

37. No procede excepción de espera por recurso pendiente

*Banco Central c. Rota, Pedro C.,
CNFed CA, sala III,
LL, 1996-C, 454*

Es claro, como dice el fallo de la Sala III, que no cabe excepción de espera en un juicio de ejecución fiscal por estar pendiente de decisión judicial, en la sala IV, la impugnación de la multa que origina la ejecución.

Pero también es cierto que no pareciera existir demasiada diferencia temporal entre el proceso de ejecución que llega a una sala por esta excepción y la acción que se encuentra en otra sala para decidir la eventual inconstitucionalidad de la multa: lo ideal, prescindiendo de las competencias de cada sala, sería juntar ambas apelaciones y resolver las dos cuestiones al mismo tiempo. Pues si la multa fuera válida, bueno es que siga adelante la ejecución como aquí se resuelve, en tanto que si fuera inconstitucional mejor sería que no se hiciera la ejecución.

Crea igualmente un problema que en la ejecución fiscal la Sala III no pueda, en verdad, considerar el agravio respecto al monto de la multa, que ha de ser tratado por la Sala IV. Es cierto, asimismo, que no resulta del fallo que se haya alegado que la ejecución importa la quiebra de la empresa y por lo tanto mayor

daño al deudor, y eventual responsabilidad del Estado acreedor si llegara a perder la apelación en curso ante la sala IV.

Pareciera prudente, en todo caso, que el Banco Central de la República Argentina esperara la sentencia de la sala IV antes de ejecutar la de la sala III. Pues es siempre terreno resbaladizo el que transita esta parte actora.

38. La práctica administrativa

Rava, Marta I. c. Estado nacional (Fiscalía de Investigaciones Administrativas), CNFed CA, sala I, LL, 1996-C, 457

Este fallo tiene múltiple interés. El principal es que retoma una idea que está también en otros pronunciamientos del fuero, en el sentido de otorgar a la costumbre, o a la práctica administrativa como se la llama en el primer voto del fallo comentado, el valor de fuente de derecho en favor del administrado “que autovincula al órgano administrativo respectivo”, desde luego a favor del administrado y no en su perjuicio.¹

^{38.1} Igual opinión de la misma sala en *Asociación de Balanceadores. Corredores y Martilleros Públicos u otro c. Estado Nacional (Ministerio de Justicia de la Nación Dirección Nacional del Registro Oficial s/ juicios de conocimientos*, sentencia del 2 de agosto de 1994; había sido expuesta de antaño, y reiterada posteriormente, en GORDILLO, *Tratado*, t. 1º, 5º ed., cap.VII, n° 19, ps. 72/4.

Cien notas de Agustín

Un segundo aspecto de interés es histórico: recordar el comienzo del fin de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, que si bien era pasible de críticas en su primera etapa,² terminó con el mismo primer Fiscal cometiendo toda clase de actos que la Justicia está ahora anulando sistemáticamente y pasó luego a la virtual desaparición empírica como órgano visible de contralor administrativo. Otros fallos como éste están anulando otros actos sancionatorios de la misma época y circunstancias.³ Pero el agravio público es ya irreparable porque la sociedad ha estado privada de un órgano de control durante casi una década.

Una tercera cuestión, referida al daño moral, lleva nuevamente a pensar que debiéramos tener juicio por jurados para determinar cuestiones de hecho. El fallo fija el daño moral en \$10.000, suma que al menos no es insultante como otras que hace muchos años se fijaron, de quinientos o seiscientos pesos para quienes se les había puesto en peligro la misma vida. Pero es evidente que la escala de valores moneta-

^{38.2} Ver GORDILLO, *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, cap.V, Civitas, Madrid, 1981.

^{38.3} CSJN, *Solá*, 1997, DJ, 1998-2, 232; ED, 178:687, con nota de CASSAGNE: *Una sentencia trascendente de la Corte Suprema que declara la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo*. También CSJN, *Cedale*, 1998, ED, 179:373.

rias de un tribunal no suele coincidir plenamente con la de la comunidad.⁴

39. El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy

*Acordadas, CNFed CA,
LL, 1996-D, 96*

39.1 Turno y sorteo de causas administrativas

Atento que se encuentra en público debate la cuestión de la legislación procesal administrativa,¹ nos ha parecido oportuno publicar una recopilación de acordadas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que muestra el estado actual de la evolución de la práctica jurisdiccional, en la especie en cuanto al sorteo de causas. Pues de allí se pueden inferir otras conjeturas.

El sistema del sorteo de causas suplantó eficazmente al viejo sistema del “turno”, que lle-

^{38.4} Distintos son los casos en que el tribunal obviamente no está premiando sino a la inversa castigando. Así ocurre en la novela de LEÓN URIS, *QBVII*, en que la sentencia repara el “agravio moral” con la moneda más pequeña del reino: un penique. Aquí, un juez federal fijó los honorarios profesionales de un letrado por su actuación profesional en \$1.

^{39.1} En la misma vena de *Ridendo dicere verum* ver GORDILLO, *Para la patria pleitera nada; a los demás, algo*, p. 16, *Ámbito Financiero*, 10 de julio de 1996.

vaba a que los letrados esperaran el número de orden en los juzgados a que por alguna razón preferían llegar, o especialmente evitaran a los que por algún motivo deseaban eludir, sin tener que recusar sin expresión de causa.

También ha eliminado la divertida práctica —que no hemos utilizado— de hacer inútiles amparos contra ENTel para agotar el turno de amparos de un juzgado “malo” a fin de entrar al de un juzgado “bueno”.

39.2 *El sorteo y la recusación sin causa por el Estado*

La misma Cámara, pero en otra composición y en un plenario no vigente, había admitido la recusación sistemática sin causa de determinado magistrado por parte del Estado. Eran las épocas en que el Banco Central de la República Argentina se lamentaba de las cautelares del juez OBARRIO² y no encontró mejor solución que recusarlo siempre, “sin causa”. El plenario *Inversai S.A. c. B.C.R.A.*, de 1984, privó así a la justicia nacional de un digno magistrado, forzándolo a renunciar: pero al

^{39.2} Que otorgaba medidas cautelares contra sus arbitrariedades. Algunos jueces de entonces se negaban, ahora lo pagamos todos con las sucesivas condenas de daños y perjuicios al Banco Central de la República Argentina por su ilegal accionar. ¿Quién tenía razón, el juez OBARRIO al tratar de impedirlo, o el plenario *Inversai S.A.* al alijar la nave judicial?

menos nos permitió que éste legara su libro *De cómo fui juez* (F.D.A., Buenos Aires, 1988) y conocer otro mecanismo folklórico de destitución de jueces.³

Hoy en día ya estamos viendo que cuando algún juez nuevo dicta dos o tres medidas cautelares contra la administración, el poder administrador empieza a recusarlo: es otra vez la intromisión de la política en la justicia.

Pensamos que al no existir ya el turno, sino el sorteo, no existe razón alguna para admitir que el mismo Estado recuse a sus propios jueces, por él designados. Es aplicable lo que alguna vez dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “*El actuar contradictorio que trasunta deslealtad*

^{39.3} Séanos permitido exagerar recordando la remoción del Juez federal de Córdoba, doctor BARRACO MÁRMOL, por decreto del Poder Ejecutivo nacional. La intangibilidad de los magistrados judiciales no es materia para tomar a la ligera ni menos “sin causa”. Nos remitimos a la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 5 de octubre de 1945. recordada por RIVAS, ADOLFO ARMANDO, *Recusación sin causa (ensayo axiológico)*, Primer Congreso Centroamericano de Derecho Procesal, ps. 109 y sigts., Revista de Estudios Procesales, n° 7, Rosario, 1971, p. 122. Interpretar un Código Procesal a contramano del derecho contemporáneo, en el sentido que faculta al Estado a llegar por esta vía a la remoción de sus propios jueces, como ocurrió con el doctor OBARRIO a raíz del plenario *Inversai S.A.* de 1984, es materia demasiado grave como para considerarla razonable derivación de norma procesal alguna. Es lisa y llana lesión al sistema de división de poderes, como con el Juez federal doctor BARRACO MÁRMOL en 1945. Bueno sería que se declarara la inconstitucionalidad de tal interpretación extensiva.

Cien notas de Agustín

resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa *venire contrafactum propium non valet* que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe”.⁴

Si la justicia repitiera hoy el trágico error de *Inversai*, permitiendo al poder administrador por esta vía de hecho forzar la renuncia de un miembro del Poder Judicial, se violaría la división de poderes. Es en suma y en palabras de PODETTI, una práctica “por cierto vituperable”.⁵

Todo ello, al margen de otras críticas que la doctrina ha efectuado al instituto: su uso no “conforme a los principios éticos que inspiran a la organización judicial” es entonces al revés, “por razones que prestigian la conducta del juez”, pues presupone “la severidad, la honestidad, la rectitud” del juez recusado sin causa.⁶ Ahora que tenemos sorteo, atengámonos a los dictados de la diosa Fortuna que sortea el juzgado y aceptemos sus dictados; no tentemos al destino en forma tan pagana y según PODETTI “vituperable”.

^{39.4} Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Gobierno Nacional*, J.A., 1989-IV, p. 429.

^{39.5} PODETTI, RAMIRO, *Tratado de la competencia*, p. 499, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1954.

^{39.6} DROMI, JOSÉ ROBERTO, *El Poder Judicial*, p. 222, Ed. de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1982, donde igualmente recuerda las palabras de DÍAZ, CLEMENTE, *Instituciones de Derecho Procesal*, t. II, p. 310, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1972.

El aislado artículo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que permite la recusación sin causa, sin aclarar que ello no incluye al poder administrador, es en tal medida y con tal alcance una pieza arqueológica que ha devenido inconstitucional, y así deberá algún día resolverlo la justicia como con una norma del Código Civil hizo la Corte Suprema *in re Sejean*. Permitirlo es reservar al administrador una cuota de poder inadmisibles sobre todo el sistema judicial.

39.3 Hacia la delegación legislativa al Poder Judicial

Pero, sea que resucite el viejo plenario o que la jurisprudencia se adecue al mecanismo actual, procurando evitar el dispendio de actividad jurisdiccional cuando la justicia en materia administrativa está tan sobrecargada de causas, lo cierto es que este sistema de plenarios y acordadas muestra también una faceta poco trabajada en nuestro sistema jurídico: *el dictado por los propios jueces de las normas que habrán de regir el proceso*.

En los tribunales internacionales en materia administrativa el criterio es distinguir entre el estatuto del tribunal, que fija sus reglas básicas de existencia y funcionamiento (una veintena de artículos), y las normas del procedimiento, que las dicta el propio tribunal. Ello lleva a la existencia de procesos que se ade-

cuan a través del tiempo a las cambiantes circunstancias que le toca vivir a la justicia, a las peculiaridades de los magistrados, etcétera.⁷

Algo así debiera hacerse en nuestro medio, en materia procesal administrativa.⁸

39.4 El peligro del exceso en la legítima defensa

39.4.1 La poquísima cantidad de jueces.

Ahora bien, en nuestro país el problema más serio en materia procesal administrativa es la virtual inexistencia de jueces en cantidad adecuada, lo que comporta manifiesta denegación objetiva de Justicia: apenas doce jueces para atender los asuntos de una población mínima de tres millones de habitantes y mucho más si tomamos en cuenta los organismos estatales nacionales con domicilio en la Capital Federal (para empezar, todos los entes reguladores y los servicios públicos de control), que desde allí

^{39.7} Ver t. 2, 3° ed., 1998, cap. XVI, n° 10, ps. 19 y 20.

^{39.8} Va de suyo que no creemos que sea óbice a esta cuestión el que la Constitución le encargue al Congreso de la Nación el dictado de los códigos sustantivos (art. 75, inc. 12), pues entonces el o los códigos adjetivos los dicta en cuanto legislatura local y tampoco se le aplican las restricciones a la delegación al Poder Ejecutivo, que explicamos en el t. 2, cap. VII.

atienden a 34 millones de habitantes del país. Doce jueces para más de treinta millones de justiciables frente a la administración nacional. No hacen falta dotes de DEMÓSTENES para clamar por la inexistencia de la justicia: lo cuantitativo deviene en tales casos cualitativo. Por ello es que se requiere considerar todas las variantes imaginables, ya que la normal de crear juzgados en cantidad suficiente no la toma el Estado nunca. Veamos pues en este contexto el sistema de la delegación a la justicia de establecer su procedimiento.

39.4.2 ¿Peligrosidad de la propuesta?

La reacción instintiva sería pensar que, en ese contexto, dejar a los jueces reglar el procedimiento y las acciones sería muy peligroso. Los memoriosos de aquellos viejos plenarios recordarán el exabrupto dirigido *in camera* —en otro plenario— al distinguido jurista, hace tiempo fallecido, JOSÉ HECTOR MEEHAN. Hasta su muerte lo siguió contando, aún perplejo del ajeno desparpajo.⁹ Advertimos el peligro, pero no nos arredramos.

Decir esto —un litigante que viene de verse repelido por las fuerzas del orden en dos am-

^{39.9} Le preguntaron si era o se hacía (complete el lector lo que estime podrán haberle dicho). Ni una cosa ni la otra, era un hombre de derecho.

Cien notas de Agustín

paros *in limine litis*¹⁰ en apenas un semestre— es como asomarse desde la cornisa de un rascacielos y sacar una pierna al vacío. Pues si dejamos a los jueces reglamentar el proceso, cabe el peligro de que —hoy por hoy— resuelvan que todos los amparos se rechazarán *siempre in limine litis*, que el Estado puede recusar sin causa *al juez que haya concedido una cautelar*, y así sucesivamente. Pero conviene re-

^{39.10} La segunda, no pudo como JOAQUÍN V. GONZÁLEZ “no darse por vencido, ni aún vencido”. Vencido en la puerta del juzgado, *in limine litis*, su propio cliente resolvió consentir el acto: ya no le quedó fe en la justicia. Esto es lo que no todos los jueces comprenden, que son los letrados litigantes quienes tienen que dar la cara y explicar a la ciudadanía cómo o por qué la justicia funciona o no funciona. Cada sentencia o acto procesal que declina jurisdicción es denegación de acceso a la justicia, una de la peores violaciones al sistema democrático para los ciudadanos, lo que lamentablemente no es percibido así por los propios titulares del Poder Judicial. Si el propio Poder Judicial no defiende, jerarquiza y dignifica su propia función, ejerciéndola y asumiéndola con plenitud, ¿quién podrá hacerlo por él?

Así, jamás puede admitirse una sentencia que omita dar traslado de una acción, salvo casos verdaderamente extremos de más que manifiesta improcedencia.

No puede ser una costumbre de todos los días, el “Buenos Días” con que el juzgado saluda al litigante, el “Buenas Tardes” con que la Cámara confirma cuando algún iluso apela, el “Buenas Noches” de la Corte si alguien intenta el recurso extraordinario o la queja. Por esa vía seguramente se reducirá el número de causas y de jueces: en el camino quedará, olvidada, la justicia.

cordar los versos de BERTOLD BRECHT, hoy vinieron por mí, mañana vendrán por ti.

