

Marcelo A. Bruno dos Santos

(Director)

Natalia Cogliati

(Colaboradora)

G. L. Bordelois, N. F. Maques Battaglia, M. J. Sac,  
C. Gilardi Madariaga de Negre, J. I. Sáenz, M. V. Avalos Blacha,  
F. E. Juan Lima, M. G. Carattini, N. Cogliati, J. I. Landoni,  
L. Casarini, P. Gallegos Fedriani, E. V. Lavié Pico, F. O. Canda,  
A. R. Timpanaro, J. M. Gavaldá, L. Marchetti,  
M. A. Bruno dos Santos, A. A. Casella, M. A. Biotti y J. M. Medrano

UNA MIRADA  
DESDE EL FUERO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SOBRE  
EL DERECHO PROCESAL  
ADMINISTRATIVO



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO





UNA MIRADA DESDE EL FUERO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL SOBRE EL DERECHO  
PROCESAL ADMINISTRATIVO



# UNA MIRADA DESDE EL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL SOBRE EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Director Marcelo A. Bruno dos Santos  
Colaboradora Natalia Cogliati



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
Buenos Aires  
2012

UNA MIRADA DESDE EL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SOBRE EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012

I.S.B.N.: XXX-XXX-XXXX-XX-X

Copyright by Marcelo A. Bruno dos Santos (dir.) y Fundación de Derecho Administrativo  
Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Los derechos patrimoniales de los autores por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en **www.gordillo.com** autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y parágrafo o nota utilizado.

**Autores:** MARÍA VERÓNICA AVALOS BLACHA, MARÍA ALEJANDRA BIOTTI, GABRIELA LAURA BORDELOIS, MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS, FABIÁN OMAR CANDA, MARCELO GUSTAVO CARATTINI, LUIS CASARINI, AYELEN A. CASELLA, NATALIA COGLIATI, PABLO GALLEGOS FEDRIANI, JUAN MARCELO GAVALDÁ, CECILIA GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, FERNANDO E. JUAN LIMA, JUAN IGNACIO LANDONI, ENRIQUE V. LAVIÉ PICO, NATALIA F. MAQUES BATTAGLIA, LUCIANO MARCHETTI, JUAN MANUEL MEDRANO, MATÍAS J. SAC, JUAN IGNACIO SÁENZ y ADRIÁN R. TIMPANARO. La Fundación agradece a todos los autores, director y colaboradora, por su desinteresada y generosa contribución.

*A AGUSTÍN GORDILLO,  
a quien renuevo mi agradecimiento  
por su gran generosidad para  
concretar esta obra colectiva.*



## ÍNDICE

Prólogo de MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS .....	13
----------------------------------------------	----

### *Capítulo I*

#### **COMPETENCIA**

Cuestiones de competencia según la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Por GABRIELA LAURA BORDELOIS.....	15
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### *Capítulo II*

#### **MEDIDAS CAUTELARES**

Las medidas cautelares contra la administración pública. Por NATALIA F. MAQUES BATTAGLIA y MATÍAS J. SAC.....	41
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### *Capítulo III*

#### **LEGITIMACIÓN**

La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas — las acciones de clase. Por CECILIA GILARDI MADARIAGA DE NEGRE.....	63
Legitimación del ciudadano, el elector y el contribuyente. La legalidad objetiva como bien colectivo. Por JUAN IGNACIO SÁENZ .....	95
Defensor del Pueblo. Por MARÍA VERÓNICA AVALOS BLACHA.....	131

**Capítulo IV****HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL**

El silencio de la administración y la habilitación de la instancia judicial. Por FERNANDO E. JUAN LIMA.....	145
El ritualismo inútil como principio jurídico en la habilitación de la instancia judicial. Por MARCELO GUSTAVO CARATTINI .....	161

**Capítulo V****CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

¿Apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación o demanda contenciosa? Por NATALIA COGLIATI y JUAN IGNACIO LANDONI.....	177
En torno a la impugnación judicial de los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución de un contrato administrativo. Por LUIS CASARINI .....	195

**Capítulo VI****EJECUCION DE LAS SENTENCIAS**

El cumplimiento forzoso de las sentencias por parte del Estado nacional. Por PABLO GALLEGOS FEDRIANI.....	213
Los efectos <i>erga omnes</i> de la sentencia. Por ENRIQUE V. LAVIÉ PICO.....	229

**Capítulo VII****ACCIÓN DE AMPARO**

Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. Por FABIÁN OMAR CANDA .....	269
---------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**Capítulo VIII****ACCIONES DE CLASE**

Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausen- cia de una ley que lo reglamente. Por ADRIÁN R. TIMPANARO.....	287
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**Capítulo IX****ACCIÓN DE AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

Amparo por mora. Por JUAN MARCELO GAVALDÁ .....	305
La distribución de costas en el amparo por mora con especial referencia a los casos en que el proceso se extingue por el dictado del acto pretendido. Por LUCIANO MARCHETTI.....	321

**Capítulo X****PROCESOS AUTOSATISFACTIVOS**

¿Es procedente el dictado de medidas autosatisfactivas contra la administración pública? Distintas miradas y la misma solución... Por MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS .....	337
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**Capítulo XI****PROCESO DE LANZAMIENTO**

El juicio de lanzamiento (decreto-ley 17.091). Por AYELEN A. CASELLA.....	335
------------------------------------------------------------------------------	-----

**Capítulo XII****RECURSOS DIRECTOS**

Algunas precisiones sobre los recursos directos en el contencioso. Por MARÍA ALEJANDRA BIOTTI .....	367
Cuestiones de previo y especial pronunciamiento en los recursos judiciales directos intentados contra las resoluciones de la administración pública. Por JUAN MANUEL MEDRANO .....	375
Abreviaturas .....	385



## PRÓLOGO

La Fundación de Derecho Administrativo tiene el honor de presentar este libro que representa el esfuerzo de un entusiasta grupo de magistrados, fiscales, funcionarios y empleados de distintas edades y honrosas trayectorias en la Justicia Contencioso Administrativa Federal, que aceptaron generosamente la invitación a escribir en la primera obra colectiva pensada desde el fuero a lo largo de toda su vida institucional.

Se trata de una obra concebida a partir de la participación de todos aquellos integrantes —e incluso ex integrantes— que aceptaron con sumo entusiasmo la invitación a escribir sobre un tema de libre elección y de actualidad referido a la problemática del Derecho Procesal Administrativo.

Su especial riqueza es que está atravesada por la mirada de aquellos que día a día aplican el Derecho Procesal Administrativo en los juzgados y salas del fuero Contencioso Administrativo Federal.

Las diferencias generacionales, de posiciones dentro del fuero, de escuelas del Derecho Administrativo engrandece —confiamos— esta mirada desde la diversidad de opiniones, componiendo el torrente de una visión de la realidad para un nuevo derecho administrativo, una marca registrada en las obras de la Fundación de Derecho Administrativo.

En épocas de expansión del quehacer administrativo, dinamizar el debate sobre cuestiones procesales y sustantivas del derecho que estamos llamados a aplicar es la mejor forma de dotar al Derecho Administrativo de la capacidad de adaptación que pueda mantenerlo a la altura de las expectativas y exigencias de quienes acuden a él para la tutela de sus intereses y derechos.

Gracias a la colaboración de los autores nace este primer eslabón de lo que esperamos sea una cadena de trabajos desde la mirada del fuero, para nutrir el debate jurídico en beneficio de los propios integrantes del Poder Judicial, de los abogados que litigan ante sus estrados y del debate doctrinario en general.

Es un orgullo para nosotros presentar a los lectores esta *Mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*,

renovando desde este espacio nuestra invitación a todos sus integrantes a seguir en *este camino de participación en la construcción del derecho administrativo del siglo XXI*.

MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS

CUESTIONES DE COMPETENCIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Por GABRIELA LAURA BORDELOIS

SUMARIO

1. Introducción .....	17
2. Acerca de la competencia.....	18
3. Competencia en materia de <i>habeas data</i> .....	21
4. Competencia en materia de la obra social de las fuerzas armadas y de seguridad.....	22
5. Competencia en medidas cautelares en recursos directos .....	25
6. Competencia en cuestiones de las fuerzas armadas y de seguridad.....	27
7. Competencia en amparo por mora.....	29
8. Competencia en cuestiones relacionadas con los servicios públicos .....	30
9. Competencia en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Estado nacional —codemandadas.....	32
10. Competencia en razón del grado.....	33
11. Competencia en materia laboral .....	35
12. Competencia del fuero Civil y Comercial Federal .....	35
13. Competencia en materia comercial .....	36
14. Conclusiones .....	37



# CUESTIONES DE COMPETENCIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

POR GABRIELA LAURA BORDELOIS

*“Hasta el más avezado abogado debe lanzarse a un verdadero acertijo para encontrar el Juez que entienda en su pleito. Los jueces se declaran competentes y la Cámara revoca sus resoluciones; o incompetentes y también se las revoca. El propio Tribunal de Alzada por una Sala resuelve un caso y otra sala en forma inversa. Distintas Salas entienden en casos similares, sin hacer salvedad alguna [...] Después de una peregrinación larga y fatigante por los múltiples organismos burocráticos debe aprontarse a ventilar una cuestión de competencia que le llevará un año o más, agotando instancias antes de poder radicar su juicio.”* DE GREGORIO LAVIÉ, JULIO A.<sup>1</sup>

## 1. Introducción

El objeto del presente trabajo es realizar una breve reseña de las decisiones que en materia de competencia dictaron los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Es adecuado señalar que la mencionada jurisprudencia resulta relevante ante la ausencia de un código en lo contencioso administrativo federal que defina expresamente las cuestiones que deberán dirimirse ante los estrados judiciales del mencionado fuero Contencioso Administrativo Federal; a lo cual se incorpora como nueva variable el hecho de haberse producido, la renovación de la casi totalidad de los miembros integrantes de las distintas salas en un plazo no muy extenso.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> DE GREGORIO LAVIÉ, JULIO A., *La competencia contencioso administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, p. 133 y ss., citado en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa de usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. XIII, § 3, p. XIII-7, cita n° 28.

<sup>2</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, está conformada por cinco salas, integradas por tres jueces de Cámara cada una. A partir del 12-XII-06, en que el Dr. FERNÁNDEZ se incorporó a la Sala III, se inició un período de renovación de los integrantes que

## 2. *Acerca de la competencia*

La competencia del juez para intervenir en un caso, en términos generales es “la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un órgano o conjuntos de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso.”<sup>3</sup>

A su vez, la jurisdicción es una función pública,<sup>4</sup> asignada al Poder Judicial y el juez ejerce la jurisdicción dentro de los límites de su competencia, de manera tal que ese ejercicio de la jurisdicción resulta exclusivo pues elimina la jurisdicción del resto de los jueces.

Asimismo, dada la organización como Estado federal de nuestro país, coexisten dos órdenes de gobierno y por ende dos poderes judiciales: a) El nacional, que ejerce la jurisdicción en todo el territorio del país, y b) el provincial que ejerce la jurisdicción en el ámbito de los límites de cada provincia.<sup>5</sup>

Se ha definido a la jurisdicción federal como la facultad conferida al Poder Judicial de la Nación, para administrar justicia en los casos, sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución nacional.

La competencia de la justicia federal es de excepción, se halla limitada a los supuestos enunciados en los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional, por delegación de las provincias en el gobierno federal del poder-deber de decidir los conflictos enumerados en los citados artículos, en tanto que la justicia provincial tendrá intervención en todos aquellos supuestos que no hallan sido atribuidos a la justicia federal, resultando de carácter residual.<sup>6</sup>

Es la potestad cognoscitiva, atribuida a los magistrados federales, por la Constitución nacional (arts. 116 y 117), por la ley 27, por las disposiciones de la ley 48, del decreto ley 1285/58 y demás legislación para administrar justicia en los casos y situaciones contemplados normativamente.<sup>7</sup>

La competencia federal es constitucional, taxativa y no puede ampliarse; es de orden público constitucional, y como tal imperativa, inderogable, irrenunciable e indisponible; es contenciosa; limitada y de excepción a los casos delegados por las provincias; privativa y excluyente; prorrogable en razón de las personas en cuyo favor se dispuso la jurisdicción federal, e inalterable.<sup>8</sup>

hasta septiembre de 2011 alcanzó a 11 del total de 15 jueces que integran el tribunal de alzada, quedando una vacante por cubrir en la Sala I.

<sup>3</sup>PALACIO, LINO, *Derecho Procesal Civil*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, 6ª ed., p. 366 y ss.

<sup>4</sup>GOMEZ, CLAUDIO D., *Competencia Federal*, Córdoba, Mediterránea, 2003, cap. I, p. 21.

<sup>5</sup>CSJN, *Otero*, 1894, *Fallos*, 57: 337.

<sup>6</sup>“La jurisdicción federal es excepcional y, por regla, todo derecho común lo debe aplicar la justicia provincial y sólo en casos excepcionales, enumerados en la Constitución Nacional, lo debe hacer la justicia federal.” (GOMEZ, *op.cit.*, p. 23 y sus notas.)

<sup>7</sup>PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., *Competencia Federal Civil-Penal*, Buenos Aires, La Ley, 1999, 1ª ed., cap. II, p. 55 y ss.

<sup>8</sup>POZO GOWLAND, HÉCTOR, “La competencia contenciosa administrativa en el orden federal,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005,

Determinada la justicia federal, resultó complejo definir cual era el órgano judicial competente para entender respecto de las cuestiones en lo contencioso administrativo, dado que a diferencia de lo ocurrido, en general, en las constituciones provinciales (que determinaron al menos el órgano o fuero competente en la materia) nuestra Constitución nacional, aparte de referirse al fuero federal (arts. 116 y 117) ninguna referencia especial hizo en punto al contencioso administrativo.<sup>9</sup>

En ese ámbito y a pesar que esta omisión fue suplida mediante al creación de la Cámara Federal, conformada inicialmente por tres miembros como tribunal competente para entender de los recursos de apelación de los jueces de sección (ley 4055),<sup>10</sup> luego elevado a cinco<sup>11</sup> y finalmente integrada por nueve miembros, dividida en salas, una de ellas para entender en los asuntos contenciosos administrativos,<sup>12</sup> en la norma de creación —ley 12.967— no se precisó que debía comprenderse por “asuntos contenciosos administrativos.”

Con posterioridad, tanto la ley 13.278<sup>13</sup> al determinar la jurisdicción y competencia de los nuevos juzgados, como la ley 13.998<sup>14</sup> de organización de la justicia nacional, continuaron haciendo referencia en la atribución de competencia a los juzgados de que se trate y —en lo que aquí interesa— a *las causas contencioso administrativas*,<sup>15</sup> sin definir las expresamente.

La atribución de competencia en la materia, en el derecho positivo, respecto de los juzgados de primera instancia, se halla establecida en el art. 45 de la ley 13.998 y en el caso de la Cámara Contencioso, en el art. 33 del decreto-ley 1285/58, en la que se dispone que será tribunal de alzada respecto de los jueces en lo “contencioso administrativo” y conocerá asimismo de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de organismos administrativos, en los casos autorizados por las leyes y contra resoluciones del jefe de la Policía Federal en materia de derecho de reunión.

El vacío legislativo respecto a la materia contencioso administrativa fue completado por la ardua tarea llevada a cabo por los jueces quienes fueron definiendo y

1ª ed., cap. V, p. 471.

<sup>9</sup> HEILAND, LILIANA M, “Competencia de los tribunales nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal,” *LL*, 1989-E, 812.

<sup>10</sup> PALACIO, *op. cit.*, p. 71 y sus citas.

<sup>11</sup> Ley 7.055.

<sup>12</sup> Ley 12.967. (B.O. 19-IV-47.)

<sup>13</sup> B.O. 7-X-84.

<sup>14</sup> B.O. 11-X-50.

<sup>15</sup> El art. 45 de la ley 13.998 establece: “Los juzgados federales números 3 y 4 de la Capital federal, creados [...] se denominarán Juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso administrativo, de la Capital federal. Serán competentes para conocer: a) De las causas contencioso-administrativas; b) De las que versen sobre contribuciones nacionales y sus infracciones; c) De los recursos contra las resoluciones administrativas, que las leyes en vigor atribuyen a los jueces federales existentes a la fecha de la sanción esta ley.” La ley 14.558, mediante la cual se dispuso la creación del fuero en lo Penal Económico, sustrajo a los jueces nacionales en lo contencioso administrativo el conocimiento de las causas relativas a la represión del agio y de la especulación. (Conf. PALACIO, *op. cit.*, p. 71 y sus citas.)

así dando sustento, a través de la resolución de los casos concretos, a un concepto que había sido acuñado sin contenido específico.

Haciendo un poco de historia, cabe tener presente que la Cámara Federal, *El Camarón* como se la solía denominar, dada su conformación,<sup>16</sup> en un principio ante el desafío de deslindar la competencia dictó varios fallos plenarios como *J.R. Kudrnac y Cía. S.R.L. s/ rec. Amparo*,<sup>17</sup> cuya doctrina legal estableció “que la competencia contencioso administrativa requería que la cuestión estuviera regida *prima facie*, de modo preponderante, por el derecho administrativo,”<sup>18</sup> o bien como se decidió en *Miguel Boccardo e hijos y otros c/ Banco Hipotecario Nacional*<sup>19</sup> que “son las normas de fondo de preponderante aplicación las que determinarán la competencia contencioso administrativa,” aún hoy vigentes.

La Cámara Federal fue sufriendo desmembramientos, el primero de ellos tuvo lugar cuando se crea la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital en el año 1977 y finalmente en el año 1981 se crean las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo.<sup>20</sup>

Esta circunstancia no impidió que ante los planteos en materia de competencia —de por sí casuísticos— fuera consolidándose una doctrina jurisprudencial uniforme basada en la observación del contenido del acto y las materias sobre las que verse puesto que estas determinarán el derecho aplicable y, en consecuencia, el fuero que resultará competente.<sup>21</sup>

<sup>16</sup>El art. 33 de la ley 13.998 “la denominó Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contencioso-Administrativo.” (Conf. PALACIO, *op. cit.*, p. 71 y sus citas, en especial n° 72.)

<sup>17</sup>CNFed. CA, en pleno, 4/VIII/59, *J.R. Kudrnac y Cía. S.R.L. s/ rec. Amparo*, LL, 96, 243.

<sup>18</sup>“Para determinar la competencia de los jueces en lo contencioso administrativo federal se requiere que la pretensión del actor esté regida *prima facie* de modo preponderante por el derecho administrativo.” (Art. 45, inc. 2° de la ley 13.998; art. 42 del decreto-ley 1.285/58; CNFed. CA, Sala IV, 14/III/89, *Fabris, Marcelo P. c/ Adm. Nacional de Aduanas s/ daños y perjuicios*, y sus citas; 6/II/01, *Oyhamburu Osvaldo Orosman y otro c/ Secretaría de Inteligencia de Estado*.)

<sup>19</sup>“Que, en consecuencia, cuando la parte actora ha descripto los hechos de modo suficiente para encuadrar su pretensión, se impone determinar «*prima facie*» si la situación jurídica se desenvuelve en la esfera del derecho administrativo o si, por el contrario, se está frente a una relación de naturaleza civil, regida por los principios propios del derecho común. Pero ello, obviamente, solo en la medida necesaria para dirimir el conflicto y sin que implique avanzar juicio definitivo sobre cuál ha de ser, en última instancia, el régimen legal aplicable una vez definidos los hechos que han sido materia de prueba, y la entidad y proyecciones de los argumentos jurídicos expuestos por una y otra de las partes en litigio. Cuadra advertir que, como también lo ha declarado la Corte Suprema, lo resuelto sobre la competencia no impide la oportuna dilucidación sobre el mejor derecho sustancial que pudiere asistir a las partes Fallos: t. 257:151, 114:124.” (Conf. CNFed. CA, en pleno, 30/V/78, *Miguel Boccardo e hijos y otros*, considerando 6, LL, 1978-C, 5.)

<sup>20</sup>Acordada CSJN, 12-IX-77; Acordada CSJN n° 36, 1-II-81; HEILAND, *op. cit.*, p. 816.

<sup>21</sup>CNFed. CA, Sala IV, 17/X/97, *Afím S.A. c/ Estado Nacional - M° de Economía s/proceso de conocimiento*; 8/IX/98, *Laborda Jorge Rafael c/ Servicio Nacional de Sanidad Animal s/daños y perjuicios*; 6/II/01, *Oyhamburu Osvaldo Orosman y otro c/ Secretaría de Inteligencia de Estado*; HEILAND, *op. cit.*, p. 817.

### 3. Competencia en materia de habeas data

A través de la acción constitucional de *habeas data*, toda persona tiene el derecho de conocer o acceder a los registros o bancos de datos, y saber que información existe sobre su persona, como así también podrá solicitar la supresión o rectificación.<sup>22</sup>

En cuanto a los argumentos utilizados, para decidir el juez competente en este tipo de acciones, las posturas no siempre resultaron uniformes entre las distintas salas del fuero.

Así, en la causa *Tobi*,<sup>23</sup> la Sala III confirmó la sentencia del juez de grado, el que había entendido que era la Justicia Nacional en lo Comercial quien debía intervenir pues, en el caso, el juicio se sustentaba en normas de derecho común y el estudio de las cuestiones planteadas requerían una específica versación en la materia.

La acción entablada se hallaba destinada a que el Banco Central de la República Argentina y los otros bancos demandados —Banco de Galicia y Buenos Aires y Citibank— actualizaran los datos del actor en la base de datos de cuentacorrentistas inhabilitados, debido a que había emitido unos cheques diferidos y al haberse presentado en concurso preventivo, se había visto impedido de cubrirlos.

Situación similar, respecto a los sujetos demandados y a la petición, se dio en la causa *Fornaroli*,<sup>24</sup> sin embargo el fundamento de la decisión se basó en que la facultad de comunicar, a la entidad Veráz, la información que se pretendía suprimir o rectificar, emanaba de normas de derecho público regulatorias de la competencia en materia de policía financiera, debiendo intervenir el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal.

En el voto en disidencia, COVIELLO consideró que, en el caso, no se hallaba en tela de juicio la intervención del Banco Central de la República Argentina como órgano estatal de fiscalización, investigación y punición de las infracciones previstas en las leyes que le otorgaban tales facultades, sino que se hallaba cuestionada principalmente la conducta desplegada por un banco privado, debiendo —a su criterio— intervenir la Justicia Civil y Comercial Federal.

Esta última interpretación fue la sostenida por otras salas del fuero a lo largo del tiempo, por cuanto en la medida que la cuestión a decidir debía ser resuelta sobre la base de normas de derecho común o bien que el tema en debate no se centrara en el ejercicio del poder de policía financiero, ejercido por el Banco Central, cabía presumir que no se encontraba habilitada la competencia del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal.

<sup>22</sup> Art. 43 de la Constitución nacional.

<sup>23</sup> CNFed. CA, Sala III, 25/III/99, *Tobi Víctor David c/ B.C.R.A. y otro s/ habeas data*, integrada por los Dres. MORDEGLIA y ARGENTO.

<sup>24</sup> CNFed.CA, Sala I, 2/III/99, *Fornaroli Eduardo Gustavo c/ B.C.R.A. y otros s/ habeas data*, integrada por los Dres. LICHT, BUJÁN y COVIELLO. (En disidencia.)

La Sala IV en los casos *Puga y Di Desidero*,<sup>25</sup> en las que se solicitaba se ordenara la exhibición de la totalidad de la información contenida en la central de deudores del sistema financiero del Banco Central y su justificación documentada; consideró que al no hallarse cuestionado el ejercicio de las atribuciones propias de policía financiera del Banco Central de la República Argentina, la cuestión sería resuelta por normas de derecho privado, quedando excluida, en consecuencia, del conocimiento del fuero.

La solución precedente, es coincidente con la sostenida en el caso *Moffardin*,<sup>26</sup> pues en este fallo se dejó claramente asentado que en tanto que al Banco Central no le habían sido reconocidas facultades para modificar por sí o revisar los datos aportados por las distintas entidades bancarias o financieras, la cuestión no debería ser resuelta por normas de derecho administrativo, sino de derecho privado, quedando excluida la competencia del fuero.

En cuanto a la competencia territorial, en la acción de *habeas data* cabe citar la causa *Palavecino Cervera*,<sup>27</sup> resuelta en contrario a lo dictaminado por el fiscal general, donde se decidió que resultaba competente la Justicia Contencioso Administrativo provincial; departamento judicial de La Plata.

En el caso, se sostuvo que la acción principal (*habeas data*) se hallaba dirigida contra la agencia de recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), a fin de que suprimiera el nombre y datos del actor, de las listas que se enviaban para que se efectuaran retenciones bancarias, vinculadas con los ingresos brutos y las sumas retenidas, eventualmente, tenían su origen en un acto administrativo local, a lo cual cabía agregar que el respeto del sistema federal y las autonomías provinciales exigían la intervención de los magistrados locales en aquellas cuestiones en que se debatían asuntos de derecho público local; en tanto que las otras reclamaciones esgrimidas: a) El cese de las retenciones, y b) devolución de importes ya percibidos, se encontraban subordinadas a la procedencia de la pretensión principal.<sup>28</sup>

#### 4. Competencia en materia de la obra social de las fuerzas armadas y de seguridad

A través del dictado de diversas normas fueron creados descuentos extraordinarios para las obras sociales (decreto 582/93, modificatorio del art. 841, párrafo segundo del decreto 1866/83; decreto 1419/07 —Policía Federal Argentina—;

<sup>25</sup> CNFed. CA, Sala IV, 5/V/05, *Puga Virginia Adriana c/ BCRA –base de datos- s/habeas data*; 10/V/05, *Di Desidero Roberto Antonio c/ BCRA Base de datos (Pcia) s/habeas data*, integrada por los Dres. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS y USLENGHI.

<sup>26</sup> CNFed. CA, Sala IV, 6/XI/08, *Moffardin Christian Javier c/ BCRA –ley 25.326 (base de datos) s/ habeas data*, integrada por los Dres. GALLI y ALEMANY.

<sup>27</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/VI/11, *Palavecino Cervera Paula Ximena c/ ARBA y otros s/ habeas data*, integrada por los Dres. MORÁN, MÁRQUEZ y FERNÁNDEZ.

<sup>28</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/VI/11, *Palavecino Cervera Paula Ximena c/ ARBA y otros s/ habeas data*, integrada por los Dres. MORÁN, MÁRQUEZ y FERNÁNDEZ.

decreto 1478/97 —Ejército Argentino—, entre otros) que llevaron al planteo de numerosas demandas, las que fueron iniciadas, en su mayoría, ante el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal.

En lo sustancial, la pretensión de los actores se hallaba referida al pedido de: a) Nulidad del acto administrativo que había creado el descuento extraordinario o bien b) la declaración de inconstitucionalidad de la norma creadora del aporte, el cese del descuento, y c) el reintegro de la totalidad de las sumas retenidas por ese concepto.

Los jueces de grado, con remisión al dictamen del fiscal, se declaraban incompetentes y ordenaban la remisión de los autos al fuero de la Seguridad Social.<sup>29</sup>

Recibidos los autos en el mencionado fuero, el juez *a quo*, también se declaraba incompetente, llegando la causa al tribunal de alzada del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal, en virtud del conflicto negativo de competencia suscitado y por haber prevenido el juez del mencionado fuero.<sup>30</sup>

En la causa *Pach*, el Fiscal General opinó que “el juez de la seguridad social debía reasumir la competencia declinada toda vez que la especie de autos estaba directa e inmediatamente vinculada al cobro de aportes y contribuciones según se hallaba prescripto en los arts. 24 de la ley 23.660 y 2° inc. f) de la ley 24.655 [...] y aunque no se trataba de una ejecución de las contempladas en esas normas, ella importaba reconocer una específica versación en los temas aludidos a los jueces ante quienes debían intentarse dichas ejecuciones”<sup>31</sup> y los jueces por razones de brevedad, remitiendo a esos fundamentos, declararon la incompetencia del fuero Contencioso Administrativo Federal.<sup>32</sup>

A esa misma solución arribó el tribunal en la causa *Obholz*, tomando en cuenta los argumentos del fiscal general,<sup>33</sup> con la salvedad de que en el art. 24 de la ley

<sup>29</sup> CNFed. CA, Sala IV, 3/V/05, *Pach Enrique Adolfo c/ E.N.-M° Justicia Seguridad y DDHH-Dto. 2133/91 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*; 30/VI/011, *Obholz Fabian Gabriel y otros c/ EN- M° Justicia -PFA-Dto. 582/93 y 1419/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*; 22/XII/11, *Rivero Osvaldo Antonio c/ EN-M° Seguridad PNA s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*; Sala I, 6/XII/11, *Cáceres Barrionuevo Luis María c/ EN- M° Justicia-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*; Sala V, 12/X/11, *Romero Gastón Fabián c/ EN-M° Interior-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*.

<sup>30</sup> El art.24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58 dispone que “[d]e las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la Cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido.”

<sup>31</sup> FCNFed. CCCA, 24/II/05, *Pach Enrique Adolfo c/ E.N.-M° Justicia Seguridad y DDHH-Dto. 2133/91 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*.

<sup>32</sup> CNFed. CA., Sala IV, *Pach Enrique Adolfo c/ E.N.-M° Justicia Seguridad y DDHH-Dto. 2133/91 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*, integrada por los Dres JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS y USLENGHI.

<sup>33</sup> FCNFed. CCCA, 27/VI/11, *Obholz Fabián Gabriel y otros c/ EN- M° Justicia -PFA-Dto. 582/93 y 1419/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*, con remisión al dictamen en *Pach Enrique Adolfo c/ E.N.-M° Justicia Seguridad y DDHH-Dto. 2133/91 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*.

23.660 no se hacía distinción alguna entre personal en actividad y en situación de retiro.<sup>34</sup>

Finalmente en las causas *Sertic* y *González de Fraga*,<sup>35</sup> sobre la base de los fundamentos ya expuestos y con expresa consideración de la situación de “afiliado en actividad”<sup>36</sup> del actor, la sala interviniente sostuvo la competencia del fuero de la Seguridad Social.

En síntesis, los conflictos negativos de competencia fueron resueltos en forma unánime por los jueces, tanto por los que integraron como por los que integran, en la actualidad, las distintas salas del fuero, ordenando la remisión a la Justicia de la Seguridad Social.<sup>37</sup>

Una situación peculiar surge en la causa *Romero*,<sup>38</sup> el tribunal para decidir la cuestión tuvo en cuenta que la pretensión del actor se hallaba referida a beneficios regulados por normativas diferentes, pues los ítems a) y b) se relacionaban con la ley 23.660, contienda de característica esencial, neta y exclusivamente de la Seguridad Social y en cambio el ítem c) relativo al decreto 1322/06 y su incorporación a sus haberes mensuales, regulares y permanentes, con carácter remunerativo y bonificable, era de sustancia meramente administrativa, ajena al fuero de la Seguridad Social.

<sup>34</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/VI/11, *Obholz Fabian Gabriel y otros c/ EN- M° Justicia -PFA-Dto. 582/93 y 1419/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, considerando VI, integrada por los Dres. MORÁN, MÁRQUEZ (juez subrogante) y FERNÁNDEZ. (Juez subrogante.)

<sup>35</sup> CNFed. CA, Sala IV, 20/XI/11, *Sertic Marcelo Oscar c/ EN-M° Interior-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 10/XI/11, *González Fraga Patricia Elba c/ EN-M° Interior-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 20/XI/11, *Pfund Javier Eduardo y otros c/ EN-M° Justicia-PFA-Dto. 582/93 1419/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 22/XII/11, *Rivero Osvaldo Antonio c/ EN-M° Seguridad PNA s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, integrada por los Dres. MORÁN, DUFFY y VINCENTI.

<sup>36</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Sertic Marcelo Oscar c/ EN-M° Interior-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 10/XI/11, *González Fraga Patricia Elba c/ EN-M° Interior-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, considerando VII, con remisión a CSJN, *Maldonado*, 2006, *Fallos*, 329: 1389; Sala IV, 12/VI/2007, *Deheza Selci, Norberto c/ M° de Justicia y DDHH s/ decreto 582/93.*

<sup>37</sup> CNFed. CA, Sala I, 1/XII/11, *Valdez Ramón Ignacio c/ EN-M° Justicia-SSI-PFA dto 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 6/XII/11, *Rada, Jesús Ramón c/ EN-M° Justicia-PFA-Dto. 582/93 y 1419/07*; 6/XII/11, *Cáceres Barrionuevo Luis María c/ EN-M° Justicia-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 6/XII/11, *Benito, Mauricio y otros c/ EN-M° Justicia-PFA-Dto. 582/93 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, integrada por los Dres. DO PICO, FACIO y GRECCO; Sala V, 22/XII/11, *Piccolo Nicolás Alberto y otros c/ EN-M° Seguridad-PFA-SB-Dto. 582/93 1419/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 22/XII/11, *Chiven Adriana Irma y otros c/ EN-M° Seguridad-PFA-OB-Dto. 1419/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 22/XII/11, *Velázquez, Tomás Orlando y otros c/ EN-M° Defensa-Ejército- IOSE 1478/97 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*; 24/II/12, *Marín, Walter Orlando c/ EN-M° Justicia-PFA-Dto. 582/93 1497/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, en su actual integración Dres. GALLEGOS FEDRIANI, TREACY y ALEMANY, todos los fallos con remisión al dictamen del fiscal general sobre la base de los fundamentos vertidos en *Pach Enrique Adolfo c/ E.N.-M° Justicia Seguridad y DDHH-Dto. 2133/91 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*

<sup>38</sup> CNFed. CA, Sala V, 22/XI/11, *Romero, Sebastián Eduardo c/ EN -M° de Seguridad-SBPFA-Dto. 1322/06 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, en su actual integración.

Así, en aras del principio de economía procesal y a los fines de evitar mayores dilaciones que pudieran perjudicar los derechos del administrado, el tribunal zanjó la cuestión matemáticamente y declaró la competencia del fuero de la Seguridad Social, en tanto dos de las tres pretensiones se hallaban bajo la competencia atribuida al mencionado fuero, continuando con esta postura en casos similares.<sup>39</sup>

### 5. Competencia en medidas cautelares en recursos directos

La decisión acerca del órgano judicial competente para dictar una medida cautelar durante la tramitación del recurso directo, se halla limitada —en la mayoría de los casos— a una cuestión de grado. Esto acontece en aquellas situaciones que en la norma se contempla la posibilidad de impugnar un acto administrativo accediendo a la instancia judicial por la vía del *recurso directo*, disponiendo especialmente su interposición ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

En el caso de las multas<sup>40</sup> impuestas por el Banco Central de la República Argentina y de acuerdo a lo prescripto en el art. 42 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, será la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, el tribunal habilitado para resolver los recursos de apelación,<sup>41</sup> es decir será la mencionada cámara el órgano jurisdiccional encargado de efectuar el control judicial del acto administrativo dictado.<sup>42</sup>

Con base en lo expuesto, puede citarse las causas en la que se tramitó las inhibitorias planteadas por la apoderada del Banco Central de la República Argentina, en relación a los autos *Álvarez Hayes*<sup>43</sup> y *Pezzarini*.<sup>44</sup> En estos casos el juez federal de la ciudad de Paso de los Libres, provincia de Corrientes, había dictado las medidas cautelares solicitadas, suspendiendo la ejecución de las sanciones de multa impuestas, hasta tanto fuera decidida la cuestión de fondo, referida a la impugnación judicial de las resoluciones sancionatorias, pues en

<sup>39</sup> CNFed. CA, Sala V, 22/XII/11, *Chiappetta, María Soledad y otro c/ EN-M° Justicia-PFA-Dto. 1322/06 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, en su actual integración.

<sup>40</sup> Art. 41, incs. 3° y 5° de la ley 21.526.

<sup>41</sup> El art. 42 establece que “[a]quellas sanciones a las que se refieren los incisos 3°, 4°, 5° y 6° del artículo anterior serán apelables, al solo efecto devolutivo, por ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.”

<sup>42</sup> CASSAGNE, JUAN C., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 412-413. “La aceptación por parte de nuestra jurisprudencia y un sector de la doctrina del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración ha llevado a sostener [...] que el sistema de justicia administrativa imperante en nuestro país es judicialista atenuado.” (Conf. TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 124.)

<sup>43</sup> CNFed. CA, Sala I, 11/X/11, *BCRA-Resol. 446/10 (inhibitoria)*; FCNFed. CCCA, 12/VI/11, *Álvarez Hayes c/ Banco Central de la República Argentina s/ incidente de medida cautelar*.

<sup>44</sup> CNFed. CA, Sala I, 13/X/11, *BCRA-Resol. 446/10 (inhibitoria)*; FCNFed. CCCA, 13/VI/11, *Pezzarini, Carlos Fabián c/ Banco Central de la República Argentina s/ medida cautelar autónoma*.

ambos casos habían sido iniciados los juicios ejecutivos en los juzgados de primera instancia del fuero.

En las citadas causas, la Sala I del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal entendió —compartiendo los fundamentos vertidos por el Fiscal General— que resultaba de aplicación lo prescripto en el art. 6º, inc. 4º del Código Procesal, y a falta de otras disposiciones sería tribunal competente, en las medidas preliminares y precautorias, el que debiera conocer en el proceso principal,<sup>45</sup> declarando su competencia y ordenando la notificación al referido juzgado federal.

Distinta solución fue dada en el caso en que el dictado de una medida cautelar se hallaba destinado a suspender la ejecución de las resoluciones del Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE), dado que el tribunal de alzada entendió que resultaba competente la primera instancia del fuero.

A esa decisión arribó la Sala II del fuero en las causas *Transener SA*<sup>46</sup> y *Edenor SA*,<sup>47</sup> al considerar que si bien los arts. 76 y 81 de la ley 24065 le atribuían la competencia para decidir respecto de los recursos directos interpuestos contra las mencionadas decisiones del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, ésta no alcanzaba a las cuestiones procesales, como la medida cautelar solicitada, ya que carecía de una regulación expresa; circunstancia que impedía ampliar la competencia —de excepción— atribuida para supuestos como el planteado.

En igual sentido, decidió que tampoco resultaba competente para entender en la suspensión cautelar del trámite de los concursos docentes, porque la jurisdicción de la Cámara estaba limitada para conocer respecto de los recursos interpuestos contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas (art. 32 de la ley 24.521) y era la primera instancia de este fuero quien deberá pronunciarse sobre ese pedido.<sup>48</sup>

En el caso *Consejo Profesional*,<sup>49</sup> no empecé a que la contienda estaba circunscripta a una cuestión territorial —entre el juez de la ciudad de la Plata o el juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal— el tribunal de alzada, al decidir que resultaba competente el juez *a quo*, con fundamento en lo prescripto en el art. 5º, inc. 3º del CPCCN, dejó a salvo que esa decisión no contrariaba la competencia atribuida oportunamente al tribunal en causas ya decididas, dado que el supuesto era distinto.

<sup>45</sup> FCNFed. CCCA, 12/VI/11, *Alvarez Hayes c/ Banco Central de la República Argentina s/ incidente de medida cautelar*; 13/VI/11, *Pezzarini, Carlos Fabián c/ Banco Central de la República Argentina s/ medida cautelar autónoma*.

<sup>46</sup> CNFed. CA, Sala II, 3/VII/10, *Transener S.A. c/ resolución n° 354/10-ENRE-(expte 31348/10)*.

<sup>47</sup> CNFed. CA, Sala II, 18/IV/11, *Edenor S.A. c/ resolución 3302/07-ENRE (expte. 309497/07) resol. 2075/10*.

<sup>48</sup> CNFed. CA, Sala II, 8/III/11, *Gusman Alfredo Silverio c/ UBA - Resol 1554/10 (Ex 20513/10) (FCTD DERECHO)*.

<sup>49</sup> CNFed. CA, Sala V, 3/XI/11, *Consejo Profesional CC EE Pcia. BA y sus Matriculados c/ EN-UIF-Resol. 25/11 (ley 25.246) s/ medida cautelar autónoma*.

En esos casos, a los que se hizo alusión, el *tema decidendum* se hallaba referido al recurso deducido (art. 25 de la ley 25.246) respecto a la impugnación de una *multa* impuesta en los términos del art. 24, incs. 1º y 2º de la ley 25.246,<sup>50</sup> en tanto que en estos autos se había solicitado una medida cautelar autónoma con el objeto de que la parte demandada se abstuviera de aplicar con respecto a los profesionales matriculados, la resolución nº 25/2011, reglamentaria de la ley 25.246.

#### 6. Competencia en cuestiones de las fuerzas armadas y de seguridad

En aquellas contiendas en que el actor es retirado o pensionado, surge la competencia del fuero de la Seguridad Social, si se toma en cuenta que deberán intervenir los juzgados de primera instancia, cuando las demandas versen sobre la aplicación de regímenes de retiro, jubilaciones y pensiones, entre otros “de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.”<sup>51</sup>

Sin embargo, a los fines de determinar el juez que debe intervenir —Contencioso Administrativo Federal o de la Seguridad Social— resulta de aplicación lo prescripto, en la materia, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que rige la tramitación de los procesos ante ambos fueros. Es así que según surge del texto de la norma citada, el tribunal competente será determinado en función de la exposición de los hechos y de la naturaleza de las pretensiones incluidas en la demanda, según lo dispuesto en los arts. 4º y 5º del mencionado cuerpo legal.

En el caso planteado por *González Librado*,<sup>52</sup> el actor entre otras cuestiones solicitó “se resuelva que las afecciones [...] que motivaron su retiro [...] y lo incapacitaron en forma total y permanente, habían sido causadas y/o agravadas por los actos de servicio que efectuara el actor para la institución demandada,” Gendarmería Nacional, petición que de prosperar llevaría a la revocación del acto administrativo en el que se declaraba que la lesión sufrida por el actor se hallaba consolidada y no tenía relación con los actos de servicio.

La competencia fue atribuida al fuero en lo Contencioso Administrativo con fundamento en que para la solución de la pretensión principal de carácter impugnatorio, a la cual se hallaban condicionadas el resto de las pretensiones de carácter resarcitorio, resultaban aplicables preponderantemente normas y principios de derecho administrativo.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> CNFed. CA, Sala V, 25/X/11, *Banco Masventas S.A. y otro c/ UIF –Resol 168/10-(Expte 1075/09)*.

<sup>51</sup> Art. 2º de la ley 24.655.

<sup>52</sup> CNFed. CA, Sala II, 22/XI/11, *González Librado c/ EN –Mº Justicia GN s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*

<sup>53</sup> FCNFed. CCCA, 19/IX/11, *González Librado c/ EN –Mº Justicia GN s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*

De manera similar, fue decidida la causa *Elías*,<sup>54</sup> en la que el actor impugnaba el acto administrativo mediante el cual se le había denegado el certificado que acreditaba su condición de veterano de guerra, con su consiguiente inclusión en el padrón. El tribunal concluyó que correspondía que el juez *a quo* reasumiera la competencia declinada por no hallarse cuestionado retiro militar alguno.

En el caso *Vázquez*,<sup>55</sup> el tribunal para decidir el conflicto de competencia suscitado con el fuero Civil y Comercial Federal refirió a la doctrina que surgía del fallo plenario *Boccardo, Miguel e hijos c/ Banco Hipotecario Nacional*,<sup>56</sup> por cuanto se debía atender fundamentalmente a los hechos expuestos en la demanda, los que deberían ser encuadrados en la normativa pertinente por el juzgador.

Asimismo, cabe precisar que según surge de la sentencia dictada, el actor “en la especie, reclama la continuidad de las prestaciones médicas que brinda una Obra Social, lo cierto es que dicha pretensión resulta inescindible de la suerte que corriera el reclamo vinculado a la nulidad del acto administrativo que dispuso el retiro obligatorio del accionante.”<sup>57</sup>

Los fundamentos que primaron fueron que la cuestión a decidir por la vía del amparo se hallaba directamente relacionada con la acción impugnatoria de la resolución n° 2076/10 del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, y lo prescripto en el art. 6°, inc. 4° del CPCCN, “por cuanto será tribunal competente a falta de otras disposiciones [...] 4) En las medidas preliminares y precautorias, el que deba conocer en el proceso principal y en el caso surgía que serían aplicadas preponderantemente normas y principios del derecho administrativo, debiendo el juez de grado reasumir la competencia declinada.”

Esta solución resulta cuestionada por algunos autores, quienes sostienen que no importa que en el juicio, y en lo que aquí interesa, se debata la legitimidad de un acto administrativo, pues igualmente resulta competente la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social, en virtud de lo prescripto en el art. 2° de la ley 24.655.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> CNFed. CA, Sala V, 22/XI/11, *Elías Juan Carlos c/ EN-M° Defensa-Ejército (Expte 1196/11-6DR) s/ amparo ley 16.986*.

<sup>55</sup> CNFed. CA, Sala V, 22/XI/11, *Vázquez Luis Rodolfo c/ EN-SPF-OSSP s/ amparo ley 16.986*.

<sup>56</sup> CNFed. CA, en pleno, 30/VI/78, *Boccardo Miguel e Hijos c/Banco Hipotecario Nacional*. En tal decisorio se sostuvo: “[q]ue tal es, asimismo, el verdadero sentido de la doctrina expuesta por la Corte Suprema *in re*: «Quintanilla, César c. Nación Argentina», del 2 de julio de 1973 (Fallos: t. 286, p. 45 o Rev. LA LEY, t. 151, p. 404), pues en el consid. 1° de esa decisión se estableció claramente que: «para la determinación de la competencia, corresponde tomar en cuenta la exposición de los hechos que el actor hiciere en la demanda y el derecho que invoca como fundamento de su acción»; doctrina esta que, rectamente interpretada, implica atenerse a la ley que se invoca en la medida de su adecuación o congruencia con los hechos narrados en la demanda, como fluye naturalmente de la cita del art. 4° del Cód. Procesal contenido en el mismo párrafo.” (Considerando 5.)

<sup>57</sup> CNFed. CA, Sala V, 22/XI/11, *Vázquez Luis Rodolfo c/ EN-SPF-OSSP s/ amparo ley 16.986*, considerando IV.

<sup>58</sup> GÓMEZ, *op. cit.*, cap. X, p. 90. El art. 2°, inc. c) de la ley 24.655 dispone: “[l]as demandas que versen sobre la aplicación de los regímenes de retiros, jubilaciones y pensiones de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.”

### 7. Competencia en amparo por mora

El instituto del amparo por mora tiende a resguardar al particular de las demoras en que la administración pueda incurrir para resolver las cuestiones que se ventilan en su seno. Debe constituir una solución eficaz para aquellos casos en donde la autoridad pública no se pronuncie en un plazo que sea razonable, pues tal es su sentido y no otro.<sup>59</sup>

Así frente a la tardanza de la administración en expedirse sobre las pretensiones éste puede optar entre requerir en sede administrativa o judicial una decisión expresa sobre su derecho o interés conforme a los arts. 10 y 28 de la ley de procedimientos administrativos, sin estar obligado a hacerlo por la primera vía.<sup>60</sup>

Es importante tener presente que la acción prevista en el art. 28 de la ley 19.549 no es idónea para imponer a la administración que decida en un cierto sentido, para lo cual existen otros remedios procesales, sino simplemente lo es para obligar a que se expida.<sup>61</sup>

En el caso *Pluna*,<sup>62</sup> la Sala V del fuero Contencioso Administrativo Federal consideró que para determinar la competencia debía estarse a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ello, al derecho que se invoca con fundamento de su pretensión<sup>63</sup> y dado que el litigio versaba sobre una cuestión claramente vinculada al derecho aeronáutico, declaró la competencia del fuero Civil y Comercial Federal por su especial versación en la materia según lo prescripto en el art. 198 del Código Aeronáutico y art. 42, inc. b) de la ley 13.998.

En la causa *Municipalidad de Merlo y otros*<sup>64</sup> la actora inicia la acción de amparo por mora a fin de que le abone la deuda originada en la prestación de servicios médicos, contratados por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. El tribunal de alzada consideró que la relación sustancial que unía a las partes estaba regida por el derecho común y declaró la competencia de la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal.

Un caso especial se da cuando por un lado fue dictada una medida cautelar y por otro se plantea una acción de amparo por mora, con relación al fondo que se encuentra tramitando en sede administrativa. Ante esta circunstancia, el tribunal tuvo en cuenta que la ley de procedimientos administrativos no establecía

<sup>59</sup> CNFed. CA, Sala I, 30/VI/86, *Bej Julio A. c/ B.C.R.A.*

<sup>60</sup> CNFed. CA, Sala III, 9/IV/86, *Buccianti de García Fernández Norma c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Just.*

<sup>61</sup> CNFed. CA, Sala IV, 5/VIII/86, *Glikstein S.A.C.I.A.M. c/ E.N.Tel.*

<sup>62</sup> CNFed. CA, Sala V, 21/X/11, *Pluna Líneas Aéreas Uruguayas S.A. c/ EN- ANA (Exp SOI: 19776/11) s/ amparo por mora.*

<sup>63</sup> CSJN, *ICF S.A.*, 1987, *Fallos*, 310: 1116; *Amarilla Benito*, 1988, *Fallos*, 311: 172.

<sup>64</sup> CNFed. CA, Sala II, 3/V/01, *Municipalidad de Merlo y otros UTE c/ EN-Licitación P 32/00 y otros s/ amparo por mora.*

el juez competente para impartir la orden judicial, por lo tanto decidió que sería competente el juez que interviniera en la cuestión debatida en el expediente administrativo y atribuyó ese carácter al juez que —en el caso— había ordenado la medida cautelar.<sup>65</sup>

### 8. Competencia en cuestiones relacionadas con los servicios públicos

En los casos tratados, como fundamento de las medidas cautelares (autónomas) solicitadas, las actoras invocaron que se hallaba en juego el abastecimiento regular y continuo de hidrocarburos y sus derivados en los autos *Parador Norte*<sup>66</sup> y la subsistencia de la empresa y la continuidad en la prestación del servicio de televisión por cable en la causa *Cablevisión*.<sup>67</sup>

En el primero de los casos citados, la medida peticionada de carácter autosatisfactiva<sup>68</sup> se hallaba destinada a que se ordenara a YPF abastecer las bocas de expendio con las bases de los volúmenes entregados a los operadores en el mes de mayo de 2011, hasta tanto las partes resolvieran sus diferendos por las vías pertinentes, en cumplimiento del acto administrativo dictado por el Ministerio de Planificación Federal e Inversión Pública y Servicios, Subsecretaría de Energía, nota n° 4383/2011, y que la demandada se negaba a cumplir.

El tribunal, compartiendo los fundamentos dados por el fiscal feneral, declaró la competencia del fuero contencioso administrativo, toda vez que el fondo del asunto remitía prioritariamente al análisis de normas y principios de derecho administrativo,<sup>69</sup> ordenando previa remisión al juzgado competente, la notificación al juez en lo Civil y Comercial Federal, con quien se había planteado el conflicto negativo de competencia.

En el segundo caso mencionado, el titular del Juzgado Federal N°1 de Córdoba, tuvo por acreditada la verosimilitud del derecho invocado y en especial el peligro en la demora, dada la pérdida económica que significaría para la empresa la aplicación de la fórmula que preveía la resolución n° 50/10 de la Secretaría

<sup>65</sup> CNFed. CA, Sala II, 22/XI/11, *Román, José María c/ EN-SAG y P-Dirección Forestación s/ amparo por mora*.

<sup>66</sup> CNFed. CA, Sala IV, 20/XII/11, *Parador Norte SA y otro c/ YPF SA (nota 4338/11 SE) y otro s/ medida cautelar (autónoma)*.

<sup>67</sup> CNFed. CA, Sala V, 29/XI/11, *Cablevisión SA c/ EN-M° Economía-SCI Resol. 50/10 y 36/11 s/ medida cautelar (autónoma)*.

<sup>68</sup> “Algunos autores tienden a asimilar las medidas autónomas con las autosatisfactivas, es decir, aquellas que se caracterizan por la satisfacción definitiva y única de la pretensión (por ejemplo, la medida que ordena a la administración al concederle al particular vista de las actuaciones administrativas, etc.). Si bien las medidas autosatisfactivas son autónomas, en tanto no son instrumentales o accesorias de un proceso principal, no todas las autónomas son por supuesto autosatisfactivas. Así ocurre, por ejemplo, con los pedidos de suspensión de efectos del acto mientras tramitan un recurso administrativo antes referido.” (Conf. TAWIL, GUIDO S., “Medidas cautelares autónomas,” *RAP*, 336: 515.)

<sup>69</sup> FCNFed. CCCA, 21/X/11, *Parador Norte SA y otro c/ YPF SA (nota 4338/11 SE) y otro s/ medida cautelar (autónoma)*.

de Comercio Interior (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) y que se concretaba en la fijación de precio del abono básico que establecía la resolución n° 36/11 y ordenó la suspensión de la aplicación de las mencionadas resoluciones.

Apelada la resolución, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba sostuvo que la competencia territorial de causas seguidas por empresas de servicios con sede central y sucursales en distintos puntos del territorio nacional, se rige por el domicilio principal o social de su casa matriz, constituido al momento de su inscripción por ante el órgano de control respectivo, haciendo mérito de la importancia de alcanzar la seguridad jurídica, evitando el inicio de sucesivas causas de idéntica naturaleza y objeto, remitió los autos a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

Los autos llegan a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a fin de resolver el conflicto negativo de competencia existente entre la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo y la Justicia Nacional en lo Penal Económico, dada la inhibitoria de la jueza en lo Contencioso Administrativo Federal.

Con base en que la actora cuestionaba —entre otras cosas— que se le impidiera fijar libremente el precio al que pretendía ofrecer y comercializar sus servicios, con el consiguiente perjuicio, surgía evidente que no se trataba de la impugnación de una sanción, quedando descartada la competencia de la Justicia en lo Penal Económico según lo prescripto en el art. 16 de la ley 20.680.<sup>70</sup>

Asimismo, el tribunal decidió que resultaba competente la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, dado que en la causa se impugnaban actos de índole administrativa, sobre una “materia de idéntica naturaleza, *como es la determinación del precio de la comercialización del servicio de televisión por cable que presta la actora.*” La solución del caso traía aparejada la aplicación de normas de derecho público y resultaba clara la prioritaria relevancia que los aspectos propios del derecho administrativo asumían para su solución.

Concluyó, que la materia en debate, su contenido jurídico y el derecho que se intentaba hacer valer permitía considerar los autos como una causa contencioso administrativo en los términos del art. 45, inc. a) de la ley 13.998.

Finalmente, el tribunal de alzada se declaró competente para entender respecto a la apelación de la medida cautelar dictada por el juez federal de Córdoba con sustento en la doctrina de la Corte Suprema, por cuanto las medidas cautelares

<sup>70</sup> El art. 16 de la ley 20.680 establece que: “La resolución administrativa que imponga sanciones podrá ser apelada dentro de los cinco (5) días hábiles de su notificación ante el Órgano que la dictó, debiendo fundarse el recurso en el mismo escrito de su interposición. En caso de no fundárselo será desestimado, quedando firme la resolución. Conocerá en dicho recurso en única instancia el Juez Federal con jurisdicción en el lugar. En la Capital Federal será competente el Juez Nacional en lo Penal Económico de turno. En lo que respecta a la pena de clausura, el recurso se concederá al solo efecto devolutivo.”

dictadas por juez incompetente<sup>71</sup> pueden ser revisadas por un tribunal de grado de otro fuero, en el cual ha continuado el trámite de la causa.<sup>72</sup>

### 9. Competencia en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Estado nacional —codemandados

Fueron iniciadas diversas causas, en las que los actores solicitaban que se les abonara correctamente la suma correspondiente al Fondo Nacional de Incentivo Docente creado por la ley 23.053. A esos fines demandaron a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por ser docentes pertenecientes a escuelas dependientes del Gobierno de la Ciudad y ser ésta la encargada de practicar la liquidación del rubro reclamado, y al Estado nacional en su calidad de autoridad de aplicación de la ley 23.053.

Las salas del fuero Contencioso Administrativo Federal, en forma casi unánime consideraron que resultaba competente el fuero federal por estar demandado el Estado nacional —*ratione personae*—<sup>73</sup> con la salvedad de la posibilidad de revisar la competencia si llegara a modificarse los sujetos pasivos de los presentes autos,<sup>74</sup> como así también que en el caso se deberán aplicar principios propios de derecho público local sino también federal, ordenando que el juez en lo contencioso administrativo reasumiera la competencia declinada.

A los fundamentos vertidos se puede agregar lo decidido por VINCENTI (vocal de la Sala IV) según su opinión en la materia: “[E]l juez de grado, de oficio o a pedido de parte, deberá evaluar si se dan las condiciones para que se pueda considerar —si el Estado Nacional— está sustancial y no sólo nominalmente demandado, o si se da un supuesto de acumulación subjetiva de pretensiones, donde cada una de las personas haga valer su derecho, en la jurisdicción que le corresponda, en concordancia con el criterio que el máximo Tribunal había sentado en la causa “Mendoza” (Fallos: 329:2316).”<sup>75</sup>

<sup>71</sup> El art. 196 del CPCCN establece que: “Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente.”

<sup>72</sup> Doctrina de la CSJN, *Knapp*, 1988, *Fallos*, 312: 203; *Carballo Luciano*, 2007, *Fallos*, 330: 120, entre otros.

<sup>73</sup> CNFed. CA, Sala I, 29/XII/11, *Laraia María Inés y otros c/ EN –M° Educación- Ley 2503 y otro s/ empleo público*; Sala II, 7/XII/11, *Pesce Carlos Miguel y otros c/ EN –M° Educación (Ley 25053) y otros s/ empleo público*; Sala IV, 1/III/12, *Budip María Inés y otros c/ EN –M° Educación (ley 25053) s/ empleo público*.

<sup>74</sup> CNFed. CA, Sala II, 7/XII/11, *Pesce Carlos Miguel y otros c/ EN –M° Educación (Ley 25053) y otros s/ empleo público*; Sala IV, 1/III/12, *Budip María Inés y otros c/ EN –M° Educación (ley 25053) s/ empleo público*; Sala II, 1/XII/11, *Link María Eugenia y otros c/ M° de educación –ley 25053 y otro s/ empleo público*.

<sup>75</sup> CNFed. CA, Sala IV, 1/III/12, *Budip María Inés y otros c/ EN –M° Educación (ley 25053) s/ empleo público*, voto del Dr. VINCENTI.

En la causa *Banco Mariva*<sup>76</sup> se trata de una acción declarativa de certeza (art. 322 del CPCCN) con el objeto de despejar toda duda acerca de la exigibilidad del impuesto a los ingresos brutos (ISIB) por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre los bonos recibidos del Estado nacional, en los términos del decreto 905/02 y sus normas complementarias.

En el caso se plantea un conflicto de competencia positivo, pues tanto la jueza interviniente en el fuero Contencioso Administrativo Federal como la titular del juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, se declararon competentes para intervenir en la causa.

En síntesis, el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo en su dictamen que para resolver la cuestión planteada debían examinarse principalmente normas y principios del derecho federal administrativo y tributario.

El tribunal, por su lado, consideró que la acción declarativa incoada versaba acerca del alcance que tenían las normas de carácter local —referidas a la percepción del impuesto a los ingresos brutos— sobre los bonos entregados por el Estado nacional a la actora (decreto 905/02 y ley 25.827) a consecuencia del desequilibrio financiero provocado por la crisis económica suscitada en el país a fines de 2001. Desde esa perspectiva en tanto el derecho que se pretendía hacer valer se fundaba en normas federales y constitucionales, correspondía atribuir la competencia al fuero en lo Contencioso Administrativo Federal.

