interposición, la acción podía ser llevada directamente ante los tribunales);

c) la notificación de la demanda se hacía por oficio al Poder Ejecutivo y al Procurador Fiscal;

d) el plazo para contestar la demanda incoada se dispuso en treinta días o el mayor que corresponda según las distancias, si la demanda se dedujere fuera del territorio de la capital de la República; existiendo la posibilidad de oponer excepciones previas, quedando suspendido entonces el término para contestar la acción por quince días;

e) la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervenía: i) en todos los casos por apelación ordinaria en causas civiles y ii) en todas las sentencias definitivas de tribunales de territorios nacionales, aun cuando no se hubiera apelado, debiéndose elevar en consulta en ambas situaciones, siempre que fuera por aplicación de la ley 3952.

f) las sentencias pronunciadas, cuando eran condenatorias contra la Nación, tenían "carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda."

Vemos entonces un primer escalón hacia la definición de un proceso especial que implicó una regularización de la situación de los particulares frente al Estado, verificado el concepto de causa civil y otorgándole carácter declarativo a las sentencias dictadas en su contra, ampliado luego con las modificaciones introducidas por la ley 11.634.

Empero, es en el decreto-ley 19.549/72 —Capítulo IV— antes y después de las modificaciones introducidas por la ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547), donde encontramos la solución, al menos actual, a la problemática de cómo se juzga a la Administración (8).

Cierto es que el Estado no es un sujeto más en la relación procesal, no sólo por las normas que rigen su actividad, sino por el interés público comprometido cada vez que es llevado a juicio, cualquiera sea la pretensión en su contra.

El Estado presenta una organización burocrática compleja y es más compleja aun cuando de su defensa en juicio se trata.

Se ha señalado con precisión que todo pleito judicial es una derrota en sí mismo, incluso cuando en él se alcance la máxima justicia posible y aun cuando el proceso se desarrolle con la mayor economía y celeridad posibles. Nada —ni nadie— puede hacer desaparecer ese límite del Derecho para hacer justicia que por ello será notoriamente incompleta (9).

Cuando nos referimos al contencioso administrativo, indefectiblemente, la mayoría de los autores hacen referencia al origen del concepto en el Derecho francés, con la confusión que supone la idea de los sistemas de justicia retenida y judicialista para juzgar al Estado, máxime ante la inexistencia —en nuestro país— de un órgano similar al Consejo de Estado inserto en el ámbito de la Administración Pública (10).

Según se ha expresado, el fundamento del proceso administrativo radica, en interés de la sociedad, en que las pretensiones relativas a una cuestión de derecho son objeto de una solución jurídica por parte de un juez que ofrezca garantías de capacidad y de imparcialidad (11), correspondiendo agregar dentro de un procedimiento pleno, sin mayores rigorismos formales para quien pretende una tutela efectiva de sus derechos o intereses.

III. Las vías recursiva y reclamatoria

III. 1. Ante la ausencia de un Código Contencioso Administrativo Nacional y frente al texto de la Ley

Nacional de Procedimientos Administrativos, la doctrina y jurisprudencia han sido contestes en considerar que su Título IV no se limita a determinar los requisitos que el particular debe satisfacer para impugnar judicialmente los actos administrativos —tal como parece sugerir su denominación—, sino que, en realidad, regula las condiciones generales de admisibilidad de la acción contencioso administrativa, que comprende tanto a los actos como a otros supuestos [\(12\)](#), criterio también destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [\(13\)](#), con anterioridad, inclusive, a la ley 25.344.

Conforme se adelantara más arriba, el instituto de la habilitación de instancia no tiene raigambre constitucional, sino legal, sin perjuicio de las motivaciones que llevaron en su momento al Congreso Nacional a efectuar esa suerte de delegación en el Poder Ejecutivo.

Su existencia —para algunos autores— no implicaría una idea reñida con el principio de división de poderes establecido en la Constitución nacional, no significando ello afirmar que la presencia del instituto se funda en la división de poderes, sino más bien considerar que permite el enjuiciamiento del Estado observándose requisitos especiales —de orden público— determinados por vía legal en razón del sujeto demandado [\(14\)](#).

No sin destacar las opiniones discordantes en uno u otro sentido, enriquece el acercamiento a la problemática tener en cuenta que "[u]n error inicial de interpretación sobre el alcance de las fuentes constitucionales y sus bases históricas condujo a un sector de la doctrina a sostener que el sistema judicialista de algunos países iberoamericanos, como la Argentina, ha adoptado el modelo norteamericano. Esta postura, parcialmente cierta en punto a otros aspectos de la organización del Poder Judicial, no tiene en cuenta que la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo constituye la pieza básica en que se apoya la estructura del sistema judicialista argentino y de otros países iberoamericanos que, apartándose del modelo francés, adoptaron la fórmula prescripta en la Constitución de Cádiz de 1812." [\(15\)](#).

Cualquiera sea el fundamento para justificar los orígenes del sistema judicial argentino, especialmente del contencioso-administrativo, lo evidente es que superada la etapa original de la venia legislativa previa, se inició un camino plagado de obstáculos para lograr controlar el ejercicio de la función administrativa por parte de los entes estatales.

Camino dificultoso, donde las vías reclamatoria y recursiva fueron y son las protagonistas del agotamiento de la instancia administrativa.