39.4.3 La cantidad de causas

Claro está, la justicia se ve desbordada sin cesar. Hay juzgados con 20.000 causas en trámite, sin contar las de previsión judicial que acaban de quitarse de encima. Hay dignísimos y esforzados jueces que casi ven con aprensión ponerse al día en su despacho, pues ello les reportará una nueva redistribución de causas: al que trabaja, se lo castiga con más causas, impidiéndole *seguir* al día. ¿Para qué esforzarse? Todo se arregla en casa, nada se reclama al poder político. Ecuación casi perfecta para un país subdesarrollado.

39.4.4 La variante justiciera

Ahí empieza una versión judicial del “Justiciero”. Puesto que el H. Congreso de la Nación no crea Juzgados en cantidad mínimamente adecuada, la docena de magistrados existentes y sus respectivas salas ya casi parecen no lamentarse en rechazar cualquier cosa *in limine litis*: por ahora solamente los amparos, por ese camino alarmista dentro de poco todos los juicios de conocimiento. Antes por decreto se suspendían los juicios o se removía un juez, ahora por la praxis se rechazan los amparos en la puerta del juzgado. ¿Vamos bien?

Cien notas de Agustín

Si, al fin de cuentas, la vida humana cede frente a la legítima defensa, ¿por qué no habrán también de ceder el debido proceso y el acceso a una instancia judicial? Es posible que haya *exceso* en la legítima defensa, tal vez, pero no mucho más. Un quiosquero persiguiendo a tiros a su asaltante no será muy distinto — pero ciertamente menos gravoso— que un juez repeliendo *ad portam*, a papelazos, a un abogado pidiendo amparo o una medida cautelar.

Esperemos que no corran a tiros a los abogados, ¹¹ aunque juez ya hay que ni siquiera los recibe. El principio *ex parte*, ¿vio?

CHARLES BRONSON, CLINT EASTWOOD, ¿cuál será el modelo de justiciero a elegir?

39.5. *Hacia la Justicia computada.*

En esa vena, en vez de *sortear* los amparos por computadora (en rigor el empleado de Cámara va detrás de una mampara y dice que la

^{39.11} Hace décadas un interventor federal en la provincia de Jujuy nos contaba una anécdota —por ende, no sabemos si real o no— de todavía muchos años más en el pasado: al interventor militar de los años cuarenta supuestamente le habían solicitado audiencia los empleados del sindicato de la función pública, para pedirle aumento de sueldos. Al cruzar la puerta de entrada del despacho, un dirigente comienza a decir: “Señor Gobernador, nosotros veníamos...”, a lo que el general, con gran sentido histriónico, respondió — mientras, desenvainando la espada, cargaba hacia ellos—: “¡Ustedes no venían, Ustedes se iban!” lo que lógicamente provocó la inmediata retirada de los reclamantes.

computadora dijo...), deberían directamente *rechazarlos por computadora*.

Sería más eficaz y evitaría el dispendio de actividad jurisdiccional de *firmar* una sentencia rechazando *in limine litis* un amparo. Justicia informática, digamos. Pero aún así, preferimos una clara acordada que diga que los amparos deberán *todos* ser rechazados *in limine litis*, a un oscuro legislador que omite *cumplir la Constitución no creando los juzgados necesarios para aplicarla*. Es que el poder teme siempre a la justicia, y a veces con razón. Un gobierno que se precie de honesto, fiel cumplidor de las leyes, incorrupto, etc., debiera tener la frente alta y crear tantos tribunales —200 contenciosoadministrativos, como mínimo en el orden capitalino federal— como hagan falta para que sus virtudes se contrasten y demuestren judicialmente.

39.6. *Al final: el comienzo.*

El tema de fondo no es la ley de amparo ni la ley procesal administrativa. No es el sorteo, la recusación, ni la delegación procesal al Poder Judicial. Es la *cantidad* de jueces, que está por debajo del umbral cualitativo. Es una verdadera tragedia de la democracia argentina, tanto hoy en día como la inseguridad física. *Ese* y no otro es el drama de la inexistencia de justicia en materia administrativa. No lo arregla un Código.

39.7. Flashback: 1997

Con todo, la jurisprudencia ha efectuado desde 1997 un heroico esfuerzo para superar estas limitaciones tan fuertes, lo que nos llevó a publicar primero *Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia*, y luego *Los grandes fallos de la actualidad*, señalando una serie de perlas o gemas de verdadera justicia que refulgen en el conjunto. Ahora, viendo esa ráfaga de creatividad e innovación, somos nuevamente optimistas.¹²

40. Derecho adquirido y derecho ejercido

Caja de Crédito Impulsora Soc. Coop. Ltda. c. Talleres Navales y Terrestres Magallanes y otros, CNFed CS, sala I, LL, 1996-D, 120

La distinción que el fallo critica proviene de la primera redacción del artículo 17 del decreto-ley 19.549/72, en que para no admitir la revocación administrativa del acto nulo se exigía que existieran “prestaciones en vías de cumplimiento”; o, en la redacción hoy vigente,¹ “derechos subjetivos que se estén cumpliendo”. De

^{39.12} El segundo se publicó en la 2° ed. del libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, cap. XI; el primero en LL, 1997-F, 1318.

^{40.1} Decreto-ley 21.686/77.

allí fue fácil pasar erróneamente a pensar que el derecho recién nacía con su materialización concreta en los hechos, lo cual obviamente es inexacto. Esa afirmación implicaría llevar al concepto y régimen del derecho subjetivo al derecho adquirido lo que no es sino una excepción a la revocabilidad del acto nulo en sede administrativa, que poco o nada tiene que ver con la cuestión.

Como el fallo lo recuerda, ya MARIENHOFF tomó distancia de tal idea, nacida a partir de aquella distinción introducida en el artículo 17 del decreto-ley por sus autores.

Con todo, debe advertirse que el paralelismo de las formas —que también MARIENHOFF defiende— lleva a considerar que así como los derechos se adquieren a partir de su nacimiento al orden jurídico, sin que para ello tenga nada que ver la concreción material de su ejecución —contrariamente a lo pretendido en el artículo 17 del citado decreto-ley— así también un derecho resulta violado con la sola modificación del ordenamiento, sin necesidad de que la violación se materialice en los hechos o en una norma individual y concreta. Otra vez, no es la solución del decreto-ley.

La doctrina de que los derechos emergen y se vulneran desde el ordenamiento jurídico, y no de su ejecución fáctica, fue expuesta por nosotros en 1964: “la modificación del régimen jurídico en que se encuentra ubicado un particular, si bien no le causa un daño material ac-

tual e inmediato, implica no obstante una alteración de sus derechos; en ese sentido entendemos que la infracción a los derechos de un individuo o grupo de ellos no se produce recién con el acto que individualmente los afecta en forma material, sino que surge con la alteración formal de sus facultades y obligaciones. El orden jurídico y los derechos que de él emergen se caracterizan por ser normas del deber ser, esto es, formulaciones abstractas; modificar esas formulaciones es plantear concretamente una controversia jurídica: *el que la formulación se concrete o no en hechos es, en verdad, ajeno a la naturaleza misma de los derechos invocados*"²

El énfasis que el fallo muy bien critica —que el acto se esté cumpliendo—, en realidad es producto de la confusión entre *a)* nacimiento o estabilidad de derechos subjetivos y *b)* *desuso* o *abandono* de ellos, que operan lo mismo que la

^{40.2} GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento y recursos administrativos*, 1° edición, Ed. Jorge Álvarez, Buenos Aires, 1964, p. 51 (la bastardilla es de la presente obra). Citamos allí en igual sentido a KORNPROBST, BRUNO, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, París, 1959, ps. 132 y 133; 2° ed. de *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. Macchi, 1971, p. 109, y luego en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 3ª ed. 1998, capítulos II y III, donde se enfatiza la coincidencia del derecho subjetivo —adquirido o estable, si se prefiere— con el juicio lógico de la norma jurídica; y t. 3, *El acto administrativo*, 4° ed., 1999, cap. VI.

prescripción: un derecho se puede perder por el no uso durante un período predeterminado por la ley, ³ pero nunca puede racionalmente afirmarse que el derecho conferido por la norma general o particular *no nace* sino cuando se materializa por el uso fáctico, concreto y práctico.

El fallo aplica pues correctamente el derecho y hace bien en reiterar la advertencia contra la confusión que, entre otros, señalara MARIENHOFF.

41. Los hechos del caso y los contratos administrativos

Sideco Americana S.A. y otro c. Comisión Nac. de Energía Atómica, CNFed CA, sala I, LL, 1996-D, 122

Este fallo tiene mucha importancia teórica y práctica. En primer lugar porque reitera la obligación de los jueces de proceder “calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes” (punto V). Ese “calificar autónomamente la realidad fáctica” es función esencial del juez, sin cuyo adecuado con-

^{40.3} Al respecto ver *El acto administrativo*, *op. cit.*, capítulo XIII, n° 8.2.

tralor pueden producirse sentencias gravemente injustas. ¹ Claro está que lo que no está incorporado al expediente no existe, pero el juez no puede ignorar no solamente los hechos públicos y notorios o evidentes, sino que también debe dictar medidas para mejor proveer cuando las obrantes en autos no son suficientes o convincentes para una solución justa del caso.²

En segundo lugar, el fallo recoge la tesis de FAYT en el sentido de que “no puede aceptarse que el Estado, a través del contrato, se convierta en *garante de un determinado nivel de renta del contratista*”, y diversas causas de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que no se puede transformar al contrato de obra pública en “*un mundo idílico en el cual todo son ventajas y nadie se perjudica*” (*salvo la sociedad*).

Esperemos que esta tesis, aplicada al contrato de obra pública en el cual pagaba la administración con dineros de los contribuyentes, sea fortalecida en su aplicación a los contratos a través de los cuales los usuarios de los

^{41.1} Un caso típico es el clásico *Cine Callao*, fallo erudito pero que equivocó los hechos, como se intenta demostrar en GORDILLO, *Derechos Humanos*, 4° ed., 1999, Guía de Lectura para el caso referido, ps. IV-16 y ss. y en el libro *Compendio de casos y problemas de derecho*, en preparación.

^{41.2} Nos remitimos a *La prueba en el derecho procesal administrativo*, LL, 1996-A, 1398, reproducido como cap. I del t. 2, 3° ed., 1998.

servicios públicos le pagan al contratista en forma directa en virtud del monopolio que el Estado les ha conferido. Se trata del principio del derecho a una ganancia razonable del concesionario o licenciataria monopólico, como la otra cara necesaria del principio de que las tarifas deben ser justas y razonables.³

42. Cautelar autónoma

Tienda León, CNFed CA, sala III, LL, 1996-D, 127

La jurisprudencia del fuero federal en materia procesal administrativa ha ido desarrollando en los últimos tiempos una interesantísima jurisprudencia, de la cual el presente fallo es otro ejemplo, por la cual mientras está pendiente de resolución por la administración el recurso interpuesto ante ella contra un acto administrativo, puede ser procedente una medida cautelar judicial de suspensión del acto impugnado en sede administrativa, hasta tanto se resuelva el recurso administrativo.

Ello, sin existir proceso alguno salvo el de la misma cautelar autónoma.

Creemos que es un indudable progreso en materia jurídica, aunque tal vez ahora falte el paso inmediato siguiente, en que se acepte la suspensión de pleno derecho del acto administrativo que causa gravamen, por la mera in-

^{41.3} Ver nota 73, ps. 157 y ss.

terposición del recurso administrativo —como parte de la doctrina propugna—, y sin necesidad de acudir a la vía judicial en una cautelar autónoma. Con la cautelar autónoma se resuelve algo del problema; con reconocer el efecto suspensivo del recurso administrativo contra el acto que causa gravamen se resolvería todo el problema.

43. Los límites del mérito o conveniencia

Pérez de Aonzo, Alicia I. c. Instituto de Serv. Soc. Bancarios, CNFed CA, sala I, LL, 1996-D, 128

La sentencia de primera instancia y un voto de Cámara señalan que el art. 18 del dec-ley 19.549 en cuanto autoriza la revocación de un acto administrativo por razones de mérito, oportunidad o conveniencia no se aplica cuando se trata de la propia libertad personal. Sin perjuicio de que para algunos la norma entera es inconstitucional,¹ cabe celebrar la elemental y racional distinción que acertadamente y como mínimo se formula.

En el caso se pretendía obligar a alguien cuya relación de empleo público se encontraba terminada, a retomar el cargo por revocación del acto administrativo fundada en mérito o con-

^{43.1} GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 4° ed., 1999, cap. VI, ps. 34 a 42, números 10.4.1 al 10.4.4.

veniencia, cual si fuera una carga pública legalmente impuesta, o las antiguas levas o requisas medievales de personas para los ejércitos imperiales. Verdaderamente, el acto en cuestión era un dislate y ambas instancias sabiamente lo han anulado.

44. Inconstitucionalidad en el amparo

Pérez, Ana c. Ministerio de Cultura y Educación,
CNFed CA, sala III,
LL, 1996-E, 97

El fallo admite, conforme a la Constitución vigente, que se puede declarar la inconstitucionalidad en el amparo. Lástima que de todos modos reitere el *dictum* de la interpretación restrictiva del amparo. Hacen falta más jueces.¹

45. Excepción de defecto legal y rechazo de amparo *in limine litis*

Peralta, Domingo O. c. Secretaría de Seguridad Social, CNFed CA, sala II,
LL, 1996-E, 106

Este fallo plantea que la excepción de defecto legal sólo procede cuando los vicios de la demanda sean de tal gravedad que se haga

^{44.1} Ver *El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy, supra*, nota n° 39, ps. 106 y ss.

difícil conocer lo que se pretende, creando en la contraria una perplejidad tal que le impida ejercer su derecho de defensa.

Cabe entonces preguntarse, ¿con qué fundamento de derecho procesal pueden los jueces rechazar *in limine litis* las acciones de amparo que creen que no prosperarán?

Ello es evidente prejuiciamiento y privación de justicia al actor, además de exceso en la legítima defensa del tribunal atiborrado de juicios.¹ Es también un extremo favor a la administración y perjuicio simultáneo a la sociedad: la administración ni siquiera se entera del cuestionamiento, por este procedimiento.

46. El amparo como cautelar autónoma innovativa

Ybáñez, CNCiv, sala C,
LL, 1996-E, 109

Sí, pero no. Tenemos aquí un interesante ejemplo de cautelar autónoma admitida procesalmente dentro de la vía del amparo —en lugar de negarla por el peregrino argumento de que su objeto se confunde con el amparo—, aunque la decisión en cuanto al fondo sea adversa. Sin la causa en la mano es imposible saber el acierto de la decisión en cuanto al fon-

^{45.1} Ver *El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy*, op. loc. cit.

do, pero es claro que es correcta en tratar y resolver el amparo intentado al solo fin de obtener una medida cautelar autónoma de carácter innovativo. Ojalá el ejemplo procesal cunda.

