

# Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa en el Derecho Argentino

Pablo E. Perrino\* e Ignacio M. de la Riva\*\*

*Existen debates teóricos respecto a la necesidad o exigencia de acudir a las vías previas administrativas antes de demandar al Estado. En ese sentido, el autor presenta un minucioso análisis sobre el agotamiento de la vía previa haciendo énfasis en el ordenamiento jurídico argentino. No obstante, señala la falta de uniformidad para lograr un enfoque global sobre el tema quedando aún un largo camino por recorrer.*

## 1. LA REGULACIÓN EN LA ÓRBITA FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA ARGENTINA

En virtud del modelo federal adoptado por la República Argentina<sup>1</sup>, tanto el Gobierno Nacional como las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen facultades propias para reglar el Proceso Contencioso Administrativo y el Procedimiento Administrativo<sup>2</sup>. Por ende, existen tantos regímenes de tales materias como provincias conforman la federación (veintitrés en total), más los correspondientes a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Estado Nacional.

Ahora bien, a diferencia de lo que acontece en el ámbito provincial y en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el cual se dictaron las pertinentes normas reguladoras del Proceso Contencioso Administrativo, la nación jamás llegó a sancionar un ordenamiento jurídico ritual que reglara las controversias judiciales contra el Estado. Pese a los sucesivos intentos por consolidar de manera orgánica y sistemática las normas procesales administrativas atinentes a los pleitos en que es parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados, tales iniciativas en ningún caso han logrado concretarse<sup>3</sup>.

En rigor, en el orden nacional sólo de manera dispersa e inorgánica se han regulado algunos aspectos puntuales del Proceso Contencioso Administrativo mediante el dictado de disímiles disposiciones legislativas, entre las cuales cabe citar:

- a) La Ley N° 3952, de Demandas contra la Nación, del año 1900, a través de la cual se estableció el requisito del reclamo administrativo previo (art. 1°) y el carácter meramente declarativo de las sentencias condenatorias contra el Estado (art. 7°).
- b) El Decreto-Ley 19.549, de Procedimientos Administrativos<sup>4</sup> (LNPA), dictado en el año 1972, cuyo título final (IV) contiene algunas disposiciones que reglan uno de los aspectos más importantes del régimen procesal administrativo, como es el atinente a los denominados requisitos de admisibilidad de la pretensión (v.gr.: acto definitivo o asimilable, agotamiento de la vía, reclamación previa, silencio y plazo de caducidad)<sup>5</sup> y el trámite procesal inicial del Proceso Contencioso Administrativo denominado "habilitación de la instancia"<sup>6</sup>. Tal como surge de la exposición de motivos de este último cuerpo normativo, las disposiciones

\* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Plata. Socio del Estudio Cassagne Abogados

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Socio de Cassagne Abogados.

1 Artículo 1° de la Constitución Nacional.

2 Cfr. los artículos 121° y 122° del mismo texto constitucional.

3 Ver PERRINO, Pablo E. y CANDA, Fabián O., "El proyecto de Código Contencioso Administrativo para la Nación (Un examen de sus principales institutos)", Supl. de Der. Adm. ED, 183, pp. 899/934.

4 Modificada por las leyes 21.686 y 25.344 y por el decreto (delegado) 1023/01.

5 La aplicación de los escasos, pero no por ello poco trascendentes, preceptos de la ley 19.549, así como de la legislación procesal civil y comercial dictada para regir en otro ámbito, dio lugar a severas y numerosas dificultades en su aplicación (ver: MUÑOZ, Guillermo A., "Hacia una deconstrucción de la teoría del proceso administrativo", en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. MARIENHOFF, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 1315 y ss.).

6 Ver: PERRINO, Pablo E., "Proceso contencioso administrativo y habilitación de la instancia", en AA.VV., *Control de la Administración pública*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 99 y siguientes.

incluidas en su título IV fueron introducidas al “solo efecto de salvar el vacío del momento (...) pues perderían vigencia tan pronto se sancione un Código Procesal Contencioso Administrativo”<sup>7</sup>. Lamentablemente, el mencionado código nunca se dictó y, al igual que ha ocurrido respecto de otras materias, lo que venía a ser un régimen transitorio se transformó en permanente.

- c) A su vez, el régimen de ejecución de sentencias que condenan al Estado a pagar sumas de dinero está reglado en diversas leyes, tales como la Ley N° 23.982, conocida como Ley de Consolidación de Pasivos del Estado, la Ley N° 25.344 de emergencia económica y financiera que estableció una nueva consolidación<sup>8</sup>, y la Ley N° 11.672 (t.o por decreto 689/99, B.O.7/7/99), Complementaria Permanente de Presupuesto, y sus modificatorias.
- d) Asimismo, mediante numerosísimas leyes se han establecido procedimientos especiales de revisión en sede judicial sobre muy diversas materias, generalmente a través de la articulación de recursos directos<sup>9</sup>, que son resueltos en diversos fueros e instancias judiciales<sup>10</sup>.
- e) Finalmente, en lo que concierne al trámite de los juicios procesales administrativos, ante la ausencia de disposiciones específicas al respecto, se aplican en forma análoga las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>11</sup>.

## 2. EVOLUCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE VÍAS ADMINISTRATIVAS PREVIAS EN EL RÉGIMEN FEDERAL ARGENTINO

Originariamente, en el ámbito federal la exigencia de transitar una vía administrativa previa a la promoción de un pleito contra el Estado no estuvo vinculada con la técnica francesa del acto previo, ni con la del acto que causa estado o agota la vía del derecho español -como sí ocurrió respecto de las legislaciones Contencioso Administrativas de las provincias-, sino al problema que suscitó a fines del siglo XIX y principios del XX la demandabilidad del Estado Nacional<sup>12</sup>.

En efecto, como consecuencia del ajeo y superado principio de la inmunidad soberana, receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los pronunciamientos dictados en los casos “Seste, Vicente y Seguich, Antonio”, del 29 de septiembre de 1864<sup>13</sup>, y “Gómez, José Cándido”, del 1 de junio de 1865<sup>14</sup>, para demandar al Estado Nacional era preciso obtener su consentimiento mediante el dictado de una Ley del Congreso (venía legislativa).

En el año 1900, mediante la Ley N° 3952, se eliminó dicho requisito y se la sustituyó por la exigencia de un reclamo administrativo previo<sup>15</sup> a la

7 Ver MARIENHOFF, Miguel S., “A diez años de la vigencia de la ley nacional de procedimientos administrativos y de su decreto reglamentario: valoración de los mismos”, LL, 1982-D, p. 710.

8 Ver ADAGLIO, Alejandro “La consolidación de deudas del Estado: la ley 25.344 de Emergencia Económica y sus normas reglamentarias y complementarias”, Supl. de Der. Adm., Lexis-Nexis, del 18/12/2002.

9 Más allá de su *nomen juris*, los recursos judiciales directos son verdaderas acciones procesales especiales cuyo objeto es la impugnación de actos administrativos (HUTCHINSON, Tomás, “Estudio preliminar”, en la obra de DANIELIÁN, Miguel, *Recursos judiciales y procedimientos administrativos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 19 y ss.) que tramitan bajo un procedimiento más rápido, que debe estar rodeado de las garantías constitucionales que emanan del Estado de Derecho (CASSAGNE, Juan Carlos, “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales”, LL, 1997-D, p. 667). Ellos no pueden ser asimilados al recurso de apelación previsto por los códigos procesales contra las decisiones judiciales, ya que constituyen una verdadera acción que debe posibilitar una instancia ordinaria de revisión plena, con debate y prueba (Conf. CNac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, causa “STILLO, Gustavo P. v. Comité Federal de Radiodifusión y otro”, sent. del 6/10/98, JA 1999-IV-224).

10 La regulación de estos singulares remedios procesales está diseminada en múltiples normas, las cuales los someten a distintos plazos de interposición, requisitos, efectos y trámites, con la consiguiente afectación al principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva que ello acarrea en tanto torna muy dificultoso su conocimiento para los litigantes (PERRINO, Pablo E. y CANDA, Fabián O., “El proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal. Un examen de sus principales institutos”, ED, t. 183, p. 929). Ver la compilación efectuada en la obra de Miguel DANIELIÁN, *Recursos judiciales y procedimientos administrativos*, estudio preliminar de Tomás HUTCHINSON, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

11 Cfr. Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 3 causa 17.314/94, “Salinas, Angel Darío c/ E.N. (E.M.G.E.) s/ retiro militar”, res. del 22/08/96, con cita de las sentencias dictadas por esa Sala el 12/6/84 “Bautista”, ED. 120-301 n° 7; 7/3/85 “Celia” RAP 83-77; 1/3/88 “Alvarez Lancelotti”, LL. 1988-D-448; 31/8/90 “Acosta” y de la Sala IV 25/9/86 “Conafer”, consid. VII, D.J. 1987-I-734.

12 LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Bs. As., 2005, t. II, p. 116.

13 Fallos 1:317. En dicho caso, la Corte sostuvo que es atributo de la soberanía que, quien la inviste, no puede ser arrastrado ante tribunales sin su expreso consentimiento, por lo que el art. 100 de la Constitución Nacional (actualmente corresponde al art. 116) sólo la facultaba para intervenir en los casos en que la Nación fuera parte actora.

14 Fallos: 2:36. Señala Muñoz que después de estos pronunciamientos de la Corte suprema nacional “hubo un período signado por la incertidumbre. Nadie sabía bien si estas demandas debían ser tramitadas y resueltas por el Congreso; si la intervención de éste se circunscribía a expresar el consentimiento para que la Nación fuera demandada; y, en este último caso, si la cuestión debía ser decidida por el Poder Ejecutivo o el Judicial. La cuestión recién comenzó a aclararse con la ley 675 (Adla, 1852-1880,983) que fue una ley medida, una ley por la cual se autorizó a un particular para demandar a la Nación ante la justicia nacional. Si bien en el curso del debate parlamentario que la precedió se volcaron opiniones totalmente contrapuestas, a partir de ese momento quedó relativamente establecido que la Nación sólo podía ser demandada con su previo consentimiento, y que el Congreso era el órgano del Estado competente para expresarlo” (MUÑOZ, Guillermo Andrés; “El reclamo administrativo previo”, en LL, Tomo 1988-A, p. 1048 y ss.).

15 Resulta plausible, a nuestro juicio, la explicación dada por BIANCHI, quien aduce que fue con motivo de la multiplicación de los reclamos contra el Estado que el mecanismo de la venia legislativa entró en crisis, optándose en consecuencia por otorgar una autorización legislativa genérica y delegar al Poder Ejecutivo, a través del trámite del reclamo administrativo previo, la decisión

promoción del pleito (art. 1º)<sup>16</sup>. Sin embargo, debido a la interpretación restrictiva de la Ley se descartó su aplicación a los casos en que el Estado actuaba como “poder público”<sup>17</sup>. Por tal razón, en el año 1934 a través de la Ley N° 11.634 se modificó la Ley N° 3952 y se estableció la aplicación del recaudo del reclamo previo para cualquier tipo de pleito, tanto cuando obraba en “su condición de persona jurídica” como “de Derecho Público”<sup>18</sup>.

Para acceder a la justicia, la Ley de demandas contra la Nación sólo requería que se configurase la denegatoria expresa o por silencio<sup>19</sup> de la reclamación administrativa previa. Dicha normativa no establecía plazos de caducidad para demandar. De allí que la doctrina especializada haya señalado que “los únicos plazos que hacían caer la acción judicial eran los plazos de prescripción de los derechos de fondo que fundamentaban la pretensión procesal”<sup>20</sup>.

Como recuerda MUÑOZ, con el paso del tiempo la función que cumplía la reclamación previa fue cambiando paulatinamente. De instrumento que reemplazó a la venia legislativa en las demandas contra la nación, se convirtió en el medio procesal para configurar el presupuesto de los procesos Contencioso Administrativos: el acto que causa estado<sup>21</sup>. De tal modo, la reclamación administrativa previa pasó a transformarse en un privilegio

procesal de la Administración, cuya finalidad era evitar juicios innecesarios, en tanto ofrecía a la autoridad administrativa la oportunidad de rectificar sus propios errores o aclarare los fundamentos de sus resoluciones<sup>22</sup>.

En el año 1972, con motivo del dictado del Decreto-Ley N° 19.549 (LNPA), se produjo una profunda transformación del régimen jurídico imperante en el orden federal para demandar al Estado, al establecerse dos vías administrativas previas y diferentes para la promoción de los pleitos judiciales: a) la denominada vía impugnatoria, regulada en los artículos 23º a 27º, destinada a la impugnación de actos administrativos tanto de alcance individual como general, y b) la vía del reclamo administrativo previo, prevista en los artículos 30º a 32º<sup>23</sup>, que no está destinada al cuestionamiento de actos sino a obtener una decisión administrativa que de cumplimiento a obligaciones de hacer, no hacer o dar.