Con anterioridad a las reformas introducidas por la ley 25.344, nuestro más Alto Tribunal se había expedido al respecto en la causa "Serra" [\(16\)](#) señalando que:

i) más allá del grado de acierto o error que pueda predicarse del sistema, "no puede olvidarse que el mismo es el establecido por el legislador en una opción interpretativa de la Constitución Nacional";

ii) "... nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción —habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate— que pretenden asegurar que sea la misma administración —también positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa— quien resuelva sus conflictos jurídicos, cumpliendo así con un aspecto necesario de su competencia constitucional de administrar conforme con el mismo ordenamiento, y que el cuestionamiento judicial de los actos administrativos no lleve —por la natural extensión de los plazos de prescripción— a la inseguridad de la efectiva ejecución de los cometidos administrativos";

iii) "... esta finalidad lógica del sistema —asentada sobre la idea rectora del principio de la división de poderes— no se ve empañada por la circunstancia de la eventual duración de la posterior tramitación judicial. Por el contrario, iniciada la acción impugnatoria dentro del plazo legalmente previsto, la administración —concedora de la intervención judicial sobre el acto en cuestión— decidirá responsablemente si ejecuta el acto, para lo cual cuenta, además, con el instrumento suspensivo que le acuerda el artículo 12 de la ley 19.549, sin perjuicio de la suspensión judicial cautelar, en los casos extremos en que ello resulte procedente.";

iv) tal interpretación "... constituye una aplicación —en principio y hasta que su constitucionalidad no sea desafiada— razonable de la idea directriz de la división de poderes, que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional —que emerge de la garantía del debido proceso—, cual es el principio pro actione a que conduce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del artículo 18 de la Constitución Nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que, al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de septiembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional (confr. causa E.64.XXIII, "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros", considerando 15)";

v) la Administración Pública puede renunciar a la prerrogativa de oponer la ausencia de habilitación de la instancia judicial "expresa o tácitamente (ver, en este sentido, la doctrina de Fallos: 313:228 y causa C.160.XXIII "Construcciones Taddia S.A. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/cobro", sentencia del 6 de octubre de 1992) y, de otra, aplicarse sólo y estrictamente a aquellos casos en que la

pretensión hecha valer en la acción o recurso intentado se dirija principalmente a hacer cesar la nueva situación jurídica que emane del acto administrativo o bien que precise la declaración de invalidez del acto —esto es, hacer caer su presunción de legitimidad— para posibilitar, así, la procedencia de la acción que dicha presunción obstaculiza."

No obstante ello, el instituto de la habilitación de instancia no parecería ser una irrazonable restricción a la garantía constitucional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida (17).

Es de puntualizar, pese a parecer redundante, que la habilitación de la instancia judicial, implica el agotamiento de la instancia administrativa y posteriormente el examen y control de los requisitos de admisibilidad de la acción impetrada ante el Poder Judicial (18).

Como bien lo ha puntualizado Mairal: "si se recuerda que la defensa en juicio de los derechos de los particulares frente a la Administración, ya sean ellos regidos por el derecho civil, comercial o administrativo, está garantizada por la Constitución Nacional y, por ende, preexistía a la sanción de la L.P.A., no es irrazonable interpretar a ésta en el sentido de aumentar, y no disminuir, el grado de protección jurídica dispensado a aquéllos a la fecha de su vigencia. Sobre esta base, pues, cabe sostener soluciones que, basadas en una elaboración de las diversas normas aplicables de la L.P.A. y de su D.R., alcancen un ponderado equilibrio entre las garantías constitucionales que merece el derecho sustancial y los requerimientos de una tramitación ordenada que respete, pero no idolatre las formalidades del procedimiento"(19).

III.2. Más allá de la crítica que pueda hacerse respecto del sistema nacional de la habilitación de instancia judicial, es el legislador quien debería afrontar —concretamente en lo que a la acción procesal administrativa se refiere— la carga de la ausencia de un Código Contencioso Administrativo Nacional y asumir nuestra realidad constitucional, ajena a la que se vive en Europa o en Estados Unidos (20).

En el orden nacional, cuando se pensaba que el enigma de la habilitación de instancia se había solucionado con las reformas introducidas por la Ley N° 25.344 al Decreto Ley N° 19.549/72, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Resch, Héctor Juan c. Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina"(21), a través de lo pensamos en su momento como un obiter dictum, ha sembrado la duda con relación a la doctrina acuñada por dicho tribunal en "Cohen"(22).

En esa causa, la Corte Federal haciendo propio el dictamen del Procurador General, había fallado en contra del control de oficio de la habilitación de instancia (23) (y del plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72) por parte de los jueces, por cuanto éstos no pueden —ni podían— convertirse en intérpretes de la voluntad implícita de alguna de las partes, sin alterar con ello el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (24); sin que el principio del iura novit curia resultara aplicable, por cuanto ello excedería el ámbito de lo que es propio de la función jurisdiccional.

Asimismo, en "Construcciones Taddia S.A. c. Estado Nacional"(25) se ratificó tal precedente, agregando que el examen de oficio o, a instancia de los fiscales, el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la acción procesal administrativa con anterioridad a la traba de la litis era incompatible con el carácter renunciante de la habilitación de instancia como defensa, teniendo en consideración "las disposiciones legales vigentes a este respecto en el orden federal".

Años más tarde, en el precedente "Gorordo Allaria de Kralj, Haydeé María"(26) se resolvió en sentido contrario, indicando que para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se deduce es preciso que concurren ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos o presupuestos procesales.