47. Dos filosofías y dos percepciones fácticas en materia previsional

Bourlot, R.A. c. Estado Mayor del Ejército,
CNFed CA, sala I, LL, 1996-E, 111

He aquí un hermoso fallo en el cual se confrontan entre el primer y segundo voto dos fundamentaciones de filosofía jurídica. El primer voto, que en las bellas reflexiones de *Fallos* 310: 558 que evoca en el punto 2 del capítulo III, recuerda que es deber del intérprete hacer justicia más allá del texto de la norma, a fin de no desnaturalizarla llevándola a una solución injusta (*Fallos* 303 :578 ; 307: 840; 310: 500), valorando en particular, al efecto, las consecuencias que derivan de cada criterio para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema normativo (310 :464). El primer voto se inclina en el caso por la extensión del beneficio previsional (siguiendo precedentes de la Corte Suprema en *Vera Barros*, 14-12-93, cons. 8° y sus citas, y *Smith*, LL, 1995-D, 148).

El segundo voto, que al recibir la adhesión del tercer magistrado constituye la mayoría, prefiere optar por aplicar el texto expreso de la

ley, agregando en su primer punto una consideración fáctica que enuncia de entrada y desarrolla en el punto 5 *in fine*.

Mientras que coincidimos plenamente con el enfoque filosófico del primer voto, pensamos que la solución no tiene más remedio que orientarse hacia la interpretación restrictiva de derechos de esta índole, como lo ha hecho la mayoría en el fallo anotado, en razón de que en todo el mundo los sistemas previsionales están yendo o han caído en la absoluta falencia. Es otro de los postulados del Estado de Bienestar que la realidad del fin de siglo y comienzos del milenio nos limita. ¹

48. El control judicial de la actividad administrativa del Poder Judicial y la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces

Costa, CNFed CA, sala V,
LL, 1996-E, 115

Este fallo se inscribe acertadamente en la línea de los pronunciamientos que admiten, como es natural y debido, el control judicial de la actividad administrativa del Poder Judicial,

^{47.1} Un desarrollo de esto puede verse en el capítulo IV, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio*, del t. 1° del *Tratado de derecho administrativo*, de GORDILLO, 5° ed., 1998.

lo cual es una honrosa tendencia que corresponde saludar en un Estado de derecho. ¹

También reafirma, a propósito de un tema concreto, la indispensable intangibilidad de las remuneraciones de los señores jueces integrantes del Poder Judicial de la Nación. Es bueno tenerlo presente cuando se oyen propuestas para gravar impositivamente a dichas remuneraciones, cuando existe un sólido cuerpo de doctrina y jurisprudencia clara y concreta en la materia.

Una razón más a agregar hace a la dignidad misma y decoro esencial de la función, pues resulta simplemente inconcebible que un juez de la Nación pueda estar sometiendo un formulario de ganancias a los controles de los funcionarios de la A.F.I.P., y expuesto a ser citado para dar explicaciones, o sometido a rectificaciones administrativas, etc.

Ello nada tiene que ver con el debido control judicial de la actividad administrativa de los jueces, que obviamente apoyamos; resultaría en cambio un dislate, a la inversa, admitir siquiera en parte mínima el “control administrativo de la actividad de los jueces”...

^{48.1} Ampliar en HUTCHINSON, TOMÁS, *¿Quién controla a los controladores?*, ED, 115:415; *La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional*, ED, 84:84 y sus referencias.

49. Informalismo y amparo por mora

Rodríguez Fuchs, CNFed CA, sala II,
LL,1997-A, 81

La sentencia es interesante doblemente. El voto unánime de los tres magistrados es que el informalismo del procedimiento administrativo hace que sea procedente el amparo por mora de la administración aunque el escrito presentado en sede administrativa adoleciera de defectos formales, en tanto contuviera en forma clara la pretensión. Es la doctrina eminentemente correcta.

En lo que es materia de mayoría y minoría en el fallo, sigue vigente la vieja discusión de si el acto administrativo nace al mundo jurídico con su conocimiento por el interesado (la minoría), o puede tener existencia jurídica antes de su vigencia por el conocimiento oficial de los destinatarios (la mayoría).

Con la minoría, pensamos que un acto firmado y no notificado es lo mismo que un acto no firmado. Puede rompérselo y no hay revocación del acto administrativo. Simplemente no existe para el mundo jurídico, como tampoco existe la ley antes de su publicación —aunque hasta para esto hay precedentes en con-

tra.¹ Por ello, bueno es recordarlo, se trata de la minoría, también en la doctrina nacional.

50. Amparo: nunca, jamás

Deutz Argentina, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-A, 82

No convence el fallo en cuanto dice que no es materia de amparo determinar si es cierta o no la afirmación de puro de derecho de que el cargo de intereses que han sido condonados de oficio por decreto del Poder Ejecutivo es manifiestamente arbitrario.

El fallo se extiende severamente al respecto, criticando duramente a quienes en “grave error” interpretan en forma amplia la Constitución nacional en sus artículos 43 y 75 inciso 22, pretendiendo “amparizar” el acceso a la justicia (pareciera inferirse que hay que “desamparar” el acceso a la justicia).¹

Agrega que debe haber un “agravio irreparable” para que proceda el amparo, lo que en modo alguno puede encontrarse en el texto constitucional, que ciertamente no lo menciona.

^{49.1} Para el análisis del tema ver GORDILLO, *La promulgación y publicación de las leyes*, revista “Derecho del Trabajo”, año XXIX, n° 10, Buenos Aires, 1969, ps. 595 y ss.

^{50.1} Comparar GORDILLO, *Un día en la justicia. Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional*, LL, 1995-E, 988, reproducido en *Derechos Humanos*, 4° ed., 1999, cap. XII.

Así de convencida como está la Sala en negar el amparo, lo estamos algunos letrados de que se equivoca.

La sociedad, los tratados de derechos humanos, el Estado de Derecho, el art. 36 de la Constitución... ¿Será necesario que nos condenen en San José o transemos en Washington para que la justicia aplique las normas supranacionales?

51. ¿Cuánto vale un amparo por mora ?

Garín, CNFed CA, sala III,
LL, 1997-A, 84

La Sala III dice con acierto que es “jurisprudencia reiterada” de esa —y otras— Salas que ante la mora administrativa el particular puede optar entre urgir en sede administrativa o *judicial* su producción, o tener por producido el silencio negativo.

¿Por qué entonces impone las modestísimas, cuasi inexistentes, costas del amparo por mora por su orden, cuando claramente le corresponden a la administración?

Si no hay castigo judicial, seguirá persistiendo el desconocimiento administrativo a la “jurisprudencia reiterada”. Seguirá siendo doctrina pero no realidad.

No es suficiente con reiterarla, hay que hacerla valer.

52. El costo de ser expropiado

DNV, CNFed CA, sala III,
LL, 1997-A, 88

Manifetamos no entender. El Estado tiene derecho a expropiar, y el expropiado a que le resarzan del perjuicio. ¿Cómo se puede sostener que corresponden costas por su orden por vencimientos recíprocos, porque el Estado ganó el derecho a expropiar, y el expropiado el derecho a la indemnización? No es ello razón suficiente para detraer del monto indemnizatorio las costas del juicio.

**53. La interpretación a favor del
consumidor en el contencioso
administrativo**

Confiable, CNFed CA, sala II,
LL, 1997-A, 92

El fallo es novedoso e impecable al aplicar al caso la regla de la ley de defensa del consumidor, de que debe adoptarse la regla de interpretación más favorable al derecho del consumidor. Es de esperar que la aplicación de la norma se generalice, como en derecho corresponde y aquí se resuelve.

54. La regla de la competencia y la excepción de la conexidad

*Grisolía, CNCivil,
LL, 1997-A, 95*

El fallo destaca, entre otras cuestiones, que la conexidad no ha de resolverse con tanta facilidad como a veces se la aplica en la práctica de los juicios contra el Estado, por constituir en verdad, como bien lo expresa, una excepción a las reglas de la competencia. Debe por ello interpretársela restrictivamente.

55. El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial

*Pereyra de Ferreyra, CFApel Resistencia,
LL, 1997-A, 99*

En los regímenes especiales de la electricidad y el gas se presenta alguna incertidumbre acerca de la previsión de utilizar el recurso de alzada antes de acudir a la vía judicial. No analizamos aquí ese punto.

Pero conviene quizás recordar que la regla general de la llamada ley 19.549/72 es, como este fallo bien lo recuerda, que el recurso de alzada es meramente optativo y no obligatorio.

Por lo tanto, que el plazo para acudir a la instancia judicial —si no se hace la alzada— se cuenta desde la notificación del acto.

Hace bien igualmente el fallo en recordar que no solamente no es obligatorio el recurso de alzada contra actos de entes descentralizados sino *tampoco el reclamo administrativo previo*, cosa que algunos tribunales de instancia a veces confunden.

56. No procede el reclamo administrativo previo cuando se cuestiona la constitucionalidad de la ley.

Esso, CNFed CA, sala III,
LL, 1997-A, 105

La Sala III, con destacable originalidad, apunta una excepción al reclamo administrativo previo que no surge del artículo 32 de la llamada ley 19.549/72 pero sí del principio previo y genérico de la inadmisibilidad del recaudo cuando constituye un ritualismo inútil.

En el caso, y en las precisas palabras del tribunal “dicho reclamo no se estimó exigible, por tratarse de un planteo de inconstitucionalidad de una ley que la Administración no podía dejar de aplicar”. Cabe recordar al respecto el principio de que la administración no puede inaplicar la ley reputada inconstitucional. ¹

^{56.1} En 1962 sostuvimos la opinión contraria, luego seguida por BIDART CAMPOS y MARIENHOFF, pero hemos vuelto desde 1966 al principio primigenio, enunciado hace tiempo por la Procuración del Tesoro de la Nación. Ver nuestro *Tratado*, t. 1, 5° ed., cap. VII, n°8, ps. 31 y 32, nota 8.2

Cien notas de Agustín

Conviene tomar nota de la excepción al reclamo previo, pues es impecable su procedencia.

Desde luego, también hay quiénes piensan que **nunca** el reclamo administrativo previo es exigible en nuestro derecho.²

57. Antedatar sin costas

Bonfiglio, CNFed CA, sala III,
LL, 1997-B, 405

Prosigue pacífica, plácida, uniforme, *unruffled*, la jurisprudencia del fuero: si uno hace un amparo por mora de la administración y le contestan diciéndole que al asunto lo resolvieron en el ínterin y ahora se lo notifican, todo “OK”: cuestión abstracta, no hay parte vencida, costas por su orden.

58. Otro trámite inútil

Vicente Robles, CNFed CA, sala I,
LL, 1997-B, 406

El procedimiento judicial en materia administrativa a veces se complica con innecesarios

^{56.2} Así GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 4.2., *Procedimiento y recursos administrativos. Parte Especial*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1982 y reimpressiones, cap. XII, p. 25, n° 10.

recaudos que carecen de sustento fáctico suficiente y alargan los juicios.

En el caso, alguien que demanda obligado por la denegatoria tácita de la ley 24.447 y pide en el juicio la remisión de los expedientes administrativos antes del traslado de la demanda, se le requiere que “debe alegar y aportar elementos de juicio que autoricen a presumir la posibilidad de que se adulteren documentos (conf. Falcón, Enrique, “Código procesal Civil y Comercial de la Nación”, Anot. Conc. Com., T. III, pág. 640)”.

Nos resulta inexplicable que el actor deba pedir la vista en sede administrativa y obtenerla o verla denegada —como se le requirió en primera instancia—, en lugar de pedirla directamente en sede judicial a su libre elección; o más aún, que deba acreditar la posibilidad de que la administración adultere documentos, como dice la Sala siguiendo a FALCÓN.

Del modo expuesto se pierde y hace perder tiempo, se genera burocracia administrativa y jurisdiccional, y se reitera el subyacente criterio de que la administración se encuentra en una situación procesal de privilegio, impropia del Estado de Derecho contemporáneo.

Simplifiquemos el proceso, que ya bastante complicado es tanto el trámite administrativo como el judicial. Demos la vista de las actuaciones en sede administrativa o judicial, sin recaudo alguno. Es lo propio de un Estado de Derecho.

59. El plazo de gracia es sólo para escritos

Pentamar, CNFed CA, sala I,
LL, 1997-B, 418

Dada la frecuencia con que los litigantes utilizamos el plazo de gracia, no está de más recordar de tanto en tanto que él se aplica *solamente a los escritos*, no por ejemplo a la entrega de una cédula.

Agrega el pronunciamiento que “el plazo de gracia es para el cargo del escrito no para el acto de la parte, que se presume cumplido el día que debió serlo (conf. Falcón, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anot. Conc. y Com., T. I, pág. 682)”.

Sin embargo, es difícil compartir esta última presunción: todo litigante sabe que si el escrito se lleva a las dos primeras horas del día siguiente, no es precisamente porque se lo terminó el día anterior... ¹

Tal vez debiera uniformarse la solución, y admitir el plazo de dos horas para todo tipo de presentación, no solamente los escritos. Simplificaría el procedimiento sin un dispendio de tiempo jurisdiccional apreciable.

^{59.1} Dedicamos el capítulo XII al tema “El escrito presentado en las dos horas de gracia” en *El método en derecho*, Civitas, Madrid, 1995, reimpresión.

60. Las ganancias sin límite objetivo alguno

Telintar, CSJN,LL, 1997-C, 320

El tema central del fallo es casi intrascendente, rechazar una queja por un recurso extraordinario bien denegado.

Sin embargo, dos votos en minoría prefieren dar algunos fundamentos que recuerdan el derecho *vigente* que resulta de aplicación a este y otros casos actualmente en debate judicial, por lo cual su fundamentación, y recuerdo de la propia jurisprudencia de la misma Corte Suprema, tiene una proyección coyuntural sumamente significativa.

Es reconfortante comprobar cómo el viejo derecho patrio, tomado del derecho norteamericano y europeo, y sobradamente conocido por los grandes maestros de la primera mitad del siglo XIX, vuelve inexorablemente por sus fueros.

Ya desde el siglo pasado sabemos que de acuerdo a la jurisprudencia nacional y comparada los titulares de concesiones y privilegios (concesión, permiso) tienen derecho a tarifas “justas y razonables” (no “injustas e irrazonables”). Es cierto que este bagaje de información no era del todo corriente en la década de las privatizaciones, porque veníamos de una larga época de prestación estatal de los servi-

cios públicos; pero su vigencia obviamente ha quedado inalterada a través del tiempo, como estos votos lo recuerdan.

Una monografía de BIELSA lo explicaba hace mucho tiempo, libros y artículos lo recordaron recientemente. ¹ Imposible ignorarlo.

Se sigue de allí, inevitablemente, que existe al mismo tiempo el derecho de los usuarios a tarifas de dichas características.