El singular esquema de dualidad de vías previas consagrado en la LNPA parece responder a la combinación de dos técnicas diferentes como son el agotamiento de la vía, de raigambre española, que se plasma a través de la articulación de recursos administrativos<sup>24</sup>, y la de la decisión previa del derecho francés, para lo cual se requiere la deducción del reclamo previo<sup>25</sup>.

de concederla o no en cada caso. La intervención directa del Congreso, órgano que representa al pueblo soberano, era, por cierto, más coherente con la cuestionable idea de que el enjuiciamiento del Estado pone en entredicho su soberanía. Pero dadas las razones de orden práctico referidas, dicha solución debió ser abandonada (cfr. BIANCHI, A.B.; “¿Tiene fundamentos constitucionales...”, cit., pp. 432-433). En el mismo sentido, vid. MUÑOZ, Guillermo Andrés; “El reclamo administrativo previo”, en LL, Tomo 1988-A, p. 1048 y ss.

16 El artículo 1 de la ley citada dispuso que “los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, 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”.

17 Fallos: 96: 336 y 123:307, entre otros.

18 Ver: GRAU, Armando E. *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Editora Platense, La Plata, 1971, p. 71; GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y recursos administrativos*, 2º ed., Bs. As., 1971, p. 477 y ss.; MUÑOZ, Guillermo A., *El reclamo administrativo previo*, LL, 1988-A, p. 1048 y Jeanneret de PÉREZ CORTÉS, María, *Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo*, en la obra colectiva “Procedimiento Administrativo”, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, p. 133 y ss.; HUTCHINSON, T., *Ley nacional de procedimientos administrativos*, cit., Tomo 1, pp. 531-532; MERTEHIKIAN, Eduardo, “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la acción para demandar al Estado por su responsabilidad extracontractual”, en revista *Actualidad en el Derecho Público*, núm. 13, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 152-153; y POZO GOWLAND, H.M., “Cambios en el contencioso administrativo...”, cit., p. 5.

19 Esto ocurría por el transcurso de un plazo de 6 meses sin que se resolviera el reclamo, luego del cual era preciso interponer un pedido de pronto despacho y dejar transcurrir un plazo de 3 meses.

20 CASSAGNE, Juan Carlos, “El acceso a la justicia administrativa”, LL, 2004-D, p.1218.

21 MUÑOZ, Guillermo Andrés; “El reclamo administrativo previo”, en LL, Tomo 1988-A, p. 1048 y ss.

22 Fallos: 233:106 y 297: 37.

23 El artículo 32 de la misma LNPA incorporó una serie de supuestos –creados preponderantemente por la jurisprudencia con anterioridad a la sanción de la ley– en los que no era menester la interposición del reclamo previo. Ellos cubrían un espectro de tal amplitud que, en los hechos, sólo excepcionalmente había que dar cumplimiento al recaudo en cuestión (cfr., por todos, TAWIL, G.S.; *Administración y Justicia...*, cit., Tomo II, pp. 158-159).

24 Tradicionalmente se ha entendido que agotar la vía o causar estado supone haber agotado los recursos administrativos admisibles (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 2º ed., Civitas, Madrid, 1992, pp. 229/230). Por eso GARCÍA DE ENTERRÍA califica este requisito como “una reduplicación del privilegio de la decisión previa” (*Hacia una justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, 2º. ed. ampl., pp. 66-67).

25 El agotamiento de la vía no debe ser confundido con el del acto previo (*décision préalable*), de origen francés, según el cual, antes de que una controversia pudiera plantearse ante el juez contencioso administrativo era necesario que la Administración se pronunciara al respecto en forma negativa. La consecuencia directa de este principio fue la concepción de la jurisdicción contencioso administrativa como una suerte de segunda instancia o alzada de carácter meramente revisor de lo actuado en sede administrativa, lo cual trajo aparejado grandes restricciones al juzgamiento del comportamiento estatal, en particular en aquellos casos en los que estaba ausente el acto previo denegatorio. Quedaban así fuera de control judicial las omisiones administrativas,

Si bien la exigencia del agotamiento de la vía y la existencia de plazos de caducidad para demandar no eran una novedad en el derecho argentino, ya que tenían para ese entonces una larga tradición en las legislaciones procesales administrativas provinciales, tales institutos eran desconocidos en el ámbito federal. De ahí que su establecimiento por la LNPA no fuera bien recibido por gran parte de la doctrina<sup>26</sup>.

### 3. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS VÍAS ADMINISTRATIVAS IMPUGNATORIA Y RECLAMATORIA

La escasa claridad de la LNPA acerca del funcionamiento y relación de las dos vías administrativas previstas suscitó en su momento diversas interpretaciones doctrinarias y judiciales. No es ésta la ocasión de reeditar los interesantes y fundados debates producidos, por lo que nos limitaremos a exponer la postura que se ha ido consolidando como predominante.

De acuerdo a la interpretación judicial y doctrinaria imperante, el régimen jurídico de las dos vías regladas por la LNPA pone de manifiesto la existencia de numerosas diferencias, a saber.

- a) La principal radica en su disímil objetivo. Mediante el carril impugnatorio lo que se pretende es la revocación tratándose de actos de alcance individual, o la derogación cuando se trate de actos del alcance general, (o su modificación, en cualquiera de ambos casos). Los recursos administrativos, para la impugnación de actos de alcance individual (arts. 23°, inc. a, de la LNPA, y 73° del Decreto N° 1759/72, t.o. 1991), y el llamado reclamo administrativo impropio<sup>27</sup> (arts. 24°, inc. a, de la LNPA, y 73° del Decreto N° 1759/72, t.o. 1991), para la impugnación directa de actos de alcance general, constituyen los instrumentos

previstos para deducir tal tipo de pretensiones. Por contraste con el medio antes referido, mediante la vía reclamatoria no se cuestiona ningún acto administrativo<sup>28</sup>, sino que justamente lo que se pretende es obtener un pronunciamiento de la Administración<sup>29</sup>, una conducta positiva o negativa, como el pago de una deuda, el cumplimiento de una conducta debida (omisión), el cese de una vía de hecho, etc.

La diferencia apuntada surge claramente de lo dispuesto en el artículo 30° de la LNPA en cuanto establece: “El Estado nacional no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo (...) salvo cuando se trata de la impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular o general”.

- b) Ambas vías difieren también respecto a las exigencias temporales. Así la interposición del reclamo previo no está sujeta a plazo procesal alguno, salvo el de prescripción, mientras que los recursos administrativos deben ser articulados en el plazo de caducidad prescripto en el reglamento de procedimientos administrativos (arts. 84°, 90° y 98° del Decreto N° 1759/72, t.o. por Decreto N° 1883/91).
- c) Por otra parte, el acto expreso que desestima el reclamo previo no exige para su ulterior impugnación judicial el agotamiento de la vía administrativa<sup>30</sup>, ni siquiera si fuera parcialmente denegatorio<sup>31</sup>. Así surge, claramente, del segundo párrafo del art. 31°, agregado por la reforma de la Ley N° 25.344, en el cual enfáticamente se dispone: “La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Ello significa que a partir de entonces queda expedita la instancia judicial. La modificación legislativa mencionada recogió el criterio jurisprudencial imperante que había sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo dictado en el año 1989 en la causa “Mackentor”<sup>32</sup>, en el cual expresó:

para lo cual fue menester la creación del instituto del silencio negativo, y se impedía la impugnación directa de los hechos y de las vías de hecho. Además, se rechazaba de plano, por estimarse incompatible con dicho modelo procesal, la facultad de reconvenir de la Administración demandada y el planteamiento de pretensiones meramente declarativas (ver, PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, Revista de Derecho Público. Proceso administrativo I, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2003, pp. 262/265).

26 CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 472.

27 Si bien su denominación puede llevar a confusión, el reclamo administrativo impropio no debe ser confundido con el reclamo administrativo previo previsto en los arts. 30 a 32 de la LNPA. El reclamo impropio en el medio para impugnar en forma directa actos administrativos de alcance general y opera como un recaudo habilitante de la instancia judicial. A diferencia de los recursos administrativos, previstos para la impugnación de Actos Administrativos de alcance individual, su interposición no está sujeta a plazo de caducidad alguno.

28 Jorge I. MURATORIO, *El agotamiento de la instancia administrativa como presupuesto de acceso a la instancia judicial*, RAP n° 268, p. 23.

29 Conf. HUTCHINSON, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, 2ª reimpr., Astrea, Bs. As., 1993, t. I. pp. 534-538.

30 Así se

31 CNC. Adm. Fed., Sala I, 10/5/84, in re “Standard Motor Argentina S.A. c/Gobierno Nacional (M° de Economía)”, con nota de Juan Carlos CASSAGNE, “Habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo”, ED, 111-535.

32 Fallos 312:1017. Este criterio ya había sido expuesto en el conocido plenario “Petracca” (LL, 1986-D, p. 10) en el cual los jueces ESTÉVEZ y PICO expresaron que el acto administrativo que deniega el reclamo administrativo previo del art. 30 de la LNPA no presupone el itinerario recursivo (2ª cuestión, ampliación de fundamentos de los doctores ESTÉVEZ y PICO).

*“cabe distinguir entre la vía impugnatoria -que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23° y siguientes de la Ley N° 19.549- cuyo resultado será necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho -aún originado en una relación jurídica preexistente- basada en lo dispuesto en el art. 30° y concordantes del mismo cuerpo legal, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa”.*

d) No obstante que la aplicación del plazo establecido en el art. 25° de la LNPA respecto de la pretensión impugnatoria del acto que desestima el reclamo administrativo previo dio lugar a dispares opiniones doctrinarias<sup>33</sup> y jurisprudenciales, la polémica de alguna manera fue zanjada con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso “Mackentor”<sup>34</sup>, en el cual sostuvo que cuando el reclamo administrativo es denegado de manera expresa la pretensión procesal no está sujeta al plazo de caducidad para demandar.

Sin embargo, esta distinción entre las vías impugnatoria y reclamativa en lo que concierne a la aplicación del artículo 25° de la LNPA parece haber desaparecido tras la reforma efectuada al art. 31° de la LNPA por la Ley N° 25.344, que establece que el plazo de caducidad previsto en la norma antedicha alcanza a la acción tendiente a impugnar en sede judicial la decisión denegatoria del reclamo administrativo previo.

e) También se ha entendido que difieren estas dos vías por la disímil naturaleza del acto que resuel-

ve las presentaciones recursivas y reclamativas, pues sólo el primero tiene aptitud para modificar el status jurídico del administrado, mientras que el segundo debe entenderse más que como una expresión de voluntad del Estado, como una definición de la actitud de la Administración requerida por el pretensor de un derecho subjetivo, originado en una relación preexistente<sup>35</sup>.

Este criterio fue aplicado por la Corte en el caso “Serra”, respecto del acto que denegó el reclamo de cobro de honorarios por la dirección e inspección de una obra contratada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. A juicio del alto tribunal, la negativa de pago expresada por la demandada sólo fijaba su posición frente a ese requerimiento, pero carecería de aptitud para modificar la relación jurídica fijada por el contrato. *“Esto es así –expresó el tribunal- en la medida en que el acto precitado no ejecuta ni tampoco interpreta el contrato sino sólo exterioriza una circunstancia incidental y accesorio de la relación entre las partes, en el caso, si el crédito del actor fue saldado”*<sup>36</sup>.

f) Por último, a pesar de la opinión de muy prestigiosos autores que propugnaron la opción o conjugación de las dos vías<sup>37</sup>, ha prevalecido el criterio que considera que se trata de carriles autónomos y excluyentes entre sí con ámbitos diferente de actuación. No es posible, entonces, articular el reclamo previo cuando han vencido los plazos para impugnar un acto por la vía recursiva o por la acción judicial<sup>38</sup>. Y tampoco, como ya se señaló, es posible interponer un recurso administrativo contra el acto denegatorio del reclamo administrativo previo<sup>39</sup>.

33 En contra de su aplicación se pronunciaron. MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Bs. As., 1984, t. I, p.357; PEARSON, Marcelo, *Manual de procedimientos administrativos*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, p.130; TAWIL, Guido S. *Administración y justicia*, Depalma, Bs. As., 1993, t. II, p.161; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3a ed., Macchi, Bs. As., 1982, t. IV-2, p. XII-37; a favor de su aplicación se expidieron: MARIENHOFF, Miguel S., “Demandas contra el Estado Nacional. Los arts. 25 y 30 de la ley de procedimientos administrativos”, LL, 1980-B, p. 779 y SILVESTRI y GONZALEZ ARZAC, ob. cit., p. 770; HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, cit., t. I, p. 548.

34 Criterio reiterado en Fallos 314:1147; 315:2346 y 326: 4711; conf. Cam.Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, “Pesaresi”, sent. del 24/3/97, LL 1997-E, p. 560, con nota de Agustín A. GORDILLO, “La denegación del reclamo administrativo previo no hace nacer el plazo de caducidad del artículo 25°”; Sala I, “Greppi”, sent. del 28/11/200, LL, 2001-E, p.17, con nota de Juan Carlos CASSAGNE, “El plazo de caducidad no rige en las acciones tendientes al reconocimiento de derechos”.

