

Voces: RECURSO EXTRAORDINARIO ~ PROCEDENCIA DEL RECURSO ~ ACCION CONTENCIOSOADMINISTRATIVA ~ ACTO ADMINISTRATIVO ~ DEMANDA ~ IMPUGNACION DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA ~ HABILITACION DE LA INSTANCIA ~ PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ~ INSTANCIA JUDICIAL ~ POLICIA ~ POLICIA FEDERAL ~ CESANTIA ~ DEFENSA EN JUICIO ~ FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Título: ¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (Sobre las cenizas de Cohen)

Autor: Diana, Nicolás

Publicado en: LA LEY2006-A, 60

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 2004/10/26 ~ Resch, Héctor J. c. Policía Federal](#)

"Juzgar 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...".

Fernández, Tomás Ramón, "De la arbitrariedad de la Administración", Madrid, Civitas, 1999, 3ª ed., p. 132.

I. ¿Volvemos al enigma?

Cuando se pensaba que el enigma de la habilitación de instancia (1) se había mágicamente solucionado con las reformas introducidas por la ley 25.344 al dec. ley 19.549/72 (Adla, LX-E, 5547; XXXII-B, 1752), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 26 de octubre de 2004, en los autos caratulados "Resch, Héctor Juan c. Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina" (LLO), (2) a través de un obiter dictum, ha sentado las bases para volver a la doctrina acuñada por dicho tribunal en "Cohen" (LA LEY, 1990-C, 317) (3).

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 (4) (y del plazo del art. 25, dec. 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; (5) 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 Taddía S.A. c. Estado Nacional" (6) 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" (LA LEY, 1999-E, 186) (7) 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" (cons. 7°); (8) 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".

Posteriormente, más allá del desvarío jurisprudencial en materia de habilitación de instancia, vio la luz la ley 25.344, (9) reformando el dec. ley 19.549/72 y, en lo que nos interesa, modificando la última parte de su art. 31, estableciendo que "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 previstos en el artículo 25 y en el presente".

Con esta prescripción, se ha zanjado -no sin críticas- (10) la discusión sobre el control de la habilitación de instancia, imponiendo a los jueces su verificación de oficio; consagrándose, de este modo, lo resuelto en Gorordo por la Corte Suprema y en el plenario Romero por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (11).

Así, la omisión del agotamiento de la instancia administrativa, 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.

Hasta aquí no existirían mayores inconvenientes aunque aclaramos, nuevamente, que esto no implica nuestra satisfacción con el sistema implementado y la existencia de un plazo de caducidad que opera como de

prescripción, (12) ni mucho menos, simplemente es una mera visión superficial sobre el estado de situación actual en la materia.

II. Mucho más allá de Tajés, el horizonte en Bottaro y Resch

Pues bien, en el fallo Resch nuestro más alto Tribunal Nacional, nos trae de nuevo el enigma de la habilitación de instancia al resolver una causa al que se le aplicaba sin inconvenientes la doctrina Tajés (13) por cuanto se trataba de una situación tutelada por un ordenamiento especial, en la que no correspondía aplicar el Título IV del dec. ley 19.549/72.

El lector se preguntará, a esta altura, en dónde se encuentra el enigma, si es que el caso se resolvía con la cita de Tajés, a tal efecto se transcribe su considerando 5º, en el que se señaló que "al margen de 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 (conf. Fallos: 313:228), es del caso destacar que lo sostenido por la cámara por remisión al dictamen del fiscal de cámara, con respecto a que el recurso del actor se hallaba desierto, incurre en un injustificado rigor formal incompatible con la garantía de la defensa en juicio. Ello es así pues, para sostener la apelación ante la cámara resultaba suficiente con relatar concretamente la materia del pleito, las leyes especiales que lo rigen, y la conocida jurisprudencia de Fallos: 322:551, vigente al tiempo de la interposición de la demanda e invocada por el actor en sus agravios, según la cual los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa previstos en la ley 19.549 no son aplicables en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad; cuestión reiteradamente debatida en Fallos: 311:255; 312:1250 y 324:4504 (conf. mutatis mutandi, doctrina de Fallos: 189:170 y 246:221)".

De su simple lectura, se colige que el Tribunal introdujo por vía secundaria una cuestión ajena al ámbito de discusión y que se encontraba normativamente definida en el art. 31 del dec. ley 19.549/72, cuyo texto ha sido desconocido o soslayado.

A todo evento, la Corte omitió traer a colación lo resuelto en "Construcciones Taddía S.A." donde al ratificarse la aplicación de la doctrina de Cohen quedó supeditada a las normas legales vigentes -art. 31 del dec. ley 19.549/72-.