Un tercer corolario, igualmente indiscutible, es que si ha de haber tarifas justas y razonables en un monopolio, entonces deben serlo

^{60.1} En tal sentido LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 528: “una tarifa es razonable por su monto cuando lo es para quien presta el servicio y *para quien lo recibe*. Y ello ocurre cuando es *suficiente y no más que suficiente*, para que el prestatario, con su cobro pueda cubrir el costo del servicio y percibir *un beneficio razonable* que le permita mantener y mejorar sus instalaciones y obtener un provecho”; KAUFMAN, GUSTAVO A., *Tarifas de servicios públicos*, E.D., 127:919, 924 : “...un inversor en un servicio público debe reconocer que, en comparación con inversiones en negocios privados, él *no puede esperar dividendos altos* o especulativos, pero sí y *solamente ganancias justas y razonables*”. El principio se refuerza desde el dictado de la Convención Interamericana contra la Corrupción, con el requisito de que las contrataciones públicas sean “equitativas” (art. III inc. 5°), es decir justas para los usuarios tanto como para los prestadores del servicio: una ganancia excesiva, sin límite alguno, irrazonable, no es equitativa ni justa, viola por ende la CICC. Mayores referencias en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, *Parte general*, 5ª ed., 1998, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos” y cap. XVI, “La Convención Interamericana contra la Corrupción”.

igualmente sus ganancias; es decir y en palabras de la minoría, que prefirió entrar en parte al fondo del asunto, que no pueden pretenderse ganancias sin límite objetivo alguno. Ese viejo derecho, vigente al retomarse la línea de prestación privada de servicios públicos monopolísticos, no debió estar nunca en duda. En todo caso, está aclarado nuevamente, por si hacía falta.

En 1998 la CSJN lo ha vuelto a reiterar *in re Maruba* (DJ, 1998-3-12), con el voto unánime de ocho de sus nueve miembros.

61. Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en una acción declarativa de inconstitucionalidad

AGUEERA, CSJN, LL, 1997-C, 322

La Corte Suprema resuelve aquí, acertada y novedosamente, múltiples cuestiones que se resumen en pocas palabras. En primer lugar, que los *derechos de incidencia colectiva* previstos en el artículo 43 de la Constitución nacional son una institución vigente del derecho argentino, y dan lugar por ende a acciones de clase (*class actions*), las que pueden ser iniciadas por asociaciones de usuarios en defensa del universo de usuarios.¹

^{61.1} Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 2, caps. II y III.

En segundo lugar la CS, con igual acierto y novedad, resuelve asimismo que tales derechos de incidencia colectiva no se ejercitan solamente por la vía del amparo —como algunos autores y fallos interpretaban restrictivamente el artículo 43—, sino también, por ejemplo, por la *acción declarativa de inconstitucionalidad* aquí intentada por una asociación de usuarios.

En tercer lugar, la Corte Suprema avanza un paso más y aclara también que dicha acción y dicha defensa puede también intentarse por *otros procesos abreviados* que permitan conocer la *constitucionalidad* del acto impugnado. Aunque el fallo no lo dice, cabe sin duda incluir las acciones *sumarias* y *sumarísimas* en defensa del consumidor previstas en la ley 24.240.

Son pues tres novedades en tres discusiones actuales del derecho argentino contemporáneo, que la Corte Suprema viene a resolver adecuadamente.

62. Control judicial de la función administrativa del poder judicial

Ballatore, CNFed CA, sala II,
LL, 1997-C, 331

Más allá de algunas consideraciones aisladas, verdaderas *dicta* del fallo (que parecieran, inadecuadamente, restringir el alcance de la revisión judicial de la actividad administrativa de cualquiera de los tres poderes del Esta-

do), lo verdaderamente resuelto —y por lo tanto *holding*— en este completo fallo, es que se ha procedido a la más exhaustiva revisión judicial.

La conclusión, pues, no es la “restricción” que se lee en algunas afirmaciones —*dicta*— sino *la plena amplitud de revisión* que se advierte manifiesta en todo el desarrollo del fallo.

Conviene tenerlo presente al citar la “doctrina” del fallo, que no debiera incluir la excepcionalidad de la revisión (en el punto V se dice que la revisión no es la regla sino la excepción, pero en verdad es claramente la *regla*),¹ ni tampoco que las facultades administrativas no son revisibles si no resultan irrazonables o desproporcionadas, pues para saber si lo son o no hay que revisarlas, que es lo que la sentencia correctamente hace.²

Sí, es doctrina que el vicio del acto depende de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico que signifique el requisito concretamente violado. Que la discrecionalidad no autoriza la arbitrariedad, que la sanción debe graduarse proporcionalmente a los hechos para no ser irrazonable, etc. Principios conocidos, pero que nunca está de más recordarlos.

^{62.1} Ampliar en t. 3, *El acto administrativo*, 4ª ed., 1999, *Introducción*.

^{62.2} Es la misma cuestión que aclaramos a propósito de los actos no justiciables o de gobierno, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 3ª ed., 1998, cap. VIII.

63. Hasta tanto una docente jubilada mejore su fortuna

Bursztyn, CNFed CA, sala I, DJ, 1997-2, 211

Una muestra puntual del drama de los jubilados es que el tribunal exima a la actora del 70% de la tasa de justicia, atendiendo a los siguientes hechos. La jubilación docente que posee, de \$ 990,50, es el único medio económico de que dispone y además no posee inmuebles. Como es de público conocimiento, la mayor parte de las jubilaciones son inferiores. El agregado de que la eximición es hasta tanto mejore su fortuna es corriente en el lenguaje forense, aunque sacada de contexto no suena del todo bien. Surge así el interrogante: ¿no se podía liberar *totalmente* de los gastos de litigar a una docente jubilada que cobra \$ 990,50 por mes, en lugar de liberarla sólo del 70%?

No es que propugnemos la pura beneficencia desde los estrados judiciales, pero nos pareció que era una ocasión de aplicar las bellas reflexiones de *Fallos* 310: 558, que es deber del intérprete hacer justicia más allá del texto de la norma, a fin de no desnaturalizarla llevándola a una solución injusta (también *Fallos* 303: 578; 307: 840; 310: 500), valorando en particular, al efecto, las consecuencias que derivan de cada criterio para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema norma-

tivo (310: 464); también los precedentes de la Corte Suprema en *Vera Barros*, 14-12-93, cons. 8° y sus citas, y *Smith*, del 28-III-95.

De todas maneras, es claro que de uno u otro modo nada se soluciona del problema jubilaro, ni tampoco del creciente drama del desequilibrio fiscal.

64. La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños

Nóbile, CNFed CA, sala V,LL, 1997-C, 830

La correcta solución del fallo viene envuelta en afirmaciones complejas: que la acción para pedir la inconstitucionalidad de un reglamento de necesidad y urgencia es imprescriptible, por lo que no se le aplica el plazo de caducidad del artículo 25 del decreto-ley 19.549/72, pero que ello no obstante está sujeta al plazo de prescripción en lo referente a las consecuencias patrimoniales. O sea que es imprescriptible para pedir la anulación, pero prescribe en cuanto a la indemnización del daño.

Otra versión sería decir que el plazo llamado de caducidad no se aplica a los actos nulos de nulidad absoluta, los cuales pueden ser impugnados y pedirse su indemnización dentro del plazo de prescripción. El problema de esta traducción es que tiene toda la jurisprudencia en contra. Con lo cual lo único cierto, posiblemente, es que la solución del fallo se aplique

solamente, por ahora, a los reglamentos de necesidad y urgencia —aún ratificados por ley— que recortan sin causa suficiente los sueldos de los empleados públicos, materia en la cual, para más, procede la siempre elusiva acción de amparo.

El precedente, en suma, ha de ser referido por ahora exclusivamente a casos de fondo idénticos al presente.

65. El moribundo amparo

*Méndez, CNFed CA, sala I,
LL, 1997-C, 843.*

En el año 1997 que se comentó este fallo, la mayor parte de la justicia solía tener poca simpatía por el amparo, quizás por sus abreviados plazos, pero lo cierto es que ningún justiciable se queja de un amparo que se resuelva razonablemente en un plazo de hasta dos años.

Lo cual da en verdad tiempo para mayor reflexión, si ella hace falta, sin tener que enviar al actor a la década del juicio ordinario en sus tres instancias hasta que quede firme por rechazo de la queja por denegación del recurso extraordinario contra la sentencia de cámara.

Los amparos que tutelan el derecho de propiedad de los funcionarios públicos contra recortes irrazonables son precedentes, como así también las acciones meramente declarativas para tutelar la intangibilidad de las remune-

raciones judiciales. Pero otros derechos de propiedad ya no tienen ese destino reparatorio anticipado.

Sin embargo, son —o debieran ser— tan derechos como el que más. Si la administración anula por sí y ante sí un certificado de importación ya ejecutado y con el vehículo retenido en los depósitos fiscales de la aduana, está violando los artículos 17 y 18 del decreto—ley 19.549/72 y el principio de la estabilidad de los actos administrativos, vigente en el país desde *Carman de Cantón*, de 1936.¹ Y desde luego, privando a alguien del ejercicio de su derecho constitucional de propiedad, generando daños y perjuicios a cargo del Estado que después todos deberemos pagar, con mayor endeudamiento, mayor déficit fiscal, menor calidad de vida.

Por cierto, no es materia alimentaria. Pero si lo expuesto no es una cuestión clara de derecho, si ello requiere debate y prueba, juicio ordinario, etc., nunca procedería el amparo. Se está incumpliendo el artículo 43 de la Constitución y la remisión a los tratados de derechos humanos que hace el artículo 75 inciso 22.²

^{65.1} Ver cap. VI del t. 3, *El acto administrativo*, 4° ed., 1999.

^{65.2} Ver GORDILLO, *Un día en la justicia. Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional*, LL, 1995-E, 988; reproducido, como capítulo XII de la 4° edición del libro de GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, F.D.A., Buenos Aires, 1999.

Estamos violando nuestros compromisos ante la comunidad internacional. ³ El fallo hace mérito, como muchos otros, de que se trata de una cuestión “de incidencia estrictamente patrimonial”, como si la Constitución o la ley en alguna parte dijeran que la propiedad no es una de las garantías fundamentales de la Constitución nacional.

Es como confundir el amparo con el hábeas corpus, un arma excepcional para defender derechos excelsos y no pretensiones ¿pedestres? como el mero derecho de propiedad de un automóvil, que para más se arruinará mientras tanto. Ahora que en Rusia se importan coches, aquí se retienen en los funestos depósitos fiscales porque la aduana anula por sí y ante sí un certificado de importación que la ley no le faculta a revocar. Si la aduana cree tener un crédito fiscal, sígalo por la vía pertinente; si cree que hay maniobra, aplique penalidades: pero no se limite a hacer solamente *daño indemnizable a costa de la sociedad*. Nos hubiera gustado más un fallo por estos andariveles.

Lo contrario es aumentar el déficit fiscal y el gasto público, pues se formularán cargos fiscales por tiempo de depósito, el particular de-

^{65.3} Como se explica en diversos lados, entre otros GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 5° ed., cap. VI; ver también *La creciente internacionalización del derecho y sus efectos*, *supra*, nota n° 1, p. 31; *¿Una excepción a la ley 24.447?*, *supra*, nota n° 2, p. 33.

berá recurrirlos, obtener la anulación y la condenación en costas, y también hacer un juicio ordinario para recuperar su propiedad. Mientras tanto el auto se arruinará en los depósitos fiscales y deberá entonces hacer asimismo un juicio de daños y perjuicios como por la película del director de cine DE LA TORRE que diera lugar a un fallo condenatorio a la aduana. Tres pretensiones procesales por no resolver un amparo manifiestamente procedente. Tres juicios a perder por la aduana con costas.

Pero, si ni DE LA TORRE pudo obtener su película de la aduana, sino la indemnización por la pérdida del original del film, ¿qué puede esperar de la justicia la propietaria del auto y actora en este ahora inútil amparo?

Lo que la justicia no advierte, es que los daños y perjuicios los pagamos entre todos. No resolver los amparos contra la administración es aumentar directamente el déficit fiscal y las indemnizaciones que luego debe pagar el Estado, es crear trabajo improductivo, minar la fe en la justicia.

Ya lo dijo el derecho romano, mejor es impedir que el mal se perpetre, antes que llevar los remedios para paliar el mal que se ha consumado. *Melius est intacta iura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere.*

Realmente no entendíamos esta extrema renuencia jurisdiccional, tan extendida en la Capital Federal, en esa época, a resolver amparos.

Cien notas de Agustín

En este diálogo de sordos, la justicia no advertía que los abogados que intentan amparos resultaban “beneficiados” con la creación judicial de trabajo mejor remunerado —juicio ordinario— en lugar del casi gratuito amparo, con sus insignificante costas. Y que la sociedad pierde y mucho, tanto en términos de prestigio, dinero, imagen de seguridad jurídica para el inversor, etc.

Es una lástima que una cuestión de interpretación haya costado y todavía cueste tanto dinero a la sociedad. Dinero de nuestros bolsillos de contribuyente, que se perjudican con la falta de eficacia plena del contralor judicial oportuno. Es incomprensible que aún hoy, parte de la justicia, y buena parte de la doctrina compartan estos criterios. Por eso concluimos esta nota del año 1997, en ese entonces, del modo que sigue.

Queridos y respetados señores jueces de todos los fueros, amigos de la justicia: respetuosa y afectuosamente, ahorremos todos plata, resuelvan los amparos contra el Estado en cuanto al fondo, es más barato para todos.

66. Ley de defensa del consumidor

Hilu, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-C, 845.

El fallo trata de un caso pequeño, y opinable, de “defensa del consumidor”.

Bueno sería ver fallos en materia de defensa del usuario frente a los gigantes de servicios públicos monopólicos, no de los modestos fabricantes de alfombras artesanales como en el presente caso. Esos otros fallos ya se están viendo en 1999.

En este caso de 1997 se confirma una multa de valor superior a la alfombra, que el comprador debió ver antes de comprar: quienes hemos comprado alfombras artesanales no nos sorprendemos de sus defectos.

No parece una hipótesis destacable de aplicación de la ley 24.240, pero tiene un aspecto de *exemplary damages* que sienta un precedente jurídicamente importante, más allá de si los hechos del caso lo justificaban o no.

Es algo parecido, guardando las debidas distancias, a la multa que aplicó el ENRE a EDESUR en 1999 con destino a los usuarios afectados por el apagón.

67. Demanda contra nadie

Copani, CNFed CA, sala III,
LL, 1997-D, 693

Un viejo *Spaghetti Western* hacía juegos de palabras con el nombre *Nobody* del personaje, para diversión del público. ¿Aquí el actor quiso divertirse, o se equivocó y se divirtió la Sala? Difícil saberlo.

68. La acción declarativa de certeza como proceso sumarísimo

*Craviotto, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-D, 719*

Ante las públicas y notorias dificultades del amparo en nuestra jurisdicción procesal administrativa federal luego de la reforma constitucional, se ha agudizado el ingenio de los actores.