35 Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, “Polledo S.A. c/Consejo Nac. de Invest. Cient. y Téc.”, 5/7/84; Sala II, 22/5/87, in re “Almeida, Ascensión H. c/ Estado Nacional (M° de Educación) s/ empleo público”, LL 1997-D-695. La distinción que surge de este fallo entre el acto que resuelve un reclamo y un recurso coincide con la distinción que efectúa Héctor MAIRAL entre meros pronunciamientos y actos administrativos. A juicio de este autor los primeros son conductas estatales que se limitan a fijar la posición del Estado ante el particular pero sin ser, por sí solas, hábiles para modificar la esfera jurídica del particular. Únicamente los segundos tienen la virtualidad de alterar la situación jurídica de los particulares (“Los meros pronunciamientos administrativos”, en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. MARIENHOFF, *Derecho Administrativo*, dirigida por Juan Carlos CASSAGNE, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 658).

36 Fallos 316:2454, ver en especial consid. 17 y 21.

37 En su momento sostuvieron la posibilidad de replantear la cuestión en sede administrativa por la vía del reclamo del art. 30 cuando había vencido el plazo de caducidad para promover la acción judicial: CASSAGNE, “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional”, ED, 45-829; MAIRAL, ob. cit. t. 1, p. 402; GORDILLO, ob. cit., t. IV-2, p. XII-26; LINARES, Juan F., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Bs. As., 1975, p. 417 y ss.; TAWIL, ob. cit., t. II, p. 191 y ss.; HALPERÍN-CATTANI, ob. cit., p. 15. La reforma efectuada por la ley 21.686 al artículo 30 de la LNPA descartó definitivamente dicha interpretación, reafirmando la que postulaba la condición de vías autónomas y paralelas (HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, t.II, p. 324.

38 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., “Demandas contra el Estado Nacional...”, cit., p.1024 y ss. HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, cit. t. II, p. 277 y ss.; MUÑOZ, Guillermo A., “Naturaleza de los plazos en establecidos por la ley N° 19.549 para la impugnación judicial de actos administrativos”, Rev. Arg. de Der. Adm. N° 5, p. 42.

39 Así lo establece el segundo párrafo del art. 31° de la LNPA, incorporado por la Ley N° 25.344.

#### 4. CAMBIOS INTRODUCIDOS AL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO POR LA REFORMA DE LA LEY N° 25.344 A LA LNPA

En el año 2000, el régimen del reclamo administrativo previo previsto en la LNPA sufrió importantes reformas, con motivo de la sanción de la Ley N° 25.344. Muchos de los cambios introducidos estuvieron enderezados, según es dable advertir, a obstaculizar el acceso a la jurisdicción. En otros casos, tendieron a reafirmar la autonomía de las dos vías que integran el régimen y su falta de intercambiabilidad.

En lo sustancial, las dificultades para enjuiciar al Estado que surgieron a partir de la ley mencionada consistieron en: a) una extensión de los plazos que tiene la Administración para resolver el reclamo previo; b) la eliminación de la mayoría de los supuestos en que no era necesario deducir reclamo previo para acceder a la jurisdicción; y c) la generación de una situación de incertidumbre respecto a la presencia de un plazo de caducidad para demandar al Estado ante la configuración del silencio negativo.

A continuación examinaremos, en particular, las reformas al instituto del reclamo administrativo previo resultantes de la Ley N° 25.344.

##### 4.1. Modificaciones al artículo 30° de la LNPA. Procedencia del reclamo administrativo

###### Órganos y sujetos antes los cuales debe dirigirse el reclamo previo

La ley trajo dos modificaciones en punto a los órganos ante los cuales debe presentarse el reclamo previo, al disponer que el mismo debe dirigirse al *“Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior del ente autárquico”*.

En la nueva redacción se omitió, en efecto, toda mención al *“Comando en Jefe que corresponda”* contenida en la versión anterior, que se explicaba en atención a la época de sanción de la LNPA (año 1972, bajo el gobierno militar resultante de la autodenominada *“Revolución Argentina”*). Posteriormente, dicha previsión devino inaplicable, pues los reclamos derivados de cuestiones atinentes a las Fuerzas Armadas pasaron a ser resueltos por el Ministerio de Defensa.

La otra modificación introducida sobre este aspecto consistió en agregar a la lista de órganos receptores del reclamo a las Secretarías de la Presidencia y a las autoridades superiores de los entes autárquicos, esto último en sintonía con la supresión de la excep-

ción del reclamo ante los entes descentralizados que establecía el inciso f) del art. 32° de la LNPA.

###### El reclamo administrativo y la impugnación de actos administrativos

La reforma también suprimió el último párrafo del artículo 30°, que contemplaba un supuesto de casi nula aplicación, cual era la posibilidad de deducir el reclamo frente a actos administrativos en las condiciones establecidas en el párrafo en cuestión.

Vale la pena recordar que el texto eliminado preveía que *“recurrido un acto en todas las instancias administrativas correspondientes (...) las cuestiones planteadas (en el recurso) y resueltas expresamente en esa vía por la última instancia, no podrán reiterarse por vía del reclamo, pero si podrán reiterarse las no planteadas y resueltas y las planteadas y no resueltas”*.

###### Principio de congruencia

El párrafo final del artículo 30° no ha sido alterado, por lo que se mantiene la exigencia de que exista relación entre lo peticionado en sede administrativa y lo demandado en sede judicial, pese a las persistentes críticas de la doctrina, que ve en tal recaudo un resabio del dogma revisor del proceso contencioso administrativo<sup>40</sup>.

##### 4.2. Modificaciones al artículo 31° de la LNPA. Plazo para resolver el reclamo. Irrecorribilidad del acto resolutorio. El plazo de caducidad para demandar y el reclamo previo

###### Ampliación de los plazos para resolver el reclamo

Como ya se anticipó, la reforma de la Ley N° 25.344 trajo consigo una ampliación de los plazos para la tramitación del reclamo. Bajo el régimen anterior la autoridad administrativa tenía noventa días para resolver el reclamo, y si no se pronunciaba, después de la presentación del pronto despacho había que esperar otros cuarenta y cinco días para dar por configurado el silencio habilitante de la vía judicial.

En el nuevo texto del artículo 31°, si bien se mantienen los mismos plazos, se permite a la autoridad administrativa disponer su ampliación. En efecto, la última parte del primer párrafo del actual artículo 31° preceptúa: *“El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundamentalmente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente”*.

40 Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *“La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa”*, Rev. de Der. Adm. N° 32, p. 534 y ss.; MAIRAL, ob. cit. t. I, pp. 345-354; CANOSA, Armando N., *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 63 y ss.; PERRINO, Pablo E., *“La inactividad administrativa y su control judicial”*, R.A.P. N° 269, p. 11 y ss.

De modo tal que para que se produzca, efectivamente, la ampliación del plazo deben verificarse los siguientes recaudos:

Solicitud fundada al Poder Ejecutivo por parte del órgano que tiene a su cargo la decisión del reclamo, a fin de que lo autorice a extender el plazo.

Las causas alegadas en la solicitud con vistas a justificar la prolongación del término pueden residir en la complejidad del asunto a resolver o en razones de emergencia pública. Que quepa invocar la extrema complejidad de un asunto en orden a contar con un mayor plazo para su adecuada decisión parece algo razonable, en tanto se trate, por cierto, de un presupuesto real. En cambio, la segunda causal prevista por la ley adolece de una vaguedad y falta de precisión evidentes.

El Poder Ejecutivo debe dictar un decreto a fin de otorgar la ampliación pedida, fundado en alguna de las razones señaladas, "que lógicamente debería emitirse antes del vencimiento del plazo ordinario"<sup>41</sup>. Cabe insistir que se trata del único órgano habilitado por el legislador para disponer tal ampliación.

Frente a la pregunta de si el Poder Ejecutivo podría decretar una prórroga de plazos con alcance general, entendemos que la ampliación de los términos constituye una medida de carácter excepcional que requiere, para cada supuesto en particular, demostrar que se verifica alguna de las razones exigidas por el legislador para que proceda, por lo que se impone una respuesta negativa.

La novedad legislativa comentada es criticable, por distintas razones. En primer lugar, porque mediante ella se confiere a la Administración un peligroso instrumento para dilatar a su arbitrio, aún más de lo que es habitual, el cumplimiento de su deber de resolver<sup>42</sup>.

Por otra parte, tampoco la técnica ideada para que se proceda a la extensión de los plazos parece la

más afortunada, ya que es de prever que en más de una ocasión la tramitación del decreto presidencial ampliatorio de los términos puede llegar a demorar más tiempo que el originario para decidir el reclamo<sup>43</sup>.

El legislador no ha previsto que se suspendan los plazos mientras se sustancia el trámite de ampliación pertinente, razón por la cual cabría concluir que el mero pedido de prórroga carece de tal efecto. Por lo demás, atribuir tal consecuencia a la solicitud de extensión del término habría actuado como un acicate para que se generalicen los pedidos de ampliación del plazo, aún en supuestos en los que tal extensión resultase claramente improcedente.

Tampoco prevé la norma que la autoridad administrativa pueda solicitar la ampliación de un plazo ya fenecido, solución ésta que sería del todo criticable. Es claro que semejante proceder, además de alentar la falta de cumplimiento de los plazos, configuraría un grave atentado contra la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Piénsese en el supuesto, nada infrecuente, de configuración del silencio de la Administración y posterior ampliación del plazo cuya expiración dio lugar a la situación silencial. En tal caso, ¿qué efectos produciría la ampliación otorgada sobre el silencio ya cumplido?

A nuestro entender, quien promovió en debida forma un pleito contra el Estado por haberse configurado el silencio administrativo no puede verse perjudicado por el dictado y notificación de un decreto ampliatorio del plazo para resolver el reclamo<sup>44</sup>. Ello no sólo sería contrario al principio de tutela judicial efectiva, sino también implicaría premiar la actitud negligente de la Administración.

### Irrecurribilidad del acto que resuelve el reclamo

En concordancia con el carácter de vía no optativa ni alternativa del reclamo previo respecto de la vía

41 Héctor M. POZO GOWLAND, "Cambios en el contencioso administrativo...", cit.

42 En este sentido, se ha resuelto que la Administración está obligada a expedirse expresamente respecto de las peticiones de los particulares (CNCont. Adm. Fed., Sala II, 5/4/77, in re "GOLDBERG, Marta B. c/ Universidad de Buenos Aires", E.D. 74-221; Sala IV, 9/10/92, in re "Abbiendi SAIC c/ ANA"; CNCiv., Sala B, 5/4/95, in re "Donati, Néstor c/ Municipalidad de Buenos Aires", L.L. 1995-D, 307), y que éstos tienen el derecho subjetivo a que aquélla resuelva sus pretensiones (CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 19/10/89, in re "Vitale, Emilia c/ Estado Nacional", E.D. 140:227). Este derecho de los particulares, y la consiguiente obligación de la autoridad de aplicación, encuentran sustento en el art. 14 de la Constitución Nacional, en el art. 2º, inc. 3º, aps. a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –ambos con jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Asimismo, el deber de la Administración de resolver, de expresarse frente a la petición de un administrado, surge con nitidez de la LNPA, en tanto el art. 1º, inc. f), ap. 3º, establece que el acto decisorio debe hacer expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso. En igual sentido, el art. 3º de dicho cuerpo legal consagra el principio de la obligatoriedad del ejercicio de la competencia; mientras que el art. 7º, inc. c), determina que la Administración tiene el deber de resolver "todas las peticiones formuladas". En el mismo sentido, la "Carta Compromiso con el Ciudadano", aprobada por Decreto 229/00, expresamente, establece en su art. 3º, inc. i), "el DERECHO a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias".

43 Así sucederá, en particular, cuando la solicitud de ampliación se presente cerca de la fecha del vencimiento del plazo para resolver o ese mismo día. No existe legalmente impedimento alguno para ello.

44 En igual sentido, CASSAGNE, Juan Carlos; *Ley nacional de procedimientos administrativos...*, cit., p. 477.

impugnativa, y en línea con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del citado caso "Mackentor", en el segundo párrafo del artículo 31° se precisa que la denegatoria expresa del reclamo es irrecurrible en sede administrativa.

En consecuencia, rechazado el reclamo mediante el dictado de un acto expreso, ante la imposibilidad de recurrirlo, al interesado sólo queda la posibilidad de deducir la pertinente acción procesal administrativa.

### **El plazo de caducidad para accionar judicialmente frente al acto que resuelve el reclamo administrativo**

La doctrina no ha sido pacífica acerca de la aplicación del plazo de caducidad del artículo 25° de la LNPA respecto del acto expreso que desestima el reclamo administrativo previo. Decíamos anteriormente que dicha discusión se cerró con la decisión de la Corte nacional en el caso "Mackentor", en el cual el tribunal se inclinó por la tesis contraria a la aplicación del mentado plazo.

Si bien el texto reformado de la ley no es claro al respecto, por los motivos que más adelante desarrollaremos, entendemos que el legislador realizó un giro de ciento ochenta grados respecto de la doctrina sentada en el precedente referido, y ha adoptado así el criterio que en su momento postulaban MARIENHOFF<sup>45</sup>, HUTCHINSON<sup>46</sup>, SILVESTRI y GONZALEZ ARZAC<sup>47</sup>. En efecto, según el texto legal vigente, denegado el reclamo, la demanda contencioso administrativa deberá ser interpuesta dentro del plazo perentorio establecido en el artículo 25° de la LNPA.

