

CAPÍTULO XIV

LA PROTECCIÓN JUDICIAL. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO ("LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO")

SUMARIO

1. Dificultades del tema XIV-1 / 291
2. Confusión entre "lo contencioso-administrativo" y el "derecho procesal administrativo" XIV-2 / 292
3. El "contencioso-administrativo" clásico y el derecho procesal administrativo actual XIV-4 / 294
4. La cuestión en las Provincias XIV-6 / 296
5. En el ámbito nacional XIV-6 / 296
6. Estado actual del problema..... XIV-6 / 296
7. "Plena jurisdicción" y "anulación" en el orden nacional XIV-7 / 297
8. Diferencias entre "plena jurisdicción" y "anulación" XIV-8 / 298
9. El traspaso del "recurso de plena jurisdicción" y del "recurso de anulación" al ámbito nacional..... XIV-10 / 300
10. Confusión entre "plena jurisdicción" y "anulación" en el orden nacional XIV-11 / 301
11. Confusión entre el sistema americano y el francés XIV-12 / 302
12. Confusión entre el "contencioso-administrativo" provincial y el derecho procesal federal..... XIV-13 / 303

Capítulo XIV

LA PROTECCIÓN JUDICIAL. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO ("LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO")¹

1. Dificultades del tema

El tema de "lo contencioso administrativo" en el orden nacional se halla plagado de confusiones y oscuridades, por una serie de causas, y no es posible ubicar con facilidad cuál sea su verdadera naturaleza y estructura actual; como dice un autor, "se ha producido en determinados períodos de la evolución de nuestra ciencia del derecho administrativo tan tremenda confusión a este respecto, que todavía las oscuridades, desprendidas de todos los errores (y horrores) que se han difundido, desorientan y pierden no sólo a los estudiantes y profesionales poco ilustrados sobre el punto, sino a jueces y profesores..."²

La doctrina más tradicional, cuando trata del tema, suele referirse en forma general a los caracteres que "lo contencioso administrativo" tiene *en teoría*, to-

¹ BOSCH, JORGE TRISTÁN, "Lo contencioso-administrativo y la Constitución Nacional," *LL*, 81: 830 y ss.; LINARES, JUAN FRANCISCO, "Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal," *LL*, 94: 919 y ss.; del mismo autor, "Lo contencioso-administrativo en la provincia de Buenos Aires; "La deformación jurisprudencial de un código," *LL*, 96: 852 y ss.; FIORINI, BAROLOMÉ, *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, 1965; del mismo autor, "Sistema y crítica del código contencioso-administrativo de la provincia de Buenos Aires," *LL*, 96: 829 y ss.; ídem, "La crisis del contencioso-administrativo," *LL*, 107: 1168 y ss.; GORDILLO, AGUSTÍN, "Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina "lo contencioso-administrativo")," *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, p. 111 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1964, 12ª ed.; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed.; GLEIJESE, AMEDEO, *Profilia sostanziali del processo amministrativo*, Nápoles, 1962; ORIENT, RAYMOND, *Contnticux administratif*, París, 1958; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957; DÍAZ PELUFFO, ZOLA, *El recurso contencioso administrativo*, Montevideo, 1960; JIRÓN VARGAS, ENRIQUE, SERGIO MERY BRAVO y ALEJANDRO SARIC PAREDES, *Lo contencioso-administrativo*, Santiago de Chile, 1959; BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963; COLOMBRES, RENÉ GASTÓN, *Teoría general del recurso por exceso de poder*, Tucumán, 1941; LESSONA, SILVIO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1955.

² BOSCH, JORGE TRISTÁN, "Lo contencioso-administrativo y la Constitución Nacional," *LL*, 81: 830, 832.

mando como base para ello en parte la doctrina francesa y española pertinente, y en parte la legislación de los códigos “contencioso administrativos” provinciales; poco lugar hay en esa doctrina para explicar la situación real, positiva, en el ámbito nacional, y no pocas veces da la impresión de que aquella teoría general sea realmente la aplicable entre nosotros.

La doctrina más moderna³ ha hecho numerosos aportes al tema, los que son en general esclarecedores acerca de la realidad del problema en el orden nacional, prescindiendo de la doctrina franco-española clásica y de los códigos o las viejas doctrinas argentinas construidas sobre todos ellos, pero la lectura de estos trabajos más modernos no aclara automáticamente las cosas para el que se inicia por primera vez en el tema, porque entre ellos mismos existen ciertas discrepancias, que no permiten sin embargo situarlos en concepciones totalmente opuestas.

Por su parte, la jurisprudencia en cierto modo oscila entre ambos extremos: Alguna vez se ha remitido a la doctrina más antigua; otra se ha acercado a soluciones más acertadas, pero sin definirse claramente por ellas. En lo que se refiere a la legislación, originalmente clara en la ley 50 y otras leyes antiguas, fue poco a poco usando términos por lo menos imprecisos y casi seguramente incorrectos, con lo que arrojó aún mayores dificultades a un tema de por sí oscuro.

2. *Confusión entre “lo contencioso-administrativo” y el “derecho procesal administrativo”*

Por de pronto, debe cortarse de raíz y de una buena vez la confusión terminológica que significa hablar de “lo contencioso-administrativo,” ya denunciada suficientemente,⁴ y sustituirla por la denominación correcta, que es “derecho procesal administrativo.”⁵ Ambas expresiones significan en principio lo mismo, en cuanto se refieren a contiendas sobre derecho administrativo que se ventilan ante los estrados judiciales,⁶ pero existen múltiples razones para reemplazar los términos.