Por otro, estimó que la presente causa versaba sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las jurisdicciones locales y el gobierno federal, cuestión regida por la Constitución nacional y en consecuencia regida por lo prescripto en el art. 2º, inc. 1º de la ley 48, lo que torna competente a la Justicia nacional para entender en ella,<sup>77</sup> debiendo reasumir la competencia el titular del juzgado contencioso administrativo federal.<sup>78</sup>

#### 10. Competencia en razón del grado

En el caso *Tam Líneas Aéreas*<sup>79</sup> y *Yon Valentín*,<sup>80</sup> el tribunal de alzada decidió que en la Ley de Migraciones N° 25.871 se establecía que serían competentes para entender en los recursos previstos en los títulos V y VI de esa ley los juzgados

<sup>76</sup> CNFed. CA, Sala IV, 15/XI/11, *Banco Mariva SA c/ GCBA –AGIP (Dto. 905/02) s/ proceso de conocimiento*.

<sup>77</sup> Doctrina de la CSJN, *Uriarte Fernando*, 1991, *Fallos*, 314: 508; *Municipalidad de Profesor Salvador Mazza*, 1992, *Fallos*, 315: 1479; *Edesur SA*, 1999, *Fallos*, 322: 2624, entre otros.

<sup>78</sup> En el mismo sentido: CNFed. CA, Sala III, 10/II/09, *BBVA Banco Francés SA c/ GCXBA –AGIP DGR Resol. 3631/08 (Dto. 905/02) s/ medida cautelar autónoma*, Sala V, 26/II/09, *Banco de Galicia y Bs. As. AS c/ M° Hacienda (CABA) –AGIP Resol. 3808/08 s/ proceso de conocimiento*.

<sup>79</sup> CNFed. CA, Sala II, 31/III/11, *TAM Líneas Aéreas SA c/ EN –DNM-Resol 654/09 Expte. 1681/06 s/ recurso directo para juzgados*.

<sup>80</sup> CNFed. CA, Sala IV, 15/XII/11, *Yon Valentín Nancy Estela c/ EN –M° Interior –RSL 129/11-DNM –Disp. 39229/08 (ex. 215428/99) s/ recurso directo para juzgados*.

nacionales de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, con lo cual no surgía que pudiera interpretarse que la cámara del fuero constituyera una instancia ordinaria adicional, declarando mal concedidos los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por el juez *a quo*, manteniendo la misma línea de pensamiento que casos anteriores.<sup>81</sup>

En la causa *Comoglio*<sup>82</sup> fue decidida la incompetencia del tribunal de alzada —vía del recurso directo— con fundamento en que el nuevo marco regulatorio del empleado público, aprobado por la ley 25164, establecía, a opción del interesado, o bien impugnar el acto administrativo por la vía administrativa común y una vez agotada ésta acudir a sede judicial o recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o por ante las cámaras federales con asiento en las provincias, según correspondiera (art. 39) y en el caso la actora había optado por la vía administrativa al presentar los recursos correspondientes.

Los actores habían sido exonerados, al momento de la notificación se les informó que contra dicho acto resultaba procedente el recurso de reconsideración y alzada. Presentados los recursos de reconsideración, fue dejada sin efecto la sanción de exoneración y declarada la cesantía; decisión que fue notificada sin cumplir con la indicación de los recursos que se podían articular y en qué plazo (art. 40 del RLNPA), los actores interpusieron recurso administrativo y solicitaron la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa. Ambas peticiones fueron denegadas por el Ministro de Ciencia y Tecnología e Innovación Productiva, promoviendo los actores el presente recurso directo ante la alzada.<sup>83</sup>

El tribunal, consideró adecuado en virtud del principio *in dubio pro actione* encauzar el remedio procesal, como demanda ordinaria, para hacer efectiva la revisión judicial del acto administrativo cuestionado, resguardando la garantía constitucional de acceso a la justicia. (Art. 18 de la Constitución nacional.) A esa conclusión arribó por entender que la administración no había cumplido adecuadamente los requisitos prescriptos en el art. 40 del reglamento de la ley nacional de procedimientos administrativos, al momento de notificar los actos impugnados, especialmente en lo que se refiere a la opción procesal.<sup>84</sup>

Asimismo, haciendo mérito del principio abstencionista, en cuanto a la inconveniencia de que los tribunales incompetentes dicten medidas de carácter cautelar (art. 196, primer párrafo del CPCCN) resolvió no expedirse con relación

<sup>81</sup> CNFed. CA, Sala IV, 22/XI/07, *Varig SA (Viacao Aérea Río Grandense) c/ DNMDisp. 33359/04 (Expte. 215766/02) s/recurso directo para juzgados*; 9/XII/08, *United Air Lines Inc. c/ EN-DNM-disp. 17552/05 y 1776/06 (expte 4208/04)*.

<sup>82</sup> CNFed. CA, Sala IV, 15/XI/11, *Comoglio Laura Inés y otro c/ CONICET-Resol. 1548/11 (Exp. 1616/09) y otro*.

<sup>83</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Comoglio Laura Inés y otro c/ CONICET-Resol. 1548/11 (Exp. 1616/09) y otro*, considerando III.

<sup>84</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Comoglio Laura Inés y otro c/ CONICET-Resol. 1548/11 (Exp. 1616/09) y otro*, considerandos VI y VII.

a la medida cautelar solicitada y ordenó la remisión de los autos a la oficina de asignación de causas para el sorteo del juez que debería intervenir.

### 11. *Competencia en materia laboral*

Con relación a la competencia del fuero laboral, es reiterada la jurisprudencia que sostiene que si el derecho de fondo es de naturaleza laboral,<sup>85</sup> el contenido de la materia en debate atañe sustancialmente a relaciones jurídicas que se rigen y resuelven exclusivamente por la interpretación y aplicación de disposiciones de derecho laboral,<sup>86</sup> corresponde intervenir a la Justicia Nacional del Trabajo.

Tal es el caso en que la accionante impugna un acto de la AFIP, que le denegó la indemnización por fallecimiento de su hermano y para la solución del caso se deberán analizar las normas del convenio colectivo de trabajo n° 56/92 y del art. 256 de la ley de contrato de trabajo,<sup>87</sup> o cuando el reclamo del actor se fundamenta en la impugnación de un acto emitido por la Superintendencia de Riesgo de Trabajo en uso de las facultades conferidas en el apartado I del art. 36 de la ley 24.557, en el que se regula el procedimiento para prevenir y tratar accidentes laborales —ámbito ferroviario, premetro y subterráneo.<sup>88</sup>

Pues se ha sostenido que no determina una solución distinta que se demande al Estado nacional o se impugne un acto administrativo, sino que para que intervenga el fuero Contencioso Administrativo Federal se requiere la subsunción del caso en el derecho administrativo.<sup>89</sup>

### 12. *Competencia del fuero Civil y Comercial Federal*

En la causa *Vaccalluzzo*,<sup>90</sup> quien peticiona el dictado de una medida cautelar de no innovar (autónoma) contra el Instituto de Vivienda del Ejército a fin de que se abstenga de otorgar factibilidad y financiación de la obra n° 256, COVA II —San Miguel— hasta tanto se dictara sentencia definitiva en la cuestión de fondo.

El fiscal federal de grado, en su dictamen, sostuvo que las normas y principios que *prima facie* estarán llamados a resolver el conflicto resultan ser de derecho común, por cuanto se encontraban referidas a la constitución de un contrato

<sup>85</sup> CNFed. CA, 15/XI/11, *Nicolás María Cristina c/ ENAFIP- Disp 315/02 s/ proceso de conocimiento*.

<sup>86</sup> CNFed. CA, Sala II, 7/II/11, *TBA SA c/ EN-SRT-Resol 558/09 s/ proceso de conocimiento*.

<sup>87</sup> CNFed. CA, Sala II, 3/V/01, *Municipalidad de Merlo y otros UTE c/ EN-Licitación P 32/00 y otros s/ amparo por mora*.

<sup>88</sup> CNFed. CA, Sala II, 22/XI/11, *Román José María c/ EN-SAG y P-Dirección Forestación s/ amparo por mora*.

<sup>89</sup> CSJN, *Empresa Nacional de Telecomunicaciones*, 1986, Fallos, 308: 229; CNFed. CA, Sala III, 21/VI/90, *Municipalidad de Lanús*; 14/VI/92, *Tartaglioni*; 22/IV/97, *Empresa Ferrocarril General Belgrano*.

<sup>90</sup> CNFed. CA, Sala I, 1/XI/11, *Vaccazzullo Raúl Carmelo c/ EN-IVE- (OBRA 256-COVA II) s/ medida cautelar (autónoma)*.

de mutuo con garantía hipotecaria, pretensión jurídica propia del fuero Civil y Comercial Federal.

Existen, a su vez, numerosos casos que se encuentran expresamente previstos en normas que atribuyen la competencia al fuero en lo Civil y Comercial Federal, como sucede con el régimen nacional de la propiedad automotor regulado en el decreto-ley 6582/58.<sup>91</sup>

Así en el caso *Melongo*,<sup>92</sup> si bien el objeto de la demanda se hallaba referido a los daños y perjuicios por “la falta de transferencia del dominio” y no encuadraba exactamente en el art. 37 del mencionado régimen de propiedad automotor, fue aplicada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia “en orden a que las normas que atribuyen competencia a determinados tribunales para entender en ciertas materias cuando de recursos se trata, son indicativas de una especialización que el ordenamiento le reconoce y que constituye una relevante circunstancia a tener en cuenta cuando esos mismos temas son objeto de una demanda, a falta de disposiciones legales que impongan una atribución distinta,”<sup>93</sup> declarando la competencia del fuero Civil y Comercial Federal.

A la misma solución y por los mismos fundamentos se arribó en la causa *Cohen*,<sup>94</sup> en la que el actor pretendía obtener el levantamiento de la restricción de uso y circulación en la vía pública del automotor de su propiedad, motivada en el requerimiento de licencia para configuración de modelo (LCM) por el área delegaciones aduaneras del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor al emitir el certificado de importación correspondiente, cuya rectificación también se solicitaba.

### 13. Competencia en materia comercial

En la causa *DYAT*<sup>95</sup> la parte actora había iniciado la demanda a fin de que se declarara la nulidad de la resolución n° 536/08 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación mediante la cual se le había cancelado la autorización otorgada a la empresa actora para emitir certificados de depósitos y warrants en los términos de la ley 9.643.

<sup>91</sup> Art. 37: “Las decisiones de los Encargados de Registro en materia registral podrán ser recurridas. En la Capital Federal será competente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal.”

<sup>92</sup> CNFed. CA, Sala I, 1/XII/02, *Melongo Juan Carlos Roberto y otro c/ EN -DINAREPA y otros s/ daños y perjuicios*.

<sup>93</sup> CSJN, *Federación Argentina Unión Personal Panaderías y Afines*, 1989, Fallos, 312: 986; PCSJN, 7/V/02, *Surcor TV SA c/ Multicanal SA*.

<sup>94</sup> CNFed. CA, Sala IV, 29/III/12, *Cohen Watkins Eduardo c/ EN -RENAPOA -ADA s/amparo ley 16.986*.

<sup>95</sup> CNFed. CA, Sala IV, 9/III/11, *DYAT SA c/ EN-M° Producción- SAGP y A- Resol.536/08 (Expte. 602278/04) s/ proceso de conocimiento; 22/XII/11, PROCONSUMER c/ AMX Argentina SA s/ proceso de conocimiento*.

El Fiscal General, a cuyos fundamentos adhirió el tribunal de alzada, sostuvo “que la presencia y posible discusión de actos administrativos en los litigios judiciales no imponen necesariamente la competencia del fuero contencioso administrativo [...] y que del escrito inicial no surgía que fueran a aplicarse directa e inmediatamente normas ni principios de derecho administrativo y que la norma invocada ley 9.643 no excedía el derecho común (art. 33),” dictaminando que el juez comercial debía reasumir la competencia declinada.<sup>96</sup>

Fundamentos similares fueron invocados en la causa *Proconsumer*,<sup>97</sup> en la cual la parte actora había solicitado que se dispusiera que AMX Argentina (Claro): a) Cese de facturar a sus clientes de modo mensual, sumas de dinero por el concepto “claro te avisa” o “aviso de disponibilidad” o “estoy disponible,” exceptuando a aquellos clientes que lo hubieren solicitado expresamente, y b) reintegre a los clientes actuales o pasados las sumas abonadas por el concepto referido con más los intereses y costas.

La sala decidió que era la Justicia Comercial la que debía intervenir pues de la lectura del escrito inicial no surgía que se hubiera demandado a autoridad nacional alguna, ni aparecían cuestionados actos u omisiones de un órgano estatal. La cuestión se hallaba circunscripta en el marco de la relación contractual entre particulares y para su solución resultarían de preponderante aplicación normas y principios del derecho privado.

#### 14. Conclusiones

Como hemos podido observar, las decisiones de los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en lo sustancial, conti-núan con una línea de pensamiento ya consolidada y la reafirman como sucede en la causa *Vázquez*, resuelta por la Sala V, en la que se hace remisión expresa a la doctrina legal del fallo plenario *Miguel Boccardo* y en la causa *Cablevisión*, en la que la misma sala sostiene, como fundamento, la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la materia contenciosos administrativa, citada con anterioridad en numerosos fallos,<sup>98</sup> basada en un criterio objetivo.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> FCNFed. CCCA, 2/VII/10, *DYAT SA c/ EN-M° Producción- SAGP y A- Resol.536/08 (Expte. 602278/04) s/ proceso de conocimiento.*

<sup>97</sup> FCNFed. CCCA, 7/XII/12, *PROCONSUMER c/ AMX Argentina SA s/ proceso de conocimiento.*

<sup>98</sup> CNFed. CA, Sala IV, 14/III/89, *Fabris Marcelo P. c/ Adm. Nacional de Aduanas*; 15/IX/92, *Quaglino, Jorge y otros c/ Obra social del Ministerio de Justicia de la Nación*; HEILAND, *op cit.*

<sup>99</sup> “Con referencia específica a la competencia contencioso administrativa, la misma puede estar determinada por un criterio subjetivo, objetivo o mixto. Según el criterio subjetivo u orgánico, la competencia está determinada exclusivamente en función del sujeto público que interviene en la causa, ya sea como actor o como demandado, sin considerarse las normas que resultan aplicables al conflicto [...] el criterio objetivo o material [...] la acción entablada y el derecho objetivo aplicable estén sometidos básicamente a las normas de derecho administrativo [...] por último en el criterio mixto se requiere la configuración de los dos elementos.” (Conf. POZO GOWLAND, HÉCTOR M., “Organización de la Justicia Federal y el fuero Contencioso Administrativo de la Nación,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. I, pp. 131-132.)

Esta *estabilidad jurisprudencial*, otorga un mayor grado de certeza, evitando situaciones de denegación de justicia.<sup>100</sup> Asimismo, facilita la iniciación de los pleitos, resguardando así el ejercicio del derecho de defensa en juicio, garantizando el acceso a la instancia judicial, acelerando la tramitación del proceso y acortando su duración.

También podemos observar que en la acción de amparo por mora, contrariamente a lo sostenido por la doctrina,<sup>101</sup> la jurisprudencia del tribunal de alzada, adhiere a la postura que entiende que deberá intervenir el juez que sea competente en el expediente administrativo.

Con buen auspicio, vemos que la Cámara, continúa aplicando la sana práctica de encauzar las acciones, haciendo mérito del principio de economía procesal, lo cual permite resguardar los derechos de las partes, en aquellos casos en que el transcurso de los plazos, resulta fatal para su ejercicio.<sup>102</sup>

Finalmente, podemos observar que las soluciones aparecen disímiles, al momento de decidir cuál es el tribunal competente, en razón del grado, para dictar una media cautelar en los recursos directos, pues se resuelve asignar la competencia a primera o segunda instancia, con fundamentos similares *ante la carencia de una regulación expresa o a falta de otras disposiciones*, dando como resultado la coexistencia de dos criterios diferenciados; por un lado el restringido que considera a la competencia de la Cámara de excepción y ordena la remisión de la causa al juzgado de primera instancia<sup>103</sup> y por otro el amplio que decide extender la competencia de la alzada al caso en análisis.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. XIII, § 3, p. XIII-7.

<sup>101</sup> En CSJN, *Genoud Ana M. c/ Estado Nacional*, 2003, *Fallos*, 326:3664, del dictamen del Procurador General de la Nación NICOLÁS BECERRA: “[Q]ue la causa deberá seguir con su trámite por ante el estrado contencioso administrativo [...] debatiéndose la configuración o no de la mora [...] y no que el juez resuelva el problema [...] de índole laboral.” (Ver BUDASSI, IVÁN F., “Amparo por mora,” en CASSAGNE (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, *op. cit.*) “Teniendo en cuenta la inexistencia de una norma de carácter general que resulte completa para establecer la competencia en lo contencioso administrativo federal, adherimos al criterio objetivo para definir la materia administrativa [...] ¿Y cuál sería la naturaleza jurídica de las normas y los principios aplicables a los hechos generadores de un amparo por mora? Muy simple: la naturaleza jurídica es siempre pública, de derecho administrativo.” (Conf. CASSAGNE, EZEQUIEL, “El amparo por mora de la administración,” *LL*, 2010-E, 881.)

<sup>102</sup> En CNFed. CA, Sala I, 16/VIII/11, *Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c/ UIF-Resol 36/10* se ha sostenido que “[e]l estado del proceso judicial no resulta óbice para la declaración de incompetencia que aquí se resuelve, dados los fundamentos de orden constitucional que la motivan y los fines tendientes a una recta administración de la Justicia que la inspiran [...] Sin perjuicio de lo anterior y en tanto se juzga que cumplimentan la totalidad de los requisitos exigidos por los artículos 330 y 356 del C.P.C.C.N., con los escritos presentados corresponde -por elementales principios de economía procesal- tener por interpuesta y contestada la demanda, debiendo el Juez que resulte sorteado obrar de conformidad con el artículo 359 y siguientes de dicho Código” y CNFed. CA, Sala IV, *Comoglio Laura Inés y otro c/ CONICET-Resol. 1548/11 (Exp. 1616/09) y otro*.

<sup>103</sup> CNFed. CA, Sala II, 3/VII/10, *Transener S.A. c/ resolución n° 354/10-ENRE-(expte 31348/10); 18/IV/11, Edenor S.A. c/ resolución 3302/07-ENRE (expte. 309497/07) resol. 2075/10*.

<sup>104</sup> CNFed. CA, Sala I, 11/X/11, *BCRA-Resol. 446/10 (inhibitoria)*; FCNFed. CCCA, 12/VI/11, *Alvarez Hayes c/ Banco Central de la República Argentina s/ incidente de medida cautelar*; CNFed.

En definitiva, la evolución y el grado de desarrollo alcanzado en la continua delimitación de la competencia del fuero, otorga autonomía y una inagotable fuente de soluciones, que parece separarse cada vez más, de la necesidad del dictado del código procesal en la materia.



# LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por NATALIA F. MAQUES BATTAGLIA y MATÍAS J. SAC

## SUMARIO

1. Introducción .....	43
2. Medidas cautelares .....	44
2.1. Definición .....	44
2.2. Caracteres .....	45
2.3. Clasificación .....	46
2.4. Finalidad .....	46
2.5. Requisitos para su procedencia .....	47
2.5.1. Verosimilitud del derecho .....	47
2.5.2. Peligro en la demora .....	48
2.5.3. Inexistencia de otra cautelar .....	49
2.5.4. Contracautela .....	49
3. Medidas cautelares autónomas .....	50
4. Medidas cautelares solicitadas junto con la interposición de la demanda judicial o con posterioridad a ella, como pedido de suspensión de los efectos del acto administrativo .....	53
5. Procedimiento .....	55
5.1. Juez competente .....	56
5.2. Informaciones sumarias .....	56
5.3. Trámites iniciales .....	57
5.4. Oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación. Requerimiento de las actuaciones administrativas .....	57
5.5. Resolución de medida cautelar .....	58
5.6. Recursos .....	58
5.7. Caducidad de las medidas cautelares .....	59
5.8. Extinción de las medidas cautelares autónomas .....	60
6. Conclusión .....	60



# LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por NATALIA F. MAQUES BATTAGLIA y MATÍAS J. SAC

## 1. Introducción

La presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria que caracteriza a los actos que dicta la administración, lleva a que muchas veces se encuentren en conflicto, por un lado, las facultades que a ella se le reconocen para el cumplimiento de sus cometidos y, por el otro, los derechos de los administrados frente a tal comportamiento.

Sabido es que el particular que se siente lesionado en sus derechos o intereses por una decisión administrativa, antes de llegar a la jurisdicción, debe recorrer un camino en sede de la administración y, recién una vez *agotada la vía administrativa previa*, podrá someter la controversia a decisión de la autoridad judicial.

Ahora bien, el largo tiempo transcurrido entre el dictado del acto administrativo y la sentencia judicial —que, para adquirir firmeza puede llegar, en algunos casos, a ser tratada por el Máximo Tribunal, alargando aún más los tiempos del procedimiento— llevan a que durante ese período las circunstancias que motivaron el reclamo del particular se hayan alterado, tornando ilusorias e ineficaces las resoluciones destinadas a reestablecer el derecho conculcado.

De esta manera, en el cuestionamiento de la legalidad, justicia y validez de los actos administrativos ante la jurisdicción, las medidas cautelares se presentan como un capítulo esencial de la garantía de tutela judicial efectiva del ciudadano, frente a una administración que puede ejercer por sí sus decisiones, aún cuando estuvieren cuestionadas en aquella sede, favoreciéndose el uso del poder público.<sup>1</sup>

Cabe precisar que no deben desconocerse las facultades discrecionales que la autoridad administrativa posee en la materia en análisis, pero de allí en modo alguno se puede concluir que discrecionalidad implique imposibilidad de control

<sup>1</sup>GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p.19.

por parte del Poder Judicial de la Nación, y en especial del fuero federal, y ello en la medida que en términos genéricos corresponde al mismo el control de legitimidad del accionar administrativo.<sup>2</sup>

Desde esta perspectiva, ante la necesidad de que el derecho no sucumba o se troque en verdadera ficción ante el proceso, es decir, que con el fin de que este instrumento de tutela cumpla, oportuna y debidamente, con su noble cometido, resulta indispensable que otro instrumento asegure, en lo posible, sus resultados o su eficacia. Para realizar este objetivo es que se justifica y existe el proceso cautelar.<sup>3</sup>

Por su parte, debido a que lo normal es que en el proceso administrativo sea el Estado el demandado, debe tenerse presente la particular situación de que éste, por representar intereses generales, tiene una serie de prerrogativas que deben ser cuidadosamente analizadas al decretarse contra él una medida cautelar.

## 2. Medidas cautelares

### 2.1. Definición

Las medidas cautelares contra la administración han sido definidas por la doctrina en reiteradas oportunidades. A continuación se detallan algunas de las más destacadas.

Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de de la persona y de los bienes (art. 18 de la Constitución nacional) y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales.<sup>4</sup>

De este modo se ha entendido que la decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional, valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado, reclamada como reacción inmediata y provisional, tendiente a superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes en orden a la disposición de aquéllas desde el origen de un conflicto sometido a decisión judicial y hasta el momento de su composición efectiva.<sup>5</sup>

Según PODETTI, son “actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un

<sup>2</sup> DIAZ, CLEMENTE A., *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pp. 604-605.

<sup>3</sup> SNOPEK, GUILLERMO, *Las medidas cautelares en contra de la Administración Pública*, La Plata, Librería Editora La Plata, 1985, p. 29.

<sup>4</sup> DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p.71.

<sup>5</sup> GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Actividad cautelar en el proceso contra la Administración Pública,” *RAP*, 203: 12.

anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces.”<sup>6</sup>

En definitiva, podemos definir las medidas cautelares procesales como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.<sup>7</sup>

## 2.2. Caracteres

Según GALLEGOS FEDRIANI<sup>8</sup> algunos de los principales caracteres que se observan en distintas disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación son:

- No causan instancia: La decisión que recae al respecto no produce cosa juzgada, pues ante hechos sobrevinientes pueden cesar, ser sustituidas unas por otras más prácticas y menos gravosas, ampliadas o disminuidas. (Conf. arts. 202, 203, 204, 212, inc. 2º y 209, inc. 5º.) Son entonces, provisionales.

- Carácter sumario del trámite: El conocimiento judicial previo a su dictado es limitado, superficial y fragmentario, no es precedido por un contradictorio y se cumple sin audiencia de la otra parte (art. 198 del CPCCN) con el fin de asegurar su eficacia.

- Son acumulables: Con el fin de cubrir sectores de seguridad cuando una sola no es suficiente, por ejemplo, embargo-inhibición.

- Tramitan por expedientes separados: A él se añaden las copias pertinentes de las actuaciones principales. (Copia del poder y la demanda principal.) Lo trascendente es la reserva del expediente, puesto que, las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin la audiencia de la otra parte.

- Son recurribles: Por vía de reposición y apelación. Si se concede este último recurso, será al solo efecto devolutivo.

- Caducan de pleno derecho: Si hubieran sido decretadas antes del juicio principal y éste no se promoviera dentro de los diez días siguientes de su traba.<sup>9</sup>

Otras de las características que enumera la doctrina es la *instrumentalidad*, dado que las medidas cautelares no constituyen un fin en si mismas, cumpliendo una función de aseguramiento en función de otros procesos. Son *provisionales*,

<sup>6</sup> PODETTI, J. RAMIRO, *Derecho procesal civil, comercial y laboral, Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 33.

<sup>7</sup> CNCivil, Sala A, 12/1/00, *Di Paolo c. Burstyn y otros*.

<sup>8</sup> GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, 2ª ed., cap. II, pp. 39-40.

<sup>9</sup> FENOCHIETTO, CARLOS E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 700-701.

ya que están destinadas a durar mientras no sobrevenga un acontecimiento o un cambio de circunstancias que demuestre la conveniencia de su cesación, no produciendo cosa juzgada la resolución que las decreta, tanto porque pueden ser levantadas, sustituidas (lo que les otorga también el carácter de *fungibles*), ampliadas, mejoradas o reducidas.

Una característica por demás relevante es que se disponen *inaudita parte*, porque de otra manera se correría el riesgo de que se tornaran ilusorias, siendo su *ejecución inmediata*.

### 2.3. Clasificación

Las medidas precautorias pueden clasificarse de distinto modo, ya sea en función de la forma de su legislación, según su tramitación, su finalidad, y el objeto que tutelan.

GALLEGOS FEDRIANI entiende que con respecto a la primer clasificación podemos hablar de medidas nominadas (embargo preventivo, secuestro, intervención y administración judicial, inhibición de bienes, etc.) o genéricas. (Contempladas en el art. 232 del CPCCN.) En cuanto a su tramitación, explica que pueden interponerse dentro del proceso principal, o bien, antes o después de iniciado aquél. En lo referente a la finalidad que persiguen, el primer grupo se relaciona con el *aseguramiento de la ejecución forzada* (secuestro, embargo preventivo, entre otros), y los que tienden a *evitar daños irreparables* por el transcurso del tiempo (Protección de personas.) Finalmente, y en lo que se refiere al objeto que intentan proteger, sirven para asegurar bienes o personas.<sup>10</sup>

Por otro lado, COMADIRA distingue entre el proceso cautelar conservativo (*prevención conservativa*) y el proceso cautelar innovativo (*prevención innovativa*) señalando que en el primer caso se trata de conservar una situación de hecho, para impedir que su cambio pueda frustrar el resultado práctico del proceso principal, mientras que en el segundo, la técnica consiste en disponer, desde el inicio, un determinado cambio en el estado de hecho. De esta manera, mientras el fundamento del proceso conservativo deriva de la necesidad de eliminar la justicia privada, de modo que quien sufre una perturbación en sus intereses no pueda, *per se*, proceder a la restitución, el innovativo tiende, mediante el cambio inicial de la situación de hecho o de derecho, a impedir la frustración del proceso, debido a una peligrosa desigualdad entre los litigantes.<sup>11</sup>

### 2.4. Finalidad

La principal función de las medidas cautelares es garantizar la eficacia y la seriedad de la función jurisdiccional. Contrariamente a lo que podría imaginarse,

<sup>10</sup> GALLEGOS FEDRIANI, *op. cit.*, cap III, p. 47.

<sup>11</sup> COMADIRA, JULIO R., "Las medidas cautelares en el proceso administrativo. (Con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto)," *LL*, 1994-C, 699.

lo que se persigue con el dictado de las medidas cautelares no es proteger los derechos subjetivos de los administrados, sino impedir que las sentencias judiciales se transformen en una ficción jurídica de complejo, sino imposible, cumplimiento.

En este sentido, lo que se quiere asegurar con su dictado es no sólo el interés privado de las partes, sino la operatividad de la sentencia a dictarse, en el sentido de que lo sentenciado pueda ejecutarse y de que por el transcurso del tiempo el objeto del litigio no haya desaparecido y haya convertido la cuestión en abstracta o insubstancial.<sup>12</sup>

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y su fundabilidad depende de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, más no de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal.<sup>13</sup>

En pocas palabras, las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el período que transcurre entre la interposición de un causa y la decisión final de ésta, sobrevenga cualquier acontecimiento que imposibilite u obstaculice la ejecución forzada o torne inoperante los efectos de la resolución definitiva.<sup>14</sup>

## 2.5. *Requisitos para su procedencia*

Ante la ausencia de un Código Contencioso Administrativo en el orden federal, la jurisprudencia de los tribunales federales exige como presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares contra un acto administrativo, la configuración de los requisitos establecidos en el art. 230 del CPCCN.

### 2.5.1. *Verosimilitud del derecho*

Es también denominado *fumus boni iuris*. Es vinculado en ocasiones a la existencia de un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o de una violación legal patente, aunque existen también, no pocos pronunciamientos en los que, simplemente, se alude la impugnación sobre bases, *prima facie*, verosímiles, o a la ilegalidad o arbitrariedad.<sup>15</sup>

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, como principio, las medidas cautelares no proceden respecto de los actos

<sup>12</sup> GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, “Las medidas cautelares contra la administración nacional (Principios jurisprudenciales),” *LL*, 1996-B, 1052.

<sup>13</sup> CSJN, *Estado Nacional (MESOP) c. Provincia de Río Negro s/ solicitud de medidas cautelares*, 1991, *Fallos*, 314: 695.

<sup>14</sup> CNFed. CA, Sala IV, 3/XII/92, *Godoy, Norberto J. c. Ministerio de Economía y Obras Públicas s/ medida precautoria*.

<sup>15</sup> CSJN, *Asociación del Personal Superior de SEGBA*, 1992, *Fallos*, 315: 96.

administrativos en atención a la presunción de la validez de éstos, salvo, precisamente, cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles.<sup>16</sup>

En el mismo sentido, en otro precedente, el Superior Tribunal señaló que “la naturaleza de medidas como la solicitada (prohibición de innovar), no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, antes bien, solo resulta exigible el *fumus boni iuris*, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad.”<sup>17</sup>

En pocas palabras, cabe concluir que, para decretar una medida cautelar no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, ni un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que se acredite la probabilidad o fundada posibilidad de que el derecho exista o tenga apariencia de verdadero.

### 2.5.2. Peligro en la demora

Es también denominado *periculum in mora*. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe en su art. 230 que “podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que [...] existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.” Del texto de la norma citada surgen tres supuestos de peligro: 1) Que la modificación de la situación existente influya en la sentencia, 2) que la ejecución de la sentencia se convirtiera en ineficaz, y 3) que la sentencia sea de cumplimiento imposible.

De estos supuestos surge que el daño cuya consumación pretende evitarse mediante la medida cautelar puede ser irreparable o de entidad tal que influya en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz.<sup>18</sup>

Sin embargo, es importante puntualizar que en muchas ocasiones se entiende no suficientemente acreditado el peligro en la demora si, alegado por el demandante un mero perjuicio económico, los daños que, eventualmente, se pudieran derivar de la imposibilidad de ejercer el derecho perseguido en la medida cautelar se pueden compensar mediante una adecuada indemnización a cargo del Estado nacional.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> CSJN, *Iribarren Casiano*, 1992, *Fallos*, 315: 956; *Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA)*, 1995, *Fallos*, 318: 2374.

<sup>17</sup> CSJN, *Rossi Cibils, Miguel A. y otros*, 1992, *Fallos*, 315: 2074, voto en disidencia del Dr. FAYT.

<sup>18</sup> GAMBIER, BELTRÁN / ZUBIAUR, CARLOS A., “Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549),” *LL*, 1993-D, 690.

<sup>19</sup> CSJN, *Astilleros Alianza S.A.*, 1991, *Fallos*, 314: 1202.

Cabe señalar, que la jurisprudencia ha decidido que a mayor verosimilitud del derecho, corresponde exigir menor peligro en la demora y, a la inversa, a mayor peligro, menor verosimilitud.<sup>20</sup>

### 2.5.3. *Inexistencia de otra cautelar*

Con respecto a este punto, COMADIRA<sup>21</sup> explica que, algunos tribunales requieren la previa formulación de la petición suspensiva en sede administrativa. No obstante, dicha exigencia constituye una cuestión a ponderar, prudentemente, en cada caso, y cuando se deduce un similar pedido en ambas sedes, es en principio una intempestiva interferencia del Poder Judicial pronunciarse anticipadamente en un asunto sometido a su consideración, cuando no se ha acreditado que en el caso se haya producido un rechazo o la oportuna decisión administrativa.

Generalmente, el pedido de suspensión resulta accesorio de un recurso administrativo pero puede también operar en forma independiente al mismo. Sin embargo, ello no puede llevar a sostener que exista una suerte de trámite de agotamiento de la vía administrativa —a través del pedido de suspensión— con carácter previo a la solicitud de medida cautelar. Por lo demás, la realidad indica que la administración nunca resuelve los pedidos de suspensión de los efectos del acto, y en todo caso, es difícilmente esperable que lo resuelva con la celeridad que la situación requiere.<sup>22</sup>

### 2.5.4. *Contracautela*

Las medidas cautelares pueden decretarse bajo responsabilidad de la parte que la solicite. Esta parte debe dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho, y es el juez quien debe graduar la calidad y el monto de la caución.

Existen tres tipos de contracautela: Juratoria, personal y real. La primera consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida de hacerse cargo de los eventuales perjuicios. La segunda, se da en el caso de que un tercero económicamente solvente asume la responsabilidad consecuente afectando su patrimonio. La última, importa afectar un bien o bienes determinados a las resultas de esa responsabilidad.

Para cierta doctrina, la contracautela forma parte de los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares. Sin embargo, para GUGLIELMINO, la contracautela es un requisito de procedencia pero no de admisibilidad de las medidas cautelares, ya que el juez no rechazará una petición precautoria porque quien la

<sup>20</sup> CNFed. CA, Sala I, 21/V/91, *El Expreso Ciudad de Posadas, LL*, 1993-B, 424; Sala II, 9/IV/92, *Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago*.

<sup>21</sup> COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2007, 1ª ed., cap. 9, pp. 159-160.

<sup>22</sup> GAMBIER / ZUBIAUR, *op. cit.*, pp.704-705.

formule ofrezca solo una caución juratoria, cuando el caso impone caución real. En todo caso, dispondrá esto último de oficio para preservar al destinatario de la medida, del daño que indebidamente ésta le causa cuando quien la obtuvo logró su cometido con argumentos fácticos o jurídicos erróneos, o insinceros, que por el estadio inicial y solitario en el que se encuentra el planteo del actor, el juez no puede advertir.<sup>23</sup>

### 3. Medidas cautelares autónomas

Las medidas cautelares autónomas son propias y exclusivas de la materia contenciosa administrativa y son alcanzadas por dos normativas: El art. 12 de la ley 19.549 y el art. 230 del CPCCN. Su principal característica es que están destinadas a procurar la suspensión de los efectos de los actos administrativos, mientras dure la tramitación del procedimiento administrativo tendiente al agotamiento de la vía.

En palabras de GUGLIELMINO,<sup>24</sup> estas medidas tienen lugar cuando un administrado recurre un acto administrativo en sede de la administración y solicita al órgano jerárquico competente que deje sin efecto el acto administrativo dictado por el inferior de éste. Desafortunadamente, la experiencia indica que cuando ese pedido de suspensión de los efectos del acto es planteado en el procedimiento administrativo, la administración guarda, sencillamente, silencio. Ello obliga al administrado a recurrir ante la justicia para que sea ésta la que suspenda los efectos del acto recurrido en aquél procedimiento. Eso quiere decir que lo que se le pide al juez es que dicte una medida cautelar de naturaleza administrativa.

Este tipo de medidas han generado en la doctrina y jurisprudencia ciertos interrogantes. El primero de ellos es el relativo a la aplicación del art. 207 del código de rito, que obliga a promover demanda después de diez días de trabada la medida bajo pena de declararse la caducidad de pleno derecho de la misma. HALPERIN considera que es aplicable la excepción que prevé el propio art. 207 por analogía: En efecto, esta disposición establece que no se producirá tal caducidad cuando la obligación no fuere exigible. La excepción, pensada por el legislador procesal para regir en contiendas civiles y comerciales, es más que razonable. Si una obligación no es exigible por estar sujeta a plazo o condición, no puede promoverse respecto de ella una demanda que persiga la satisfacción de la prestación, ergo, no puede aplicarse la primera parte del art. 207. El caso es esencialmente análogo, ya que la falta de agotamiento de la vía administrativa es el símil de la obligación no exigible aludida en la citada norma procesal y, en consecuencia, es tan inaplicable como en aquel supuesto.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> GUGLIELMINO, OSVALDO, "Medidas cautelares contra la Administración," en *Actualidad en el Derecho Público*, v. 13, Buenos Aires, Ad-Hoc, mayo-agosto de 2000. p. 80 y ss.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> HALPERIN, DAVID A., "La promoción de medidas cautelares pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa," *ED*, 166: 532.

En esa dirección, la jurisprudencia ha sostenido que —a fin de no promover demanda sobre el fondo, con el riesgo de que sea declarada inadmisibile por no haberse agotado la vía administrativa previa—, el término de *caducidad* allí establecido, corre a partir del momento en el que la obligación se torna exigible, pues como todo plazo, éste puede ser interrumpido o suspendido. Es decir, que si al momento de solicitar una medida cautelar en sede judicial se interpuso un recurso jerárquico en sede administrativa el plazo de diez días comenzará a correr, o se reanudará, a partir del momento en que quede expedita la vía judicial.<sup>26</sup>

Otra de las cuestiones que plantean este tipo de medidas se refiere a cuales deben ser los requisitos que deben verificarse para su dictado. Una corriente doctrinaria sostiene que se debe acreditar alguno de los presupuestos del art. 12 de la ley 19.549, es decir, razones de interés público, demostrar que la suspensión evitaría perjuicios graves al interesado o alegar fundadamente una nulidad absoluta.

Otros consideran que el administrado debe solicitar la suspensión en sede administrativa y, una vez rechazada la misma o transcurrido cierto plazo sin que la administración se expida al respecto, acudir a la jurisdicción solicitando dicha suspensión a través del dictado de una medida cautelar autónoma.

Por último, otros autores consideran viable este tipo de medidas si ellas reúnen los requisitos establecidos en el art. 230 del CPCCN, esto es, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, siendo esta línea la dominante actualmente en el fuero Contencioso Administrativo Federal, con la ya citada fórmula de que a mayor verosimilitud del derecho, no cabe ser tan exigente en la gravedad del daño, y viceversa.

ZAMBRANO señala que si el acto que afecta al particular no es definitivo y no es de aquellos que agotan la vía administrativa, no puede pedirse tutela judicial hasta tanto la administración resuelva el recurso administrativo que agote la misma. Es allí donde aparece la llamada *medida cautelar autónoma*, que consiste en pedirle al juez que ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido hasta que la administración resuelva el recurso administrativo que agota la vía en un sentido o en otro.<sup>27</sup>

Por su parte, HUTCHINSON dice que el proceso administrativo es, por esencia, revisor de actos, y al ser necesario el agotamiento de la vía administrativa previa, va de suyo que también el pedido de suspensión requiere generalmente un previo pedido en tal sentido a la propia administración, que debe resolver en el *plazo general* de diez días el pedido de suspensión, con lo cual el particular puede solicitar su medida cautelar autónoma. Ello porque, requerida la suspensión en un procedimiento o recurso administrativo, debería llevar a una valoración judicial

<sup>26</sup> CNFed. CA, Sala IV, 24/VIII/94, *Hisisa Argentina SAICIF c. Banco Central de la República Argentina*.

<sup>27</sup> ZAMBRANO, PEDRO, "Medidas cautelares «autónomas» y la garantía de defensa en juicio ¿por el art. 230 del Código Procesal o por el art.12 de la ley 19.549?," *LL*, 1998-C, 344.

amplia y favorable al acogimiento en sede judicial, especialmente cuando ella no fue atendida en sede administrativa mediante resolución expresa, pues el silencio viene a operar, en estos casos, como una suerte de presunción de ilegitimidad en contra de la administración.<sup>28</sup>

COMADIRA entiende que debe distinguirse la situación en la cual el pedido de suspensión es formulado al órgano jurisdiccional, ante la denegatoria expresa o bien el silencio administrativo operados en el trámite de un recurso o reclamo entablados en el marco del agotamiento de la vía, del caso en el que la suspensión es peticionada cuando la administración ha adquirido la calidad de *sujeto enjuiciable*. Así, en el primer supuesto, estima aplicable las previsiones del art. 12 de la LNPA, pues en él se trata de actuar jurisdiccionalmente una cláusula prevista para la administración. Es ésta su destinataria y, en relación con ella, la justicia no debe sino controlar su aplicación cuando la petición ha sido denegada expresamente o respondida con el silencio. En el segundo supuesto, por el contrario, el pedido pone al juez frente a un accionar o una inactividad resultante de una vía administrativa agotada. Está, pues, o ante la inminencia del conflicto o directamente ante él. No parece irrazonable, en este caso, encaminar el accionar procesal en los términos del Código Procesal.<sup>29</sup>

GAMBIER y ZUBIAUR consideran que si la medida cautelar tiene por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo, los extremos exigibles son, en punto a su procedencia sustancial, los contenidos en el art. 12 de la ley 19.549. La concurrencia de uno solo de los requisitos basta para que la medida pueda ser decretada. Sin embargo, serán de aplicación supletoria las normas del Código Procesal en lo que se refiere a su régimen procesal.<sup>30</sup>

Finalmente, otra de las cuestiones que se plantean es el tiempo que tiene la administración para expedirse, en caso de que el administrado solicite previamente la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa. De esta manera, y teniendo en cuenta que el art. 12 de la LNPA no le fija un plazo concreto a la administración para que pueda suspender la ejecución del acto por ella dictado (por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta), algunos han señalado que la exigencia se tiene por cumplida si transcurrieron dos, tres o diez días — según la urgencia del caso— desde que el pedido se efectuó.<sup>31</sup>

GARCÍA PULLÉS sostiene que la falta de norma legal explícita no impide que el administrado, al tiempo de deducir su recurso y peticionar en sede administra-

<sup>28</sup> HUTCHINSON, TOMÁS, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional,” *ED*, 124: 677.

<sup>29</sup> COMADIRA, “Las medidas cautelares en el proceso administrativo. (Con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto),” *op. cit.*, p. 208-209.

<sup>30</sup> GAMBIER / ZUBIAUR, *op. cit.*, p. 706.

<sup>31</sup> MUÑOZ, GUILLERMO A., “Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo,” en MUÑOZ, GUILLERMO A. / GRECCO, CARLOS M., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 223.

tiva la suspensión de los efectos del acto impugnado, pueda establecer el plazo prudencial en el que solicita el pronunciamiento previsto en el art. 12, advirtiendo en este pedido que ante la falta de respuesta acudirá a sede judicial. Aclarando que, en la mayoría de los casos, los administrados requieren a la administración que se pronuncie sobre la suspensión en un plazo de cinco días desde la interposición del recurso, término que no ha sido desautorizado por la jurisprudencia<sup>32</sup>.

Consideramos acertada la posición de este autor en virtud de la cual el administrado puede establecer el plazo para que la administración resuelva su pedido de suspensión de los efectos del acto, teniendo en cuenta para ello la particularidad y urgencia de cada caso. Lo cierto es que esta posibilidad otorgada al particular intenta equilibrar —en alguna medida— su posición frente a la administración, so pena de ver restringido su derecho de defensa al contar esta última con una facultad discrecional que puede no ser ejercida en tiempo razonable. En estas condiciones, para poder solicitar una medida cautelar autónoma en sede judicial, el particular deberá obtener previamente una negativa expresa por parte de la administración al pedido de suspensión de los efectos del acto, o, en su defecto, que haya pasado un tiempo prudencial y no se haya expedido.

En cuanto a los requisitos exigidos para la procedencia de este tipo de medidas, somos de la opinión en que si bien es cierto que los supuestos enumerados en el art. 12 de la LNPA como los del art. 230 del CPCCN han dado nacimiento a las llamadas *medidas cautelares autónomas*, no menos es que el fuero Contencioso Administrativo Federal exige la demostración de estos últimos y no los de la ley 19.549, criterio al que adherimos.

#### *4. Medidas cautelares solicitadas junto con la interposición de la demanda judicial o con posterioridad a ella, como pedido de suspensión de los efectos del acto administrativo*

Este tipo de medida es más bien similar a la que regula los procesos entre particulares, con la diferencia —y no menor— que en las aquí analizadas el particular acciona contra la administración, cobrando este tipo de medidas singular relevancia.

En primer término, diremos que estas medidas pueden ser solicitadas al momento de interponerse la demanda o con posterioridad a ella, y buscan la suspensión de los efectos del acto dictado por la autoridad administrativa. Asimismo, para acceder a una tutela cautelar de este tipo, debe estarse a los recaudos del art. 230 del CPCCN.

Respecto del requisito de verosimilitud en el derecho, y tal como se expuso en el punto 2.5.1, es necesario que se acredite *prima facie* la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los

<sup>32</sup> GARCÍA PULLÉS, *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*, op. cit., pp. 127-128.

supuestos que la tornan admisible. Ello es así porque los actos de la administración gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los recursos administrativos, ni las acciones judiciales mediante las cuales se discute la validez de éstos, suspenden su ejecución.<sup>33</sup>

De esta forma, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos de la causa, sin exigirse un examen de certeza sobre la misma, y librando el análisis de las relaciones que vinculan a las partes al tiempo del pronunciamiento de la sentencia de mérito.

GALLEGOS FEDRIANI<sup>34</sup> sostiene que en el ámbito interno se ha resuelto que con relación a la presunción de legitimidad del acto administrativo y su ejecutoriedad como impedimento para la concesión de una medida cautelar, no se puede inferir que, en forma dogmática, devenga imposible el dictado de una medida precautoria a su respecto, ni extremar el criterio de admisibilidad a punto tal que se exija un verdadero juicio de certeza del derecho invocado y no su mera verosimilitud, propio —por otra parte— de las medidas cautelares. Así debe aceptarse que a la presunción de legitimidad de los actos administrativos se le oponga un derecho verosímil.

Respecto del requisito del peligro en la demora, éste exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.<sup>35</sup>

COMADIRA<sup>36</sup> sostiene que el requisito sustancialmente exigible debería ser, en rigor, la verosimilitud del derecho invocado —lo cual se traduce en la neutralización de la presunción de legitimidad, a través de la nulidad *prima facie* grave y evidente—, de modo que, con independencia de la entidad del peligro, la suspensión se disponga cuando el acto carezca, a primera vista, de juridicidad. Por eso, comparte los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia eventualmente favorable a las pretensiones del recurrente, o el riesgo de un daño inevitable, invocado en la sentencia de Cámara para acordar la protección, no fueron considerados suficientes para habilitar la tutela de concurrir la verosimilitud del derecho invocado.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> CNFed. CA, Sala IV, 14/VI/92, *Playas Subterráneas S.A.*; 18/IX/86, *Incidente: Subpga S.A.C.I.C.*; 19/IX/91, *Joyart S.A.*; 19/VI/98, *Aranda Giusani*; 22/VI/99, *Nestlé Argentina S.A.*; Sala V, 8/IX/99, *Defensor del Pueblo de la Nación*; 12/VII/99, *Rutas Pampeanas S.A.*

<sup>34</sup> GALLEGOS FEDRIANI, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, op. cit., p. 177.

<sup>35</sup> CNFed. CA, Sala IV, 1/XI/84, *Azucarera Argentina S.A. Ingenio Corona, LL*, 1985-A, 46; 6/ XII/93, *Frigorífico Lafayette S.A.*

<sup>36</sup> COMADIRA, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, op. cit., pp. 158-159.

<sup>37</sup> CSJN, *Falcón Javier Ignacio*, 1981, *Fallos*, 303: 625; *Senoc, Oikos y Fades*, 1988, *Fallos*, 311: 2616.

En nuestra opinión, y en consonancia con lo que viene sosteniendo la jurisprudencia y que fuera oportunamente aquí mencionado, los requisitos del art. 230 del CPCCN se hallan de tal modo relacionados que ambos son exigidos para otorgar este tipo de medidas contra la administración, máxime teniendo en cuenta el carácter restrictivo con que debe aplicárselas,<sup>38</sup> y tomando en consideración que a mayor verosimilitud en el derecho, cabe no ser tan exigente en la gravedad del daño y viceversa.

Sin embargo, la aplicación de estas normas procesales no puede ser argumento para excluir la valoración del interés público, ya que la procedencia de este tipo de medidas exige tener en cuenta que éste no resulte afectado por ellas.<sup>39</sup> Para determinar su presencia en una situación concreta, y luego de verificar que en el caso están reunidos los presupuestos de procedencia de la cautela, el tribunal deberá comprobar *in concreto* que dicha medida no provocará un menoscabo indudable sobre los bienes jurídicos comunes, ya que si ello es así, la tutela cautelar deberá ceder frente al interés público.<sup>40</sup>

La Corte Suprema sostuvo que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de una semejante a la ordenada en la causa en cuestión (suspensión de la construcción de un puente sobre el Riachuelo), debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público.<sup>41</sup>

### 5. Procedimiento

Es facultativo para las partes requerir las medidas cautelares al poder jurisdiccional, correspondiendo al actor la elección de medidas cautelares que, a su juicio, contemplen mejor la protección del derecho en que se funda para demandar.

En cuanto a lo recaudos, la petición de toda medida cautelar debe indicar detalladamente el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida.

En lo relativo al momento procesal en el cual las providencias cautelares deben ser interpuestas, el art. 195 del CPCCN explica que podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, salvo en los casos en los que de la letra de la ley surja que la cautelar deba entablarse previamente.

<sup>38</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/IV/99, *Orbis Merting S.A.*

<sup>39</sup> CNFed. CA, Sala IV, 31/V/91, *Banco de la Provincia de Buenos Aires, LL*, 1992-A, 211.

<sup>40</sup> COMADIRA, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, op. cit., p. 165.

<sup>41</sup> CSJN, *Astilleros Alianza S.A.*, 1991, *Fallos*, 314: 1202.

### 5.1. *Juez competente*

Según el art. 6º, inc. 4º del CPCCN, resulta juez competente para conocer en las medidas precautorias aquél que deba intervenir en el proceso principal, lo que se justifica en razón de constituir un mero apéndice instrumental de una ulterior providencia definitiva. Es por esto que el legislador recalca que cuando el conocimiento de la causa no fuese de la competencia del juez éste debe abstenerse de decretar la medida precautoria impetrada. Sin embargo, esto se debe relacionar con la regla general de la prórroga de la competencia territorial, que impide al juez inhibirse de oficio (conf. arts. 1º y 4º del CPCCN), por lo que ha de concluir que la limitación de la competencia sólo rige en razón de la materia, valor o grado. De todos modos, si la medida fuere decretada por un juez incompetente será válida siempre que se acomode a las prescripciones legales, con la particularidad de que ello en manera alguna importare prórroga de la competencia.<sup>42</sup>

El art. 196 del CPCCN señala que, en los casos en los que un juez incompetente ordene una medida cautelar, ésta será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones del capítulo III de dicho cuerpo normativo, pero no prorrogará su competencia. En este sentido, DE LAZZARI, en una interpretación funcional de la norma, sostiene que aún careciendo de competencia los jueces pueden predisponer de medidas precautorias, o sea que el principio que se sienta en la ley es el de la *inconveniencia* de que Tribunales incompetentes las dicten, más no se hallan en la *imposibilidad* de hacerlo.<sup>43</sup>

Para la opinión de cierta doctrina, se debe privilegiar un criterio amplio —en función de resguardar la eficacia de la jurisdicción— aunque ha de reconocerse ciertos límites frente a la prohibición absoluta del artículo en el párrafo anterior que impone a los jueces el deber de abstenerse “cuando el conocimiento de la causa no sea de su competencia.”<sup>44</sup>

El juez que ordenó la medida, luego de requerido por quien resultare ser el juez competente, le remitirá las actuaciones, debiendo estarse a lo normado en el art. 10 del CPCCN.

### 5.2. *Informaciones sumarias*

Las informaciones previas tendientes a probar la verosimilitud del derecho podrán ofrecerse firmando los testigos el escrito en que se solicitaron, los que luego deberán ratificarse en el acto de ser presentado el escrito o en primera audiencia. Las informaciones se admitirán sin más trámite pudiendo el magistrado encomendarlas a los secretarios. El art. 197 del CPCCN expresa que las actuaciones

<sup>42</sup> MORELLO, AUGUSTO M. / SOSA, GUALBERTO L. / BERIZONCE, ROBERTO O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, t. II-C, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 2ª ed., p. 542

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> *Idem.*

tendrán el carácter de reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas. Tramitarán por expediente separado, al cual se agregarán, en su caso, las copias de las pertinentes actuaciones del principal. En consecuencia, este expediente contendrá los dichos de los testigos, la prueba pericial, y las piezas donde se admiten los hechos, entre otras.

### 5.3. *Trámites iniciales*

La interposición de una medida cautelar autónoma puede requerir el pago previo de la tasa de justicia, de acuerdo a lo previsto por los arts. 1º y 2º de la ley 23.898, siempre que no estuvieran exentos del pago de la misma por normas ordinarias. (Conf. art. 13 de la ley 23.898.)

Una vez iniciada la cautelar, el juez competente, luego de que se hubiera dado cumplimiento con la acordada n° 7/94 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, remitirá las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida sobre la competencia. Según el texto del art. 196 del CPCCN, el magistrado está facultado, cuando la urgencia del caso lo demande, a decidir la adopción de la medida precautoria de modo previo a correr vista al Fiscal.

### 5.4. *Oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación. Requerimiento de las actuaciones administrativas*

En cuanto al oficio previsto en el art. 8º de la ley 25.344, la doctrina mayoritaria considera que no debe imponerse el cumplimiento de dicho traslado con carácter previo a la resolución sobre la solicitud de la medida cautelar. La especie participa de las características que califican las excepciones contempladas en el art. 11 de la ley citada.<sup>45</sup>

La Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que “el nuevo régimen de comunicación previa instituido por el art. 8º de la ley 25.344 y su decreto 1116/00 establece prerrogativas que resultan incompatibles con el principio de la igualdad de las partes en el proceso y, en consecuencia, afecta la garantía de la defensa en juicio, pues el Director del Cuerpo de Abogados del Estado tendrá el beneficio de conocer las pretensiones del particular antes que el propio Fiscal y antes de que el juez se expida sobre los aspectos relativos a la habilitación de instancia.”<sup>46</sup> Máxime en el caso de las medidas cautelares que son decretadas *inaudita* parte.

En lo referente al requerimiento de las actuaciones administrativas, toda vez que el peligro en la demora es inminente, dicha solicitud deberá hacerse únicamente en los casos en los que la falta de dicha documentación impida resolver la

<sup>45</sup> GARCÍA PULLÉS, *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*, op. cit., pp. 140-141.

<sup>46</sup> CNFed. CA, Sala V, 20/II/04, *Cohen Arazi*.

medida cautelar solicitada con los elementos de prueba obrantes en el expediente, lo que podrá requerir el juez como medida para mejor proveer.

Es de notar que, en muchos casos, la parte actora acompaña a la causa copia certificada de las actuaciones administrativas, por lo que, con examinar la totalidad de la documentación de manera previa, se evidencia innecesario dicho requerimiento a la administración.

### 5.5. Resolución de medida cautelar

Con todo lo hasta aquí explicado, se llega al momento procesal oportuno en el que corresponde que el tribunal resuelva sobre la concesión o no de la medida solicitada. El fallo sobre esta medida debe estar motivado en todos los casos, y la decisión tendrá las particularidades propias de una resolución interlocutoria. En cuanto a los contenidos, los arts. 160 y 161 del código de rito, señalan que no requieren otras formalidades que su expresión por escrito, la indicación de fecha y lugar, la firma del juez o presidente del tribunal, o del secretario, los fundamentos, la decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas y lo que corresponda sobre la contracautela. Podrá prescindirse de expedirse sobre la contracautela, si quien obtuvo la medida fuera la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad, o una persona que justifique ser reconocidamente abonada, o si se actuare con beneficio de litigar sin gastos.

Las medidas cautelares se dictan *inaudita* parte, esto quiere decir que se decretan y cumplen sin audiencia de su destinataria. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Esto ha generado opiniones encontradas en la doctrina, ya que algunos consideran que cuando se rechaza una medida precautoria, correr traslado a la contraria de los fundamentos de la apelación, va en contra del carácter de *inaudita* parte de estas medidas. Sin embargo, otros autores son de la opinión que si no se corriera dicho traslado, la parte apelada se vería privada de la garantía de la tutela judicial efectiva, pues si el Superior revoca la decisión de primera instancia, la destinataria de la cautelar sólo podría interponer recurso extraordinario ante la Corte Suprema, los cuales, sabemos, son otorgados de manera restrictiva.

El art. 198 del CPCCN indica que si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los tres días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora.

### 5.6. Recursos

Existen dos herramientas procesales para atacar las resoluciones sobre las medidas cautelares: El recurso de reposición y el de apelación. El primero de ellos deberá interponerse dentro de los tres días de notificada la resolución mediante

escrito debidamente fundado, y su interposición no suspende la ejecución de la medida cautelar cuestionada. Cuando el que deduce la reposición es el solicitante de la medida, corresponde resolver sin correr vista a la contraparte de los argumentos esgrimidos. En cambio, cuando lo hiciere la destinataria de la medida deberá correrse vista de los fundamentos a la peticionante de la cautelar. En ambos casos, las partes podrán, al momento de deducir este recurso, invocar nuevos hechos y pruebas. Cuando se interpusiera, junto con el recurso de reposición, apelación en subsidio, no será necesario acreditar el gravamen irreparable, sino que éste se presume.

El recurso de apelación, según las disposiciones del código adjetivo, debe interponerse dentro de los cinco días de notificada la resolución, y, recién una vez concedido, fundarse. Sin embargo, dado las características particulares de las medidas cautelares autónomas, esta regla ha devenido inaplicable en la práctica, ya que el apelante funda el recurso en el mismo escrito en el cual interpone la apelación. Este recurso, conforme los arts. 198 y 243 del CPCCN, es concedido en relación y tendrá efecto meramente devolutivo.

### 5.7. Caducidad de las medidas cautelares

El art. 207 del CPCCN señala que se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieran ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiera demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiera deducido recurso. Es decir que, cuando el derecho tutelado es exigible o a partir del momento en que adquiere tal calidad, el sólo transcurso del plazo, sin que se promueva el pertinente proceso, acarrea la extinción de la medida.