### **El plazo de caducidad para accionar y el silencio administrativo**

El nuevo texto del artículo 31° de la LNPA ha dado lugar a graves dificultades interpretativas respecto

de la aplicación del artículo 25° del mismo cuerpo legal frente al silencio en la vía del reclamo previo. Debido a la oscura redacción del precepto, surgen dudas acerca de si el plazo de caducidad para demandar al Estado rige sólo en los supuestos en que se configura el rechazo tácito del reclamo (por silencio de la Administración), o también cuando media el rechazo del reclamo por un acto expreso.

Una interpretación literal del precepto podría llevar a la irrazonable de que el plazo previsto en el artículo 25° de la LNPA sólo es aplicable cuando se verifica el estado silencial<sup>48</sup>, y no en el otro supuesto.

A nuestro entender, no obstante la defectuosa redacción de la norma, probablemente la intención del legislador fue imponer la aplicación del plazo de caducidad para ambos supuestos. De lo contrario se trataría de una solución claramente incongruente<sup>49</sup>, ya que no existen razones que justifiquen un tratamiento más gravoso para el particular cuando la Administración incumple su deber de expedirse.

De todos modos, entendemos que, ante la redacción equívoca y poco clara de la norma, si se efectúa un esfuerzo interpretativo que privilegie el principio de tutela judicial efectiva, se podría llegar a postular una hermenéutica del artículo 31° de la LNPA que propicie que el plazo de caducidad del artículo 25° sólo se aplica ante el supuesto de rechazo por acto expreso del reclamo previo, y no cuando se verifica el silencio negativo<sup>50</sup>.

En abono de la tesis postulada, cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que *"las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que, por el principio 'pro actione', hay que extremar las*

45 Ver su trabajo "Demandas contra el Estado Nacional...", cit.

46 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos...*, cit., t. I, p. 548.

47 Ob. cit., p. 70.

48 Cabe recordar que no sería ésta la primera ocasión en la que en el orden nacional se estableció la aplicación de un plazo de caducidad para accionar contra el Estado aun a falta de pronunciamiento expreso de su parte. Un precedente en tal sentido puede encontrarse en el artículo 27 de la ley 24.447 (ley de presupuesto para el año 1995), por el cual, a través de una confusa y desacertada redacción, se estableció: *"En los casos de denegatoria por silencio de la Administración ocurrido en los procedimientos administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimiento de deudas de causa o títulos anteriores al 1 de abril de 1991, se producirá la caducidad del derecho para interponer la demanda contencioso-administrativa contra la denegatoria a los noventa días hábiles judiciales contados desde que se hubiere producido la denegatoria tácita o desde la fecha de entrada en vigencia de esta ley, lo que fuere posterior. Vencido dicho plazo sin que se haya deducido la acción correspondiente, prescribirán también las pretensiones patrimoniales consecuentes. En estos casos no será de aplicación el art. 26 de la ley 19.549"*. Ver los fundados comentarios críticos a esta disposición de Alberto B. BIANCHI, *Caducidad y prescripción de créditos contra el Estado Nacional*, LL, 1985-C, p. 1055 y David A., HALPERIN, *Reclamo de créditos contra el Estado. Caducidad de derechos*, Depalma, Bs. As., 1995, p. 37 a 51).

49 Alberto B. BIANCHI, reportaje efectuado por la revista *La Ley* respecto de *la reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado*, LL Actualidad del 15/11/2001.

50 Así lo han sostenido Juan Carlos CASSAGNE y Pablo PERRINO en el reportaje efectuado por la revista *La Ley* respecto de *la reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado*, antes citado. Otros autores, si bien son críticos frente a la solución adoptada por el legislador, consideran que después de la reforma del artículo 31 por la ley 25.344, producido el silencio es aplicable el plazo de caducidad previsto en el artículo 25, el que se computa a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para resolver el pedido de pronto despacho (HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, Astrea, Bs. As., 6° ed. Bs. As., 2002, p. 194 y SISELES, Osvaldo E. y VINCENTI, Rogelio E., *La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo*, ob. cit. p. 1185).



posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”<sup>51</sup>.

La solución interpretativa que postulamos se apoya en los siguientes argumentos:

- 1) No obstante haberse reemplazado la expresión “en cualquier momento” por otra en la que se exige la presentación de la demanda “en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25°”, la utilización del verbo “podrá”, más la referencia a los plazos de prescripción, permitiría sostener que no se aplica el plazo de caducidad cuando se configura el silencio. De lo contrario, la mención al plazo de prescripción sería inconsecuente, ya que nunca este lapso será inferior al previsto en el artículo 25° de la LNPA.
- 2) De no seguirse esta interpretación del artículo 31°, se llegaría al absurdo de que, según cuál sea la vía en la cual se configure la denegatoria ficta (impugnatoria, arts. 23° y 24° de la LNPA, o reclamo administrativo previo, art. 30° de la LNPA), ella producirá distintas consecuencias. Ello es así toda vez que, según lo dispone el artículo 26 de la LNPA –que no fue modificado–, frente al silencio configurado en los términos del artículo 10° de la misma ley, no es aplicable el plazo de caducidad, pues “la demanda podrá presentarse en cualquier momento” dentro del plazo de prescripción<sup>52</sup>.
- 3) El deber de demandar dentro de los plazos previstos en el artículo 25° para no perder el derecho a hacerlo, desnaturaliza la figura del silencio, cuya finalidad es habilitar al administrado a iniciar el pleito judicial sobre la base de una ficción legislativa en tanto prefiera hacerlo, en lugar de aguardar pacientemente el pronunciamiento expreso de la Administración. No debe olvidarse que la técnica del silencio nació como un instrumento de garantía de los particulares para paliar la situación de indefensión que generaban la teoría de la decisión previa y, su consecuencia, el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso administrativa, adoptado en aquellos sistemas jurídicos que, como el argentino, siguieron en gran medida el modelo francés ante la inactividad de la Administración<sup>53</sup>.
- 4) Los lineamientos que dimanar de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

en materia de silencio de la Administración, apoyan el criterio hermenéutico que propiciamos respecto del artículo 31° de la LNPA.

En efecto, son numerosos los precedentes del máximo tribunal de la República que descalificaron otros tantos pronunciamientos de tribunales locales que avalaron la aplicación de plazos de caducidad para iniciar la demanda contencioso administrativa aun mediando silencio de la Administración. En todos estos casos, se había entendido que el término para promover el pleito había comenzado a correr a partir del momento en el que se configuró el silencio<sup>54</sup>.

La Corte federal dejó sin efecto dichos fallos y calificó de arbitraria la postura expuesta, por padecer de un injustificado rigor formal y poner de relieve una inteligencia de la reglas aplicables contraria al principio *in dubio pro actione*, rector en la materia. Asimismo, el alto tribunal expresó que el criterio cuestionado premiaba la actitud negligente de la Administración y hacía jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo, instituida, claramente, a su favor.

El criterio que dimana de los pronunciamientos citados es razonable y coherente con el carácter opcional atribuido a la técnica silencial y con el principio de tutela judicial efectiva, que exige la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia<sup>55</sup>.

Tal como señalara Bartolomé FIORINI, la existencia de un plazo de caducidad frente al silencio constituye una carga injusta para el particular, y permite que la Administración, sin ninguna razón, venza dos veces: primero no resolviendo nada y, después, por la caducidad del recurso<sup>56</sup>.

En suma, ante la contradictoria y oscura redacción del nuevo artículo 31° de la LNPA, con base en el principio *in dubio pro actione* y con arreglo a la firme jurisprudencia del alto tribunal federal antes citada, consideramos que se podría postular que es inaplicable el plazo del artículo 25° de la LNPA cuando se verifica el silencio negativo de la Administración en los términos del artículo 31° del mismo cuerpo legal<sup>57</sup>.

51 Informe 105/99, del 29/9/99, caso 10.194, “Palacios, Narciso-Nación Argentina”, LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. BOTASSI, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*.

52 Cfr. CANOSA, Armando N. y MIHURA ESTRADA, Gabriel, “La emergencia y una nueva degradación a la tutela judicial efectiva”, ED, 190-732. Alfredo S. GUSMAN considera que, por imperio del art. 26 de la Ley 19.549, “ante el supuesto de silencio administrativo, el particular no tendrá que atenerse a otro plazo distinto al de prescripción de la acción” (ver su trabajo “Panorama del Derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica”, ED, supl. de Der. Adm. del 30/8/2001, p.11).

53 PERRINO, Pablo E., “La inactividad administrativa y su control judicial”, RAP, N° 269, p. 11 y ss.

54 Fallos 315:656; 316:2477 y 318:1349.

55 CASSAGNE, Juan Carlos; “La tutela judicial efectiva...”, cit., p. 1533.

56 Ver su obra *Qué es el contencioso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 265-266.

57 En idéntico sentido, ver USLENGHI, Alejandro Juan; “Algunas consideraciones en torno al proceso administrativo”, en la *Revista de Derecho Público*, 2003-II, p. 11 y siguientes.

Sin perjuicio de lo expresado, a fin de prevenirse contra una interpretación contraria, que entienda que la demanda judicial ha de articularse dentro del plazo del artículo 25° de la LNPA también en caso de silencio, es aconsejable que frente a la demora de la Administración en resolver el reclamo previo se evite solicitar el pronto despacho de las actuaciones, ya que sólo después de tal pedido se inicia el cómputo del plazo de cuarenta y cinco días a cuyo vencimiento se configura el silencio y comienza a transcurrir el plazo del citado artículo 25.

De allí que, ante dicha inactividad, si se desea excitar el dictado del acto pertinente lo más recomendable es promover la pretensión judicial de amparo por mora (artículo 28 de la LNPA), sin perjuicio de la posibilidad de interponer la queja ante el superior (artículos 71 y 72 del RNLPA).

El examen de oficio de los requisitos de admisibilidad de la pretensión

Finalmente, mediante la ley 25.344 se agregó un párrafo final al artículo 31 de la LNPA, a través del cual se consagra la facultad de los jueces de revisar *in limine litis* las condiciones de admisibilidad de la pretensión en el marco del denominado incidente de habilitación de la instancia.

La incorporación de este agregado al artículo en comentario resulta, a nuestro juicio, desacertado desde la perspectiva metodológica, toda vez que en él se regula una cuestión ajena al procedimiento administrativo y más propia del proceso contencioso administrativo<sup>58</sup>.

#### 4.3. Modificaciones al artículo 32° de la LNPA. Las excepciones al reclamo previo. Supuestos eliminados por la reforma

El texto original del artículo 32 de la LNPA, a través de seis incisos, consagraba numerosas excepciones a la regla del reclamo previo, cuya amplitud dio lugar a que algún sector de la doctrina interpretara que dicha vía era de carácter excepcional, reducida a escasos supuestos<sup>59</sup>, de modo que la regla era la inexigibilidad absoluta del reclamo previo<sup>60</sup>.

Dicha disposición establecía: “El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:

- a) Un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del art. 31°.
- b) Antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario.
- c) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente.
- d) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria.
- e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil.
- f) Se demandare a un ente autárquico, o a una empresa del Estado, una sociedad mixta o de

Es menester aclarar, no obstante, que la redacción dada al artículo 31 de la LNPA a partir de la ley 25.344 ha dado lugar a otras interpretaciones, distintas de la arriba expuesta. Para algunos autores, la solución legal comentada resultaría, lisa y llanamente, inconstitucional (cfr. MAIRAL, Héctor A. en reportaje efectuado por la revista *La Ley* respecto de la reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado, LL Actualidad del 15/11/2001; BUJÁN, Néstor, “Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de la Ley 25.344”, en la *Revista de Derecho Público*, 2003-II, pp. 72-86; y RASPI, Arturo Emilio, “Una desafortunada modificación al artículo 31 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, en el diario *El Derecho* del 30 de marzo de 2001; CASSAGNE, Ezequiel, “El control de la inactividad formal de la administración”, LL-2009-D, p. 1043. Para otros, la norma no es cuestionable en punto a su constitucionalidad, y entienden que el plazo de caducidad frente al rechazo del reclamo se aplica tanto frente a la denegación expresa como a la derivada del silencio negativo (cfr. COMADIRA, Julio R., y MONTI, Laura –colaboradora–; *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 512).

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires, parece adoptar la postura reseñada en el texto, al dictar su sentencia del 27 de noviembre de 2007, en la causa “Aguilar, Mario Joaquín c/ EN Ministerio de Economía –Subsecretaría T.A. y P. s/ empleo público”. En cambio, la Sala II del mismo tribunal, ha señalado que es clara la redacción del art. 31 reformado al establecer un mecanismo previo a la impugnación judicial que debe realizarse en caso de que haya silencio administrativo, por lo que el particular se encontraría en situación de tener que promover la demanda en el plazo dispuesto por el art. 25 en caso de requerir pronto despacho a fin de obtener resolución y al vencimiento del término para dictar la misma (sentencia de fecha 6 de diciembre de 2007, recaída en la causa “Balbi Enrique Antonio c. M° Economía y Producción”).