Con esta nueva interpretación queda latente la duda sobre el control de oficio de la habilitación de instancia y su constitucionalidad, como así también sobre si la Corte Federal seguirá manteniendo la doctrina de "Gorordo".

No podemos dejar de mencionar que la situación normativa actual es distinta a la existente en tiempos de Cohen, Construcciones Taddía S.A. y Gorordo, es decir, previa a la sanción de la ley 25.344, y que el Tribunal parece haber dejado de lado, como si el art. 31 del dec. ley 19.549/72, no existiera en su actual redacción.

Es que "la buena tendencia de abandonar los criterios de un 'contencioso administrativo' comparado, que nada tiene que ver con nuestro régimen procesal vigente en el orden nacional", como demostrativo del "camino para terminar de abandonar otras reliquias de esas épocas, como la 'habilitación de la instancia' a la cual está emparentada, que sólo sirven para denegar justicia al administrado", (14) se había perdido con Gorordo y la ley 25.344. (15)

No obstante lo cual, 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 (16) en donde se sostuvo que aun cuando "es inadmisibles 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 reitera la doctrina sentada en Alcántara de Díaz Colodrer (17) y en el plenario Petracca, (18) lo limita 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"(19).

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 dec. ley 19.549/72, como así también la constitucionalidad de su consagración legal frente a los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad y de división de poderes, y asimismo la conculcación del derecho de defensa en juicio (20).

III. ¿Una profecía?

Es evidente que, en nuestra opinión, era innecesario incluir en el fallo en comentario mención alguna al control de oficio de la habilitación de instancia y a su procedencia, pero es útil recordar que su alusión no es gratuita y el Tribunal, en esta nueva conformación, quiso dejar expresado su parecer con respecto a la vigencia

de la doctrina "Cohen", resultando anticipatoria proféticamente de su posición sobre este instituto -importado de otras corrientes, pero llevado a su exacerbación en nuestro Derecho Procesal Administrativo-.

Esta profecía adquiere virtualidad, frente a la idea, anticipada por Gordillo, de que la habilitación de instancia -o por lo menos el sistema instaurado por el dec. ley 19.549/72 y la ley 25.344- implica "una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida. Por ello es que el constituyente de 1994 dijo que podía acudir a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía ni hacer el reclamo administrativo previo. Es una orientación que deberá expandirse en el futuro"⁽²¹⁾. Orientación que esta nueva Corte, en principio, parece adoptar, aunque queda supeditado a sus futuras decisiones.

A todo ello, cabe agregar que el instituto de la habilitación de instancia detrás de una pátina de mera formalidad y de su calidad de presupuesto para la procedencia de la acción contencioso administrativa, esconde la renuencia de un Estado ajeno al interés general y sobre todo a los administrados quienes ven cada vez más postergada la posibilidad de acceso a la jurisdicción.

En definitiva, 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"⁽²²⁾.

Lamentablemente, el derecho procesal administrativo -en el orden federal- a contrario sensu de lo que idealmente se plantea en el procedimiento administrativo respecto al principio del informalismo (formalismo atenuado), se encuentra en abierta oposición, sobre todo en lo que respecta a la problemática de la habilitación de la instancia judicial con un monopolio natural de administrados que no accederán nunca a la justicia.

El sistema de habilitación de instancia requiere una revisión, más que judicial, legislativa. Es el legislador quien debe 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, ⁽²³⁾ ajena a la que se vive en Europa o en Estados Unidos.

Mientras tanto, es en la justicia y en el máximo intérprete constitucional donde en cada caso particular se debe analizar las bondades del sistema, ⁽²⁴⁾ con las limitaciones políticas, sociales y estructurales impuestas al Poder Judicial por los otros dos poderes y que no son gratuitas ⁽²⁵⁾.

Tal como lo expresó la Dra. Highton de Nolasco, a través de su voto en el fallo "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".

IV. Colofón -no definitivo-

Finalmente, nos quedamos con el voto parcialmente transcrito más arriba y las palabras de Tomás Ramón Fernández citadas al principio: "juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor".

Hasta que no entendamos esto, no va a existir Código Contencioso Administrativo, ni jueces, ni abogados, que puedan modificar la idea enquistada en nuestras mentes de que el soberano en Argentina es el Estado -ni siquiera la Nación- y que el Pueblo es un colaborador, únicamente, en sede administrativa.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Encomendamos la lectura de MUÑOZ, Guillermo A., "El enigma de la habilitación de la instancia," en "Fragmentos y testimonios del derecho administrativo", Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

(2) Expediente R.920.XXXVI; publicado en ED, 30/IX/05, 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".

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

Argentina SAIC".