No se requiere la petición de parte, ya que la cancelación viene impuesta por la ley y procede de oficio. Al mentado plazo de diez días se lo ha de computar a partir del momento en que se efectivice en su integralidad el acto precautorio o el conjunto de ellos si se hubiesen acumulado más de uno.

Esta solución se justifica porque el transcurso del tiempo sin promover el pertinente proceso principal, demuestra la falta de interés o derecho en el peticionario, lo cual lleva a evitar que se mantenga indefinidamente una medida que en sí carece de finalidad y causa ataduras y perjuicios.<sup>47</sup>

La caducidad tiene como consecuencias el levantamiento de pleno derecho de la medida cautelar, y hace pasible a quien la hubiera obtenido del pago de costas, así como de los daños y perjuicios ocasionados a la destinataria. Además, tiene el efecto de impedir que se solicite de nuevo y por la misma causa. La demanda se hace pues, obligatoria en virtud de la norma cuando se trate de prestaciones exigibles.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> MORELLO / SOSA / BERIZONCE, t. II-C, *op. cit.*, pp. 622-623.

<sup>48</sup> MORELLO / SOSA / BERIZONCE, t. II-C, *op. cit.*, p. 624.

El art. 207 del mencionado cuerpo legal, prevé la posibilidad de enervar la caducidad de las inhibiciones y embargos si las partes interesadas, antes del vencimiento del plazo, solicitan la reinscripción pertinente en el proceso en el cual se decretaron.

### 5.8. *Extinción de las medidas cautelares autónomas*

Por último, en lo que hace a la extinción de las medidas cautelares autónomas, las mismas pueden cesar por admisión del recurso administrativo que justificó el pedido de suspensión de efectos del acto, decisión judicial modificatoria, sustitutiva, revocatoria o anulatoria, y agotamiento del plazo para el que fueron dictadas.

La revocación del acto impugnado en sede administrativa, supondría la cesación correlativa de la cautela, ya que habiéndose extinguido el acto administrativo cuyos efectos se suspendieran, menos aún podría mantenerse esa suspensión.

Las medidas cautelares autónomas se dictan con un límite temporal expreso, es decir, hasta que se decidan los recursos administrativos pendientes, de modo que quede expedita la vía judicial. De allí que no pueda pretenderse que estas medidas caduquen, pues ellas cesan por agotamiento del plazo para el que fueron dictadas, se inicie o no la demanda, luego de quedar expedita la vía judicial.<sup>49</sup>

## 6. *Conclusión*

La protección cautelar jurisdiccional debe ser considerada como un anticipo de la sentencia final —aun cuando no tiene que existir correspondencia exacta entre ambas— pero hay que tener presente que no es la decisión judicial final.

La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: Está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia para que cumpla eficazmente su obra.

En este sentido, debemos tener presente que el hecho de que los actos administrativos gocen de legitimidad y fuerza ejecutoria, no puede implicar la improcedencia de las medidas precautorias en contra del Estado nacional. Somos de la opinión que los tribunales deben tender a un criterio amplio en la admisión de este tipo de medidas, sin que esto implique desnaturalizar el instituto cautelar, ni admitir su dictado de forma irrestricta. Criterio que apoyamos fundados en el carácter provisional que ostentan y en la posibilidad de que los jueces gradúen conforme a la mayor o menor verosimilitud de las fundamentaciones alegadas el monto de la contracautela que los solicitantes deben prestar.

Consideramos que, sin dejar de destacar el mérito e importancia del valioso trabajo realizado por la doctrina y jurisprudencia en cuanto a lo relacionado con

<sup>49</sup> GARCÍA PULLÉS, *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*, op. cit., pp. 164-165.

las medidas cautelares, es imperante la necesidad de contar con un Código de Procedimiento Contencioso Administrativo Federal que regule las lagunas legales existentes, y ponga fin a los debates generados en ciertas discusiones doctrinarias.



# LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES Y LAS ACCIONES COLECTIVAS — LAS ACCIONES DE CLASE

Por CECILIA GILARDI MADARIAGA DE NÉGRE

## SUMARIO

1. La legitimación procesal activa .....	65
1.1. Legitimación para el control judicial de constitucionalidad.....	66
2. Legitimación procesal colectiva.....	67
2.1. Los bienes colectivos .....	67
2.2. La solución dada por la jurisprudencia.....	68
2.3. La nulidad de un acto administrativo de alcance general .....	69
2.4. Efectos de la declaración de nulidad de un reglamento .....	70
2.5. Intereses pluriindividuales homogéneos.....	70
3. Procesos colectivos .....	71
4. La legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores .....	72
4.1. Los derechos invocados .....	73
4.2. La existencia de daño .....	75
4.3. Ventajas y desventajas.....	75
4.4. Algunos ejemplos jurisprudenciales.....	75
4.4.1. Intereses pluriindividuales homogéneos .....	75
4.4.2. Análisis del objeto social de la asociación .....	77
4.4.3. La existencia del daño.....	78
5. Acciones de clase .....	79
5.1. Sus orígenes .....	79
5.2. Su aplicación en otros países.....	80
5.3. Procedimiento .....	80
5.4. Efectos de la sentencia.....	82
5.5. Ventajas y desventajas de estas acciones .....	83
5.6. Las acciones de clase conforme al precedente <i>Halabi</i> de la Corte Suprema .....	84

6. El Defensor del Pueblo.....	88
6.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema.....	90
7. Consideraciones finales.....	90
7.1. El interés en la pretensión.....	91
7.2. Efecto expansivo de la cosa juzgada.....	92
7.3. Ejecución de la sentencia .....	93
7.4. Acciones de clase .....	93

# LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES Y LAS ACCIONES COLECTIVAS — LAS ACCIONES DE CLASE

POR CECILIA GILARDI MADARIAGA DE NEGRE

## 1. *La legitimación procesal activa*

La legitimación procesal es la capacidad o aptitud de una persona física o jurídica para intervenir en un proceso judicial, es decir, para ejercer una acción en virtud de ser titular de una relación jurídica y deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La regla general sobre legitimación refiere que los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular, aunque existan gran cantidad de afectados en la misma situación; y su disposición es voluntaria.

Es el damnificado quien debe probar la lesión al derecho que invoca, para que se configure la *causa*, en los términos del art. 116 de la Constitución nacional;<sup>1</sup> siendo la legitimación un presupuesto necesario para la existencia de *caso*, lo que resulta imprescindible para la efectivización del control judicial de acuerdo a los arts. 116 y 117.<sup>2</sup>

Salvo en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico reconoce legitimación para ejercer la acción pública, como principio no es reconocido como elemento legitimador bastante *el genérico deseo ciudadano de la legalidad*; es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida.

<sup>1</sup> Art. 116 de la Constitución nacional: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12, del art. 75, y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se suscitan entre dos o mas provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

<sup>2</sup> Art. 117 de la Constitución nacional: “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.”

Puede decirse que existe *interés* y por lo tanto legitimación, cuando el éxito de la pretensión reporta a quien la formula, utilidad, ganancia o beneficio o evita un perjuicio, un daño o una lesión.

Esta misma regla surge del art. 5° de la ley 16.986<sup>3</sup> y del primer párrafo del art. 43 de la Constitución nacional,<sup>4</sup> pues ambas normas consideran legitimados para interponer la acción de amparo al *afectado* por acto u omisión de autoridad pública. Por lo cual además de requerirse un perjuicio concreto en el litigante, éste debe acreditar que es titular de un interés jurídico concreto que debe ser jurídicamente protegido.

No puede admitirse la legitimación si el accionante no expresa un agravio diferenciado de los demás ciudadanos, ya que no puede fundarse la legitimación en el interés general en que se cumpla la Constitución nacional y las leyes.

En relación a la acción meramente declarativa, la Corte Suprema sostiene que resulta indispensable para que ésta prospere, que en la misma se persiga en forma directa la determinación de un derecho del demandante, debatidos entre partes adversarias, relacionadas a una solución concreta (conf. art. 2° de la ley 27); recaudo que resulta más específico en cuestiones de puro derecho.<sup>5</sup>

Coincido con BARRA en que la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar *el daño diferenciado*,<sup>6</sup> es decir es el titular del clásico derecho subjetivo, que sufre un daño directo, personal y diferenciado que recae exclusivamente sobre un sujeto determinado. Lo que no obsta que en caso de que el perjuicio sea compartido pueda conformarse un litisconsorcio activo.

### 1.1. *Legitimación para el control judicial de constitucionalidad*

Para instar el control judicial de la constitucionalidad de una norma en un caso concreto, la legitimación la detenta el agraviado por ella, que debe demostrar la violación de la supremacía constitucional. Es un requisito para interponer el

<sup>3</sup> Art. 5° de la ley 16.986: “La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderado, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el art. 1. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas, justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.”

<sup>4</sup> Art. 43, primer párrafo de la Constitución nacional: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

<sup>5</sup> CSJN, *Constantino Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 2384 y precedentes a los que allí remite. El actor en carácter de ciudadano requería la inconstitucionalidad de la ley 23.172 que aprobó el Tratado de Paz y Amistad con Chile, por entender que se destruía la base territorial de la Provincia de Santa Cruz.

<sup>6</sup> BARRA, RODOLFO C., “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar,” *LL*, 1994-E, 1088.

recurso extraordinario ante la Corte Suprema, la existencia de un gravamen concreto, efectivo, actual e irreparable.

En los arts. 41<sup>7</sup> y 42<sup>8</sup> de la Constitución, se advierte una ampliación de la legitimación para solicitar el control judicial de constitucionalidad, a los titulares de derechos difusos.

## 2. Legitimación procesal colectiva

### 2.1. Los bienes colectivos

Con la reforma constitucional de 1994 se amplió la legitimación procesal para tutelar los *nuevos derechos* y *derechos de incidencia colectiva*, reconocidos por la Convención Constituyente de 1994; considerando la repercusión social, colectiva, de interés general comprometido.<sup>9</sup>

Resulta necesario diferenciar por un lado, los bienes colectivos indivisibles y no fraccionables, como el derecho a un ambiente sano, que pertenecen a toda la comunidad y no admiten por tanto exclusión alguna. En estos casos el *afectado*, resulta ser el grupo y no un individuo en particular. Esa lesión a un bien colectivo da lugar a una acción colectiva, en la que se altera la situación de personas ajenas al proceso judicial. Sin importar quien la ejerza, la sentencia expande sus efectos sobre todos los titulares.

Por otro lado, la protección constitucional se extiende a derechos individuales y divisibles, cuya *afectación* adquiere dimensión social; debe existir una causa común de daño y la pretensión debe estar enfocada en el aspecto colectivo de la cuestión; es el caso de los usuarios de servicios públicos.

Es la defensa de estos derechos individuales homogéneos la que mayor interés despierta pues se trata de derechos individuales de contenido patrimonial, por lo que cada titular es el legitimado para ejercer la acción; pero el pequeño monto del perjuicio desalienta a los titulares a intentar su planteo, y ello obsta el control judicial de actos que vulneran derechos de esta especie.

El interrogante es cual es el mejor remedio, otorgar legitimación genérica a asociaciones de usuarios y consumidores, o legislar sobre acciones de clase.

Para el caso de intereses colectivos, también debe comprobarse alguna *afectación*, aunque fuere indirecta o refleja, para admitir la legitimación del accionante,

<sup>7</sup>Art. 41, primer párrafo de la Constitución nacional: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según establezca la ley."

<sup>8</sup>Art. 42, primer párrafo de la Constitución nacional: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno."

<sup>9</sup>JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia," *LL*, 2003-B, 1333.

ya sea por ser usuario de un servicio o por su calidad de vecino ante un daño ambiental.

Por lo cual para la tutela de cualquier derecho de incidencia colectiva, debe acreditarse un interés razonable y suficiente, para ser considerado legitimado para accionar.<sup>10</sup> Es decir, que para la protección de estos derechos se amplía el concepto de *afectado*.

Parte de la doctrina en una posición más amplia, considera legitimado a cualquier persona que invoque la defensa de la legalidad o una disfunción socialmente relevante; interpretan que el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución nacional, legitima especialmente al afectado, al Defensor del pueblo y a las asociaciones, pero no limita la legitimación a ellos.<sup>11</sup>

## 2.2. La solución dada por la jurisprudencia

La Corte Suprema, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, había ampliado la legitimación para interponer acción de amparo, en defensa de un derecho colectivo en el precedente *Ekmekdjian c/ Sofovich*.<sup>12</sup> Es el caso de un actor que acciona por derecho propio, pero este derecho es de incidencia colectiva, por lo cual el Alto Tribunal, extendió a sujetos que no habían sido parte en el pleito la reparación reconocida en éste respecto de un derecho, que consideró propio pero no exclusivo del actor, atendiendo a un perjuicio compartido por un número indeterminado de personas *afectadas* que no habían intervenido en la causa.

Al analizar la legitimación del Colegio Público de Abogados para plantear la inconstitucionalidad de la obligación de matricularse, la Corte Suprema señaló la necesidad de verificar en cada caso, su aptitud para demandar, es decir, que es necesario demostrar el interés en la pretensión, ya que la legitimación activa presupone una determinada relación con la cuestión debatida.<sup>13</sup>

Sin embargo, en la mayoría de los casos planteados por individuos, invocando su calidad de ciudadanos, la Corte rechazó la legitimación de los actores, además de sostener la ausencia de caso.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> BASTERRA, MARCELA I., "Estudios sobre Derecho Procesal: Procesos Colectivos: alcance de la legitimación," *ED*, 2008: 118.

<sup>11</sup> JIMÉNEZ, EDUARDO P., "El amparo colectivo," en MANILI, PABLO L. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2005, pp. 79-85.

<sup>12</sup> CSJN, *Ekmekdjian c/ Sofovich*, 1992, *Fallos*, 315: 1492. El actor promovió acción de amparo con el objeto que Gerardo Sofovich leyera en su programa de televisión, una carta documento por la que replicaba a Dalmiro Sáenz, las opiniones que éste había vertido sobre la Virgen María y Jesucristo que entendía agraviantes. La Corte admitió la legitimación del actor, al sostener que le atribuía la representación de todos aquellos que pudieran haberse sentido ofendidos por las expresiones de Dalmiro Sáenz, aclarando que el efecto reparador alcanza al conjunto de los ofendidos por el mismo agravio.

<sup>13</sup> CSJN, *Ferrari*, 1986, *Fallos*, 308: 987.

<sup>14</sup> CSJN, *Costantino Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 2384; *Zaratiegui, Horacio*, 1988, *Fallos*, 311: 2580. Los actores en su calidad de ciudadanos impugnaron el Tratado de Paz y Amistad firmado

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, se destaca el precedente *Schroder* resuelto por la Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal,<sup>15</sup> en el que se reconoció calidad de afectado directo en materia ambiental, al actor en su calidad de vecino de una localidad donde se intentaba instalar una planta de tratamiento de residuos peligrosos; obteniendo una decisión favorable con efectos colectivos.<sup>16</sup> La Sala IV admitió el reclamo individual de la actora relativo a que el Ministerio de Salud dispusiera las medidas necesarias para completar la unidad de producción de una vacuna y su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por un virus.<sup>17</sup>

Cuando por la naturaleza del planteo —por ejemplo daño ambiental— el derecho resulta indivisible, la decisión judicial tiene efectos sobre todos los individuos, que se encuentran en igual situación que el actor. Pero si esa lesión al bien colectivo produce un daño individual, el damnificado se encuentra legitimado para reclamar la reparación del daño, tal como lo dispone el art. 3° de la ley 25.675.<sup>18</sup>

Además, de los derechos de incidencia colectiva en sentido propio, otros derechos como a la no discriminación, admiten acciones colectivas cuya sentencia beneficiará aún a los que no intervinieron en el pleito, ello en razón de que no hay titularidad exclusiva del derecho debatido.<sup>19</sup>

### 2.3. *La nulidad de un acto administrativo de alcance general*

En cuanto al efecto *erga omnes* de la sentencia que declara la invalidez de un reglamento; es de destacar la solución adoptada por la Corte Suprema al resolver el planteo de una alumna del Curso Preuniversitario de Ingreso creado por resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina y dejado sin efecto por una resolución de la UBA; cuya nulidad reclamaba la actora.<sup>20</sup> La Corte confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en cuanto de la resolución 2314/95 del Consejo Superior de la UBA y dispuso que dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que

con Chile, aprobado por ley 23.172. Ver asimismo CSJN, *Oswaldo Andres Cacciatore*, 1988, *Fallos*, 313: 594; *Polino, Héctor*, 1994, *Fallos*, 317: 335.

<sup>15</sup> CNFed. CA, Sala III, 8/IX/94, *Schroder c/E.N. –Secretarí de Recursos Naturales, LL*, 1994-E, 449.

<sup>16</sup> Para ampliar el detalle jurisprudencial relativo a la legitimación colectiva de personas individuales, se recomienda la lectura de BIANCHI, ALBERTO B., *Control de Constitucionalidad*, t. II, Buenos Aires, Ábaco, 2002, n° 83.

<sup>17</sup> CNFed. CA, Sala IV, 2/VI/98, *Viceconte, Mariela c/Min. Salud y Acción Social*.

<sup>18</sup> Art. 30 de la ley 25.675: “[T]endrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.”

<sup>19</sup> TSJ CABA, 4/XI/09, *Barila, Santiago c/G.C.B.A.*

<sup>20</sup> CSJN, *Monges, Analía c/ UBA*, 1996, *Fallos*, 319: 3148.

la autoridad de la sentencia comenzará a regir para el futuro a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina, quienes aunque ajenos al pleito asistieron y eventualmente aprobaron el Ciclo Básico Común o el Curso Preuniversitario de Ingreso creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. Aclaró que cada estudiante podría seguir hasta su conclusión con el curso por el que hubiera optado.

En consecuencia, la sentencia tuvo efecto de cosa juzgada para la demandada y respecto de todos los involucrados en el conflicto universitario —que no habían sido parte en el proceso— y más allá de los términos en que había sido planteada la cuestión.

#### 2.4. *Efectos de la declaración de nulidad de un reglamento*

Señala GARCÍA PULLÉS<sup>21</sup> que la declaración de inconstitucionalidad de un reglamento, por sus vicios en sí mismo, y no la declaración de inaplicabilidad a un caso concreto, también tiene efectos sobre los sujetos que no fueron parte en el proceso —aunque de modo indirecto— en razón de lo normado por el art. 17 de la ley nacional de procedimientos administrativos.

En relación a los reglamentos y demás actos de alcance general que incidan en la esfera de un número indeterminado pero determinable de personas, señala CASSAGNE<sup>22</sup> que sería conveniente instituir un mecanismo de publicidad a fin de que los eventuales interesados en mantener la validez del acto impugnado, comparezcan en el proceso, pudiéndose prever la posibilidad de que unifiquen personería. La misma posibilidad de unificar personería debería dárseles a los interesados en la declaración de invalidez del reglamento. La publicidad del fallo podría ser dispuesta en el Boletín Oficial.<sup>23</sup>

#### 2.5. *Intereses pluriindividuales homogéneos*

Si el derecho que esgrime el actor es subjetivo y propio, mas allá que muchos otros se encuentren en la misma situación, la sentencia solo tiene efecto sobre el accionante y no sobre los terceros ajenos al juicio, más allá de la importancia de los precedentes que éstos últimos puedan invocar en sus propios pleitos.<sup>24</sup>

Pero si se trata de intereses pluriindividuales homogéneos que afectan derechos individuales divisibles, mas allá de la acción individual que cada afectado pueda interponer, pueden dar lugar a una acción colectiva, que abarque a todos los titu-

<sup>21</sup> GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Los efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento. Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo,” *LL*, 2006-C, 1168.

<sup>22</sup> CASSAGNE, JUAN C., “El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general,” *LL*, 2001-E, 1226, citado por JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *op. cit.*

<sup>23</sup> JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *op. cit.*

<sup>24</sup> A principios de 2002 se multiplicaron los amparos del “corralito” en el fuero Contencioso Administrativo Federal; mas allá que el daño patrimonial de los accionantes derivaba del decreto 214/02, no se admitieron ni siquiera litisconsorcios.

lares del interés lesionado, que resultarán abarcados por la sentencia. Para que en este supuesto opere la legitimación extendida, es necesario demostrar que se trata de un grupo para el que la defensa aislada de sus derechos no sería eficaz, mientras que sí lo sería el planteo colectivo.<sup>25</sup>

Cabe recordar el precedente de la Corte Suprema<sup>26</sup> interpuesto por el Colegio de Fonoaudiólogos, referido al monotributo. El Alto Tribunal no lo consideró legitimado para el planteo, en tanto se trataba de derechos patrimoniales puramente individuales cuya defensa corresponde a cada afectado y al margen de la aplicación del universo de legitimados establecida en el art. 43 de la Constitución nacional.

### 3. *Procesos colectivos*

Con la reforma constitucional de 1994, se incorporan los procesos colectivos para hacer efectiva la tutela de derechos de incidencia colectiva. El art. 43 de la Constitución nacional autoriza a que una persona física o jurídica se arroge la representación de un grupo indeterminado de personas y obtenga una sentencia —que puede ser favorable o no— con efectos sobre el total del colectivo.<sup>27</sup>

Se incorpora el *amparo colectivo* contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.<sup>28</sup>

Estas acciones colectivas tienen finalidades específicas y debe tenerse presente que no todos los casos pueden transformarse en acciones de clase; por lo cual debe analizarse que intereses se intenta proteger.

Los intereses de incidencia colectiva, divisibles y homogéneos, son intereses individuales pero idénticos al de muchos otros, por lo que en estos casos se justifica que todos esos sujetos integren una clase.

Por otro lado, los bienes colectivos no son divisibles y por ello están en cabeza de toda la comunidad; y en consecuencia ningún individuo puede excluir a otro ni en el beneficio que se obtenga, ni del perjuicio que se causa al bien.

Un caso paradigmático en defensa del medio ambiente fue el precedente de la Corte Suprema *Mendoza*,<sup>29</sup> los actores en calidad de vecinos, demandaron al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a 44 empresas por la contaminación de la cuenca del Riachuelo. Una

<sup>25</sup> DÍAZ, MARIANA / RUFFA, FEDERICO J., “Apuntes para el estudio de la legitimación colectiva,” *Revista de Doctrina, jurisprudencia y legislación práctica, Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, n° 73, p. 581.

<sup>26</sup> CSJN, *Colegio de Fonoaudiólogos*, 2003, *Fallos*, 326: 3007.

<sup>27</sup> BASTERRA, *op cit.*

<sup>28</sup> Art. 43, segundo párrafo de la Constitución nacional: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”

<sup>29</sup> CSJN, *Mendoza*, 2006, *Fallos*, 329: 2316.

pretensión era en defensa del medio ambiente y la otra era resarcitoria. La Corte Suprema admitió la competencia originaria y la legitimación en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución nacional y 30 de la ley 25.675, en cuanto a la tutela del bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento.<sup>30</sup>

En cuanto a la acción resarcitoria, la Corte señaló que en la demanda no se identificó un solo hecho como causante de las lesiones.

#### 4. *La legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores*

Las asociaciones de consumidores son personas jurídicas de carácter privado, de conformidad al art. 32 del Código Civil; y deben tener como principal objeto el bien común, poseer patrimonio propio, ser capaces según sus estatutos de adquirir bienes, no subsistir exclusivamente de asignaciones del Estado y obtener autorización para funcionar. (art. 33, inc. 1° del Código Civil.)

A partir de 1993 con el dictado de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y especialmente con la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de las normas de los nuevos arts. 42 y 43, así como la Ley de Política Ambiental N° 25.675, se establece normativamente la legitimación procesal activa de las asociaciones, con el fin de propiciar la participación ciudadana y de afianzar el principio de tutela judicial efectiva. Pueden actuar en defensa de su propio interés y también en defensa de intereses que les atañen como grupo social. En el precedente de la Corte Suprema *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social*<sup>31</sup> la Corte reconoció legitimación procesal para interponer la acción de amparo, a la asociación en defensa de sus intereses y el de sus representados. Analizó sus estatutos, de los que surgía que su fin era la lucha contra el SIDA.

Con anterioridad, la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551, le otorgó legitimación procesal a las asociaciones sindicales con personería gremial para “defender y representar ante el Estado y los empleadores, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores.”<sup>32</sup>

La Ley de Asociaciones Profesionales N° 20.615 les confiere a éstas la defensa y representación de los asociados, aún de sus intereses individuales, tanto frente a la administración como ante el Poder Judicial.

Esta legitimación procesal, implica que deben demostrar que sus representados (quienes detentan la legitimación sustancial), han sido afectados en sus derechos. Pero no corresponde exigir un daño directo a la asociación, ni que ésta sea

<sup>30</sup> Art. 28 de la ley 25.675.

<sup>31</sup> CSJN, *Asociación Benghalensis*, 2000, *Fallos*, 323: 1339.

<sup>32</sup> Art. 31, inc. a) de la ley 23.551.

titular de una relación jurídica sustancial para tener legitimación procesal, es decir que invoque calidad de *afectada*; puede actuar en defensa de los intereses comunes del sector.

Se presume la existencia de vínculos sociológicos que conectan a la asociación con los afectados directos, y que la sentencia se les comunicará a cada uno de los miembros del grupo por algún medio fehaciente distinto a la notificación judicial, como puede ser en boletines informativos de la asociación. Resulta irrelevante el tipo de asociación, aunque se advierte que en las fundaciones, está ausente el ingrediente colectivo.<sup>33</sup>

La Corte Suprema de Estados Unidos fijó los recaudos que debían cumplirse para admitir la representación de las asociaciones: a) Que sus miembros estén legitimados para accionar en nombre propio (afectados); b) que el interés a tutelar guarde relación con el objeto social de la organización, y c) que ni la formulación del reclamo ni la pretensión exigida tornen imprescindible la intervención procesal de los asociados individuales. Sin embargo, en caso de conflicto de intereses con la asociación, los tribunales han requerido la intervención de los asociados individualmente.<sup>34</sup> El primer de los requisitos implica una diferencia importante con nuestro derecho, ya que para admitir la legitimación procesal, el afectado debe ser miembro de la asociación.<sup>35</sup>

En cuanto al tipo de procedimiento que se encuentran legitimadas para promover, no se encuentran limitadas a la acción de amparo al que se refiere el art. 43 de la Constitución nacional; sino que se ha admitido su legitimación para promover acciones meramente declarativas,<sup>36</sup> procesos ordinarios, recursos directos y medidas cautelares.

#### 4.1. *Los derechos invocados*

De conformidad a los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional, las asociaciones se encuentran legitimadas para accionar en defensa de bienes colectivos determinados (protección del medio ambiente, la no discriminación, tutela de los usuarios y consumidores); así como intereses colectivos ya sean individuales homogéneos o de carácter difuso.

Si se trata de la defensa de derecho de consumidores, el recaudo que se exige es que éstos se encuentren en condiciones similares; debe tratarse de consumidores afectados por un mismo hecho; lo que excluye el caso de usuarios con intereses

<sup>33</sup>CAPUTI, MARÍA C., "Legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios," en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 336 y ss.

<sup>34</sup>CAPUTI, *op. cit.*, pp. 337-338.

<sup>35</sup>CRUZ AZARRI, JUAN / ORTIZ, DANIEL R., "Las asociaciones y su legitimación activa: una comparación entre el sistema estadounidense y argentino," *ED*, 2010: 624.

<sup>36</sup>Se tuvo en cuenta la similitud de la acción de amparo y la meramente declarativa, en cuanto ambas tienen una finalidad preventiva y no requieren la existencia de daño consumado. CSJN, *AGUEERA v. Provincia de Buenos Aires y otro*, 1997, *Fallos*, 320: 690.

contrapuestos. Sería el caso de usuarios de servicios con tarifas diferenciadas en las que se beneficia a categorías de usuarios con subsidios cruzados que en definitiva son pagados por otros usuarios del mismo servicio que se encuentran en otra categoría. En estos casos la falta de homogeneidad de los usuarios, impide admitir la legitimación genérica de asociaciones de usuarios y consumidores; pues no todos los usuarios del servicio, son *afectados*.

Distinto es el caso de los contratos de adhesión con cláusulas que ningún usuario o consumidor está en condiciones de discutir y que les provocan daños patrimoniales de escasa magnitud que no justifica la promoción de una demanda individual.

En relación a la legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores; corresponde efectuar una breve síntesis de las reglas que establece la ley 24.240, modificada por la ley 26.361 referidas a las acciones colectivas.

Recordemos que el fin de esta normativa es asegurar el funcionamiento del mercado y tutelar a los consumidores, constituye un sistema protectorio del uso de bienes y servicios para evitar la vulnerabilidad del usuario y del consumidor.

Se trata de hacer efectivo el derecho constitucional amenazado por la concentración de la oferta en sus distintas etapas (fabricación y comercialización de bienes, así como suministro de bienes y servicios), frente a una demanda atomizada. De esta manera se disminuye la desigualdad de recursos y de información de los consumidores.<sup>37</sup>

El art. 52 reconoce legitimación para promoverlas a las asociaciones de usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal. Aclara la misma norma, que las asociaciones de usuarios y consumidores pueden asumir el rol de litisconsorte con los demás legitimados. También dispone que en caso de que la asociación desista, el Ministerio Público Fiscal debe continuar la acción; así como lo obliga a expedirse en caso de conciliación o transacción, respecto a la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados.<sup>38</sup>

Además las asociaciones deben encontrarse inscriptas en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; y cuentan con el beneficio de justicia gratuita (conf. art. 55), cuando actúan en la protección de intereses difusos.<sup>39</sup>

En cuanto al procedimiento, si bien el art. 53 dispone que sea el más abreviado, permite al juez fijar el procedimiento mas adecuado, en razón de la complejidad de la cuestión.

<sup>37</sup> CAPLÁN, ARIEL, "Legitimación activa de las asociaciones para preservar el derecho constitucional de los consumidores," *LL*, 2010-D, 130.

<sup>38</sup> Se recomienda ampliar la actuación del Ministerio Público Fiscal en JUNYENT BAS, FRANCISCO / DEL CERRO, CANDELARIA, "Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor," *LL*, 2010-C, 1281.

<sup>39</sup> Se recomienda en relación al beneficio de justicia gratuita ampliar en DEL ROSARIO, CRISTIAN O., "El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase," *LL*, 2009-B, 671.

#### 4.2. *La existencia de un daño*

Siempre debe demostrarse la afectación de los derechos invocados, y la existencia de un interés concreto; no resulta suficiente reclamar por la vulneración del principio de legalidad por parte de un acto general del Poder Ejecutivo.

No es dable soslayar que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra instaurada la acción popular, ni el control constitucional en abstracto. Al no configurarse un litigio concreto entre partes contrarias, no existe *caso judicial* en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional.

Coincido con CAPUTI<sup>40</sup> en que no parece aceptable que la legitimación asociacional sea usada como válvula de escape para sortear la limitación a la que nos referimos, respecto a las acciones en que se enarbola la defensa abstracta de la legalidad.

#### 4.3. *Ventajas y desventajas*

Las asociaciones pueden defender de un mejor modo los derechos de sus miembros o representados. Estos difícilmente podrían, de manera individual, proteger el derecho alegado contra el Estado o corporaciones con suficientes fondos para afrontar una mejor defensa.

La existencia de asociados que pagan una cuota o membresía, evita el riesgo de que se produzcan acciones legales oportunistas, que sólo buscan rédito económico o político y no la supuesta defensa del interés colectivo; ya que los miembros pueden ser representados por la asociación.

En nuestro país, al sólo exigirse que el objeto de la asociación conforme a sus Estatutos, sea la defensa de un bien colectivo o, genéricamente de usuarios y consumidores, se corre el riesgo de que muchos de los administrados a quienes no se los consultó, se encuentren en desacuerdo con la acción entablada.

#### 4.4. *Algunos ejemplos jurisprudenciales*

##### 4.4.1. *Intereses pluri-individuales homogénos*

En relación a intereses pluri-individuales homogéneos, analicé la excepción de falta de legitimación activa opuesta por Telecom Argentina SA y Telefónica de Argentina SA, respecto de la asociación de consumidores actora;<sup>41</sup> con fundamento en que no se trataba de un derecho de incidencia colectiva, sino de un derecho de contenido patrimonial, individual y divisible en cada usuario: El costo del servicio de listado de llamadas telefónicas.

Para rechazar la excepción y admitir la legitimación de la Unión de Usuarios y Consumidores tuve en cuenta: a) El objeto social es proteger los intereses de

<sup>40</sup> CAPUTI, *op cit.*, p. 366.

<sup>41</sup> JFed CA N° 9, 31/VII/09, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ E.N.- S.C. -Resol 2925/99 y otros*, confirmada por la Sala IV del fuero el 29/VI/10.

los usuarios; b) el derecho vulnerado es individual, divisible y patrimonial pero provoca lesión a todos los usuarios del servicio de telefonía fija; por lo tanto se identifica una causa fáctica homogénea y justifica un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada; c) El hecho provocador del daño es único y causa una lesión a una pluralidad de derechos individuales; d) Los efectos son comunes ya que no hay entre los usuarios intereses contrapuestos, y e) El interés individual considerado aisladamente, \$3 por cada factura, no justifica la promoción de una demanda. Ello impide el control judicial de una resolución de la Secretaría de Comunicaciones, que autorizaba a las prestatarias el cobro de ese servicio, en violación a lo normado por el art. 27 de la ley 26.631 que exige suministrar información gratuita al consumidor.

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con anterioridad al precedente de la Corte Suprema *Halabi*, consideró legitimada a una asociación de consumidores para reclamar a una entidad bancaria el reintegro a sus clientes “que no hubieran adherido y aceptado expresamente el servicio en concepto de seguro por extracción forzada en cajero automático y/o extravío de tarjetas de débito.”<sup>42</sup> La excepción de falta de legitimación la fundó el banco en que se trataba de derechos subjetivos individuales y exclusivos de los usuarios y en nada se relaciona con los derechos de incidencia colectiva previstos en el art. 43 de la Constitución nacional. La Cámara tuvo especialmente en cuenta que el seguro se cobró desde abril de 2001 a mayo de 2003, a \$1 por mes, por lo cual el perjuicio patrimonial no superaba los \$25 por cliente, y ningún cliente se aventuraría a iniciar una acción. Consideró asimismo la finalidad de la asociación, que posee un interés legítimo y por lo tanto aptitud para accionar.

La Sala F de la misma Cámara el 14-VI-11<sup>43</sup> revocó lo decidido en primera instancia y, en consecuencia, admitió la legitimación de la asociación de consumidores que reclamó al banco demandado el cese en el cobro a sus clientes de un cargo por seguro de vida colectivo superior al valor corriente de plaza, en tanto la acción recae sobre una conducta uniforme del demandado y se pretende una condena de carácter general, por lo que perseguir que cada perjudicado acuda personalmente a formular el reclamo implicaría desnaturalizar el sistema de protección establecido en el art. 43 de la Constitución nacional.

<sup>42</sup> CNComercial, Sala C, 4/X/05, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires*, con nota de SCHIAVI, MARÍA V., “Un paso más en la consolidación de los derechos del consumidor,” *LL*, 2006-B, 375.

<sup>43</sup> CNComercial, Sala F, 14/VI/11, *ADECUA c/HSBC Bank Argentina SA y otro s/ordinario*.

#### 4.4.2. *Análisis del objeto social de la asociación*

El primer amparo interpuesto contra la resolución 125/2008 que estableció retenciones con alícuotas móviles, fue interpuesto por la Asociación de Dirigentes de Empresas y rechazado *in limine* en primera instancia.<sup>44</sup>

Para así decidir, remití a la doctrina de la Corte Suprema conforme a la cual la legitimación procesal debe ser examinada por los jueces en cada caso, pues debe analizarse el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en la que se sustenta cada pretensión; ya que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el tribunal.<sup>45</sup>

En ese contexto analicé que el objeto central de la asociación, según surgía de su estatuto, era “activar la investigación, la educación y la capacitación como los instrumentos más eficientes para la optimización del accionar empresario[...] facilitar la capacitación de nuevos dirigentes empresarios[...] auspiciar la creación de centros de Altos estudios [...] propiciar ante los poderes públicos la sanción o modificación de leyes, decretos, resoluciones o disposiciones relacionadas con las actividades socioeconómicas del país y específicamente en lo que concierne a la conducción empresaria y al dirigente de empresa.”

Teniendo en cuenta los fines para los que fue creada la asociación, no se encontraba legitimada para promover esa acción, pues no se advertía cual es el perjuicio que las normas impugnadas le podían ocasionar.

Los restantes argumentos utilizados fueron relativos a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere no solo demostrar de qué manera ésta contraviene a la Constitución nacional, sino probar que ello causa gravamen en caso concreto. Además el derecho vulnerado es el de propiedad, puramente individual por lo que su tutela corresponde a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución nacional.<sup>46</sup>

La Sala I al confirmar la sentencia de primera instancia, tuvo en cuenta tres aspectos: a) Para que se configure una controversia se requiere: Que la acción impugnada afecte los intereses legales de alguna persona; que la actividad cuestionada afecte al peticionante en forma suficientemente directa, y se demuestre un interés sustancial que permita admitir que se da un caso concreto de justicia; b) El objeto social muestra una orientación hacia el mejoramiento de la administración y conducción empresaria, y c) se trata de derecho de carácter patrimonial,

<sup>44</sup> JFed. CA N° 9, 28/III/08, *Asociación Dirigentes de Empresa c/ E.N. -Dto. 2752/91-Min. Economía-Resol.125 126 y 148/08 s/ amparo ley 16986*, confirmado por la Sala I de la Cámara del fuero el 29/IV/08. El 30/VI/09 la CSJN declaró inadmisibile el recurso extraordinario.

<sup>45</sup> Fallos de la CSJN citados en la sentencia: *Ogando Agustín*, 1987, *Fallos*, 310: 2943; *Neuquén T.V. SA*, 1988, *Fallos*, 311: 2725; *Agüero Iturbe*, 1995, *Fallos*, 318: 1313; *Gomez Diez Ricardo*, 1999, *Fallos*, 322: 528; *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2000, *Fallos*, 323: 4098 y sus citas.

<sup>46</sup> CSJN, *Colegio de Fonoaudiólogos*, 2003, *Fallos*, 326: 3007

puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a los potenciales afectados. La legitimación de las asociaciones se encuentra reconocida a los efectos de promover la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva en general, que no son susceptibles de apropiación individual, siendo su goce indivisible y consecuentemente la eventual tutela judicial de ese derecho colectivo se expandirá a todos los administrados determinando los efectos *erga omnes* del pronunciamiento que otorgue la protección pretendida. En el caso el derecho patrimonial de los afectados por la norma que se cuestiona no puede encuadrarse entre los *derechos de incidencia colectiva en general*. Agregó que la actora no demuestra un elemento necesario para la procedencia de las acciones de clase cuando están en juego intereses individuales homogéneos, cual es que en ausencia de un ejercicio colectivo, se produciría una grave afectación del acceso a la justicia.

#### 4.4.3. *La existencia de daño*

Una asociación de consumidores promovió acción para obtener la declaración de ilegitimidad e inconstitucionalidad de la resolución conjunta N° 1778/09 y 322/09 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y la Secretaría de Transporte que aprueba los “[l]ineamientos y contenidos mínimos para la formulación de los programas de seguridad operativa destinados a estaciones terminales, paradores u otras infraestructuras afectadas al transporte público de pasajeros de larga distancia por automotor de carácter interjurisdiccional.”<sup>47</sup> En cuanto a la legitimación activa de la actora, se trata de una asociación de defensa del consumidor, debidamente inscripta y su objeto es proteger los intereses de los usuarios y consumidores que resultan del art. 42 de la Constitución nacional, también encuentra sustento normativo en el art. 54 de la ley 24.240. (Modificada por ley 26.631.) La actora adujo que las normas cuestionadas vulneran los derechos de los usuarios del servicio de transporte automotor de larga y media distancia al crear un cargo tarifario, al que consideran una tasa.

En la sentencia se consideró que la resolución conjunta que fija un plazo de 60 días para que los operadores de las estaciones terminales presenten un programa de seguridad y control operativo, ajustado a los lineamientos y contenidos aprobados en el art. 6°; pese al tiempo transcurrido no se puso en ejecución, por lo que no se advierte la existencia de un perjuicio a los usuarios del transporte automotor ni por tanto la existencia de un agravio concreto y actual.

<sup>47</sup> JFed. CA N° 8, 2/VIII/01, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ E.N. –Min. Justicia– ST Resol. 1778/09 y 322/09 y otro s/ proceso de conocimiento.*

## 5. *Acciones de clase*

Es en el derecho norteamericano donde se han desarrollado las acciones de clase, sistema procesal en el cual una persona o un pequeño grupo de personas, pueden representar a un gran número de individuos, todos poseedores de un derecho o interés común.

Resulta una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, pues se concentran cien o aún miles de demandas en un solo juicio, y de esta manera los integrantes de la clase pueden afrontar los costos del proceso. Para el demandado la ventaja es conocer el límite de los costos que se fijan en la sentencia o en la conciliación; en tanto que para la administración de justicia el beneficio radica en evitar que los juzgados se vean abarrotados con cantidad de demandas iguales.<sup>48</sup>

### 5.1. *Sus orígenes*

Su origen se remonta a Inglaterra, en el siglo XVIII en la *Court of Chancery*, a través del llamado *bill of peace* y su propósito consistía en que las personas que tuvieran pequeños reclamos unificados por un mismo interés, pudieran ejercerlos; debían demostrar que el litisconsorcio era impracticable y que la parte designada podía representar adecuadamente los intereses de los no presentados.<sup>49</sup> Es decir, se desarrolló un remedio procesal que permitía al tribunal de equidad entender en una acción promovida por representantes de un grupo, siempre que la controversia tuviera un interés común y se resolviera en una declaración de derecho invocable por y contra los miembros de la clase, además de comprobarse que la citación a todas las partes en procesos individuales o en un mismo litigio, resultaría inconveniente para la eficaz administración de justicia. En 1841, la Chancery Court justificó estas acciones con el criterio de que es “deber de esta Corte adaptar sus prácticas y el curso del procedimiento al estado actual de la sociedad y no ser demasiado estricta en adherir a formas y reglas[...] para negarse a administrar justicia y hacer valer los derechos para los cuales no hay otro remedio.”<sup>50</sup>

En Estados Unidos comenzó su utilización en el siglo XIX, en que estuvieron limitadas a los procedimientos de equidad.<sup>51</sup> A partir de 1938 se extendió su uso de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho,<sup>52</sup> desarrollándose definitivamente a partir de 1950, para poner límites a la discriminación racial. A partir de 1970 se extendió su uso para proteger el derecho de los consumidores y también a las personas de la contaminación del medio ambiente.

<sup>48</sup> SOLA, JUAN V., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 425 y ss.

<sup>49</sup> BIANCHI, *op. cit.*, p. 94 y ss.

<sup>50</sup> *Wallworth v. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619,41 E.R. 238, citado por ALTERINI, Atilio A., “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (el armado de un sistema),” *LL*, 2009-D, 740.

<sup>51</sup> En 1842 se sancionó la *Federal Rule of Equity* 48.

<sup>52</sup> Regla n° 23 de Procedimiento Judicial Federal y su enmienda en 1966.

## 5.2. *Su aplicación en otros países*

En Brasil se establecen procesos populares o de clases, en el Código del Proceso Civil de 1976, para daños contra el bienestar general, en sus aspectos económico, artístico, estético o histórico.

En Colombia se estableció la acción de clase por decreto extraordinario 3466/82, para la protección de derechos del consumidor; y en 1988 la ley 472 estableció las acciones de clase como uno de los remedios para la defensa de los intereses colectivos.

En España, varios artículos de la ley 1 del 7/1/2000 se refieren a estos procesos colectivos.<sup>53</sup>

## 5.3. *Procedimiento*

La Regla 23 de Procedimiento Civil para los Tribunales Federales fija tres categorías de acciones de clase y establece el procedimiento.

La primera categoría es para los casos en que el ejercicio individual de las pretensiones en procesos separados pudieran perjudicar a los miembros del grupo o a la demandada, por el riesgo de que se produzcan sentencias contradictorias. La segunda es la dirigida a proteger derechos constitucionales, que generalmente abarca a un grupo indeterminado de personas y excluye pretensiones resarcitorias; siendo las más utilizadas a partir de 1954, a partir del caso *Brown v. Borrad of Education*, en el que se reconoció legitimación a la actora para representar además de sus intereses a los de los demás estudiantes de raza negra. La tercera se utiliza para grupos que han sufrido un perjuicio por un mismo hecho y que individualmente les sería dificultoso accionar.<sup>54</sup>

El punto a) de la Regla 23 dispone que el juez debe verificar la concurrencia de los cuatro requisitos previos;<sup>55</sup> luego el juez debe controlar que la acción de clase intentada entra en alguna de las categorías que establece el punto b). Señala BIANCHI<sup>56</sup> que los tribunales federales de Estados Unidos son muy exigentes respecto a que el actor demuestre su capacidad para ejercer la representación de toda la clase, y hasta 1974 exigían también demostrar la posibilidad cierta de tener éxito en la acción emprendida; exigencia que fue derogada por la Corte Suprema en *Eien v. Carlisle & Jaquelin*. Explica BIANCHI que lo que interesa a

<sup>53</sup> GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., "Las Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?," *LL*, 2009-B, 186.

<sup>54</sup> BASTERRA, MARCELA I., "Procesos colectivos: alcances de la legitimación en las acciones colectivas," en AA.VV., *Estudios sobre Derecho Procesal*, Buenos Aires, El Derecho, 2008.

<sup>55</sup> Regla 23, a): Requisitos previos: 1) Que la clase sea tan numerosa que la actuación conjunta de todos los miembros resulte impracticable; 2) existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase; 3) las pretensiones o defensas de los representantes son representativas de las pretensiones o defensas de la clase, y 4) las partes representativas van a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada.

<sup>56</sup> BIANCHI, *op cit*, p. 102.

efectos de establecer una adecuada representación son las condiciones personales tanto de los representantes (motivos para plantear la acción, interés en su resultado y habilidades para proseguir la acción y suficiente respaldo económico para afrontar los costos del pleito); como de sus abogados. (Experiencia en este tipo de acciones y reputación en la comunidad.) Agrega este autor, que el factor crítico a analizar es el de los conflictos de intereses que puedan darse entre los representantes y otros miembros de la clase. Si una clase es demandada, debe verificarse si quienes litigan en su nombre están en condiciones de actuar.<sup>57</sup> También debe analizar el tribunal si existen otras vías procesales más idóneas, la existencia de litigios pendientes sobre la misma cuestión, si la jurisdicción elegida es la adecuada para la solución de la controversia y un análisis costo-beneficio para determinar la conveniencia de tramitar la acción de clase.

Luego de este análisis el primer acto procesal, a pedido de parte o de oficio, es la certificación de que la acción tramitará como acción de clase. Efectuada la certificación, debe notificarse a todos los miembros de la clase, ello en razón de que la decisión es vinculante para todos los miembros, y para resguardar el debido proceso. Si la clase es muy numerosa la notificación puede efectuarse por correo y asimismo, una publicación en algún medio masivo, para poner en conocimiento a miembros de la clase que no hayan podido ser identificados.

El juez tiene amplias facultades en relación a la prueba, para agilizar el procedimiento, imponer condiciones relativas al número de la clase, asumiendo la tarea de administrar y conducir ese complejo sistema.

La Regla 23, 3) admite el desistimiento y la transacción, que deberá ser homologado por el tribunal y notificado a los integrantes de la clase. Para la homologación deberá considerarse especialmente el monto del acuerdo comparado con el del pleito, el costo de proseguir el litigio, el plan de distribución y posibilidades de cumplirlo y la fehaciente notificación a los miembros ausentes.

El inicio de la acción, interrumpe el término de prescripción para todos los miembros de la clase, aún cuando la acción no continuara como de clase. No otorgarle efecto interruptivo a la interposición de la acción obligaría a los miembros a accionar individualmente, para evitar la pérdida de su derecho por el transcurso del tiempo.

Otro aspecto importante a considerar es la posibilidad de exclusión de los integrantes de la clase que lo soliciten expresamente, es decir que no pueden considerarse excluidos los que no hubieran solicitado la exclusión. Ello hace necesario, tal como lo afirma SOLA, la creación de un registro de acciones de clase que permita a las personas saber las acciones que se inician y si pueden estar incluidas en ellas.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Ver síntesis del caso *Hansberry v. Lee*, que efectúa BIANCHI, *op cit.*, p. 105.

<sup>58</sup> SOLA, JUAN V., "El caso Halabi y la creación de las «acciones colectivas,»" *LL*, 2009-B, 154.

En cuanto al tipo de procedimiento, si la prueba es muy compleja o las cuestiones constitucionales planteadas requieren amplitud de debate, resulta aconsejable que se tramiten como proceso ordinario y no como acción de amparo. También resultaría admisible la acción meramente declarativa, si el objeto es analizar la vulneración de normas constitucionales.

#### 5.4. *Efectos de la sentencia*

La sentencia tiene efectos vinculantes para todos los miembros de la clase, hayan o no intervenido en el proceso. Los efectos de la sentencia son los mismos que los de una sentencia individual para todos los miembros de la clase que no se autoexcluyeron; y esta sentencia colectiva hace cosa juzgada —independientemente del resultado del proceso— tanto para posteriores acciones colectivas como para ejercer los derechos en forma individual. Este efecto de la cosa juzgada *pro et contra*, se da en los procesos en los cuales existe el procedimiento de *discovery* de evidencia, es decir donde el demandado está obligado a presentar toda la prueba, incluso la que lo perjudica, con lo cual se examinan todos los hechos a fondo.<sup>59</sup>

Ese efecto vinculante de la sentencia para quienes no han sido parte en el pleito, es el problema neural de las acciones de clase, pues hacer obligatoria una sentencia sobre quienes no han participado es convertir a los jueces en legisladores.<sup>60</sup>

La Corte Suprema de Estados Unidos en el precedente *Phillip Petroleum Co. V. Shutts* estableció que para que la sentencia dictada en una acción de daños tenga efectos vinculantes sobre los miembros de la clase no presentados en el proceso y que se encuentren fuera de la jurisdicción del tribunal, además de la notificación debe acordarse la oportunidad de quedar fuera del litigio.

La sentencia tiene efectos de cosa juzgada para todos aquellos miembros de la clase que no se hayan excluido expresamente a través de los medios legales previstos.<sup>61</sup> Sin embargo, no se ha resuelto específicamente, si quienes optaron por quedar fuera del litigio, pueden luego invocar en su beneficio la sentencia favorable.

En el precedente *Amchem Products Inc. v. Windsor* los accionantes pretendían que la decisión fuera aplicable en el futuro a personas que en ese momento aún no habían sufrido daño físico alguno, lo que fue rechazado por la Corte, con el argumento que la clase no se encontraba concretamente delimitada.

<sup>59</sup> MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, “Procedimiento de acciones colectivas,” *LL*, 2011-F, 95.

<sup>60</sup> CORREA, JOSÉ L., “Acciones de incidencia colectiva. Modificación de la Ley de defensa del consumidor,” *LL*, 2008-F, 1106. El autor se remite a BIANCHI, ALBERTO, *Las acciones de clase: una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

<sup>61</sup> La Regla 23 c.3 establece: “El fallo en una acción colectiva de tipo b1 o b2 sea favorable o no al grupo, incluirá y describirá a aquellos que el juez considere miembros del grupo. El fallo en una acción colectiva de tipo b3 sea favorable o no al grupo, incluirá y especificará o describirá a aquellos a los que se dirige la notificación prevista en la subdivisión c2 que no han solicitado exclusión, y que el juez considere miembros del grupo.”

En Brasil el art. 103 del Código de Defensa de Consumidores establece que la sentencia colectiva desfavorable obligará al grupo que litigó, pero no perjudica los derechos individuales de sus miembros; por lo cual el efecto de la cosa juzgada es sólo para acciones colectivas, pero no para acciones individuales. El art. 220 del Código General del Proceso del Uruguay admite interponer una nueva acción colectiva para proteger el mismo derecho transindividual, en el caso que se presenten nuevas pruebas.<sup>62</sup>

### 5.5. *Ventajas y desventajas de estas acciones*

Estas acciones resultan muy convenientes para unificar casos individuales que versan sobre una misma cuestión, pero de montos reducidos y que por lo tanto el costo del proceso determina que los afectados opten por no iniciar el pleito. Al configurarse la clase, los costos del litigio se reducen y se posibilita el acceso a un asesoramiento jurídico especializado. Han permitido el acceso a los tribunales de miles de personas que por su condición social y económica lo tenían denegado de hecho.

Asimismo, se fortalece la posición negociadora de los actores, que individualmente es muy débil frente a la demandada, por tratarse generalmente de empresas. Es decir, equilibra las partes en el proceso.<sup>63</sup>

Las acciones de clase que se promueven en defensa de intereses difusos tienen como beneficio social adicional, ser un medio para promover la protección de un valor de mayor importancia al individual, un bien colectivo del que toda la comunidad disfruta.

La ventaja para el demandado es que al concentrarse las demandas en un solo pleito conoce las consecuencias financieras de la cuestión planteada, y también le permite canalizar un acuerdo transaccional más conveniente.

El principal inconveniente es su complejidad procesal, además la graduación de los daños individuales dificulta la integración de la clase. Señala SOLA que la certificación de la clase es la dificultad principal, ya que salvo en casos donde la clase proviene de un accidente masivo, o en los de derecho societario donde son todos los accionistas de una sociedad anónima, la inclusión de los individuos en una clase, tiene un carácter algo arbitrario, tanto por lo que incluye como por lo que excluye. Es responsabilidad del juez establecer un criterio estricto para la determinación de la clase.<sup>64</sup>

El beneficio para la administración de justicia, es que se evita la multiplicación de pleitos, al consolidar acciones con idéntico o similar objeto.<sup>65</sup> Esto representa

<sup>62</sup> MARTÍNEZ MEDRANO, *op cit.*

<sup>63</sup> SOLA, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. V, *op cit.*, p. 431 y ss.

<sup>64</sup> SOLA, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. V, *op cit.*, p. 431.

<sup>65</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, "Los fallos repetitivos como merma de Justicia: cómo evitarlos en el Derecho actual," *RAP*, 227: 5.

un beneficio económico al ahorrar esfuerzos humanos. Además, se elimina el riesgo de resultados contradictorios y por lo tanto de inseguridad jurídica.

La doctrina también señala dentro de las ventajas de estas acciones, su naturaleza disuasiva, ya que actúan como una valla preventiva ante eventuales violaciones a derechos de numerosos afectados que individualmente no litigarían.<sup>66</sup>

Resulta interesante la cita que transcribe ALTERINI: “[P]ara unos, la acción por clase de personas es uno de los remedios más socialmente útiles que se encuentran en la historia, para otros es extorsión legalizada.”<sup>67</sup>

Pero, sin duda, en nuestro país, la mayor desventaja de las acciones de clase es la ausencia de regulación normativa,<sup>68</sup> tal como lo viene señalando la Corte Suprema.<sup>69</sup>

### 5.6. *Las acciones de clase conforme al precedente Halabi de la Corte Suprema*

En el marco de una acción de amparo interpuesta por un único accionante, el abogado Ernesto C. Halabi,<sup>70</sup> la Corte Suprema fijó pautas y recaudos para la viabilidad de las acciones de clase y los efectos de la sentencia.

Halabi se presentó en carácter de abogado y usuario del servicio telefónico y de Internet promoviendo acción de amparo con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, por vulnerar los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet, sin que una ley determine en que casos y con que justificativos.

La sentencia de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la ley 25.873 y del decreto 1563/04; y la Cámara al confirmarlo atribuyó carácter *erga omnes* a la sentencia. El recurso extraordinario del Estado nacional, se limitó a impugnar los efectos de la sentencia.

La Corte Suprema consideró cuatro cuestiones: La naturaleza del derecho vulnerado, quienes se encontraban legitimados para promover la acción, los recaudos para la admisibilidad de la acción de clase y los efectos de la sentencia.

En el considerando 22 la mayoría señaló la admisibilidad de la acción colectiva, la legitimación para promoverla y que la proyección de los efectos de la sentencia

<sup>66</sup> DE LA RÚA, FERNANDO / SARAVIA FRÍAS, BERNARDO, “Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal,” *LL*, 2009-C, 247. Los autores ejemplifican este punto con las grandes empresas que prestan servicios masivos y tienen una posición de fuerza frente a los eventuales afectados, que se equilibra mediante esta herramienta procesal.

<sup>67</sup> ALTERINI, *op. cit.*

<sup>68</sup> Se han presentado distintos proyectos pero todos ellos han caducado: En 2000 lo presentó el senador BAUZÁ, en 2005 los diputados URTUBEY y CAAMAÑO, y en 2007 los senadores GÓMEZ DIEZ y SALVATORI.

<sup>69</sup> CSJN, *Mujeres por la vida*, 2006, *Fallos*, 329: 4593 (ver disidencia del Dr. LORENZETTI); *Halabi*, 2009, *Fallos*, 322: 111, considerando 12.

<sup>70</sup> CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332: 111.

depende fundamentalmente de la índole del derecho que se procura resguardar, que en el caso es el derecho a la intimidad.

Dado que este precedente ha sido comentado por autorizada doctrina,<sup>71</sup> sólo efectuaré una breve síntesis de los recaudos que establece la Corte para las acciones de clase.

La Corte distingue tres categorías de derechos: Los derechos individuales y divisibles; los individuales homogéneos, que son compartidos por un sector, pero son divisibles y disponibles, y los derechos colectivos que son indivisibles e indisponibles.

En los considerandos 12 y 13 fija el marco de las acciones de clase. Señala que los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, afectan derechos individuales divisibles. Existe un hecho único que lesiona a todos y por lo tanto la causa fáctica del daño es homogénea. Tal homogeneidad fáctica autoriza la promoción de un solo juicio, con efectos expansivos de la cosa juzgada. Agrega que la pretensión procesal debe estar enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho generador del daño y la constatación de que el ejercicio individual no aparece justificado. El Alto Tribunal consideró justificado eximir a todas las otras personas que vieran vulnerado el derecho a la intimidad por intromisiones indebidas, de promover demandas análogas a la allí decidida.

En consecuencia se justifica una acción colectiva única, cuando el ejercicio individual de los derechos en juego no aparece plenamente justificado, por considerarse eventualmente innecesario o superfluo, con la consiguiente lesión del derecho de defensa en juicio.

Pero después de casi tres años del dictado de este precedente, el Congreso aún no ha dictado la ley que regule las acciones de clase; por lo cual los tribunales inferiores deben decidir la admisibilidad de las acciones de clase, conforme a la interpretación que efectúen del precedente *Halabi*.

Por ello me referiré a dos fallos dictados el año en curso, que presentan notas de interés.

a) El 11-III-11 la Sala C de la Cámara Comercial dictó un interesante fallo,<sup>72</sup> relativo al límite de la legitimación de las asociaciones de consumidores para promover acciones de clase, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema.