58 Cfr. PERRINO, Pablo E.; “Proceso contencioso administrativo y habilitación de la instancia”, en AA.VV., *Control de la Administración pública*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 99 y siguientes.

59 Mario REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, La Ley, Buenos Aires., 2000, pp. 27-30.

60 Así, Agustín A. GORDILLO, en el Tomo 4-2 de la 3ª. edición de su *Tratado de Derecho Administrativo*, editada en el año 1982, concluye: “Analizado que no hace falta el reclamo por actos, ni tampoco por hechos, que igualmente no es necesario en caso de silencio, y que en materia de omisiones el conjunto de excepciones expresas e implícitas cubre el total de posibilidades existentes, llegamos a la conclusión, de lege lata y no de lege ferenda, de que nunca es exigible el reclamo administrativo previo para demandar a la Nación o a sus entidades autárquicas, en el actual derecho positivo” (cap-XII-25).

*economía mixta, o a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, o a las sociedades del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio”.*

La Ley N° 25.344 modificó sustancialmente esta disposición, al reducir la cantidad de supuestos en los cuales no es preciso articular el reclamo previo para acceder a la vía judicial.

Según el nuevo texto del artículo 32°, además de los casos en que una norma de manera expresa establezca que no es necesaria la articulación del reclamo previo, se exceptúa de su presentación sólo en los siguientes dos supuestos:

- a) Cuando se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; y
- b) Cuando se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

Examinemos, brevemente, cada uno de estos dos supuestos.

#### **a) Repetición de lo pagado al Estado**

Se ha observado, con todo acierto, que la inclusión en la LNPA de una norma que exime de interponer reclamo previo cuando se demanda la repetición de lo pagado al Estado resulta desafortunada, en tanto lo atinente al procedimiento de repetición de los tributos es materia regida por las normas propias del Derecho Tributario<sup>61</sup>. Esta deficiencia metodológica lleva a que puedan surgir superposiciones y contradicciones entre uno y otro régimen, con la consiguiente incertidumbre para el particular afectado.

El texto legal comentado no hace distinción entre los pagos indebidos realizados de manera espontánea, y aquéllos practicados en el marco de una ejecución fiscal emprendida por el fisco. Ambas situaciones deben, por tanto, entenderse alcanzadas por la norma excepcionante<sup>62</sup>.

La excepción consagrada permite, desde luego, no sólo articular la acción de repetición sin necesidad de previo reclamo, sino también deducir dicha pretensión vía reconvencción.

#### **b) Daños y perjuicios de fuente extracontractual**

La historia de la excepción prevista en este primer inciso se remonta a 1944, año en el que el Presidente de la Nación dictó el Decreto N° 28.211/44, en virtud del cual declaró que *“el Poder Ejecutivo no admitirá por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que éstos realizan las funciones o tareas encomendadas; debiéndose dejar librada a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de los hechos o accidentes como lo que se refiera al monto de la compensación a que hubiera lugar”*<sup>63</sup>.

Las razones de la reticencia a permitir que sea el propio Poder Ejecutivo quien sopesa y eventualmente reconozca tal responsabilidad estatal, surgen de los mismos considerandos del decreto. Allí se alude, en primer lugar, al riesgo de que los casos dudosos se presten *“a la intervención interesada y a veces perniciosa de personas influyentes”*. También se hace mérito de la falta de un marco normativo que asegure un procedimiento eficaz en la materia. Y se hace hincapié, asimismo, en la doctrina de la Procuración del Tesoro<sup>64</sup> según la cual compete a los tribunales federales estimar el monto de los perjuicios causados por los agentes estatales en ejercicio de sus funciones.

A partir de la sanción de la LNPA, que consagró expresamente en su artículo 32°, inciso d), la innecesidad de formular el reclamo indemnizatorio ante la Administración previo a la demanda judicial, esta rotunda negativa a que el Poder Ejecutivo pudiera admitir en su sede un reclamo resarcitorio fundado en la responsabilidad de los agentes públicos, dejó espacio a una interpretación un tanto más flexible, tal como lo dejan entrever los dictámenes emitidos por la Procuración del Tesoro de la Nación a lo largo de los años posteriores al dictado de dicha ley<sup>65</sup>.

En épocas más recientes, la Procuración del Tesoro ha retomado la visión restrictiva que sostuviera en tiempos más remotos. Este giro se plasmó, por primera vez, en un dictamen producido por el organismo el 21 de marzo de 2000, en el que afirma que,

61 Cfr. COMADIRA, J.R., y MONTI, L.; *Procedimientos administrativos...*, Tomo I, cit., p. 513.

62 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos; *Ley nacional de procedimientos administrativos...*, cit., p. 485.

63 Cfr. el artículo 1 del decreto mencionado, publicado en ADLA IV, 595.

64 La Procuración del Tesoro de la Nación constituye, en la Argentina, el órgano máximo de asesoramiento jurídico de la Administración pública nacional ([www.ptn.gov.ar](http://www.ptn.gov.ar)).

65 Cfr. Dictámenes 121:255; 123:19; 127:99; 133:493; 139:34; 172:74; 174:166; 181:14; 181:97; 188:33; 190:142; 192:191; 193:73; 201:148; 207:1 y 231:334.

Para un análisis más detallado de la evolución de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre este tema, puede verse DE LA RIVA, Ignacio M.; *“La innecesidad del reclamo administrativo previo en la acción de daños y perjuicios contra el Estado argentino”*, en AA.VV., *Derecho procesal administrativo*, libro en homenaje al Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, bajo la dirección de Juan Carlos CASSAGNE, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 1203-1225.

aún bajo la vigencia de la LNPA, “no corresponde apartarse del texto del Decreto 28.211/44”, cuyo texto nunca fue expresamente derogado<sup>66</sup>.

Lo cierto, pues, es que dadas las condiciones impuestas a partir del dictado del Decreto 28.211/44, que –al menos en su primera interpretación por la Procuración del Tesoro- colocaba al Poder Ejecutivo frente a la imposibilidad absoluta de proceder a reconocer la responsabilidad estatal en los casos comprendidos en su artículo primero, el mantenimiento del deber de interponer un reclamo con esos propósitos hubiera configurado un ritualismo del todo inútil e inconducente<sup>67</sup>.

De todos modos, no debe perderse de vista que si los daños reclamados fueran resultado de un acto administrativo, deberá procederse a la impugnación de este último, previa o simultánea al reclamo administrativo, según se prefiera. Ello, porque la pretensión resarcitoria fundada en la ilegitimidad de un acto administrativo es accesoria y está subordinada a la previa declaración de invalidez de aquél<sup>68</sup>.

El tema fue motivo de un amplio debate en su momento<sup>69</sup>, hasta ser finalmente resuelto por el fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, dictado el 24 de abril de 1986 en la causa “Petracca e hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional- Ente Autárquico Mundial 78 s/ cobro de pesos”. En dicha ocasión, la mayoría del pleno del tribunal de alzada sentó la siguiente doctrina: “no es admisible la acción de cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25° de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado”. La Corte Suprema ratificó, años más tarde, dicho temperamento al fallar en términos muy similares la causa “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de

la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento”<sup>70</sup>, donde confirmó el carácter accesorio de la pretensión resarcitoria fundada en la ilegitimidad del acto administrativo, por hallarse subordinada a la previa invalidación de este último<sup>71</sup>.

En consecuencia, si la decisión administrativa deviene firme -ya sea debido a su falta de impugnación o a su cuestionamiento tardío-, ya no será admisible el reclamo de daños y perjuicios basados en su ilegitimidad.

En palabras del máximo tribunal, “dicha conclusión es una consecuencia lógica de la naturaleza accesoria -en el ámbito del derecho administrativo- de pretensiones como las antes indicadas respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12° de la ley 19.549), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente”<sup>72</sup>.

Como resultado de lo expuesto se advierte, entonces, que con independencia de que los daños se originen en un marco contractual o fuera de él, siempre que su fuente provenga de la ilicitud de un acto administrativo, si se desea mantener viva la pretensión resarcitoria deberá recorrerse la vía impugnativa correspondiente dentro de los plazos estipulados al efecto. En esto, la liberación -por obra del legislador- de tener que formular el previo reclamo en los casos de daños y perjuicios extracontractuales no altera los recaudos impuestos por el mismo Poder Legislativo de cara a la impugnación de los actos de la Administración. Si el resarcimiento perseguido fuera producto, en cambio, de una actividad pública que se considera lícita, huelga decir que esta preocupación no tiene cabida, debiendo en ese caso deducirse únicamente el reclamo ad-

66 Cfr. el dictamen 232:303. La misma doctrina ha sido reproducida en los dictámenes 235:622; 236:557; 238:241 y 238:261.

67 En igual sentido, cfr. MERTEHIKIAN, E., “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la acción...”, cit., p. 154; y del mismo autor, *La responsabilidad pública (Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema)*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 216.

68 CASSAGNE, ob. cit. t. I, p.s. 259/260 y HUTCHINSON, Tomás, “Los daños producidos por el Estado”, *Rev. Jca. Jus* N° 36, p. 57. En este sentido, sostiene GONZÁLEZ PÉREZ que, “en el supuesto de que la lesión patrimonial que dé lugar a la indemnización derive de la infracción del Ordenamiento jurídico en que hubiere podido incurrir el Reglamento o el acto, será presupuesto de la responsabilidad la declaración de la infracción al Ordenamiento jurídico por la propia Administración –en ejercicio de la autotutela- o por sentencia firme” (ver su libro *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, primera edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 351-352).

69 María Jeanneret DE PÉREZ CORTÉS nos ilustra sobre el particular en su meduloso trabajo titulado “Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado”, publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, 1990, núm. 3, pp. 109-120. Para una reseña de la doctrina que se ha ocupado del tema antes del plenario “Petracca”, vid. en particular la nota 4 del trabajo citado.

70 Cfr. Fallos 319:1476. Ver el comentario que dedican al fallo María Claudia CAPUTI y Estela B. SACRISTÁN, en su trabajo titulado “La caducidad del artículo 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica”, en *ED*, Tomo 1997-A, pp. 70-80.

71 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis/ Abeledo-Perrot, séptima edición, Buenos Aires, 2002, Tomo I, pp. 509-510; y PERRINO, Pablo Esteban, “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita (Responsabilidad por falta de servicio)”, en *ED*, 2000, Tomo 185, pp. 802-803.

72 Consid. 6° de la causa “Alcántara Díaz Colodrero”, Fallos: 319:1476.

ministrativo pertinente cuando se reclamaren daños y perjuicios derivados de un contrato.

**c) Supuestos de excepción eliminados por la Ley N° 25.344**

El análisis de la incidencia de la reforma en lo que tiene que ver con el artículo 32° de la LNPA no quedaría completo si no nos detuviéramos a considerar los supuestos de excepción que han sido eliminados por la Ley N° 25.344, a saber:

**a) Impugnación de actos administrativos dictados de oficio (incs. a y b)**

La innovación es acertada, no sólo porque la experiencia muestra la nula utilización de este supuesto de excepción, sino, además, porque su presencia suponía una distorsión del ámbito propio de la vía reclamativa, ajena a la impugnación de actos.

**b) Daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual del Estado (inc. d)<sup>73</sup>**

Según ha quedado expuesto, la versión de la LNPA sancionada en 1972 exceptuaba con carácter general de interponer reclamo administrativo previo a quienes "reclamaren daños y perjuicios contra el Estado", con total prescindencia de la causa invocada<sup>74</sup>. La reforma de la Ley N° 25.344 ha venido a acotar el alcance del inciso referido, de modo que hoy sólo se exige de plantear una reclamación previa ante la Administración a aquéllos que persigan una compensación de daños y perjuicios contra el Estado "por responsabilidad extracontractual".

El añadido incorporado sobre el final del inciso resulta acertado, ya que, como con toda razón lo ha puesto de relieve la doctrina, parece lógico que si el contratista se considera con derecho a reclamar daños y perjuicios al Estado, dirija preliminarmente su pretensión a la autoridad administrativa con quien trabó la relación contractual, hipotética responsable del perjuicio denunciado<sup>75</sup>. Determinados

regímenes especiales del ámbito contractual, por otra parte, ya contemplaban la posibilidad de que el Estado contratante hiciera lugar al resarcimiento de gastos u otros rubros<sup>76</sup>.

**c) Acciones de desalojo contra el Estado (inc. d)**

Se trata de una acción de carácter civil, razón por lo cual su regulación no correspondía a la LNPA. Desde este punto de vista se justificaría la eliminación de esta excepción.

Sin embargo, si no se tiene presente la circunstancia apuntada en el párrafo anterior, se corre el riesgo de que la supresión del inciso sea interpretada como un restablecimiento de la exigencia de interponer reclamo administrativo antes de promover una acción de desalojo.

**d) Acciones que no tramiten por la vía ordinaria (inc. d)**

Explica MAIRAL que esta excepción, al igual que la antes indicada, se funda "en la incompatibilidad de la demora comprendida en la reclamación administrativa previa con los plazos abreviados de la vía procesal aplicable"<sup>77</sup> (v. gr., acciones posesorias, interdictos).

Sin embargo, dado que, generalmente, mediante estas acciones se debaten cuestiones propias del Derecho privado, entendemos que la eliminación del supuesto en cuestión es acertada en función de las mismas razones expuestas en el punto anterior<sup>78</sup>.