El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no sólo a requerimiento de la demandada, sino también, dada su naturaleza, en una etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda (art. 337, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación), sin que por ello se convierta 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 (consid. 7°) (27); y que "dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecida en el art. 25 de la ley 19.549 el juez de primera instancia estaba facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario in limine la pretensión [...] pues su falta no requería la expresa denuncia por parte del demandado".

Si bien la ley 25.344 no modifica el sistema de impugnación del acto administrativo, si lo hace con los arts. 30 a 32, que regulan el reclamo administrativo como uno de los requisitos para habilitar la instancia judicial, incidiendo sobre la impugnación judicial de actos administrativos (28).

No debe olvidarse que la finalidad del reclamo administrativo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por los órganos inferiores (29).

El reclamo administrativo previo es un remedio que se acuerda al particular, distinto y al mismo tiempo similar al de los recursos, "resulta útil en la medida que [...] constituye un medio para evitar la promoción de un juicio, pues tiene por objeto que los órganos administrativos competentes examinen las pretensiones de los

administrados con aquel fin."(30).

Conforme lo ha expresado la Corte Suprema insistimos en que la finalidad del reclamo administrativo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, 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 (31).

Evaluación previa que presupone el conocimiento de la Administración frente a una situación de hecho o derecho, en la que se reclama una actividad concreta por su parte, a diferencia del procedimiento recursivo que tiene como eje el pedido de revisión de una decisión ya adoptada.

III.3. Las normas del decreto-ley 19.549/72, modificadas por la ley 25.344, disponen que:

- No podrá demandarse al Estado nacional o a sus entidades autárquicas sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los arts. 23 y 24. Es decir, deba atacarse actos administrativos de alcance particular o general, contra los cuales no procede el reclamo en sentido estricto, sino los correspondientes recursos o reclamos impropios, según los casos (art. 30) (32).

- El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial (art. 30, recepta el principio de congruencia) (33).

- El reclamo deberá resolverse dentro de los noventa (90) días de formulado; vencido ese plazo, deberá requerirse 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 —noventa días hábiles judiciales—, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción (art. 31).

- Los plazos establecidos para resolver el reclamo y considerar denegado tácitamente el mismo, podrá ser ampliado por el PEN, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente (art. 31).

- La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa, por cuanto queda habilitada la vía judicial, eliminando la discusión doctrinaria que existía al respecto (art. 31).

- Con carácter previo a proveer la causa, los jueces deberán comprobar de oficio el cumplimiento de los recaudos previstos en los arts. 23, 24 y 30, como así también el no vencimiento del plazo de caducidad de los arts. 25 y 31.

- El reclamo administrativo previo no será necesario si mediere una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual (art. 32).

La omisión del agotamiento de la instancia administrativa, por vía de recurso o de reclamo, determina en la actualidad la ausencia de jurisdicción del magistrado que intervenga, quien tiene la obligación de juzgar el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la acción.

No podemos dejar de mencionar que la situación normativa actual es distinta a la existente en tiempos de "Cohen", "Construcciones Taddia S.A." y "Gorordo", es decir, previa a la sanción de la ley 25.344, y que el Tribunal en "Resch" parece circunstancialmente haber dejado de lado.

La sentencia en la causa "Resch" se circunscribe en una nueva etapa abierta por el Máximo Tribunal, a partir de julio de 2004, con la decisión recaída en la causa "Bottaro"(34).

En ese precedente se sostuvo que aun cuando "es inadmisibile la acción de indemnización por daños sin cuestionar dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549 la legitimidad del acto administrativo que desestima la pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado, se advierte que la alzada omitió ponderar que de la mera confrontación de las constancias del expediente surgía que el decreto que dispuso la cesantía del actor fue impugnado judicialmente en término, pues desde la fecha en que se entendió que había quedado notificado [...] hasta el día de presentación de la demanda [...], no habían transcurrido los 90 días hábiles judiciales requeridos por aquella norma".

Pese a que "Bottaro" reiteró la doctrina sentada en "Alcántara de Díaz Colodrero"(35) y en el plenario "Petracca"(36), pareciera haberla limitado frente a un acto administrativo dictado de oficio, con carácter definitivo y que agotaba por sí mismo la instancia prejudicial, estableciendo "una relativización del supuesto carácter revisor de la jurisdicción, en la medida en que no es el acto administrativo propiamente el objeto del recurso contencioso administrativo, sino las pretensiones que se deducen con relación a dicho acto"(37).

A todo evento, deberá evaluarse en el caso concreto cuál es el grado de afectación y/o vulneración del principio de defensa en juicio que supone el control de oficio de la habilitación de instancia instaurado en el art. 31 del decreto-ley 19.549/72 (38).

A modo simplemente demostrativo de esa posición, en fecha más reciente la Corte Suprema tuvo oportunidad de expedirse implícitamente sobre la constitucionalidad del plazo establecido en dicho artículo en la causa "Sisterna"⁽³⁹⁾, donde expresó que:

a) "...aun cuando la nueva redacción del art. 31 Ley de Procedimientos Administrativos, introducida por el art. 12 ley 25.344, prescribe un plazo perentorio de 90 días para deducir demanda en contra del Estado o de sus entes autárquicos, contados a partir de la notificación al interesado del acto expreso que agote la instancia administrativa o cuando hubiesen transcurrido 45 días del pedido de pronto despacho (art. 25), tal exigencia no puede recaer sobre aquellos supuestos en que el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción se hubiese configurado antes de la sanción de la nueva ley";

b) "...si bien es cierto que las leyes sobre procedimiento son de orden público y se aplican a las causas pendientes, también lo es que su aplicación se encuentra limitada a los supuestos en que no se prive de validez a los actos procesales cumplidos, ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores; máxime cuando ello desbarataría una situación consolidada a favor del recurrente con privación de justicia respecto de derechos de naturaleza alimentaria que gozan de protección constitucional (Fallos 319:2151 y 2215)."