Ahora intentan, algunos con éxito, acciones de defensa del consumidor contra los prestadores de servicios públicos o el propio Estado, o como en el presente caso acciones declarativas de certeza pidiendo la inconstitucionalidad de un acto o reglamento administrativo.

La diferencia con el amparo, tal como este fallo la explica, es que tanto en el proceso sumario como en el sumarísimo se trata de un juicio de conocimiento, más abreviado sin duda, pero que “en punto al grado de conocimiento resultan similares”.

Lo importante, además, es que la decisión del juez de primera instancia disponiendo que tramite por vía sumaria o sumarísima es irrecurrible y por lo tanto irrevisable por la Alzada.

Desde este punto de vista, tiene menos zozobras procesales que el amparo, donde hasta

en el recurso extraordinario pueden poner en tela de juicio si la vía elegida fue correcta.

69. “La habilitación de fería no se da en la instancia *a quo*”

Marriott, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-D, 719

69.1. *El principio y sus consecuencias*

El Tribunal Fiscal en un amparo por mora resolvió habilitar la fería en la apelación interpuesta ante la Cámara. La Sala de fería decide que la habilitación de la fería la puede resolver sólo ella, para lo cual necesita de pedido de parte, que en esa instancia no se hizo. La Sala entiende no tener, o decide no ejercer, facultades instructorias suficientes para ratificar de oficio la habilitación de la fería que un tribunal *a quo* acordó.

El criterio parece adolecer de cierto rigor formal, máxime en un amparo por mora que supone celeridad de trámite y economía procesal; y bien puede pensarse que la parte pudo razonablemente creer, de buena fe, que con un acto del tribunal inferior bastaba.

Pero resulta ahora no ser así: aún concedida por el *a quo*, hay que hacer también el pedido al *ad quem*. Mientras tanto, el perjuicio ocasionado a la actora por la mora administrativa en devolver impuestos es la base de un futuro

juicio de daños y perjuicios que pagaremos todos. Algún día habrá que establecer el costo económico *final* para la sociedad de las decisiones judiciales de mero trámite —como los amparos que no son resueltos— para condenarnos a todos a pagar luego daños y perjuicios que se podrían haber detenido con una oportuna resolución de la acción de amparo. Pero ya sabemos que eso es harina de otro costal. La “patria pleitera” y las condenas de daños y perjuicios al Estado y a la sociedad encuentran sus orígenes remotos en todos los amparos y cautelares no concedidas. ¿No será hora de corregir el problema en sus inicios, evitando el perjuicio? ¿No habrá que volver al viejo *Melius est intacta jura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere*?¹ ¿No habría que aplicar el principio jurídico de eficiencia que exigen en otro ámbito recientes normas interamericanas?

^{69.1} En la tesis amplia ver GORDILLO, *Un día en la justicia. Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional*, LL, 1995-E, págs. 988 y ss.; reproducido, con modificaciones, como capítulo XII de la 4ª edición del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1999. Entre los fallos adversos a la tesis amplia pueden encontrarse, entre los aquí comentados, los correspondientes a las notas “Rechazo *in limine litis* del amparo”, nota 33, p. 96; *Amparo: nunca, jamás*, nota 50, p. 130. La jurisprudencia no es pacífica, de modo que la suerte de un amparo depende con frecuencia de la suerte —o mala suerte— en el “sorteo”.

69.2. *El origen del problema*

Sea dicho en defensa de la Sala que el mes de enero de 1997 registró un inusual aumento de pedidos de habilitación de feria, lo cual puede haber influido en la decisión.

69.3. *Buscando soluciones*

Por todo ello cabe preguntarse si no habrá llegado la hora de empezar a habilitar más tribunales de feria en lo procesal administrativo. La administración trabaja en enero, los tribunales del fuero debieran acompañar ese trabajo con un paralelo control jurisdiccional. De lo contrario estamos ante una hipótesis de privación temporal, pero constante, año tras año, de justicia.

70. La mora administrativa es materia procesal administrativa

Fernández, CNFed CA, sala II,
DJ, 1997-2, 938

Aunque parezca una petición de principios, quizás convenga destacarlo: el amparo por mora de la administración es naturalmente de la competencia llamada contencioso administrativa, puesto que si existe o no demora irra-

zable de la administración cae inevitablemente en el campo del derecho administrativo.

El antecedente invocado por el dictamen fiscal, pretendiendo remitir la cuestión a la justicia del trabajo, resulta simplemente irrazonable y destruye la celeridad que es de la esencia propia del amparo por mora.

Un amparo por mora de la administración en que el juez contencioso administrativo se declara incompetente previo dictamen fiscal en tal sentido, y que requiere apelación y decisión de cámara, se ha transformado en un amparo por mora administrativa y también judicial. No debería repetirse.

71. Responsabilidad administrativa para los ex conscriptos

*Centurión, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-E, 547*

El fallo mantiene vieja jurisprudencia que diferencia en algunos casos la responsabilidad civil de la administrativa del Estado.

Los conscriptos que resultaban lesionados por el accionar negligente y culposo de las fuerzas a las cuales eran incorporados en contra de su voluntad, no tenían derecho a un resarcimiento pleno de derecho civil por daños y perjuicios derivados de los daños corporales sufridos a manos de las fuerzas armadas del país.

Más allá de que la solución era injusta y discriminatoria cuando existía el servicio militar compulsivo, ella tiene menos fuerza de convicción cuando no se trata sino de una rémora de tiempos superados. El tema requiere ser mirado con los ojos de hoy, no con los de ayer.

La supresión por ley del servicio militar obligatorio debiera entonces verse como un juicio de valor que iguala a todos los ciudadanos, juicio de valor éste que podría haberse utilizado, en la especie, para indemnizar justamente, según las pautas del derecho común, a quienes se vieron lesionados sin causa ni racionalidad alguna del modo expuesto.

El caso presenta así el interés de una cuestión renovadamente presente en nuestro medio forense. Cuando la ley cambia, en base a nuevas valoraciones sociales, y llegan a sentencia causas iniciadas bajo otros valores, no siempre los jueces aplican los valores legislativos al momento de la sentencia.¹

^{71.1} La falta de sincronía del juicio de valor legislativo con el juicio de valor jurisdiccional ya se ha visto más de una vez en nuestro país. Ver entre ellos, el caso *E., F.E.*, cuya guía de lectura se encuentra en GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, 4ª ed., Buenos Aires, 1999, ed. Fundación de Derecho Administrativo, capítulo IV. En cambio el derecho de propiedad, tan maltratado en los amparos, recibe en la especie el mejor juicio valorativo ulterior, según se aprecia en CSJN, *Vieytes de Fernández, Fallos*, 295: 973, LL, 1976-D, 241.

72. La denegación del reclamo administrativo previo no hace nacer el plazo de caducidad del artículo 25

Pesaresi, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-E, 560.

La solución del fallo es eminentemente correcta, aunque solamente deja la duda de por qué los tribunales no toman medidas más enérgicas y generales contra la inútil madeja de normas restrictivas del acceso a la justicia que nos dejó aquel lejano gobierno de facto que dictó la así llamada ley 19.549/72, aquí todavía llamada ley.

73. La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor

“Incidente de apelación —Consumidores Libres Coop. Ltda y otro c/ E.N.— Presidencia de la Nación y otro s/ sumarísimo”,
CNFed CA, sala V, LL, 1997-F, 265.

73.1. El antiguo vigente derecho y el novísimo derecho

En este fallo confluyen acertadamente dos vertientes de distinta data en el derecho argentino, ambas novedosas en el conocimiento público de hoy.

73.2. *El derecho a la revisión de las tarifas es tanto de los concesionarios como de los usuarios*

En primer lugar, se resuelve con lógica impecable e imposible de evadir, que si los concesionarios y licenciatarios monopólicos tienen derecho a la revisión judicial de sus tarifas para que ellas sean justas y razonables, también han de tener el mismo derecho los usuarios que las pagan. Es lo que había adelantado GRECCO cuando señaló que “si se acepta que el juez puede revisar... la composición tarifaria en la hipótesis de beneficio insuficiente del concesionario o licenciatario, nada impediría que el mismo control fuera verificado cuando quien articula la impugnación es el usuario. De otra forma habría que concluir en que la expresión ‘justas y razonables’ importa sólo una aspiración programática, una simple intención de píos deseos”.¹

^{73.1} GRECCO, CARLOS M., *Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel)*, R.D.A., n° 5, ps. 481 y ss. En igual sentido BOGLIOLI, DIEGO F., *Tarifas, tasa de retorno y su control en la etapa post-privatizaciones*, “Jurisprudencia Santafesina”, n° 32, 1998, p.11. Ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t.1, *Parte general*, 5° ed., 1998, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos” y cap. XVI, “La Convención Interamericana contra la Corrupción”.

73.3. Las tarifas se pueden discutir por la ley de defensa del consumidor

En segundo lugar, que la defensa por los usuarios de su derecho a tener tarifas justas y razonables puede intentarse por la vía sumaria o sumarísima prevista por la ley de defensa del consumidor 24.240.

Esta vía de juicio de conocimiento abreviado resulta así indubitablemente apta para la defensa de los derechos de incidencia colectiva.² Esa defensa no queda pues limitada solamente al amparo, y tal opción se ejercita por el profesional interviniente.³

73.4. El derecho a audiencia pública en materia de tarifas telefónicas

Una tercera cuestión está menos terminante, pero no por ello menos vigente, en el fallo: y es el derecho de los usuarios a que exista audiencia pública⁴ previa a la emisión de una norma general de tanta trascendencia como la reestructuración tarifaria.

^{73.2} GORDILLO, t. 2, caps. II y III.

^{73.3} COLAUTTI, CARLOS E., *Derechos Humanos*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1995, p. 245.

^{73.4} Al respecto ver GORDILLO, "El procedimiento de audiencia pública", en el t. 2, 3° ed., cap. XI.

73.4.1 *¿La autolimitación administrativa?*

En la especie ello es fundando en la autolimitación administrativa, lo que requiere diversas precisiones. En primer lugar, ella fue acordada por el Ministerio de Economía en un acuerdo transaccional con motivo del amparo iniciado por ADELCO en 1995 *precisamente para que se hiciera audiencia pública*.

NO es entonces una concesión unilateral, espontánea y graciosa del príncipe, sino el resultado transaccional de una *litis* en la cual se cuestionaba precisamente la existencia de ese derecho a tener audiencia pública. Por eso otros fallos dicen que hay además fuerza de cosa juzgada en la cuestión.

En todo caso, igualmente resulta aplicable el principio recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado”. “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa *“venire contra factum proprium non*

valet” que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe”.⁵

73.4.2 La audiencia pública como principio constitucional

Un segundo aspecto de este tercer punto es que resulta claro que la exigencia de participación y control de los usuarios exigida por el artículo 42 de la Constitución, requiere como mínimo el derecho a la audiencia pública.

Es pues un deber constitucional de la administración, lo haya transado o no en juicio. En esto la jurisprudencia y la práctica administrativa no son siempre categóricas, pero no parece haber dudas en cuanto a la tendencia. Un caso de audiencia pública puede consultarse en www.gordillo.com.ar.

73.5. La amplitud en el otorgamiento de medidas cautelares: una cuestión de “honor de la justicia” (Juez ESTOUP), que debe aplicarse “sin vacilaciones ni murmullos” (BRAIBANT)

Otra cuestión de sustancial importancia que el fallo resuelve es que esto requiere una medida cautelar oportuna, sin la cual los dere-

^{73.5} CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional*, J.A., 1989-IV 429.

chos se tornan abstractos por el transcurso del tiempo. ⁶ Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, “El Derecho Comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que, conociendo de un litigio que concierna al Derecho Comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho Nacional, debe excluir la aplicación de esta regla”. ⁷

Han dicho otros juristas de nuestra época que aplicar medios jurisdiccionales rápidos y abreviados es una cuestión de “honor de la justicia” ⁸ y parafraseando a BRAIBANT, que deben aceptarse “sin vacilaciones ni murmullos”. ⁹

^{73.6} Algunos han argüido que el individuo debe en rigor iniciar un juicio ordinario y allí pedir una medida cautelar, olvidando que los requisitos de la cautelar son iguales en el amparo y en el juicio ordinario, con lo cual su pretensión se transforma en uno de los clásicos “ápices frustratorios” del seudo derecho procesal utilizado para la desprotección de los derechos y la denegación de justicia (ver también BERIZONCE, ROBERTO O., *Efectivo acceso a la Justicia*, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1987).

^{73.7} *La batalla por las medidas cautelares*, 2º ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 113.

^{73.8} ESTOUP, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 134.

^{73.9} Lo recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose a la celeridad en la ejecución de la sentencia, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2º ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 342, donde recuerda además que en Europa “se está generalizando la técnica de habilitar una justicia provisional, inmediata y rápida, dejando la justicia definitiva remitida... a los largos y dilatados procesos”.

**74. El órgano institución y no la persona
Estado como parte demandada en el
amparo por mora**

Fernández Vidal, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-F, 288

Es conocida y reiterada la jurisprudencia en el sentido que la persona jurídica Estado es la demandada cuando se cuestionan actos de cualquiera de sus poderes, o de cualquier órgano centralizado o desconcentrado dentro de éstos.¹ Obviamente los entes descentralizados, con personalidad jurídica propia, son los habilitados para estar en juicio y en tal caso debe demandarse a ellos y no al Estado nacional; ello, al margen que ahora el Estado se ha declarado irresponsable por ellos, contrariando el anterior derecho, jurisprudencia y doctrina.²

Ahora bien, en este particular caso de amparo por mora, el fallo, no sin justificativo empírico, resuelve que debió notificarse la demanda al órgano concretamente responsable de la demora, no a otro que ha dicho que no debía intervenir. En el caso, no al Estado Mayor Ge-

^{74.1} *Masily*, Sala V, LL, 1998-D, 208, con nota: “El Estado y sus órganos como demandados en los juicios en general y en el amparo por mora”, *infra*, nota 87, p. 184.

^{74.2} Ver *Tratado*, t.2, 3° ed., cap. XIX, n° 2.3, p. 9, nota 2.15.

neral del Ejército que le dijo que debía dirigirse al Ministerio de Defensa, sino a éste.

La decisión tiene un claro interés teórico, pues implicaría que en el amparo por mora el demandado no es la persona jurídica Estado sino el órgano institución que concretamente deba pronunciarse. Tanto que se rechaza con costas la acción instaurada. Falta saber si ello tendrá otras implicancias o se aplicará a otros casos.

Pero por de pronto en el amparo por mora la regla es clara: la acción sólo procede contra el órgano institución, no contra la persona jurídica de la cual el órgano es parte sin personalidad jurídica propia.