<sup>71</sup> Se recomienda la lectura de: SOLA, "El caso Halabi y la creación de las «acciones colectivas,»" *op. cit.*; SABSAY, DANIEL A., "El derecho a la intimidad y la «acción de clase,»" *LL*, 2009-B, 401; CASSAGNE, JUAN C., "Derechos de incidencia colectiva. Los efectos «erga omnes» de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva," *LL*, 2009-B, 646; GELLI, MARÍA A., "La acción colectiva de protección de los derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso «Halabi,»" *LL*, 2009-B, 565; DE LA RÚA / SARAVIA FRÍAS, *op. cit.*; CATALANO, MARIANA / GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA, "Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema," *LL*, 2009-B, 598; SARAVIA FRÍAS, BERNARDO, "Acción de clase: aspectos constitucionales y filosóficos," *LL*, 2011-E, 690, entre otros.

<sup>72</sup> CNComercial, Sala C, 11/III/11, *Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires*.

En la acción se plantearon dos pretensiones: a) Obtener el cese del cobro de comisiones por depósitos en cajas de ahorro, cuentas corrientes y otras operaciones, a los clientes del banco; y b) la restitución de lo indebidamente cobrado. Al ser derogado el decreto 1570/01, la actora manifestó que la acción continuaba sólo por el reintegro a los usuarios de las sumas percibidas por el banco.

La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de falta de legitimación opuesta por el banco, considerando que la asociación se encontraba inscripta, no era necesario que contara con poderes de sus miembros, y que en el caso se trataba de resguardar intereses individuales homogéneos que lesionaban a todos los integrantes del grupo.

La Cámara, por mayoría, confirmó la admisión de legitimación dispuesta en la sentencia de primera instancia. La mayoría señaló primero que las asociaciones de usuarios y consumidores constituidas como personas jurídicas, inscriptas en el registro correspondiente, se encuentran legitimadas para accionar cuando resulten afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios conforme a los arts. 52 y 54 de la Ley de Defensa del Consumidor. Consideró que en el *sub lite* el reclamo resarcitorio involucra establecer la ilegitimidad de los débitos efectuados por el banco, lo cual es un paso necesario que involucra a todos los afectados por esos débitos, y la decisión tiene efecto expansivo a todos los afectados por los débitos aplicados. Puntualizó el Dr. MONTI que: “[L]a pretensión tendiente al reintegro de las sumas indebidamente debitadas a los clientes, procura el resarcimiento de un daño común.” Agregó que desechar la legitimación de la actora, implicaría que la mayoría de los afectados quedarán privados de reparación, pues por la escasa significación de las sumas retenidas no accionarían y la demandada obtendría un enriquecimiento sin causa.

El vocal preopinante puntualizó que el reclamo en segunda instancia quedó reducido a la pretensión de reintegro de los débitos. Se encontraba configurado el primer elemento que estableció la Corte Suprema en *Halabi*: Lesión a un universo de usuarios y asimismo el exiguo monto individual involucrado; pero consideró que la proyección colectiva del reclamo se refería al *cese* del cobro de las comisiones, el que no se discutía en segunda instancia; por lo cual sólo quedaban subsistentes los derechos patrimoniales individuales, divisibles y disponibles de cada usuario y se extinguió el rasgo colectivo del reclamo. Por lo cual votó por admitir la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el banco.

b) El 20-X-11 la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>73</sup> confirmó el fallo de primera instancia que rechazó *in limine* la acción interpuesta por la Asociación Civil Consumidores de Pie contra el Banco Central con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 6.5 y concordantes de la Comunicación “A” 3075 de reglamentación de la cuenta corriente bancaria

<sup>73</sup> CNFed. CA, Sala II, 20/X/11, *Consumidores de pie (Asoc. Civil) c/ BCRA-Comunicación 3075 “A” s/proceso de conocimiento*.

y sus modificatorias, por violar el derecho de defensa de sus clientes, y los arts. 17, 18, 36 y 42 de la Constitución nacional; al habilitar la imposición de multas e inhabilitaciones a los cuentacorrentistas, frente al rechazo de cheques por falta de fondos o sin autorización para girar en descubierto o por defectos formales, sin establecer ni identificar las vías recursivas con las que cuentan los clientes afectados.

La sentencia de primera instancia consideró que no se configuraba un *caso o controversia judicial*; y que la asociación no tenía legitimación en los términos del art. 43 de la Constitución nacional pues, aún cuando la supuesta lesión —imposición de multa o inhabilitación— pudiera afectar materialmente a un grupo indeterminado de personas, es susceptible de ser escindida respecto de cada uno de aquellos que se sientan afectados por la omisión que se atribuye a la norma. Agregó que la inexistencia de derecho subjetivo a la legalidad, determina que —salvo hipótesis excepcionales— la reacción impugnatoria no puede ser promovida por quien no se encuentra personal y directamente perjudicado, operando ese factor como un límite negativo a la legitimación.

En el fallo de Cámara se sostuvo que los planteos de la actora no están dirigidos a la protección del medio ambiente, o de la competencia, ni afectan la relación usuario o consumidor, ni ningún derecho de incidencia colectiva en general, sino que se debaten cuestiones de carácter personal individual, algunas con consecuencias patrimoniales (aplicación de multa) cuyo ejercicio y tutela corresponde, en exclusiva, a cada uno de los potenciales cuentacorrentistas afectados, máxime si se pretende por la misma vía cuestionar decisiones de la autoridad en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio, lo cual importa el análisis de circunstancias fácticas de cada caso concreto, por manera que no se encuentra configurada la característica de homogeneidad, que constituye el requisito para otorgar la legitimación que pretende la actora.

La Dra. CAPUTI agregó que en el considerando 12 del fallo *Halabi* la Corte se refirió a los derechos individuales enteramente divisibles, considerando que la homogeneidad fáctica y normativa que se apreciaba en ese precedente, justificaba acudir a la realización de un solo juicio, cuya cosa juzgada goce de efectos expansivos. Agregando en el considerando 13 que debe verificarse que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, y tal eventualidad pondría en jaque el debido resguardo del acceso a la justicia de los posibles afectados.

En el caso, en cambio, no se brinda un criterio hermenéutico para discernir, en cada caso, si está o no, plenamente justificado que se tramite un solo juicio, pues la pretensión central es la impugnación de los instrumentos normativos por los cuales se implementa una de las vertientes del poder de policía que está a cargo del Banco Central; y se procura cuestionar el esquema sancionatorio que opera respecto de los titulares de cuentas bancarias. Por lo cual no se verifica la

homogeneidad fáctica y normativa sobre la cual reposa la solución del precedente *Halabi*, toda vez que en materia de derecho sancionador administrativo, luce plausible una aproximación que sopesa caso por caso la situación infraccional de cada individuo. Por ello no se configura un *caso* o *causa* judicial, en los términos establecidos por la Corte Suprema.

### 6. *El Defensor del Pueblo*

Si bien es ajeno al presente trabajo, resulta necesario efectuar una breve referencia a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo; y al análisis para admitir su actuación, efectuado en las sentencias.

La legitimación procesal del Defensor del Pueblo para la tutela de los derechos de incidencia colectiva se encuentra establecida en los arts. 43 y 86 de la Constitución nacional; ya que la ley 24.284 y su modificatoria 24.379 se refieren a la intervención del Defensor fuera del ámbito jurisdiccional.

Asimismo, la Ley de Defensa del Consumidor le otorga legitimación activa al Defensor del Pueblo para defender los intereses de los usuarios o consumidores afectados.

La doctrina señala que se trata de una legitimación anómala o extraordinaria, ya que actúa en nombre propio para la protección de derechos cuya titularidad es de otros o en defensa de intereses que afectan al orden público o social. Esa atribución de legitimación procesal implica que el Estado asume como propio el interés en el ejercicio de la pretensión de tutela de los intereses cuya protección confía.

Recordemos que se trata de un órgano independiente, unipersonal que si bien se encuentra vinculado al Poder Legislativo, no está subordinado al Congreso. Su fin, de acuerdo al art. 86 de la Constitución nacional, es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías tutelados por la Constitución, ante hechos, actos u omisiones de la administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Esta misma norma le otorga legitimación procesal, sin efectuar distingo alguno y sin aclarar como en el caso de la Ley de Defensa del Consumidor, si se encuentra legitimado para iniciar acciones de incidencia colectiva. Pero de conformidad a sus fines tiene legitimación para participar en todos los juicios vinculados a su competencia, ante una lesión concreta de los derechos de un ciudadano. Se trata de la protección del interés colectivo, que es el interés de todos, porque en él están comprometidos la suma de los intereses individuales.<sup>74</sup>

Debe alegar la afectación del pueblo o del sector afectado. Puede ocurrir que la defensa de un sector implique un enfrentamiento con los intereses de otro sector; aquí la intervención del Defensor, es para asegurar la juridicidad en el

<sup>74</sup> DROMI, ROBERTO / MENEM, EDUARDO, *La Constitución Reformada, comentada, interpretada y concordada*; Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 301 y ss.

obrar administrativo público. Cuando las cuestiones involucran a particulares con intereses contrapuestos, la legitimación del Defensor debe ser cuidadosamente analizada.<sup>75</sup>

Pero ello no supone dejar de lado la exigencia de que exista una *causa*, una controversia planteada por él en defensa de intereses que afectan al orden público y social. La Corte Suprema rechazó la legitimación del Defensor del Pueblo para accionar en el interés general en que se cumpla la Constitución nacional y las leyes.<sup>76</sup>

La doctrina no es unánime con relación al ámbito territorial de actuación del Defensor del Pueblo nacional, es decir, si puede intervenir en las provincias.<sup>77</sup>

En el caso de daños individuales pero masivos, la legitimación del Defensor encontrará su límite en la defensa del interés colectivo y general; y será necesaria la actuación de los particulares interesados, para obtener el resarcimiento de los daños particulares.

Esta fue la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial al admitir la legitimación de la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, quien promovió la acción por los derechos de los usuarios del servicio público de electricidad, afectados por un corte de energía (que tuvo incidencia inicial sobre mas de 155.000 personas) para que se determinara la responsabilidad de EDESUR.<sup>78</sup> El Tribunal consideró razonable, que frente a una gran cantidad de situaciones análogas se dictase una sola sentencia, evitándose un dispendio jurisdiccional. Admitió la responsabilidad de EDESUR, disponiendo que los usuarios afectados que se considerasen con derecho, podrían ocurrir ante los tribunales y por la vía correspondiente, reclamando la reparación de los daños sufridos. Aclaró que en esos eventuales pleitos, la demandada podía plantear aspectos propios de cada caso particular, que no hubiesen sido materia de ese pleito. Dispuso, por último, que quedaba a cargo de la Defensoría del Pueblo poner en conocimiento de los usuarios la sentencia dictada por los medios pertinentes.

<sup>75</sup> BIANCHI, ALBERTO B., "La legitimación colectiva en el amparo," en *Estudios de Derecho Administrativo-VI-Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.)*, Mendoza, 2001, p. 96.

<sup>76</sup> CSJN, *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria*, 1998, *Fallos*, 321: 1352.

<sup>77</sup> BASTERRA, *op. cit.*, p. 122.

<sup>78</sup> CNFed. CC, 16/III/00, *Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR s/responsabilidad por daños*.

### 6.1. *La jurisprudencia de la Corte Suprema*

La Corte Suprema ha sido en algunos casos restrictiva, en punto a admitir la legitimación procesal del Defensor del Pueblo;<sup>79</sup> en otros casos no se expidió expresamente en contra de la legitimación del Defensor.<sup>80</sup>

En el precedente *Consumidores Libres*<sup>81</sup> señaló que la ley 24.284 no sólo exceptúa expresamente al Poder Judicial del área en que debe desempeñar sus funciones específicas, sino que aclaró que su legitimación no es concurrente con el afectado, y dispuso el cese de su intervención cuando un administrado interpusiera recurso administrativo o judicial, de conformidad a lo normado en el art. 21, tercer párrafo de la ley.

Al analizar el aumento de la alícuota del IVA para la medicina prepaga,<sup>82</sup> rechazó la legitimación del Defensor del Pueblo con ese mismo argumento y remarcó que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un proceso necesario para que exista un caso o controversia en los términos del art. 2º de la ley 27, reiterando la constante jurisprudencia relativa a que los casos contenciosos son aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas y no cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad.<sup>83</sup>

### 7. *Consideraciones finales*

Frente a la afectación de bienes colectivos determinados, así como de intereses individuales homogéneos resulta necesaria la reglamentación legal de remedios colectivos para solucionar estos conflictos.

Distintas cuestiones se suscitan en estos pleitos donde se persigue una tutela colectiva.

La primera es analizar el rol representativo del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones; determinar el efecto expansivo de la sentencia; la ejecución de la sentencia, y qué tipo de procedimiento resulta más adecuado.

<sup>79</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 1996, *Fallos*, 319: 1828; *Defensor del Pueblo de la Nación*, 1997, *Fallos*, 320: 2605; *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria*, 1998, *Fallos*, 321: 1352.

<sup>80</sup> CSJN, *Rodríguez, Jorge*, 1997, *Fallos*, 320: 2851; *Defensor del Pueblo de la Nación*, 1998, *Fallos*, 321: 1187; *Youssefian*, 2000, *Fallos*, 323: 3083.

<sup>81</sup> CSJN, *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria*, 1998, *Fallos*, 321: 1352.

<sup>82</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2000, *Fallos*, 323: 4098.

<sup>83</sup> Se recomienda profundizar el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en SACRISTÁN, ESTELA B., "Una interpretación consolidada: La legitimación procesal del art. 86 de la Constitución Nacional," *Revista de Derecho Administrativo*, N° 47, Buenos Aires, Lexis Nexis.

### 7.1. *El interés en la pretensión*

En relación a la legitimación activa de las asociaciones, éstas deben demostrar su calidad de afectadas en los términos del art. 43 de la Constitución nacional.

Si el bien afectado es colectivo e indivisible, se admite la legitimación procesal activa de la asociación, en tanto la titularidad del bien sea de la comunidad.

Pero tratándose de la defensa de intereses divisibles, no basta con que la asociación se encuentre inscrita en el registro correspondiente, sino que debe demostrarse que los usuarios o consumidores a quienes dice representar resulten afectados; y por lo tanto se acredite el interés en la pretensión, ya que la legitimación activa presupone una determinada relación con la cuestión debatida.

Por ello se impone, en primer término, analizar el estatuto de la asociación, para determinar si su objeto es la tutela de los derechos afectados que se intenta proteger en el caso.

Pero luego deberá determinarse que no existan intereses contrapuestos en los usuarios, pues ello impide conceder legitimación extendida a las asociaciones y también al Defensor del Pueblo.

Tal sería el caso de la modificación de cuadros tarifarios de servicios públicos, que puede afectar sólo a alguna categoría de usuarios y ser en cambio beneficiosa o con efecto neutro para otras categorías, como ocurrió con el rebalanceo telefónico aplicado en la década de los 90 por Telecom y Telefónica, que significó un aumento de tarifas a los usuarios de la Capital Federal, pero no así en el interior del país; o con la quita de subsidios para usuarios del servicio de energía eléctrica y de gas que consumieran más del tope establecido. En estos casos, en que no todos los usuarios del servicio resultan afectados, sólo podrían estar legitimadas, las asociaciones que demuestren representar a usuarios afectados.

No es dable soslayar que las razones de oportunidad, mérito y conveniencia para el dictado del acto que establece la modificación tarifaria, resulta ajena al control judicial; y por lo tanto —y además de la legalidad— sólo cabría analizar la razonabilidad y la no confiscatoriedad que las medidas implican; la que sólo puede apreciarse en razón del daño que se acredite.

En el caso de que la asociación defienda intereses pluriindividuales homogéneos, la justificación para admitir la legitimación de la asociación, es que el ejercicio individual de los derechos, por su escasa cuantía, resulte inconveniente, lo cual lesiona el derecho de defensa de los afectados individuales que no tendrían acceso a la justicia; y puede provocar, como en el caso de los bancos que cobran cargos ilegítimos, un enriquecimiento sin causa de la demandada.

Además de los intereses contrapuestos, suelen esgrimirse en un pleito distintas pretensiones —tal como surge de los fallos referidos en el punto 5.6.— relativas al cese de una conducta que lesiona los intereses de los usuarios; y además, la reparación de los daños causados, para lo cual, no se encontraría legitimada la

asociación; pues mas allá que la lesión sea múltiple, se trata de derechos individuales y divisibles de sus titulares.

Tampoco cabe admitir la legitimación procesal de asociaciones de usuarios y consumidores para discutir un régimen de sanciones —objeto del fallo al que me referí en el punto 5.6.b)— pues como en el caso de pretensiones resarcitorias, debe analizarse caso por caso la situación infraccional de cada afectado.

Por lo que cabe concluir que resulta decisivo el análisis de la materia debatida en cada caso y la demostración del real interés de la asociación, para admitir la legitimación procesal de la asociación para ejercer la pretensión de que se trate.

## 7.2. *Efecto expansivo de la cosa juzgada*

El efecto de la sentencia, también depende del derecho que esté en juego, colectivo e indivisible, individual y divisible y en este caso patrimonial o extrapatrimonial.

Aún en acciones interpuestas por un actor individual, se ha otorgado efecto expansivo a la cosa juzgada en razón del derecho colectivo afectado.

Tiene particular importancia en las acciones interpuestas por asociaciones, fijar el alcance de la sentencia desfavorable a la actora; pues se vulneraría el derecho de defensa si se pretendiera oponer ante quien no fue parte en un proceso, la desestimación de la pretensión, invocando la cosa juzgada.

En cambio, cuando la pretensión es admitida, la posibilidad de invocar la cosa juzgada, no implica violación al derecho de defensa de la demandada vencida, pues tuvo la oportunidad de ofrecer y producir todas las pruebas que hacen a su defensa así como los argumentos defensivos, los que fueron analizados por el juez de la causa. Recuerda JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS en el trabajo citado<sup>84</sup> que en el Código Civil está previsto respecto de las obligaciones solidarias, establecer que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dictada en un pleito seguido por uno de los acreedores contra el deudor común no es oponible a los demás coacreedores que no fueron parte en el juicio, pero éstos, si los beneficia, pueden hacerla valer contra el deudor común, siempre que éste no tenga una defensa personal contra ellos.

En relación a la pretensión resarcitoria, el efecto de la sentencia puede ser expansivo en cuanto a la atribución de responsabilidad a todos los que sufrieron el daño causado por el mismo hecho; y aún de la reparación como en el caso de devolución de cargos ilegítimamente cobrado a clientes de bancos. Es también la homogeneidad del interés, lo que autoriza a expandir el efecto de la cosa juzgada.

En estos casos debe indicarse en la sentencia el modo de ponerla en conocimiento de todos los afectados; por lo cual también la notificación tendrá efectos expansivos a las partes intervinientes.

<sup>84</sup> JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *op. cit.*

### 7.3. *Ejecución de la sentencia*

También resulta necesaria la regulación por ley de la etapa de ejecución de la sentencia, pues lo normado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para litigios bilaterales no resulta suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de las sentencias dictadas en acciones colectivas.

Por un lado deben disponerse medidas concretas para la cesación del daño, el tiempo razonable para su cumplimiento; y de acuerdo al derecho tutelado, establecer quien es la autoridad para controlar su cumplimiento.

Asimismo, y ante la inacción de la asociación o del Defensor del Pueblo que interpuso la acción ¿puede cualquier usuario o consumidor que se benefició con la sentencia, instar el procedimiento de ejecución?

Si se otorga efecto expansivo a la cosa juzgada y se cumple con una adecuada publicidad de los fallos, la respuesta afirmativa se impone.

### 7.4. *Acciones de clase*

De cara a la defensa de los derechos de incidencia colectiva y visto las dificultades para admitir la legitimación de las asociaciones que se han enumerado, las acciones de clase aparecen como el procedimiento más idóneo para la protección de estos derechos.

Ello así pues una vez conformada la clase, sus integrantes comparten un interés común y desaparece la posibilidad de que las asociaciones defiendan intereses de un sector, quedando indefensos los que no han sido perjudicados por la norma o el acto, o aún peor resultaron beneficiados.

Obviamente que la configuración de la clase deberá ser regulada por ley, la citación, la facultad de excluirse, así como la calidad de los representantes.

El marco normativo deberá tener especialmente en cuenta un medio que evite la duplicidad de acciones con el mismo objeto, evitando el riesgo de sentencias contradictorias; así como establecer tribunales especializados en cada jurisdicción.

En relación a este último punto, se ha presentado en la Honorable de Cámara de Senadores de la Nación un proyecto de ley para la creación de Juzgados Federales de Acciones Colectivas, que corre por cuerda paralela al proyecto de ley sobre acciones de clase.<sup>85</sup>

Las ventajas que se han expuesto justifican la sanción de una *ley de acciones de clase* que determinen los aspectos procesales y las condiciones fácticas bajo las cuales tramitarán las acciones de clase y la creación de un fuero especializado para su tramitación.

Es el Poder Legislativo el que debe regular no solo las acciones de clase, sino todos los aspectos procesales y sustanciales de las acciones colectivas, para hacer posible la tutela judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva.

<sup>85</sup> Proyecto de ley S 2758/11 presentado por la Senadora LILIANA NEGRE DE ALONSO.



LEGITIMACIÓN DEL CIUDADANO, EL ELECTOR Y EL CONTRIBUYENTE. LA LEGALIDAD OBJETIVA COMO BIEN COLECTIVO

Por JUAN IGNACIO SÁENZ

SUMARIO

1. Introducción .....	97
2. La legitimación en la jurisprudencia tradicional y la exclusión del interés simple a la legalidad objetiva.....	98
3. Fundamentos de las limitaciones a la legitimación .....	103
4. Sobre el carácter “menos” democrático de la justicia .....	106
5. Sobre el concepto de causa, caso o controversia judicial .....	115
6. Sobre la afectación sustancial y el interés simple .....	120
7. Los avances en el derecho europeo .....	123
8. <i>Halabi</i> . El derecho a la defensa de los bienes colectivos.....	124
9. Conclusión .....	128



# LEGITIMACIÓN DEL CIUDADANO, EL ELECTOR Y EL CONTRIBUYENTE. LA LEGALIDAD OBJETIVA COMO BIEN COLECTIVO

Por JUAN IGNACIO SÁENZ

## 1. Introducción

Como aclaración previa, me referiré únicamente a la teoría y a la praxis predominante en la jurisprudencia de los tribunales federales, en particular, a las reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Señalo también que mencionaré genéricamente a *la actividad estatal* como objeto del control judicial en el proceso contencioso administrativo, incluyendo allí a toda manifestación normativa de cualquier órgano u organismo del Estado, así como las omisiones de aquellos en el cumplimiento de obligaciones constitucionales o legales. Queda incluido entonces todo supuesto de impugnación de alguna forma de actividad o inactividad estatal que se plantee en cualquier proceso (amparo, acción declarativa o proceso ordinario) pues en todos los casos los fundamentos de la restricción o de la aceptación de la legitimación han sido formulados en idénticos términos.

Lo que sigue a continuación es un aporte a los argumentos en favor del reconocimiento de la *legitimación* y del correlativo derecho fundamental de todo ciudadano a reclamar judicialmente la protección de lo que considero que es un *bien colectivo* como la legalidad constitucional. En efecto, creo que de acuerdo con los estándares actuales de la sociedad democrática cualquier ciudadano —en su calidad de tal y sin necesidad de demostrar perjuicios individuales especiales—, debería poder solicitar a un tribunal la declaración de inconstitucionalidad de los actos del Estado al menos frente a tres situaciones: a) Que no se hayan cumplido los procedimientos de formación reglados en la Constitución o en otras normas generales; b) que un acto haya sido dictado mediando un vicio en la competencia del órgano, alterando el orden de competencias que establece la Constitución en protección de los ciudadanos; c) que el acto o la omisión comprometa la utilización o el destino de los recursos públicos de cualquier naturaleza, caso en el cual a la

condición de ciudadano afectado se suma la de contribuyente. En este sentido, soy de la opinión que la llamada *legalidad objetiva* referente a las facetas de actuación estatal mencionadas constituye un *bien colectivo* vinculado al *círculo vital de intereses* de un ciudadano, y por ende cualquier integrante de la sociedad es titular de un *derecho* a su protección, y no de un mero *interés simple* como se ha infravalorado en la jurisprudencia dominante hasta el momento, bajo fundamentos que considero sumamente discutibles.<sup>1</sup>

## 2. La legitimación en la jurisprudencia tradicional y la exclusión del interés simple a la legalidad objetiva

Es conocido el cuadro de calificaciones jurídicas que rige la *legitimación* como aptitud para el acceso a un proceso judicial donde se impugna la actividad estatal, y como condición para que un tribunal examine y resuelva un cuestionamiento de fondo formulado sobre aquella actividad. Se repite, invariablemente, que es necesario encontrarse afectado de manera muy personalizada y concreta, y no basta invocar cualquier interés o afán impugnatorio para que un tribunal ejerza su competencia revisora. La jurisprudencia de la Corte ha tomado y aplicado todas las limitaciones a la legitimación creadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos, articuladas bajo las exigencias de que el interés sea directo, personal, inmediato y concreto, y sea suficientemente acreditado. Para ello, se ha inspirado en un puñado de nociones incluidas en algunas normas, y en las construcciones de la jurisprudencia norteamericana, entre lo que cabe mencionar:

a) El art. 116 de la Constitución nacional, en cuanto limita la competencia del Poder Judicial de la Nación a la resolución de “causas,”<sup>2</sup> idea ampliada en el art. 2° de la ley 27, en tanto dispone que la Justicia federal sólo actúa en “casos contenciosos” y a instancias de una “parte;”<sup>3</sup>

<sup>1</sup>“Entre los papeles menos asumidos del oficio universitario debe contarse con el de «pensar en futuro» y no descartar ni olvidar temas de estudio que puedan semejar utopías. Quizá la cuestión de la acción popular en el Contencioso-administrativo sea paradigmática de aquel papel y aquel olvido: por lo cual, o se la deja de lado o simplemente se resaltan –como coartada para el abandono– las indudables dificultades procesales y de otro tipo que encerraría su implantación generalizada.” (conf. GONZÁLEZ MARINA, PABLO, “¿Hacia la acción popular en el contencioso-administrativo?,” *Revista Jurídica Galega*, N° 26, páx. 49, <https://www.rexurga.es/pdf/COL142.pdf>)

<sup>2</sup>“Artículo 116: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

<sup>3</sup>“Artículo 1°: La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación. Artículo 2°: Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.”

b) el art. 24 del decreto-ley 19.549/72, que, como correlato del art. 116 de la Constitución nacional y el art. 2° de la ley 27, dispone que los actos administrativos de alcance general pueden ser impugnados en sede judicial solamente por un “interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos;”

c) la noción de *afectado* a que alude el art. 5° del decreto-ley 16.986/66 que reglamenta el proceso de amparo, e igualmente prevista en el art. 43 de la Constitución nacional incorporado en la reforma de 1994;<sup>4</sup>

d) el principio de separación de poderes según el cual la Justicia, en reguardo de los actos surgidos del resto del Estado, debe abstenerse de examinar planteos que no provengan de personas titulares de un *derecho personal* que haya sido directamente *afectado* de manera *directa, inmediata y concreta*, y

e) la inteligencia de que un derecho personal es sólo aquel interés jurídico especialmente calificado pues se encuentra referido a bienes jurídicos tangibles y relevantes, como la vida, el patrimonio, las libertades individuales y la protección de determinados bienes colectivos, y que por definición excluye otros intereses de menor relevancia e intensidad, denominados *intereses simples*,<sup>5</sup> como la aspiración a la “mera legalidad objetiva,” como se suele decir.<sup>6</sup>

En resumen, las exigencias expuestas —encontrarse *afectado* en un *derecho*, de manera *inmediata y concreta*—, resultan de imprescindible observancia para que un tribunal acceda a revisar la actividad estatal, ya que si lo hiciera en supuestos donde no se encuentra afectado un derecho, y por ende no se configura una verdadera causa o controversia, el Poder Judicial extralimitaría su competencia, invadiendo la del poder de donde provenga el acto impugnado —el Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo o cualquiera de las *administraciones públicas*— alterando la separación de poderes, y aún más, el sistema democrático.

Por lo tanto, quedan afuera de la atención judicial, aquellas pretensiones donde una persona solicita la revisión judicial de alguna manifestación de actividad estatal, por reputarla inconstitucional o ilegal, invocando su condición de ciudadano interesado en el cumplimiento de la legalidad objetiva o de contribuyente movilizado por la correcta afectación y el debido destino de los recursos públicos.

<sup>4</sup> “Artículo 5°: La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada.”

<sup>5</sup> Definido como “interés vago e impreso, no individualizado, perteneciente a cualquiera, no reconocido o tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico, relativo al buen funcionamiento de la administración.” (Conf., entre muchos otros, CNFed. CA, Sala II, 22/III/94, *Barcesat, Eduardo*.) Asimismo, la Corte en el fallo *Halabi*, al que me referiré luego, si bien reconoció la legitimación procesal en caso de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, enfatizó que quedaban excluidas de esa categoría las acciones que persigan el control de la mera legalidad de una disposición. (CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332: 111, considerando 9.)

<sup>6</sup> *Mero/a*: (Del lat. *merus*). 1. adj. Puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa. 2. adj. Insignificante, sin importancia. (Diccionario de la Real Academia Española.)

Sólo mencionaré cinco casos, distribuidos a lo largo de los últimos 30 años de jurisprudencia de la Corte: *Baeza* (1984), *Gascón Cotti* (1990), *Polino* (1994), *Gómez Diez* (1999) y los dos *ADC* fallados en 2010, sin perjuicio de muchos otros, pues en estos puede apreciarse la línea de fundamentos que se mantiene al día de hoy y que repiten casi todos los tribunales inferiores.

En *Baeza*,<sup>7</sup> la Corte negó legitimación a un ciudadano que planteó la inconstitucionalidad de la convocatoria a una consulta popular realizada por el Poder Ejecutivo Nacional para conocer la opinión de la población en relación a una propuesta de arreglo de los límites con Chile en la zona del canal de Beagle.<sup>8</sup> Consideró que el actor carecía de un interés suficientemente concreto para impugnar la convocatoria,<sup>9</sup> si bien aquel, como parte del cuerpo electoral convocado, sostenía la vulneración del principio de representación indirecta y en tal sentido la inconstitucionalidad de la consulta sobre una cuestión —los límites exteriores de la Nación— que le compete al Congreso de la Nación. Más allá de las notorias debilidades en el planteo de fondo, pues parece claro que cualquier tipo de consulta popular refuerza el principio representativo, y lo que en realidad veda el art. 22 de la Constitución es que cualquier grupo de personas se auto adjudique espontáneamente la representación popular,<sup>10</sup> la Corte descartó que el actor tuviera un interés relevante a que ello sea dirimido judicialmente, a pesar de ser un planteo vinculado al centro de la organización política y a la distribución de competencias entre los poderes, esto es, a la potestad del Poder Ejecutivo para convocar a un acto electoral que no estaba previsto en la Constitución nacional por entonces.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> CSJN, *Baeza Aníbal Roque c. Estado Nacional*, 1984, *Fallos*, 306: 1125.

<sup>8</sup> Decreto 2272/84.

<sup>9</sup> En *Baeza* la Corte dijo “2°) Que el poder judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales nacionales se define, de acuerdo con invariable interpretación, receptada por el Congreso argentino y por la jurisprudencia de este Tribunal, de la doctrina constitucional de los Estados Unidos, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2° de la ley 27. Dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas [...] 3°) Que ello es así porque [...] del «control» encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que este requisito de la existencia de un «caso», o «controversia judicial» sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según lo expone el juez Frankfurter, con fundamento en la jurisprudencia norteamericana [...] 4°) Que, con respecto al derecho propio que pueda alegar [...] no mediaría un interés suficientemente concreto que lo legitimara para reclamarla [...] Igualmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha insistido en la necesidad de que el interés invocado tenga suficiente inmediatez y realidad.”

<sup>10</sup> “Artículo 22: El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

<sup>11</sup> Las consultas populares como mecanismo de ejercicio semidirecto de democracia, como se suele decir, fueron incorporadas a la Constitución en la reforma de 1994 a través del art. 40, el que precisamente dirimió una discusión acerca de la competencia adecuada para convocar a ese tipo de actos electorales. Las consultas no vinculantes pueden ser convocadas por el Congreso o por el Ejecutivo (*dentro de sus respectivas competencias*), pero las vinculantes sólo pueden ser impulsadas por el Congreso. Vale decir que el planteo de *Baeza* involucraba cuestiones que requirieron ser definidas posteriormente en la propia Constitución, y por ende, al vincularse con la organización

En el caso *Gascón Cotti*<sup>12</sup> un conjunto de personas demandaron la declaración de inconstitucionalidad de una ley local que impulsaba la reforma constitucional en una provincia, y la Corte rechazó igualmente su legitimación para accionar, remitiendo a lo considerado en *Baeza*. En *Polino*,<sup>13</sup> repitió esos argumentos en el amparo interpuesto por dos diputados nacionales, en su calidad también de ciudadanos, para que se estableciera la inconstitucionalidad de la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución, y en buena medida definió casi todo su contenido, ley que había sido sancionada de manera manifiestamente irregular, al no retornar a la Cámara de Diputados el proyecto modificado por el Senado como cámara revisora. Se sostuvo que la condición de ciudadano reviste demasiada “generalidad,” lo cual no permite tener por configurado un “interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar la presente como una «causa», «caso» o «controversia», único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida.”<sup>14</sup> Tanto en *Gascón Cotti* como en *Polino* existieron dos votos en disidencia del juez FAYT, favorables a la legitimación, que destacaré luego. En *Gómez Diez*,<sup>15</sup> tres diputados nacionales sostuvieron la inconstitucionalidad de la ley 24.699, por la que se prorrogaron ciertas modificaciones del régimen de coparticipación federal de impuestos,<sup>16</sup> así como una serie de detracciones a favor

de las competencias de los poderes políticos en relación a un tema que también involucra al cuerpo electoral, pienso que *Baeza* portaba, como parte del electorado, a un derecho fundamental a que todo aquello —a falta de previsiones constitucionales en la época— se resolviera judicialmente con fuerza de verdad legal.

<sup>12</sup> CSJN, *Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89*, 1990, *Fallos*, 313: 594, con nota de PADILLA, MIGUEL M., “Una negación del derecho de acceso a la justicia,” *LL*, 1990-E, 71.

<sup>13</sup> CSJN, *Polino, H. y otros c. Poder Ejecutivo s/amparo*, 1994, *Fallos*, 317: 335, con nota de GELLI, MARÍA A., “Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático. (El caso Polino en análisis),” *LL*, 1994-C, 291. Los diputados HÉCTOR POLINO y ALFREDO BRAVO, pertenecientes a un bloque parlamentario minoritario que se oponía a la reforma llevada a cabo en 1994, impugnaron la constitucionalidad de la ley 24.309, la cual declaró la necesidad de la reforma de la Constitución en los términos de su art. 30, y además dispuso en su art. 2° el conjunto de reformas que integraron el llamado “núcleo de coincidencias básicas” que la propia ley, limitando las atribuciones de la futura Convención Constituyente, dispuso que debía votarse unificadamente por la aceptación o el rechazo. De esa manera, la ley cuestionada no sólo habilitaba el proceso reformador de manera irregular, por los vicios habidos en su procedimiento de formación, sino que además estipulaba su contenido y el de la futura Constitución, cercenando las facultades de la Convención Constituyente.

<sup>14</sup> En *Polino* la Corte señaló “2°) Que la condición de ciudadano que hace valer el recurrente, no es apta —en el orden federal— para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite, en el caso, tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar la presente como una «causa», «caso» o «controversia», único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida.”

<sup>15</sup> CSJN, *Gómez Diez, Ricardo y otros c. PEN - Congreso de la Nación s/proceso de conocimiento*, 1999, *Fallos*, 322: 528.

<sup>16</sup> La coparticipación federal es un mecanismo por el cual la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden convenir que las jurisdicciones locales renuncien a alguna facultad tributaria, cediendo su ejercicio exclusivo a la Nación, y obteniendo a cambio una participación de la recaudación de acuerdo con criterios solidarios de reparto, en los que debe atenderse las necesidades de cada región. En la actualidad continúa vigente un sistema de coparticipación aprobado por la ley 23.548

de la Nación de la recaudación de impuestos que integran la coparticipación. Ambas cosas importaron, en concreto, una sustracción de recursos a las provincias, hecho por el que los actores afirmaron sentirse afectados en calidad de ciudadanos de esas provincias, sin que tal interés fuera reconocido por la Corte a los efectos de la legitimación.

Por último, en dos causas iniciadas por la Asociación por los Derechos Civiles, falladas en la misma fecha,<sup>17</sup> la Corte negó legitimación a esa entidad para reclamar, en una, la inconstitucionalidad de la ley que confiere la facultad al Jefe de Gabinete para disponer la reasignación de las partidas del presupuesto nacional aprobado por el Congreso año a año,<sup>18</sup> y en la otra, la inconstitucionalidad de dos disposiciones de la ley que reglamenta el control legislativo de los decretos de necesidad y urgencia, en tanto posibilitan —tal como ha ocurrida en la realidad muchas veces—, que el Congreso omita pronunciarse sobre los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo, rechazándolos o ratificándolos tal como establece la Constitución que debe ser.<sup>19</sup> Se negó que en ambos casos *ADC* tuviera un interés “substancial” y con suficiente “concreción e inmediatez.”<sup>20</sup>

En suma, la Corte considera que la calidad de ciudadano o de contribuyente —para cualquier tipo de impugnación— es una condición “de notable generalidad de 1988, por el cual Nación, Provincias y Ciudad de Buenos Aires han repartido fundamentalmente la recaudación del impuesto a las ganancias y del impuesto al valor agregado.

<sup>17</sup> CSJN, *Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Estado Nacional - ley 26.124*, 2010, *Fallos*, 333: 1212.

<sup>18</sup> La disposición sustituye el texto del art. 37 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y establece: “El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades.” Como se puede advertir, se trata de una delegación permanente del Congreso, que carece por completo de fundamento en “emergencia pública,” así como de “bases de delegación” y plazo para su ejercicio, todo lo cual es requerido por el art. 76 de la Constitución para tener por válida una delegación de facultades legislativas. *ADC* solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de la disposición, alegando la violación del principio de legalidad y de división de poderes, y afirmando que su respeto constituye un derecho humano fundamental.

<sup>19</sup> El art. 22 de la ley 26.122 establece —solamente— que el rechazo o aprobación de los decretos debe ser expreso, pero omite fijar un plazo para que el Congreso se pronuncie, lo cual da lugar a que, por su silencio, la vigencia de un decreto de necesidad y urgencia se prolongue *sine die* e incluso agote sus efectos sin intervención del Congreso. El art. 24 dispone que “el rechazo *por ambas Cámaras* del Congreso del decreto de que se trata implica su derogación,” lo cual significa —a *contrario sensu*— que, a pesar de haber recibido el rechazo de una Cámara, la aprobación de la otra, o peor, su silencio o reticencia para tratarlo, permite su vigencia. Vale decir que ante la falta de coincidencia de las Cámaras, que claramente implica la falta de aprobación por parte del Congreso, se adopta una solución favorable a la vigencia del decreto, lo cual no se concilia con el carácter excepcional de los decretos de necesidad y urgencia y con la prohibición que como principio establece a su respecto el art. 99, inc. 3° de la Constitución. La referida falta de coincidencia ocurrió una vez, respecto del decreto 296/10 que dispuso el uso de una cantidad de reservas del Banco Central, y el cual fuera declarado nulo por la Cámara de Diputados.

<sup>20</sup> En una decisión reciente la Corte negó la legitimación de un gobierno local para representar a sus propios ciudadanos en la demanda que realizó contra la ley federal que regula los medios audiovisuales. (CSJN, 1/VI/10, *San Luis c. Estado Nacional*.)

dad,” que no basta para demostrar la existencia de un interés especial, directo, inmediato, concreto o sustancial que permita tener por configurado un caso contencioso, único supuesto que autoriza la intervención del Poder Judicial.<sup>21</sup>

Los tribunales inferiores —la gran mayoría al menos— han aplicado mecánicamente dichas pautas,<sup>22</sup> sin variaciones respecto de los fundamentos y los criterios de calificación del interés que es necesario ostentar para que sea reconocida la legitimación.

### 3. *Fundamentos de las limitaciones a la legitimación*

La jurisprudencia en nuestro país ha aplicado de manera idéntica las elaboraciones de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, fuente predilecta en lo que hace a las limitaciones del control judicial. Allí, la limitación de la legitimación nace junto al propio origen del control de constitucionalidad en el caso *Marbury* de 1803. Sabido es que esa decisión, en cuanto afirmó la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, desató una serie de críticas y defensas del *judicial review* que continúan hasta el día de hoy. Cada vez que en los Estados Unidos la Corte declara la inconstitucionalidad de alguna norma que reviste alguna trascendencia social o política especial, se reaviva un debate que enfrenta a quienes reivindican ese poder, con aquellos que consideran que debiera ser inexistente o limitado a casos muy excepcionales, por la menor legitimidad democrática que ostentarían los tribunales respecto de los demás poderes.<sup>23</sup> La

<sup>21</sup> CSJN, *Baeza*, 1984, *Fallos*, 306: 1125; *Constantino Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 2384; *Zaratiegui*, 1988, *Fallos*, 311: 2580; *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria*, 1998, *Fallos*, 321: 1352; *Gómez Diez*, 1999, *Fallos*, 322: 528; *Leguizamón*, 2001, *Fallos*, 324: 2048; *Iannuzzi*, 2008, *Fallos*, 331: 2287.

<sup>22</sup> En nuestro país, en el orden federal al que me estoy refiriendo, no existe una regla que obligue a los tribunales inferiores a seguir la jurisprudencia de la Corte. La ley 24.463, antes de su derogación por la ley 26.025, disponía la obligatoriedad de los fallos de la Corte en materia previsional, mientras que la jurisprudencia de ésta se limita a sostener que los tribunales de instancia tienen una especie de deber moral de seguir sus precedentes, salvo una decisión que aporte nuevos fundamentos. Ver: CSJN, *Cerámica San Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 1094; *Loyds Bank*, 1995, *Fallos*, 318: 2060; *Gay de Martín*, 1998, *Fallos*, 321: 3201; *Adriazola*, 2001, *Fallos*, 324: 3764. En doctrina: LEGARRE, SANTIAGO / RIVERA (h.), JULIO C., “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical,” *LL*, 2009-E, 820. Ver además: LEGARRE, SANTIAGO / RIVERA (h.), JULIO C., “Naturaleza y dimensiones del «*stare decisis*»,” *LL*, 2005-F, 850; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 93: 91; BIANCHI, ALBERTO B., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema. (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)” *ED*, 2000/2001: 335; IBARLUCÍA, EMILIO A., “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 2006: 215.

<sup>23</sup> La obra en nuestro país que describe de modo más completo el origen, la evolución jurisprudencial y las posiciones en pro y en contra del sistema de control de constitucionalidad en los Estados Unidos y en la Argentina es la de ALBERTO B. BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002. Por su parte, ROBERTO GARGARELLA (*La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996) realiza una reflexión crítica sobre el *judicial review*, y en un trabajo reciente MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA (“Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos,” *separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 2008) relata con precisión los aportes

discusión gira así alrededor de lo que se ha dado en llamar *dificultad contramayoritaria*<sup>24</sup> o *antidemocrática*,<sup>25</sup> del *judicial review*. En general, la jurisprudencia de la Corte ha aceptado como una premisa indiscutible que aquel problema existe, y que por ende es necesario que el Poder judicial auto limite (*self restraint*) su facultad de revisión. Las dos principales restricciones que se ha impuesto son el impedimento para revisar cuestiones políticas (*political questions*), y precisamente, el requisito de legitimación (*standing to sue*) para poder generar un caso o controversia que merezca ser resuelta. Al igual que nuestra Corte, en los Estados Unidos se ha establecido que cuando el art. III de su Constitución federal se refiere a *controversies* ello implica la existencia de una regla que habilita la competencia judicial para dirimir sólo algunos planteos, no todos.

Hubo dos épocas en que la polémica adquirió un voltaje especial. La primera, respecto de las medidas de intervención económica dispuestas por el Congreso durante la presidencia de ROOSEVELT y su política de *new deal* para superar el trance de la crisis económica del 30. La Corte emitió varios casos que la colocaron en un severo conflicto con el gobierno.<sup>26</sup> La segunda crisis académica del *judicial review* se produjo como consecuencia de una serie de fallos emitidos por la Corte presidida por el *Chief Justice* WARREN (1953-1969), sobre temas sociales y políticos de gran discusión en la sociedad norteamericana, como la discriminación racial en las escuelas públicas,<sup>27</sup> la manipulación del sistema electoral en un Estado,<sup>28</sup> el abuso de las cámaras del Congreso federal en su facultad de aprobar los títulos de los legisladores electos,<sup>29</sup> y el laudo del conflicto entre la libertad de prensa y la honra de los funcionarios públicos.<sup>30</sup> Luego de la era *Warren* la Corte falló

recientes al debate en los Estados Unidos. GARCÍA MASILLA señala en particular que las discusiones alrededor del *judicial review* parecían agotadas a fines de la década de 1980, pero han renacido en los últimos años frente al hecho de la denominada *Corte Rehnquist*, cuyos jueces fueron elegidos para moderar el activismo de la *era Warren*. Paradójicamente ha declarado la inconstitucionalidad de 33 leyes federales entre 1995 y 2003, habiéndolo hecho 134 veces la Corte en toda su historia anterior. De allí que la actual Corte resulte la más activista de toda la historia, y el control judicial se ha convertido en “la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos,” según sostiene ese autor.

<sup>24</sup> “*Contramajority difficulty*,” en BICKEL, ALEXANDER M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, 2ª ed.

<sup>25</sup> “*Undemocratic difficulty*,” en DAHL, ROBERT, *Pluralist democracy in the United States: Conflict and Consent*, Chicago, Rand McNally, 1967.

<sup>26</sup> Por ejemplo, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley Nacional de Recuperación de la Industria (*National Industry Recovery Act*), por la amplísima delegación de facultades legislativas que había conferido a favor del Presidente —*Panama Refining Co. vs. Ryan*, 293 U.S. 398 (1935).

<sup>27</sup> En *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) puso fin a la separación de niños blancos y negros en las escuelas públicas.

<sup>28</sup> En *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) declaró la inconstitucionalidad de una ley estadual que fijaba las circunscripciones electorales para elegir a los representantes de la legislatura, por considerarse que el diseño de esas divisiones territoriales no contemplaba la cantidad de población, y tendía a favorecer electoralmente a un partido político.

<sup>29</sup> *Powel v. McCormack*, 95 U.S. 486, 522 (1969).

<sup>30</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376, U.S. 254 (1964).

un caso que significó una verdadera regulación legal del aborto,<sup>31</sup> provocando también fuertes críticas al *activismo* del tribunal, siendo que además el caso se había tornado abstracto pues la mujer implicada ya había dado a luz a su hijo.

Sin embargo, todas aquellas muestras de atrevimiento judicial no son sino excepción de la dogmática imperante en la jurisprudencia de la Corte en la mayoría de los casos, restrictiva de las posibilidades del control judicial.

La *Corte Warren* produjo dos precedentes de gran significación en materia de legitimación, reconociendo el interés de ciudadanos en situaciones que en la Argentina podrían llegar a encuadrarse como *meros intereses simples*: El primero es el mencionado caso *Baker*, donde aceptó el planteo del ciudadano en calidad de votante y además hizo lugar a su pretensión, invalidando la división de los distritos electorales de su Estado. En el otro caso —*Flast v. Cohen* (1969)—, al que me referiré más adelante, admitió el interés de un grupo de contribuyentes para discutir una afectación de fondos que consideraba inconstitucional.

En las etapas posteriores, la Corte retornó a los estándares tradicionales que derivan del *self restraint*. En 1972 rechazó la legitimación de una asociación ambientalista que se oponía al emplazamiento de un centro de esquí en un parque nacional.<sup>32</sup> En *United States v. Richardson* (1974) no reconoció el interés de un contribuyente y ciudadano<sup>33</sup> para pedir la declaración de inconstitucionalidad de la ley que permite no publicar los gastos de la agencia de inteligencia.<sup>34</sup> También negó el acceso al proceso a una organización que cuestionaba la cesión de un inmueble estatal a un establecimiento de educación religiosa privado,<sup>35</sup> y en *Allen v. Wright* (1984) negó legitimación a padres de niños de color que reclamaban que la agencia de recaudación federal<sup>36</sup> aplicara la reglamentación sobre eliminación de exenciones impositivas para las escuelas privadas que mantuvieran prácticas segregatorias. En forma más reciente, en el caso *Hein* (2007) al que me referiré luego, rechazó la legitimación de un contribuyente revirtiendo la doctrina de *Flast*.

<sup>31</sup> En *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) examinó una ley local que penalizaba el aborto, a través de una sentencia de carácter general en que dividió las posibilidades de los Estados de regular el aborto de acuerdo con tres etapas diferentes del embarazo.

<sup>32</sup> *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

<sup>33</sup> El actor invocó sus calidades de contribuyente (*taxpayer*) y miembro del electorado (*member of the electorate*) con derecho a conocer el destino de los recursos.

<sup>34</sup> En palabras que nuestra Corte ha calcado, se dijo allí que el interés debe ser sustancial y su afectación inmediata y que no es suficiente invocar el interés común de cualquier miembro de la sociedad. “*It is an established principle that to entitle a private individual to invoke the judicial power to determine the validity of executive or legislative action he must show that he has sustained or is immediately in danger of sustaining a direct injury as the result of that action and it is not sufficient that he has merely a general interest common to all members of the public.*” (<http://laws.findlaw.com/us/418/208.html>)

<sup>35</sup> *Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982). Ver SACRISTÁN, ESTELA B., “Se amplía la legitimación en el derecho norteamericano: los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral,” *LL*, 1999-E, 101.

<sup>36</sup> *Internal Revenue Service*.

Como puede advertirse, las opiniones sobre la legitimación se encuentran rodeadas —siempre— de un alto grado de subjetividad acerca de lo que se considera como interés relevante de los individuos, así como de un igualmente alto nivel de especulación teórica sobre la relación que existe entre la calificación de ese interés, la noción de caso judicial, el resguardo de las competencias de las demás ramas de gobierno, y la mayor legitimidad democrática de aquellos.<sup>37</sup>

Me referiré a cada uno de estos aspectos por la manera en que cada uno fundamenta y justifica al otro, que podría sintetizarse de la siguiente manera: A partir de considerar que los órganos políticos y administrativos gozan de mayor legitimidad democrática que el Poder Judicial, es posible establecer que la competencia y los actos de aquellos deben ser protegidos de la injustificada injerencia de los tribunales, lo cual se produce cuando atienden peticiones que no alcanzan para configurar un “caso o controversia,” tales como las que se fundan en intereses poco importantes que no expresan un perjuicio material y concreto, o como se dice en la Argentina, no afectan un derecho, sino un mero *interés simple*. De ese orden de argumentación se desprende que, si la legitimidad democrática del Congreso, el Ejecutivo o la administración no fuese la que se pretende, o al menos no fuese la misma en todos los casos, o desde otro punto de vista, si se estableciera que el principio democrático exige por igual la deferencia hacia los actos del legislativo y del ejecutivo, y su revisión e invalidación por petición de cualquier ciudadano interesado, deberían caer de igual manera los reparos al control ordinario del Poder Judicial.

#### 4. Sobre el carácter “menos” democrático de la Justicia

Tanto en la jurisprudencia como en el debate académico, las limitaciones al control judicial, como la legitimación o *standing*, relacionan indisolublemente la cuestión con los principios de división de poderes y representación democrática. Se sostiene —como premisa indiscutible— que la actuación de todos los órganos estatales que son llevados a juicio ostenta mayor legitimidad democrática que la de los tribunales y que si la actuación de estos se extendiera a los planteos de cualquier particular disgustado con las decisiones de los demás órganos del Estado, se afectaría la separación de poderes y el normal funcionamiento del gobierno y de la administración.

Uno de los primeros publicistas en exponer sistemáticamente las limitaciones del control judicial y su relación con la separación de poderes fue THOMAS COOLEY, en su obra *Constitutional Limitations* (1868), citada frecuentemente por la Corte norteamericana, y también por la nuestra.<sup>38</sup> Más tarde, los jueces de la

<sup>37</sup> Según sostuvo el juez BORK en el caso *Vander Jagt* (1983) la doctrina sobre legitimación se relaciona a la idea de la prudencia del Poder Judicial por su condición de no electiva y no representativa, lo cual es “más que una intuición y menos que una rigurosa y explícita teoría.”

<sup>38</sup> Como en el recordado caso *Ganadera Los Lagos* (CSJN, *Ganadera Los Lagos*, 1941, *Fallos*, 190: 142), donde afirmó, con cita —no textual— de COOLEY, que la declaración de inconstitucionalidad

Corte norteamericana que más hincapié hicieron en esos lineamientos fueron BRANDEIS, FRANKFUERTER y últimamente SCALIA. Al votar en el caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* (1936),<sup>39</sup> BRANDEIS sostuvo, entre varias ideas que dan cuenta del rol mínimo que asignaba a los tribunales en su control de los otros poderes, que “no se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de quien no ha podido probar que la aplicación de aquella le ocasiona un perjuicio.”<sup>40</sup> FRANKFURTER, en el caso *Lincoln Federal Labor Union* (1949),<sup>41</sup> fue aún más allá, ligando fuertemente la auto-restricción judicial con la democracia, y definiendo a los tribunales como un poder de carácter “oligárquico.”<sup>42</sup> En definitiva, el control judicial es considerado como una especie de “mal menor,” e incluso BICKEL, en su conocida obra,<sup>43</sup> ha llegado a calificarlo como una “institución desviada” (*deviant institution*) de la democracia norteamericana<sup>44</sup> aunque la considera parte de ella y necesaria para el sistema.

En la Argentina, la discusión sobre el problema democrático del control judicial y su relación con la exigencia de legitimación se ha reproducido sin la intensidad ni la profundidad de su país de origen,<sup>45</sup> mientras que la jurisprudencia adoptó el

de oficio de las leyes vulnera el equilibrio entre los poderes del Estado, por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos. La cita fue recordada, y ciertamente desmentida, en el caso *Mill de Pereyra* (CSJN, *Mill de Pereyra*, 2001, *Fallos*, 324: 3219) donde la Corte aceptó por primera vez el control de constitucionalidad de oficio, revirtiendo una de las reglas tradicionales que se lo impedía. (COOLEY, THOMAS, *A treatise on the constitutional limitations*, Boston, Little, Brown, and Company, 1868 y 1903.)

<sup>39</sup> *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936).

<sup>40</sup> “The Court will not pass upon the validity of a statute upon complaint of one who fails to show that he is injured by its operation.”

<sup>41</sup> *Lincoln Federal Labor Union*, 335 U.S. 525 (1949).

<sup>42</sup> Sostuvo FRANKFURTER en su voto: “Even where the social undesirability of a law may be convincingly urged, invalidation of the law by a court debilitates popular democratic government. Most laws dealing with economic and social problems are matters of trial and error ... But there is a reason for judicial restraint in matters of policy deeper than the value of experiment; it is founded on a recognition of the gulf of difference between sustaining and nullifying legislation. This difference is theoretical in that the function of legislating is for legislatures who have also taken oaths to support the Constitution, while the function of courts, when legislation is challenged is merely to make sure that the legislature has exercised an allowable judgement, and not to exercise their own judgement, whether a policy is within or without «the vague contours» of due process. Theory is reinforced by the notorious fact that lawyers predominate in American legislatures. In practice also the difference is wide. In the day-to-day working of our democracy it is vital that the power of the non democratic organ of our Government be exercised with rigorous self-restraint. Because the powers exercised by this Court are inherently oligarchic, Jefferson all of his life thought of the Court as «an irresponsible body» and «independent of the nation itself». The Court is not saved from being oligarchic ... But a democracy need not rely on the courts to save it from its own unwisdom. If it is alert –and without alertness by the people there can be no enduring democracy- unwise or unfair legislation can readily be removed from the statute books. It is by such vigilance over its representatives that democracy proves itself.”

<sup>43</sup> BICKEL, ALEXANDER M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, 2ª ed.

<sup>44</sup> BICKEL, *op. cit.*, p. 18.

<sup>45</sup> Ver CARRIÓ, GENARO R., “Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría,” *LL*, 1990-C, 1050; HITTERS, JUAN C., “Legitimación democrática del Poder

fundamento y lo condujo a las mismas restricciones que en los Estados Unidos. OYHANARTE ha resumido buena parte de esas restricciones, elogiándolas: “En la Argentina existe también una antigua, espontánea y valiosa actitud de *self-restraint* que se manifiesta a través de diversas reglas judiciales cuyo sentido no requiere explicación.” Entre esas reglas menciona, por ejemplo: a) La inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio; b) la declaración de inconstitucionalidad sólo afecta al punto concreto que ha sido materia del fallo; c) la inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley; d) la declaración de inconstitucionalidad procede sólo cuando es absolutamente preciso, como última *ratio* del ordenamiento jurídico, y e) las cuestiones políticas no son justiciables y lo mismo acontece con los actos que suponen ejercicio de facultades privativas.<sup>46</sup> Sintetizó todo el problema con una frase de gran efectividad: “Los que exaltan las teóricas ventajas de un control judicial prácticamente ilimitado nunca han podido explicar de manera convincente como puede ser más democrática una tesis que, llegado el caso, hace prevalecer la opinión de tres jueces políticamente irresponsables —o cinco de los Estados Unidos— contra la voluntad mayoritaria del país. La tesis de que la esencia de la democracia y el destino inmediato de la comunidad deben ser confiados a la omnisciencia de tres superdotados vigías, no tiene muchos adeptos, por suerte.”<sup>47</sup>

A pesar del énfasis con que ha sido formulado en su país de origen, y transplantado a la Argentina, el argumento *contramayoritario* presenta una serie de problemas y es susceptible de ser refutado desde distintos ángulos.

Entre las disidencias que la doctrina de *standing* ha tenido en la Corte norteamericana cabe citar las del Juez BRENNAN,<sup>48</sup> quien sostenía que “la Corte usa la noción de legitimación para dar un portazo contra demandantes con derecho a una plena consideración de los méritos de sus reclamos.”<sup>49</sup> BRENNAN cuestionaba la verdadera relación entre la legitimación, el requisito de controversia establecido en el art. III de la Constitución y la idea de separación de poderes.<sup>50</sup> Siempre con

Judicial y control de constitucionalidad,” *ED*, 120: 903; GARGARELLA, *op. cit.*; OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina: Un estudio sobre el estado de desarrollo*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

<sup>46</sup> OYHANARTE, *op. cit.*, p. 78.

<sup>47</sup> OYHANARTE, *op. cit.*, p. 77.

<sup>48</sup> WILLIAM BRENNAN fue custodio de los principios jurisprudenciales más destacados de la Corte liberal de WARREN, luego de que este se retirara en 1969 y sobreviniera una era mucho más conservadora, lo cual ha tenido su manifestación entre otras cosas en la aplicación de la regla de legitimación o *standing*.

<sup>49</sup> “Once again, the Court uses «standing» to slam the court-house door against plaintiffs who are entitled to full consideration of their claims on the merits.” Ver: *Allen v. Wright* (1984), *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State* (1982), *Barlow v. Collins* (1970).