Pese a no aludirse directamente sobre el nuevo sistema de habilitación de instancia, el Máximo Tribunal no lo ha desconocido y estableció para el caso en particular su inaplicación cuando la totalidad del procedimiento administrativo había sido tramitado con anterioridad al nuevo articulado (ley 24.344).

III. 4. A simple modo enunciativo, conviene destacar algunas de las soluciones adoptadas por la Procuración del Tesoro de la Nación en materia de agotamiento de la instancia administrativa y su criterio interpretativo.

Así el Máximo Asesor Letrado del Estado Nacional ha sostenido que del artículo 100 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, decreto 1759/72 t.o. 1991, surge que el recurso allí previsto se interpone contra actos administrativos que causan estado dictados en el procedimiento recursivo.

Por lo tanto, dicho recurso no resulta procedente cuando se interpone contra un acto administrativo que resolvió un reclamo impropio reglado por el art. 24 inc. a) de la ley 19.549, con lo cual se constituyó en un acto irrecurrible de conformidad con lo dispuesto por el art. 73 del citado Reglamento ⁽⁴⁰⁾.

Asimismo, en cuanto a la impugnación de actos de alcance general, refirió que [d]ado que no se trata de un caso de impugnación indirecta de un acto de tal naturaleza, a través de un acto de aplicación, sino de su impugnación directa, la vía recursiva resulta improcedente, ya que en tales situaciones sólo resulta viable el llamado reclamo administrativo impropio del art. 24, inc. a) de la ley de procedimientos administrativos (v. Dictámenes 233:248; 236:212; 239:90).

Es que, admitir la procedencia de recursos administrativos directos contra actos de alcance general, obligaría a exigir el agotamiento de la vía administrativa a su respecto, imponiendo más formalidades y trámites que los previstos expresamente en la ley para el acceso a la jurisdicción, en perjuicio de los administrados, extremo en el que debe repararse si se piensa que no todos los actos de alcance general son emitidos por la autoridad ministerial, como sucede en la especie (v. Dictámenes 237:13).

Siendo así, porque una razonable hermenéutica de los principios del decreto-ley 19.549/72 y su reglamento ha llevado a sostener que se estableció un sistema para la impugnación de actos administrativos de alcance particular (aun cuando se tratara de actos de ejecución o aplicación de actos generales), consistente en el otorgamiento de recursos administrativos que exigen su agotamiento para habilitar la ocurrencia ante el Poder Judicial; y, paralelamente, se contempló un régimen diferente para la impugnación directa de los actos de alcance general, a través del reclamo impropio y su denegatoria —ahora prevista como irrecurrible— que constituyen, por sí, el único recaudo para acceder a la instancia judicial ⁽⁴¹⁾.

Destacó asimismo la Procuración del Tesoro de la Nación, con relación a la impugnación de actos de alcance general, que "los artículos 73 y 83 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72 (t.o. 1991), contemplan expresamente la admisibilidad de la impugnación indirecta de los actos de alcance general mediante los recursos previstos en su Título VIII, o, la posibilidad de derogar, total o parcialmente alguno de ellos, a petición de parte y mediante recursos cuando fueran procedentes. En este orden de ideas y en Dictámenes 210:137 [se] tuvo oportunidad de sostener que, desde el punto de vista de una interpretación orgánica, en el sistema de la Ley N° 19.549, el acceso a la vía judicial impone el agotamiento de la vía administrativa, aun en el caso de los actos de alcance general (art. 24, inc. b). Tal temperamento no fue seguido en cambio, en el inciso precedente respecto de la impugnación directa (art. 24 inc. a). Una razonable hermenéutica de los principios de dicha ley y su reglamento —se dijo— lleva a sostener que se estableció un sistema de impugnación de los actos administrativos de alcance particular, incluidos los actos de ejecución o aplicación de actos generales, consistente en el otorgamiento de recursos administrativos, que exigen su agotamiento para habilitar la ocurrencia al Poder Judicial; y otro régimen diferente para la impugnación directa de los actos de alcance general, mediante un reclamo impropio y su denegatoria —irrecurrible— como único recaudo para acceder a la instancia judicial. Presuponer el abandono de ese doble sistema general sin mención expresa del legislador —se agregó— no resulta prudente."

Ello, porque conforme al ya citado art. 73, los actos administrativos de alcance particular, así como los de

alcance general a los que la autoridad hubiere dado o comenzado a dar aplicación, obviamente a través de actos individuales, pueden —puesto que su interposición es facultativa para quien resulte afectado— ser impugnados por medio de recursos administrativos, y ello me conduce a sostener que, en el caso de que se decida impugnarlos, ellos deben ser atacados por vía de los recursos previstos en el ya citado Título VIII del Reglamento. Resulta entonces sustancial, el elemento "plazo" para interponer las impugnaciones, puesto que se ha aceptado, en principio, que la impugnación directa de los actos de alcance general no se encuentra sometida a plazo alguno, puesto que no puede suponerse con acierto cuándo dicho acto va afectar un interés legítimo o un derecho subjetivo.