**e) Ritualismo Inútil (inc. e)**

También se dejó sin efecto el inc. e) del artículo 32° de la LNPA, que autorizaba a soslayar el requisito en examen "cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento transformando el reclamo previo en un trámite inútil".

73 Con anterioridad al dictado de la ley 19.549 mediante el art. 1° del decreto 28.211/44 se prohibió al Poder Ejecutivo "admitir por vía de gestión administrativa la responsabilidad del Estado en las reclamaciones de daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que éstos realizaban sus funciones o tareas encomendadas; debiéndose dejar librada a la eventual contienda judicial tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de los hechos o accidentes como lo que se refiere al monto de la compensación a que hubiere lugar". A nuestro entender este decreto ha sido derogado por la ley 25.344 (por lo menos en lo que concierne a los daños de origen contractual), toda vez que la prohibición allí contenida es claramente incompatible con la exigencia impuesta el nuevo texto del art. 32 de la ley 19.549 de interponer el reclamo administrativo en los supuestos de perjuicios de fuente contractual (Cfr. CANOSA, A.; *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado...*, cit., p. 80).

74 Dicha redacción se encontraba en línea con la visión amplia que había ido forjándose en el seno de la Procuración del Tesoro de la Nación, la cual extendía los alcances de dicho precepto a todos los casos en que se reclamara un resarcimiento por daños y perjuicios, pese a la literalidad del artículo 1 del Decreto 28.211/44 que inhibía al Poder Ejecutivo de admitir la responsabilidad del Estado "en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que éstos realizan las funciones o tareas encomendadas" (vid. Dictámenes 84:145; 84:247; 86:124; 89:340; 118:197; 119:280; 121:24; 172:16; 172:74; 181:14 y 181:97).

75 Cfr. POZO GOWLAND, H.M.; "Cambios en el contencioso administrativo...", cit., p. 8.

76 Cfr., por ejemplo, los artículos 39 y 54 de la Ley de Obras Públicas N°13.064, y el artículo 96 del Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por Decreto 436/2000.

77 Ob. cit., tomo I, p. 360.

78 CANOSA, A.; *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado...*, cit., p. 87.

No obstante la eliminación por el legislador de la excepción atinente al ritualismo inútil, es indudable que la misma aún subsiste, toda vez que se sustenta en normas de rango supra-legal.

En efecto, este supuesto eximente del carril del reclamo administrativo previo deriva directamente de la garantía de la tutela judicial efectiva receptada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en diversos pactos internacionales (arts. 8º, inc.1 del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 2º y 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)<sup>79</sup> con jerarquía constitucional (art. 75º, inc. 22 de la Constitución Nacional)<sup>80</sup>.

De ahí que, aunque se haya suprimido el inciso e) del artículo 32º de la LNPA, los jueces igualmente podrán excepcionar el tránsito previo por la vía administrativa cuando consideren que implica, en el caso, un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de acceso a la jurisdicción, toda vez que la deducción del reclamo en tales casos puede llegar a transformarse en un ritualismo inútil lesivo de dicho derecho de linaje constitucional<sup>81</sup>.

En apoyo de lo dicho, cabe recordar que la eximente del ritualismo inútil para soslayar la vía reclamativa fue postulada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con anterioridad a su consagración legislativa. Por lo demás, en numerosas ocasiones el alto tribunal ha descalificado decisiones de superiores tribunales provinciales que habían exigido la articulación de un recurso administrativo de revocatoria o reconsideración para agotar la vía, por considerar que ello implicaba un injustificado rigor formal incompatible con el

derecho de defensa, en tanto el tránsito por la vía administrativa exigida constituía, en tales casos, un ritualismo inútil<sup>82</sup>.

En suma, la reforma introducida por la Ley N° 25.344 al artículo 32º de la LNPA en este punto va en contra de las modernas tendencias que predicán la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia<sup>83</sup>, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de derechos Humanos, “el principio de tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al Poder Público”<sup>84</sup>.

Por tal razón, cuando medie una clara conducta estatal que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a la vía administrativa –ya sea esta reclamativa o impugnatoria<sup>85</sup>– de modo que ésta quede transformada en una carga inútil, no corresponderá exigir su tránsito.

Cabe recordar algunos supuestos en los cuales los tribunales estimaron innecesario la articulación del reclamo previo, por aplicación del criterio comentado<sup>86</sup>.

(i) **Supuestos en los cuales la Administración ha rechazado numerosos reclamos presentados con el mismo objeto.** Así se ha resuelto: “...puede establecerse la manifestación inequívoca de la Administración a través de las numerosas resoluciones del Ministerio de Educación y Cultura (...) que desestimaron más de 100 reclamos presentados por empleados de ese Ministerio”<sup>87</sup>.

79 CASSAGNE, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad...”, Rev. de Der. Adm. N° 32, p. 525 y ss.

80 CASSAGNE, Juan Carlos, “El ritualismo inútil y la habilitación de la vía administrativa”, LL, 2001-B, p. 37.

81 PERRINO, Pablo E.; “La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344”, Rev. de Der. Adm. N° 37/28, p. 407.

82 Cfr. Fallos 311:2082; criterio reiterado en Fallos 312:767, 1168, 1306 y 1908; 313:326 y 318:315; ver CASSAGNE, Juan Carlos, y PERRINO, P., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 196-198.

83 En esta línea cabe citar los arts. 14, inc. 2, apart. del nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, ley 12.007, modificada por la ley 12.310 y el art. 7 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, ley 189, que –tomando como fuente el derogado inc. e del art. 32 de la LNPA– excepcionan el requisito del agotamiento de la vía cuando medie una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso, exigirle resultare para el interesado una carga excesiva o inútil (ver CASSAGNE, J.C., y PERRINO, P., *El nuevo proceso contencioso administrativo...*, cit., p. 241 y ss).

84 Informe 105/99, del 29/9/99, caso 10.194, “Palacios, Narciso-Nación Argentina”, LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. BOTASSI, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*.

85 Cabe recordar que la doctrina y la jurisprudencia han considerado que la dispensa prevista en el derogado inc. e del art. 32 LNPA de transitar la vía administrativa cuando aquella constituye una trámite inútil también era aplicable a la vía impugnatoria de actos de alcance individual y general (Tomás HUTCHINSON, *Ley Nacional de procedimientos administrativos...*, cit., tomo I, pp. 458-459; Juan Carlos CASSAGNE, “El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general”, LL, 2001-E, p. 1226; Patricio SANMARTINO, “Impugnación de actos de alcance general. La dispensa del reclamo impropio como recaudo habilitante de acceso a la jurisdicción”, obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pp. 77 y ss.; Jorge I. MURATORIO; ob. cit., p. 19; Cam. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala I, “Oyuela, Horacio M. c/Est. Nac.” LL, 1996-D, p.854; Sala IV, Caplan, Ariel rolando c/Telefónica de Argentina y otros”, del 10/12/96; Sala II, “Aguirre, Miguel A. y otros c/M.T. y S.S. y otro”, res. del 3/8/2000, con nota de Juan Carlos CASSAGNE, “El ritualismo inútil y la habilitación...”, cit., p. 37).

86 PERRINO, P.; “El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, ED, 184, p. 825 y ss.

87 CNCont. Adm. Fed., Sala II, causa “Macera Aibe y otros c/Ministerio de Educación y Cultura s/empleo público”, res. del 18/7/95. Concorde con esta línea jurisprudencial cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al descalificar fallos de superiores tribunales locales que exigen la interposición del recurso de revocatoria como requisito de admisibilidad de la pretensión

- (ii) **Medidas adoptadas por el Estado en el marco de una política estatal**<sup>88</sup>. También se ha entendido que configuraba la excepción del citado inc. e) del artículo 32°, la circunstancia de que las medidas cuestionadas por el reclamante habían sido adoptadas en el marco de una determinada política estatal, lo que exterioriza un curso de acción respecto del cual *prima facie* no parece probable que sea modificado por la autoridad administrativa<sup>89</sup>.
- (iii) **Supuestos en los que la autoridad demandada, al contestar la demanda, rechazó en cuanto al fondo la pretensión del actor sin oponer la falta de reclamo administrativo previo como defensa o excepción**. En tales hipótesis el máximo tribunal de la República consideró que la exigencia del reclamo previo se convierte en un inoperante ritualismo<sup>90</sup>.
- (iv) **Casos en los que se plantea la inconstitucionalidad de una ley**<sup>91</sup>. Si bien no media acuerdo en la doctrina respecto las facultades de la Administración para proceder al control de constitucionalidad de las leyes<sup>92</sup>, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que cualesquiera sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar de aplicar actos contrarios a las leyes, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de las mismas. Ello por cuanto dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, pues lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede<sup>93</sup>.

En sintonía con lo expuesto, la sala II de la Cámara Nacional Contencioso Administrativa ha resuelto que deviene innecesario agotar la vía administrativa cuando lo que se pretende es la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pues ello no puede ser resuelto en sede administrativa<sup>94</sup>.

#### f) Cuando se demandare a una entidad descentralizada (inc. f)

procesal administrativa, ha expresado que si a raíz del reclamo administrativo ha existido una etapa conciliatoria con intervención suficiente del administrado y, por ende, la demandada tuvo la posibilidad realizar el control de legitimidad y conveniencia, no resulta dable aceptar que la misma autoridad superior que dictó el acto cuestionado fuese a modificar su decisión ante un eventual recurso de revocatoria contra aquel. Por tal motivo, exigir a la actora la presentación de un nuevo recurso ante el mismo órgano significaría someterla a un ritualismo estéril, incluso con inútil dispendio de actividad propia de la Administración Fallos 311:2082 ("Sacoar"); 312:767 ("Rabinobich"), 1168 ("Sacomani"), y 1908, "Carena de Crippa" y 318:315 ("Lepinski").

88 IVANECA, Miriam M., "Consideraciones acerca del reclamo administrativo previo y la excepción del ritualismo inútil", en la obra colectiva *Procedimiento administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración*, Buenos Aires, 1998, p. 153.

89 CNCont. Adm. Fed., Sala II, causa "Macera Aibe y otros", antes cit. y de la misma sala causa "Calzar S.A.", LL, 1996-A, p. 633, con nota de GORDILLO, Agustín A., *Nuevos argumentos para la innecesidad del reclamo administrativo previo*.

90 Fallos 312:1306 ("Guerrero") 313:326 ("Pozzi").

91 Cfr. MAIRAL, ob. cit. tomo I, p. 334.

92 Ver COMADIRA, Julio R., "La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", Rev. de Der. Adm., N° 1, p. 151 y ss.

93 Fallos 269: 243 ("Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S. A."), criterio reiterado en Fallos 298:511, ("Provincia de Mendoza c/ Nación").

94 Causa "Calzar S.A.", antes cit. y causa "Esso S.A.P.A.", LL, 1997-A, p. 104.

95 Armando E. GRAU, *Reclamación administrativa previa*, en la obra colectiva *Acto y procedimiento administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1975, p. 188.

96 Diversos han sido los fundamentos expuestos por la doctrina y la jurisprudencia para justificar el requisito del agotamiento previo o del acto que cause estado. Ellos pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

El inciso f) de la LNPA, texto según Ley 21.686, excepcionaba la articulación del reclamo administrativo para demandar a un ente autárquico, a una empresa del Estado, a una sociedad mixta o de economía mixta, a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, a las sociedades del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio.

En lo que se refiere a los entes autárquicos, la supresión de la excepción es coherente con el nuevo texto del artículo 30°, que incluye a dichos entes entre los sujetos pasivos del reclamo.

En principio, la expansión del reclamo previo a las entidades autárquicas no nos parece criticable, toda vez que se trata de personas públicas estatales que llevan a cabo cometidos típicamente administrativos y se someten a un régimen de Derecho público. Por ende, si el reclamo administrativo previo rige para la Administración central, en virtud de la naturaleza, fines y régimen jurídico aplicable a los entes autárquicos, no nos parece cuestionable que se extienda a su respecto este recaudo de admisibilidad de la acción judicial.

Cabe recordar que la solución que traía el artículo 32°, inc. e), de la LNPA había merecido la crítica de GRAU, quien entendía que la ley había hecho mal en excluir del reclamo a dichos entes, postulando que a su respecto, con mayor motivo, es necesario e imprescindible la reclamación<sup>95</sup>.

En lo que respecta a los entes que integran el denominado sector empresario del Estado, la eliminación de la excepción no significa erigir al reclamo previo en un presupuesto procesal de tránsito obligatorio para su demandabilidad. Ello es así, en tanto en el texto del artículo 30° de la LNPA, según Ley N° 25.344, sólo se incluyó a los órganos superiores de los entes autárquicos entre las autoridades ante las cuales debe dirigirse el reclamo administrativo, pero no a las empresas y sociedades estatales.

## 5. LA VÍA IMPUGNATORIA Y EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA

Tal como ha sido expuesto más arriba, existe una segunda alternativa para el agotamiento de la vía administrativa, que se ha de transitar cuando la pretensión consista en la impugnación de un acto administrativo dictado por la Administración. Se trata de la denominada vía impugnatoria.