(4) 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" en Mántaras, Pablo, "¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo?," LA LEY, 2000-C, 131. En ese mismo trabajo, se puntualizó el vacío normativo en la materia, el que fue llenado "a través de la actuación pretoriana de los magistrados, en atención a la necesidad de aplicar algún trámite a la verificación del cumplimiento de los requisitos que surgen del título IV de la ley 19.549, para permitir a los particulares el acceso a la instancia judicial", con especial hincapié a su origen consuetudinario. Esta situación es evidente que se modificó luego de la sanción de la ley 25.344, aunque el desarrollo jurisprudencial se encuentra por demás vigente gracias a "Resch". Asimismo, nos remitimos al análisis realizado por dicho autor de las distintas etapas jurisprudenciales verificadas respecto a la problemática de la habilitación de instancia (antes del dec. ley 19.549/72, desde su dictado hasta 1987, y desde 1987 hasta "Gorordo" (1999).

(5) 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.

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

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

(8) 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. 8°). Esto, sin dejar de desconocer la solución del tribunal en lo que respecta a la denuncia de ilegitimidad.

(9) A fin de profundizar sobre las distintas reformas introducidas por la ley 25.344, ver SISELES, Osvaldo E. - VINCENTI, Rogelio W., "La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo," LA LEY, 2001-F, 1179.

(10) Conf. PERRINO, Pablo E., "Proceso administrativo y habilitación de la instancia", ps. 99 y 100, en Control de la Administración Pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2003.

(11) JA, 1999-III-122, donde se decidió que como jurisprudencia plenaria que: Los plazos establecidos en el art. 25 ley 19.549, al igual que los demás requisitos de admisibilidad formal, deben ser examinados previo a correr traslado de la demanda contenciosa administrativa. Para un análisis más profundo de ambas decisiones nos remitimos al trabajo de REJTMAN FARAH, Mario, "Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada 'habilitación de instancia'", LA LEY, 1999-E, 185.

(12) Esto, teniendo en cuenta que "más allá del grado de acierto o error que pueda predicarse del sistema descripto, no puede olvidarse que el mismo es establecido por el legislador en una opción interpretativa de la Constitución Nacional" (CSJN, "in re": Serra, Fallos, 316:2454; sistema por cierto discutible, máxime teniendo en consideración nuestras fuentes constitucionales).

(13) Nos remitimos a lo dictaminado por el Procurador General, en donde se citan los precedentes "Bagnat", Fallos, 311:255 (1988) (LA LEY, 1988-D, 489); "Sire", Fallos, 312:1250 (1989) (LA LEY, 1990-A, 526) y "Tajes", Fallos: 322:551 (1999) (LA LEY, 2000-C, 132).

(14) GORDILLO, Agustín, "El incumplimiento del plazo del artículo 25 no puede resolverse de oficio", LA LEY, 1997-E, 549.

(15) Ver, GORDILLO, Agustín, "Procedimiento Administrativo", Buenos Aires, Lexis Nexis-Depalma, 2003, Lexis N° 8001/003646; allí se señala que "El último párrafo del art. 31 consagra el control de oficio por parte de los magistrados del cumplimiento de los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción judicial -habilitación de la instancia y plazos de caducidad- al que nos hemos referido en el comentario al art. 25. De esta manera se plasma en el texto normativo el cambio jurisprudencial impuesto por la CSJN a partir de "Gorordo" y el plenario "Romero" de la Cámara en lo Contencioso Administrativo. Esta consagración jurisprudencial y normativa amén de ser criticable por su ubicación -pues a pesar de insertarse en el art. 31 también refiere a la verificación de las condiciones de admisibilidad de la acción judicial en los casos de los arts. 23 y 24 -importa un retroceso en la concepción de la vieja jurisprudencia de la CSJN que entendía que la exigencia de la reclamación administrativa previa constituía una facultad que por no afectar el orden público puede ser renunciada cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento, situación que se presenta, por ejemplo, cuando la accionada rechaza la pretensión de fondo del actor sin oponer excepción o defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa".

(16) "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.

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

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

(19) CHRISTE, op. cit., p. 105.

(20) Todos estos aspectos han sido analizados por REJTMAN FARAH, Mario, en "La consagración legal de la habilitación de instancia de oficio", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), "Derecho procesal administrativo, homenaje a Jesús González Pérez", t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, ps. 917 y sigtes.

(21) 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.

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

(23) Entre los trabajos existentes sobre el tema, nos remitimos a: BIELSA, Rafael, "Sobre lo Contenciosoadministrativo", 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.

(24) Ya lo decía 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 palaciegamente 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" en BIELSA, Rafael, op. cit., p. 18.

(25) Ver GORDILLO, Agustín, op. cit., caps. XIII-XIV; se puede consultar gratuitamente en www.gordillo.com.