<sup>50</sup> “And once again, the Court does so by «wax[ing] eloquent» on considerations that provides little justification for the decision at hand. This time, however, the Court focuses on «the idea of separation of powers», as if the mere incantation of that phrase provides an obvious solution to the difficult questions presented by these cases (...) One could hardly dispute the proposition that Art. III

remisión al citado caso *Flast*, en el que participó de la decisión, BRENNAN sostenía que la legitimación no se relaciona realmente con la separación de poderes, pues esa doctrina a lo sumo provee una idea acerca de las materias sustanciales que el Poder Judicial puede o no revisar, pero no sobre qué intereses puede un individuo hacer valer ante un tribunal y cuáles no. Tal como sugería BRENNAN, las premisas de los criterios sobre la legitimación se apoyan en una buena dosis de ficción, y otras veces resultan directamente inaplicables desde el punto de vista lógico. Me referiré someramente a algunas de las críticas que es posible realizar a la relación función judicial-democracia tal como ha sido postulada.

La mayoría de los sistemas jurídicos modernos se autodefine como *Estado constitucional y democrático de derecho*, lo cual combina tres formulaciones: Que rige la regla del Estado de derecho, que la democracia representativa es la forma de gobierno y que la regla básica de la organización jurídica es la supremacía constitucional. La conjunción de los tres principios determina que el pueblo es el titular de la soberanía, pero se encuentra sujeto a determinados procedimientos y contenidos predeterminados en la Constitución que no se pueden ignorar en el ejercicio ordinario del gobierno, salvo reformando la Constitución. En primer lugar, y más allá de toda la discusión habida sobre la tensión entre democracia y constitucionalismo,<sup>51</sup> ni la Constitución argentina ni la norteamericana, disponen algo así como que en el ejercicio de su competencia el Poder Judicial debe dar preeminencia al principio democrático por sobre la supremacía constitucional. Por otro lado, es necesario aclarar que las teorizaciones que se han practicado en los Estados Unidos alrededor del problema han tenido como objeto de análisis casi siempre el enfrentamiento entre el Congreso y el Poder Judicial en casos paradigmáticos en que la sociedad norteamericana se encuentra particularmente dividida. Me refiero a casos como los atinentes a la discriminación racial, la intervención del Estado en la economía, el aborto, la eutanasia o la pena de muerte. El caso *Roe v. Wade* (1973), por ejemplo, donde se sentaron las bases de la permisión o prohibición del aborto desató gran polémica sobre las *posibilidades democráticas* de la Corte, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta que se trataba de un entuerto social que involucraba simultáneamente a la interesada, a los Estados, a las asociaciones feministas, a los movimientos religiosos, al Congreso federal y a los partidos políticos, y donde además puede afirmarse que toda la población cuenta con información suficiente sobre el tema y tiene adoptada alguna posición

*of the Constitution, by limiting the judicial power to «Cases» or «Controversies,» embodies the notion that each branch of our National Government must confine its actions to those that are consistent with our scheme of separated powers. But simply stating that unremarkable truism provides little, if any, illumination of the standing inquiry that must be undertaken by a federal court faced with a particular action filed by particular plaintiffs. The question whether a particular person is a proper party to maintain the action does not, by its own force, raise separation of powers problems related to improper judicial interference in areas committed to other branches of the Federal Government.»*

<sup>51</sup> Ver HOLMES, STEPHEN, "El precompromiso y la paradoja de la democracia," en ELSTER, JON / SLAGSTAD, RUNE, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 2ª ed.

valorativa a su respecto. Por esas razones, la indagación acerca de si corresponde que tal cuestión se dirima en un tribunal cuyos miembros no fueron elegidos popularmente tiene un sentido y una explicación especial que no puede trasladarse a todos los casos. En nuestro país también ha ocurrido que cuestiones que *a priori* pertenecen al universo de los poderes políticos fueran definidas en la instancia de la Corte, si bien encuentran un alto nivel de discusión en la sociedad. Cabe recordar la cuestión sobre la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: La decisión acerca de si el poder punitivo del Estado es lícito o si por el contrario se viola allí el derecho de intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución ha seguido los vaivenes de la jurisprudencia de la Corte, más que las decisiones políticas del Congreso.<sup>52</sup> De manera similar, en *Sejean* (1986) se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio, tema muy debatido por entonces, y que fuera objeto de una importante modificación legislativa un año después en el Congreso, al regularse el divorcio en el Código Civil.

Ahora bien, el planteo de la dificultad *contramayoritaria* se ha extendido a todo tipo de casos, y no sólo a aquellos donde la sociedad democrática se encuentra a la expectativa de una decisión estatal que defina un conflicto actual y latente que ha provocado la atención, el interés y la participación de buena parte de la población, como en los ejemplos mencionados. El tipo de actividad estatal que es sometida de ordinario al control judicial no presenta las características de aquellas situaciones. Aún más, la invocada *voluntad mayoritaria* que en apariencia respalda toda esa actividad sujeta a la revisión judicial constituye un dato improbable o directamente falso en una variadísima gama de situaciones, que incluyen por ejemplo: a) Que el Congreso sancione una ley o el Ejecutivo adopte una decisión ampliamente rechazada por la mayoría de la sociedad o con indiferencia acerca de cuáles son o podrían ser sus preferencias;<sup>53</sup> b) que el ordenamiento considere como un producto democrático a normas emitidas por gobiernos de facto, tal cual ocurre en la Argentina; c) que el Congreso emita una disposición sobre la que no exista información ni ningún grado de debate ni interés en la opinión pública. (Por citar como ejemplo las dos últimas leyes publicadas al momento de terminar este trabajo, véanse la ley 26.745 que aprobó el aumento del aporte

<sup>52</sup> En el caso *Colavini* (1978) convalidó la constitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, considerando que el hecho penado afectaba el orden público. Años más tarde, en los recordados *Bazterrica y Capalbo* (1986) decretó la inconstitucionalidad de la norma, pero poco tiempo después —con la Corte ampliada y renovada— volvió al criterio anterior en *Montalvo* (1990). Por último, en *Arriola* (2008) hizo revivir la decisión de *Bazterrica*, con remisión al voto del juez PETRACCHI, agregando que la penalización había demostrado ser ineficiente en relación a la finalidad de controlar el tráfico que se había propuesto.

<sup>53</sup> En los Estados Unidos se han realizado ensayos de justificación del *judicial review* precisamente sobre la base de considerar que las legislaturas suelen actuar antimayoritariamente, por una diversa cantidad de causas, entre ellas la aspiración de sus integrantes de mantener su poder, lo que los lleva a actuar por sus propios intereses y no por el interés general. (*Legislative entrenchment*.) Tal problema no existe en el Poder Judicial. (KLARMAN, MICHAEL J., “Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem,” 85 Geo. L.J. 491, 497, 1997.)

de la República Argentina al capital autorizado del Banco Interamericano de Desarrollo en 7.525 millones de dólares, y la ley 26.746 que declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación un inmueble.) Evidentemente, se trata de cuestiones únicamente conocidas por especialistas o por quienes han tenido acceso a la información que respalda ambas decisiones. En la enorme mayoría de los casos, es imposible conocer o lograr una participación generalizada en la variedad de las decisiones políticas y económicas que adoptan los gobiernos y sus distintos departamentos. En este sentido se ha señalado la alta improbabilidad de que los ciudadanos medios consigan prestar atención a las decisiones políticas cuyas características son la complejidad, sofisticación y lejanía, razón fundamental por la que la sociedad en general nunca estará familiarizada con estas problemáticas;<sup>54</sup> d) que se trate de disposiciones legales sancionadas en otros tiempos y bajo el gobierno de representaciones políticas ya perimidas. (Supongamos el caso del Código Civil sancionado en el siglo XIX.) Se da allí una especie de anacronismo popular pues las mayorías o las representaciones políticas que eventualmente pudieron haber dispuesto la norma, sencillamente, ya no existen,<sup>55</sup> y e) los actos emitidos por el Poder Ejecutivo o cualquiera de los órganos de la administración que le dependen, pues surgen de su voluntad unilateral y no han sido sometidos a ningún tipo de debate ni consideración de órganos de representación plural de *toda* la sociedad. Por lo demás, la cobertura *democrática* de los actos provenientes de la administración es al menos de igual rango que la de los tribunales, por su carácter indirecto.

En definitiva, no queda claro si cuando se sostiene que la actividad estatal emanada del Congreso o del ámbito del Ejecutivo es *representativa* se considera que constituye un reflejo de la voluntad mayoritaria, lo cual no es real en todos los casos sino solo esporádicamente en cuestiones sometidas con igual grado de información al debate de la opinión pública, o si por el contrario se sostiene que dicha actividad se encuentra especialmente jerarquizada por el título jurídico que emana de su causa legitimadora, que son las elecciones populares de donde emana el mandato de los legisladores y del titular del Poder Ejecutivo. Si bien se trata de una cuestión ardua —que obviamente no profundizaré— y que ha sido abordada científicamente no solo por el derecho sino por el resto de ciencias sociales y políticas, cabe al menos mencionar que el fenómeno de la representación política ya no se considera correlativo a la soberanía popular. (Sino más bien se ha dicho que es un elemento distorsionador y tergiversador de aquélla.) La

<sup>54</sup> SCHUMPETER, JOSEPH A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper, 1942, p. 269. (Traducción al castellano en: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguilar, 1980.)

<sup>55</sup> La Corte se abstuvo de pronunciarse por deferencia al legislador que sancionó el Código Civil de 1870 en un caso donde se había planteado la inconstitucionalidad de la discriminación que contenía respecto de los derechos hereditarios de los hijos extramatrimoniales. El caso es *E., F.E* (1987), ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. IV, caso E., F. E., pp. IV-1-15.

representación se trataría de un *mandato* y la condición *democrática* de un acto no sólo se vincula con la causa que es origen de aquel mandato (las elecciones populares), sino también con los procedimientos de información, participación y control ciudadano.<sup>56</sup> En ese sentido, la jerarquía *democrática* de los órganos políticos y de la administración también puede reputarse indirecta, al igual que la de los tribunales cuyos integrantes son designados por un procedimiento de selección reglado y sus decisiones se encuentran sometidas a variadas y modernas instancias de control social. En definitiva, la idea de *democracia* se encuentra en pleno desarrollo, a punto tal que es común apreciar distintas *teorías* acerca de sus características. Supone algunos contenidos mínimos —como la elección de los representantes— pero implica un alcance mucho mayor. Entre las concepciones más vastas de democracia se encuentra —entre nosotros— la de NINO, quien ha resaltado como nota esencial su valor epistemológico a través de los procesos de deliberación.<sup>57</sup>

Desde esa concepción, un proceso judicial puede resultar un ámbito mucho más democrático que otro procedimiento de formación de decisiones estatales, particularmente cuando se habilita la participación de los actores especializados en las cuestiones a decidir, como los *amicus curiae*<sup>58</sup> o se llevan a cabo procedimientos participativos como son las audiencias públicas.<sup>59</sup> Finalmente, la sentencia constituye un acto fundado que debe hacer tratamiento de todas las pruebas y argumentaciones expresadas, y allí se encuentra el valor que señala NINO, del cual carecen muy a menudo las leyes del Congreso, y casi siempre los actos del Ejecutivo y de la administración.<sup>60</sup>

Desde otro punto de vista, el control judicial ha planteado una situación verdaderamente paradójica en relación con su crítica, cuando precisamente se intenta hacerlo aplicar para reparar o corregir deficiencias del propio sistema democrático y en favor de sus elementos básicos. En los Estados Unidos, ELY dedicó su obra

<sup>56</sup> RUBIO CARRACEDO, JOSÉ L., *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Véase también PORRAS NADALES, ANTONIO J. (comp.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>57</sup> NINO, CARLOS S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996; BOBBIO, NORBERTO, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos,” en BOBBIO, NORBERTO / PONTARA, GIULIANO / VECA, SALVATORE (comps.), *Crisis de la democracia*, J. Marfá (trad.), Barcelona, Ariel, 1985; RUBIO CARRACEDO, JOSÉ L., “Democracia mínima. El paradigma democrático,” en *Doxa (Revista de Filosofía del Derecho)*, n° 15-16; DAHL, Robert A., *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

<sup>58</sup> La Corte reguló su actuación mediante la Acordada 28/04.

<sup>59</sup> SACRISTÁN, ESTELA B., “Las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema Argentina (¿Más cerca o más lejos de la reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?)” *LL*, 2009-C, 976. El régimen dispuesto por la Acordada 30/07 de la Corte prevé audiencias informativas, conciliatorias y ordenatorias. Puede asistir a ellas el público en general.

<sup>60</sup> Resulta de particular interés el fallo de primera instancia en la causa *Halabi* que declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 teniendo en cuenta su falta de debate parlamentario y carencia de motivación. (JFed. CA N° 10, 14/VI/05, *Halabi, Ernesto*, con nota de DIANA, NICOLÁS, “¿De la libertad al panoptismo? A propósito de la ley 25.873,” *LL*, 2005-F, 319.)

más conocida a justificar la legitimidad democrática de la actuación de la *Corte Warren*<sup>61</sup> en aquellos casos donde se producían “bloqueos” al acceso de las minorías y “obstrucciones” al proceso democrático. Sostuvo como tesis que en tales supuestos la función judicial debía irrumpir sin limitaciones para restablecer la normalidad. NINO, en el mismo sentido, sostenía que el control sobre el proceso democrático involucra la revisión judicial sobre la regularidad de los procedimientos de formación de las decisiones y las garantías acerca de la participación de las minorías.<sup>62</sup> En este sentido, la Corte Suprema ha ingresado, desde no hace mucho, al control de los procedimientos reglados en la Constitución. En el caso *Nobleza Piccardo* (1998) declaró la inconstitucionalidad de una ley cuyo proceso de sanción no había respetado el mecanismo previsto en la Constitución,<sup>63</sup> en *Famyl* (2000)<sup>64</sup> invalidó el veto parcial de una ley, en cuanto estimó que no cumplía adecuadamente los requisitos impuestos por el art. 80 de la Constitución, y por ende burlaba la voluntad legislativa. Finalmente no puede dejar de mencionarse en esta senda el caso *Fayt* (1999), pues se estableció allí la nulidad del art. 99, inc. 4º, párrafo 3º sancionado por la Convención Constituyente en 1994, por considerarse que lo allí previsto —la necesidad de un nuevo nombramiento para los jueces al cumplir 75 años— no era una materia prevista entre los puntos a reformar fijados por la ley 24.309.<sup>65</sup> Otro importante campo de acción *pro democracia*, o al menos reivindicativo de las competencias del Congreso, ha sido el control de los decretos de necesidad y urgencia, y de la delegación legislativa, que son los institutos mediante los cuales en los últimos 20 años se ha consagrado una especie de deformación del orden de competencias constitucionales del Legislativo y el Ejecutivo y una suerte de claudicación del Congreso en el ejercicio de sus facultades en favor de su libre, unilateral e indeliberada disposición por parte del Ejecutivo. En lo que hace a los decretos de necesidad y urgencia, la Corte ha

<sup>61</sup> ELY, JOHN H., *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980. Una versión en castellano es: *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.

<sup>62</sup> NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 692-706.

<sup>63</sup> En ese caso el art. 27 de la ley 23.905 había prorrogado la vigencia de un impuesto de emergencia a la venta de cigarrillos destinado al “Fondo Transitorio para Financiar Desequilibrios Fiscales Provinciales” y creado por la ley 23.562. El respectivo proyecto legislativo había obtenido media sanción en la Cámara de Diputados, con la mencionada prórroga hasta el 31-V-91, mientras que el Senado lo modificó y extendió esa vigencia hasta el 31-XII-91. A raíz de tal modificación el proyecto debió volver a la cámara de origen para su tratamiento; pero sin embargo, fue enviado al Poder Ejecutivo de la Nación y promulgado como “ley.” La situación fue la misma que se denunciara en los casos *Cullen c. Llerena* (1893) y *Polino* (1994), en los que la Corte abdicó del control. (El primero por considerar que se trataba de una cuestión política no justiciable y el segundo por rechazar la legitimación de los actores.) En los tres casos se cuestionó la regularidad y legalidad objetiva de la norma, respecto de lo cual carece de sentido predicar *legitimidad democrática* alguna, cosa que a lo sumo puede vincularse con el contenido de lo que se dispone.

<sup>64</sup> CSJN, *Famyl*, 2000, *Fallos*, 323: 2256.

<sup>65</sup> HERNANDEZ, ANTONIO M., “El Caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales,” *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2001.

fallado dos casos en los que deja claramente sentada la regla constitucional en cuanto a las circunstancias excepcionalísimas que habilitan el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, dadas estrictamente por la imposibilidad fáctica de que el Congreso se reúna, como en el caso de desastres naturales.<sup>66</sup> Otro caso donde se ha intervenido enérgicamente en vinculación con la integridad del orden democrático es *Mignone* (2002) en el que se declaró la inconstitucionalidad de una disposición del Código Electoral Nacional que excluía del padrón electoral a las personas privadas de su libertad.<sup>67</sup> El caso es además singular pues se aceptó la legitimación de una asociación. (El Centro de Estudios Legales y Sociales.)

Sin embargo, a pesar de esos antecedentes y de tratarse de acciones específicamente planteadas en salvaguarda de las funciones democráticas del Congreso, rechazó las acciones de la ADC mencionadas en el punto II) para que se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 26.122 que impiden el efectivo control parlamentario, y de la ley que otorga a un funcionario dependiente del Ejecutivo y sin la proclamada *legitimidad democrática directa* como es el Jefe de Gabinete de Ministros, nada menos que la reconfeción de los gastos del presupuesto nacional donde la sociedad destina sus recursos. En ambos casos, con fundamento en la falta de legitimación de aquella asociación. ¿Cómo puede en ese caso sostenerse que con el rechazo de la legitimación procura resguardarse el sistema democrático o la separación de poderes, cuando lo denunciado era precisamente una grave violación a ambas cosas, y que sólo cabe al Poder Judicial remediar? Actualmente en nuestro país se han verificado situaciones de grave riesgo a la normal separación de poderes, como las mencionadas y otras, que sin embargo no han llegado a tener un remedio judicial precisamente por las limitaciones que rigen todavía su sistema de control. Las limitaciones al acceso al control judicial han permitido que el Poder Ejecutivo, a través de amplísimas delegaciones legislativas —algunas de ellas consagradas en normas de facto— y los decretos de necesidad y urgencia, legisle a discreción. Por ley 26.080 se modificó la composición del Consejo de la Magistratura, suprimiendo la representación en dicho órgano de las segundas minorías de ambas cámaras del Congreso, reduciendo la de jueces y abogados, y destinando a su mínima expresión la del ámbito académico y científico. Se ha consagrado la hegemonía del partido gobernante nada menos que en el órgano que selecciona y acusa a jueces y administra el Poder Judicial, y las dos causas donde se ha planteado la inconstitucionalidad de la medida se encuentran para resolución de la Corte

<sup>66</sup> CSJN, *Verrocchi*, 1999, *Fallos*, 322: 1726; *Consumidores Argentinos*, 2010, *Fallos*, 333: 633.

<sup>67</sup> El CELS solicitó allí en su demanda que “se adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio (art. 37 Constitución Nacional) de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos.”

con sendos dictámenes de la Procuración General de la Nación en los que se recomienda su rechazo por falta de legitimación.<sup>68</sup>

Cabe agregar que en Europa, en varios países latinoamericanos y en muchas provincias argentinas —también en el orden interno de la Ciudad de Buenos Aires—<sup>69</sup> los sistemas jurídicos han resuelto el problema sobre el carácter *democrático* que supuestamente entrañaría el control de constitucionalidad judicial, sencillamente en favor del principio de supremacía constitucional. Como destaca BIANCHI, los sistemas de control concentrado allí existentes y los tribunales para ejercerlo están creados con rango constitucional, y los métodos de designación de sus magistrados son muy similares a los de nuestros tribunales federales, lo cual no les agrega nada desde el punto de vista de la legitimidad democrática. Concluye BIANCHI: “En síntesis creo —tal como señalaba Louis Fisher— que decir que el control judicial es antidemocrático, es tentador, pero engañoso. La Constitución establece una república limitada no una democracia pura. Los sentimientos populares son filtrados a través de un sistema representativo.”<sup>70</sup>

### 5. Sobre el concepto de *causa, caso o controversia judicial*

La noción jurídica de *caso judicial* tampoco es inequívoca, y de hecho varía de acuerdo con el país y la jurisdicción. En muchos de los ordenamientos locales de nuestro país que han adoptado el sistema de control de constitucionalidad concentrado, una controversia se tiene por configurada con partes interesadas a las que la Justicia federal les negaría la legitimación. Ello impone una primera consideración: La *causa* a que se refiere el art. 116 de la Constitución y el *caso* estipulado en la ley 27 son conceptos jurídicos indeterminados que significan una cosa para la jurisprudencia imperante hasta el momento, pero que podría llegar a modificarse en el futuro. De hecho, muchas de las características del tradicional *caso judicial* descriptas por la Corte en numerosos precedentes y sistematizadas por OYHANARTE, todas igualmente fundadas en la separación de poderes y en la deferencia hacia los órganos políticos, han sufrido importantes

<sup>68</sup> *Carrió, Elisa y AABA*, ambas con dictamen desde diciembre de 2006.

<sup>69</sup> La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996 ha establecido en su art. 113.2 una acción declarativa de inconstitucionalidad que se ejerce originariamente ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad. El mecanismo está a su vez reglamentada en la ley 402 que en punto a la legitimación (art. 18) establece: “Se encuentran legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad: 1. Las personas físicas; 2. Las personas jurídicas; 3. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4. Los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.” En diversos pronunciamientos el Tribunal Superior precisó que, si bien se establece la legitimación con la amplitud señalada, es necesario que el actor precise con claridad las razones de su planteo de inconstitucionalidad y los intereses que considera afectados, no bastando con una mera petición genérica de que se ejerza el control.

<sup>70</sup> BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, op. cit., cap. II, con cita de FISHER, LOUIS, *Constitutional dialogues, interpretation as political process*, New Jersey, Princeton University Press, 1988, p. 62.

transformaciones, e incluso algunas han sido totalmente dejadas de lado, por lo que el *caso judicial* tal cual se lo conocía antes, ya no existe.<sup>71</sup>

En efecto, el hecho de que varias de las características sacramentales que se asignaban al proceso judicial en su vinculación con la separación de poderes, ya no sean aplicadas no hace más que demostrar que lo que se ha relativizado en realidad es la propia inteligencia acerca de aquella relación. Esa desarticulación del típico “caso” limitado por las posiciones y peticiones de las partes,<sup>72</sup> ha tenido particulares manifestaciones, como estas:

A) Control de oficio: La historia del control de oficio en nuestro país es por demás conocida, así como lo son los argumentos en que se apoyan las posiciones a favor y en contra. Sólo me interesa destacar que la facultad de pronunciar una inconstitucionalidad de oficio ha sido recibida definitivamente en el caso *Banco Comercial de Finanzas* (2001), en los siguientes términos: “[S]i bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia* incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango.” Lo interesante además es que se descartó que el control de oficio comprometiera el equilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, tal como históricamente se había sostenido, pues carece de consistencia lógica sostener que existe un indebido avance sobre los otros poderes por el sólo hecho de no haber mediado petición de inconstitucionalidad por una de las partes, y que en cambio esa invasión se tiene por no operada si medió tal planteo en el proceso.

B) Efectos generales de las sentencias: Está claro que no existe en nuestro país —en el ámbito federal— el efecto *derogatorio* de las sentencias, y que ese mecanismo sólo sería posible por vía de una reforma constitucional que establezca semejante efecto jurídico “de pleno derecho” y de modo automático. Sin embargo, a mi entender es posible apreciar ciertos “efectos generales no derogatorios” en

<sup>71</sup> En nuestro país, GARCÍA PULLÉS sostiene que legitimación y caso se han confundido por la pretensión de integrarlos en una sola idea. Sostiene además ese autor que el “caso judicial” es un concepto jurídico indeterminado, y como mínimo requiere un conflicto de derecho, que sea actual (no hipotético) y que reconozca intereses en su solución. (GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Un nuevo concepto de «caso» en la jurisprudencia de la Corte y su incidencia en el proceso y en el procedimiento administrativos (a partir de los fallos Halabi y Defensor del Pueblo),” Suplemento Extraordinario Administrativo, 75° Aniversario, La Ley, agosto 2010, pp. 52-62.)

<sup>72</sup> En materia de casación federal tiene dicho que “al momento de decidir en materia federal, no está limitada por las alegaciones de las partes, sino que le corresponde realizar una declaratoria sobre el punto.”

muchos pronunciamientos y sentencias de la Corte Suprema, lo cual quiere decir, sencillamente, que están dirigidas a una pluralidad de sujetos indeterminados —a la sociedad y a los demás poderes del Estado— y que por ende no existe en rigor un efecto acotado a quienes han sido parte en la *causa* en su sentido tradicional. Los mencionados efectos generales se ha dado por tres vías o modalidades distintas: a) Por el efecto *erga omnes* expresamente otorgado a una sentencia, como el caso *Halabi* que comento adelante, y b) por el dictado de exhortaciones dirigidas al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional o a Estados locales, tal como ha ocurrido en algunos precedentes y tiende a ocurrir cada vez más.

El tan temido efecto *erga omnes* de las sentencias ya cuenta con un cuerpo importante de precedentes, pero por lo novedoso sólo me voy a referir a los recientes casos *Rosza* (2007) y *Halabi* (2009).<sup>73</sup>

En el primero, la Corte declaró la inconstitucionalidad del reglamento dictado por el Consejo de la Magistratura para proveer las designaciones de jueces subrogantes en los casos de vacancias en los tribunales federales, en cuanto permitía el nombramiento de funcionarios y abogados que no reunían calidad de juez con acuerdo del Senado. El fallo excedió notablemente los límites del caso planteado, pues, a la vez que convalidó la actuación del juez subrogante en esa causa, declaró con efecto general la inconstitucionalidad de todo el reglamento de subrogancias, y en una suerte de pronunciamiento normativo-reglamentario extendió una declaración general de validez a la actuación de todos los jueces subrogantes designados en la Justicia federal de acuerdo con el reglamento invalidado, pero limitado ese efecto al plazo de un año, luego del cual dichos nombramientos debían cesar por inconstitucionalidad. Algunos llamaron a esto “declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido” o “ultraactivo,”<sup>74</sup> y claro está que tal decisión hizo efecto en causas en trámite y aún en las no iniciadas ante los jueces cuestionados.

En *Halabi*, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873, en cuanto autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas sin precisar debidamente los fundamentos ni regular la intervención judicial necesaria para habilitar las intromisiones a la privacidad y a la intimidad garantizadas en los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional. Consideró que el actor —Ernesto Halabi— era titular de un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, por lo que la sentencia debía extenderse a todo el resto de usuarios del servicio de telecomunicaciones.

C) Control en casos abstractos: Una de las reglas, constante y uniforme, del sistema de control de constitucionalidad difuso es la que restringe su ejercicio

<sup>73</sup> CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332:111; con nota de SOLA, JUAN V., “El caso Halabi y la creación de las «acciones colectivas.»” *LL*, 2009-B, 154; GELLI, MARÍA A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso «Halabi.»” *LL*, 2009-B, 565.

<sup>74</sup> MARANIELLO, PATRICIO A., “Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido (caso «Rosza»)”, *LL*, 2007-D, 67.

a casos contenciosos o controversias entre partes, lo cual excluye la decisión de asuntos no planteados ante los tribunales, y de los que, encontrándose en trámite, se volvieran abstractos. En la Argentina, la Corte falló en el caso *Bahamondez* (1993)<sup>75</sup> una cuestión relativa a la autorización judicial para realizar transfusiones de sangre en un paciente que se negaba a someterse a este tratamiento aduciendo su condición de testigo de Jehová. Cuando el tema fue decidido, hacía más de tres años que la persona ya no se encontraba internada, razón por la cual la mayoría del Tribunal entendió que era inoficioso pronunciarse. No obstante, nada menos que seis jueces realizaron consideraciones sobre el fondo del asunto y todos ellos consideraron —de modo parecido a como lo hizo la Corte norteamericana en el caso *Roe*— que ese tipo de asuntos debía ser decidido a pesar de su carácter abstracto, pues por la rapidez de los hechos que le dan lugar suelen escapar de la revisión, y además son susceptibles de repetición.

En forma más reciente, la Corte falló el caso *Bussi* (2007),<sup>76</sup> donde invalidó la resolución de la Cámara de Diputados que había rechazado el título de diputado electo del actor, con fundamento en su inhabilidad moral. Lo primero que tuvo que resolver el tribunal fue si la cuestión conservaba actualidad, pues el mandato del diputado electo había cesado en 2003. La Corte declaró que subsistía interés en resolver el caso en términos muy sencillos: “[E]xiste un caso en la medida en que la cuestión federal está relacionada con un interés institucional que subsiste al momento del dictado de la presente” (considerando 2), aclarando que “el interés subjetivo del demandante configurado por su pretensión de que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados de la Nación que negaron la incorporación del peticionario como miembro de dicho cuerpo es, como lo peticiona la recurrente, abstracta.”

D) Sentencias exhortativas: La Corte, en su última integración, ha adoptado una modalidad en varios casos, que es la de emitir exhortaciones a los demás poderes, solicitándoles la adopción de determinadas medidas de carácter general, vinculadas siempre con problemas colectivos.

En *Badaro* (2006) solicitó el Congreso que legisle la movilidad de las jubilaciones dentro de un plazo razonable. La causa *Mendoza*, cuyo primer pronunciamiento data de 2006, contiene una larga encomienda de tareas dirigida al Estado nacional, la Provincia de Buenos y la Ciudad de Buenos Aires, dirigidas a la recomposición del ambiente en la cuenca Matanza-Riachuelo. En el caso *Arriola* (2009), además de declarar la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, finalizó el pronunciamiento de la siguiente manera: “Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas

<sup>75</sup> CSJN, *Bahamondez*, 1993, *Fallos*, 316: 479, con nota de SAGÜES, NÉSTOR P., “¿Derecho constitucional a no curarse?, *LL*., 1993-D, 126.

<sup>76</sup> CSJN, *Bussi*, 2007, *Fallos*, 330: 3160, con nota de BOICO, ROBERTO J., “El voto popular y la facultad del Congreso para juzgar el título del candidato electo,” *LL*, 2007-E, 27.

de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.” En *F., A.L. s/ medida autosatisfactiva* (2012) precisó el alcance del art. 86 del Código Penal en relación al aborto no punible y además resolvió “exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.”

En suma, los precedentes mencionados —que considero plausibles— demuestran el cambio de un paradigma en la concepción sobre el marco de un caso judicial y contribuyen a sostener que las históricas limitaciones de la función judicial fundadas en la separación de poderes no se encuentran claramente justificadas. Si las censuras al control de oficio y a los efectos generales de las sentencias han desaparecido. ¿Por qué no habrían de suprimirse también las referidas a la legitimación, si son sus fundamentos lo que han entrado en crisis?

Por último, es importante que señale que si bien el concepto de *caso judicial* es de aquellos de carácter indeterminado, y su concepción no sólo varía en los diferentes ordenamientos en que se aplica, sino que además se ha visto modificado con los años en nuestro orden federal, aun así cabe reconocerle cierto marco mínimo determinado por los siguientes elementos: a) Que el sujeto actor plantee un conflicto de derecho con suficiente seriedad de fundamentación y precisión acerca de aquello que peticiona y del interés que considera afectado; b) que dicho conflicto sea actual y no abstracto, remoto, prematuro o hipotético, y c) que la cuestión constitucional se encuentra planteada, como ha dicho la Corte muchas veces, con la claridad y el esfuerzo de argumentación que la inteligencia de la Constitución exige. De acuerdo con esto, la aceptación de la legitimación amplia que acá definiendo no implica en modo alguno obviar el requisito de *caso* impuesto por el art. 116 de la Constitución y la ley 27 como correlato de la naturaleza esencial de la función judicial, ni negar su necesidad, pues de otro modo sin dudas que los tribunales se transformarían en oficinas receptoras de quejas o denuncias probablemente ajenas a sus labores. Es obvio que, tal cual lo expresara WARREN en *Flast*, lo que el requisito de caso o controversia excluye en realidad es la posibilidad de que los tribunales emitan opiniones de asesoramiento o resuelvan cuestiones mal definidas por un pretense litigante. Es en esa inteligencia en que conserva sentido la noción de caso judicial: No corresponde a los jueces tratar proposiciones netamente consultivas, indagaciones especulativas o planteos inadecuadamente definidos.

Como conclusión, la ampliación de la legitimación no es contradictoria con la idea de caso ni con la esencia de la función judicial, y aún en los sistemas

de control de constitucionalidad concentrado o en los que aceptan las acciones populares o la acción declarativa, existen las exigencias que son normales para considerar configurado un conflicto de derecho fundado, preciso y actual que deba ser resuelto judicialmente.

### 6. Sobre la afectación sustancial y el interés simple

Entre el conjunto de indefinidas figuras que han dado lugar a las restricciones que vengo criticando, además de la *legitimidad democrática* y el concepto de *caso*, se encuentra la definición acerca de los intereses que son relevantes para lograr el acceso a un proceso, la cual remite a inevitables apreciaciones de carácter subjetivo o discrecional. Ya he descrito en el punto 2 las notas características que se exigen en la jurisprudencia tradicional, tales como el carácter *personal*, *directa*, *inmediata*, *sustancial* y *concreta* de la afectación que se denuncia.

En un caso relativamente reciente, *Hein v. Freedom From Religion Foundation* (2007),<sup>77</sup> la Corte de los Estados Unidos resultó dividida alrededor de la cuestión acerca de cómo se definen aquellos intereses que son relevantes y sustanciales para acreditar suficiente legitimación, de los que no lo son. La mayoría del tribunal sostuvo que carecía de trascendencia el interés invocado por un contribuyente en discutir la asignación de recursos por el Poder Ejecutivo a un ente de ayuda a grupos religiosos, en aparente violación de la cláusula de la Primera Enmienda que prohíbe al Congreso fijar una religión.<sup>78</sup> La decisión acusa la influencia del juez SCALIA,<sup>79</sup> el más acérrimo defensor de la doctrina de *standing*, incluso desde antes de ser juez de la Corte Suprema.<sup>80</sup> En su voto —concurrente con el de la mayoría— realizó una agresiva crítica del precedente *Flast*, calificándolo de “notoriamente inconsistente” en relación a los perjuicios que deben ser considerados relevantes para tener por configurada una controversia. Para ello, SCALIA distingue el perjuicio material (*Wallet Injury*) del daño psíquico (*Psychic Injury*) y sostiene enfáticamente que este último —que es el que presentan los

<sup>77</sup> 551 U.S. 587 (2007).

<sup>78</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion.” El presidente GEORGE W. BUSH creó en 2001 un organismo (*White House Office of Faith-Based and Community Initiatives*, OFBCI), con el fin de incentivar la participación de asociaciones o grupos religiosos en los servicios sociales y ayudarlos a recibir los subsidios del gobierno. La oficina había recibido 24 millones de dólares para sus actividades cuando un grupo de contribuyentes inició una demanda para que se declare la inconstitucionalidad de las asignaciones de partidas decididas por el Poder Ejecutivo, por violar la cláusula de la primera enmienda que prohíbe al Congreso fijar una religión. La Corte les negó legitimación por considerar demasiado abstracto el interés invocado.

<sup>79</sup> ANTONIN GREGORY SCALIA es juez de la Corte de los Estados Unidos desde 1986, designado por el presidente RONALD REAGAN. Su nombramiento consolidó la tendencia conservadora en el tribunal. (Ver: MONTÓYA, MARIO D., “Ante la vacante del juez Thurgood Marshall. El fortalecimiento de la tendencia conservadora en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos,” *LL*, 1992-E, 1260; BARRAGUIRRE, JORGE, “La opinión del juez Scalia y la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional (El concepto de «afectado»),” *LL*, 1997-F, 1273.)

<sup>80</sup> SCALIA, ANTONIN G., *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *SUFFOLK U.L.REV.* 881 (1983).

contribuyentes que se preocupan por los gastos del Estado— no merece ninguna atención de un tribunal, pues equivale a una “insatisfacción mental,” más que un daño económico en sí mismo. (*Economic harm itself*.) En el otro lado, la disidencia firmada por cuatro jueces del tribunal,<sup>81</sup> en réplica al voto de SCALIA, sostiene que el interés del contribuyente, si bien es imposible vincularlo con un perjuicio patrimonial, constituye un daño a la conciencia si, como en este caso, el Estado fuerza a los contribuyentes a tributar (aunque sea “tres peniques”) para financiar una religión, lo cual no equivale a un “simple mal sentimiento.” Agregaron, como concepto general, que el elemento legitimación incluye conceptos que no son susceptibles de una definición precisa, dependiendo en definitiva de qué se considera muy abstracto (*too abstract*), no apropiable (*or otherwise not appropriate*) o etéreo e inmaterial (*intangible*), para no merecer la consideración judicial.

La decisión generó numerosos comentarios, a favor y en contra. Entre estos últimos, la sentencia fue calificada como una “abdicación de la responsabilidad de interpretar la constitucionalidad de las acciones de las otras ramas de gobierno” y un “debilitamiento de la separación de poderes,” por cuanto uno de los temas a dilucidar era, precisamente, el alcance de las facultades del Presidente para definir gastos del presupuesto.<sup>82</sup>

El contrapunto que mencioné entre los jueces del tribunal creo que es muy interesante pues va al nudo del problema de la legitimación, que es precisamente la valoración que merece el interés de un ciudadano en que se respeten las competencias y procedimientos de actuación que establece la Constitución o que los recursos sean asignados por el órgano competente y para los destinos predeterminados por las normas generales. ¿Qué es lo que se considera sustancial o relevante como interés de una persona para realizar una petición judicial? El criterio del juez SCALIA es el que ha prevalecido en nuestro país para sostener que el interés del ciudadano es un daño psíquico, una insatisfacción o una mera preocupación respecto de la cual los tribunales nada tienen por hacer. O tal como se lo ha encasillado en las categorías del derecho europeo, se trata de un *interés simple*, “vago e impreciso.” Como puede apreciarse, la afectación del ciudadano ha sido minusvalorada sobre la base de un uso algo emotivo del lenguaje.

Del otro lado, la disidencia en el caso *Hein* y algunas consideraciones del juez FAYT en la Argentina, ponen sobre la mesa la dimensión moral de la afectación, como *daño a la conciencia*, a la que podríamos sumar otras calificaciones como *aflicción espiritual e indignación cívica*, además del interés que supone la participación en la formación de las decisiones estatales. FAYT ha sido el más importante exponente en la Corte de tesis favorables a una legitimación amplia. En sus disidencias en los mencionados casos *Baeza*, *Gascón Cotti*, *Polino* y *Halabi*

<sup>81</sup> SOUTER, STEVENS, GINSBURG y BREYER.

<sup>82</sup> MICHAELS, LAUREN S., *Hein v. Freedom From Religion Foundation: Sitting This One Out - Denying Taxpayer Standing to Challenge Faith-Based Funding*, 43 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 43, n° 1, 213 (2008).

propuso reconocer la legitimación de los accionantes, en el primer caso en su carácter de integrante del cuerpo electoral, y en los otros dos bajo el fundamento de que no se invocaba allí un derecho derivado de la Constitución, sino el “derecho fundamental a que la constitución se mantenga,” y el derecho a la “preservación de la fuente de todo derecho,” concluyendo que todo ciudadano está habilitado para defender la Constitución cuando entiende que ésta se desnaturaliza.<sup>83</sup> FAYT sostiene que la condición de ciudadano equivale a la de un sujeto inmerso en una realidad social, que es centro de vivencias en reciprocidad con otros sujetos, y que se encuentra afectado por cualquier acto estatal por la recíproca interpenetración que aquellos determinan un todo ordenado y coherente.

No todas las medidas de gobierno y los actos del Estado en general se relacionan de igual manera con el ciudadano, pero creo que a esta altura del desarrollo de la sociedad, existen algunos que se vinculan muy inmediata y concretamente con la zona vital de intereses de cualquier individuo que interactúa y participa de la organización social, tales como los que comprometen la vigencia básica del ordenamiento constitucional del Estado y la asignación de los recursos, verdaderos bienes colectivos a cuyo respecto no cabe reducir el interés de los individuos a meras preocupaciones sin remedio judicial.

En definitiva, la fundamentación de este tipo especial de interés requiere todavía de una elaboración argumental mucho más desarrollada que las breves expresiones que ha tenido hasta el momento por parte de algunos jueces

<sup>83</sup>En su disidencia en *Gascón Cotti* sostuvo: “20) Que al margen de las polémicas doctrinarias sobre el alcance de expresiones como la utilizada de «interés legítimo», y otras que la situación sugiere, nacidas las más de ellas no en el campo del derecho constitucional [...] sino en otros de jerarquía infraconstitucional, cabe que esta Corte se formule como tema a decidir si no basta ser ciudadano argentino vecino de una provincia, para tener derecho a reclamar de los jueces el cumplimiento de la Constitución de esa provincia si encuentra que ella se halla en trance de ser alterada de un modo que considera contrario a sus propias disposiciones. No está en juego en tal petición la pretensión de utilizar al texto constitucional para fundamento de alguno de los derechos que de él se derivan, sino el mismo derecho fundamental a que la Constitución se mantenga. No está en debate el resultado del juego de las normas constitucionales, sino las mismas reglas de ese juego. Solo a partir de la existencia de esas reglas es que [...] tiene sentido comenzar a tratar otros problemas que por su grado de concreción, sólo pueden ser derivados de aquéllas. Por ello entonces, de lo que en el caso se trata no es de un problema de legitimación corriente, en el que quepa hablar de las exigencias regulares para la existencia de un interés legítimo, sino de la afectación aducida de la fuente misma de toda legitimidad. El tema excede así de encasillamientos que pretendan minimizarlo, exigiéndole a los recurrentes algo que solo puede generarse a partir de lo que es su pretensión preservar. 21) Que frente a tal situación fundante no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé. Este derecho es tan imposible de dilución como la obligación que establece el art. 21 de la Constitución Nacional [...] 23) Que, en un diverso pero afín orden de ideas, es ya lugar común afirmar que ese acatamiento a la ley en el medio de preservar y no de amenazar las libertades cívicas. Por otra parte, no es imaginable el Estado en general sino como una comunidad jurídicamente organizada. El Derecho es un elemento esencial suyo. Cuando él falta, las comunidades retroceden a formas más primitivas de agrupación humana.”

y las que haya podido sugerir acá como ensayo. Lo cierto es que el interés a que el Estado actúe *regularmente* existe y tiene para muchos ciudadanos tanta importancia real como la reivindicación que pudieran hacer de sus derechos puramente personales, lo cual está demostrado en las acciones judiciales que se siguen intentando en nuestro país y en los Estados Unidos motivadas en aquel tipo de intereses, invirtiendo para ello tiempo y dinero. No cabe pues hablar ya de demandas que sean una rareza ni que puedan reducirse a ser consideradas meros experimentos de carácter académico o de testimonio político-partidario. Más bien parecieran ser exigencias de participación en el ejercicio del control democrático de los ciudadanos.

### 7. *Los avances en el derecho europeo*

Nuestro país ha recibido otra corriente inhibitoria de la revisión judicial de tono directamente *anti judicialista* y que proviene del principio de separación establecido en Francia por una ley que continúa vigente al día de hoy y que prescribe: “Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos.” (Ley 16-24 de agosto de 1790, sancionada por la Asamblea Constituyente.) Dicha regla ha sido trasladada desde luego a la legitimación y a la deferencia hacia la administración, en ambos casos para “preservar” a aquella de posibles intrusiones de los tribunales. El Tribunal Supremo en España, por ejemplo, ha limitado la legitimación utilizando términos e ideas parecidas a las empleadas por nuestros tribunales. Respecto del interés necesario para impugnar la actividad administrativa, es preciso que aquel “signifique una *intensa* relación con la disposición que se impugne,” “relación que no puede ser lejana, derivada, ni indirecta.”<sup>84</sup> También ha establecido que el interés debe ser personal y concreto. Con este tipo de exigencias se ha excluido de forma sistemática los “intereses generales” y los “simples intereses a la legalidad.”<sup>85</sup>

GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus perseverantes críticas a la Justicia administrativa, ha expuesto un criterio superior de los tradicionales límites a la legitimación, a través de los que llama *derechos reaccionales*, y a una idea que denomina “círculo o ámbito vital de intereses” cuya perturbación genera un derecho a impugnar “no sólo el estamento de los poseedores.”<sup>86</sup> Se destaca también el florecimiento de

<sup>84</sup> STS del 5-XII-72 (A.5167).

<sup>85</sup> Los criterios jurisprudenciales pueden verse en NIETO, ALEJANDRO, “La discutible supervivencia del interés directo,” *REDA*, n° 12, 1977, pp. 44-46.

<sup>86</sup> “[L]a doctrina de los «derechos reaccionales» de origen alemán, aunque reelaborada entre nosotros y que es sumamente simple. Cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital. Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no en la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital, la cual se protege con dicha acción porque

las acciones populares en una diversa serie de materias (planeamiento urbanístico, ambiente atmosférico, protección de las costas, de los parques nacionales, patrimonio cultural) e incluso en el caso de los presupuestos locales, que pueden ser impugnados judicialmente por cualquier habitante de la entidad local, por irregularidades en su trámite de elaboración y aprobación, o por omitirse créditos dispuesto en una ley previa.<sup>87</sup>

### 8. Halabi. *El derecho a la defensa de los bienes colectivos*

El fallo dictado por la Corte en el caso *Halabi* no ha innovado verdaderamente en materia de legitimación, sino que su aporte fundamental es que ha establecido por primera vez el efecto general o *erga omnes* de una sentencia que hace lugar a la demanda de un individuo portador de un derecho de incidencia colectiva. No ha sido, como parecía *a priori*, una ampliación de la legitimación. En tal sentido, la sentencia remite a una anterior donde se sostuvo: “[L]a reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43 del texto constitucional, es decir, los que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general.”<sup>88</sup>

nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga o la obligación de soportar esa incidencia o de sacrificar sus situaciones de ventaja. El análisis de legitimidad del ataque se hace en función de esa protección y en ejercicio de ese «derecho en armas» que es la acción subjetiva.” (Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español,” REDA, n° 59, 1988, p. 340. También GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado,” REDA, n° 89, 1996, p. 26 y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1989.)

<sup>87</sup> Ley 39/1988, ordenada por Decreto Real Legislativo 2/2004, Reguladora de las Haciendas Locales. “Artículo 169. 1. Aprobado inicialmente el presupuesto general, se expondrá al público, previo anuncio en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, por 15 días, durante los cuales los interesados podrán examinarlos y presentar reclamaciones ante el Pleno [...] Artículo 170. 1. [...] tendrán la consideración de interesados: los habitantes en el territorio de la respectiva entidad local, los que resulten directamente afectados, aunque no habiten en el territorio de la entidad local, los colegios oficiales, cámaras oficiales, sindicatos, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por intereses profesionales o económicos y vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios. 2. Únicamente podrán entablarse reclamaciones contra el presupuesto: Por no haberse ajustado su elaboración y aprobación a los trámites establecidos en esta Ley, por omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo, por ser de manifiesta insuficiencia los ingresos con relación a los gastos presupuestados o bien de estos respecto a las necesidades para las que esté previsto. Artículo 171. Recurso contencioso-administrativo. 1. Contra la aprobación definitiva del presupuesto podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo, en la forma y plazos que establecen las normas de dicha jurisdicción.”

<sup>88</sup> Con remisión a CSJN, *Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcía. c/ A.F.I.P. s/ amparo*, 2003, *Fallos*, 326: 3007. Este precedente también describe el criterio predominante en materia de legitimación. La actora había solicitado la inconstitucionalidad de una serie de disposiciones de la Ley de Procedimiento Tributario N° 11.683, en cuanto autorizan a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a intimar a los contribuyentes y embargar sus bienes por sí, sin intervención

La novedad, en realidad, está dada por la clasificación de las situaciones en que tales derechos de incidencia colectiva pueden llegar a plantearse procesalmente, y fundamentalmente por los efectos generales que se establecen para las sentencias.

Las definiciones más importantes a todo ese respecto se encuentran en los considerandos 10 a 13 de la sentencia, y a mi modo de ver se resumen de la siguiente manera: Los derechos de incidencia colectiva son: a) Los que tienen por objeto la protección de bienes colectivos (que son los que pertenecen a toda la sociedad, de modo indivisible), y b) aquellos cuyo objeto es un bien individual, pero que se encuentran pluralmente vinculados por haber sido igualmente afectados por una misma homogénea causa. Ejemplo de lo primero es, típicamente, el ambiente, y de lo segundo, la propiedad o cualquier otro derecho individual, que sólo conforma un derecho de incidencia colectiva si existe una única causa que genera una afectación a una pluralidad de sujetos en sus respectivos intereses individuales. En ambas situaciones, los efectos de una sentencia se extienden a todos los afectados. (Toda la comunidad en el primer caso, y todos los miembros de la “clase” en el segundo.)<sup>89</sup>

judicial. La Corte estimó que la entidad carecía de la representación de los intereses puramente patrimoniales de sus integrantes.

<sup>89</sup>La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873, en cuanto autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas sin precisar debidamente los fundamentos ni regular la intervención judicial necesaria para habilitar las intromisiones a la privacidad y a la intimidad garantizadas en los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional. Consideró que el actor —Ernesto Halabi— era titular de un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, por lo que la sentencia debía extenderse a todo el resto de usuarios del servicio de telecomunicaciones. “9º) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos [...] 10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional [...] Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados. 11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la

Lo dicho no altera el *statu quo ante* en materia de legitimación, que no ha sido ampliada por la Corte en el caso *Halabi*, o al menos no expresamente. Por el contrario, en el considerando 9 la Corte se preocupó por aclarar que tanto en el supuesto de un derecho individual como en el de incidencia colectiva, incluso cuando tienen por objeto bienes colectivos, es imprescindible “la comprobación de la existencia de un *caso* [...] ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.”<sup>90</sup> Con ello, queda claro que la

posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular. 12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.”

<sup>90</sup> “9°) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un «caso» es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el «caso» tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes.”

legalidad objetiva no es considerada uno de los “bienes colectivos” a que hace referencia la sentencia, ni existe un “derecho” de incidencia colectiva a que los poderes públicos actúen de acuerdo con los procedimientos y el orden de competencias fijados en la Constitución. En suma, el interés del ciudadano por la *mera* legalidad no es asimilable al interés en la protección, por ejemplo, del ambiente, sino que constituye un “interés simple.”

No obstante, creo que el reconocimiento que la sentencia realiza de los bienes colectivos como objeto de derechos y de protección judicial a instancias de cualquiera de sus propietarios indivisibles significa una puerta abierta para ampliar la legitimación en el futuro, pues entonces la clave de esa ampliación ha pasado a ser la concepción y la formulación de aquellos bienes colectivos. Lo son ya la planificación urbanística, los recursos naturales, los bienes culturales y arquitectónicos (los llamados “patrimonios” comunes), y el medio ambiente en general, pero esa lista se encuentra abierta. Se me ocurre agregar que el orden jurídico argentino ha avanzado en el reconocimiento de otros bienes colectivos tales como la información pública,<sup>91</sup> y aparentemente se encuentran en ese camino las libertades y garantías más básicas, como el derecho a sufragio consagrado en *Mignone*<sup>92</sup> o la igualdad contra graves formas de discriminación, conforme con el art. 43 de la Constitución. También merece destacarse el art. 36 de la Constitución nacional en tanto confiere a todos los ciudadanos el derecho de resistencia en relación a actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.<sup>93</sup> ¿Serán alguna vez reconocidos como bienes colectivos el orden institucional o los recursos públicos? Creo que así debería ser, pues ambos participan de las características de lo que he mencionado, incluso del ambiente sano, respecto del cual la Constitución ha establecido su correlativo derecho de preservación. (Art. 41 de la Constitución nacional.) ¿No guardan las afectaciones al ambiente alguna similitud con las violaciones a la Constitución que alteran la organización del poder, al generarse en ambos casos un estado de cosas que tarde o temprano termina tocando los intereses más vitales de los individuos de una sociedad?

Ver GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran los derechos de incidencia colectiva de los procesos de clase. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” *LL*, 2009-B, 186.

<sup>91</sup> BASTERRA, MARCELA, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. En el ámbito de la administración ha tenido su concreción por vía del decreto 1172/03.

<sup>92</sup> En el caso *Mignone* (2002) el juez BOSSERT consideró que constituía un interés legítimo del CELS aquel referente a “la preservación de los derechos o libertades de otras personas” (CSJN, *Mignone*, 2002, *Fallos*, 325: 524, considerando 14), y en especial cuando se encuentra comprometido el derecho al sufragio, el cual tienen “un carácter colectivo que se extiende más allá de la protección del derecho individual y del relativamente restringido grupo de los peticionantes representados por la actora, pues todo el andamiaje institucional de la sociedad política se encuentra asentado en el efectivo ejercicio de ese derecho.” (Considerando 16.)

<sup>93</sup> “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.”

### 9. Conclusión

MONTESQUIEU, en su conocida obra, sostenía que la separación de poderes no fue concebida como estándar científico para facilitar la gobernabilidad de los Estados, sino como medio de asegurar la libertad de los ciudadanos ante el exceso o abuso de poder.<sup>94</sup>

La práctica judicial en la Argentina, al limitar el tipo de intereses que se pueden plantear en un juicio o las cuestiones cuya constitucionalidad puede analizar, ha realizado una invocación exagerada de la separación de poderes, excesivamente teórica y más funcional al gobierno que al interés del ciudadano. Se ha desvirtuado la propia idea del control judicial como *sistema*, que supone un mecanismo ordinario y regular, y no sumamente excepcional como lo ha sido. Como consecuencia de limitaciones como la *legitimación*, al menos con los alcances con que se ha aplicado, la revisión de los tribunales sobre la actividad estatal ha sido un remedio esporádico e insuficiente de control, de suerte tal que el sistema jurídico argentino se basa en una Constitución que se encuentra viciada en su procedimiento de origen, y la organización democrática se halla sometida a un presidencialismo desbocado donde las autonomías locales, el régimen político, el funcionamiento del Congreso y de la administración, y el destino de los recursos del Estado dependen de la voluntad de una sola persona. Vale decir que las limitaciones al control judicial han resultado el peor remedio para el orden institucional.

Pareciera existir además una razón oculta que impide u opera en contra de la ampliación de la legitimación: Se la asocia con problemas prácticos de difícil solución, principalmente el colapso de los tribunales o la paralización del gobierno. Lo primero se puede remediar fácilmente con la regulación de la acción de clase, cuya omisión fuera puesta de resalto por la Corte en *Halabi*.<sup>95</sup> La obstrucción a la marcha del gobierno es un temor infundado, pues la actuación de los tribunales es siempre acotada frente a las posibilidades de los órganos de los demás poderes, que pueden sustituir, modificar, subsanar o corregir sus actos en poco tiempo y además actúan *de oficio*. Por otra parte, la parálisis del gobierno —si acaso se produjese— no sería consecuencia de ampliar las posibilidades de control ciudadano, sino en todo caso de que su accionar resulte repetidamente irregular.

<sup>94</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Libertad, 1944.

<sup>95</sup> “Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.” (Considerando 12.)

Por último, y como he dicho, la ampliación de la legitimación en los casos a los que me he referido no supondría la posibilidad de realizar cualquier tipo de planteo o petición abstracta o consultiva ante un tribunal, ya que el requisito de que exista un caso o controversia de derecho con las características que he descrito en el punto 5 puede y debe exigirse con aquellas notas mínimas y fundamentales, sin que peligre la naturaleza de la función judicial.



## DEFENSOR DEL PUEBLO

Por MARÍA VERÓNICA AVALOS BLACHA

### SUMARIO

1. Perfil de la institución.....	133
2. ¿Qué es la legitimación? Legitimación del Defensor del Pueblo en la Constitución nacional .....	134
3. Legitimación del Defensor del Pueblo en el fuero Contencioso Administrativo Federal .....	134
4. Legitimación del Defensor del Pueblo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	137
5. Perspectiva de la institución. Reconocimiento de la legitimación en instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	140
6. Palabras finales .....	143



## DEFENSOR DEL PUEBLO

Por MARÍA VERÓNICA AVALOS BLACHA

### 1. *Perfil de la institución*

La figura del Defensor del Pueblo —Defensor Social, en palabras de QUIROGA LAVIÉ— fue incorporado al sistema argentino con anterioridad a la reforma constitucional.<sup>1</sup>

Con posterioridad, la Constitución argentina ubicó al Defensor del Pueblo en el ámbito del Poder Legislativo, aunque garantizando su independencia respecto al Congreso. La citada reforma constitucional, recogió la reglamentación dispuesta por la ley 24.284 y luego con una nueva modificación a los fines de adecuarla a los preceptos constitucionales, sancionó la ley 24.379.<sup>2</sup>

La institución nacida en Suecia, posee en la Argentina las atribuciones necesarias para ejercer un verdadero control preventivo de la actividad administrativa —centralizada y descentralizada— y una eficaz supervisión sobre las funciones administrativas, aunque éstas no estuvieran en manos del Estado.

La previsión constitucional del art. 86, congruente con el papel otorgado, le reconoce legitimación activa para peticionar y demandar ante los organismos administrativos y jurisdiccionales, sin que por su intervención quede excluida la parte afectada. Ahora bien, habrá que tener en cuenta, el tipo de proceso en el que intervenga y el derecho que intenta resguardar. La interpretación armónica de los arts. 43 y 86 de la Constitución nacional, no suscita dudas acerca de la legitimación del Defensor del Pueblo en materia de derechos de incidencia colectiva en general, aunque cabe el interrogante acerca de si esa legitimación se extiende a la defensa en juicio de derechos patrimoniales gravemente afectados.

<sup>1</sup> En el orden nacional, fue incorporado por la ley 24.284. (B.O. 6-XII-93.)

<sup>2</sup> B.O. 12-X-94.

## 2. *¿Qué es la legitimación? Legitimación del Defensor del Pueblo en la Constitución nacional*

Siguiendo a GOZAÍNI<sup>3</sup> la legitimación se refiere a la relación que existe entre quien pide y acerca de lo que pide, es decir, al nexo que vincula a la persona con el derecho. A su vez, este derecho debe ser propio (no impersonal), quien lo esgrima ha de tener una afectación directa e inmediata.

Clásicamente, la doctrina diferencia entre la legitimación procesal *ad procesum* que refiere a la capacidad para estar en juicio, de la legitimación procesal *ad causam* que constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que se traba entre las partes.

En el caso del Defensor del Pueblo, la legitimación procesal está reconocida en la norma constitucional del art. 86. Por lo tanto, sostiene el autor citado, más que de una personalidad que identifique el derecho reclamado, se observa una representación que transforma la tipicidad habitualmente exigida y al tener legitimación procesal, según marca el texto constitucional, no se analiza ni se piensa en el vínculo obligacional que debe portar, en este caso la institución del Defensor del Pueblo, sino antes que nada, en la importancia de los valores que defiende y la tutela que se solicita en pos del mandato preventivo al que está llamado a cumplir.

Es que, no siendo el Defensor del Pueblo el titular del derecho invocado como fundamento de sus posibles pretensiones, tal legitimación reviste carácter anómalo o extraordinario y en virtud de esa circunstancia se lo ha perfilado como un sustituto procesal.