El vocablo “contenciosoadministrativo” tuvo su origen en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser *órganos de la propia administración* que resuelven los litigios entre ella y los administrados,

³De entre la cual se distinguen por sus aportes al tema Juan Francisco Linares, especialmente en su artículo “Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 919; JORGE TRISTÁN BOSCH particularmente en su artículo citado en la nota anterior, y BARTOLOMÉ A. FIORINI, en su libro *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, 1965.

⁴Entre otros, BOSCH, artículo citado, p. 842; FIORINI, “La crisis del contencioso-administrativo,” *LL*, 107: 1168 y ss., 1173.

⁵La doctrina moderna se inclina cada vez con mayor fuerza por esta terminología. Así GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 104 y ss., p. 125 y ss.; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 347 y ss.; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.

⁶Esto es así en nuestro país, con sistema “judicialista.”

sin revisión judicial posterior. Es de destacar que en el concepto francés de la división de los poderes, la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración Pública, siendo ésta la que debe decidirlos en última instancia y por sí sola. En cambio, en nuestro sistema y en nuestra interpretación de la división de los poderes no puede negarse a los habitantes el acceso a una instancia judicial propiamente dicha, siendo inconstitucional precisamente el que la administración pretenda ejercer funciones propias de los jueces.⁷

A pesar de esta diferencia estructural entre el sistema francés y el nuestro, el término “contencioso-administrativo” pasó a usarse también entre nosotros con referencia a los litigios *judiciales* en materia administrativa. Ello es impropio, atento a que los litigios entre los particulares y la administración no se resuelven ni podrían resolverse en forma definitiva por tribunales de la propia administración⁸, por lo que la terminología francesa, que evoca el sistema opuesto, resulta manifiestamente inapropiada para referirse a éste.

Por lo demás, y como señala BOSCH, el empleo de la expresión lo contencioso-administrativo” es errado si con ello se pretende “hablar de jurisdicción o de proceso, porque ambos vocablos ya indican, de por sí, que estamos en presencia de una actividad de naturaleza jurisdiccional. Sería por lo menos superfluo interponer la palabra «contencioso» entre las de «jurisdicción administrativa» o «proceso administrativo.» A nadie se le ocurriría decir jurisdicción contencioso civil o jurisdicción contencioso penal, proceso contencioso civil o proceso contencioso penal. (O laboral o lo que fuere.)” “Pareciera que tampoco para denominar al órgano especial que ejerce jurisdicción administrativa. Con decir juzgado o cámara o sala «en lo administrativo» es suficiente; como lo es también decir juzgado «en lo civil,» cámara «en lo penal,» etc. No quiera creer que a alguien podría ocurrírsele por ello que en aquel juzgado o tribunal puede hacerse administración y no justicia.”⁹

A nuestro juicio, debe hablarse de “derecho procesal administrativo” y “proceso administrativo;” y para diferenciarlo del trámite ante la Administración Pública, llamaremos a este último “procedimiento administrativo,” eliminando con referencia al mismo la aplicación tanto del término “proceso” como “derecho procesal.”¹⁰ El “procedimiento administrativo” será así una parte del *derecho administrativo* que estudiará las reglas y principios que rigen la intervención de los

⁷ Sobre este aspecto de la división de los poderes en Francia y en otros países, ver BOSCH, “El origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes,” en *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1945-I, p. 91 y ss.; LINARES, artículo citado, p. 919; FIORINI, artículo citado, p. 1171 y ss.

⁸ Ello se funda en los artículos 18, 95 y 100 de la Constitución Nacional, como lo señalan los autores citados y lo explicamos también en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1956, 2ª ed., p. 101 y ss., y en *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 18 y ss.

⁹ BOSCH, artículo citado, *LL*, 81: 841.

¹⁰ El fundamento de esta terminología lo explicamos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, p. 3 y ss.

interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa;¹¹ el “derecho procesal administrativo,” como su nombre lo indica, se referirá entonces exclusivamente a los litigios judiciales sobre cuestiones de derecho administrativo; es una parte del *derecho procesal*, no del derecho administrativo, del mismo modo que el derecho procesal civil es parte del derecho procesal y no del derecho civil.¹² La expresión “lo contencioso-administrativo,” por su parte, quedará eliminada y sustituida por la denominación “derecho procesal administrativo,” más técnica y ajustada a nuestra realidad positiva.

3. *El “contencioso-administrativo” clásico y el derecho procesal administrativo actual*

Sin embargo, un cambio de denominación no siempre produce el cambio de la ideología subyacente en la denominación anterior. Toda la doctrina del “contencioso administrativo” tradicional ha sido estructurada como parte del derecho administrativo tradicional, y como tal adolece de sus mismos vicios clásicos: Desmedida atribución de facultades a la administración, limitación extrema de la revisión jurisdiccional de sus actos, autoritarismo, etc. Esa ideología tradicional se manifiesta en una larga serie de “principios,” “teorías,” etc., de la más diversa naturaleza, pero de igual filiación: Teoría de los actos de gobierno, de los actos o facultades discrecionales, de la discrecionalidad técnica, de las facultades reservadas de la administración, etc.¹³

Todos estos conceptos teñidos de autoritarismo y de negación de la división de los poderes y por lo tanto en último análisis de negación de la libertad humana, están hoy en día para gran parte de la doctrina consciente del trasfondo político

¹¹ Es la definición que damos en *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 23. Para otros conceptos, ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 57 y ss.; BETTERMANN, KARL AUGUST, “Das Verwaltungsverfahren,” en *Veroffentlichungen der vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 17, Berlín, 1959, pp. 121-2.