Empero, tal justificativo "desaparece en el caso de los actos individuales debidamente notificados o en el de aquellos actos generales a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación a través de actos individuales, a los que, por imperio del artículo 73 ya transcripto, corresponde, a mi juicio, aplicar los plazos determinados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos." (42).

También ha destacado el Órgano Asesor que "el trámite del reclamo administrativo previo regulado por el artículo 30 de la Ley N° 19.549, modificado por el artículo 12 de la Ley N° 25.344, no se encuentra sujeto a la observancia de requisitos formales más que aquel que se refiere a que El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial..." (43).

En lo que hace a la impugnación de decretos de necesidad y urgencia —actos de naturaleza esencialmente legislativa— en diversas oportunidades el Alto Organismo Asesor ha dictaminado que:

a) Los decretos de necesidad y urgencia revisten características específicas, entre las cuales se cuenta la de no resultar aplicable a su respecto, al menos en forma directa, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario (Dictámenes 211:171);

b) Los decretos de necesidad y urgencia revisten naturaleza legislativa, tal como lo ha reconocido en Dictámenes 177:76; por tratarse del ejercicio de una competencia de naturaleza legislativa, el control le corresponde por principio al Congreso Nacional (Dictámenes 225:209);

c) Los decretos de necesidad y urgencia son medidas de naturaleza legislativa (v. Dictámenes 225:209), y el sistema de recursos y reclamos previsto para los procedimientos administrativos no puede ser utilizado para atacar actos de naturaleza legislativa como son los reglamentos de necesidad y urgencia (v. Dictámenes 211:171; 231:332);

d) No son impugnables en sede administrativa normas de decretos de necesidad y urgencia, en razón de tratarse de actos formalmente administrativos, pero de sustancia legislativa (Dictámenes 232:49);

e) La improcedencia de impugnar en sede administrativa por vía de recursos y reclamos normas de decretos de necesidad y urgencia en razón de la sustancia legislativa que ellas revisten ha sido sostenida por este Cuerpo Asesor (Dictámenes 232:252) (44).

IV. Una acción especial: El amparo de la ley 16.986 y el artículo 43 de la Constitución Nacional

El artículo 1° de la Ley N° 16.986, establece que "La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus."

Sin perjuicio de ello, su texto debe compatibilizarse con lo establecido en el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, primer párrafo, en tanto "[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva."

No obstante el análisis comparativo que pueda hacerse de ambas prescripciones, el artículo 2° de la Ley de Amparo, establece —en lo que a la procedencia formal de la acción se refiere— que ésta no será admisible cuando:

a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;

b) el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970;

c) la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;

d) la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas;

e) la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince (15) días hábiles a partir de la fecha en que el

acto fue ejecutado o debió producirse.

Frente a ese texto legal vigente, no derogado explícitamente por la reforma constitucional de 1994 ni tampoco por el legislador, se ha sostenido que su aplicación se encuentra condicionada a "la demostración de la inexistencia —o en todo caso, la ineficacia— de los procedimientos ordinarios, en el orden administrativo o judicial (art. 2º, inc. a)." ⁽⁴⁵⁾.

Inexistencia o ineficacia que debe, necesariamente, juzgarse en cada caso en particular evitando caer en formas genéricas que perviertan el remedio jurisdiccional excepcional, tornándolo como una vía ordinaria más a opción del interesado.

Destacamos, pues, que la acción de amparo, mal llamada vulgarmente recurso de amparo, en su génesis respondió a casos en los cuales no existía otro medio idóneo para restablecer los derechos y/o garantías constitucionales conculcados.

Esta afirmación ha sido corroborada por el Máximo Tribunal al indicar que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva ⁽⁴⁶⁾.

V. Conclusión

El presente trabajo no intentó agotar, de ninguna manera, la temática referente al contencioso administrativo federal ni de los requisitos que hacen a la habilitación de la instancia judicial, sino simplemente poner en discusión aspectos básicos tratados por la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación y, por supuesto, la judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como lo refirió Fiorini hace algunos años ya, "[e]l estudio de la justicia administrativa es un capítulo confuso y controvertido en el derecho administrativo, donde se pone a prueba el progreso adquirido por las garantías jurídicas del administrado en función de los principios vigentes de juridicidad. La vocación por los valores que representa el derecho administrativo en la lucha contra la arbitrariedad, el tratamiento desigual y la injusticia, trata de hallar su amplia satisfacción" ⁽⁴⁷⁾.

Esto es todavía más difícil cuando de lo que se trata —y aquí los jueces tienen suma responsabilidad— es de mantener el equilibrio entre el interés público y el privado ante la satisfacción de las necesidades de la comunidad en su conjunto —directas o indirectas—.

El sistema nacional actual de habilitación de la instancia judicial (vías impugnatoria y reclamatoria) encuentra fundamento legal, como cualquier presupuesto procesal de los establecidos en las acciones judiciales de Derecho Privado; su bondad o maldad es fruto de los vicios intrínsecos y coyunturales de nuestro país, no del análisis abstracto de su texto.

En esto, la doctrina y la jurisprudencia han contribuido notablemente a favor y en contra, criticando desde la ideología en algunos casos, en otros desde la razón pura del Derecho.

Queda ajeno a la discusión, por ende, cualquier visión jusprivatista del proceso contencioso administrativo que intenta eliminar las diferencias manifiestas entre estos dos ámbitos.

No se reniega, en este sentido, del juicio pleno contra la Administración.