Así, no debe perderse de vista que según expresa la Constitución nacional en el art. 86, la misión del Defensor del Pueblo es la tutela y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses que la misma y las leyes contienen al respecto, seguidamente, le reconoce legitimación procesal. En este punto, la letra de la norma no siempre fue acogida en la jurisprudencia ante las presentaciones efectuadas por el Defensor del Pueblo, verificándose asimismo su reconocimiento en diversos fallos de primera y segunda instancia en el fuero Contencioso Administrativo Federal, para luego negárselo en instancias de la Corte Suprema, aunque puede perfilarse, en sus últimos fallos un pequeño reconocimiento a convalidar la doctrina sostenida por el referido fuero.

## 3. *Legitimación del Defensor del Pueblo en el fuero Contencioso Administrativo Federal*

Sin lugar a dudas, la intervención del Defensor del Pueblo ha aumentado considerablemente desde su incorporación en el texto constitucional, sobre todo en

<sup>3</sup>GOZAÍNI, OSVALDO A., "Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)," *LL*, 1994-E, 1378.

materias también contemporáneas a su figura como ser en las relaciones de consumo, el medioambiente y en los derechos de incidencia colectiva en general. Pero, tal vez su intervención más relevante —por el contexto económico y social por el que atravesaba la Argentina— fue el amparo promovido en nombre de todos los afectados por las disposiciones financieras —decretos 1570/01 y 1606/01— en el entendimiento de que debía defender los derechos del colectivo de los ahorristas.

Sin querer abarcar la totalidad de los casos, lo cual excedería los límites del presente, vale la pena citar algunos en los cuales se ha reconocido la legitimación del Defensor del Pueblo y los fundamentos brindados para la construcción de esta doctrina positiva del actuar del instituto.

Así, en primera instancia, en el amparo iniciado por el Defensor del Pueblo contra el Estado nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de las normas que dispusieron la restricción, reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios, la jueza rechazó la falta de legitimación activa opuesta por el demandado, consideró legitimado al accionante e hizo lugar a la acción declarando la ilegitimidad de la normativa impugnada.<sup>4</sup>

Para así resolver, respecto de la legitimación, consideró el carácter y la misión que el art. 86 de la Constitución nacional le confiere: La defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes. Asimismo, consideró que el art. 43, párrafo 2º, en razón de la especial naturaleza del derecho, vale tenerlo por legitimado, pues en el caso actúa para la defensa de un derecho de incidencia colectiva, con prescindencia de los derechos subjetivos individuales y de los perjuicios diferenciados.

En otro caso, esta vez ante la demanda ordinaria interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el Estado nacional a efectos de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 2437/02 por el cual se dispusiera un aumento de las tarifas de energía eléctrica y gas, solicitando además la suspensión de la citada norma, la jueza interviniente admitió la legitimación invocada por el Defensor del Pueblo, en primer término por su habilitación constitucional conforme los arts. 43 y 86 de nuestra Carta Magna y la doctrina sentada por la Sala V del fuero en las causas *Defensor del Pueblo de la Nación y Hartmann Aurora*.<sup>5</sup>

Asimismo, dejó establecido que atento que la vía intentada —proceso ordinario, no amparo— encuadraba en los términos de la ley 24.240, siendo el propósito del Defensor del Pueblo, proteger los derechos reconocidos a los usuarios y consumidores por el art. 42 de la Constitución nacional y la tutela de los derechos de incidencia colectiva, conformaba una razón más para admitir su acceso a la jurisdicción.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> JFed. CA N° 9, 8/VII/02, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN, LL*, 2002-F, 211.

<sup>5</sup> CNFed., Sala V, 12/IX/02, *Defensor del Pueblo de la Nación*; 12/IX/09, *Hartmann Aurora*.

<sup>6</sup> JFed. CA N° 5, 12/XII/02, *Defensoría del Pueblo de la Nación c/ PEN, LL*, 2003-A, 454.

En oportunidad del cuestionamiento al decreto 92/97 por el que se aprobó el rebalanceo telefónico, la intervención del Defensor del Pueblo fue reconocida por el tribunal en la interpretación que aquél no actuaba en defensa de la pura legalidad, sino que lo hacía para asegurar los derechos de incidencia colectiva de los usuarios de los servicios telefónicos que se consideraban afectados por el mencionado rebalanceo.<sup>7</sup>

Con fundamento en los arts. 86 y 43 de la Constitución nacional, los aportes de la doctrina favorable a la legitimación, reconociendo con amplitud la competencia del órgano, se le ha reconocido su intervención al cuestionar vía amparo el decreto de necesidad y urgencia por el que se llamó a licitación pública para la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales.<sup>8</sup>

Con invocación de las mismas normas constitucionales y aclarando que el Defensor del Pueblo actuaba en el caso en defensa del derecho de usuarios y consumidores, se le reconoció legitimación, si bien la presentación fue conjunta con el actor-usuario.<sup>9</sup>

Volviendo a los amparos promovidos por el Defensor del Pueblo contra las restricciones instauradas por el corralito financiero, llegada la causa a la Cámara del fuero<sup>10</sup> y siendo uno de los agravios del Estado nacional la falta de legitimación del Defensor, el voto de GRECCO entiende que las relaciones jurídicas sustanciales que fundaran la pretensión, aun considerando ampliamente el concepto, no puede considerarse como integrando el cuadro de derechos de incidencia colectiva en general, aludido en el art. 43 de la Constitución nacional. Sin embargo y atento a que el art. 86 de la Carta Magna asigna al Defensor del Pueblo la misión de la defensa y protección de derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes ante hechos, actos u omisiones de la administración, desde esa perspectiva y habiéndose denunciado la lesión de derechos individuales —básicamente el de propiedad, arts. 14 y 17 de la Constitución nacional— debe reconocerse la habilitación del Defensor del Pueblo para promover el proceso, fundada en la disociación que las normas pertinentes consagran entre titularidad de la relación jurídica sustancial y postulación procesal indiscutible.

El voto de OTERO, luego de adherir al voto anterior en lo sustancial, distingue entre la persona individual afectada económicamente y que reclama un derecho patrimonial concreto, de la demanda instrumentada a través de un amparo colectivo interpuesto por el Defensor del Pueblo. Así, entiende que respecto de la acción instaurada, cabe admitir la legitimación invocada por el Defensor del

<sup>7</sup> CNFed. CA, Sala III, 23/IX/97, *Defensor del Pueblo de la Nación –Incidente III c/ Estado Nacional*, citado por JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA en “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia,” *LL*, 2003-B, 1333.

<sup>8</sup> CNFed. CA, Sala II, 26/VIII/97, *Nieva Alejandro y otros*, cita de la nota anterior.

<sup>9</sup> CNFed. CA, Sala IV, 23/VI/98, *Youssefian*, *idem* nota 6.

<sup>10</sup> CNFed. CA, Sala V, 13/IX/02, *Defensor del Pueblo de la Nación*, *LL*, 2002-E, 818.

Pueblo de la Nación, sin embargo en lo que respecta a la acreencia bancaria que individualmente cada ahorrista considera con derecho a percibir, deberán los mismos acudir ante los tribunales que correspondan a fin de acreditar el reclamo patrimonial interpuesto en su presentación judicial, pues la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo de la Nación reconoce como límite las demandas pecuniarias que únicamente pueden ser ejercidas por el afectado, en su derecho subjetivo caracterizado por la singularidad de cada caso.

Cabe traer en este punto la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en oportunidad del corte de energía del 15-II-99 que afectó a un inmenso sector de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires. En dicha ocasión, el Defensor del Pueblo local dedujo contra EDESUR S.A una pretensión de resarcimiento por los daños sufridos por los afectados (usuarios y terceros en los que se incluyó) por falta de provisión de energía eléctrica, imputable a la empresa demandada.

La Sala confirmó la sentencia de primera instancia por cuanto acogió la demanda interpuesta y reconoció la legitimación invocada por el organismo, dejando a salvo el derecho de los usuarios para que ante los tribunales competentes y por la vía que estimen adecuada, promuevan las pretensiones resarcitorias a las que se consideren con derecho.<sup>11</sup>

#### *4. Legitimación del Defensor del Pueblo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A diferencia de la doctrina vertida en pos del reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo del fuero Contencioso Administrativo Federal, el Máximo Tribunal ha tenido un criterio restringido en cuanto a su otorgamiento. Así, se ha negado su intervención, juntamente con la de los legisladores, por haberse adherido el Defensor a la medida cautelar solicitada por ellos, sin entrar a especificar en particular los fundamentos, más allá de lo general de su rechazo.<sup>12</sup>

En otra oportunidad se negó su accionar por procurar el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes y por ausencia de perjuicio inminente,<sup>13</sup> por no ser titular de la relación jurídica sustancial y por haber actuado persona interesada.<sup>14</sup>

Así también fue rechazada su intervención en oportunidad de la impugnación de la ley 24.977, por el cual se obligaba a determinados contribuyentes a inscribirse como monotributistas, aduciendo que carecía el Defensor de legitimación para interponer acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los art. 1º y 2º de la citada ley cuando la persona interesada ha interpuesto acción

<sup>11</sup> Ampliar en PALACIO, LINO E., "El apagón de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo," *LL*, 2000-C, 395.

<sup>12</sup> CSJN, *Rodríguez Jorge – Jefe de Gabinete de Ministros*, 1997, *Fallos*, 320: 2851.

<sup>13</sup> CSJN, *Consumidores Libres*, 1998, *Fallos*, 319: 1828.

<sup>14</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo*, 2000, *Fallos*, 323: 4098.

judicial o recurso administrativo, teniendo en cuenta, además que en el supuesto no se debatían derechos de aquellos protegidos por el art. 43 de la Constitución nacional, sino otros de tipo individual-patrimonial.<sup>15</sup>

En esta línea argumental de analizar el tipo de derecho traído a defender para ver si es de aquellos en los cuales puede intervenir el Defensor del Pueblo conforme la habilitación constitucional, se sitúa el paradigmático amparo por el cual se solicitaba la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. a) del decreto 1570/01, de la reprogramación dispuesta por la resolución nº 6/02 del Ministerio de Economía, del art. 2º del decreto 214/02 y de los arts. 1º, 2º y 3º del decreto 1316/02, es decir las medidas que disponían el *corralito financiero* una vez llegado al máximo tribunal.<sup>16</sup>

Como fuera comentado,<sup>17</sup> la Sala V había hecho lugar al amparo, confirmando la sentencia de primera instancia, reconociendo la legitimación del Defensor del Pueblo. Sin embargo, llegado a la Corte, dicha legitimación fue rechazada por la mayoría y por los votos concurrentes de FAYT y MAQUEDA en forma individualmente expuestos. Para así decidir, entendieron que el Defensor del Pueblo de la Nación es un legitimado anómalo o extraordinario, su legitimación procesal establecida en el art. 86 de la Constitución nacional debe complementarse con el art. 43 del mismo cuerpo normativo, en forma armónica. Así entonces, luego de la reforma constitucional de 1994, aun habiéndose ampliado los sujetos legitimados para accionar —entre los cuales se encuentra el Defensor del Pueblo— de ello no se sigue que pueda accionarse por cualquier derecho, sino sólo como medio para proteger derechos de incidencia colectiva, entendiendo por tales aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal.

Es así, que no encuadrando el reclamo del amparo en el tipo de derecho de incidencia colectiva, pues se trata —expresa la Corte— de un reclamo patrimonial que tiene por finalidad la defensa del derecho que cada depositante tiene sobre sus depósitos, excluyendo de este modo la legitimación del Defensor del Pueblo quien no puede reemplazar a los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales.

La opinión concurrente de FAYT, además de compartir el criterio mayoritario en torno a la inaplicabilidad del art. 43, segunda parte, en los casos de derechos subjetivos patrimoniales, puramente individuales, agrega como argumento adicional lo normado por el art. 21 de la ley 24.284 en cuanto el Defensor del Pueblo debe cesar en su intervención si se interpusiere por persona interesada recurso

<sup>15</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2003, *Fallos*, 326:2777326: 2777.

<sup>16</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2007, *Fallos*, 330: 2800.

<sup>17</sup> CNFed. CA, Sala V, 13/IX/02, *Defensor del Pueblo de la Nación*, LL, 2002-E, 818.

administrativo o acción judicial, lo cual quedaba evidenciado con la innumerable serie de amparos promovidos a título individual por los ahorristas lesionados.

Por último, el voto de MAQUEDA coincide con el argumento central constitutivo del fallo según el cual se estaba ante derechos patrimoniales, puramente individuales los cuales sólo pueden ser llevados a juicio por los interesados directos para proteger su afectación.

Sin embargo, sostiene en este punto una diferente postura en cuanto a restringir la legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo como accionante con sustento en el tipo de proceso en el que actúe, para evitar que en la práctica el mandato constitucional del art. 86 se convierta en una mera declaración sin efectos procesales concretos.

A partir de dicha postura, estima asimismo equivocada la idea de sostener que el Defensor del Pueblo debe cesar en su representación colectiva cuando alguno de los afectados insta su reclamo en sede administrativa o judicial. Éste apartamiento del Defensor del Pueblo debe entenderse referida exclusivamente a la representación del afectado directo, sin que ello constituya óbice para su intervención en los supuestos que constituyan problemáticas generales capaces de afectar los intereses difusos o colectivos. Una interpretación en contrario, desnaturaliza el texto constitucional, pues sostiene el magistrado que en el ejercicio de sus competencias, en aquellos derechos que exceden el interés de cada parte, por tratarse de aquellos denominados colectivos, la intervención del Defensor del Pueblo responde al objetivo preeminente del Preámbulo de la Constitución cual es lograr el bienestar general.

Sin embargo, siguiendo el núcleo decisorio de la mayoría también a su entender quedan excluidos del ámbito de competencia del organismo estatal los derechos patrimoniales propiamente dichos, precisando que para ciertas hipótesis en las que los intereses patrimoniales puedan resultar colectivos o generales, referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o afectaciones a grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos podrán considerarse como derechos colectivos para los cuales la Constitución prevé especial protección.

Sentado ello, concluyó el juez que la pretensión articulada en la especie no coincidía con las que pueden ser materia de enjuiciamiento grupal, ni siquiera ampliando generosamente el concepto de derecho de incidencia colectiva, del cual en principio quedan excluidas las cuestiones patrimoniales.

En el caso de la ejecución de créditos hipotecarios,<sup>18</sup> el entonces Defensor del Pueblo de la Nación realizó una presentación solicitando la urgente suspensión de tales procesos judiciales invocando la representación colectiva de los derechos de los deudores hipotecarios que ante los requerimientos que le habrían formulado lo legitimaban para reclamar en favor de los afectados. La Corte desestimó la legitimación invocada entendiendo que aun cuando el art. 86 de la Constitución

<sup>18</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2000, *Fallos*, 323: 4098.

establece que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, ello no releva a los jueces de examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión.

##### 5. *Perspectiva de la institución. Reconocimiento de la legitimación en instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Es interesante, luego del sistemático rechazo en cuanto a la legitimación del Defensor del Pueblo por parte de la Corte Suprema de Justicia, su reconocimiento, aunque más no sea en forma tácita.<sup>19</sup> En realidad, tampoco el debate llevado a conocer al Supremo Tribunal versaba sobre la legitimación, la cual no fue cuestionada, sino por los efectos de la sentencia. En el caso en cuestión, el Defensor del Pueblo y Adriana Manetti en calidad de usuaria del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales promovieron acción de amparo, a fin de obtener la declaración de nulidad de los arts. 5º y ccdtes. del decreto 787/93 y resolución n° 8/94 del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), así como de toda norma que autorice la facturación del componente medido en forma global, con cargo al consorcio de propietarios respectivo, en los casos de edificios afectados al régimen de propiedad horizontal que no poseyeran conexiones independientes.

En primera instancia el amparo fue rechazado, apelado, la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal revocó el mismo e hizo lugar a la declaración de nulidad de las resoluciones del ETOSS. Apelada dicha decisión, la Corte confirmó el fallo de la Cámara. Devuelto el expediente a primera instancia e intimada la demandada Aguas Argentinas al cumplimiento de la sentencia, la misma manifestó que así lo había hecho respecto de la co-actora Manetti y sostuvo que la sentencia no tenía mayor alcance, porque no podía asignarse efectos *erga omnes* al pronunciamiento por haber actuado el Defensor del Pueblo.

La jueza de grado entendió que la sentencia dictada y pasada en autoridad de cosa juzgada alcanzaba a todos los usuarios afectados por la norma cuya nulidad fuera declarada y volvió a intimar a acreditar el cumplimiento del fallo bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Nuevamente, Aguas Argentinas apeló la decisión, y esta vez la Cámara entendió que la Corte al confirmar sin más la sentencia de dicha sala había adquirido firmeza en su integridad y consideró que la misma se había circunscripto a un inmueble individualizado. Disconforme, en esta oportunidad, el Defensor del Pueblo de la Nación interpuso recurso extraordinario. Entendió que, al confirmar la sentencia, el alcance estuvo dirigido a la totalidad de usuarios, de lo contrario, se estaría dejando sin protección al colectivo de usuarios del servicio público de provisión de agua potable que habitan consorcios afectados por la ley 13.512, en cuyo nombre y representación actuó, con independencia de la presentación efectuada por Manetti.

<sup>19</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2009, *Fallos*, 332: 1759.

El dictamen de la Procuradora MONTI, al que en definitiva adhiere la mayoría de los jueces es claro y contundente en torno a la legitimación del Defensor del Pueblo y al carácter de la sentencia. En primer término, considera que la legitimación nunca había sido cuestionada y desde el inicio fue aceptada —si se quiere tácitamente— juntamente con la Dra. Manetti, sin embargo, la falta de tratamiento de dicha cuestión no conlleva a sostener que la sentencia dictada sólo producía efectos para los inmuebles individualizados, como entendió la Cámara. Ello por cuanto, el reconocimiento del carácter implícito de legitimado activo supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y las consecuencias de lo resuelto, aun tratándose de un sujeto diferente de los afectados, producirá de todos modos efectos jurídicos, pues al haber tenido éxito su pretensión, reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa.

Resalta MONTI, en pie de sostener la legitimación tácitamente reconocida al confirmar la Corte el fallo de Cámara por el cual se dispusiera la nulidad de los decretos impugnados y sin que se pronunciara expresamente en forma adversa a la participación del Defensor del Pueblo, que ello no puede más que interpretarse en el sentido de que su participación resultaba conducente, en la inteligencia de que sus planteos se encontraban vinculados a la protección de derechos de incidencia colectiva, los cuales adquieren una particular dimensión social en el caso por tratarse de la defensa de usuarios de un servicio esencial, función constitucional que fuera invocada desde el inicio por dicho órgano.

Si la participación del Defensor del Pueblo sólo se limitara a acompañar al afectado —sostiene la Sra. Procuradora— se privaría de contenido a la actuación procesal de quien a pesar de encontrarse habilitado a procurar una adecuada tutela judicial a tenor de lo dispuesto por los arts. 43 y 86 de la Constitución nacional, sólo pudiera obtener sentencias sin mayor eficacia que meras declaraciones de carácter teórico, en caso de que fueran admitidas, con total desconocimiento de las funciones encomendadas por la ley fundamental.

A mayor abundamiento, también considera MONTI que la cuestión planteada lo fue en forma genérica, respecto de la facturación de consumos globales, sin que se especificara respecto de alguna característica esencial de algún edificio en particular, de tal modo al así resolver, sin tener en cuenta a un afectado en particular se condice con el esquema instaurado a partir de la reforma constitucional de 1994, destinado a trascender los límites subjetivos del proceso clásico.

Por ello, concluye la Procuradora, que los efectos de la sentencia en su ejecución, no puede limitarse al inmueble de la Dra. Manetti únicamente, sino que en razón de todo lo expuesto, al admitirse la legitimación del Defensor del Pueblo y el carácter de los derechos de usuarios afectados como de incidencia colectiva, conlleva a que sea innecesario que la Corte se haya referido expresamente en el sentido *erga omnes* de la sentencia, pues ello le viene impuesto.

Por mayoría, los jueces de la Corte Suprema adhieren al dictamen de la Procuradora, haciendo lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Defensor del Pueblo, revocando la sentencia de Cámara y quedando implícitamente aceptada la legitimación del Defensor del Pueblo y el carácter *erga omnes* de la sentencia, por las características específicas del caso, tenidas en cuenta por MONTI.<sup>20</sup>

En otro fallo<sup>21</sup> por el cual el Defensor del Pueblo promovió una demanda ordinaria contra el Estado nacional y el Ente Regulador del Gas con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 41 y 96 de la ley 24.076, así como la nulidad del art. 41, apartado tercero y del art. 96, del anexo I aprobado por el decreto 1738/92, del art. 9.4.1.1 y concordantes de los anexos aprobados por el decreto 2255/92 y del acta acuerdo suscripta, plasmada en el decreto 669/00, al entender que dichas disposiciones al reajustar las tarifas tomando como base indicadores del mercado internacional, constituía un esquema indexatorio, en oposición al sistema instaurado por la Ley de Convertibilidad N° 23.928, vulnerando el principio de la razonable rentabilidad que es propio de todo régimen de tarifas y desconociendo los derechos de los usuarios consagrados en el art. 42 de la Constitución nacional, al habersele negado a éstos toda participación en los aludidos ajustes.

Las demandadas opusieron al progreso de la acción las excepciones previas de falta de legitimación activa por parte del Defensor del Pueblo y de falta de agotamiento de la vía administrativa, las cuales fueron rechazadas en primera instancia y confirmado por la Cámara.

Llegado el caso a la Corte Suprema, es interesante el abordaje del tema en primer término por el Procurador General, luego por la mayoría y finalmente por los votos concurrentes de PETRACCHI, ZAFFARONI y LORENZETTI, en lo que hace a la intervención del Defensor del Pueblo en una causa que no sea amparo, si bien en defensa de usuarios.

Así entonces, el Procurador General luego de relatar las posturas de las demandadas e interpretar que hallándose en tela de juicio normas federales, el recurso extraordinario era procedente, toma la postura limitativa de las demandadas y citando los debates de la convención constituyente de 1994, entiende que la voluntad de los legisladores ha sido el de dar legitimación procesal al Defensor del Pueblo pero acotado a determinados procesos judiciales. Ello por cuanto, si bien el art. 86 le otorga legitimación procesal al Defensor para reclamar en aquellos casos en los cuales resulten vulnerados derechos y garantías reconocidos por la ley fundamental, ello debe entenderse en concordancia a lo establecido en el art.

<sup>20</sup> En disidencia, LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO y ARGIBAY rechazan el recurso extraordinario por una cuestión formal, al considerar que las resoluciones recaídas en la etapa de ejecución de sentencias no configuran la sentencia definitiva requerida por el art. 14 de la ley 48, además de considerar que lo decidido en la causa no irroga al recurrente un agravio de imposible reparación ulterior lo cual podrá ser objeto de un nuevo planteamiento en un juicio ordinario posterior.

<sup>21</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2005, Fallos, 328: 1652.

43, según el cual la vía conferida es el amparo y no el proceso ordinario. Finalmente, en ese orden de ideas propone revocar el pronunciamiento de Cámara y desestimar la demanda.

En el tópico tratado, si bien sólo es el voto concurrente de PETRACCHI, ZAFFARONI y LORENZETTI, se sienta una doctrina importante respecto, no sólo a reconocer la legitimación del Defensor del Pueblo, sino la posibilidad que inicie acciones no solamente de amparo, sino también demandas ordinarias. Así, en el considerando 7 de este voto se sostiene que la postura de los apelantes en el sentido de que cuando el Defensor del Pueblo actúa en defensa de los derechos de los usuarios, nuestro ordenamiento constitucional sólo le permite acudir al proceso de amparo (art. 43 de la Constitución nacional) y no a un proceso ordinario como el de la presente causa, no puede prosperar en una correcta interpretación de los debates de la convención constituyente de 1994, las fuentes de la legislación comparada tenidas en miras por los constituyentes y la doctrina citada por éstos, como la consultada por el tribunal.

Así entonces, considera que deben interpretarse armónicamente las disposiciones constitucionales de los arts. 43 y 86, como regla de interpretación de las normas jurídicas, por lo cual, si bien de un modo lacónico el art. 86 de la Constitución nacional prevé la legitimación procesal del Defensor del Pueblo al disponer: “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal” parece desatinado suponer que el constituyente haya querido otorgarle solamente la legitimación procesal que le fue reconocida en el art. 43 de la Constitución nacional para interponer recurso de amparo. Por otra parte, admitir la postura de los apelantes, considera este voto, implicaría lisa y llanamente ignorar la existencia del art. 86 de la Constitución nacional, pues si la acción de amparo fuera la única tutela a la que puede acudir el Defensor del Pueblo, pero ésta a su vez no resultara la vía apta para resolver el conflicto planteado, sería letra muerta la legitimación procesal consagrada por la Constitución nacional. Por lo expuesto, rechaza el recurso extraordinario y la queja deducida.

El voto de la mayoría, considera mal concedido el recurso extraordinario y lo rechaza por una cuestión formal al considerar que la resolución atacada no configura una sentencia definitiva o equiparable a tal en los términos del art. 14 de la ley 48.

## 6. *Palabras finales*

Con los criterios expuestos y teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial de determinados conceptos, tanto para el reconocimiento como para el rechazo de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo, habrá que considerar que la misma viene impuesta por la Constitución de forma anómala o extraordinaria a los presupuestos procesales clásicos de las leyes adjetivas.

Su intervención en los casos de derechos de incidencia colectiva debe ser admitida por imposición de la Constitución nacional, sobre todo en la vía del amparo, en donde su intervención no presenta mayores dificultades, como así también en aquellas materias explícitamente previstas por la Carta Magna: Materia ambiental, consumo, usuarios, competencia.

El reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo ha encontrado acogida favorable en la variada y pionera jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal, como ha sido expuesto, a pesar de su rechazo sistemático una vez llegada la causa a la Corte Suprema. Sin embargo, en los últimos tiempos ésta doctrina habilitante del fuero supo consolidar su fundamentación, sobre todo en lo relacionado con los derechos de incidencia colectiva donde se ha perfilado la intervención del Defensor hasta ser convalidado, en forma gradual por el Supremo Tribunal.

Asimismo, hasta tanto sean reguladas las acciones de clase —como estructura superadora de la clásica demanda entablada por actor-demandado— la intervención del Defensor del Pueblo con la debida acreditación necesaria de los que representa, se perfila como una herramienta útil a los fines de evitar múltiples demandas por el mismo hecho, sin perjuicio de advertir conforme lo expuesto por la jurisprudencia reinante del fuero Contencioso Administrativo Federal, que tratándose de la vulneración de derechos patrimoniales, cada persona en forma individual deba accionar para obtener la reparación correspondiente en la medida que se viera afectado, según lo resuelto en el caso de los ahorristas y por la Cámara Civil y Comercial Federal en el caso de los cortes de energía eléctrica.

Se puede decir entonces que teniendo en cuenta estas pautas y precisando ciertamente la legitimación del Defensor del Pueblo en cuanto al objeto de la demanda, la vía elegida y los derechos de que se trate —en especial si se trata de aquellos de incidencia colectiva— la viabilidad puede resultar exitosa al presentar una demanda en términos claros, con una adecuación armónica de las normas constitucionales y procesales, y jurisprudencia concordante a los fines de hacer posible la representación en juicio de tan importante organismo, el cual debe poder representar en la idea general de la comunidad la simpleza de su nombre: *Defensor del Pueblo*.

# EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL

Por FERNANDO E. JUAN LIMA

## SUMARIO

1. El silencio administrativo.....	147
2. El sistema establecido en la ley nacional de procedimientos administrativos .....	148
2.1. El principio: El silencio negativo .....	148
2.2. Modos de configuración del silencio .....	149
2.3. Las opciones del particular frente al silencio de la administración	149
3. Las modificaciones producidas por la ley 25.344.....	150
4. Las interpretaciones efectuadas por la doctrina .....	150
4.1. Las diversas interpretaciones del nuevo art. 31 .....	151
4.2. La constitucionalidad del nuevo art. 31.....	154
5. Las proyecciones del problema planteado en relación con la habilitación de la instancia judicial. La jurisprudencia .....	156
6. Conclusión .....	158



## EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL

Por FERNANDO E. JUAN LIMA

### 1. *El silencio administrativo*

El silencio administrativo puede definirse como una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud del cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos exigidos por la ley. El silencio debe entenderse, siempre, como un complemento de la obligación de resolver.<sup>1</sup>

Conocidas son las discusiones existentes en doctrina acerca de si el silencio se trata de una ficción,<sup>2</sup> de una presunción,<sup>3</sup> de una infracción<sup>4</sup> o de un verdadero acto.<sup>5</sup>

Sin entrar en disquisiciones terminológicas, en lo que respecta al régimen administrativo federal, corresponde dejar asentado que el silencio es una respuesta de la administración que la ley presume en determinadas circunstancias frente a

<sup>1</sup> SOTELO DE ANDREU, MIRTA G., "El silencio de la Administración," en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP, Buenos Aires, 1998, p. 49. La citada autora concluyó en que el silencio administrativo "sea positivo o negativo, es un acto administrativo."

<sup>2</sup> HUTCHINSON sostiene que la regulación legal del silencio no puede ser más clara en el sentido de configurarlo como una simple ficción legal, de efectos estrictamente procesales que el particular puede utilizar en su beneficio, y en ningún caso como una verdadera resolución o acto administrativo — declaración de juicio, deseo o conocimiento. (HUTCHINSON, TOMÁS, "La inactividad de la Administración y su control," en AA.VV., *Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 15, 16 y 17 de mayo de 2002, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 180.)

<sup>3</sup> MURATORIO, JORGE I, en AA.VV., "¿Actos administrativos tácitos?," *Acto y reglamento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 30, 31 de mayo y 1º de junio de 2001, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 373.

<sup>4</sup> MUÑOZ, GUILLERMO A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 70 y 109.

<sup>5</sup> SOTELO DE ANDREU, *op. cit.*

la petición deducida por un interesado y que no es sino el reverso indispensable del derecho de petición.

El origen de la mayoría de las dificultades que se han presentado alrededor del silencio tiene su origen en el olvido de la razón de ser de este singular instituto y en la concepción del silencio como un verdadero acto.<sup>6</sup>

El silencio se ha establecido en beneficio del particular, y no sólo en el silencio positivo, donde ello es evidente en tanto la petición resulta estimada, sino también en el negativo, pues de ese modo se evita la indefensión del particular, lo que impide que la administración inutilice toda vía revisora ulterior, merced a incumplir el deber de resolver ante la petición del interesado que intenta obtener una respuesta.<sup>7</sup>

## 2. El sistema establecido en la ley nacional de procedimientos administrativos

### 2.1. El principio: El silencio negativo

En el art. 10 de la ley 19.549,<sup>8</sup> después de establecerse que por regla el silencio de la administración debe interpretarse como negativa, se dispone que sólo mediante disposición expresa puede otorgársele sentido positivo.

Así, el silencio administrativo reviste dos modalidades reguladas por el derecho positivo: a) El efecto y alcance de permisión total de lo concretamente pretendido o solicitado, y b) el de denegación total de lo que se hubiera peticionado. Para que el silencio tenga alcance positivo debe estar así determinado por la ley, caso contrario se entenderá que ha mediado denegación tácita por parte de la administración ya que respecto de la operatividad de dicho silencio es principio general la denegación de lo pretendido por el peticionante y excepcional y subordinado a la existencia de una norma jurídica que concretamente lo contemple, la admisión de lo solicitado por el particular.<sup>9</sup>

La figura del silencio positivo, cuyo campo natural de acción se halla en el ámbito de la denominada actividad de policía o de control mediante la autorización de actividades privadas, no ha tenido fácil aceptación y sólo se ha previsto en limitadísimos supuestos.<sup>10</sup>

<sup>6</sup>PERRINO, PABLO E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa," *Revista de Derecho Público*, n° 2003-I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 257-294.

<sup>7</sup>JUAN LIMA, FERNANDO E., "El silencio administrativo en el derecho argentino," en ROCHA, SERGIO A. (coord.), *Proceso Administrativo Tributario*, San Pablo, Quartier Latin 2007, en donde tratamos, entre otros, algunos de los asuntos que aquí examinamos.

<sup>8</sup>En adelante LNPA.

<sup>9</sup>CNFed. CA, Sala II, 18/VI/98, *Turismo Parque S.R.L. c/ E.N. - M° de Econ. y Ob. y Serv. Públ. S. de Tr. s/ proceso de conocimiento*, del voto de la Dra. GARZÓN DE CONTE GRAND.

<sup>10</sup>Por ejemplo: Art. 5° del decreto 1842/87 del Poder Ejecutivo Nacional de desmonopolización de servicios públicos prestados por las empresas estatales, art. 4° del decreto 1470/97 del Poder Ejecutivo Nacional que regula los servicios no regulares de transporte aéreo denominados *charters*, y art. 14 de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156.

Así, en el sistema legal argentino, la regla del silencio de la administración es el silencio negativo. La institución del silencio positivo exige, para su procedencia, la existencia de una cláusula contractual expresa o una norma legal que demuestre en forma indubitada la voluntad tácita de la administración de acogerse a las consecuencias que su omisión produciría. Tal institución debe ser interpretada en forma restrictiva, toda vez que el silencio positivo es un instrumento peligroso debido a que, luego de transcurridos los plazos legales, el particular estaría habilitado para realizar actividades sometidas a su control, sin que éste se efectivizara.<sup>11</sup>

## 2.2. *Modos de configuración del silencio*

En lo que se refiere a los recaudos que deben verificarse para la configuración del silencio, en el orden nacional se contemplan dos modalidades distintas.

Siempre se requiere, claro está, la configuración de la demora de la administración por el transcurso del plazo para resolver. Lo que no siempre es necesario es la denuncia de tal demora a través de una petición expresa de pronto despacho.

Así, tratándose del silencio en vía de petición o reclamo, se exige la denuncia de la mora administrativa y el transcurso de un segundo período de inactividad. (De 30 días en el art. 10 de la LNPA, de 45 días en lo que respecta a la específica vía reclamatoria —conforme lo dispuesto en el art. 31 de la ley citada.)

En cambio, cuando se ha articulado un recurso administrativo, el silencio opera en forma automática, una vez que ha transcurrido el plazo para resolver. (Arts. 87 y 91 del decreto 1759/72 —t.o. por decreto 1883/91—, reglamentario de la LNPA.)

## 2.3. *Las opciones del particular frente al silencio de la administración*

TAWIL, refiriéndose al sistema vigente hasta el año 2000, sostenía que dicho régimen nos daba cuatro posibilidades:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el silencio de la administración no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales ya que se trata de una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo. (Arts. 913, 918, 919, 1145, 1146 del Código Civil y 10 de la ley 19.549.) Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmación necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del particular. (CSJN, *Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima*, 1998, Fallos, 308: 618. En igual sentido: CNFed. CA, Sala II, 18/X/94, *Fundación Hermandad Internacional de Escorpiones c/ Estado Nacional – Min. de Trabajo y otra s/ varios*; Sala IV, 04/VI/96, *Navalles, Flora E. y otros c/ E.N. – M° de Defensa-s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*; Sala I, 11/V/00, *Banco de Previsión Social S.A. c/ Dir. Gral. Impositiva s/ D.G.I.*)

<sup>11</sup> CNFed. CA, Sala II, 15/VII/92, *Worthington Arg. S.A.I.C. s/ rec. de apel. (res. Sec. Ind. Com. Ext.)-recurso directo*, con cita de la CSJN, *Artefactos a Gas “Llama Azul” S.A.I.C. y F.*, 1991, Fallos, 314: 217.

a) Considerar al silencio como una denegatoria de la presentación o recursos interpuestos;

b) interponer la queja por defectos de tramitación e incumplimiento de plazos, siempre que no se refieran al plazo de resolución del recurso;

c) iniciar una acción de amparo por mora, y

d) esperar la resolución expresa de la presentación o recurso por parte de la administración, que deberá (al constituir una obligación legal de ésta) necesariamente producirse.<sup>12</sup>

Ahora, bien: ¿Cómo funciona el sistema precedentemente enunciado? ¿Se trata de diversas opciones entre las cuales el particular podrá optar libremente? ¿Cuáles son los lineamientos de las distintas posibilidades previstas?

### 3. *Las modificaciones producidas por la ley 25.344*

En el año 2000 se modificó la redacción del art. 31 de la LNPA en los siguientes términos:

“El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente.”<sup>13</sup>

¿Cuáles son las implicancias de esta nueva norma que viene a modificar el sistema previsto en la LNPA para las pretensiones no impugnatorias de actos administrativos?

A continuación examinaremos las propuestas de respuesta a este interrogante, esbozadas por la doctrina y la incipiente jurisprudencia que comienza a pronunciarse al respecto.

### 4. *Las interpretaciones efectuadas por la doctrina*

Tras la reforma producida por la ley 25.344, HUTCHINSON (reformulando en parte la postura de TAWIL referida en el apartado 2.3.) distingue las distintas técnicas que puede utilizar el particular para contrarrestar la morosidad administrativa de la siguiente manera:

1) Silencio Negativo:

<sup>12</sup>TAWIL, GUIDO S., *Administración y justicia*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 294.

<sup>13</sup>Art. 12 de la ley 25.344. (B.O. 21-XI-00.)

a) Supuestos en el que el particular tiene la posibilidad de optar (art. 10 de la LNPA);

b) supuestos de denegación tácita de los recursos administrativos (también existe en este caso opción del particular para acudir a la solución denegatoria), y

c) supuestos en que el silencio es obligatorio, art. 31 de la LNPA. (Reclamo administrativo previo: Producida la mora y planteado el pronto despacho, vencido el plazo para que la administración resuelva, comienza el plazo para accionar.)

2) silencio positivo. (En caso de que así se disponga en una norma, art. 10 de la LNPA.)

3) amparo por mora. (Art. 28 de la LNPA.)

4) queja. (Art. 71 RLNPA.)<sup>14</sup>

HUTCHINSON sostiene que aquellos casos en que las normas imponen plazos para accionar o recurrir producida la mora administrativa al no resolver excluyen el deber de la administración de pronunciarse.<sup>15</sup>

La redacción de la norma en cuestión es confusa y da lugar a dudas en relación con su posible interpretación en el marco de los principios enunciados con anterioridad. En ese sentido, podría incluso llegar a afirmarse su inconstitucionalidad. Es por ello que estimamos adecuado intentar arribar a una respuesta a tales interrogantes para entender cómo juega el sistema establecido en la LNPA tras la reforma indicada.

#### 4.1. *Las diversas interpretaciones del nuevo art. 31*

GUSMAN ha entendido que, una vez notificado el acto que resuelve el reclamo, la demanda debe interponerse en el plazo de noventa días hábiles posteriores. (Por aplicación del art. 25, inc. a) de la LNPA.) Ante el supuesto de silencio administrativo, el particular no tendrá que atenerse a otro plazo distinto al de prescripción de la acción. (Por aplicación del art. 26 de la ley citada.)<sup>16</sup>

CASSAGNE y PERRINO, en ocasión de contestar un reportaje acerca de la por entonces reciente ley 25.344, sostuvieron que el nuevo art. 31 originaba dudas acerca de la aplicación del plazo de caducidad para demandar en los supuestos en que se había configurado el silencio en la vía del reclamo. La disposición en cuestión —a entender de estos autores— es verdaderamente equívoca y contradictoria pues, si bien primero se determina que, configurado el silencio, el interesado *podrá* iniciar la demanda, seguidamente se dispone que aquélla “deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo

<sup>14</sup> HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 161.

<sup>15</sup> HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 189, ver especialmente nota a pie de página n° 108.

<sup>16</sup> GUSMAN, ALFREDO S., “Panorama del derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica,” *ED*, 2001/2002, 516.

25” para culminar prescribiendo: “[S]in perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.”

Para estos autores, la redacción no es clara y puede generar confusión pues, no obstante que el legislador reemplazó la expresión *en cualquier momento* por otra en la que se exige la presentación de la demanda *en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25*, la utilización del verbo *podrá*, más la referencia a los plazos de prescripción, permitiría sostener —a su entender— que no se aplica el plazo de caducidad cuando se configura el silencio. De lo contrario, la mención al plazo de prescripción sería inconsecuente, ya que nunca este lapso será inferior al previsto en el art. 25 de la LNPA.

En este orden de ideas, frente a la compleja situación expuesta, y con base en el principio *in dubio pro actione*, sería posible concluir en que no corresponde aplicar el plazo de caducidad ante la configuración del silencio negativo.

En apoyo de lo dicho se señaló que no se había modificado el art. 26 de la LNPA, en el cual se prescribe que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción cuando se verifique el silencio negativo previsto en el art. 10 de la LNPA. Es que, en este entendimiento, no parecería razonable que ante una misma situación (el silencio administrativo) el legislador hubiera establecido consecuencias disímiles.

Por lo demás, la imposición de un plazo para accionar frente al silencio negativo no sería coherente con la finalidad de opción procesal de dicho instituto y con el principio de tutela judicial efectiva, al establecer un peligroso y confuso sistema de plazos encadenados que a la postre pueden generar la indefensión del administrado.<sup>17</sup>

Posteriormente, PERRINO ahondó en esa línea de pensamiento, al entender (aún admitiendo que una interpretación literal del precepto podría llevar a la —a su entender— irrazonable conclusión de que dicho plazo sólo es aplicable cuando se verifica el estado silencial y no frente al rechazo del reclamo por un acto expreso) que la intención del legislador —no obstante la deficitaria redacción de la norma— fue imponer la aplicación del plazo para demandar en ambos supuestos. De lo contrario se trataría de una solución claramente incongruente, ya que no existirían razones que justifiquen un tratamiento diferencial de ambas situaciones.

De todos modos, concluyó el citado autor en que, ante la redacción equívoca y poco clara de la norma, si se efectúa un esfuerzo interpretativo que privilegie el principio de tutela judicial efectiva, puede llegar a postularse una hermenéutica del art. 31 de la LNPA que tienda a que el plazo de caducidad del art. 25 sólo

<sup>17</sup> CASSAGNE, JUAN C. / PERRINO, PABLO E., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15-XI-01 y 20-XI-01.

se aplique ante el supuesto de rechazo por acto expreso del reclamo previo y no cuando se verifica el silencio negativo.<sup>18</sup> Igual solución propicia POZO GOWLAND.<sup>19</sup>

A igual conclusión arribó DIEZ, quien, a efectos de lograr lo que estimó como una conciliación entre las disposiciones contenidas en los arts. 26 y 31 de la LNPA, sostuvo que el plazo de caducidad para la interposición de la pertinente demanda sólo correría cuando la administración desestimase en forma expresa el respectivo reclamo y a partir de la notificación del acto denegatorio.<sup>20</sup>

BIANCHI, por el contrario, aun cuando sumamente crítico de la solución legal (sostuvo que si no habíamos regresado al año 1900, estábamos muy próximos), fue categórico en cuanto a que la ley 25.344 había impuesto el plazo de caducidad del art. 25 a los reclamos que finalizasen con el silencio de la administración. En el mismo sentido se expidieron MONTI, MAIRAL,<sup>21</sup> MATA,<sup>22</sup> SISELES y VINCENTI.<sup>23</sup>

Como se adelantó, HUTCHINSON no sólo comparte esta última posición, sino que afirmó categóricamente que la modificación producida por la ley 25.344 le daba al silencio el carácter de un *acto presunto*, con todas las consecuencias que ello acarrea. (En el caso, la vigencia del plazo del art. 25 de la LNPA para accionar.)<sup>24</sup>

COMADIRA, por su parte, consideró que el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA se aplicaría tanto frente a la decisión expresa del reclamo como en el caso de la configuración del silencio.<sup>25</sup>

<sup>18</sup> PERRINO, "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa," *op. cit.*, pp. 276-277. El autor apoya esta solución interpretativa en los siguientes argumentos: 1) La utilización del verbo podrá, más la referencia a los plazos de prescripción en la norma del art. 31; 2) el absurdo que sostiene que se produciría de aceptarse soluciones disímiles para la vía impugnatoria y la reclamatoria; 3) la desnaturalización de la figura del silencio que se produciría de aceptar la vigencia del plazo de caducidad, cuando aquél nació como instrumento de garantía de los particulares para paliar la situación de indefensión que generaba la teoría de la decisión previa y su consecuencia, el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso administrativa, y 4) la aplicación de los lineamientos que dimanan de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en particular, la del principio *in dubio pro actione*.

<sup>19</sup> POZO GOWLAND, HÉCTOR, "Cambios en el contencioso administrativo federal. El reclamo administrativo," *ED*, 2000/2001, 556.

<sup>20</sup> DIEZ, HORACIO P., "El plazo de caducidad para demandar al Estado. (El artículo 25 de la Ley N° 19.549)," en AA.VV, *Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 15, 16 y 17 de mayo de 2002, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 229.

<sup>21</sup> BIANCHI, ALBERTO B. / MONTI, LAURA / MAIRAL, HÉCTOR, "La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti," *LL*, Suplemento Actualidad, 15-XI-01 y 20-XI-01.

<sup>22</sup> MATA, ISMAEL, "Panorama del control sobre los entes reguladores," *ED*, 2000/2001, 610.

<sup>23</sup> SISELES, OSVALDO E. / VINCENTI, ROGELIO W., "La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo," *LL*, 2001-F, 1179.

<sup>24</sup> HUTCHINSON, TOMÁS, "La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti," *LL*, Suplemento Actualidad, 15-XI-01 y 20-XI-01 y "La inactividad de la Administración y su control," *op. cit.*, p. 189.

<sup>25</sup> COMADIRA, JULIO R. / MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 512.

#### 4.2. *La constitucionalidad del nuevo art. 31*

MAIRAL sostuvo que la aplicación del plazo de caducidad en los supuestos de silencio de la Administración en la resolución del reclamo administrativo previo podría ser declarada inconstitucional. Ello, de acuerdo con lo que surgiría de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que había declarado inconstitucionales, por irrazonables, previsiones semejantes (a su entender) contenidas en normas provinciales.<sup>26</sup>

En esa línea de razonamiento, cabría aplicar a la ley 25.344 la misma tacha que advirtió la Corte en las leyes provinciales que descalificó en esos casos: La norma subvierte la función del silencio de la administración, haciéndolo jugar en contra del administrado, en vez de en su favor, premiándose así la negligencia de la administración que no cumple con su deber de pronunciarse.<sup>27</sup>

RASPI, por su lado, consideró que la ley 25.344 al reemplazar el texto del art. 31, le había dado un contenido que vulneraba un principio incorporado por un instrumento internacional de nivel constitucional, concebido para garantizar a la persona humana el derecho de obtener pronta respuesta a las peticiones que formule a la autoridad competente. Y aquél es el contenido en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que impone a la autoridad la obligación de dar “pronta resolución a la petición que toda persona tiene derecho a presentarle.”<sup>28</sup>

Por su parte, BIANCHI entendió que establecer un plazo de caducidad ante el silencio en el reclamo, además de contrariar las reglas generales de la ley de procedimientos administrativos, generaba al particular una desventaja procesal importante, pues le imponía la carga de iniciar la demanda en un plazo breve sin tener un acto administrativo contra el cual dirigirla y la administración, mientras tanto, conocía con mucha antelación el contenido de aquélla. El citado autor cree que hay materia para un caso federal con fundamento en los arts. 16 y 18 de la Constitución nacional.<sup>29</sup>

HUTCHINSON, por el contrario, consideró que la solución merecía críticas por disvaliosa, mas no creyó que pudiera entenderse que fuera inconstitucional. Ello sería así por cuanto el particular puede optar por esperar la respuesta o por el régimen del silencio denegatorio presentando el pronto despacho, con lo cual se preserva su derecho a obtener una respuesta concreta y expresa como exige el derecho de petición. Al no requerirse obligatoriamente la solución del silencio

<sup>26</sup> CSJN, *Colegio Bioquímico del Chaco*, 1993, *Fallos*, 316: 2477; *Edgar Galián*, 1978, *Fallos*, 300: 1299.

<sup>27</sup> MAIRAL, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

<sup>28</sup> RASPI, ARTURO E., “Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos,” *ED*, 2000/2001, 625.

<sup>29</sup> BIANCHI, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

denegatorio, no se exige al particular instar el procedimiento administrativo, sancionando su incuria con un injustificado rigor, como sería la extinción de su derecho por no hacerlo.<sup>30</sup>

Por último, cabe mencionar la postura de MONTI (en opinión que, en este punto, compartimos), quien sostuvo que no era fácil encontrar argumentos que sustentasen con firmeza la inconstitucionalidad de la reforma del art. 31 de la LNPA pues esta norma, dada su naturaleza y su carácter eminentemente público, así como podría establecer términos de prescripción específicos, al margen de los previstos en otros ordenamientos legales, podía también instituirlos indirectamente estableciendo plazos de caducidad para interponer acciones o recursos cuando estuvieran en juego derechos subjetivos o intereses legítimos, de naturaleza administrativa.

Con su claridad habitual, MONTI explica que podrá argumentarse, para fundar la inconstitucionalidad de la disposición, que el instituto del silencio negativo, habilitante de la instancia judicial, debe jugar a favor del particular, quien tiene derecho a una resolución expresa de la administración; que aquél debe constituir sólo un instrumento del ordenamiento instituido para favorecer el acceso de aquél a la jurisdicción, ante el retardo estatal; incluso, que el derecho a obtener una decisión fundada —art. 1º, inc. f) de la ley 19.549— se vería vulnerado si se diera al silencio de la administración el carácter de una prerrogativa en la que pudiera ampararse para soslayar dicho deber. También, como se ha afirmado reiteradamente, que el derecho de petición —garantizado en el art. 14 de la Constitución nacional— no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta.

Sin embargo —continúa MONTI— no se advierte que estos argumentos puedan alcanzar para desconocer al legislador la posibilidad de establecer un efecto para el silencio como el que se ha instituido en el art. 31 de la LNPA, obligando al particular a acudir a sede judicial en el perentorio plazo establecido en el art. 25 de la LNPA.

Podrá discutirse sobre la justicia de esta disposición, pero al entrar en el terreno de su posible inconstitucionalidad, cuya declaración, por lo demás, es considerada la *ultima ratio* del orden jurídico, no aparecen argumentos suficientemente sólidos.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> HUTCHINSON, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

<sup>31</sup> MONTI, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

### 5. *Las proyecciones del problema planteado en relación con la habilitación de la instancia judicial. La jurisprudencia*

En su obra *El silencio de la Administración y los plazos de caducidad*, MUÑOZ, ya desde sus palabras de introducción al estudio de los temas aludidos señalaba cuál sería el meollo del tema que aquí tratamos: **La tensión siempre existente entre las prerrogativas de la administración y las garantías de los particulares.** El silencio de la administración y los plazos para la impugnación de los actos administrativos se insertan en cada uno de los polos de esa tensión. Y, como apuntaba MUÑOZ, difícilmente podría encontrarse otro ejemplo en el cual tan claramente se revelen los imprevistos efectos secundarios que producen las abstracciones dogmáticas elaboradas a espaldas de la realidad; a espaldas de las necesidades sociales que dan lugar al alumbramiento de las categorías jurídicas.<sup>32</sup>

Este es sin dudas el tema de mayor actualidad y el que atraviesa el examen del instituto en cuestión en su totalidad. Es por eso que, en su oportunidad, nos manifestamos a favor de una interpretación de la norma contenida en el art. 31 de la LNPA que no llevaba a su inconstitucionalidad e intentaba explicar la lógica del sistema estatuido.

Así, consideramos que si bien podía criticarse tanto la redacción como el propio sistema establecido en el nuevo art. 31 de la LNPA, lo cierto es que la solución prevista por el legislador era clara: Ante la configuración del silencio negativo se aplicaría el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA.

Es cierto: El legislador parece haber optado por una solución que va en contra de la doctrina del silencio a la que se hizo referencia. Es más, podría incluso afirmarse que lo que subyace en la reforma constituye una indebida influencia de la concepción del silencio como verdadero acto administrativo. Pero, a nuestro entender, la solución normativa no es inconstitucional.<sup>33</sup>

De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha ratificado la vigencia de las soluciones que ya emanaban del conocido fallo *Gorordo*,<sup>34</sup> así como de

<sup>32</sup> MUÑOZ, GUILLERMO A., *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>33</sup> Entiendo que los fallos citados en aval de la postura que sostiene la inconstitucionalidad de esta norma refieren a supuestos diversos a los regidos por el nuevo art. 31. En efecto, en los pronunciamientos usualmente mencionados lo que estaba en cuestión era la aplicación extensiva de normas destinadas a regir la impugnación de actos administrativos expresos a los supuestos de silencio, y, en particular, normas en las cuales se presumía la renuncia de derechos por no haberse urgido el procedimiento administrativo (CSJN, *Galian*, 1978, *Fallos*, 300: 1292) o se establecía un plazo de caducidad de 30 días que correrían automáticamente ante la falta de respuesta del reclamo en el lapso de 60 días. (CSJN, *Colegio Bioquímico del Chaco*, 1993, *Fallos*, 316: 2477.)

Así, no se advierte la clara existencia de una violación del derecho de defensa, por cuanto el particular se halla frente a la opción de esperar la resolución por parte de la administración (la cual, en su caso, podrá ser urgida a través de la acción de amparo por mora) o requerir el pronto despacho, a sabiendas de que, transcurrido el plazo pertinente sin respuesta por parte de la administración, se configurará el silencio negativo y comenzará a correr el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA.

<sup>34</sup> CSJN, *Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María*, 1999, *Fallos*, 322: 73.

la incorporación de sus lineamientos a la LNPA a través del dictado de la Ley 25.344,<sup>35</sup> y más recientemente, aun cuando *obiter dicta*, se ha referido al caso concreto del art. 31 que aquí hemos intentado examinar en detalle.

En efecto en el caso *Sisterna*,<sup>36</sup> que oportunamente comentamos,<sup>37</sup> el Alto Tribunal parecía haber despejado las dudas que se habían suscitado en torno al nuevo régimen del silencio relativo al reclamo administrativo previo, sosteniendo que existe un plazo de 90 días para deducir demanda en contra del Estado o de sus entes autárquicos, contados a partir de la notificación al interesado del acto expreso que agote la instancia administrativa o cuando hubiesen transcurrido 45 días del pedido de pronto despacho.<sup>38</sup>

Ello no obstante, resulta interesante hacer referencia a un reciente fallo de la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en la que se ha arribado a una solución divergente con la indicada. En efecto, en el fallo recaído en la causa *Biosystems S.A.*,<sup>39</sup> el aludido tribunal sostuvo que la solución que se extrae de la aplicación literal del art. 31 de la LNPA conduce a sostener que es facultativo el inicio de la demanda (la norma dice: “[P]odrá”) y obligatorio el cumplimiento del plazo (en este caso, dice “deberá”) que, en razón del silencio, se encadena con los establecidos para que la administración se expida. Y, al respecto, adujo que tal solución, además de transformar al silencio en un deber y soslayar la función de garantía para la que ha sido diseñado (en el sentido de constituir un derecho que permite acudir a la vía judicial aun cuando no exista una decisión administrativa por la omisión de la autoridad en expedirse), es contraria a la contemplada en la misma ley (en los arts. 10 y 26) para los demás casos.

Añadió que, además, esa solución no guardaría coherencia con la finalidad del plazo de caducidad, que es dar certeza a las relaciones jurídicas, fijando un límite temporal para que el acto administrativo —entendido como aquella declaración de voluntad unilateral de la administración que produce efectos jurídicos directos e inmediatos en los derechos del particular— quede firme, ya que, en estos supuestos justamente no existe acto alguno cuya estabilidad esté en juego, pues lo que se persigue es el reconocimiento de una situación jurídica preexistente a través del dictado de una resolución administrativa que así lo disponga o, en caso de omisión del órgano competente en expedirse, mediante la declaración judicial.

<sup>35</sup> CSJN, *Resch, Héctor Juan*, 2004, *Fallos*, 327: 4681, comentado por JUAN LIMA, FERNANDO E., “Una «duda» recurrente: el examen de oficio de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa,” *RAP*, 329: 183.

<sup>36</sup> CSJN, *Sisterna, Ramón Silvano*, 2006, *Fallos*, 329: 88.

<sup>37</sup> JUAN LIMA, FERNANDO E., “Una de suspenso (Silencio administrativo, vigencia de la Ley N° 25.344 y habilitación de la instancia judicial),” *RAP*, 333: 67.

<sup>38</sup> CSJN, *Sisterna, Ramón Silvano*, 2006, *Fallos*, 329: 88, considerando 5. (Interpretación propugnada por cinco de los jueces de la Corte Suprema.)

<sup>39</sup> CNFed. CA, Sala III, 18/IV/11, *Biosystems S.A c/ E.N. –M° de Salud- Hospital Posadas s/ contrato administrativo*.

Así tras hacer referencia a que en el art. 25 de la LNPA se establece que el plazo de caducidad debe computarse desde la notificación del acto que agota la instancia administrativa (acto que no existe en caso de silencio), la Sala III (con el voto de los jueces ARGENTO, GRECCO y FERNÁNDEZ) concluyó en que correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 31 de la LNPA en tanto condiciona el acceso a la justicia del reclamo por el reconocimiento de un derecho frente a la inactividad de la administración y al encadenar los plazos para configurar la denegatoria por silencio (cuya función es de garantía) con el de caducidad previsto en el art. 25 de la ley citada. (Que tiene fundamento en lograr la inmutabilidad de un acto administrativo que no existe en la denominada vía reparatoria.)<sup>40</sup>

### 6. Conclusión

Como desde hace tiempo venimos señalando,<sup>41</sup> entendemos que parte de las discusiones que se plantean en esta materia —y, en particular, tras el dictado de la ley 25.344—surgen de la respuesta que se da a los interrogantes que inteligentemente se planteaba MUÑOZ (aún cuando él se refería a la vía impugnatoria; distinción que, de no hacerse, también podría formar parte de las razones de la confusión reinante): ¿Qué sucede si el particular deja vencer el plazo establecido sin accionar judicialmente y la administración no dicta resolución tardía? ¿Le queda cerrado para siempre el acceso a la revisión judicial? ¿Pierde los derechos materiales de los cuales es titular?

MUÑOZ contestaba que no a estas preguntas. Ello así pues, a su entender, lo contrario implicaría sostener la grave incongruencia de que la administración se ve premiada por la comisión de una infracción; que el silencio es un mecanismo que no sólo la libera de su obligación de resolver, sino que, además, le sirve para cerrar definitivamente el control judicial sobre su actividad.<sup>42</sup>

Afirmar que el vencimiento de los plazos establecidos para promover la demanda cuando hay *denegación tácita* produce los mismos efectos que cuando media denegación expresa, supone no sólo una contradicción lógica, sino, lo que es más grave, una contradicción axiológica en desmedro de la justicia y de los demás valores parcelarios.<sup>43</sup>

Con base en lo expuesto, actualizando la doctrina de MUÑOZ a las nuevas circunstancias vigentes tras el dictado de la ley 25.344, podría pensarse en sostener que, vencidos los plazos de acceso a la instancia judicial —cuando mediara denegación tácita—, el particular habría perdido la posibilidad de peticionar directamente en sede judicial aquello que no le fue respondido en sede adminis-

<sup>40</sup> CNFed. CA, Sala III, 18/IV/11, *Biosystems S.A c/ E.N. -M° de Salud- Hospital Posadas s/ contrato administrativo*, considerando 5.

<sup>41</sup> JUAN LIMA, “Una de suspenso (Silencio administrativo, vigencia de la Ley N° 25.344 y habilitación de la instancia judicial),” *op. cit.*

<sup>42</sup> MUÑOZ, *op. cit.*, p. 90.