¹² Para dar una idea de lo variada que es la terminología y los desentendimientos a que puede dar lugar, podemos recordar aquí que SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 463, y BERGAITZ, MIGUEL ANGEL, “Proceso q procedimiento contencioso-administrativo,” *Revista de Administración Pública*, n° 44, Madrid, 1964, p. 121 y ss., hablan de “derecho procesal administrativo” no para referirse a la rama del derecho procesal que se refiere a los litigios judiciales en materia administrativa, sino precisamente a la inversa, para denominar a la rama del derecho administrativo que estudia el procedimiento a seguirse ante la propia administración pública. Si bien desde un punto de vista gramatical ello pudiera parecer tan Lógico como hablar de “derecho penal administrativo,” es en realidad totalmente opuesto a la forma usual en que se utiliza la expresión “derecho procesal:” Si hablamos de “derecho procesal civil,” “derecho procesal penal,” etc., para referirnos a ramas del derecho procesal y no del civil o penal, es ilógico que pretendamos hablar de “derecho procesal administrativo” para referirnos no a otra rama del derecho procesal sino a una rama del derecho administrativo.

¹³ Sobre la filiación política e histórica de estas teorías, ver CERDA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos),” *Revista de Administración Pública*, n° 38, Madrid, 1962, p. 159 y ss. Por lo que se refiere al planteo político mismo del problema general, no remitimos a lo dicho en *Introducción...*, *op. cit.*, p. 33 y ss.

del tema, en crisis. Así como se habla, en los temas particulares, de crisis de la noción de poder de policía,¹⁴ de la supresión de la teoría de los actos de gobierno,¹⁵ de la eliminación de la discrecionalidad técnica,¹⁶ de la negación de las facultades jurisdiccionales de la administración,¹⁷ todo en frontal oposición a las doctrinas antiguas,¹⁸ también ha llegado a plantearse, como era necesario, la “crisis del contencioso-administrativo.”¹⁹

Sin embargo, siempre ha sido más lenta y difícil la lucha por conseguir las libertades que el proceso de perderlas, y así es como el que la doctrina señale la crisis actual del “contencioso-administrativo” y destaque que ni siquiera cabe emplear tal denominación (que pudiera sugerir a espíritus desprevenidos la admisibilidad de soluciones extrañas), sino de derecho procesal administrativo (lo que sugiere ser parte del proceso, del *Rechtsprozess o due process of law*: Lo ordenado, lo justo, lo razonable), no ha sido suficiente para que se abandone completamente la orientación antigua y se tome la presente.

Por eso, lamentablemente, esto que ahora reconocemos como “derecho procesal administrativo,” parte del derecho procesal que se refiere a contiendas de derecho administrativo, pero derecho procesal al fin, no alcanza a tener la fuerza de principios y convicciones propias. Tributario mental del derecho administrativo antes que del derecho procesal, busca las soluciones a sus dudas en el viejo “contencioso administrativo” y no en el derecho procesal, y por ello se va estructurando insensiblemente sobre los mismos moldes clásicos de aquél.²⁰

¹⁴ Ver nuestro artículo “La crisis de la noción de poder de policía,” en el libro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, cap. I, algunos de cuyos enunciados reiteramos *supra*, cap. X.

¹⁵ Ver nuestro trabajo *El acto administrativo. (Noción. Nulidades Vicios. Los actos de gobierno)*, *op. cit.*, p. 11 y ss.; FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 245 y ss.; *supra*, cap. IX, n° 10 y ss.

¹⁶ Ver LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 275; DIEZ, MANU L MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 113; ALESSI, RENADO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145; nuestro libro *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 319 y ss., y *supra*, cap. VIII, n° 4, ap. 4°.

¹⁷ Ver FIORINI, BARTOLOMÉ, “Inexistencia del acto jurisdiccional de la Administración,” *LL*, 101: 1027; nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 101 y ss.; *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 319 y ss., y *supra*, cap. II, n° 5.

¹⁸ De las cuales el exponente clásico fue BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1957, 5° ed., p. 173 y ss.

¹⁹ Así FIORINI, “La crisis del contencioso-administrativo,” *LL*, 107: 1168; también BOSCH, artículo citado en la nota 1.

²⁰ Comp. FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 11 y ss., quien hace una reseña de algunos de los clásicos errores del derecho administrativo del siglo pasado y comienzos del presente, que se han trasladado por inercia al contencioso-administrativo, y de allí a algunos autores que los aplican a la revisión judicial nacional de los actos administrativos. Según lo veremos más adelante, gran parte de las confusiones actuales tiene esta fuente común, por la influencia que tales autores han tenido a su vez sobre la jurisprudencia.

4. *La cuestión en las Provincias*

Algo de culpa y algo de justificación tienen en este proceso desviatorio las provincias argentinas: Aquellas que han dictado, antaño u hogaño, “códigos de lo Contencioso-administrativo,” tienen la culpa de haber puesto en esos códigos preferentemente los aspectos negativos del “contencioso-administrativo” clásico (exclusión del recurso respecto de: La discrecionalidad técnica, los actos de gobierno, las facultades discrecionales en general, etc.), olvidando incorporar sus aspectos positivos: Celeridad y gratuidad del proceso, efectivo control de la desviación y el exceso de poder, protección efectiva del interés legítimo, etc.²¹ Tienen, luego, la justificación endeble de que por tener tales códigos, mal podían hacer funcionar en la práctica un auténtico derecho procesal administrativo, y así es como la protección judicial es claramente insuficiente.²²

Sólo una profunda revisión de los supuestos constitucionales de la división de los poderes, y por cierto una total renovación de tales códigos, puede ahora poner las cosas en su punto.