Entiéndase que lo que se rechaza aquí es la equiparación de procesos judiciales que por naturaleza difieren sustancialmente por: a) las partes intervinientes; b) el Derecho discutido; y c) los intereses en juego.

Igual opinión merece lo atinente a la adopción de medidas cautelares contra la Administración, aspecto tan estudiado, desarrollado y construido también desde la doctrina y la jurisprudencia nacionales, pero no analizado desde la calidad especial del sujeto contra el cual se las ordena, sobre todo en lo que a las denominadas medidas autosatisfactivas se refiere.

Si bien el Título IV del decreto-ley 19.549/72 —en su redacción actual— llena un espacio junto con la jurisprudencia y la doctrina nacionales ante la ausencia de un Código Contencioso Administrativo, la dispersión de normas y criterios favorecen la inseguridad jurídica no sólo en detrimento de los particulares, sino sobre todo frente a la Administración juzgada y el interés público siempre comprometido en uno u otro caso.

Allí radica la esencia del contencioso administrativo, su razón de existencia, en la garantía de esa especial tutela del interés público.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Buenos Aires, Ed. Difusión, 1951, ps. 365-366.

(2) "El derecho a la tutela jurisdiccional", 2ª ed., Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, p. 27.

(3) LINARES QUINTANA, Segundo, "Gobierno y Administración de la República Argentina", t. 2, Buenos Aires, TEA, 1946, p. 405.

(4) MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Neoliberalismo, tiempo y derecho, en Actualidad en el Derecho Público", N° 4, Buenos Aires, mayo-agosto, 1996; republicado en MUÑOZ, Guillermo Andrés / GRECCO, Carlos Manuel, "Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 861 y siguientes.

(5) Para profundizar la evolución histórica y política del reclamo administrativo previo como requisito para habilitar la instancia judicial, ver el preciso análisis realizado sobre el tema por MUÑOZ, Guillermo Andrés, "El reclamo administrativo previo", en MUÑOZ, Guillermo Andrés / GRECCO, Carlos Manuel, "Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 583 y sigtes.; también LA LEY, 1988-A, 1048.

(6) MUÑOZ, Guillermo Andrés, ob. cit., p. 591.

(7) La Ley 11.634 (Adla, 1889-1919, 490), modificó el art. 1°, quedando redactado del siguiente modo: "Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste."

(8) Como se ha dicho, "[j]uzgar a la Administración es, ciertamente una garantía, y una garantía esencial en un Estado de Derecho, que sin ella no podría siquiera merecer tal nombre [...] juzgar a la Administración es también algo distinto y algo más que eso: juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor" (FERNANDEZ, Tomás Ramón, "De la arbitrariedad de la Administración", Madrid, Civitas, 1999, 3ª ed., p. 132; en DIANA, Nicolás, "¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (Sobre las cenizas de Cohen)", LA LEY, 2006-A, 60, nota a fallo "Resch, Héctor J. c. Policía Federal", CS, 2004/10/26).

(9) GUGLIELMINO, Osvaldo C., Medidas cautelares contra la Administración, Actualidad en el Derecho Público, N° 13, Buenos Aires, 2000, p. 79 y siguientes.

(10) En palabras de GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, "La Revolución Francesa introduce en el pensamiento político occidental dos principios capitales: el principio de la legalidad de la acción de los poderes públicos [...] y, en segundo lugar, el principio de la libertad", ambos interrelacionados en el art. 4° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789." Francia debió superar las limitaciones constitucionales y legales para poder juzgar los actos de la Administración, "...para hacer prevalecer los dos grandes principios revolucionarios de la legalidad y la libertad, que no podían, obviamente, abandonarse" lo que forzó al "sistema francés a buscar una fórmula de protección frente a la Administración completamente singular, lo que se llamará (rehabilitando un término del Antiguo Régimen, por cierto) contencioso-administrativo. La institución del Consejo de Estado, creada por la Constitución Napoleónica del año VIII para "resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa" y como órgano puramente administrativo, por supuesto, de asistencia al Gobierno, va a admitir enseguida, primero, las reclamaciones contra la Administración basadas en derechos patrimoniales [...]; pero enseguida, y sobre todo, admitirá también las quejas de los ciudadanos que se sienten agraviados por cualquier ilegalidad en la actuación administrativa. En la esfera provincial el mismo papel asume otro órgano administrativo, éste creado el mismo año VIII para asistir al Prefecto, el Consejo de Prefectura. En 1806 se crea ya en el Consejo de Estado una Sección de lo contencioso-administrativo, que comienza a operar con procedimientos formalizados; el propio Napoleón está en su origen y la llama "tribunal especializado... mitad administrativo, mitad judicial" para "regular esa porción de poder arbitrario (discrecional) necesario en la Administración del Estado". El Consejo de Estado, en su función de conciencia de la Administración, admitió rápidamente resolver (o, más exactamente, proponer resoluciones al Gobierno) sobre peticiones de anulación de actos administrativos en los que se denunciaban vicios manifiestos de legalidad [...]" El sistema francés fue el primer sistema contencioso-administrativo general, "aunque en la forma de "justicia retenida" (por el Gobierno o por el Prefecto, que deciden sobre la propuesta de sus órganos). (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, 9ª ed., p. 571, Madrid, Thomson-Civitas, 2005).