75. La administración pública como doble agente de privación de justicia

Ojea Quinta, CNFed CA, sala IV,
LL, 1997-F, 289

Debiera ya saber la administración pública que no es recortando los salarios de los agentes públicos, y mucho menos del Poder Judicial, como remendará sus alicaídas cuentas. Para eso hacen falta remedios más heroicos.¹

^{75.1} Así los expuestos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, explicada en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 5° ed., 1998, t. 1, *Parte general*, cap. XVI, ahora complementada con la ley 25.188 de “Ética en el ejercicio de la función pública”.

Con lo cual este dispendio irrazonable de actividad administrativa se transforma en un dispendio de actividad jurisdiccional, obligando a cientos y cientos de agentes a demandar la absurda inconstitucionalidad de tales reglamentos de necesidad y urgencia, aún ratificados por ley. ²

Pero ello pesa más sobre un ya recargado Poder Judicial, produciendo entonces denegación de justicia para los que esperamos interponer nuestros amparos, por otros derechos que la administración también conculca.

76. Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado

Arce, CSJN, LL, 1997-F, 696

76.1. Primera conclusión. No los pueden invocar los Estados, sólo los individuos.

El revolucionario fallo *Girolodi* ¹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha visto

^{75.2} Lo cual no significa que todos sean inválidos, sino solamente los irrazonables, los que no tienen sustento legal, los que no cumplen el procedimiento constitucional, los que carecen de causa o sustento fáctico suficiente. Los recaudos pueden verse en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t.1, 5° ed., 1998, cap. VII y sus referencias

^{76.1} *Fallos*, 318: 514, LL, 1995-D, 462 y "RAP", n° 215, 1996, ps. 151 y ss., con nota de GORDILLO, *La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales*. La solución se reitera en *Bramajo*, DJ, 1997-2, 195.

confirmado en *Bramajo* y ahora en *Arce*. En este último la Corte aclara que el concepto de “persona” de la Convención no incluye al Estado, y lo hace reiterando también lo esencial de *Giroldi*, que la aplicación en el derecho interno de las normas supranacionales o internacionales debe hacerse conforme a las interpretaciones que de ellas hacen sus órganos naturales.

En el caso se trata de la Opinión Consultiva 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual “los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (considerando 6°).

76.2 Segunda conclusión. Nos obligan en el contexto de los demás tratados, y de lo que dicen nuestros representantes

También es importante destacar que nuestra Corte recurre igualmente a los demás pactos internacionales para interpretar las garantías de este Pacto, entre ellas la garantía del debido proceso (considerando 7°), y que toma como punto de referencia obligatorio para nuestro país, a mayor abundamiento, también la opinión de nuestros representantes en los foros internacionales en que tales tratados se celebran; en el caso en Naciones Unidas (considerando 10).

76.3 *Tercera conclusión. Nos obligan en cuanto al tiempo razonable de un proceso*

De ello se sigue que la opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos interpretando una cláusula exactamente igual a la nuestra, el derecho a tener sentencia en un plazo *razonable*, se ve vulnerada por ejemplo cuando el proceso demora casi cuatro años.² No lo dice este fallo, es cierto, pero no podremos tapar mucho tiempo más el cielo con un harnero.

Nuestra jurisprudencia debiera dar pronta aplicación a este recaudo supranacional e internacional con el cual se encuentra en doble mora,³ y nuestros legisladores deben hacer lo propio creando los varios cientos de juzgados más que son indispensables para que la justicia pueda ser efectiva, oportuna y en tiempo razonable.

^{76.2} Ver el fallo en GORDILLO, *Derechos Humanos*, 4ª ed., 1999, anexo al cap. XI.

^{76.3} Ver GORDILLO, *Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual*, en la "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", RAP, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997, n° 227, ps. 5 y ss.; *Derechos de incidencia colectiva*, en el libro *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 274 y ss., actualizado y ampliado en el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 3° ed., 1998, caps. XIII y ss.

76.4 *Esa reprobable costumbre de “confundir” ley con decreto-ley*

Y puesto que de citar a nuestros representantes en órganos supranacionales se trata, debiéramos de paso abandonar administrativa, legislativa y sobre todo jurisdiccionalmente la costumbre de llamar ley a los decretos-leyes de los gobiernos de facto, pues en los foros internacionales hemos sostenido con razón que no son en modo alguno equiparables (los votos individuales de nuestro representante en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe de 1996).

En todo caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyos criterios nos obligan según *Gioldi, Bramajo, Arce*, etc., tiene dicho al respecto que “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución” (párrafo 22 de la OC 6/86; el destacado es nuestro).

En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, D.C., 1997, página 65):

La Corte IDH define pues como leyes, lo que estamos internacionalmente obligados a respetar, “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes” (Opinión Consultiva número 6/86, párrafos 23 y 32; el destacado es nuestro).

Como también se ha sostenido en estos foros internacionales que nos obligan internamente, se trata de que “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables” (OC 8/87, párrafo 24, el destacado es nuestro); es la legislatura electa y no otra autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa.

Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, FAPPIANO, OSCAR LUJÁN, caso 10.843, *in*

re Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, párrafo 31, página 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. loc. cit.* El principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos afuera. Nos obliga en el plano interno e internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en *Arce* al citar lo expresado en nombre de nuestro país por su representante en Naciones Unidas (LL, 1997-F, 697).

Sólo resta pues cumplir con el principio de buena fe. Ese del cual nuestra CSJN ha dicho: “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado”. “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa “*venire contra factum proprium non valet*” que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe” (CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Gobierno Nacional*, J.A., 1989-IV, 429).

Dejemos pues, alguna vez, de llamar en el orden nacional “leyes” a los “decretos—leyes” de los gobiernos de facto, cuando ni en la Provincia de Buenos Aires se lo hace, para no citar sino el primer vecino en el orden interno.

Y dejemos de tratar como leyes a los reglamentos de necesidad y urgencia que el Congreso no convalida según el procedimiento y en los casos y plazos previstos por la Constitución.

Sintámonos obligados moral y jurídicamente, como la CSJN lo indica en *Arce*, por lo que nuestros representantes dicen y firman en los foros internacionales, por lo que expresan los órganos de interpretación de los tratados internacionales.

77. ¿Existe futuro después de la convertibilidad?

TIM, CNFed CA, sala I,
LL, 1997-F, 708

No por lo menos en derecho si nos atenemos a esta jurisprudencia, que mantiene la vieja línea de que no existe derecho subjetivo contra el Estado, ni responsabilidad de éste, en el caso, por no mantener la “tablita” a que se había más o menos comprometido.

Criterio que resulta igualmente aplicable a la ley de convertibilidad: el día que cambie, no habrá lugar a reclamos de daños y perjuicios contra el Estado por las operaciones concertadas a su amparo, si nos atenemos a esta jurisprudencia que es tradicional.

Cada uno quedará librado a su suerte en el derecho interno. En el derecho y las finanzas internacionales la cuestión será distinta.¹

78. El dédalo administrativo en el amparo por mora de la administración

Niers, CNFed CA, sala I,
LL, 1998-A, 295.

A las figuras literarias de este siglo para comparar a la administración (*El Castillo*, *El proceso*, *kafkiano*)¹ se ha agregado recientemente una de vuelo classicista: el viejo y confiable amparo por mora de la administración empieza a vérselas con el mítico laberinto de Creta construido por DÉDALO.²

Ahora ya no es suficiente con notificar al Estado nacional, hay que enhebrar la aguja con la específica sogá marina³ para vencer el

^{77.1} Nos remitimos a lo explicado en el *Tratado*, t. 1, 5° ed., 1998, caps. IV y VII, y *Después de la reforma del Estado*, 2° ed., 1998, cap. IV.

^{78.1} “Si KAFKA hubiera sido argentino, sería un autor costumbrista.”

^{78.2} BERTI, GIORGIO, *Il dedalo amministrativo e il Diritto*, en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, tomo I, Mucchi, Módena, 1996, ps. 283 y ss.

^{78.3} Camello, en la versión fonética que llegó del arameo, cuya significación es la del texto. Agregamos así a la referencia “costumbrista” de la nota 1, y la classicista de la nota 2, una bíblica, si bien fuera de contexto. Alguna tendría que encontrar su destino.

acertijo de qué órgano administrativo sea, a juicio del futuro tribunal, el que debió ser notificado. Es entrar al laberinto en busca de justicia y celeridad administrativa. En los laberintos de espejos de los parques de diversiones, los niños se entretienen.⁴ En éste, los adultos no. De todas maneras y como cualquier acertijo de derecho, se puede intentar resolverlo multiplicando las cédulas de notificación: alguno será el destinatario querido. A menos que el fiscal nos requiera, previo a prestarnos conformidad a la habilitación de instancia, que precisemos a quién demandamos. Los viejos trucos procesales de “*N.N. c. Estado nacional—Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos—Secretaría de Hacienda de la Nación—Administración Federal de Ingresos Públicos—Dirección General Impositiva*” no siempre sirven.

79. Morir de viejo esperando justicia

Martínez Alcorta, CNFed CA, Sala I,
LL, 1998-A, 296.

Rogamos se nos perdone rozar algo tan íntimo y personal. Pero lo cierto es que la solución se emparenta con aquellas que impiden cobrar el seguro de vida a los parientes de quien se suicida. La solución, aquí, es para que ningún

^{78.4} Esta es la nota que procura enternecer. Llevemos los niños al parque, a los adultos no.

jubilado se suicide ni se muera a fin de arreglar al menos parte del problema de sus deudos. Ni para el entierro.

El viejo jubilado se murió esperando justicia, sin encontrarla. Es una clara disfunción injusta del sistema. Como tantas veces ocurre, no es culpa de la norma, ni del tribunal, ni de los hados. Por eso hablamos del “sistema”. Todos somos parte de él.

80. La sustitución de la voluntad del órgano controlado en una sanción disciplinaria

*Cochlar Oscar Osvaldo c/ C.P.A.C.F.,
CNFed CA, sala III, LL, 1998-A, 298*

Este fallo demuestra una vez más la razonabilidad de que el órgano controlante no se limite a declarar la eventual nulidad del acto emitido por el órgano controlado, si es que considera que existe una solución aplicable que resulta intermedia. Así por ejemplo si la administración dispuso una exoneración y el tribunal juzga que los hechos sólo justifican una cesantía, transforma aquélla en ésta, como los viejos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el presente caso, si el tribunal juzga desproporcionada la sanción aplicada por el Tribunal de Ética del Colegio Profesional, corresponde que sustituya por ejemplo la suspensión

aplicada por el término de un año en el ejercicio de la profesión, por la sanción que considere proporcionada: en el caso, advertencia en presencia del Consejo Directivo del Colegio. Si el tribunal consideraba que la sanción era excesiva pero que no por ello la conducta incriminada dejaba de ser merecedora de sanción, ha hecho lo correcto en aplicar judicialmente la sanción menor, sustituyendo así la decisión impugnada por otra a su juicio conforme a derecho.

Es lo correcto en aras a una eficiente administración de justicia, sin inútiles planteos teóricos acerca de si puede o no la justicia sustituir la voluntad de otros órganos del Estado o, en el caso, de una persona pública no estatal. Por supuesto que sí puede, y debe hacerlo cuando a su juicio se dan las circunstancias apuntadas.¹

81. Los ápices frustratorios de las garantías constitucionales de una sociedad democrática

Adecua, CNFed CA, sala I,
LL, 1998-B, 537

Supongamos, arguyendo, que todo lo que afirma el fallo es cierto y correcto. Pero el tribunal

^{80.1} Ampliar en GORDILLO, *El acto administrativo*, 4° ed., 1999, cap. XII, n° 12, e *Introducción*.

sigue la vieja jurisprudencia que se niega a aplicar de oficio el principio *iura novit curia* en materia constitucional.¹

No quita que se priva a la ciudadanía del derecho a la información de una cuestión que afecta los derechos de todos los usuarios de este servicio público obligatorio y monopólico en vías de renegociarse, merced al fallo, en la oscuridad.² Se priva a la ciudadanía del derecho a la

^{81.1} *El acto administrativo*, 4º ed., 1999, *Introducción*.

^{81.2} No aplica principios fundamentales de toda democracia, como la información pública y la participación. Permite al funcionario, como dice WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1963, p. 20, “mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz”; “desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día”. Olvida el principio de BRANDEIS, de que la publicidad es un remedio para muchas enfermedades sociales y es especialmente aplicable para la mayor parte de los vicios y corrupciones públicas; para ellos, “La luz del sol... es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía”, citado por SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, 1976, p. 127. Ver también ROWAT, DONALD C., *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Londres y Nueva York, 1979; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 4.1., *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., 1981, cap. IV, p. 42; igual capítulo en la 4º ed., en preparación. Así, no “calificamos” como país desarrollado, pues en todos éstos se ha generado en los últimos años una fuerte tendencia a la eliminación de los reductos de reserva y secreto: GORDILLO, *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Civitas, Madrid, 1995, ps. 54/55.

información y a la publicidad que, además de ínsito a nuestro sistema constitucional, reitera el artículo III inciso 5° de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. También se nos priva del derecho fundamental a la participación, que está en los artículos 42 y 43 de la Constitución, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la otra Convención ya citada.

Y tampoco oculta el hecho de que falta justicia natural al caso.³

El derecho procesal debe ser utilizado por la justicia para lograr sus propios fines de decir el derecho y orientar a la sociedad en su cumplimiento, no para denegar la palabra oportuna que podría haber rectificado un camino manifiestamente erróneo de la administración, evitamos mayores daños materiales y morales a la sociedad, creando falta de fe en el sistema, etc.

Tampoco tiene en cuenta el argumento de la jurisprudencia de intereses en el sentido de

^{81.3} El principio del debido proceso en su faz sustantiva y adjetiva, la publicidad, la información, el derecho a saber y participar, todo ello pertenece al ámbito de la justicia natural. Así lo ve por lo menos WADE, citado en la nota anterior. Debieran ser principios siempre aplicados por la jurisprudencia, no importa cuál sea el principio formal que se le ponga. Comparar *Podestá*, CNFed CA, sala I, LL, 1998-D, 200, con nota *La ley 24.283 no admite preclusión ni límite temporal, infra*, nota n° 86, p. 184.

que es más barato detener la ilegalidad en ciernes, que luego responsabilizar al Estado o sus agentes o ex agentes por las infracciones cometidas.

Por eso cabe recordar otra vez el viejo principio romano *Melius est intacta iura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere*.

82. Ninguna justificación racional

El Ateneo, CNFed CA, sala II,
LL, 1998-B, 554

El fallo comentado tiene el valor de la indignación judicial, que representa también el malestar ciudadano ante la frecuente irracionalidad normativa y ejecutiva de la administración, tanto que el título de esta nota corresponde a la sentencia misma, a tenor de la cual “esta causa no tiene ninguna justificación racional”. Palabras fuertes, si las hay, que no debieran caer en el vacío de la indiferencia administrativa.