5. *En el ámbito nacional*

En el ámbito nacional ninguna justificación puede encontrarse para incurrir en similares defectos y desviaciones: Sin la rémora de un código “contencioso-administrativo” cargado de principios superados, los tribunales nacionales y el legislador nacional han tenido la oportunidad de estructurar un derecho procesal administrativo justo y equilibrado. Sin embargo, ha sido un factor muy negativo para que ello se lograra, la oscuridad que siempre ha rodeado al tema; oscuridad que es fruto, en gran parte, de la excesiva influencia que ha tenido entre nosotros la doctrina francesa del “contencioso administrativo,” a pesar de las diferencias estructurales que separan a nuestro sistema del francés en cuanto a la división de los poderes.

6. *Estado actual del problema*

Punto indispensable de partida para toda posible solución es, sin duda, aclarar cuál es el estado actual de la materia: El control judicial de los actos administrativos en el orden nacional, ¿pertenece al “contencioso-administrativo” clásico, al derecho procesal administrativo, o al derecho procesal común? ¿Dónde corresponde realmente ubicarlo en la realidad?

La respuesta más simplificada podría ser la siguiente:

²¹ Puede verse sobre este punto FIORINI, *Qué es el contencioso*, op. cit., p. 11 y ss., 211 y ss.; también ARGANARÁS, MANUEL J., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 43 y ss.

²² Por si ello fuera poco, la jurisprudencia a veces ha deformado más, de hecho, los principios de tales códigos, como lo señala con acierto LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso-administrativo en la Provincia de Buenos Aires: La deformación jurisprudencial de un código,” *LL*, 96: 852 y ss.

1º) Salvo los procedimientos especiales, la impugnación de los actos administrativos en sede judicial se efectúa a través de los *medios procesales comunes*: *Trátase pues de una acción que se instaura contra la Nación, de una demanda ordinaria, y no de un “recurso” “contencioso-administrativo.”*

2º) El tribunal que conoce de tales acciones se llama “de lo Contencioso administrativo,”²³ pero esta denominación, si bien deriva de la ley, es superficial y se presta a equívocos, ya que *tales jueces integran el poder judicial con las mismas condiciones y atribuciones que los demás jueces*, y están organizados de igual forma,²⁴ sólo que con competencia distinta.

3º) El procedimiento es en esencia el del *derecho procesal común*, que será, según los casos, el federal (la ley 50) o el ordinario (el código de Procedimientos civiles de la Capital Federal); existen, con todo, algunas modificaciones surgidas de leyes especiales (por ejemplo la ley 3952 de demandas contra la Nación) o de interpretaciones jurisprudenciales: Estas modificaciones le dan un carácter peculiar *sin confundirlo*, sin embargo, *con el “contencioso-administrativo” provincial o extranjero.*

4º) Existen algunos “recursos” especiales (típicamente “recursos de apelación”), con algunas particularidades propias, pero que no se apartan demasiado del sistema salvo en lo que respecta a la revisión judicial, que es en algunos casos más limitada.

Esta aparente simplicidad, sin embargo, se complica en gran medida al ir analizando los aspectos parciales del sistema y al tratar de ubicarlo en su conjunto; no debe por ello tomársela más que como una introducción al estudio del tema. En lo que sigue trataremos de explicar la fundamentación de la primera conclusión, y las confusiones que al respecto pueden producirse y de hecho se han producido en algunos casos concretos.

7. “Plena jurisdicción” y “anulación” en el orden nacional

Uno de los más perjudiciales errores en que se puede incurrir en esta materia es no advertir que toda la teoría del “contencioso-administrativo,” vertida a los recursos de plena jurisdicción y de ilegitimidad o anulación, es en principio extraña a nuestro sistema y *no existe en el orden nacional*. En particular, debe advertirse que si bien existe la acción ordinaria contra la Nación y algunos recursos especiales contra ciertos actos administrativos, ambos se asemejan en todo

²³ Desde luego, no se trata del único, pues la competencia respecto a la revisión judicial de los actos administrativos se distribuye irregularmente entre distintos tribunales, por obra de la legislación.

²⁴ O sea, con juzgados federales de primera instancia con competencia en “lo contencioso-administrativo,” iguales a los otros con competencia en lo civil y comercial o penal; y con una Cámara Federal que, además de las otras salas con competencia diversa, tiene una Sala en lo Contencioso Administrativo. No existe pues diferencia alguna en este punto.

caso al “recurso de plena jurisdicción” y no al “recurso de anulación:” *No existe en el orden nacional equivalente alguno al recurso de ilegitimidad o de anulación.*²⁵ Lo importante del error es que por no advertirlo pueden a veces aplicarse, al procedimiento que existe (semejante en todo caso al de plena jurisdicción), *principios del que no existe.*

Concretamente, los puntos de confusión en relación a tales recursos serían en nuestro concepto los siguientes:

1º) No advertir que a pesar de que algunos libros o fallos hablen de ellos en el orden nacional, *la legislación no los contempla en absoluto, y por lo tanto no existen ni con tal nombre ni con tales características.*

2º) No advertir que lo que existe es la *acción ordinaria, en juicio común contra la Nación o sus entes autárquicos*, de acuerdo a la ley de demandas contra la Nación (3952 y 11.634) y bajo el régimen de la ley 50 ó en otros casos del Código de Procedimientos Civiles de la Capital Federal.