(11) Cfr. DIEZ, M. M. - HUTCHINSON, T. (colaborador), "Derecho Procesal Administrativo", Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 50. En esa misma obra, se alude a que "La doctrina dice al respecto que como están en juego el interés general, representado por la Administración, y el interés individual del administrado, se ha querido confiar la solución del conflicto de derecho surgido entre la Administración y los particulares a un Tribunal que, por ser el más elevado en la jerarquía judicial, constituye una mayor garantía de acierto y ecuanimidad y viene a desempeñar una función similar al Consejo de Estado francés" (con cita de ARGANARAZ, Manuel, "Tratado de lo Contencioso Administrativo", Buenos Aires, 1955, p. 28) (p. 43).

(12) Cfr. SISELES, Osvaldo E. - VINCENTI, Rogelio W., "La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo", LA LEY, 2001-F, 1179; quienes entienden que "En general los autores distinguen entre la vía impugnatoria y la reclamatoria". Ampliar en MAIRAL, Héctor A., "Control Judicial de la Administración Pública", vol. I, capítulo III, p. 303 y sigtes., en especial, para el Derecho Argentino, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 316 y sigtes.

(13) In re "Gorordo"; Fallos, 322:73 (1999) (LA LEY, 1999-E, 186).

(14) Cfr. CANESE, Alejandro M. - MERLO, Luis A, "El fin del enigma (La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo)", JA 1999-III-111.

(15) CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado", ps. 615/6, en Revista de Derecho Administrativo, LexisNexis, año 17, 2005. Con citas de MAIRAL, Héctor A., "Control Judicial de la Administración Pública", t. I, Buenos Aires, p. 95, Depalma, 1984; y de NIETO, Alejandro, "Los orígenes de lo contencioso administrativo en España", en Revista de Administración Pública, N° 50, p. 28, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966; entre otros.

(16) "In re" "Serra, Fernando Horacio y otro c. Municipalidad de Buenos Aires"; Fallos, 316:2454 (1993) (LA LEY, 1995-A, 401).

(17) En una posición contraria: GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 2, "La defensa del usuario y del administrado", cap. XIII, p. 10, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003.

(18) Ver: VOCOS CONESA, Juan Martín, "Apostillas jurisprudenciales sobre el agotamiento de la instancia administrativa en la vía declamatoria", en AA.VV., "Perspectivas del derecho público en el umbral del siglo XXI", p. 83, Buenos Aires, FDA, 2003.

(19) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", t. 1, p. 341, Buenos Aires, Depalma, 1984.

(20) Entre los trabajos existentes sobre el tema, nos remitimos a: BIELSA, Rafael, "Sobre lo Contencioso administrativo", p. 127 y sigtes., 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954; BOSCH, Jorge Tristán, "Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública", p. 251 y sigtes., Ed. Zavallá, Buenos Aires, 1951; GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 2, "La defensa del usuario y del administrado", caps. XIII y XIV, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003; FIORINI, Bartolomé A., "Qué es el contencioso", p. 109 y sigtes., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997; MAIRAL, Héctor Alberto, "Control Judicial de Administración Pública", v. 1, p. 107 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

Al decir de BIELSA, en los albores del derecho administrativo argentino, "Ha sucedido, pues, en Francia, lo contrario de lo que sucede en algunos países sudamericanos donde los altos tribunales, cuya independencia está sabia y firmemente asegurada en la Constitución y han logrado fama dada por los grandes jueces del pasado, claudican palacieamente como si quisieran convertirse en rodajes de un aparato inferior, y extraño, y confundirse en una zona donde se pierde la figura y la luz que debe irradiar un tribunal de justicia, para tranquilidad de todos los hombres honestos y respetuosos del derecho" (op. cit., p. 18).

(21) Dictada en 26 de octubre de 2004; expediente R.920.XXXVI; publicado en ED, 30/09/2005, con nota a fallo de ARIAS, Verónica Lorena, "Caso Resch: continúan las controversias en torno a la habilitación de la instancia judicial y la aplicación de las disposiciones de la ley 19.549 a los organismos militares, de defensa y seguridad"; ver también con una crítica disímil, pero enriquecedora los trabajos de: JUAN LIMA, Fernando E., "Una 'duda' recurrente: el examen de oficio de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa", RAP, 329:183 y DIANA, Nicolás, "¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (Sobre las cenizas de Cohen)", LA LEY, 2006-A, 60.

(22) Fallos, 313:228 (1990); donde se recordó lo resuelto en "Caja Nacional de Ahorro y Seguro c. NCR Argentina SAIC".

(23) La habilitación de instancia ha sido entendida como "una etapa preliminar, un trámite inicial del proceso contencioso administrativo, en el cual el juez examina y comprueba que se verifiquen ciertas condiciones o requisitos necesarios para la continuidad del proceso" (v. MANTARAS, Pablo, "¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?", LA LEY, 2000-C, 131).

(24) Con cita de Fallos, 283:213 (1972), "in re" "La Florida S.R.L. c. Nación Argentina", causa donde se concedió una compensación por desvalorización monetaria, no requerida en la demanda sino en el alegato, por lo que se entendió que tal decisión era violatoria de las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio.

(25) Fallos, 315:2217 (1992).

(26) Fallos, 322:73 (1999).

(27) Agregando, entre otras cosas, que "en lo que respecta al proceso contencioso administrativo el actor, además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debe cumplir con aquellos requisitos específicos de este tipo de proceso previstos en el título IV de la ley 19.549, cuyo cumplimiento en cada caso concreto el juez está facultado a verificar" (cons. 8º). Esto, sin dejar de desconocer la solución del tribunal en lo que respecta a la denuncia de ilegitimidad.