<sup>43</sup> MUÑOZ, *op. cit.*, p. 91.

trativa. Semejante limitación temporal está consagrada legislativamente y no podría suprimírsela por vía hermenéutica. (Salvo que se declarase su inconstitucionalidad.)

Pero de ello no se podría deducir que, en tales casos, el interesado habría perdido también su derecho de fondo. Recuérdese que estamos en el marco de la vía reclamatoria: Lo que se pretende es un dar, un hacer o un no hacer de la administración; no se ataca acto administrativo alguno. Es por ello que, decaída la posibilidad de acceso directo, el particular podría intentar un nuevo procedimiento administrativo en vía de petición. Con ello logrará forzar una decisión expresa, o provocar una nueva actitud silente de la administración. También podría, si así lo prefiere, interponer una acción de amparo por mora en sede judicial.

De esta manera, cuando media *denegación tácita*, lo que decaería al vencimiento de los plazos breves sería la posibilidad procesal de acceso directo a la instancia judicial. Nada más.<sup>44</sup>

Sin embargo, uno de los valores en juego al momento de examinar el régimen de acceso a la jurisdicción es el de la previsibilidad que, en este punto, se conecta con el de la seguridad jurídica. El cambio realizado en el texto del art. 31 de la LNPA está lejos de haber sido metabolizado por los operadores del derecho y provoca un estado de incertidumbre que sin dudas podría resultar perjudicial para el derecho de acceso a la jurisdicción y para la tutela judicial efectiva.

Así no puede menos que hacerse notar la gran cantidad de proyectos que se han presentado en el Congreso para modificar los contenidos de la LNPA, y en particular su art. 31, desde la modificación legal acaecida en el año 2000.<sup>45</sup>

Para el adecuado funcionamiento del sistema republicano, para que efectivamente se posibilite un adecuado control de la cosa pública y la defensa de los intereses de los particulares en sus relaciones con la administración, se necesita de un sistema de tutela administrativa y judicial sencillo, claro, que pueda ser conocido en todo sus alcances y requerimientos con carácter previo a que se susciten los eventuales conflictos. Es por ello que, más allá de lo formalmente vigente, en lo que hace al principio material de justicia, en lo que tiene que ver con la interpretación de las normas, con el derecho sociológicamente vigente, la realidad de los hechos pareciera tender a imponer la necesidad de que (desde la Justicia, o mejor aún, desde el Congreso) se encuentre una salida al atolladero creado con la reforma del art. 31 de la LNPA.

<sup>44</sup> MUÑOZ, *op. cit.*, p. 92.

<sup>45</sup> Confr. vgr., Exptes. 4243-D-2007, 350-D-2007, 6771-D-2005, 1639-D-2006, y, particularmente, Exptes. 4859-D-2006 y 4533-D-2006.



# EL RITUALISMO INÚTIL COMO PRINCIPIO JURÍDICO EN LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL

Por MARCELO GUSTAVO CARATTINI

## SUMARIO

1. Introducción .....	163
2. Los principios jurídicos .....	163
3. La habilitación de la instancia judicial.....	164
4. El ritualismo inútil .....	167
5. La jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 25.344.....	168
6. Hacia el plenario <i>Córdoba</i> .....	170
7. El plenario <i>Córdoba</i> .....	172
8. Conclusión .....	175



# EL RITUALISMO INÚTIL COMO PRINCIPIO JURÍDICO EN LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL

Por MARCELO GUSTAVO CARATTINI

## 1. *Introducción*

En el título del presente trabajo pretendemos sintetizar tres cuestiones interrelacionadas entre sí que tienen gran interés en el procedimiento administrativo. Ellas son:

1. Los principios jurídicos,
2. la habilitación de la instancia judicial, y
3. el ritualismo inútil.

A ello agregaremos, seguidamente, la evolución jurisprudencial en la materia. Luego trataremos la doctrina legal obligatoria y finalmente expondremos nuestra conclusión al respecto.

## 2. *Los principios jurídicos*

Previamente a definir los principios jurídicos, intentaremos dar un concepto etimológico de estas palabras convencidos en que su origen nos posibilitará llegar a una primera comprensión de su significado.

Así, el Diccionario de la Real Academia Española nos enseña que la palabra *principio* es un sustantivo que proviene del latín *principium* mientras que el vocablo *jurídico* es un adjetivo que tiene también su ascendencia latina en la voz *iuridicus*. Resulta de toda lógica que ambos términos procedan de aquella lengua toda vez que no debemos olvidarnos que el derecho ha sido una creación propia de Roma y su legado al mundo.

Definidas sus raíces nos referiremos seguidamente a sus alcances.

Por *principio* debemos entender la “[c]ausa, origen de algo” o “[c]ada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a

estudiar las ciencias o las artes” (ver acepciones 4 y 5) y por *jurídico* debemos interpretar lo “[q]ue atañe al derecho o se ajusta a él.” (Ver significado 1.)<sup>1</sup>

De tal forma que en el procedimiento administrativo encontramos, al igual que en otras ramas del derecho, principios jurídicos que son cardinales y que los podemos definir como patrones de criterios que delimitan su naturaleza y fundamentan su objetividad, manifestaciones que, más allá de las normativizaciones procesales irrefutables, revelan su causa y su finalidad.<sup>2</sup>

La doctrina clasifica a estos principios esenciales en dos categorías: Los sustanciales y los formales. Reconocen igualmente cuatro subcategorías para cada uno de ellos.

Pertenece al primer tipo:

- 1) La legalidad,
- 2) la transparencia,
- 3) la defensa, y
- 4) la gratitud.

Se subordinan a la segunda categoría:

- 1) La oficialidad
- 2) la simplicidad
- 3) el informalismo, y
- 4) la eficacia.<sup>3</sup>

### 3. La habilitación de la instancia judicial

Nuevamente aquí procuraremos recurrir a la etimología de ambas palabras para obtener de ella una aproximación a su sentido recurriendo para ello al Diccionario de la Real Academia Española.

En este caso también ambos términos provienen del latín. *Habilitación* es un sustantivo derivado de *habilis* e *instancia* lo es de la voz *instantia*.

El significado de *habilitación* es la “[a]cción y efecto de habilitar” entendiendo por *habilitar* “[h]acer a alguien o algo hábil, apto o capaz para una cosa determinada.” (Ver acepciones 1 para ambas palabras.)

La expresión *instancia* en derecho se usa para “[c]ada uno de los grados jurisdiccionales que la ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia.” (Ver acepción 7 del término.)<sup>4</sup>

<sup>1</sup> www.rae.es.

<sup>2</sup> En un sentido coincidente DROMI define a los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo como “pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar, más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, su por qué y su para qué.” (DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires - Madrid - México, Ciudad Argentina - Hispania Libros, 2009, 12ª ed., p. 1110.)

<sup>3</sup> DROMI, *op. cit.*, p. 1110 y ss.

<sup>4</sup> www.rae.es.

A la sazón podemos definir a la habilitación de la instancia judicial como la aptitud o autorización que el administrado posee para demandar o peticionar en sede judicial un reclamo administrativo previo no satisfecho por la administración.

El reclamo administrativo previo a la demanda judicial es un recurso particular que se le concede al administrado con la finalidad que la administración revise su conducta para evitar el inicio de un juicio si a su criterio ésta ha restablecido la juridicidad incumplida.<sup>5</sup>

Tratándose entonces de un trámite necesario para habilitar la instancia judicial la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el reclamo administrativo previo tiene como fin “producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, que dé a la administración la posibilidad de revisar el caso”<sup>6</sup> y de esta forma evitar juicios innecesarios.<sup>7</sup>

¿Cómo ha sido la evolución de nuestro derecho positivo nacional respecto al reclamo administrativo previo a la demanda judicial?

En los primeros tiempos de la época constitucional, para traer a la Nación a juicio, era una exigencia obligatoria la venia legislativa previa que debía ser otorgada por el Congreso Nacional.

Este peculiar procedimiento limitativo del acceso a la jurisdicción se extendió hasta el año 1900, fecha en la que se sancionó la ley 3.952<sup>8</sup> por la que se implantó la reclamación administrativa previa del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo Nacional, y su posterior rechazo, como requisito procesal para habilitar la instancia judicial.<sup>9</sup> En el año 1932 la ley 11.634,<sup>10</sup> modificó el art. 1º de la ley 3.952 y amplió el alcance del término *Nación* englobando tanto a los supuestos de persona jurídica cuanto a la persona de derecho público, despejando —de esta manera— interpretaciones judiciales al respecto.

<sup>5</sup> COMADIRA define al reclamo administrativo previo como “un remedio que se acuerda al particular, distinto y al mismo tiempo similar al de los recursos, orientado siempre a lograr el restablecimiento de la juridicidad en la Administración Pública cuando su orden ha sido vulnerado.” (COMADIRA, JULIO R. / MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t.1, Buenos Aires, La Ley, 2007, 1ª ed., p. 506 y su nota.)

<sup>6</sup> CSJN, *Congregación Evangélica Alemana*, 1997, *Fallos*, 297: 37; *La Estrella SRL*, 1998, *Fallos*, 311: 689 en CASSAGNE, JUAN C., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, 1ª ed., p. 486.

<sup>7</sup> CSJN, *Kroch*, 1964, *Fallos*, 260: 72, en CASSAGNE, *op. cit.*, p. 486. Ver, además, CSJN, *Guerrero*, 1989, *Fallos*, 312: 1306; *Gasparri y Cia S.A.*, 1991, *Fallos*, 314: 725.

<sup>8</sup> R.N. 1900, Tomo III, p. 288, 27-IX-1900.

<sup>9</sup> El art. 1º de la ley 3.952 establecía que: “[l]os tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber procedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el P.E., y su denegación por parte de éste.”

<sup>10</sup> B.O. 28-IX-32, N° 11.500.

Un gran paso fue la sanción, en el año 1972, de la ley 19.549<sup>11</sup> que implementó el reclamo administrativo previo y, como excepción a ello, estableció la inexistencia de dicho reclamo en su art. 32,<sup>12</sup> norma que contenía seis incisos.

En el año 1977 el texto del art. 1º de la ley 21.686<sup>13</sup>, amplió aún más el conjunto de personas exceptuadas por el art. 32, inc. f) de la ley 19.549.<sup>14</sup>

Finalmente, como consecuencia de la emergencia política, económica, financiera y social producida en el año 2000, el art. 12 de la ley 25.344<sup>15</sup> sancionó un nuevo art. 32, por medio del cual se constituyó al reclamo administrativo previo como una exigencia insalvable<sup>16</sup> al ceñir en exceso las excepciones al reclamo referido

<sup>11</sup> B.O. 27-IV-72, N° 22.411, p. 3.

<sup>12</sup> “Artículo 32. El reclamo administrativo previo a que se refiere los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:

a) Un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del artículo 31;

b) Antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo, el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario;

c) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;

d) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria;

e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil;

f) Se demandare a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio.”

<sup>13</sup> B.O. 25-XI-77, N° 23.796, p. 2.

<sup>14</sup> “Artículo 32. El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:

a) Un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del artículo 31;

b) Antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo, el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario;

c) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;

d) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria;

e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil;

f) Se demandare a un ente autárquico, o una empresa del Estado, una sociedad mixta o de economía mixta o a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, o las sociedades del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio.”

<sup>15</sup> B.O. 21-XI-00, N° 29.530, p. 1.

<sup>16</sup> En idéntica opinión CRIVELLI asevera que “la ley 25.344 pretendió erigir a este reclamo previo como requisito ineludible para acceder a la acción judicial, suprimiendo así casi todas las excepciones específicas que contenía la mentada norma.” (CRIVELLI, JULIO C., *La Emergencia Económica Permanente. Comentario al derecho argentino de la emergencia: ley 25.344. Legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 168.)

limitándolas en dos incisos únicamente.<sup>17</sup> Esta importante mengua restringe exageradamente la viabilidad para habilitar la acción judicial.<sup>18</sup>

#### 4. *El ritualismo inútil*

Como es tradicional en este comentario nos valdremos, por vez última, del Diccionario de la Real Academia Española para definir etimológicamente las palabras *ritualismo* e *inútil*.

Otra vez nuestros vocablos tienen sus raíces en el latín.

*Ritualismo* proviene de la voz *ritualis* y ésta de *ritus*; la primera significa “[p]erteneciente o relativo al rito” y la segunda “[c]ostumbre o ceremonia.” (Ver, en ambos casos, la acepción 1.)

Podemos entonces definir al *ritualismo*, “[e]n los actos jurídicos, y en general en los oficiales, exagerado predominio de las formalidades y trámites reglamentarios.” (Ver acepción 2.)

*Inútil* finalmente se origina del término *inutilis*, que significa “[n]o útil.” (Ver acepción 1.)

Así, pues, definimos el ritualismo inútil en el procedimiento administrativo como la excepción al reclamo administrativo previo que habilita la instancia judicial provocada por el rigorismo estéril de la administración.<sup>19</sup>

Luego de un largo camino transitado a través del derecho judicial fue el legislador quien receptó la manda pretoriana en el art. 32, inc. e) de la ley 19.549 que decía: “[e]l reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario [...] cuando: [...] e) Mediare una clara conducta del estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”

Por esta importante excepción la ley entendió que cuando existía una ostensible inutilidad resultaba un dispendio administrativo que se obligase al administrado a acudir previamente a su sede para luego intentar la vía judicial.

<sup>17</sup>“Artículo 32: El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:

a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;

b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.”

<sup>18</sup> En un enfoque análogo a nuestra posición SUBIELA concluye “que la supresión de excepciones al reclamo administrativo previo que dispuso la ley 25.344 aparece como una disposición más en el marco de una ley que parece tener el claro propósito de dificultar el acceso a la instancia judicial y una vez en ella retardar su tramitación.” CNFed. CA, Sala II, 23/X/01, *Castillo*, con nota de MARÍA J. SUBIELA, “La nueva jurisprudencia en torno a la excepción de ritualismo inútil frente a la sanción de la ley de emergencia 25.344,” *ED*, 2001/2002: 149.

<sup>19</sup> LUQUI afirma que el ritualismo inútil se manifiesta “cuando las normas vigentes o los actos realizados por la Administración demuestran la imposibilidad absoluta de que la pretensión del actor pueda ser satisfecha sin que exista un juicio.” (LUQUI, ROBERTO E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 135.)

Su admisión como exención legal fue rápidamente utilizada en los pleitos contra el Estado y aplicada mayoritariamente por los tribunales de justicia.

### 5. *La jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 25.344*

Desarrollaremos, a continuación, la jurisprudencia relevante en la materia hasta la sanción de la ley 25.344, que —como ya expresáramos— suprimió el instituto en análisis.

El derecho judicial nos ha dicho que correspondía habilitar la instancia judicial cuando exigir a los recurrentes efectuar el reclamo administrativo previo importaba un ritualismo inútil fuera del límite de lo razonable, constituyendo un impedimento para acceder a la jurisdicción judicial que devenía inaceptable.<sup>20</sup>

En cuestiones de empleo público relativas a políticas salariales, la jurisprudencia nos enseñó que cuando podía establecerse la manifestación inequívoca de la voluntad de la administración a través de las numerosas resoluciones del Ministerio, obrantes en autos, que desestimaron más de cien reclamos presentados y cuando, además, las medidas adoptadas en el marco de una determinada política salarial revelan un curso de acción respecto del cual *prima facie*, no parecía probable, en el caso —y sin que ello implicara un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida— la enervación de su eficacia fáctica. Tales circunstancias debían ser consideradas como aptas para abrir la vía judicial en consonancia con el principio de informalismo a favor del administrado, pues la solución contraria consagraría la aplicación de un rigorismo formalmente inútil.<sup>21</sup>

En términos similares, en temas de impuestos, se ha resuelto que si las medidas adoptadas en el marco de una determinada política impositiva revelaban un curso de acción respecto del cual, no parecía probable, en el caso —y sin que así se adelantara un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida— la enervación de la eficacia fáctica. Tal circunstancia debía ser considerada como apta para abrir la vía judicial en consonancia con el principio de informalismo a favor del administrado, pues la solución contraria consagraría la aplicación de un rigorismo formalmente inútil.<sup>22</sup>

En asuntos de haberes de previsión social resultaría de un ritualismo inútil reenviar las actuaciones a sede administrativa a los efectos de que la actora plantease un reclamo administrativo previo solicitando el incremento de su haber de pasividad con los alcances requeridos, cuando ha mediado por parte del Estado una clara conducta que hacía presumir la ineficacia cierta del procedimiento, solución que, por lo demás, no haría más que entorpecer el curso normal de las actuaciones.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> CNFed. CA, Sala II, 16/VIII/94, *Mansilla*.

<sup>21</sup> CNFed. CA, Sala II, 18/VII/95, *Macera*.

<sup>22</sup> CNFed. CA, Sala II, 18/VII/95, *Calzar S.A.*

<sup>23</sup> CNFed. CA, Sala I, 24/X/95, *Malharro de Torres*.

Los tribunales sentenciaron que resultaba de aplicación el art. 32, inc. e) de la ley nacional de procedimientos administrativos 19.549, cuando ha mediado una clara conducta por parte del Estado nacional, que hace presumir —*iuris tantum*— la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil.<sup>24</sup>

En una acción de amparo resultaba un ritualismo inútil exigir a los administrados que siguieran de manera ineludible y en extremo rigurosa en el orden formal, el procedimiento regulado por el art. 24 de la ley 19.549, sobre todo si se consideraba que la cuestión no podía ser dirimida en sede administrativa ya que era Poder Judicial el único habilitado para pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas.<sup>25</sup>

Asimismo la jurisprudencia nos señalaba que la exigencia de la interposición de un reclamo administrativo impropio en los términos del art. 24, inc. a) de la ley 19.549 no sería imprescindible cuando ello importara un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de la defensa en juicio garantizada en el art. 18 de la Constitución nacional.<sup>26</sup>

En tópicos vinculados a recursos directos administrativos, si la universidad ratificaba judicialmente la cesantía dispuesta por el decano de la facultad correspondía admitir la procedencia formal del recurso deducido, ello por cuanto la finalización de la tramitación administrativa devenía un ritualismo inútil, atento la postura asumida por la demandada.<sup>27</sup>

La justicia ha entendido que la exigencia de agotar la vía administrativa constituiría un ritualismo inútil cuando la conducta desplegada por el Estado al contestar la demanda en las actuaciones y en gran cantidad que tramitaron y aún tramitaban por el objeto, demostraban su postura irreductible en cuanto a la constitucionalidad del decreto impugnado y al consecuente rechazo de la pretensión esgrimida, razón por la cual, exigir el agotamiento de la vía implicaría un inconducente y excesivo rigor formal frustratorio de la garantía de la defensa en juicio.<sup>28</sup>

La magistratura ha fallado en el sentido que si la administración demandada, al contestar la acción, se oponía a su progreso en una clara actitud negativa a la petición, obligar al administrado a reclamar en sede administrativa sobre la pretensión incoada constituía un ritualismo inútil que no debía admitirse.<sup>29</sup>

También ha juzgado la jurisdicción que cuando en casos judiciales el Estado nacional demostró una clara conducta que hace presumir la ineficacia cierta del

<sup>24</sup> CNFed. CA, Sala V, 18/III/96, *Escorihuela de Mathus Hoyos*.

<sup>25</sup> CNFed. CA, Sala II, 12/IX/96, *Cidecon Internacional S.A.*

<sup>26</sup> CNFed. CA, Sala IV, 10/XII/96, *Caplan*; 17-X-1997, *Consumidores Libres*.

<sup>27</sup> CNFed. CA, Sala V, 13/III/98, *Vasile*.

<sup>28</sup> CNFed. CA, Sala V, 28/X/98, *Ranone*.

<sup>29</sup> CNFed. CA, Sala I, 18/XI/99, *Gabriele*.

reclamo administrativo previo en relación a la pretensión deducida, resultaba aplicable al caso lo dispuesto en el art. 32, inc. e) de la ley 19.549.<sup>30</sup>

Por último, los jueces se han pronunciado indicando que resultaría de un ritualismo inútil enviar las actuaciones a sede administrativa a los efectos de que la actora plantease un reclamo administrativo cuando hubiera mediado por parte del Estado una clara conducta que hiciese presumir la ineficacia cierta del procedimiento.<sup>31</sup>

### 6. *Hacia el plenario Córdoba*

La ley 25.344 de emergencia económico-financiera del Estado nacional asestó un duro golpe a la potestad de los administrados de ocurrir a los estrados judiciales en defensa de sus derechos conculcados por aquél.

La actual redacción del muy reducido art. 32 se dirige en ese sentido y la aniquilación del mencionado inc. e) es su más claro ejemplo.<sup>32</sup>

¿Cómo reaccionó la jurisprudencia frente a este nuevo derecho?

A pocos meses de su vigencia la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal fue contundente y visionaria al sentenciar la causa *Young, Silvia Norma y otros c/ E.N. -ENTEL residual- y otros s/ proceso de conocimiento*.<sup>33</sup>

En un pleito en el que los actores reclamaban la emisión de los bonos de participación en las ganancias conforme lo establecido en el art. 29 de la ley 23.696 y de conformidad a lo dictaminado por la Fiscalía General —la que opinó en sentido favorable a la pretensión de habilitar la instancia— el tribunal confirmó la sentencia de grado en cuanto al rechazo de la defensa de falta de reclamo administrativo previo.

La cuestión medular de su fundamento la encontramos en el considerando 5 que contiene dos argumentos de peso.

El primero de ellos, exhibido en su primer párrafo, no es novedoso desde el punto de vista del derecho judicial ya que sostuvo que la excepción de falta de reclamo administrativo previo no podía “prosperar, toda vez que resultaría un ritualismo inútil reenviar las actuaciones a sede administrativa a los efectos de que la actora plantee un reclamo administrativo solicitando se le emitan los bonos de participación en las ganancias requeridos, cuando el Estado Nacional

<sup>30</sup> CNFed. CA, Sala I, 3/II/00, *Ferrari*.

<sup>31</sup> CNFed. CA, Sala IV, 9/V/00, *Olivera*.

<sup>32</sup> Adherimos a la clara exposición de SISELES y VINCENTI quienes aseguran que la eliminación de la excepción del ritualismo inútil “por una norma de emergencia, que contiene disposiciones permanentes- constituye uno de los mayores retrocesos en el avance hacia una *tutela judicial efectiva*, e intenta retrotraer la situación a un tiempo muy anterior a 1972, fecha de sanción de la ley 19.549, como si nada hubiera pasado en los treinta años de su vigencia.” (SISELES, OSVALDO E. / VINCENTI, ROGELIO W., “La ley de emergencia N° 25.344 y el proceso contencioso administrativo,” *LL*, 2001-F, 1179.)

<sup>33</sup> CNFed. CA, Sala I, 15/III/01, *Young*.

al contestar la demanda [...] se ha opuesto al progreso de la acción demostrando una posición irreductible en el tema.”

El segundo argumento, enseñado en su segundo párrafo, en cambio, sí incorpora una importante novedad en la jurisprudencia *iusadministrativa* al sostener que “lo relativo al ritualismo inútil traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (art. 12) introdujo al art. 32 inc. e) de la ley 19.549.”

Este fallo brindó una adecuada solución a tamaña regresión legal.

La Sala V del tribunal sostuvo que en la medida que el reclamo de autos había sido objeto de innumerables juicios donde la conducta asumida por el Estado nacional había sido adversa a los intereses de los actores, el reclamo administrativo previo, sólo importaba una decisión administrativa de injustificado rigor formal.<sup>34</sup>

Sin embargo, la Sala III del mismo fuero, en forma contemporánea afirmó que la ley 25.344 derogó expresamente excepciones previstas en el art. 32 de la ley 19.549 y, concretamente la que establecía el inc. e).<sup>35</sup>

Podemos apreciar la diferencia de criterio existente en esta última sentencia toda vez que ella se enmarca en una posición positivista frente al cambio legal operado, convalidándolo.

Por su parte la Sala IV de la Cámara indicada también reaccionó contra la restricción legal y brindó cuatro importantes razonamientos a favor del ritualismo inútil.<sup>36</sup>

La primera exposición es que a pesar que no se encuentra previsto en el nuevo texto del art. 32 de la ley 19.549 resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en el caso en que se reclame el pago de sumas de dinero sin impugnar acto administrativo alguno, ya que consta al tribunal —en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos— la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos de este tipo.

El segundo argumento es que el exceso de rigor formal que —sin dudas se configuraría si no se reconociera al administrado la posibilidad de prescindir del reclamo de aquellos supuestos excepcionales en los que se ha comprobado de modo manifiesto la oposición de la administración— resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia para lo cual recurre a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos *Moriña*<sup>37</sup> y *Martínez*,<sup>38</sup> aunque referidos a cuestiones de derecho penal.

La tercera razón se basa en que debe atenderse al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados de jerarquía constitucional: Art. XVIII

<sup>34</sup> CNFed. CA, Sala V, 6/VI/01, *Chazarreta*; 14/VIII/06, *Meza*, con una integración parcialmente diferente del tribunal.

<sup>35</sup> CNFed. CA, Sala III, 14/VI/01, *Aparicio*.

<sup>36</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/X/01, *Bejarano*.

<sup>37</sup> CSJN, *Moriña*, 1988, *Fallos*, 311: 700.

<sup>38</sup> CSJN, *Martínez*, 1988, *Fallos*, 311: 2177.

de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>39</sup> art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>40</sup> y arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>41</sup>

El cuarto razonamiento apunta a que debe tenerse presente que la finalidad perseguida con la exigencia del reclamo administrativo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por los órganos inferiores citando, para ello, a la jurisprudencia que surge del máximo tribunal argentino en los casos *La Estrella*<sup>42</sup> y *Gasparri y Cia S.A.*<sup>43</sup>

La Sala II de la Cámara resolvió el tema de manera idéntica a la solución a la que arribara la Sala I del mismo fuero al afirmar que el ritualismo inútil traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (art. 12) introdujo al art. 32 de la ley 19.549.<sup>44</sup>

Posteriormente la jurisprudencia de la Sala III opera un cambio de criterio sumándose a la sana enseñanza cuando manifiesta que si bien la ley 25.344 derogó expresamente las excepciones previstas en el art. 32 de la ley 19.549 y, concretamente la que establecía el inc. e), lo cierto es que la consideración del reclamo previo como un ritualismo innecesario ha sido admitida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con anterioridad a que fuera receptada como excepción por la ley 19.549, en el supuesto en que existiese un decreto del Poder Ejecutivo que hubiese resuelto la cuestión de que se trate de forma negativa a las pretensiones del accionante y, en general, cuando la administración ya se hubiese manifestado en tal sentido en forma *clara*.<sup>45</sup>

## 7. El plenario Córdoba

¿Qué ha sucedido desde entonces en el derecho judicial?

Un recambio generacional de sus miembros se fue produciendo en un breve lapso temporal en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Una importante cantidad de fallos plenarios han sido dictados desde entonces a través del específico recurso de inaplicabilidad de la ley y cuya

<sup>39</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, en GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2011, 4ª ed., p. 671.

<sup>40</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10-XII-48, en GELLI, *op. cit.*, p. 679.

<sup>41</sup> Pacto de San José de Costa Rica, 22-XI-69, en GELLI, *op. cit.*, p. 685.

<sup>42</sup> CSJN, *La Estrella*, 1988, *Fallos*, 311: 689.

<sup>43</sup> CSJN, *Gasparri y Cia S.A.*, 1991, *Fallos*, 314: 725.

<sup>44</sup> CNFed. CA, Sala II, 30/IV/02, *Fazzai*; 21-VI-07, *Pulli*.

<sup>45</sup> CNFed. CA, Sala III, 5/IX/06, *Chapana*, con una integración parcialmente diferente del tribunal.

interpretación legal establecida en estas sentencias plenarios es obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales es aquélla tribunal de alzada, según lo dispone el art. 303 del CPCCN.

Al momento en que la Cámara se reunió en pleno para tratar la cuestión del ritualismo inútil eran cinco los nuevos magistrados que debieron emitir su voto en tan significativo tema, ello sumado al hecho que se encontraban vacantes cuatro vocalías.

En las condiciones relatadas dictó el fallo plenario en la causa *Córdoba, Salvador y Otros c/ E. N. -Dirección General de Fabricaciones Militares- s/ empleo público*<sup>46</sup> en virtud del cual se fijó como doctrina legal que “[e]l «ritualismo inútil»

<sup>46</sup> CNFed. CA, en pleno, 18/V/11, *Córdoba*, “[e]n Buenos Aires, a los 18 días del mes de mayo de 2011 se reunió la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, presidida por el doctor Jorge Eduardo Morán y con la presencia de los señores Jueces abajo firmantes- dejando constancia que se encuentran cuatro vocalías vacantes-, en los autos “CORDOBA SALVADOR Y OTROS C/ EN-DIRECCION GENERAL DE FABRICACION MILITARES S/ EMPLEO PUBLICO”, causa n° 11.277/2001, con el objeto de fundar la siguiente doctrina legal «Si el «ritualismo inútil» traduce un principio jurídico que subsiste como tal, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (art.12) introdujo al art.32, inciso e) de la ley N°19.549 respecto al reclamo administrativo previo. Los Señores Jueces de Cámara doctores NÉSTOR BUJÁN; CLARA DO PICO; JOSÉ LUIS LÓPEZ CASTIÑEIRA; CARLOS GRECCO; JORGE ARGENTO; SERGIO FERNÁNDEZ; JORGE MORÁN; GUILLERMO TREACY; PABLO GALLEGOS FEDRIANI; JORGE ALEMANY y conforme dictamen del Señor Fiscal General de fs.78/83 votaron por la afirmativa fundamentando su respectivo VOTO del siguiente modo: I) La ley n°25.344 derogó formalmente la excepción contemplada en el entonces vigente inciso e) del art.32 de la ley n°19.549, relativa a la necesidad de acreditar la interposición del reclamo administrativo previo a la demanda judicial. El citado inciso -cabe recordarse refería al supuesto en que mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil. II) Al respecto se debe observar que en el reconocimiento normativo de la citada excepción se había plasmado una centenaria jurisprudencia, desarrollada, con sustento en principios y garantías constitucionales (confr. A. GORDILLO: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 4, décima edición, XII,14-16, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010). III) Por consiguiente, la derogación formal del inciso e) del art.32 de la ley 19.549 es irrelevante y la excepción continúa jurídicamente vigente en la medida en que, como se precisara, tiene su fundamento en la Constitución nacional. Así lo han declarado asiduamente distintos pronunciamientos posteriores a la ley 25.344 (Sala I: «Young Silvia Norma y otros c/ E.N. -ENTEL Residual- y otro s/ Proceso de conocimiento» del 15/3/01; Sala II: «Pulli, Elisa c/ E.N.-Ley 25.453 s/ Proceso de Conocimiento» del 21/6/07; Sala III: «Chapana Máximo y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ Empleo Público» del 5/9/06; Sala IV: «López Tomasa Ana y otros c/ Dirección General de fabricaciones Militares» del 22/02/07; Sala V: «Meza Agustín y otros c/ E.N. M° Defensa-EMGA-Dto.2769/73 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de seg” del 14/8/06»; entre otros). El Señor Juez de Cámara doctor LUIS MARÍA MÁRQUEZ dice: Que adhiero en términos generales a los fundamentos en los que se sustenta la afirmativa, y VOTO en consecuencia por tal propuesta. Que sin perjuicio de ello, estimo importante especificar por mi parte, que la derogación formal del inciso e) del art.32 de la LPA, ha implicado una clara voluntad legislativa de suprimir la excepción en el texto legal, de modo que corresponde atender en debida forma a tal situación, ya que lo contrario importaría suponer que la aludida supresión obedeció a la inconsecuencia o a la falta de legislador, lo cual es inaceptable según lo ha afirmado la Corte en reiteradas oportunidades (Fallos: 310:149; 313:132; 323:585 entre muchos otros). Que en función de ello, y dado que no resulta posible arribar a una interpretación de la norma que, en definitiva, desvirtúe su finalidad y la vuelva inoperante (CS Fallos: 313:1007; 320:61, considerando 61 y sus citas), corresponderá a mi modo de ver, analizar la procedencia o no de la aplicación del principio (cuya subsistencia se reconoce), con criterios de especial prudencia, y como resultado de

*traduce un principio* jurídico que subsiste como tal, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (artículo 12) introdujo al artículo 32, inciso e) de la ley 19.549 respecto al reclamo administrativo previo.”

Se trata de una sentencia que presenta las siguientes características:

1. Exhibe un muy reducido cuerpo;
2. el dictamen de la Fiscalía General, cuya función —como integrante del Ministerio Público— es la de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”<sup>47</sup> se pronuncia en forma positiva;
3. todos los jueces votan la cuestión por la afirmativa;
4. la totalidad de los magistrados fundan su voto de la misma forma;
5. el fundamento se desarrolla en tres pequeños considerandos;
6. el *quid* de la cuestión se cimienta en que la derogación formal del art. 32, inc. e) de la ley 19.549 es irrelevante y la excepción continúa vigente en la medida en que tiene su fundamento en la Constitución nacional;
7. cita jurisprudencia de las cinco salas del fuero con posterioridad a la ley 25.344;
8. la elección del pronunciamiento de la Sala IV fue desafortunada frente a la contundencia de los razonamientos que en otro antecedente brindara ese mismo tribunal —aunque con una integración parcialmente diferente— y que anotáramos en el punto 6 de este trabajo;
9. solamente un juez de la Cámara, además de inscribirse en los fundamentos sustentados por la mayoría afirmativa, estima que se debe analizar la procedencia o no de la aplicación del principio del ritualismo inútil —cuya subsistencia reconoce— con criterios de especial prudencia, y como resultado de una debida y ajustada ponderación de las cuestiones de hecho que se plasmen en cada causa.

una debida y ajustada ponderación de las circunstancias específicas, configuradas en cada caso. En virtud del resultado que instruye la votación que antecede, se Fija como doctrina legal la siguiente: El «ritualismo inútil» traduce un principio jurídico que subsiste como tal, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (art.12) introdujo al art. 32, inciso e) de la ley n°19.549 respecto al reclamo administrativo previo. En mérito a las consideraciones precedentes, déjase sin efecto el fallo que motivó el recurso y pasen las actuaciones a Secretaría General a fin de sortear la Sala que va a intervenir y a dictar nuevo pronunciamiento ajustado a la doctrina precedentemente establecida. Con lo que terminó el acto, firmando, los Señores Jueces ante mí. Doy fe. Regístrese. JORGE EDUARDO MORÁN. JORGE FEDERICO ALEMANY. PABLO GALLEGOS FEDRIANI. LUIS MARÍA MÁRQUEZ (según su voto). JORGE ARGENTO. GUILLERMO TREACY. NÉSTOR HORACIO BUJÁN. CLARA MARÍA DO PICO. JOSÉ LUIS LÓPEZ CASTIÑEIRA. CARLOS MARÍA GRECCO. MIRTA E. ÁLVAREZ -Secretaria de Cámara.”

<sup>47</sup> Art. 120 de la Constitución nacional.

### 8. *Conclusión*

El ritualismo inútil se inscribe, pues, como un principio jurídico del procedimiento administrativo tanto en su categorización sustancial como en su categorización formal.

La categoría sustancial está reconocida en la subcategoría de la legalidad con basamento en la Constitución nacional y en los tratados internacionales vigentes en el derecho argentino que fueron incorporados con jerarquía superior a las leyes por el art. 75, inc. 22, a partir de la reforma constitucional del año 1994.

La categorización formal se encuentra tratada en tres subcategorías: La simplicidad, con fundamento en que el procedimiento administrativo no se frustre por requerimientos meramente rituales; el informalismo, apoyado en el principio *pro actione* y finalmente la eficacia que se manifiesta cuando se impiden los reenvíos administrativos innecesarios.

Así, entonces, podemos concluir en que la implantación de la doctrina legal del ritualismo inútil como principio jurídico en el reclamo administrativo previo y que declara su subsistencia no obstante la supresión legal que el art. 12 de la ley 25.344 introdujo al art. 32, inc. e) de la ley 19.549 es un lenitivo para el procedimiento en el derecho administrativo.



# ¿APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN O DEMANDA CONTENCIOSA?

Por NATALIA COGLIATI y JUAN IGNACIO LANDONI

## SUMARIO

1. Introducción .....	179
2. Competencia .....	181
2.1. Tribunal Fiscal de la Nación .....	182
2.2. Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrati- vo Federal.....	182
2.3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administra- tivo Federal.....	183
2.4. Competencia. Supuestos especiales .....	183
3. Efectos del recurso y plazos procesales.....	187
4. Facultades de los funcionarios .....	188
5. Valoración comparativa entre la regulación de la competencia del Tribunal Fiscal y sus hipotéticas modificaciones.....	189
6. Epílogo.....	192



## ¿APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN O DEMANDA CONTENCIOSA?

Por NATALIA COGLIATI y JUAN IGNACIO LANDONI

### 1. *Introducción*

A través de la ley 15.256 el Congreso nacional creó el Tribunal Fiscal de la Nación, con sede en la ciudad de Buenos Aires, dentro de la órbita de competencia de la administración pública, a fin de dirimir las controversias que se suscitaren entre los administrados y la Dirección General Impositiva. Posteriormente, fue ampliada su competencia a cuestiones aduaneras mediante decreto-ley 6692/63.

La importancia en la creación de este organismo jurisdiccional radicó en asegurar a los contribuyentes que la determinación del gravamen se ajuste a la ley tributaria, otorgando la posibilidad de discutir tributos, sus accesorios e imposición de multas, a través de un proceso de conocimiento por parte de un órgano independiente y especializado, sin necesidad del pago previo de las cargas tributarias.

A pesar del arraigo que tenían los órganos administrativos —cuyas funciones son materialmente similares a la de los tribunales judiciales— con funciones jurisdiccionales, ha existido en un sector de la doctrina una resistencia a admitirlos, pues el art. 109 de nuestra Constitución nacional expresamente dispone que el Presidente de la Nación *en ningún caso* podrá ejercer funciones judiciales. Para sostener tal rechazo se argumentó que lo esencial para caracterizar a la función jurisdiccional es que haya un tercero imparcial e independiente para dirimir una contienda, lo cual no se advertía cuando los órganos administrativos llevaban a cabo esta función, pues el Estado es al mismo tiempo juez y parte.<sup>1</sup>

Sin embargo, cabe aclarar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la constitucionalidad de los tribunales administrativos, siempre y cuando se les reconociese a los litigantes el derecho de interponer un recurso ante los tribunales dependientes del Poder Judicial de la Nación contra las resoluciones

<sup>1</sup> BARRAZA, JAVIER I., “Funciones jurisdiccionales de la administración,” *LL*, 2010-A, 949.

de aquéllos, esto es, someterlas a un *control judicial suficiente*, debiendo negarse, asimismo, a los tribunales administrativos la posibilidad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y el derecho controvertido.<sup>2</sup>

Así, el Tribunal Fiscal es la vía recursiva que, con carácter suspensivo, permite a los contribuyentes defenderse frente a las pretensiones de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Sin embargo, lejos de constituir un órgano de la administración con subordinación a normas o directrices de superioridad jerárquica, éste garantiza la imparcialidad e independencia de sus miembros al asimilarlos a los magistrados del Poder Judicial, al otorgarles la garantía de inamovilidad, intangibilidad de su remuneración y designación mediante concursos abiertos.

Ello así, la Ley de Procedimiento Tributario prevé que contra las resoluciones que impongan sanciones o determinen tributos y accesorios en forma cierta o presuntiva, o se dicten en reclamos por repetición de tributos, los infractores o responsables podrán interponer —a su opción— recurso de reconsideración por ante el superior, o recurso de apelación por ante el Tribunal Fiscal de la Nación.<sup>3</sup> En el caso que se deniegue una acción de repetición de tributos que hubiesen sido abonados de más y sus respectivos accesorios, el contribuyente podrá interponer el recurso de reconsideración antes indicado u optar, nuevamente, entre apelar ante el Tribunal Fiscal o interponer demanda contenciosa.<sup>4</sup> Más adelante, y en cuanto al procedimiento contencioso judicial se refiere, aclara que la demanda contenciosa contra el Fisco Nacional podrá interponerse —siempre que se cuestione una suma mayor a doscientos pesos (\$200)— contra las resoluciones dictadas en los recursos de reconsideración en materia de multas, de repetición de tributos y sus reconsideraciones.<sup>5</sup> Asimismo, dispone que el Tribunal Fiscal de la Nación entenderá en los recursos de apelación que se dedujeren contra las resoluciones que determinen tributos en forma cierta o presuntiva, o ajusten quebrantos; contra las resoluciones que impongan multas o sanciones de otro tipo, salvo las de arresto; y contra las resoluciones denegatorias de las reclamaciones por repetición de tributos o de las demandas que por el mismo motivo se entablen directamente ante el Tribunal Fiscal.<sup>6</sup> Finalmente, el decreto reglamentario de la Ley de Procedimiento Tributario instituye que para los supuestos en que no se encuentre previsto un procedimiento recursivo especial, los contribuyentes y/o responsables podrán interponer contra el acto administrativo de alcance individual respectivo, recurso de apelación para ante el Director General, pudiendo

<sup>2</sup> CSJN, *Fernández Arias Elena y otros c. Poggio José*, 1960, *Fallos*, 247: 646.

<sup>3</sup> Art. 76 de la ley 11.683. (t.o. 1998.)

<sup>4</sup> Art. 81 de la ley 11.683. (t.o. 1998.)

<sup>5</sup> Art. 82 de la ley 11.683. (t.o. 1998.)

<sup>6</sup> Art. 159 de la ley 11.683. (t.o. 1998.)

impugnarse la decisión que recaiga en éste, sólo por la vía prevista en el art. 23 de la ley 19.549.<sup>7</sup>

Por consiguiente, ante la posibilidad de opción del administrado de recurrir ante el Tribunal Fiscal de la Nación o de promover demanda contenciosa, cabría preguntarse, dada una específica controversia, sobre la conveniencia de una u otra opción y, para ello, resulta necesario en primer lugar tener en cuenta ciertas características de los procedimientos previstos por los ordenamientos jurídicos.

Por ello, dado que nuestro objetivo es orientar al lector y posible litigante en materia tributaria y aduanera, facilitando la comprensión de ciertas cuestiones que, a la postre de la existencia de dos tribunales competentes —uno administrativo y otro judicial— para entender en las controversias que pudieren suscitarse, resultarían decisivas en la elección del funcionario o funcionarios a los cuales someter la decisión del caso.

## 2. Competencia

Como ya lo hemos adelantado, conforme al art. 76 de la ley 11.683, el contribuyente posee dos alternativas —según la cuestión que pretenda debatir— a los efectos de impugnar resoluciones administrativas dictadas por la Administración Federal de Ingresos Públicos que conculquen sus derechos.

Contra aquellas que impongan sanciones o determinen los tributos y accesorios en forma cierta o presuntiva, o se dicten en reclamos por repetición de tributos en los casos autorizados por el art. 81 de la mencionada ley, los infractores o responsables podrán interponer dentro de los quince días de notificados:

a) Recurso de reconsideración por ante el superior.

b) Recurso de apelación por ante el Tribunal Fiscal de la Nación competente, cuando fuere viable.

Por otro lado, el contribuyente tiene el derecho de recurrir a la vía judicial, por ante los juzgados nacionales en lo contencioso administrativo federal, cuando las cuestiones planteadas en los recursos de reconsideración en materia de multas y repetición de tributos (art. 82, incs. *a*) y *b*), no hayan sido resueltas en forma favorable.

Asimismo, tiene la posibilidad de recurrir ante la Cámara de Apelaciones de dicho fuero a fin de que revise lo resuelto por los jueces de primera instancia, y puede interponer recursos de revisión y apelación limitada contra las sentencias del Tribunal Fiscal de la Nación en materia de tributos, sanciones, recursos de amparo y recursos por retardo de justicia.

<sup>7</sup> Art. 74 del decreto reglamentario 1397/79.

### 2.1. *Tribunal Fiscal de la Nación*

Este Tribunal resulta competente, conforme al art. 144, en los recursos que se interpongan con relación a los tributos y sanciones que aplicare la Dirección General Impositiva. Asimismo, tendrá la competencia establecida en el art. 4° del decreto-ley 6692/63 en los que se dedujeren con relación a los derechos, gravámenes, accesorios y sanciones que aplicare la Dirección General de Aduanas, excepto en los que correspondan a las causas de contrabando.

A su vez, conoce, según el art. 159, en los recursos de apelación contra las resoluciones de la AFIP que determinen tributos y sus accesorios, en forma cierta o presuntiva, o ajusten quebrantos, por un importe superior a \$ 2.500 o \$ 7.000, respectivamente; los recursos de apelación contra las resoluciones del organismo fiscal que impongan multas superiores a \$ 2.500 o sanciones de otro tipo, salvo la de arresto; los recursos de apelación contra las resoluciones denegatorias de las reclamaciones por repetición de tributos formuladas ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, y de las demandas por repetición que, por las mismas materias, se entablen directamente ante el Tribunal Fiscal.

En todos los casos, siempre que se trate de importes superiores a \$ 2.500, los recursos por retardo en la resolución de las causas radicadas ante la AFIP, en los casos contemplados en el segundo párrafo del art. 81, el recurso de amparo a que se refieren los arts. 182 y 183 de la ley 11.683. En materia aduanera, el Tribunal Fiscal será competente para conocer en los recursos y demandas contra las resoluciones de la AFIP que determinen derechos, gravámenes, recargos y sus accesorios, o ingresos a la renta aduanera a cargo de los particulares y/o apliquen sanciones —excepto en las causas de contrabando—; en los recursos de amparo de los contribuyentes y terceros; y en los reclamos y demandas de repetición de derechos, gravámenes, accesorios y recargos recaudados por organismo fiscal, como también de los recursos a que ellos den lugar.

### 2.2. *Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal*

El art. 82 de la ley 11.683 dispone que se podrá interponer demanda contra el Fisco Nacional ante el Juez Nacional respectivo, siempre que se cuestione una suma mayor de doscientos pesos (\$ 200), contra las resoluciones dictadas en los recursos de reconsideración en materia de multas y contra las resoluciones dictadas en materia de repetición de tributos y sus reconsideraciones, dentro del término de 15 días desde la notificación de la resolución administrativa.

También prevé los supuestos de que no se dictare resolución administrativa, dentro de los plazos señalados en los arts. 80 y 81 de la ley, en caso de sumarios instruidos o reclamaciones por repetición de tributos.

Finalmente, en los casos en que los contribuyentes hubiesen debido recurrir a la vía dispuesta por el art. 74 del decreto reglamentario, los jueces nacionales

en lo contencioso administrativo entenderán en la impugnación judicial que se interpusiere contra tales actos, en los términos del art. 23 de la ley 19.549.

### 2.3. *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*

Según el art. 86 de la ley 11.683, la Cámara resultará competente en las apelaciones que se interpusieran contra las sentencias de los jueces de primera instancia, dictadas en materia de repetición de gravámenes y aplicación de sanciones; en los recursos de revisión y apelación limitada contra las sentencias dictadas por el Tribunal Fiscal de la Nación en materia de tributos o sanciones; en las apelaciones contra las decisiones adoptadas en los recursos de amparo de los arts. 182 y 183, sin limitación de monto; y en los recursos por retardo de justicia del mencionado ente.

### 2.4. *Competencia. Supuestos especiales*

De las normas transcriptas, parecería que no existen dudas respecto de la atribución de competencia que efectúa la Ley de Procedimiento Tributario; pero en la práctica, no ha resultado ser una tarea sencilla.

Así pues, supongamos el caso en que la Dirección General Impositiva, luego de iniciar el procedimiento reglado por el art. 19 de la ley, determina de oficio la obligación tributaria del contribuyente. Contra dicha resolución, éste puede apelar ante el Tribunal Fiscal de la Nación, o bien, interponer recurso de reconsideración por ante el superior.

Sin embargo, luego, la ley delimita la posibilidad de promover demanda contenciosa sólo respecto de las reconsideraciones en materia de multas y repetición de tributos, cuestión de trascendental importancia, pues, elegida la vía recursiva indicada en segunda medida, posteriormente no podrá promoverse la apelación ante el Tribunal Fiscal, dado que los medios impugnatorios son excluyentes entre sí. En ese sentido, si el contribuyente escoge impugnar la resolución determinativa mediante un recurso de reconsideración, el único medio que la Ley de Procedimiento Tributario contempla para cuestionar lo resuelto por la Administración Federal de Ingresos Públicos, es la demanda de repetición prevista en el art. 81.<sup>8</sup>

Qué pasaría entonces cuando, con motivo de tener saldos a favor de libre disponibilidad, el contribuyente solicita el pago por compensación de un determinado tributo y éste es rechazado por el organismo recaudador. Dado que la Ley de Procedimiento Tributario y su decreto reglamentario no contemplan un procedimiento recursivo especial, sólo cabría interponer el recurso de apelación fundado previsto en el art. 74 del decreto reglamentario de la ley 11.683 por ante

<sup>8</sup> CSJN, *Compañía de Circuitos Cerrados c. Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva*, 2010, Fallos, 333: 161.

el Director General y, en caso de obtener resultado desfavorable, su posterior impugnación judicial en los términos del art. 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

No obstante, el Tribunal Fiscal de la Nación ha admitido su competencia en supuestos en los cuales se habían deducido recursos de apelación contra la intimación formulada por la Dirección General Impositiva, de pagar el saldo resultante de la declaración jurada del impuesto al valor agregado, por considerar improcedentes las compensaciones solicitadas por el contribuyente contra los saldos de las declaraciones juradas del impuesto a las ganancias. Ello, por entender que, al haber determinado de oficio la obligación tributaria respecto del impuesto a las ganancias, dicha resolución y la referente a la denegatoria de la compensación peticionada, resultaban jurídica y económicamente inescindibles, ya que, en definitiva, la segunda de ellas reconocía como fundamento la primera, sujeta a las implicancias legales consecuentes de la apelación ante el Tribunal.<sup>9</sup>

En sentido contrario se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ante la apelación interpuesta por el ente recaudador contra la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación, en virtud de la cual éste había acogido favorablemente la repetición intentada por la empresa actora, ordenando la devolución de las sumas abonadas a requerimiento de la Dirección General Impositiva como consecuencia del rechazo del pago por compensación del impuesto a los bienes personales con saldos favorables a otros impuestos. En efecto, la Cámara sostuvo que, dado el trámite inicialmente articulado por el contribuyente (compensación), la denegatoria de la autoridad de control de dicha forma de cancelación y la impugnación del temperamento insinuado, la cuestión pudo y debió continuar la vía establecida en el art. 74 del reglamento, por lo que concluyó que el Tribunal Fiscal resultaba manifiestamente incompetente, habida cuenta de no existir mérito para su intervención, al no tratarse propiamente el caso de un reclamo de repetición de lo pagado.<sup>10</sup>

Por otra parte, en ciertas ocasiones, la AFIP procede a intimar el ingreso de obligaciones tributarias sin seguir necesariamente el procedimiento de determinación de oficio previsto por la ley procedimental. A pesar de ello, se ha admitido la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación con fundamento en que la circunstancia que el ente recaudador no recurra al procedimiento reglado por el art. 17, no obsta a que los actos dictados en consecuencia sean igualmente revisables por el aludido Tribunal, si es que ellos —en esencia— se comportan como una verdadera revisión del contenido material de la obligación tributaria declarada por el contribuyente o responsable, pues tales son las notas que distinguen el

<sup>9</sup>TFN, Sala A, 15/XII/06, *Pilotes Trevi SA*.

<sup>10</sup>CNFed. CA, Sala III, 04/IX/08, *DGI (autos Cubecorp Argentina SA) (TF 23763-I)*.

concepto de determinación oficiosa que se tiene en cuenta en la ley para habilitar su competencia.<sup>11</sup>

Ciertamente, una solución distinta a la allí propiciada, implicaría prescindir del texto de las disposiciones legales que gobiernan la competencia del Tribunal Fiscal, a las que naturalmente les cabe juzgar respecto de las revisiones de las obligaciones tributarias declaradas, a la postre de que envolvería una autorización al ente recaudador de omitir utilizar el procedimiento específico previsto para determinar de oficio la obligación tributaria y, con ello, evitar la revisión de sus decisiones por parte del organismo jurisdiccional que la ley entendió resultaba el adecuado para reverlas.

Así las cosas, el fundamento de la competencia en el caso de recursos de apelación radica en la existencia de una determinación de oficio. Sin embargo, la Dirección General Impositiva no realiza sólo funciones determinativas, ya que, estando a su cargo la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos, ejerce para ello un cúmulo variado de funciones que se materializan, a su vez, en una variedad de actos jurídicos relativos a la percepción, recaudación, ejecución, devolución o determinación de tributos. En ese sentido, del conjunto de actos que continuamente produce la Dirección General Impositiva, sólo un número determinado de ellos habilita a los contribuyentes a iniciar una discusión en un órgano jurisdiccional como es el Tribunal Fiscal de la Nación, entre los que únicamente se encuentran los mencionados en el art. 9, inc. b) del decreto 618/97 y donde se ha querido excluir la instancia del Tribunal Fiscal de las cuestiones relativas a la administración activa o meramente recaudatoria, lo que implica —de por sí— sostener que ante tales supuestos reine la arbitrariedad, pues en virtud de lo normado por el art. 74 del decreto reglamentario se establece un recurso específico para aquellos casos en que no se encuentre previsto un procedimiento recursivo especial.

Por consiguiente, en atención a que el procedimiento de determinación de oficio se encuentra suficientemente reglado por la ley procedimental de la materia, estableciéndose un conjunto de reglas que hacen a los derechos de los responsables y contribuyentes, éste resulta nítidamente distinguible de aquellos actos que hacen a la actividad recaudatoria del ente fiscal y que no abren la competencia del Tribunal Fiscal.<sup>12</sup>

Una cuestión controvertida, sobre la que aún no se ha logrado consenso, resulta ser la alusión que hace la norma atributiva de la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación, cuando refiere en su art. 159, inc. b) a *sanciones de otro tipo*. Sobre la base de ello, ha sido materia de discusión en sede del Tribunal Fiscal, habiendo tenido asimismo, en ciertas ocasiones, intervención la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, la naturaleza que cabe otorgarle al decaimiento de

<sup>11</sup> CNFed. CA, Sala V, 20/II/06, *AMP San Juan SA*.

<sup>12</sup> TFN, Sala C, 28/VI/06, *Hipercierres S.A.*

planes de facilidades de pago. Ello, puesto que no puede soslayarse que, de ser considerado una sanción por el incumplimiento a las obligaciones asumidas por el contribuyente al plan de facilidades de pago y, en su consecuencia, ser recurrible por ante el Tribunal Fiscal de la Nación, en virtud de lo establecido por el art. 167 el recurso suspende la ejecutoriedad del acto.

En este orden de ideas, quienes se inclinan por privar de competencia al aludido tribunal, han sostenido que, lejos de ser una sanción, la caducidad constituye la condición resolutoria que pone fin al goce del beneficio que se le otorga y que se vincula con el comportamiento futuro de los sujetos en lo que hace al fiel cumplimiento de sus obligaciones fiscales, resultando así la consecuencia necesaria del incumplimiento del contribuyente a las condiciones establecidas en el plan al que se acogió voluntariamente, por lo que ella se produce de pleno derecho sin que sea necesario, ni el reconocimiento por parte del contribuyente, ni el dictado por parte de la Dirección General Impositiva de una resolución que lo declare.<sup>13</sup>

Desde otro punto de vista, analizando el instituto de la caducidad a la luz de los principios del derecho administrativo, a falta de previsión expresa de la ley procedimental en materia tributaria, lo que habilita la aplicación supletoria de la ley 19.549, se observa que éste se encuentra especificado en el art. 21 del decreto reglamentario de la ley 19.549 el cual, en la parte pertinente, expresa que “[l]a Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo.” En tal sentido, se puede sostener que la caducidad es un medio particular de extinción del acto administrativo a través del cual se sanciona el incumplimiento de una obligación del particular o administrado. El acto que se extingue concede derechos e impone deberes que, ante su incumplimiento, la administración sanciona con la caducidad.<sup>14</sup> En tal entendimiento, decretar la caducidad de un plan de facilidades de pago constituye un acto administrativo que importa el ejercicio de potestades sancionatorias por parte de la administración, lo que encuadra en el tipo normativo de *otras sanciones* al que se refiere el art. 159, inc. b).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> CNFed. CA, Sala IV, 10/II/00, *Saycor S.R.L. (TF 16.144-I) c/ D.G.I.*, con el voto de la mayoría de los Dres. PÉREZ CORTES Y USLENGHI. Por su parte, el Dr. GALLI, en disidencia, entendió que correspondía revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, declarar la competencia del Tribunal de la Nación. Para ello sostuvo que “la norma, no ha limitado la competencia del Tribunal Fiscal en materia tributaria al conocimiento de los recursos respecto de determinaciones de impuestos o reclamos por repetición de tributos o la aplicación de multa, sino que ha pretendido abarcar todo el régimen punitivo del sistema, salvo en aquellos supuestos delictuales, materia propia de la justicia federal.”

<sup>14</sup> CNFed. CA, Sala V, 29/IX/06, *Cine Press S.R.L. -Hoy S.A.- v. Dirección General Impositiva*, con citas de CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, 5ª ed., p. 271; GORDILLO, AGUSTIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *El acto Administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2011, 10ª ed., cap. XIII, § 7, pp. XIII-18-19.

<sup>15</sup> CNFed. CA, Sala V, 02/X/08, *Marilao S.A c. D.G.I.*

### 3. *Efectos del recurso y plazos procesales*

Otra cuestión fundamental, a la hora de considerar las opciones que la ley otorga, y lo cierto es que no pasa inadvertida, es que el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, por imperio de lo dispuesto en el art. 167 de la ley 11.683, suspende la ejecutoriedad del acto en aquello que resulte apelado. Es decir, que los efectos de la intimación de pago de un acto administrativo que impone una multa o determina un impuesto se suspende cuando dicho acto es apelado ante el Tribunal Fiscal, suspensión que opera hasta tanto éste dicte sentencia definitiva en la causa.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe tener presente que si el acto resulta consentido parcialmente, la suspensión de los efectos de éste sólo comprenderá a aquello que hubiere sido cuestionado, pues la norma tiene por objeto garantizar al contribuyente que la determinación del gravamen se ajuste a la ley tributaria.

A contrario de ello, de optar el contribuyente en última instancia por promover demanda contenciosa, no se verá beneficiado por la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo, lo que encuentra sustento en la presunción de legitimidad de éstos, por lo que su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —pudiendo en consecuencia iniciar la correspondiente ejecución fiscal de las obligaciones contenidas en el acto— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos.<sup>16</sup>

Tanto el recurso de reconsideración previsto en el inc. *a*) del art. 76, como el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, deben interponerse dentro de los quince días de notificado el acto que imponga sanciones o determine tributos y sus accesorios, en forma cierta o presuntiva, o se dicten en los reclamos por repetición de gravámenes previsto en el art. 81 de la ley 11.683. Igual término se prevé para interponer la demanda contenciosa contra la AFIP en los supuestos previstos en los incs. *a*) y *b*) del art. 82 de la misma ley.

Es de destacar, asimismo, que el recurso interpuesto contra el Director General de la AFIP, estatuido en el art. 74 del decreto reglamentario de la ley 11.683, no suspende los efectos del acto recurrido, excepto que la no suspensión cause un perjuicio grave e irreparable. Se resuelve sin substanciación dentro de los sesenta días hábiles contados desde su presentación, con el requisito de previo dictamen jurídico. La decisión que se adopte tendrá carácter definitivo y sólo puede ser objeto de impugnación judicial dentro del perentorio plazo de 90 días,<sup>17</sup> no procediendo las apelaciones ante el Tribunal Fiscal de la Nación.