Ninguna otra causa eficiente hay de este juicio que no sea la racionalidad irracional de la burocracia: ¹ es la creación de formularios de los que nadie se responsabiliza y que todos ejecutan sin cuestionarse lo que hacen. Es la

^{82.1} Según la feliz frase de KLIKSBERG, citada en GORDILLO, *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1995.

clausura de un establecimiento por faltarle *un* formulario. ² Así, con disposiciones y comportamientos absurdos, no se logra sino más reacción contra el fisco, no el debido acatamiento a las obligaciones fiscales.

Aquí la norma administrativa pedía cinco formularios, porque sí, y dado que el hecho generador era uno sólo, el contribuyente presentó uno sólo. El contribuyente fue sensato, la administración no. Pues le faltaban cuatro, según la norma y su ciego ejecutor.

¿Hasta dónde puede llegar el dispendio administrativo y jurisdiccional creado por la exigencia irracional de más y más formularios? No es solamente el funcionario que ciegamente cumplió la norma irracional, es también el hecho mismo de que las normas administrativas irracionales son dictadas y no siempre llega la oportuna reacción del derecho con suficiente contundencia para evitar su repetición. La justicia no siempre presta el agudo control que debiera a los reglamentos. Intuitivamente y sin quererlo, les da en la práctica un rango cuasi—legal, lo que por cierto no es admisible.

Este y otros fallos comienzan a actuar, y a señalar a la administración por el dispendio jurisdiccional que su arbitrariedad ocasiona. Enhorabuena.

^{82.2} *Por un formulario*, LL, 1996-C, 436, nota al fallo *War Car S.A.*, *supra*, n° 34, p. 99.

83. Cuatro muertes: trescientos pesos

Dujovne Mario Abel c/ Prefectura Naval Argentina,
CNFed CA, sala III, LL, 1998-B, 559

Sabido es que el exceso de punición configura un caso de arbitrariedad que torna inconstitucional la sanción. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la irrazonabilidad deviene de un exceso en menos, como en el presente caso? La solución es justa sólo si se la mira en el microcosmos del limitado marco normativo que invoca, pero deja un cierto sabor amargo que la reacción específica del derecho sea tan escasa, al punto de configurar una cierta falta de respeto a la vida humana. No se trata de pedir penas draconianas, como a veces oímos en el otro extremo, sino simplemente proporcionadas.

84. *Hábeas data*

Díaz Cisneros, CNFed CA, sala I,
LL, 1998-C, 372

El fallo reviste múltiple interés, primero porque es uno de los pocos de estos primeros tiempos de aplicación del *hábeas data* constitucional; segundo porque se confronta con la singular situación de que fueron codemandados tanto una entidad estatal como una entidad privada, ambas con bases de datos conte-

niendo un error de información. Una tomó el dato erróneo de otra, y un tercero se lo copió...

Es también de interés que la justicia, correctamente, no ha considerado que quepa eximir a las demandadas de las costas por el hecho por ellas invocado de que es una tercera entidad privada la que produjo la información falsa. El objeto de la presente acción es que la información errónea se rectifique, y no puede eximirse de costas quien tiene en sus bases de datos informaciones de carácter no veraz, porque aduzca que el dato no es de su propia cosecha sino que proviene de otros (en rigor, casi es mayor la responsabilidad del que copia, sin control, información falsa proveniente de terceros y la hace propia, que el que se equivoca la primera vez) .

En cualquier caso obviamente le cabe a quien arma una base de datos sobre terceras personas, asegurarse de que sus fuentes sean fidedignas y sus datos correctos. Si no lo logra le corresponden como mínimo las costas del juicio que su error en la fuente y su deficiente control ha hecho necesario, sin perjuicio del derecho que le pudiere asistir contra el proveedor originario de la información falsa.

En el juicio de daños y perjuicios que inevitablemente habrá de seguir a éste pensamos que la cuestión procesal es la misma, aunque el actor puede optar por demandar también al que primero originó la información falsa. Con todo, pensamos que no está obligado a ello, pues

el precepto constitucional le impone al titular de la base de datos de que se trate asegurarse que ella no contenga información falsa sobre los particulares.

El caso invita también a reflexionar sobre algunas cuestiones conexas. La primera es que sin perjuicio que la oficina pertinente calificó al juicio como “amparo ley 16.986”, según el sistema de caratulación vigente,¹ el tribunal prefirió en todo momento utilizar esa frase y sólo dijo que no es éste un proceso de conocimiento.

De tal modo, el tribunal correctamente evita referirse a la múltiplemente impropia frase “amparo ley 16.986”, que obviamente nada tiene que ver con el hábeas data.

Primero, la Sala, con expreso cuidado, omite en todo momento siquiera llamar “amparo” a la acción de hábeas data. Esa precisión debería llevarse más lejos, y modificar el régimen vigente, por un lado admitiendo como carátula en la lista de las Acordadas de la Cámara, la prevista constitucionalmente de “hábeas data”. Ya que está autorizada la “cautelar autónoma”, cuya fuente es pretoriana, bien estaría que se incluyeran todas las que tienen sustento constitucional o legal² expreso.

^{84.1} Ver LL, 1996-D, pág. 96. *El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy*, n° 39, *supra*, ps. 106 y ss.

^{84.2} También faltan carátulas para las acciones en defensa del usuario y el consumidor.

Segundo, también es interesante el fallo en no mentar tampoco a la supuesta “ley 16.986”, pues corresponde puntualizar varias cosas al respecto:

1°) No puede seguir llamándose “ley 16.986” a lo que es un manifiesto *decreto-ley* —o “así llamada ley”, en otra terminología— de un gobierno de facto. Se oponen a ello no sólo la correcta terminología y el buen gusto político, sino también el artículo 36 de la Constitución nacional, que hace casi apología del delito al dar un nombre *de jure* a un acto *de facto*.

2°) Como toda norma restrictiva de derechos, de lo cual el decreto-ley 16.986 se lleva las palmas, jamás puede aplicársela extensivamente. Es una cuestión demasiado clara como para que puedan caber dudas. Ya hace décadas LINARES aclaró que no existe analogía para aplicar restricciones procesales de derechos.³

85. El principio de la audiencia pública

Defensor del Pueblo de la Nación c. Secretaría de Comunicaciones, JFed. CA, n° 4.

LL, 1998-C, 395.

Un excelente fallo de primera instancia merece ser publicado antes de esperar su confirmación en segunda instancia, pues en 1998 cabe estar seguros de ella, después de la juris-

^{84.3} LINARES, JUAN FRANCISCO, *Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía*, LL, 54: 776.

prudencia de 1997. Tiene saber de buen derecho. Qué sabor nos dejará la Corte, es otra cuestión, para la cual no resta sino esperar. Pero mientras tanto, aunque sea lentamente, se va generalizando el cumplimiento del recaudo de la audiencia pública. Para muestra, nos remitimos a la que tramitáramos y consta en www.gordillo.com.ar

86. La ley 24.283 no admite preclusión ni límite temporal

Podestá, CNFed CA, sala I,
LL, 1998-D, 200

Tomando jurisprudencia civil y comercial, la Sala establece que la ley 24.283 puede invocarse hasta el momento del pago, no siendo obstáculo la cosa juzgada de la liquidación; la pretensión fundada en dicha ley es de articulación libre, y “no está sujeta a forma preclusiva alguna” ni “límite temporal alguno”. Son palabras de fuerte renosancia en el oído forense.

87. El Estado y sus órganos como demandados en los juicios en general y en el amparo por mora

Masily, CNFed CA, sala V, LL, 1998-D, 207

Este fallo resuelve, conforme antigua y pacífica jurisprudencia, que la demanda va diri-

gida contra el Estado nacional, no teniendo importancia cómo se precisa qué órgano del Estado es el que debe intervenir. El Estado tiene personalidad jurídica para ser demandado, sus órganos no.

Esta solución no debe ser confundida con otra adoptada por la misma Sala en materia de amparo por mora, en que se resolvió que en el amparo por mora el demandado es el órgano institución, no el Estado. ¹

88. Rechazo *in limine* de la acción de amparo: que sea excepcional, no normal

Muñoz Ricardo, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-E, 561.

El fallo revoca correctamente a otro de primera instancia que no había hecho sino seguir los últimos precedentes: rechazar *in limine* la acción de amparo. Dice que ello debe ser excepcional, no normal como la práctica lo indica salvo en materia de empleo público y decretos que reducen irrazonablemente los sueldos. ¹

^{87.1} *Fernández Vidal*, CNFed CA, sala V, LL, 1997-F, 288, con nota: *El órgano institución y no la persona Estado como parte demandada en el amparo por mora, supra*, n° 74, p. 163.

^{88.1} Hay que sumar, es cierto, los amparos contra la reestructuración telefónica, que están tramitando normalmente —no estamos llevando ninguno. Ahora bien, después de tanto desaguizado telefónico, era casi un *prius* para no descreer de la justicia.

Pero qué decir los litigantes del fuero, cuando pedimos, rogamos, tan sólo el traslado del amparo, que no lo rechacen *in limine litis* porque pensamos que la contestación de la administración vendrá a confirmar nuestro derecho, ya que sabemos que no tienen repuesta alguna válida.

Ya algunos, cuando hacíamos amparos, dedicábamos buena parte del escrito a pedir precisamente eso, traslado de la acción o pedido de informes.

Nada. Nos atendieron maravillosamente bien, miraron el escrito, lo estudiaron, nos escucharon, nos dijeron que tenían 20.000 causas en trámite y nos lo rechazaron *in limine litis*. En uno de los casos, ni apelar quiso nuestro cliente.

En otro el cliente pensaba que el asunto era “pan comido” (un extranjero con poca residencia en el país, obviamente), y aunque el fallo de Cámara —otra Sala que la que suscribe el presente fallo— confirmó el rechazo *in limine litis*, nos concedió el recurso extraordinario; que duerme el sueño de los justos en la Corte.

Mientras tanto la licitación ya se hizo —dicho sea de paso, la Sala nos dijo que el amparo no era para proteger el derecho de propiedad de las personas jurídicas en procedimientos licitatorios, que para eso estaba el juicio ordinario con pedido de medida cautelar—, el dinero se gastó, la dilapidación de fondos públicos se consumó, perdió la sociedad entera que debe-

rá soportar otro gasto incausado y excesivo, y el amparo será abstracto. ¿Es esto justicia?

Por eso el fallo retoma acertadamente la buena senda, pero hace falta paciencia china para vivir el adagio de que un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso. Los impacientes decimos: excelente primer paso, pero por favor apuremos el ritmo del acceso a la justicia o nos quedamos todos sin ella. Muy bueno el fallo, lástima que haya hecho falta dictarlo.

89. El incumplimiento del plazo del artículo 25 no puede resolverse de oficio

Chanapa, CNFed CA, sala V,
LL, 1997-E, 550

El fallo resuelve acertadamente que no puede el tribunal introducir de oficio la cuestión de si se ha excedido o no el plazo previsto por el artículo 25 del decreto-ley 19.549/72 para interponer la acción procesal administrativa.

Aclara que ello es así sea que se trate de una defensa o de una excepción, pues en cualquier caso la administración que la opone debe cumplir con los recaudos generales de los artículos 330 y 356 del CPCCN. Si no lo hace, la cuestión no puede ser tratada de oficio por el tribunal. En un retroceso, la CSJN resolvió lo contrario en *Gorordo* (nota 89.2, p. 188).

Fue otro pronunciamiento en la buena tendencia de abandonar los criterios de un “con-

tencioso administrativo” comparado, que nada tiene que ver con nuestro régimen procesal vigente en el orden nacional. ¹ Muestra también el camino para terminar con reliquias de esas épocas, como la “habilitación de la instancia”, que solo sirve para denegar justicia al administrado. ²

90. Acción declarativa de certeza para pedir la inconstitucionalidad de un Decreto

Muñoz, Guillermo Andrés, CNFed CA, sala V, LL, 1998-D, 210

Esta y otras causas de magistrados para la defensa de sus derechos, contra un decreto del Poder Ejecutivo, muestran cuál es la preferencia procesal de nuestros magistrados: no la acción de amparo que suelen rechazar, no el jui-

^{89.1} Como ha sido explicado de antaño en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *Parte general*, 1° ed., 1975 y reediciones, capítulo XIX y sus referencias; anteriormente, *Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina «lo contencioso-administrativo»)*, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, 1965-III, ps. 111 y ss.

^{89.2} Como lo hace la CSJN en GORORDO, LL, 1997-D, 714. Ver TORANZO, ALEJO, *Declaración de oficio de la caducidad de la acción contenciosoadministrativa. La Corte Suprema se aparta de sus antecedentes menguando su autoridad vertical*, LL, SupAdm, 29-X-99, ps. 10 a 30.

cio ordinario con medida cautelar que a veces nos recomiendan algunas salas en sus pronunciamientos, sino la acción declarativa de certeza, juicio abreviado de conocimiento que permite en estos autos pedir y obtener la declaración de inconstitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo nacional. Toca pues seguir el ejemplo, pero cautelosamente. Procesos de conocimiento abreviado como éste y los de la ley de defensa del consumidor, que no levantan tantas ásperas objeciones como el amparo, ni tampoco llevan a las calendas griegas del juicio ordinario, pueden ser el camino intermedio que corresponda andar en el futuro, sin perjuicio de intentar los amparos y las cautelares autónomas.

**91. Una historia que no cierra:
reparación histórica vs. *última ratio***

*Ceballos, CNFed CA, sala V,
LL,1998-D, 215*

La historia argentina progresa lentamente en los últimos años, pero muchos capítulos no cierran bien.

El pronunciamiento comentado no es la causa sino una consecuencia de ello.

Pues no se satisface el cumplimiento de la “reparación histórica” que comprometimos según el fallo (ante la instancia internacional de la CIDH, por solución amistosa de carácter

transaccional) ¹ con la reiteración de que la declaración de inconstitucionalidad es la *última ratio* del orden jurídico.

En verdad no debiera ser la *última ratio* nunca, pues si hay inconstitucionalidad debe primar el orden de jerarquía de las normas. Decir que la ley sólo por *ultima ratio* se declara inconstitucional no tiene mejor fundamento que decir —lo que nadie afirma— que el reglamento sólo como *ultima ratio* se declara ilegal, o el acto administrativo como *ultima ratio* antirreglamentario. ²

Pues la novedad, de que estos reiterados pronunciamientos no toman cuenta, es que la *prima ratio* es ahora el orden jurídico supranacional al cual nos sometimos y del cual somos o debemos ser fieles y honestos cumplidores, con la buena fe con que se respetan los pactos internacionales.

Cumplir las normas supra e internacionales y las transacciones *supra* e internacionales no

^{91.1} El tema se encuentra largamente explicado en el capítulo VI de GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, 5° ed., Buenos Aires, 1998. Con menor detalle, capítulos II y III de GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, 4ª edición, 1999; GORDILLO, *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, “La Ley Actualidad”, 17 de abril de 1990, reproducido en *Derechos Humanos*, cap. III.

^{91.2} Estas dos últimas afirmaciones bien podrían pasar como disparate en cualquier examen de derecho, ¿por qué entonces sigue circulando la primera ?

es la pues la última, sino la primera, *ratio* del orden jurídico.