(28) Cfr. SISELES, Osvaldo E. - VINCENTI, Rogelio W., ob. cit., que ponen de resalto que hacia 1900, se superó el sistema de la venia legislativa previa a efectos de acceder a la instancia judicial, con la sanción de la

Ley N° 3952, que lo reemplazó por el instituto del reclamo administrativo previo; remitiendo para su análisis a los trabajos en la materia de: MUÑOZ, Guillermo Andrés, "El reclamo administrativo previo", en "Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo", p. 583, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 y a las presentaciones de PEREZ CORTES, María Jeanneret de; IVANEGA, Miriam Mabel y CHRISTE, Graciela Elena en las "Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo," organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, p. 133 y sigtes., Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

(29) "In re" "Empresa La Estrella S.R.L. c. Provincia del Chaco", ED, 129-211.

(30) COMADIRA, Julio R. (colaboradora: Monti, Laura), "Procedimientos Administrativos", t. I, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 506.

(31) Fallos, 314:725 (1991); entre muchos otros.

(32) En Fallos, 312:1017, dijo el Máximo Tribunal que: "... cabe distinguir entre la vía impugnatoria —que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23 y sigtes., 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, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa, los que no estarían sujetos al plazo del art. 25."

(33) Ya aceptado por jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, según lo resaltan SISELES, Osvaldo E. - VINCENTI, Rogelio W., ob. cit.

Sobre el tema, explica FERNANDO R. GARCIA PULLES, que "[u]na de las cuestiones que no puede soslayarse a la hora de examinar el instituto del agotamiento de la vía administrativa, en forma general y considerando sus dos especies, es la influencia que ejerce el ámbito cognoscitivo del planteo a la Administración en el posterior proceso judicial. La cuestión no es tratada legislativamente en la vía impugnatoria, esto es, en el ámbito de los recursos y reclamos a que se refieren los arts. 23 y 24 de la ley 19.549. Pero sí lo es en el ámbito del reclamo administrativo previo, según se contempla en el último párrafo del art. 30, con el texto que le otorgara la reforma de la ley 25.344." (Tratado de lo contencioso administrativo, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 411).

(34) "Bottaro, Oscar E. c. Estado Nacional", Fallos, 327:2818 (2004) (LA LEY, 2005-A, 389), comentado por MARCER, Ernesto A., "La impugnación judicial de los actos administrativos emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional no requiere el agotamiento de la vía administrativa", JA, 2005-I-95 y también en CHRISTE, Graciela E., "Un fallo correctivo de la Corte en materia de habilitación de la instancia contencioso administrativa", JA, 2005-I, 98.

(35) Fallos, 319:1476 (1996) (LA LEY, 1997-A, 71).

(36) CNCAF, en pleno, JA, 1986-III-661.

(37) CHRISTE, ob. cit., p. 105.

(38) Tal como lo expresó la doctora Highton de Nolasco, a través de su voto en el fallo "Resch", "el conflicto suscitado en estas actuaciones —respecto de la aplicación de las disposiciones contenidas en el título IV de la ley 19.549 a los organismos militares, de defensa y seguridad— hallaría solución a través del dictado de normas procesales en lo contencioso administrativo que regulen, a nivel nacional, los recaudos necesarios para la habilitación de la instancia judicial en las causas contencioso administrativas. Así, tanto las diferentes interpretaciones que, respecto de la aplicación del citado título IV, han elaborado los tribunales inferiores, como las decisiones no unánimes de este Tribunal sobre la materia (Fallos: 322:551) constituyen prueba acabada de las dificultades que ofrece en la práctica la ausencia de disposiciones de aplicación general en la materia. La aclaración legislativa de esta cuestión contribuirá a fortalecer la seguridad jurídica y, de este modo, se evitarán situaciones potencialmente frustratorias de los derechos de los administrados. Las razones expuestas justifican que se dé cuenta de estas circunstancias al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para que, de considerarlo conveniente, las presente oportunamente al Congreso".

(39) "Sisterna, Ramón S. c. Administración Nacional de la Seguridad Social", dictado en 07/02/2006; LA LEY, 2006-E, 313; JA, 2006-II-140, con nota de ZAMBRANO, Pedro L., "Reclamo administrativo previo, silencio de la Administración y plazos de caducidad en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema"; ED, 2006/03/31; ver también JUAN LIMA, Fernando, "Una de suspenso (silencio administrativo, vigencia de la Ley N° 25.344 y habilitación de la instancia judicial)", RAP: 333:67 y la posición adoptada por su autor.

(40) Cfr. Dictámenes, 251:253.

(41) Cfr. Dictámenes 210:137; 235:143; 237:13 y 254:277.

(42) Cfr. Dictámenes 210:137 y 235:143.

(43) Cfr. Dictámenes, 244:287.

(44) Todos ellos citados en Dictámenes, 236:273.

(45) SORIA, Daniel Fernando, "Las vías administrativas previas en el contencioso federal", en AA.VV. "Derecho procesal administrativo - Homenaje a Jesús González Pérez", Director: CASSAGNE, Juan Carlos, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 827.

Ver también el análisis comparativo efectuado en GORDILLO, Agustín A. y otros, "Derechos Humanos", 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 2005, Cap. XVII-1, Un día en la justicia. Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución.

(46) "In re" "Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá (E.B.Y.) s/acción de amparo", 23/11/04; Fallos, 327:5246; con cita de Fallos, 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097.

(47) "Derecho administrativo", t. II, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 398.