3º) No hallar la relación o semejanza que existe entre el “recurso de plena jurisdicción” que conoce el derecho comparado y la teoría, y la acción ordinaria contra la Nación de nuestro derecho positivo. Con todo, aunque esta última se asemeja en algunos aspectos con el “recurso de plena jurisdicción,” *no es él ni se identifica con él.*

4º) No hallar la profunda *diferencia* existente entre el otro recurso del derecho comparado, el recurso de anulación o de ilegitimidad, en relación a la acción ordinaria contra la Nación y otros recursos que otorguen leyes especiales en el orden nacional argentino. Tanta las acciones ordinarias, como los llamados “recursos,” que otorgan leyes especiales contra los actos administrativos, no tienen ninguna semejanza con tales “recurso de anulación” o “recurso de ilegitimidad,” *ni se le pueden entonces aplicar sus principios.*

Para apreciar más concretamente estos problemas, se hace necesario recordar cuáles son las diferencias entre los recursos de plena jurisdicción y de anulación o ilegitimidad, para compararlos con los caracteres básicos de nuestras acciones y recursos; a ello nos referimos pues a continuación.

8. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”

Las diferencias entre ambos “recursos” del derecho comparado se estructuran en tres aspectos fundamentales,²⁶ a saber:

²⁵ Ver *infra*, nº 8 y ss.

²⁶ Ver sobre estas diferencias, con ligeras variantes, BIELSA, *op. cit.*, t. V, pp. 175-8.

1º) *Derechos protegidos*

a) El recurso de plena jurisdicción procede para la defensa del derecho subjetivo, o sea, una pretensión exclusiva a un individuo.²⁷

b) En cambio, el recurso de anulación, o por exceso de poder, etc., procede para la defensa del interés legítimo, no del derecho subjetivo.²⁸

2º) *Naturaleza del procedimiento*

a) El procedimiento en el recurso de plena jurisdicción es similar al del proceso ordinario: Demanda, contestación, apertura a prueba, etc.; el administrado y la administración tienen ambos el carácter de partes en el proceso, y las facultades del juez son las usuales: No puede actuar de oficio, primando entonces el principio de la impulsión por las partes, el principio de la verdad formal, etc.

b) En cambio, el procedimiento en el recurso de anulación es muy distinto: La administración no tiene el carácter de parte, el procedimiento es sumario, no hay normalmente apertura a prueba, y las facultades del juez durante el proceso son más, amplias, en la medida en que no hay partes en estricto sentido. El juez actúa pues de oficio, primando el principio de la impulsión e instrucción de oficio, en lugar de la impulsión de las partes, y el principio de la verdad material en lugar del de la verdad formal, etc.

3º) *Facultades del juez en la sentencia*

a) En el procedimiento de plena jurisdicción, como lógica consecuencia de haber dos partes en el proceso, las cuales pueden ofrecer y producir prueba, etc., con una discusión amplia de los hechos y el derecho, las facultades del juez en la sentencia son amplias: Puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa en su lugar, otorgar indemnizaciones, etc. El nombre de procedimiento de “plena jurisdicción,” justamente, se ha dado en atención a que el juez resuelve estas causas con jurisdicción “plena” o normal, o sea con sus atribuciones ordinarias. (Comparables entonces a las de cualquier juez en un procedimiento civil o comercial.)

b) En el procedimiento de anulación, por el contrario, debe tomarse en cuenta que la administración no ha sido parte en el proceso, que en él no ha existido apertura a prueba y por lo tanto no se ha podido hacer una normal producción de pruebas, que el propio recurrente no ha tenido suficiente intervención en el proceso, etc.; por todo ello, las atribuciones del juez en la sentencia son en un

²⁷ Sobre el concepto de derecho subjetivo, ver *supra*, cap. VIII, nº 7, y ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, p. 327 y ss.; criterio que comparte FIORINI, *Qué es el contencioso, op. cit.*, p. 47 y ss.

²⁸ Ver las referencias de la nota anterior.

aspecto más limitadas: Sólo puede disponer la ilegitimidad del acto, sin otorgar indemnizaciones y sin pronunciarse en principio sobre los hechos. El juez juzga sólo de la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas; por ello es que el recurso se llama “de anulación” o “de ilegitimidad,” porque sólo esto puede tender a lograr.

9. *El traspaso del “recurso de plena jurisdicción” y del “recurso de anulación” al ámbito nacional*

Como se comprende, la naturaleza del procedimiento (amplia para las partes en el de “plena jurisdicción,” restringida y sumaria en el de “anulación”) justifica prácticamente y desde un punto de vista jurídico el alcance de la sentencia: Amplia como la de un juez ordinario en el primero, limitada en el segundo.

A su vez, la naturaleza de los derechos en discusión, fundamenta también su distinto tratamiento: Los derechos subjetivos, aquellos que hacen esencialmente a la persona humana, y cuya protección es indispensable, tienen una tutela completa, plena; los intereses legítimos, construcciones más o menos modernas que amplían la esfera de los intereses tutelados, reciben una protección más limitada y restringida.

El sistema, como se aprecia, es coherente y armónico, aunque pueda no compartírselo. Ahora bien, el traspaso de esta construcción del “contencioso-administrativo” clásico al ámbito de nuestra división de poderes y de nuestro sistema constitucional pudo hacerse con relativa facilidad y éxito, si sólo se hubieran respetado los principios del sistema “contencioso-administrativo” y del sistema constitucional argentino. Debe recordarse al efecto que en nuestro sistema constitucional: 1º) Los derechos subjetivos de los individuos están garantizados contra el Estado en el art. 14 de la Constitución;²⁹ 2º) la protección de esos derechos subjetivos de los individuos está a cargo del Poder Judicial, al cual los individuos tienen la “garantía inviolable” de acudir, en virtud del art. 18 de la Constitución;³⁰ 3º) la Potestad judicial es atributo exclusivo de los jueces, órganos imparciales e independientes, y se niega al Poder Ejecutivo, por el art. 95 de la Constitución, consagrando así concretamente la garantía de la división de los poderes.