Pero esto no es una crítica al fallo, sino a la falta de actualización de nuestra jurisprudencia al nuevo orden jurídico internacional y supranacional. Mientras tanto, el orden supranacional avanza, con la Convención Interamericana contra la Corrupción y en el orden interno con la ley 25.188 de ética en la función pública. Si no apuramos el paso, seremos el país con más resultados adversos en la CIDH, ¿queremos seguir el camino de la reprobación internacional? En el “nuevo orden internacional” las violaciones a los derechos humanos acarrearán sanciones financieras. No es un tema baladí.

92. La relación usuario-concesionario es de derecho público pues no hay libre elección del co-contratante

Becciu, CNFed CA, sala V,
LL,1998-D, 720

Este fallo es fundamental en cuanto destaca, como ya lo ha hecho la Sala en otros pronunciamientos, por ejemplo del 29-IV-97,¹ que

^{92.1} *Ferreira*, CNFed. CA, sala V, LL, 1998-D, 725, con nota *La competencia procesal administrativa en los litigios contra los prestadores de servicios públicos privatizados*, *infra*, nota n° 95, p. 195.

es la falta de libre competencia, por ende el monopolio legal, lo que da la nota distintiva del régimen jurídico de derecho público aplicable a la relaciones entre concesionario y usuario. Lo cual es como decir que la nota distintiva del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico es el monopolio.²

Se trata de una distinción fundamental a tener en cuenta ahora que se acerca la libre competencia en materia de telecomunicaciones. Como el dominio público, que no es tal por su naturaleza o por su esencia,³ sino por expresa

^{92.2} GORDILLO, *Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos*, en LL, 106:1187, año 1962, reproducido en *Estudios de derecho administrativo*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1963; abandonado en *Derecho administrativo de la economía*, Macchi, Buenos Aires, 1996 y obras posteriores; retomado en *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 3° ed., Prólogo y t. 2, 3ª ed., 1998, cap. VI.

^{92.3} Una infantil divagación de la mente nos hacía creer de chicos que las montañas eran como los mares, las playas, los bosques, los cursos de agua. Debimos estudiar dominio público para aprender que las aguas son públicas, los mares también, las playas igualmente, pero **no** todos los bosques, ni **nunca** las montañas: caso por caso, había que consultar la ley y no la “esencia” percibida por el niño, el adulto o el maestro. Por eso JOAQUÍN V. GONZÁLEZ podía hablar no sólo con poesía sino también con propiedad de “*Mis montañas*”. Lo mismo ocurre con los servicios públicos: inútil desgañitarse con sus fines, su esencia, o lo que fuere: lo es por determinación de la ley, que no se trata de la mera “calificación legal” como en el dominio público, sino que requiere todo un régimen de derecho público que solamente tiene sustento fáctico cuando hay monopolio legal. Cuando existe li-

disposición de la ley (MARIENHOFF), así también el servicio público lo es cuando tiene un régimen legal propio de un monopolio, o sea **no** cuando se presta en libre competencia, caso en el cual un régimen totalmente de derecho público no tendría más razón de ser que con una panadería, librería, carnicería, etc.

93. Los hechos del caso

Gamas, CNFed CA, sala V,
LL, 1998-D, 721

Quienes practicamos o enseñamos derecho tratamos de explicarles a los que expresan con su inscripción en algún curso que quieren aprender *derecho*,¹ que lo más importante es el minucioso trabajo con *los hechos y la prueba del caso*. Sin una adecuada percepción de ellos todo lo demás viene mal por añadidura.² La

bre competencia, la regulación de derecho público tiene menos sustento. Fundamental el fallo al destacarlo, y no por primera vez en la jurisprudencia de la sala.

^{93.1} No ignoramos que esta es, a su vez, una errónea percepción de los hechos: quien se inscribe en un curso de derecho normalmente quiere recibir un diploma, no realmente aprender. Pues aprender se logra sólo trabajando, haciendo, creando.

^{93.2} Al respecto puede verse GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 5ª ed., 1998; *Derechos Humanos*, 4ª ed., 1999, guías de lectura a los casos “Exploradores de Cavernas” y “Cine Callao”, en particular.

inversa no es cierta, sin duda, pero quien no percibe bien los hechos del caso no puede jamás resolverlo bien.

En tal sentido, el presente caso es clarísimo y hasta dramático en señalar que no debe confundirse la hipoacusia de un piloto profesional con la amputación de una pierna a un menor de 16 de años mediante disparos de ametralladora. De allí en más, el derecho fluye clara y nítidamente. Debiera leer el fallo, pues, todo el que quiere aprender derecho. Categoría que incluye necesariamente al que ya lo conoce, pues el conocimiento y la formación son infinitos y siempre cambiantes.³

94. La falta de “habilitación de instancia” se precluye

Ulloa, CNFed CA, sala V,
LL, 1998-D, 722

Entre otros temas el fallo destaca que no puede plantearse la improcedencia de la habilitación de instancia luego de contestada la demanda. Está bien resuelto, pero quizás la cuestión mayor sea que la habilitación de instancia es una institución de los códigos llamados contencioso administrativos provinciales que

^{93.3} Ello, si se quiere evitar la obsolescencia personal con que amenazan estos tiempos: GORDILLO, *Parte general*, t. 1, *op. cit.*, cap. IV *in fine*.

no existe en el CPCCN. Por eso la práctica jurisdiccional más reciente, abandonando cada vez más aquella vieja asimilación de derecho público comparado provincial,¹ no suele mentar ya esta institución ajena a nuestro Código.

De todos modos, la reciente tendencia bonaerense y capitalina a dictar códigos, más el cambio de gobierno, tal vez arrastre... ¡El Nuevo Código Contencioso Administrativo de la Nación!

**95. La competencia procesal
administrativa en los litigios contra los
prestadores de servicios públicos
privatizados**

*Ferreyra, CNFed CA, sala V,
LL, 1998-D, 725*

En los comienzos de la aplicación del régimen jurídico de los servicios privatizados en condiciones de monopolio, algunos juicios de los usuarios contra los prestadores tramitaron sin óbice por ante los tribunales civil y comercial federales. Existen diversos pronunciamientos en los cuales dichos tribunales asumieron tal competencia.

^{94.1} GORDILLO, *Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina «lo contencioso-administrativo»)*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1965-III, ps. 111 y ss., reproducido en *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 3ª ed., 1998, caps. XIII y ss.

Sin embargo, era obvio para quienes se dedican al derecho administrativo que la competencia era la procesal administrativa y no la civil y comercial, y es así como progresivamente es ante este fuero que se van tramitando causas de esta naturaleza.

Este pronunciamiento de la Sala V se encarga de ponerlo adecuadamente en negro sobre blanco y corresponde su cuidadosa lectura para no repetir equívocos del pasado reciente.

96. Problemas filosóficos de la responsabilidad del Estado, hoy y mañana

Janeiro de Giorgi, CNFed CA, sala I,
LL, 1998-E, 523

En este interesante fallo confluyen la dogmática jurídica y el iusnaturalismo ¹ empleados por el juzgador, frente a la ausencia del

^{96.1} Un fundamento de justicia natural no expuesto en el fallo es que el Estado, al no remunerar adecuadamente a sus agentes de seguridad, les obliga a completar sus ingresos con trabajos en empresas privadas, las cuales a su vez no les ofrecen niveles de remuneración del mercado para seguridad privada porque computan y descuentan *ex ante* el sueldo público. Pareciera que es hora de resolver esta madeja administrativa, y la solución no ha de ser otra que establecer tasas diferenciales de seguridad para quienes requieran mayor tutela defensiva de parte del Estado, y remunerar más adecuadamente a dichas fuerzas de seguridad interior.

análisis de la jurisprudencia de intereses en materia de responsabilidad del Estado.² Pues cabe preguntarse si el hecho de que el agente estuviera trabajando particularmente para una empresa privada en tareas de custodio y pagador, sin autorización de sus superiores, genera responsabilidad del Estado o en su lugar del comitente. Dicho en otras palabras, si bien es justo que los derechohabientes del policía alevosamente muerto tengan una reparación pecuniaria, es dubitable si al estar trabajando en funciones privadas esa reparación debe caer en cabeza de la sociedad entera *o de la empresa en la cual prestaba servicios*. El problema no reside en que deba indemnizarse, sino en quién debe hacerlo en primer lugar. El tema es muy complejo. La solución es justa para la parte actora, e invoca un argumento de dogmática jurídica cual es que el policía está permanentemente en servicio.³ Pero no tiene en

^{96.2} Tres corrientes de interpretación del derecho que pueden estar presentes en la resolución de cualquier caso jurídico, y cuya utilización modifica el resultado de la sentencia, como se demuestra en *El caso de los exploradores de cavernas*, en GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, 4ª ed.

^{96.3} Invocando la “especial sujeción”. Ha sido analizada, por PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *La categoría de las relaciones especiales de sujeción*, y SALOMONI, JORGE LUIS, *La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino*, en GUILLERMO A. MUÑOZ y JORGE L. SALOMONI, directores, *Problemática de la administración contemporánea*, editorial Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1997, respectivamente ps. 131 y ss., 151 y ss.

cuenta aquel razonamiento que hizo una jueza de primera instancia al fijar una sanción conminatoria baja al Estado. Al fin de cuentas la vamos a pagar entre todos. La pregunta final, entonces, es si el nexo causal de responsabilidad termina con esta imputación a la Policía Federal o debe trasladarse al empleador privado.

Ya que el fallo al condenar al Estado no entra en esta cuestión de la responsabilidad del comitente directo, nos parece que la Policía Federal Argentina, que se opuso al reclamo, debiera ahora ejercer la acción de *in rem verso* contra la empresa privada.

97. Amparo por mora contra el Poder Ejecutivo nacional

Wolcken, CNFed CA, sala V,
LL, 1998-E, 539

En este fallo se trata del plazo para que el Poder Ejecutivo resuelva un recurso de reconsideración, dictando el pertinente decreto.

El plazo de diez días fijado en 1^{ra} instancia, es elevado por la Sala a treinta días en atención al destinatario.

Merece destacarse la interlínea: el amparo por mora procede contra cualquiera de los poderes del Estado, inclusive en su máxima jerarquía, y en el caso de los Poderes Judicial y Legislativo solamente cuando actúan en ejercicio de función administrativa. Queda también dicho, con ello,

que es viable también contra los actos de autoridades independientes, como la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la Nación.

Queda así sin efecto aquel temible precedente de cuando un Juez Federal de 1° instancia dio traslado a la Corte Suprema de un amparo por mora iniciado por un agente de aquélla. Por toda respuesta, la Corte Suprema ¡apercibió al Juez!

Después vinieron tiempos peores, con lo cual es bueno recordar aquellas famosas palabras según las cuales la tiranía debe ser ahogada en ciernes, antes de que sea demasiado tarde.¹ No es que estemos ante una situación límite, pero es bueno de cualquier manera dejar siempre bien en claro que no existen inmunidades del poder.²

^{97.1} MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, FCE, México, 1960, p. 137, p. 168: "...una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura; hay que ahogarla en ciernes, lo cual requiere un nivel nuevo, hasta ahora desconocido, de atención alerta por parte del pueblo, que habrá de estar en guardia ante los peligros que amenazan a la sociedad por parte del personal, las técnicas y las estrategias de los grupos usurpadores". En igual sentido WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, ps. 85 a 86.

^{97.2} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1979, y sus conclusiones de ps. 97/99.

98. La falta de audiencia por el concesionario o licenciatario

Frade c. Metrogas, CNFed CA, sala III LL, SJDA, 27-XI-98, p. 41.

Es ésta una variante de otro supuesto en que la jurisprudencia resuelve con entera corrección que las prerrogativas del poder público no alcanzan ni son extensibles a los concesionarios y licenciatarios.

Ya había declarando la inaplicación a los concesionarios y licenciatarios de los privilegios administrativos como condición para demandarlos. Ese fue un paso tan obvio como trascendental. En el presente caso, se resolvió también muy correctamente que no se sana la indefensión —que el concesionario o licenciatario infligió a terceros sometidos a él— con la ulterior intervención judicial. Es una correctísima solución, que demuestra de paso la injusticia de la solución opuesta en el caso de la administración.

No compartimos la solución “saneadora” cuando se trata de la administración pública. Creemos que la forma de resolver este caso debiera también aplicarse a ella. Ambos son situaciones análogas de abuso de poder y necesaria limitación al poder, como explicamos en el cap. IX del t. 1, que hemos no casualmente denominado “Las funciones del poder” en sus-

titución del antiguo título “Las funciones del Estado”.

99. Un mínimo de actividad probatoria

ADECUA C. ENARGAS, CFed. Mar del Plata, LL, sala IV, SJDA, 27-XI-98, p. 42.

Este fallo tiene consideraciones muy importantes, por ejemplo, al no exigir la inscripción en un registro especial para reconocer la legitimación de las asociaciones en los derechos de incidencia colectiva.¹ Es también una advertencia para que los “recursos directos” interpuestos para impugnar judicialmente una tarifa de servicios públicos tengan “un mínimo” de actividad probatoria para permitir su revisión.² Es fundamental la reiteración de que los derechos de incidencia colectiva pueden defenderse por el amparo y las demás vías procesales.³

Insistimos hasta el hartazgo, en la Facultad, en la necesidad de producir prueba suficiente y adecuada. Este fallo lo vuelve a demostrar, casi con enojo, pues sus nobles y rec-

^{99.1} GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, 3^o ed., 1998, cap. III, *El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva*.

^{99.2} Ver el cap. I, *La prueba de los derechos*, en la obra citada en la nota anterior.

^{99.3} Sumarísimo; sumario; ordinario; recursos directos; acción de la ley 24.240.

tos principios no pueden, claro está, sustituir *in totum* la actividad probatoria de las partes.

100. Control de razonabilidad

Cipriano, CFed. Mar del Plata
LL, SJDA, 27-XI-98, p. 59.

Es éste un excelente fallo de control de la razonabilidad administrativa, que no utiliza los errores *obiter dicta* de algunos fallos que parecieran no querer controlar sino la arbitrariedad “manifiesta”; además ordena a la Administración dictar el único acto posible justo y razonable; estamos allí en el campo de lo que la doctrina española denomina “discrecionalidad cero”.¹ Es una pieza clave de todo lo mucho que debe cambiarse en materia de control judicial de la administración pública, que hemos resumido en los diez puntos contrales del cap. *Introducción*, en la 4° ed. de nuestro libro *El acto administrativo*, t. 3 del *Tratado de derecho administrativo*. El fallo nos parece un adecuado cierre a estas notas de AGUSTÍN, coincidiendo por lo demás con un quinquenio de notas y el fin del año 1998.

Esperemos que sea un buen augurio.

^{100.1} FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *De la arbitrariedad de la Administración*, segunda ed., Civitas, Madrid, 1998. Conviene ver también, del mismo autor, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998.