El agotamiento de esta vía normalmente se produce mediante la deducción de los recursos administrativos<sup>96</sup>. La pregunta acerca de cuándo se verifica tal agotamiento, no tiene una única respuesta, sino que depende de la solución que establece el ordenamiento positivo para cada circunstancia en particular. De ahí que el agotamiento o final de la vía administrativa no deba, necesariamente, coincidir con el órgano que está en la cúspide o cabeza de la organización<sup>97</sup>.

En Argentina, en el ámbito federal la forma de producir el agotamiento de la vía está, básicamente, establecida en el artículo 90° del Decreto N° 1759/72, reglamentario de la LNPA (RLNPA). El régimen varía según se trate de actos administrativos de la Administración centralizada o descentralizada, y de actos de alcance individual o general.

### a) Agotamiento de la vía respecto de actos de alcance individual

Tratándose de la Administración centralizada, los actos individuales que emanen de alguna de las

autoridades superiores que tienen competencia resolutoria final causan estado, por lo que son directamente impugnables en sede judicial. Respecto de ellos, es posible (pero no obligatorio) interponer el recurso de reconsideración, cuyo plazo de interposición es de 10 días (art. 84°, RLNPA). En cambio, para agotar la vía respecto de actos emanados de órganos inferiores de la Administración central es menester la interposición del recurso jerárquico (art. 90°, RLNPA), el cual constituye el medio para impugnar ante el superior jerárquico los actos del inferior<sup>98</sup>.

Como ocurre en múltiples ordenamientos jurídicos comparados, en el orden nacional el recurso jerárquico es el único de articulación obligatoria para provocar el agotamiento de la vía<sup>99</sup>. El recurso de reconsideración, en cambio, siempre es optativo, ya que ninguna disposición exige su deducción para agotar la vía.

El recurso jerárquico procede contra las resoluciones definitivas o equiparables, y puede ser interpuesto en forma autónoma ante el mismo órgano que dictó el acto, o en forma implícita, junto con el de reconsideración (art. 88°, RLNPA). El plazo para su interposición es de 15 días (art. 89°, RLNPA) y debe ser resuelto en el término de 30 días (art. 91°, RLNPA), vencido el cual automáticamente se configura la denegatoria por silencio (art. 91°, RLNPA).

El órgano competente para resolver el recurso depende del nivel jerárquico del autor del acto impug-

1) Según lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Serra" (Fallos: 316:2454 y en LL, 1995-A, p. 397, con nota de BIANCHI, Alberto B., "Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa"); el agotamiento de la vía administrativa constituye una prerrogativa de naturaleza procesal que integra el régimen exorbitante que caracteriza el derecho público. En palabras de José A. TREVIJANO FOS es un privilegio "hacia adentro" de la Administración Pública<sup>97</sup> (TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1973, t. I, p. 458);

2) Constituye una etapa de conciliación previa al juicio (ARGAÑARÁS, Manuel J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, reimpresión inalterada, Lex, La Plata, 1988, p.33; LINARES, Juan F., *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Astrea, Bs. As., 1974, pp. 21-22; SILVESTRI, Beatriz R. y GONZALEZ ARZAC, Rafael M., "La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (Recursos y reclamos)", ED, t. 72, p. 764);

3) Da a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores ya que pone en funcionamiento el control jerárquico de legitimidad y oportunidad SILVESTRI y GONZALEZ ARZAC, ob. y p. cit.; GARCÍA PULLES, Fernando R., "El agotamiento de la vía administrativa", LL, 1993-A, p. 1044).

4) Es una derivación propia de la estructura jerárquica de la Administración (GARCÍA PULLES, ob. antes cit.) pues mediante dicho procedimiento se alcanza la "voluntad final" de la Administración, voluntad que debe ser la de la autoridad superior del sistema. "Su razón de ser estriba en la misma jerarquía administrativa, por cuya virtud no puede considerarse que la Administración ha dicho su última palabra hasta que haya resuelto el órgano supremo del ramo administrativo correspondiente, esto es que se haya apurado la vía administrativa" (ROYO-VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 24 ed., Valladolid, 1955, t. II, p. 889).

6) Filtra las contiendas que llegan a los tribunales. Reduce el número de casos que llegan a la instancia judicial permitiendo que la mayor cantidad posible alcance solución mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo (MAIRAL, ob. cit, t. I, p. 304), facilitando, de este modo, la labor de la justicia.

7) Promueve la eficiencia administrativa (CANOSA, Armando N., *Los recursos administrativos*, Bs. As. 1996, p. 194) evitando la interferencia prematura de los jueces en el procedimiento administrativo<sup>98</sup>.

8) Facilita la tarea judicial al poner a disposición de los tribunales el beneficio de la experiencia y pericia del organismo administrativo que intervino previamente.

9) Permite una mejor defensa del interés público, a través del mejoramiento de los argumentos de los actos administrativos que podrán generar el reconocimiento y acatamiento de los administrados, con base en los mayores fundamentos que se expongan (GARCÍA PULLES, ob. y p. cit.).

10) Evita que la Administración sea llevada a juicio por decisiones adoptadas por órganos inferiores e impide que la Administración resulte enjuiciada sorpresivamente (PARADA, ob. cit. p. 359).

<sup>99</sup> PARADA, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 364.



nado (art. 90°, RNLPA). Al respecto, los supuestos que pueden verificarse son los siguientes:

- a) *Acto emitido por una autoridad inferior a un ministro*: es competente para decidir el ministro del área.
- b) *Acto dictado por una Secretaría de la Presidencia*: la competencia resolutoria es del Poder Ejecutivo.
- c) *Acto dictado en forma originaria por un ministro*: la determinación del órgano competente para resolver los recursos jerárquicos que se deduzcan respecto de actos originarios de los ministros depende del criterio que se adopte acerca de la relación jurídica que media entre el Jefe de Gabinete con los ministros.

Para una postura, que compartimos, se afirma que corresponde al Jefe de Gabinete la resolución de los recursos jerárquicos<sup>100</sup>, pues las competencias y responsabilidades que la Constitución Nacional asigna a dicho órgano (en particular, la que concierne a la “*administración general del país*”, establecida en el artículo 100°, inc. 1, del texto Constitucional) pone en evidencia que se trata de un órgano de jerarquía superior a los ministros<sup>101</sup>.

Para otra posición, defendida por la Procuración del Tesoro<sup>102</sup>, al no existir relación de jerarquía entre el Jefe de Gabinete y los ministros (artículos 100°, incs. 10 y 13, segundo párrafo de la Constitución Nacional), el órgano competente para decidir los recursos jerárquicos sería el Poder Ejecutivo<sup>103</sup>.

- d) *Actos originarios de la Jefatura de Gabinete*: dada la relación jerárquica que media entre el Jefe de Gabinete respecto del Presidente<sup>104</sup> y la amplia competencia que este último tiene

en su condición de “*responsable político de la administración general del país*” (artículo 99°, inc. 1, de la Constitución Nacional)<sup>105</sup>, las decisiones del Jefe de Gabinete son susceptibles de ser cuestionadas por vía jerárquica ante el Poder Ejecutivo<sup>106</sup>.

Claro está que si se interpreta –como lo hace la Procuración del Tesoro– que el Jefe de Gabinete es un ministro más, la articulación del recurso jerárquico será, además, necesaria para producir el agotamiento de la vía administrativa.

- e) *Actos dictados por órganos inferiores de las entidades autárquicas*: es competente la autoridad máxima del ente para decidir el recurso jerárquico (art. 93°, RNLPA).

A su vez, cuando se trata de la Administración descentralizada, agota la vía el acto administrativo definitivo o asimilable dictado por la autoridad superior del ente. Si el acto emana de un órgano inferior de la entidad, será preciso deducir el recurso jerárquico (art. 93°, RNLPA) para obtener el acto que causa estado y permite su ulterior revisión judicial.

No obstante que el ordenamiento jurídico permite la demandabilidad directa cuando se trate de resoluciones dictadas por las máximas autoridades de los entes descentralizados, a opción del interesado, también es posible articular el denominado recurso de alzada (art. 94°, RNLPA), a través del cual se permite a la Administración central ejercer el control de tutela sobre los entes descentralizados<sup>107</sup>. Este recurso debe ser deducido en el plazo de quince días de notificado el acto a impugnar (art. 98°, RNLPA), y procede contra los actos administrativos definitivos o equiparables a tales, que emanen del

100 PERRINO, Pablo E., “El recurso jerárquico en el ámbito nacional”, AA.VV, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, RAP, Bs. As., 2006, p. 417 y ss.

101 PERRINO, Pablo E., “El régimen de agotamiento de la vía en la Provincia de Buenos Aires”, AA.VV, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, dirigida por Juan Carlos CASSAGNE y Agustín A. GORDILLO, La Plata, Platense, 2004, 2ª ed., p. 301 y ss.

102 Cfr. opinión de Julio R. COMADIRA expuesta en el informe producido en su condición de Jefe de Asesores del Ministro de Justicia de la Nación analizando el Dictamen N° 90/97 de la Procuración del Tesoro de la Nación, en: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP*: 234: 33; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, op. cit., T. II, p. 603; MURATORIO, Jorge I., “El agotamiento de la instancia administrativa como presupuesto de acceso a la instancia judicial”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP*: 268:17; CANOSA, *Los recursos administrativos*, op. cit., p. 187 y sigs.; BARRAZA, Javier I. y SCHAFRIK, Fabiana H., *El Jefe de Gabinete de Ministros*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 270.

103 COMADIRA, Julio R. y CANDA Fabián O., “Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional”, en: *El Derecho*, 163, p. 880; IVANEGA, Miriam M., *Principios de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 193; MATA, Ismael, “El Jefe de Gabinete”, en: *RAP* 194, p. 20.

104 *Dictámenes*: 221:133 y 222:53. Así ha dictaminado la Procuración del Tesoro que el Jefe de Gabinete de ministros no se encuentra habilitado para sustituir al Poder Ejecutivo y a los ministros en la resolución de los recursos jerárquicos, pues nada en la Constitución Nacional autoriza a afirmar que el Jefe de Gabinete tuviera atribuida una supremacía que lo faculte para modificar, anular o sustituir decisiones adoptadas por los demás ministros en ejercicio de su propias competencias, de lo que se infiere que sus actos, al igual que los emanados de los restantes ministros, se hallan sometidos a la revisión jerárquica del titular del Poder Ejecutivo (cfr. *Dictámenes*: 222:053; 235:510; 236:167; 238:124; 245:038 y 249:432). Asimismo, ha señalado que la institución del Jefe de Gabinete de Ministros no ha significado un cambio en la estructura política institucional vigente hasta la sanción de la enmienda constitucional, toda vez que el titular del Poder Ejecutivo continúa siendo el Presidente de la Nación, de modo unipersonal (cfr. *Dictámenes*: 222:053 y 249:432).

105 Éste criterio es el que se impuso en los hechos a partir del gobierno del doctor Fernando DE LA RÚA. A mi juicio, se trata de una solución disfuncional y contraria a los motivos que justificaron el origen de esta figura en nuestro derecho (al respecto, véase: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D., “El Jefe de Gabinete de Ministros: la experiencia institucional”, obra colectiva *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 155).

106 CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, op. cit., T. I, pp. 289-290.

107 BARRA, Rodolfo, C., *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 73 y ss.

órgano superior de la entidad descentralizada (art. 94°, RLNPA). No son impugnables por esta vía los actos inherentes a la actividad privada de las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional.

El recurso de alzada debe ser resuelto dentro del plazo de 30 días (arts. 98° y 91°, RLNPA), por el ministro o secretario de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el ente que ha dictado el acto cuestionado (art. 96°, RLNPA).

Los motivos por los que procede este recurso varían según cuál haya sido el órgano que ha intervenido en la creación de la entidad descentralizada. Según el art. 97° del RLNPA, si el ente descentralizado autárquicamente fue creado por el Congreso en uso de sus facultades constitucionales, este recurso sólo podrá fundarse en razones de ilegitimidad, salvo que por vía legislativa se autorice un control amplio. En este caso, de hacerse lugar al recurso, la resolución debe limitarse a revocar el acto impugnado, en tanto sólo por excepción sería posible su modificación o sustitución, si fundadas razones de interés público lo justificaren. En cambio, si la entidad ha tenido su origen en virtud de una decisión del Poder Ejecutivo el control es amplio, pues abarca no sólo la legitimidad, sino también la oportunidad.

El recurso de alzada no es de interposición obligatoria para agotar la vía. Su articulación es de carácter opcional para el interesado. Si bien la elección de la vía judicial hace perder la administrativa, la interposición del recurso de alzada no impide, una vez resuelto, acudir a la judicial (art. 95°, RLNPA).

Por regla, el desistimiento de los trámites de un recurso conlleva la firmeza del acto impugnado (art. 67°, último párrafo, RLNPA), salvo que se trate del recurso de alzada, pues según lo dispone el art. 95° del cuerpo reglamentario, es posible desistir dicho recurso en cualquier momento y promover la pertinente acción judicial.