Con esos claros principios constitucionales, y teniendo presente las diferencias entre los recursos del sistema “contencioso-administrativo” comparado, el camino era el siguiente: 1º) El recurso de “plena jurisdicción,” que desde luego se otorgará para ante el Poder Judicial, será sustituido por acciones o recursos de similar naturaleza: Servirá para la defensa de los derechos subjetivos que consagra el

²⁹ Ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., pp. 47-49 y 77-82.

³⁰ Ampliar en nuestra obra *El acto administrativo*, op. cit., p. 18 y ss.; ver también *supra*, cap. IX, n° 14 y ss.

art. 14 de la Constitución, y se tramitará por un procedimiento amplio, normal, en que las partes impulsen el procedimiento y puedan ofrecer y producir toda la prueba que haga a su derecho, y en que el juez tenga sus atribuciones ordinarias, que son amplias, en la sentencia. Estos principios (amplitud del procedimiento y de las facultades del juez en la sentencia) no, constituyen un mero aspecto de política legislativa, sino que son de índole constitucional por constituir aspectos de la garantía de la defensa en juicio que la Constitución consagra para los derechos subjetivos: Su establecimiento, pues, es ineludible. 2º) En cuanto al “recurso de anulación,” que implica reconocer nuevos derechos no previstos tal vez expresamente en la Constitución, podía dársele, según algunos autores, para ante un tribunal administrativo al estilo del Consejo de Estado francés; o podía dársele para ante los mismos tribunales judiciales, pero con las limitaciones propias de este tipo de recurso (defensa del interés legítimo, procedimiento restringido y sumario, predominantemente de oficio, sentencia limitada), o podía no establecerse en absoluto. En este aspecto la cuestión es casi de pura política legislativa, no habiendo exigencia constitucional que sea necesario cumplimentar.

10. *Confusión entre “plena jurisdicción” y “anulación” en el orden nacional*

La solución legislativa es la última: No creó para nada el recurso de anulación para la defensa, aunque limitada, del interés legítimo; y en cuanto al primero, si bien no lo creó con ese nombre de “recurso de plena jurisdicción” lo substituyó, como no podía ser menos atento los arts. 18 y 95 de la Constitución, con la acción ordinaria de la ley 50 u otros recursos de leyes especiales.

En cuanto a la jurisprudencia, su orientación ha sido a veces más criticable aún: Casi diríamos que en algunos casos ha querido transformar al “recurso de plena jurisdicción,” que no existe con ese nombre pero está substituido con las acciones ordinarias del derecho procesal federal u otras acciones o recursos de leyes especiales, en el recurso de anulación.

En efecto, a pesar de que nuestro procedimiento federal, 1º) es para la defensa del derecho subjetivo y no protege el interés legítimo; 2º) es un procedimiento común en que la administración tiene el carácter de parte y la causa se puede abrir entonces a prueba; a pesar de eso, pues, las jueces a veces han caído en la creencia de que por tratarse de “lo contencioso-administrativo” tienen limitadas atribuciones en la sentencia: Que no pueden apreciar ampliamente los hechos, o que sólo están facultados para declarar la ilegitimidad del acto en su confrontación con las normas positivas, etc.³¹ Reiteramos, pues, que se trata de un error.

³¹ Para un análisis crítico más detallado de esos fallos, ver nuestro artículo *Acerca de la revisión judicial...*, citado, n° 10, p. 125 y ss.

11. *Confusión entre el sistema americano y el francés*

Nuestro sistema constitucional está estructurado a semejanza del estadounidense y en diametral diferencia al francés clásico que cobijó al “contencioso-administrativo.” Como señala LINARES³² entre nosotros: “En la justicia federal —según se organizó y subsistió por casi un siglo— rigió un sistema que era adaptación del estadounidense vigente en 1863. En las provincias el sistema en vigor es el francés, a través de la versión española. Mientras aquél estaba organizado, en su país de origen, bajo la base de un estado con constitución rígida, control judicial de constitucionalidad... el segundo estaba organizado sobre la base de un estado de constitución flexible, sin control judicial de constitucionalidad... Mientras los Estados Unidos ostentaban un sistema judicialista de gran confianza hacia los jueces, Francia y España ostentaban un sistema de justicia contencioso-administrativa cuyo origen histórico finca precisamente en la desconfianza hacia los jueces. Por último, mientras el régimen norteamericano federal ponía a la administración en un pie de igualdad con el particular dentro de las causas judiciales, el europeo la ponía en situación de ventaja a través de la “ejecución de oficio” de los actos administrativos impugnados, los términos de caducidad de las acciones y recursos del particular, etc.”

“El sistema norteamericano venía impuesto, en el orden nacional argentino, por la similitud del art. 100 de nuestra Constitución, con el art. III, secc. 2, de la Constitución de Filadelfia. Ninguno de ellos distingue, dentro de las *causas* que nacen de la Constitución, leyes y tratados, entre las contencioso-administrativas y las civiles.”³³

Ello demuestra una vez más, si cabe, la prudencia con que debe obrarse al considerar la posible aplicación de una solución restrictiva acerca del control, del contencioso-administrativo francés o español al derecho procesal federal en materia administrativa; en cambio nuestra jurisprudencia en algunos casos ha usado de la prudencia a la inversa: Prudencia suma para efectuar el control, demasiada seguridad para limitarlo.

Se ha dicho así en esta orientación que “No cabe duda que los jueces tienen que extremar la prudencia para suspender la ejecutoriedad de un decreto del Poder público, por ser éste una consecuencia propia de los actos administrativos y gozar de una presunción de legitimidad.”³⁴

³² LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 919. Ver también BOSCH, JORGE TRISTÁN, artículos citados, y “Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública,” Buenos Aires, 1951, pp. 38-42 y 220; también WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961, pp. 37-8, quien hace similar comparación entre el sistema francés y el inglés.

³³ LINARES, *op. loc. cit.*

³⁴ Cámara Federal de la Capital, Sala en lo Contencioso-administrativo, *LL*, 25-IX-1965, *Asu-val*. La crítica a este razonamiento la ha hecho ya con anterioridad LINARES, J. F., refiriéndose a los Efectos suspensivos de los recursos ante la administración, *LL*, 85: 906, en criterio que hemos

Es que, como dice LINARES: “Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado. De allí que la mentalidad de la enorme mayoría de esos magistrados, cuando juzgan causas contencioso-administrativas, cambia en una curiosa forma.”³⁵ En rigor de verdad, los jueces en algunos casos parecen considerar que son ellos mismos los representantes del interés fiscal del Estado, y tratan casi siempre de salvar las deficiencias que los verdaderos representantes puedan cometer; no es éste, sin embargo, el espíritu del sistema.

12. *Confusión entre el “contencioso-administrativo” provincial y el derecho procesal federal*

Hasta aquí y según lo hemos visto la confusión puede ser doble: 1º) Por un lado, no advertir que nuestro sistema constitucional organiza la división de los poderes con acento en la justicia y no en la administración, en lo que hace a los procesos, y aplicar el sistema francés con olvido de que el fundamento de éste es un sistema constitucional distinto con una “división de los poderes” que pone el acento en la administración. (Hasta el extremo de no someterla en absoluto a los tribunales judiciales en cuestiones de derecho administrativo, y dándole en cambio “tribunales” de la propia administración, integrados por funcionarios públicos y no por jueces.)³⁶

2º) Por otro lado, incluso al aplicarse el sistema francés, se puede cometer un nuevo error, al querer aplicar principios del recurso de anulación —que no existe en el orden nacional— a la demanda ordinaria o a los recursos especiales que ciertas leyes otorgan, en lugar de aplicarles como en todo caso y dentro del sistema hubiera correspondido, los principios del recurso de plena jurisdicción.

Pero la desorientación va todavía más lejos en los últimos años. Anteriormente, la comparación entre los sistemas provinciales y nacional pudo haber sido más o menos clara: En aquéllos existían códigos “contencioso-administrativos” con sistemas especiales; en éste no había un tal código sino la ley 50, con su sistema común. Podía decirse entonces, en cierto modo, que no había un sistema contencioso-administrativo nacional. Pero al aparecer en la legislación positiva nacional el empleo cada vez más frecuente de la palabra “contencioso-administrativo,”³⁷

compartido y que creemos aplicable a los fundamentos de la solución del fallo. Ver nuestro *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., p. 105 y ss.

³⁵ LINARES, “Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 926, quien hace en particular una severa crítica al criterio de los jueces provinciales.

³⁶ En la práctica, el Consejo de Estado funciona con notable independencia e imparcialidad, pero ello no quita en absoluto que su naturaleza siga siendo la de un órgano administrativo y en absoluto tribunal judicial.

³⁷ Así la ley 13.278 crea dos juzgados con competencia en lo “contencioso-administrativo,” sin definirlo ni caracterizarlo; la ley 13.998 atribuye a tales jueces el conocimiento de “las causas contencioso-administrativas” (art. 45, inc. a), otra vez sin definir ni caracterizar de manera alguna

sin ninguna aclaración legal sobre el significado del concepto, se ha recurrido inadvertidamente a los códigos provinciales y a la doctrina nacional más clásica, tomada a través de la extranjera, olvidando así que el régimen básico seguía siendo el de la ley 50, o sea, derecho procesal común.

Pareciera obvio que dentro del sistema de la división de los poderes, y existiendo un código de procedimientos judiciales ordinarios, una mera palabra deslizada en la legislación resultaba insuficiente para trastocar todo el sistema. Los criterios corrientes en materia de interpretación recuerdan que si la ley establece en forma expresa un régimen determinado, sólo por otra norma expresa o por lo menos clara y concretamente contraria, podría dejársela sin efecto o introducirse excepciones. Sin embargo, precisamente eso es lo que ha ocurrido: A pesar de que ninguna de las leyes posteriores introduce modificaciones sustanciales al procedimiento de la ley 50, salvo algunas que no tienen relación con lo que ahora consideramos,³⁸ la jurisprudencia en ocasiones ha tomado la palabra “contencioso-administrativo” usada por algunas leyes, y la débil circunstancia de que otras leyes hablen de “recurso de apelación,” o simplemente “apelación” para ante la justicia “contencioso-administrativa,” y se ha sentido en la obligación de definir esos términos reinterprelando de tal modo toda la legislación tradicional vigente. Para esta tarea de modificar de hecho la legislación nacional a través de la interpretación del término “contencioso-administrativo,” se han utilizado algunas veces directamente las normas de los códigos provinciales, aplicando sus “requisitos” para la procedencia del “recurso,” sus “excepciones” a la competencia “contencioso-administrativa,” etc.