## b) Impugnación de actos administrativos de alcance general

A partir de la reforma introducida al artículo 73° del RLNPA por el Decreto N° 1883/91, sólo existen dos carriles para cuestionar en sede administrativa los actos administrativos de alcance general. Se trata, pues, de lo que tradicionalmente se ha dado en llamar la vía directa (art. 24°, inc. a, LNPA, y arts. 73° y 83° del RLNPA) y la vía indirecta (art. 24°, inc. b, LNPA, y art. 73° del RLNPA).

Mediante la primera se controvierte en forma inmediata una norma de contenido general a través del

denominado reclamo administrativo impropio<sup>108</sup>, cuya interposición no está sujeta a plazo procesal alguno. Dado que la LNPA y el RLNPA no han previsto plazo para su resolución, se considera aplicable el plazo de 60 días previsto en el artículo 10 de la LNPA. La resolución expresa del reclamo es irrecurrible y agota la vía (art. 73° del RLNPA).

Por su parte, por la vía indirecta se produce la impugnación del acto de alcance general a través de su cuestionamiento de los actos de aplicación de aquel (*omissio medio*), por la vía recursiva. Esta vía sólo funciona cuando mediante el recurso se sostiene la ilegitimidad del acto de alcance general que ha sido aplicado por el acto recurrido, pero no cuando se ataca un acto administrativo individual por su desajuste con el reglamento que lo rige.

Cuando se utiliza la vía indirecta, la manera de agotar la vía dependerá de la autoridad que haya dictado el acto administrativo pertinente. Si el acto de aplicación emanó del órgano superior con competencia decisoria final, no será preciso deducir recurso administrativo alguno, pues aquel causa estado. En cambio, si el acto de ejecución proviene de una autoridad jerárquicamente inferior, en este caso será obligatorio agotar la vía administrativa a través del andarivel recursivo en la forma antes explicada.

Es competente para resolver la impugnación del acto de alcance general el mismo órgano que dictó el reglamento (art. 75°, RLNPA), como también la autoridad jerárquicamente superior.

En caso de que prosperase el cuestionamiento que se efectúe contra un acto de alcance general, cualquiera sea la vía que se utilice, la autoridad competente deberá derogarlo, total o parcialmente, (art. 83°, RLNPA), pero nunca podrá adoptar una solución aplicable únicamente al impugnante, pues ello implicaría la lesión al principio que veda la inderogabilidad singular de los reglamentos.

## 6. VALORACIÓN CRÍTICA DEL REQUISITO DE LAS VÍAS PREVIAS ADMINISTRATIVAS

La necesidad de acudir a vías previas administrativas para demandar al Estado configura una exigencia que, con toda razón, viene siendo duramente controvertida por la doctrina. Ya sea por su -muchas veces- inadecuada regulación, o bien, en otros casos, debido a su irrazonable aplicación, en un número muy significativo de casos dicho recaudo se erige en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción<sup>109</sup>, acarreado una clara

108 CANOSA, *Los recursos administrativos*, op. cit., p. 189.

109 AGUILAR VALDÉZ, Oscar R; "El recurso de alzada", AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Guido Santiago TAWIL (Director), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 373 y ss.

violación del principio constitucional de tutela judicial efectiva<sup>110</sup>.

La vida real muestra, además, la desmesurada expansión que ha experimentado esta exigencia, que ha conducido a que se obligue a transitar vías administrativas aun cuando se presenten como un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del proceso judicial<sup>111</sup>. El agotamiento de la vía pasa a convertirse, en no pocos casos, en una etapa compleja y plagada de dificultades<sup>112</sup>, que en nada se compadece con la función de garantía para el administrado que debe prestar el procedimiento administrativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en más de una ocasión, ha reaccionado frente a casos patológicos, en los que se lesionaba el derecho de acceso a la jurisdicción al exigirse la presentación de recursos administrativos innecesarios como paso ineludible para arribar a la instancia judicial. Así ha ocurrido, por ejemplo, respecto de la interposición obligatoria del recurso administrativo de revocatoria o reconsideración para agotar la vía administrativa. Son numerosas, por tanto, las decisiones del alto

tribunal mediante las cuales se dejaron sin efecto fallos de superiores tribunales provinciales que exigían la interposición del recurso de revocatoria para habilitar la instancia judicial. Entre otras cosas, la Corte considera que se incurre en un injustificado rigor formal, incompatible con el derecho de defensa, cuando se exige la deducción del recurso de reconsideración para agotar la vía, pues ello constituye un ritualismo inútil lesivo del principio de tutela efectiva<sup>113</sup>.

Por lo demás, la experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que se esgrime tradicionalmente para justificar la articulación de reclamos y recursos administrativos, consistente en dar cabida a una etapa de conciliación previa al juicio y en otorgar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores<sup>114</sup>.

Lamentablemente, es común que se rechacen los recursos administrativos sin efectuarse un estudio serio de la cuestión, desaprovechando una valiosa ocasión de revisar la legitimidad y la oportunidad de la actuación administrativa<sup>115</sup>. Ante semejante proceder, la exigencia de articular una vía recursiva

110 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley nacional de procedimientos administrativos...*, cit., p. 420 y ss.; y POLITI, Mariana Adela, "El reclamo administrativo impropio", en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, cit., p. 461 y ss.

111 CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 32, p. 525 y ss.

112 Ver CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 32, p. 525 y ss. y PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", *Revista de Derecho Público. Proceso administrativo I*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2003, p. 270 y ss.

113 Es importante llamar la atención que, en algunos supuestos el tránsito por vías administrativas puede ser inexorable no para dar cumplimiento a la criticada exigencia del acto previo o para agotar la vía, sino por un motivo muy diferente como es la configuración de un "caso judicial", es decir, de un asunto susceptible de ser sometido al juzgamiento de los órganos judiciales. Así lo exige el art. 116 de la Constitución Nacional que requiere para activar la jurisdicción de los tribunales, cualquiera sea la pretensión que se deduzca, que se verifique una "causa", es decir una controversia o conflicto de intereses de orden fáctico o jurídico (Fallos: 306:1125; 307:2384; 321:1352, entre otros). Antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación exige que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa se ejerza frente a la existencia de un "caso" o "controversia judicial", pues ello es necesario "para la preservación del principio de la división de poderes". Así ha resuelto: "El poder conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los artículos 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere en el artículo 2° de la ley 27, es decir, aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas" (Fallos: 325:474; 327:1813; 328:3586).

Por tanto, no se configura esta exigencia cuando lo que se presenta ante los jueces para su decisión, no es una colisión efectiva de derechos, sino tan sólo una mera consulta o cuando la controversia es prematura debido a que los agravios del actor son potenciales o conjeturales (Fallos: 2:254; 236:673; 325:474).

De ahí que muchas veces (vgr. cuando se pretenda un dar o un hacer de la Administración) para que exista una situación litigiosa que dé sentido al proceso será imprescindible que medie un reclamo o petición de un administrado inatendido por la Administración (Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El procedimiento administrativo como presupuesto del proceso administrativo", AA.VV., *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2001, p. 49 y ss.).

114 Al respecto cabe recordar que en un relevante dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitido el 29 de setiembre de 1999 se expresó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por el Pacto de San José de Costa Rica, exige "que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso -Argentina", emitido el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. BOTASSI, *Habilitación de instancia y derechos humanos*).

115 Fallos 311:2082; criterio reiterado en Fallos 312:767, 1168, 1306 y 1908,; 313:326 y 318:315. También el agotamiento de la vía también se transforma en irrazonable y lesivo para el derecho de defensa cuando se establecen plazos intrínsecamente irrazonables por su brevedad para deducir un recurso administrativo necesario para dejar expedita la revisión judicial. El máximo tribunal de la República ha declarado en más de una ocasión la inconstitucionalidad de normas que establecen exiguos plazos para impugnar decisiones administrativas. Así lo ha hecho respecto de plazos de 48 hs. y 24 hs. (Fallos 316:2539; y en LL, 1994-A, p. 38 y en ED, 156-281, con notas de BIDART CAMPOS, Germán, "La indefensión en sede administrativa y el acceso a la justicia"; y de HERRENDORF, Daniel E., "Nadie puede invocar su propia torpeza, salvo la ley"; y Fallos: 295:726; ver PERRINO, Pablo E. y PADULO DE PERRINO, Adriana María A., *La garantía constitucional de la defensa en el procedimiento administrativo. Inconstitucionalidad del plazo de 24 horas para recurrir sanciones disciplinarias*, Rev. de Der. Adm. N° 15/16, p.167 y ss.).

se presenta como un forma de dilación innecesaria del inicio del pleito judicial<sup>116</sup>, que en definitiva no hace otra cosa que generar una serie de peligros para el administrado, resultantes, por un lado, de los exiguos plazos usualmente consagrados para deducir los recursos administrativos, y por el otro, por la posibilidad que tiene la Administración para ejecutar el acto recurrido<sup>117</sup> durante ese período<sup>118</sup>.

De ahí que, ante los abusos en que se ha incurrido en su reglamentación y aplicación, las opiniones doctrinarias mayoritarias postulan, cuando no su eliminación, su morigeración mediante una reforma sustancial al régimen del procedimiento administrativo, propugnando el carácter facultativo de los reclamos y recursos administrativos<sup>119</sup>.

Tal es, de hecho, lo que ocurre en el Derecho francés con relación a los recursos administrativa, cuyo sistema constituye el paradigma de regímenes en los cuales no es preciso agotar la vía administrativa. Allí, por regla, los recursos administrativos son de carácter optativo para el particular<sup>120</sup>.

La misma solución impera en Italia, en donde hasta el dictado de la Ley N° 1034<sup>121</sup> del 6 de

diciembre de 1971, para demandar ante los tribunales administrativos en defensa de los intereses legítimos era obligatorio el agotamiento de los remedios administrativos mediante la interposición de un recurso jerárquico<sup>122</sup>. A partir de esa fecha, el recurso judicial se puede presentar directamente contra actos no definitivos<sup>123</sup>, siendo el recurso jerárquico de carácter facultativo. En cambio, para la impugnación de actos que lesionen derechos subjetivos nunca se exigió tal requisito.

En suma, en la Argentina el panorama respecto de la obligatoriedad de transitar vías previas administrativas es muy complejo y disímil. Mientras algunas regulaciones provinciales más modernas han morigerado la aplicación de la regla del agotamiento de la vía<sup>124</sup>, y en el ámbito nacional se la ha, incluso, eliminado respecto del proceso de amparo<sup>125</sup>, otras legislaciones locales y también en el orden nacional, a partir de la modificación introducida por la Ley N° 25.344 a los arts. 30° a 32° de la LNPA, se han dado nuevos bríos a dicho recaudo de admisibilidad de la acción. Resta, por cierto, todavía, mucho camino por andar para lograr una cierta uniformidad de enfoque en esta materia. CA

116 LINARES, Juan Franciso, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Astrea, Bs. As., 1974, p. 22; PERRINO, Pablo E., *Procedimiento administrativo y agotamiento de la vía*, obra colectiva *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, p. 165.

117 Cfr. CANOSA, Armando N., *Los recursos*, obra colectiva *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, p.101.

118 Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Recursos administrativos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, 3° ed., p. 9.

119 Salvo que se obtenga su suspensión en sede administrativa o judicial mediante una medida cautelar.

120 Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, Vol. II, 2° ed., p. 601.

121 Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una justicia administrativa*, antes cit. ps.66/67; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p.177, nota 26, y en *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, 1992, p. 46 y ss. y en *La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, separata de *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 75, curso académico 1997-1998, Madrid, 1998, ps. 318/319. FERNÁNDEZ, Tomás R., *Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso*, D.A., N° 221, ps. 5 y ss.; GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1995, pP. 244/245; PIÑAR MANAS, José Luis, *La pretendida especialidad de los recursos especiales*, D.A. N° 221, p. 132; RIVERO YSERN, José Luis, *Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa*, en la obra colectiva *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, antes cit., p. 201 y ss.; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3° ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. II, cap. XIII, pp.12/16.

122 TURPIN, Dominique, *Contentieux Administratif*, París, Hachette, 1994, p. 98, y SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 369.

123 Publicada en el *Codice delle leggi amministrative*, Milán, Ulrico Hoepli, 1996, p. 2522 y ss.

124 CASSARINO, Sebastiano, "Los recursos administrativos en el Derecho italiano", *Documentación Administrativa*, N° 221, p. 43.

125 VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, T. II, Milán, Giuffrè, 1987, p. 195; MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F. A. y SCOCA, F. G., *Diritto Amministrativo*, T. II, Monduzzi, 1993, p. 1495; FALCON, Giandomenico, "La justicia administrativa", en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, coordinada por BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, Madrid, Civitas, 1993, p. 225 y SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 390.

126 Tal la situación imperante en la Provincia de Buenos Aires en la cual después de la reforma constitucional de 1994 (art. 166, último párrafo) y el nuevo Código Contencioso Administrativo, se abandonó el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa e impera como regla general el principio de demandabilidad directa al relativizarse el agotamiento de la vía y convertirse en una exigencia excepcional (ver: CASSAGNE, Juan Carlos, y PERRINO, P., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 19 y ss. y p. 219 y ss.

127 Cfr. el art. 43° de la Constitución Nacional, tras la reforma de 1994.