En esta tesitura, es posible encontrar fallos que, olvidando la existencia de la ley 50 que rige el procedimiento federal, afirman que no hay normas que rijan en el orden nacional las causas “contencioso-administrativas,” y aplican entonces supletoriamente el Código de Procedimientos en lo Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires...³⁹

Algunos fallos han tratado de corregir tal criterio, negando que los requisitos del Código de la Provincia de Buenos Aires sean de rigurosa aplicación en el orden nacional, por ejemplo en la causa *Buenos Aires Town and Docks Tramways*

a éstas. Son muchas las leyes especiales que utilizan hoy el término, pero no existe hasta ahora alguna que estructure principios propios en forma específica y clara.

³⁸La más importante, la ley 3952, y su modificatoria la 11.634, que exige la reclamación administrativa previa para demandar a la Nación, establece términos más largos para la contestación de la demanda por la Nación y otorga carácter meramente declarativo a la sentencia condenatoria de la Nación. Sin embargo, la ley no limita las atribuciones del juez, ni en el procedimiento, ni en la sentencia.

³⁹Ver, por ejemplo, Cámara Nacional Especial, *LL*, 66: 170, *Rossi*, 1951; *LL*, 87: 338, *Diéguez*, 1957, fallos que hemos comentado en nuestro citado artículo *Acerca de la revisión judicial...*, n° 12, p. 131 y ss.

Ltd.,⁴⁰ pero siempre ha quedado un margen de imprecisión y oscuridad y no se ha dicho todavía, que sepamos, que es inexacto que tales normas provinciales sean aplicables en el orden nacional.

En todo esto es donde se manifiesta más claramente la consecuencia negativa de una terminología equivocada: Hemos dicho que “lo contencioso-administrativo” es una denominación que corresponde a otros sistemas, no al nuestro; que la denominación correcta que la doctrina moderna acepta es “derecho procesal administrativo,” lo que significa que esta materia forma parte del derecho procesal, etc. En tal corriente de ideas, es obvio que el que una ley hable, dentro del régimen nacional de derecho procesal común de la ley 50, de “causas contencioso-administrativas,” o “jueces de lo contencioso-administrativo,” significa tan sólo que se refiere a la materia *procesal administrativa*, del mismo modo que se pudiera haber referido a la materia procesal civil o procesal penal. El que una ley hable, por terminología errada, de “materia contencioso-administrativa,” etc., no puede nunca justificar que el juez la interprete como una remisión a los códigos provinciales de tal nombre, o a los sistemas extranjeros de tal nombre. Las leyes “análogas” a las cuales el juzgador debe remitirse en caso de duda, no son aquí sino los demás códigos *procesales* nacionales o locales, y no los códigos “contencioso-administrativos” provinciales o extranjeros, que responden a un sistema totalmente distinto.

Sinopsis

1/2. La expresión “lo contencioso-administrativo” es errónea en nuestro país: 1º) Porque responde a la denominación de los tribunales administrativos franceses, siendo que nuestro sistema es de tribunales *judiciales*; 2º) porque así como nadie habla de “contencioso civil” o “contencioso comercial,” tampoco tiene sentido hablar de “contencioso-administrativo.” Basta con hablar de “proceso administrativo” y “derecho procesal administrativo.”

3. Con todo, no sólo debe mudarse de denominación, sino y principalmente de régimen jurídico, pues el clásico sistema “contencioso-administrativo” responde a la idea de una revisión muy limitada de la legitimidad de la actividad administrativa.

4. En las provincias hay códigos llamados “de lo Contencioso-administrativo,” que responden a un sistema judicialista pero limitan en grado sumo la revisión judicial.

⁴⁰ *LL*, 88: 210, 1957. En este muy buen fallo la Cámara Federal hace una revisión muy completa de los supuestos requisitos del “contencioso-administrativo,” señalando su relatividad; sólo es de lamentar que no haya dicho directamente que ellos no son en absoluto aplicables en el orden nacional. Con todo, la posterior falta de insistencia sobre ellos permite suponer que ésta sea en verdad la orientación actual.

5/6. En el orden nacional no hay un tal código, sino que corresponde aplicar el derecho procesal ordinario —federal— de la ley 50, salvo algunos procedimientos especiales que se rigen por la ley del caso. Los tribunales competentes reciben la denominación de “contencioso-administrativos,” pero en nada difieren de los demás jueces: Hay jueces federales de 1ª instancia en la materia, y una sala específica dentro de la Cámara Federal de la Capital.

7/8. En el derecho comparado se distinguen, dentro del “contencioso-administrativo,” el recurso de “plena jurisdicción” y el de “anulación.” El primero protege los derechos subjetivos, se asemeja a un juicio ordinario, y el juez tiene amplias atribuciones en la sentencia; el segundo protege los intereses legítimos, el procedimiento es instructorio y de oficio, y el juez en la sentencia sólo puede confirmar o anular el acto.

9/10. En nuestro país, en el orden nacional, sólo existe una *acción ordinaria*, que en todo caso tendría semejanza con el llamado “recurso de plena jurisdicción,” pero nunca con el de “anulación.” Sin embargo, a veces los jueces han restringido la protección de los derechos subjetivos, aplicándole principios propios del “recurso de anulación.”

11. Nuestro sistema judicial está estructurado a semejanza del estadounidense, no del francés, por lo que no corresponde remitirse a los principios de éste, cuyo espíritu de revisión judicial limitada no condice con la esencia de nuestro sistema.

12. Dado que en el orden nacional es de aplicación la ley 50, que es derecho procesal federal, en los casos de duda no corresponde remitirse a los códigos contencioso-administrativos provinciales, sino al derecho procesal común.