Admitido el curso de la demanda contenciosa, se le debe correr traslado a la AFIP para que lo conteste dentro del término de 30 días y oponga todas las defensas y excepciones que tuviere,<sup>18</sup> vencido el cual no podrá luego contestarla

<sup>16</sup> Art. 12 de la ley 19.549.

<sup>17</sup> Art. 25 de la ley 19.549.

<sup>18</sup> Art. 85 de la ley 11.683.

debido a la perentoriedad de los plazos procesales, conforme lo establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 155.

Frente a los supuestos de optar el contribuyente por el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal, al igual que en la demanda contenciosa, se le dará traslado de éste a la apelada por un plazo de 30 días para que lo conteste. Sin embargo, si no lo hiciera, de oficio o a petición de parte, el vocal instructor hará un nuevo emplazamiento a la repartición por el término de 10 días, bajo apercibimiento de rebeldía. Sin perjuicio de ello, éste puede ser prorrogado por conformidad de las partes por un término no mayor de 30 días.<sup>19</sup> En cambio, cuando la demanda se interpone en forma directa ante el tribunal jurisdiccional, el término para contestarla es de 60 días, de conformidad con el art. 178 de la ley 11.683. Ello así, no puede omitirse hacer hincapié en la importancia del distingo que realiza la ley al respecto.

Otra diferencia sustancial, radica en el plazo que disponen las partes para apelar la sentencia que recaiga con motivo de la sustanciación de la demanda contenciosa o como culminación del trámite correspondiente ante el Tribunal Fiscal de la Nación, puesto que, en el primero de los supuestos, por aplicación del art. 244 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, será apelable dentro de los cinco días de notificada la sentencia definitiva siempre que el monto cuestionado sea superior a la suma de pesos veinte mil (\$20.000); en cambio, el recurso de apelación limitada y el recurso de revisión ante la Cámara de Apelaciones competente al que se refiere el art. 86, deben interponerse dentro de los treinta días de notificada la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación.

A lo indicado, cabe agregar que, en tal supuesto, la Cámara resolverá el fondo del asunto teniendo por válidas las conclusiones del Tribunal Fiscal sobre los hechos probados. No obstante, podrá apartarse de ellas y disponer la producción de pruebas cuando, a su criterio, las constancias de la causa autoricen a suponer un error en la apreciación que hace la sentencia de los hechos.<sup>20</sup>

#### 4. *Facultades de los funcionarios*

En este título, en atención a que el Tribunal Fiscal de la Nación es un organismo creado dentro de la órbita de la administración pública, resulta relevante señalar que, por tal motivo, las sentencias que se pronuncien como consecuencia de solicitar su intervención, no pueden contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado su inconstitucionalidad. Sin embargo, podrá, en el

<sup>19</sup> Art. 169 de la ley de procedimiento tributario.

<sup>20</sup> Art. 86 de la ley 11.683.

caso concreto, declarar que la interpretación ministerial o administrativa no se ajusta a la ley interpretada.<sup>21</sup>

A pesar de ello, lo cierto es que los funcionarios del Tribunal Fiscal poseen ciertos deberes y facultades que se distinguen nítidamente de las atribuidas a los magistrados del Poder Judicial, que resultan de sumo interés a la hora de cuestionar los actos administrativos por parte de los contribuyentes. En este sentido, es menester señalar que, conforme a lo dispuesto en el art. 164 de la ley, el Tribunal Fiscal de la Nación impulsará de oficio el procedimiento, por lo que no hay perención de instancia, teniendo además, a diferencia de los jueces que se encuentran limitados en sus decisiones por el principio de congruencia, amplias facultades para establecer la verdad de los hechos y resolver el caso independientemente de lo alegado por las partes, salvo que mediere la admisión total o parcial de una de ellas a la pretensión de la contraria, en cuyo caso, si el desistimiento o allanamiento fuera aceptado por la contraparte, deberá dictar sentencia teniendo a la litigante por desistida o allanada según corresponda.

Esa mayor potestad se ve reforzada justamente con el fin perseguido por el legislador al crear este tribunal administrativo, resultando consecuencia directa del deber de indagar la existencia y verdadero alcance de la obligación tributaria, subsumiéndola a la norma adecuada para que el mandato del legislador se cumpla en la justa medida.

##### 5. *Valoración comparativa entre la regulación de la competencia del Tribunal Fiscal y sus hipotéticas modificaciones*

De todo lo expuesto, no puede obviarse que el Tribunal Fiscal de la Nación, órgano jurisdiccional compatible con nuestro orden constitucional, de acuerdo a los requisitos exigidos por el Máximo Tribunal en la causa *Fernández Arias Elena y otros c. Poggio José*, ha sido pensado como una pieza fundamental para asegurar el derecho de los contribuyentes de obtener, en el ámbito de la administración pública, certeza y celeridad, volcadas sus decisiones con absoluta imparcialidad, en cuanto al alcance y medida de las obligaciones tributarias.

A su vez, una característica destacable del Tribunal Fiscal de la Nación es la especialidad de sus miembros en el conocimiento técnico de la materia, pues los vocales son designados previo concurso de antecedentes que acrediten competencia en cuestiones impositivas o aduaneras. Resulta otra nota distintiva, la referida a la composición del Tribunal, ya que en las salas con competencia impositiva, por imperio de lo dispuesto en el art. 146 de la ley, están integradas por 3 vocales, dos de los cuales son abogados y uno es contador público nacional.

Tal acierto ha sido reconocido por la doctrina como el mayor logro para el pleno funcionamiento del Tribunal Fiscal, porque da respuesta integrada al unísono

<sup>21</sup> Art. 185 de la ley de procedimiento tributario.

tanto en conceptos jurídicos como económicos a cada uno de los pronunciamientos del órgano, a la vez que, dada la complejidad de los sistemas tributarios que exige de los profesionales un alto grado de especialización, la integración mixta ha dado buenos frutos en el estudio interdisciplinario del fenómeno tributario.<sup>22</sup>

Sin embargo, no pasa inadvertida la incapacidad que poseen los miembros del Tribunal de declarar inconstitucionalidades de conformidad a la prohibición expresa que surge del art. 185 de la ley procedimental. A ello cabe agregar la imposibilidad de compeler el cumplimiento de sus decisiones en los supuestos en que ésta resulta desfavorable al Fisco, dado el carácter declarativo de la sentencia frente al Estado nacional, circunstancia ésta que obliga a los contribuyentes a recurrir a la justicia nacional por la vía de un proceso de ejecución, lo que implica —en definitiva— un dispendio jurisdiccional en desmedro de los administrados, quienes ven retardados el efectivo cumplimiento de sus derechos.

No obstante, dadas las ventajas comparativas que tiene el Tribunal Fiscal en cuanto a la sustanciación de los recursos por sobre el procedimiento de demanda contenciosa por ante la justicia nacional, lo que ha implicado acertadamente que los contribuyentes opten por la intervención de aquél, entendemos propicio ampliar sus facultades jurisdiccionales, permitiendo la ejecución de sus propias sentencias. Ello, a fin de lograr una tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria, lo que parecería ser precisamente la intención del legislador en el dictado de la ley 15.256 de creación del citado tribunal.

Por lo demás, consideramos un acierto de fundamental trascendencia aquellas posturas que sostienen —si bien sólo en lo que se circunscribe a la competencia en materia sancionatoria— que la ley 11.683 no ha limitado la atribución del Tribunal Fiscal de la Nación en materia tributaria al conocimiento de los recursos respecto de determinaciones de impuestos o reclamos por repetición de tributos o la aplicación de multas, sino que ha pretendido abarcar todo el régimen punitivo del sistema, salvo en aquellos supuestos delictuales, materia propia de la justicia federal.

En ese sentido, habría que tener presente, frente a situaciones dudosas como las que hemos comentado, que “[l]a garantía constitucional de la defensa en juicio exige que las normas procesales locales que organizan la correcta sustanciación de las causas y la competencia de los tribunales provinciales sean interpretadas de modo de evitar que los particulares queden fuera de protección jurisdiccional, en situación de indefensión,”<sup>23</sup> pues “[l]as cuestiones de competencia tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no ca-

<sup>22</sup> GUZMÁN, JUAN D. “Los tribunales fiscales y la incumbencia de los graduados en ciencias económicas,” *LL*, 2000-A, 898.

<sup>23</sup> CSJN, *Enrique Vanzato S.A.C.I. y A.*, 1992, *Fallos*: 315: 308.

ben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que a ésta en sí misma.”<sup>24</sup>

A pesar de ello, no es ocioso reclamar una ampliación de la competencia del tribunal, pues siendo éste en definitiva el órgano que la ley ha considerado especializado para entender en las cuestiones tributarias, cabría otorgarle el entendimiento pleno de la materia, evitando que con su desdoblamiento en relación a las cuestiones que pueden llevarse a su conocimiento o a la justicia contenciosa se afecte —en definitiva— al administrado, quien no tiene certeza de las reglas atributivas de la competencia, implicando un dispendio jurisdiccional inútil.

Así, resultaría necesario para ello la supresión de la indicación *cuando fuere viable* que hace el inc. b) del art. 76 de la ley 11.683, como también, la eliminación del último párrafo del mismo artículo. Asimismo, el art. 159, inc. a) —de atribución de competencia del Tribunal Fiscal de la Nación— podría quedar redactado de la siguiente forma: De los recursos de apelación contra las resoluciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos, siempre que el monto discutido lo sea por un importe superior a dos mil quinientos pesos (\$ 2.500), o siete mil pesos (\$ 7.000) en el supuesto en que se ajusten quebrantos.

Sin embargo, no se nos escapa que la limitación de la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación en la redacción de la ley 11.683 no ha sido una decisión arbitraria o infundada, pues a la luz del carácter suspensivo de la apelación ante el tribunal jurisdiccional, se advierte que la finalidad perseguida consiste en resguardar la integridad de la recaudación fiscal, pareciendo ser que “la única manera que el contribuyente cumpla en forma cabal y oportuna con sus obligaciones tributarias es a través del quite de posibilidades de apelación que tengan los mismos, cercenándose la competencia a un tribunal especializado.”<sup>25</sup> En este sentido, no debe soslayarse que, en la medida en que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la validez de las normas que establecen el requisito previo de pago para la intervención judicial,<sup>26</sup> se debe garantizar la normal y expedita percepción de la renta pública, puesto que de concederse la suspensión a la totalidad de las cuestiones objeto de una decisión por parte de la AFIP, no faltarían aquellos que, aprovechándose de ello, interpongan recursos infundados con el único fin de obtener mayor plazo para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Por tal motivo, propiciamos que una solución a ello podría ser mantener —exclusivamente— el efecto suspensivo de las apelaciones que se interpongan

<sup>24</sup> CSJN, *Janssen Farmacéutica S.A.*, 1988, *Fallos*, 311: 2004.

<sup>25</sup> MALVESTITI, DANIEL, “Competencia del tribunal fiscal en caducidad de planes de pago: importante disidencia del doctor Galli reabre una discusión que parecía cerrada,” *LL*, 1999-B, 2197.

<sup>26</sup> CSJN, *Fermín Fernández*, 1949, *Fallos*, 215: 225; *S.A. Destilerías Bodegas y Viñedos el Globo*, 1965, *Fallos*, 261: 101; *S.A.I.C. Adelpia*, 1973, *Fallos*: 285: 302; *Ricardo Mario García*, 1973, *Fallos*, 287: 473; *S.A. Adelpia I.C.*, 1974, *Fallos*, 288: 287; *Nación Argentina c/ S.A. Terranova Moldes*, 1976, *Fallos*, 295: 314.

contra las resoluciones que determinen tributos, en forma cierta o presuntiva, o que ajusten quebrantos, o aquellas que impongan multas.

A pesar de todo ello, advirtiendo que resulta una cuestión privativa de la estructura judicial la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, por ser una cuestión inherente al diseño de nuestro sistema republicano, lo cierto es que sería desaconsejable introducir una instancia de revisión de la constitucionalidad de las leyes que promulga el Congreso nacional dentro de la órbita de la propia administración. Cabe recordar que este tipo de ampliaciones de las facultades de un poder, resulta susceptible de enervar el delicado equilibrio institucional que presupone la división de poderes. Sin embargo, tal falencia se podría salvar introduciendo en el procedimiento por ante el Tribunal Fiscal de la Nación una vía incidental que permitiera someter la cuestión constitucional ante la instancia judicial, a modo de medida previa o prejudicial, tal como ocurre en el sistema de la Unión Europea, en el cual los jueces nacionales remiten, a modo de incidente, la causa a la Corte comunitaria cuando se plantean cuestiones relacionadas con la interpretación de un tratado.<sup>27</sup>

### 6. Epílogo

Teniendo en cuenta que el Tribunal Fiscal de la Nación es el único caso en que los justiciables ven al órgano jurisdiccional como verdaderamente independiente en la toma de sus decisiones y no como un órgano destinado a defender los intereses de la administración supeditado a directrices jerárquicas, se justificaría entonces, desarrollar la funcionalidad que tiene el Tribunal Fiscal maximizando las ventajas que contienen, ello debido a la especialidad de sus miembros.

Por tal motivo, una modificación de la ley 11.683, en el sentido de ampliar la competencia del órgano jurisdiccional, se vislumbra como conveniente a fin de permitir a los contribuyentes el sometimiento de la cuestión a un tribunal de integración mixta y evitar, asimismo, la incertidumbre existente en supuestos en los que la atribución de competencia del Tribunal Fiscal no surge manifiesta.

Sin perjuicio de ello, no debería pasar inadvertido —en el caso de llevarse a cabo la modificación legislativa— la necesidad de garantizar la recaudación fiscal

Lamentablemente, hasta tanto no se implemente una reforma de la ley 11.683, el contribuyente deberá, antes de optar por recurrir ante el Tribunal Fiscal de la Nación o promover el recurso de reconsideración previsto en el art. 76 de la

<sup>27</sup> El art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) establece, en la parte pertinente, que “[e]l Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial, a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad [...] cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.”

ley, considerar si existe una alta probabilidad —en aquellos supuestos en los que no se esté en presencia de una resolución que imponga una sanción de multa, o que determine en forma inequívoca un tributo— sobre la base de la línea jurisprudencial dictada hasta ese momento, de que se acepte la competencia del Tribunal Fiscal. Caso contrario, debería optar por el recurso de reconsideración y posterior repetición, sin el beneficio de la suspensión de la ejecutoriedad del acto que se pretendiere atacar.



EN TORNO A LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN  
DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por LUIS CASARINI

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares .....	197
2. Las teorías de la indivisibilidad (acto complejo), de los actos separables y del acto coligado.....	198
3. El estado de la jurisprudencia.....	200
3.1. El caso <i>Mevopal c/Banco Hipotecario Nacional</i> .....	200
3.2. El caso <i>OKS</i> .....	201
3.3. El plenario <i>Petracca</i> .....	201
3.4. El caso <i>Serra</i> .....	202
3.5. El caso <i>Gypobras S.A.</i> .....	203
4. La actual redacción del art. 7° de la LNPA.....	204
5. Reflexiones finales .....	206



# EN TORNO A LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por LUIS CASARINI

## 1. *Consideraciones preliminares*

Los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución de un contrato de ese mismo carácter, se rigen por el contenido obligacional esencial establecido en el contrato-instrumento, las normas especiales eventualmente aplicables y, en lo que fuere pertinente, por la ley 19.549. Este último aspecto, vinculado a la aplicación y alcance de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), ha despertado no pocas controversias en la doctrina y la jurisprudencia.

Uno de los puntos medulares de la polémica gira en torno al régimen de impugnación que debe aplicarse a los actos administrativos contractuales cuando el contrato-instrumento y su plexo normativo guardan silencio al respecto. En especial, es materia controvertida si en tales supuestos debe aplicarse el art. 25 de la LNPA y computar el plazo allí previsto a partir de la notificación al contratista del acto administrativo que agota la instancia administrativa. Tales cuestiones son las que intentaremos analizar en el presente trabajo.

En este contexto, adquieren relevancia una serie de concepciones que explican la vinculación existente entre los actos administrativos contractuales y el contrato al que se incorporan, se separan o se entrelazan a través de las teorías del acto separable, de la incorporación y, más recientemente, del acto coligado, a lo que se antepone el régimen de impugnación de los actos administrativos dictados durante el proceso de licitación pública que finaliza con la adjudicación o perfeccionamiento del vínculo contractual. Más aún, y como se verá más adelante, hasta se ha llegado a demostrar que una clase de actos, denominados *meros pronunciamientos administrativos*—que no repercuten la esfera jurídica de los particulares ni la modifican— no se encuentran regidos por el sistema de

impugnación judicial propio de los actos administrativos, particularmente por el plazo de caducidad que prescribe el art. 25 de la ley 19.549.

## 2. *Las teorías de la indivisibilidad (acto complejo), de los actos separables y del acto coligado*

En torno a la vinculación existente entre los actos administrativos contractuales y el contrato, la doctrina, en esencia, ha postulado tres teorías, las que —como veremos luego— han tenido recepción en la jurisprudencia: i) La teoría de la indivisibilidad; ii) la teoría de la separación, y iii) la teoría de los actos coligados, cada una de las cuales ofrece una respuesta diferente al tema bajo examen.

En primer lugar, cabe destacar que hasta los primeros años del siglo XX primó la doctrina del todo indivisible —*tout indivisible*— o estructura compleja y unitaria del procedimiento contractual y del contrato, que consideraba inseparables los actos administrativos dictados en el procedimiento de gestación o de ejecución del contrato, lo que impedía su impugnación autónoma una vez celebrado el contrato (en Francia, el recurso de exceso de poder sólo ha tenido por objeto de impugnación a los actos y no a los contratos), y acotaba sensiblemente la legitimación para cuestionar la validez del procedimiento de selección en cuanto quedaban excluidos de protección los oferentes no adjudicatarios por ser terceros extraños al contrato. (Considerado como acto complejo e indivisible del procedimiento contractual.) Así, sin la existencia de un acto autónomo, cualquier planteo debía articularse únicamente ante el juez del contrato, jurisdicción a la que sólo podían acceder las partes con exclusión del resto de los participantes en el procedimiento de selección.<sup>1</sup>

Como lógica reacción ante tales inequidades, el Consejo de Estado francés elaboró una concepción jurisprudencial distinta: La teoría del acto separable —*théorie des actes détachables*— que, en lo fundamental, interpreta que los diferentes actos unilaterales que dicta la administración —hasta la adjudicación o perfeccionamiento del contrato— son susceptibles de ser aislados e impugnarse, en forma separada, a través del recurso por exceso de poder. En este marco y aun con sus imperfecciones técnicas procesales, la concepción del acto separable introdujo criterios proclives a una mayor protección de los licitantes injustamente desplazados en los procesos de selección de contratistas.

Frente a las dos teorías expuestas precedentemente, emerge la teoría del acto coligado —que encuentra en BARRA<sup>2</sup> su principal exponente en la doctrina nacio-

<sup>1</sup> Ver CASSAGNE, JUAN C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 166 y ss.; URRUTIGOTY, JAVIER, "Impugnación jurisdiccional de los contratos," en CASSAGNE, JUAN C. / RIVERO YSEM, ENRIQUE (directores), *La contratación pública*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 1165 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, "Sobre el control jurisdiccional en la contratación administrativa," en CASSAGNE, / RIVERO (directores), *op. cit.*, p. 1141 y ss.

<sup>2</sup> BARRA, RODOLFO C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989; COVIELLO, PEDRO J. J., "Estudio preliminar," en MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Estudios*

nal— que procura brindar una visión más integradora y sistémica del fenómeno de vinculación entre los actos pre o post contractuales y el contrato. La coligación implica la autonomía o separabilidad (jurídica e impugnatoria) de unos y otros, pero sin perder de vista sus vinculaciones e interacciones potenciales (no necesariamente actuales o concretadas entre todos ellos), que recíprocamente tienen. Lo que implica que el acto antecedente es susceptible de determinar de una manera total o parcial el acto consecuente, y que el acto consecuente es susceptible de ser determinado total o parcialmente por el acto antecedente; refiriéndose esta determinación no sólo a la causa, sino a todos los elementos de validez del acto, y se predica no sólo entre toda la serie de actos que se manifiestan sucesivamente, como antecedentes y consecuentes hasta llegar al consecuente final.<sup>3</sup>

En este marco, actos y contratos conforman una unidad homogénea, pero no porque se incorporen absolutamente, confundiendo los unos con los otros, sino porque se encuentran vinculados en una relación ontológica: Ninguno de ellos sería sino fuese por el ser de los otros; pero sin embargo, todos ellos, actos antecedentes y contratos, tienen sus efectos propios, sobre lo que deciden (los actos) o conciertan. (El contrato.) Desde esta perspectiva, se encuentran incorporados, pero a la luz de sus efectos propios e inmediatos, pueden ser ponderados separadamente. Ello porque el fenómeno de la incorporación y de la separación se da en el mismo momento, pero según el régimen de coligación, que resume ambos caracteres jurídicos en la estructura sistémica del procedimiento contractual.<sup>4</sup>

Adviértase que según esta tesis, el acto administrativo contractual, en cuanto verdadero acto administrativo (con todos sus requisitos y caracteres), se encuentra sujeto al régimen impugnatorio previsto en la LNPA y su decreto reglamentario. Los plazos para impugnar el acto en sede administrativa y, eventualmente, judicial comienzan a computarse a partir de su notificación al particular afectado. Si éste no efectúa la impugnación oportunamente, el acto se tendrá, en principio, por firme y consentido y no será susceptible, de allí en más de cuestionamiento alguno. No obstante ello, como el acto administrativo contractual se estructura sobre elementos de sus actos antecedentes, en la etapa de ejecución del contrato —y, por cierto, lo mismo ocurre en el procedimiento de selección— acto antecedente y consecuente se encuentran, muchas veces, concatenados, de manera tal que unos suelen servir de causa a otros. Así, habida cuenta que cada uno de los actos antecedentes pueden producir, en sí mismos, agravios al contratista, nada obsta a que éste los impugne inmediatamente después de ser notificado de ellos, incluso llegando a la impugnación judicial.

En relación a este punto, BARRA considera que no es aceptable el argumento que se expone en el precedente *Mevopal* relativo a que la impugnación judicial sobre contratación pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 54 y ss. y sus referencias.

<sup>3</sup> BARRA, *op. cit.*, p. 102 y ss.

<sup>4</sup> BARRA, *op. cit.*, p. 105 y ss.

planteada por el contratista puede provocar un daño en el espíritu de colaboración que debe existir entre las partes contratantes, pues ésta debe ser civilizada, lo cual implica el respeto por los remedios jurídicos que la contraparte puede utilizar para solucionar cualquier situación conflictiva.

De otro lado y según la tesis bajo examen, como el agravio que genera el acto antecedente puede ser la causa del agravio que generará el acto consecuente, nada impide que el contratista aguarde hasta ese momento (el de emisión del acto consecuente) para iniciar el procedimiento de impugnación, en especial, teniendo en cuenta que quizás, por diversas razones, en el acto consecuente final, o en los anteriores, tal agravio pudo ser solucionado, o también pudo el administrado, a través de la sucesión de actos, haber verificado la corrección de la decisión administrativa o viceversa. Por supuesto que la posibilidad de impugnar aquel agravio lo es sólo en la medida que el acto consecuente se encuentre perjudicado por el vicio que afectó al consecuente.

### 3. *El estado de la jurisprudencia*

Como veremos seguidamente, la modificación normativa introducida por el decreto 1023/01 viene a receptor los lineamientos jurisprudenciales sentados por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal y la Corte Suprema.

#### 3.1. *El caso Mevopal c/Banco Hipotecario Nacional*<sup>5</sup>

Este precedente estableció el criterio de que “los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la LNPA y al sistema de impugnación de su art. 25.”

De conformidad con el criterio adoptado en el decisorio —que refleja lineamientos de la doctrina de la incorporación—, el acto administrativo dictado en relación con un contrato administrativo se encontraría prácticamente integrado a éste.

La Corte señaló que la solución contraria acarrearía un dispendio jurisdiccional inusitado y un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir en la vida del contrato, al generar la carga de litigar contra cualquier acto unilateral emitido por la por la administración. En este contexto, el contratista se encontraría obligado a cuestionar en sede administrativa los actos administrativos contractuales mediante la interposición de los recursos que marca la ley. Sin embargo, una vez agotada la instancia administrativa sin un resultado favorable a sus intereses, el plazo de noventa días hábiles judiciales previsto en el art. 25

<sup>5</sup> CSJN, *Mevopal SA y otra c/ Banco Hipotecario Nacional*, 1985, Fallos, 307: 2216.

de la LNPA, para plantear la demanda, sólo comenzaría a transcurrir una vez concluido el contrato, sin perjuicio de que el particular pueda optar —según su libre arbitrio— por ejercer la acción aun antes del inicio del cómputo de ese plazo.

Según CASSAGNE,<sup>6</sup> una explicación técnica del fallo de la Corte se encuentra en la teoría de las llamadas *operaciones complejas*. Dicha teoría postula que los plazos de caducidad se computan, en materia contractual, a partir del acto de liquidación final, recepción definitiva y, en su caso, del que resuelve su extinción. El carácter complejo de la operación contractual, reconocido por la doctrina francesa,<sup>7</sup> integrada por actos sucesivos que culminan con un acto final, impone la superación de los plazos de caducidad si no se quiere romper con el principio de colaboración que debe regir la relación entre el contratista y la administración.

En este línea, bastaría con interpretar, aun sin acudir a la concepción del acto coligado, que el plazo de caducidad se computa recién a partir de ese acto final que, a los fines del proceso contencioso-administrativo, configura el acto definitivo previsto en el art. 23, inc. a) de la LNPA.

### 3.2. *El caso OKS*<sup>8</sup>

En este fallo el Alto Tribunal hizo remisión al criterio de *Mevopal*, concluyéndose en la improcedencia de la aplicación de la caducidad decretada, por resultar extraña al ámbito del litigio en el que la actora pretendía la actualización monetaria de un crédito por mayores costos.

### 3.3. *El plenario Petracca*<sup>9</sup>

En criterio opuesto al sostenido por la Corte en *Mevopal*, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal consideró que los actos dictados en el curso de ejecución de un contrato administrativo gozan de autonomía frente a este último, y estableció como doctrina legal que “la impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos a) y b) del art. 23 de la ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su art. 25.”

En lo sustancial, el tribunal hizo propia la teoría de la separación según la cual cada acto administrativo mantiene su individualidad respecto del contrato

<sup>6</sup> Cfr. CASSAGNE, JUAN C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 331 y ss.

<sup>7</sup> Según dicho autor, en la doctrina francesa se sostiene que hay una operación compleja en aquellos supuestos en que cuando una decisión final no puede adoptarse sino después de una serie de decisiones sucesivas que permiten el dictado de una decisión final.

<sup>8</sup> CSJN, 21/X/86, *OKS Hermanos y Cía. SACI y Financiera c/ Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio s/ordinario*, no publicado en la colección de fallos.

<sup>9</sup> CNFed. CA, en pleno, 24/IV/1986, *Petracca e hijos SA c/ Estado Nacional – Ente Autárquico Mundial* '78, ED, 118: 391.

al que hace referencia y, en consecuencia, se encuentra sujeto al régimen de impugnación establecido para los actos de esa naturaleza.

En términos de la sentencia de la Cámara, “el acto dictado durante la ejecución de un contrato administrativo responde a reglas propias de validez, tiene sus propias causas o funcionalidad específicas y, fundamentalmente, pueden ser anulados independientemente del contrato, sin afectar la validez de éste.” El tribunal efectuó un particular razonamiento sobre la base del art. 7º, último párrafo de la ley 19.549, que en su redacción previa a la reforma introducida por el decreto 1023/01 establecía: “Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título [Título III: Requisitos esenciales del acto administrativo], si ello fuera procedente.” En el entendimiento de la Cámara, no podía colegirse de lo dispuesto en la norma que esa misma pauta —aplicación analógica y no directa— se extendiera a las disposiciones del Título IV para la impugnación de actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato.

#### 3.4. *El caso Serra*<sup>10</sup>

Este precedente se nutre, en lo sustancial, de la teoría de los actos coligados. La causa se originó por una demanda por cobro de honorarios por dirección e inspección de una obra contratada y no ejecutada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, ésta opuso la excepción de caducidad de la acción contencioso administrativa, toda vez que no era aplicable al caso el plazo de caducidad, sino el de prescripción. Antes de proseguir, conviene señalar, que en su momento el actor había deducido recurso administrativo que fue resuelto negativamente por el intendente y que la acción la dedujo fuera del plazo previsto en el art. 100 de la Ley Orgánica Municipal N° 19.987.

En cuanto aquí interesa, el Tribunal sostuvo: “19) [...] de las constancias de la causa resulta que el derecho invocado por la actora no se encontraba supeditado, en cuanto a su existencia, por la decisión de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. 20) Que, en dicha inteligencia, es en el *complejo interrelacionado de actos que dan base estructural a la existencia y ejecución del contrato administrativo* donde es preciso buscar el origen del derecho invocado. En otros términos, *es en esa interrelación de actos administrativos, en la que cada uno es consecuencia del precedente sin perder, por ello, su individualidad, pero cuya existencia se justifica «en» y «para» el contrato administrativo* donde, en el caso, se sitúa la fuente del derecho de la actora, y no en el acto impugnado, que está, como tal, fuera de la estructura esencial de actos ligados al contrato, y su incidencia sobre ella es, al fin indicado, nula.”

<sup>10</sup> CSJN, *Serra, Fernando Horacio y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 1993, Fallos, 316: 2454.

Adviértase que, por un lado, la Corte disoció, a los fines de su pertinente reclamación por la vía que fuere, todo lo vinculado al nacimiento en sí de la situación jurídica del contratista, en cuyo caso es preciso seguir la previa vía impugnatoria, esto es, utilizando palabras del Tribunal, “aquellos casos en que la pretensión hecha valer en la acción o recurso intentado se dirija principalmente a hacer cesar la nueva situación jurídica que emane del acto administrativo o bien, que precise la declaración de invalidez del acto —esto es, hacer caer su presunción de legitimidad— para posibilitar, así, la procedencia de la acción que dicha presunción obstaculiza” (cons. 17), de aquellas otras situaciones jurídicas subjetivas que nacen de la relación y no del acto, en cuyo caso no deviene necesario deducir la acción impugnatoria, sino la resarcitoria.

Para arribar a esto último, se hizo jugar en cierto modo la doctrina de los actos separables para enfatizar la concatenación jurídica de los actos de la relación contractual en sí, de donde nacen los derechos, como era en el caso, el derecho creditorio reclamado. Sin embargo, cuando el nacimiento o extinción del derecho depende del acto, y no de la relación jurídica, entonces sí es preciso impugnar primero éste.

### 3.5. *El caso Gypobras S.A.*<sup>11</sup>

En este caso, la Corte deja de lado la teoría de la incorporación en pos de la doctrina de la separación, siguiendo en buena medida el razonamiento expuesto por la mayoría en el fallo plenario *Petracca*.

Con remisión expresa al ya citado caso *Serra*, el Máximo Tribunal se pronuncia acerca de la constitucionalidad del plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA, y declaró que el art. 7° de dicha norma “en cuanto determina que los contratos administrativos se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las disposiciones del tít. III del mencionado cuerpo normativo, no permite sostener que la misma pauta —aplicación analógica y no directa— se extienda al tít. IV, en el que se regula la impugnación judicial de los actos administrativos.”

En este orden, cabe poner de resalto que la decisión recaída en *Gypobras*, emitida en un contexto normativo diferente al actual, no necesariamente resultaría incompatible con el criterio sentado por el propio Tribunal en la causa *Serra* y bien podría interpretarse que la Corte Suprema tiene actualmente a su alcance ambas decisiones, de manera de conformar una pauta hermenéutica según la cual el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA es constitucional y se aplica a los actos administrativos dictados durante el desarrollo del contrato, pero no respecto de cualquier decisión sino de aquellas que revistan naturaleza de actos administrativos propiamente dichos y que en la inteligencia brindada

<sup>11</sup> CSJN, *Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia s. contrato de obra pública*, 1995, Fallos, 318: 4411.

por el Tribunal en la causa *Serra* alteren o modifiquen la *relación jurídica subyacente*.<sup>12</sup> Lo cual no invalida, ciertamente, la facultad del contratista afectado por la decisión de impugnarla en forma autónoma, aunque no tenga el alcance señalado en la citada doctrina.

#### 4. La actual redacción del art. 7° de la LNPA

En el orden nacional, el decreto de legislación delegada 1023/01, aprobatorio del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante “el Régimen”), introdujo una modificación del último párrafo del art. 7°, inc. *f*) de la LNPA vinculado al elemento finalidad del acto administrativo, calificado como esencial, el cual ahora establece: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente Título, *en cuanto fuere pertinente*.”<sup>13</sup> En este punto cabe aclarar que el Título aplicable es el III que comprende los arts. 7° al 22 inclusive de la ley 19.549.<sup>14</sup>

La disposición originaria de la norma establecía: “Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, *si ello fuera procedente*.”<sup>15</sup>

En esta línea, se observa que mientras la nueva redacción establecida en virtud de la modificación introducida al texto de la LNPA por el decreto delegado 1023/01 rige para todas las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional, el ámbito subjetivo al que se aplica el citado decreto delegado se encuentra limitado sólo al sector público nacional definido en el art. 8°, inc. *a*) de la ley 24.156.

De otro lado, no presenta dudas la concepción adoptada en punto a la consideración integral del contrato público, sea o no de objeto administrativo, como un procedimiento contractual. En este punto, el art. 2° del mencionado régimen establece: “El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso *a*) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones.” A su vez el art. 3°, luego de enumerar los *principios generales* de la contratación administrativa, establece expresamente: “Desde el inicio de las actuaciones

<sup>12</sup> MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La impugnación judicial de los actos contractuales,” en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos*, Buenos Aires, RAP, 2006, p. 558 y ss.

<sup>13</sup> Las bastardillas no son del original.

<sup>14</sup> En este punto cabe apuntar que las leyes y decretos especiales que regulan los diferentes tipos de contratos administrativos, salvo temas determinados, como en materia de extinción del contrato por revocación, no regulan los aspectos contemplados en el Título III de la LNPA, o, por lo menos, sólo lo hacen en aspectos muy concretos y sin definir un régimen legal, por manera que en la práctica, la aplicación del Título III de la LNPA a los contratos administrativos será, como regla general, de tránsito obligado. (Cfr. BARRA, *op. cit.*, p. 134.)

<sup>15</sup> Las bastardillas no son del original.

hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.” Lo enfatizado exterioriza la concepción unitaria y ciertamente procesal del contrato, en sus dos etapas principales: La genética y la de ejecución. Así también, en el art. 11 del citado Régimen se regulan las allí llamadas *formalidades de las actuaciones* mezclando actos correspondientes tanto a la etapa genética como a la de ejecución.

Dicha norma precisamente aísla a las principales *actuaciones* del procedimiento contractual, en tanto que actos administrativos sujetos a las exigencias del art. 7° de la LNPA, los que, obviamente, “tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la ley N° 19549 y sus modificatorias” (cfr. art. 12 del Régimen), sin perjuicio de modificar, en el art. 36, al art. 7°, *in fine* de la LNPA, para definir la aplicación directa de esa norma y de las restantes del Título III de la LNPA, a los “contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional.”

Desde esta perspectiva normativa, ha de colegirse que estamos ante actos administrativos que se emiten en el seno del procedimiento contractual, que, como tales, deben reunir los elementos estructurales enumerados en el art. 7° de la LNPA, elementos que, es evidente, por la naturaleza del contrato y con arreglo a lo expuesto al describir la teoría de los actos *coligados* o *entrelazados*, se proyectan, según las circunstancias, de los actos antecedentes a los actos consecuentes, ya que todos se apoyan en el mismo acuerdo de voluntades y se dirigen a la satisfacción de la finalidad allí querida.

En punto a si la mencionada aplicación directa de las disposiciones del Título III, sería extensiva a las del Título IV (que abarca los arts. 23 al 32), ha de recordarse que la jurisprudencia había respondido afirmativamente tal interrogante con sustento en lo que disponía el entonces art. 1° del —actualmente derogado— decreto 9101/72, régimen sustituido por el decreto 722/96, cuyo art. 2° (texto según decreto 1155/97), establece que sin perjuicio de la *aplicación supletoria* de las normas contenidas en la ley nacional de procedimientos administrativos aprobada por el decreto 1759/72 (t.o. por decreto 1883/91), continuarán en vigencia los procedimientos administrativos especiales que regulen las siguientes materias: c) Régimen de contrataciones del sector público nacional.

En este contexto, ha de concluirse que las disposiciones del Título III de la ley 19.549 son aplicables a los procedimientos contractuales *en forma directa* y *en cuanto fuere pertinente*, en tanto que el Título IV de la ley 19.549 es aplicable en el ámbito contractual *en forma supletoria*. Esto así habida cuenta que si el Título III, según el texto de la LNPA, es aplicable directamente “en cuanto fuere perti-

nente,” los otros Títulos de la ley no pueden —por elementales razones de orden lógico jurídico— emplearse en el marco contractual con igual alcance.<sup>16</sup>

Lo expuesto supone que en tanto las primeras disposiciones deben entenderse como integradas a los respectivos ordenamientos especiales *en cuanto fuere pertinente* y, en consecuencia, no pueden ser obviadas o sustituidas por otras por parte de los órganos y entidades contratantes, las segundas en cambio —vinculadas específicamente al régimen de impugnación judicial de los actos contractuales— son aplicables *en forma supletoria*, esto es, ante la falta de previsión expresa en los respectivos ordenamientos especiales. Adviértase que tales ordenamientos están compuestos también por los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones —sobre cuyo carácter normativo se ha expedido la doctrina y la jurisprudencia— de lo cual se desprende que éstos podrían regular el aspecto aun de manera diversa, tanto en lo referido a la etapa de formación como en lo vinculado a la etapa de ejecución, aunque siempre guiados por el respeto a la garantía de la tutela judicial efectiva y del debido proceso sustantivo y adjetivo.<sup>17</sup>

### 5. Reflexiones finales

Durante la vida del contrato ya formalizado, la administración cocontratante debe adoptar variadas decisiones, algunas propias del curso ordinario del contrato y otras más excepcionales, aunque cuantitativa y cualitativamente relevantes. En todos los casos, la administración no puede dejar de expresarse mediante actos administrativos (algunos reglados, otros discrecionales, pero reglados en

<sup>16</sup> MERTEHIKIAN, *op cit.*, p. 554 y ss. Cabe asimismo destacar que el citado reglamento de contrataciones administrativas establece en varias partes que es aplicable la ley 19.549. Así, el art. 11 del decreto 1023/01 dispone que las actuaciones allí indicadas deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el art. 7° de la LNPA; el art. 12, inc. a) que los actos administrativos que dicten los órganos competentes en ejercicio de prerrogativas de la administración tendrán los caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la LNPA. Con respecto a las contrataciones públicas electrónicas, dispone que deberá considerarse que los actos realizados en formato digital y suscriptos bajo esa modalidad cumplen con los requisitos del art. 8° de la LNPA. (Art. 21 del decreto 1023/01.) Estas son solo algunas de las referencias expresas a la ley 19.549, pues existen otras implícitas, como, por ejemplo, las normas relativas a la competencia, a la causa, al objeto, al procedimiento, a la finalidad y a la forma. Y lo mismo podría decirse de las nulidades, de las prescripciones concernientes al silencio, de la revocación de los actos y sus limitaciones, del saneamiento y de la caducidad.

<sup>17</sup> Al respecto, considera GORDILLO que el decreto-ley 19.549/72 era categórico en excluir a los contratos administrativos, solución que se enfatiza por el posterior decreto 1023/01 de dudosa constitucionalidad formal en cuanto a la competencia, el cual sustituye del siguiente modo esa parte del art. 7°, en su art. 36. Y agrega que “el contrato es una construcción demasiado específica como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídico administrativos. Queda con ello dicho que los contratos se rigen por sus normas y principios especiales y que sólo subsidiariamente, o analógicamente, se recurrirá a las normas y principios de los actos unilaterales; al final de cuentas, también se recurre en ocasiones al Código Civil y no por ello se postula que los actos o contratos administrativos dejen de serlo o corresponda abandonar la noción. La distinción del derecho positivo, tanto argentino como comparado, sigue siendo a nuestro modo de ver tan nítida como antes en esta materia.” (GORDILLO, AGUSTIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2011, 10ª ed., cap. IV, § 8, p. IV-22 y ss.)

sus efectos) con la plenitud de sus caracteres, pero no todos los actos dictados por la administración en materia contractual encuadran en la categoría de *administrativos*, ni todos los contratos que celebra la administración son *contratos administrativos*. En un contrato administrativo también se dictan actos de administración no impugnables ante la justicia, y actos de contenido exclusivamente patrimonial concernientes a relaciones jurídicas regidas por el derecho común. Existen, asimismo, contratos regidos por el derecho común en los cuales es parte un ente público. Los actos relativos a esta índole no son impugnables por las vías previstas en los arts. 23 y 24 de la LNPA.

Desde esta perspectiva, debe precisarse que la posición que se adopte en relación al concepto de acto administrativo no es neutra en punto a la solución de la rémora que demanda la necesidad de impugnar judicialmente las decisiones que adopta la administración tanto en la etapa de formación del contrato, como de su ejecución propiamente dicha.

Como ya se dijo, en esta cuestión no hay consenso en la doctrina nacional, discusión que se traslada a las normas positivas respecto de si el concepto de *acto administrativo* debe reservarse únicamente al acto de alcance individual productor de efectos jurídicos directos, o si también alcanza al *acto de alcance general* (reglamentos autónomos y de ejecución y actos generales propiamente dichos) —criterio que pareciera en alguna medida adoptar la ley nacional de procedimientos administrativos al regular los requisitos de ambos— pero disponiendo el reglamento nacional de procedimiento administrativo que solamente son recurribles los que posean efectos jurídicos directos e inmediatos (cfr. art. 80) y, por otra parte, si solamente debe limitarse a los *actos unilaterales* o —por el contrario— abarca también los *actos bilaterales*. (Contratos).<sup>18</sup>

En este contexto, no integran el concepto aquellas decisiones que encuadraran en el art. 80 del reglamento nacional de procedimientos administrativos (por ej.

<sup>18</sup>MERTEHIKIAN, *op. cit.* En este punto COMADIRA sostiene que la LNPA parece haber acogido, al respecto, una noción amplia de acto administrativo según el criterio de su fuente declarada en la materia, comprendiendo en su ámbito, por consiguiente, no sólo a los actos unilaterales individuales sino también los unilaterales generales y los bilaterales. (COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos Administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 190 y ss.) GORDILLO, por su lado, señala que “las diferencias entre el contrato (acto bilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo. Cualquier libro de la materia con uno o más acápites especiales sobre los contratos administrativos, muestra de hecho cómo no es posible analizar conjuntamente los contratos y los actos unilaterales de la administración.” Y citando a LINARES agrega que “si se examina el contrato administrativo, se advierte que, desde el punto de vista orgánico, no es puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica. Esta diferencia entre el acto administrativo como acto principal estatal o al menos dictado en ejercicio de funciones del Estado y el contrato administrativo como una declaración de voluntad común a la cual concurre un sujeto de derecho ajeno al Estado y en ejercicio generalmente de competencia privada, es de suficiente importancia como para recogerla a nivel conceptual.” (GORDILLO, *op. cit.*, cap. IV, § 8, p. IV-22 y ss.)

medidas preparatorias, dictámenes) puesto que en ese caso se trata de medidas que no son pasibles de ser recurridas y tampoco los denominados *meros pronunciamientos administrativos*,<sup>19</sup> como podría serlo la negativa al pago de una obligación establecida contractualmente o que tenga origen en la aplicación del contrato y que encuadraría en las previsiones del caso *Serra*.

Sentado lo expuesto, cabe precisar que el decreto 1023/01 —emitido en ejercicio de la delegación habilitada por la ley 25.414— modificó el último párrafo del art. 7º, inc. f) de la ley nacional de procedimientos administrativos, el cual ahora dispone que las contrataciones que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación *directa* de las normas contenidas en el Título III, *en cuanto fuere pertinente*.

Desde esta perspectiva normativa, ha de colegirse que frente a la inexistencia de regulaciones específicas referidas a los contratos sobre las materias incluidas en el Título III de la LNPA, salvo en situaciones muy concretas (vinculadas con, por ejemplo, la extinción contractual), los contratos administrativos deben considerarse regulados, en tales aspectos, por la misma normativa aplicable a los actos administrativos. Es decir, las referidas disposiciones deben ser consideradas integradas a los respectivos ordenamientos especiales en cuanto fuere pertinente y por lo tanto no pueden ser obviadas o sustituidas por otras por parte de los órganos y entidades contratantes.

<sup>19</sup> Destaca MAIRAL que “cuando el administrado invoca un derecho preexistente cuya existencia o reconocimiento no depende de una declaración administrativa, y la administración se rehusa a reconocerlo, tal actitud en nada afecta al derecho preexistente. Cuando la controversia se refiere a una relación de derecho privado es fácil desconocer a tal rechazo el carácter de acto administrativo y encontrar, así, una solución al problema. Pero ello no ocurre cuando la relación está regida por el derecho administrativo. Así sucedió en un caso en que una entidad autárquica, en el marco de una relación de derecho administrativo, garantizó las obligaciones de una empresa del Estado, y rechazó luego por escrito el reclamo del particular para que honrara dicha garantía, ante lo cual el agente fiscal exigió el agotamiento de la vía administrativa para habilitar la instancia judicial con el posible correlato del carácter firme del acto ante la inacción recursiva del particular.” Y agrega que “[i]déntica situación se observa con la decisión de una reclamación administrativa previa: si ella configurara un acto administrativo, debería impugnarse tal acto autónomamente con lo que la acción judicial quedaría alcanzada por la regla de la caducidad que establece el art. 25 LNPA siendo de allí en más inaplicables los plazos de prescripción que hasta ese momento regían la cuestión. Obsérvese que en este supuesto, la decisión administrativa produce efectos jurídicos, a saber, torna innecesario aguardar el vencimiento del plazo para que se produzca el silencio negativo y quede habilitada la instancia judicial. Es necesario precisar que, cuando se habla de la producción de efectos jurídicos como requisito para la existencia de un acto administrativo, tales efectos deben ser sustantivos y no meramente adjetivos. Por ello puede afirmarse de manera genérica que cuando un particular tiene un derecho cuya existencia no depende de reconocimiento administrativo, dependencia que sólo puede surgir de ley expresa que la establezca, las manifestaciones que respecto de dicho derecho formule la administración son inhábiles para afectarlo, no constituyen actos administrativos ni requieren impugnación.” (MAIRAL, HÉCTOR, “Los meros pronunciamientos administrativos,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, v. 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 657-658.)

En este sentido, entendemos que no resulta ocioso recordar que según la Corte Suprema, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal;<sup>20</sup> asimismo, cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación,<sup>21</sup> puesto que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, en la medida que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la intención del legislador.<sup>22</sup>

Superada esta cuestión y en lo concerniente a si la aplicación directa de las disposiciones de los arts. 7° a 22 es extensiva a las del Título IV que abarca los arts. 23 al 32, consideramos que el Título IV de la ley 19.549 es aplicable en el ámbito contractual en *forma supletoria*. Esto así toda vez que si el Título III, según el texto de la LNPA, es aplicable directamente *en cuanto fuere pertinente*, los otros Títulos de la ley no pueden —por elementales razones de orden lógico jurídico— emplearse en el marco contractual con igual alcance.

Ahora bien, resta analizar si el particular debe impugnar cada acto en particular o sólo el último acto de ejecución del contrato. En este punto y con arreglo a las consideraciones vertidas al analizar la teoría de los actos coligados (que fuera receptada por la Corte Suprema en el caso *Serra*)<sup>23</sup> consideramos que dicha doctrina asegura de un modo prudente y razonable los derechos de los administrados, siempre que éstos demuestren que el acto de cierre está verdaderamente ligado o enlazado —en términos de antecedente y consecuente— con el acto (anterior) que es objeto de impugnación.

Entendemos que tal criterio logra armonizar razonablemente los dos principios en conflicto, a saber: Por un lado el postulado del agotamiento de las instancias administrativas y, por otro, el acceso amplio e irrestricto al ámbito judicial con el propósito de revisar las conductas estatales. En este marco, el agotamiento de las vías administrativas frente a un acto dictado durante la etapa de ejecución de un contrato puede concretarse por dos vías complementarias y no excluyentes: i) La impugnación directa por medio del cuestionamiento de los actos lesivos dictados

<sup>20</sup> CSJN, *Agencia Nórdica S.A.*, 1985, *Fallos*, 307: 928; *Sudamericana de Intercambio S.A.C.I. y F.*, 1989, *Fallos*, 312: 2075. En el mismo sentido, el Alto Tribunal tiene dicho que cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación (*Fallos*: 211:1063; 213:413), puesto que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, en la medida que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la intención del legislador (*Fallos*: 200:165; 281:144; 308:54), buscando privilegiar dicha intención más allá de las imperfecciones técnicas de su instrumentación. (*Fallos*: 257:99; 259:63.)

<sup>21</sup> CSJN, *Ministerio de Agricultura de la nación c/ Ernesto Soler*, 1948, *Fallos*, 211: 1063; *Cía de Luz y Fuerza Motriz de Córdoba*, 1949, *Fallos*, 213: 413.

<sup>22</sup> CSJN, *Rodolfo Lorenzo Aguerreberry y otros*, 1971, *Fallos*, 281: 144; *Aurora Faguetti*, 1986, *Fallos*, 308: 54.

<sup>23</sup> CSJN, *Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 1993, *Fallos*, 316: 2454.

en forma previa al acto que pone fin contrato —que generalmente es el acto de recepción definitiva— o ii) aguardar hasta la conclusión del contrato y agotar la vía administrativa recurriendo el acto que pone fin al vínculo entre las partes, siempre —claro está— que guarde vinculación o coligación con el acto antecedente.

Es que, en esencia, se trata de procurar conciliar el interés general, que tiende a asegurar la estabilidad de los actos administrativos para el normal desenvolvimiento de la administración, con el interés particular, que demanda el respeto de los derechos garantizados por la Constitución nacional.<sup>24</sup>

En este orden, ha de señalarse que un caso relativamente reciente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en *Condesa del Mar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*,<sup>25</sup> también aplicó la doctrina de los actos coligados. En este caso, la actora había sufrido la aplicación de diversas multas, contractualmente previstas, como consecuencia de presuntos incumplimientos del contrato de concesión de uso y explotación de un espacio del dominio público, que la vinculaba con la provincia demandada. Como consecuencia de la falta de pago de las referidas multas, la concedente, conforme a lo autorizado por el pliego respectivo, procedió a rescindir el contrato por culpa de la contratista. Contra dicha decisión se planteó la demanda del caso, en tanto la mayoría de los actos que habían impuesto las sanciones no habían sido recurridos por la interesada. La Corte, invocando la doctrina de los actos coligados, rechazó el criterio de la demandada orientado a que se considerasen firmes e incuestionables los actos de imposición de las sanciones, lo que conduciría necesariamente a sostener la incuestionabilidad, también, de la decidida rescisión contractual. En ese marco, con acierto, en la parte final del considerando IV señaló: “Así, en el sub lite, la falta de impugnación de los actos particulares que impusieron distintas multas a la empresa (actora) no determina la firmeza de los mismos, puesto que ellos pudieron —y de hecho lo fueron— ser atacados de manera conjunta a través del acto consecuente, en la medida en que los vicios imputados a este último responden a una reproducción motivacional de la sumatoria de los vicios que se endilgan a cada uno de los actos anteriores.”

Como ya hemos anticipado fugazmente y ahora lo decimos con claridad, la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la ley 19.549 deviene aplicable a los actos administrativos dictados durante el desarrollo del contrato, pero no respecto de cualquier decisión que adoptase la autoridad administrativa, sino sólo respecto de aquellas que revistan naturaleza de actos administrativos propiamente dichos. Esto es, en relación a

<sup>24</sup> JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción de cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado,” *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, Buenos Aires, Depalma, enero-abril de 1990.

<sup>25</sup> SCPBA, 11/III/09, *Condesa del Mar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*.

aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, que gozan de presunción de legitimidad y tienen fuerza ejecutoria.<sup>26</sup>

En este contexto y a la luz de la reseña jurisprudencial realizada, cabría razonablemente postular (en una vuelta de tuerca más) que la decisión recaída en el precedente *Gypobras* (que fuera emitida en un contexto normativo diferente al actual y cuya modificación posterior, podría decirse que esbozó y proyectó) no resultaría inconciliable con el criterio sentado por el Tribunal en la causa *Serra* y bien podría interpretarse que la Corte Suprema tiene actualmente a su alcance ambas decisiones, de manera de conformar una pauta hermenéutica según la cual el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA es constitucional y deviene aplicable a los actos administrativos dictados durante el desarrollo del contrato, pero no respecto de cualquier decisión sino de aquellas que revistan naturaleza de actos administrativos propiamente dichos y que en la inteligencia brindada por el Tribunal en la causa *Serra* alteren o modifiquen la relación jurídica subyacente.<sup>27</sup>

A esta altura, no resulta ocioso aclarar que lo expuesto, ciertamente, no invalida la facultad del contratista afectado por la decisión de impugnarla en forma autónoma, aunque no tenga el alcance señalado en la citada doctrina. Es que, como se ya se dijo, al dictar su pronunciamiento en la causa *Gypobras*, el Tribunal expresamente se remite a su decisión recaída en *Serra*.

Por último y en cuanto a las pretensiones que no tienen por objeto cuestionar la legitimidad de un acto administrativo, como requisito para satisfacer el interés del agraviado, porque pueden ser resueltas sin que se declare su nulidad, estimamos que no devienen aplicables los plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la LNPA. Así lo resolvió la Corte Suprema en el caso *Mevopal*, al excluir del tratamiento a los planteos que sólo tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones contractuales, daños e intereses, cobro de diferencias por mayores costos, etc. Por manera que resultan extrañas al ámbito de aplicación de los arts. 23 a 24 de la LNPA. Y el mismo criterio siguió en *Pensavalle*,<sup>28</sup> sentencia que no

<sup>26</sup> En el plenario *Petracca*, el juez Pico destacó que “los contratos administrativos se caracterizan, entre otras cualidades, por la ejecutoriedad de los actos y decisiones de la administración pública contratante y las facultades de dirección y control de esta última sobre la realización de las prestaciones a su cargo.”

<sup>27</sup> MERTEHIKIAN, *op. cit.*, p. 558 y ss.

<sup>28</sup> CSJN, *Pensavalle SA c. Estado Nacional s/ordinario*, 1989, Fallos, 312: 2150. En este caso, el contratista había reclamado el pago de diferencias resultantes de certificados de variaciones de costos, la actualización de pagos realizados en mora y gastos generales por mayor permanencia en obra. El Servicio Nacional de Arquitectura desestimó por disposición las indemnizaciones pretendidas y, contra ese acto, la actora promovió una acción. El juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que no se había agotado la instancia administrativa, pues la resolución denegatoria no había sido dictada por la autoridad prevista en el art. 30 de la LNPA y, además, consideró que el acto impugnado estaba consentido, al no haber interpuesto la actora la acción dentro del plazo previsto en el art. 25 de dicha ley. La Cámara revocó ese fallo, y sostuvo que el objeto de la pretensión no era impugnar un acto administrativo, sino el reclamo de un crédito proveniente de un contrato, por lo cual no era aplicable el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA. La Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo.

contradice lo decidido en el plenario *Petracca*, por cuanto la circunstancia de que la administración haya rechazado el pedido que se le formuló en una cuestión estrictamente patrimonial, no convierte a la resolución en un acto administrativo. La denegatoria de un reclamo por diferencia de certificados de variación de costos, por la mora en el pago de adicionales y por gastos generales originados en una mayor permanencia en obra, no se puede considerar como manifestación de la función administrativa del Estado. Es un acto de claro contenido patrimonial que en modo alguno justifica la aplicación de los plazos de caducidad.

# EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LAS SENTENCIAS POR PARTE DEL ESTADO NACIONAL

Por PABLO GALLEGOS FEDRIANI

## SUMARIO

1. Concepto de jurisdicción y sus elementos .....	215
2. Competencia. Órgano judicial competente.....	215
3. Tipos de sentencias .....	216
4. Sentencias condenatorias .....	216
5. El Estado nacional, las Provincias, las Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires .....	217
6. La ejecución de sentencias contra el Estado en la Constitución nacional.....	217
7. Análisis normativo .....	218
7.1. Ley 675 de 1874.....	218
7.2. Ley 3952 (promulgada el 6-X-1900) .....	218
7.3. Ley 11.634 (B.O. 28-IX-32) .....	218
7.4. Ley 23.696 (B.O. 30-VIII-89).....	219
7.5. Ley 23.982 (B.O. 28-I-91).....	219
7.6. Ley 24.447 .....	220
7.7. Ley 24.624.....	221
7.8. Ley 25344 (B.O. 21-XII-00) .....	223
7.9. Ley 25.561 .....	225
8. Fallo <i>Pietranera</i> .....	225
9. Emergencia.....	226



## EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LAS SENTENCIAS POR PARTE DEL ESTADO NACIONAL

Por PABLO GALLEGOS FEDRIANI

### 1. *Concepto de jurisdicción y sus elementos*

Debemos adelantar que al expresar el vocablo jurisdicción nos estamos refiriendo al poder del Estado de hacer actuar la ley ejercido por los jueces en los casos en que se plantea una acción, y de ello se deduce una pretensión, a la que se hará lugar o no por medio de una decisión. (Sentencia)

Podemos clasificar a los elementos de la jurisdicción de la siguiente forma:

1. *Notio*: Facultad del juez para conocer en el proceso
2. *Vocatio*: Facultad del juez, asociado al principio de defensa en juicio, de convocar a las partes al proceso.
3. *Coertio*: Facultad del juez mediante su *imperium* de hacer cumplir las decisiones tomadas a lo largo del proceso.
4. *Iuditio*: Facultad del juez para decir el derecho a la hora del proceso.
5. *Executio*: Facultad del juez para hacer cumplir su pronunciamiento.

En lo que aquí nos ocupa los elementos predominantes son la *iuditio* y la *executio*.<sup>1</sup>

La tutela efectiva de los derechos no sólo se lleva a cabo con el pronunciamiento del juez sino que en los casos en que el vencido no se atenga a lo dictado por aquél, tendrá que llevarse a cabo un proceso ejecutivo de la sentencia.

### 2. *Competencia. Órgano judicial competente*

La competencia es la aptitud otorgada a los jueces por la ley para conocer en causas determinadas, según sea la materia, el grado, el territorio; por ello se la puede considerar como el límite que la ley le señala para el ejercicio de la jurisdicción.

<sup>1</sup>DÍAZ SOLIMINE, OMAR L., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2008, cap. 3, pp. 58-70.

En el ámbito de la Capital Federal, la Justicia Federal Contencioso Administrativa está compuesta por doce juzgados de primera instancia, siendo tribunal de alzada la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, integrada por quince jueces distribuidos en cinco salas de tres miembros cada una. En el interior del país; salvo excepciones, son los jueces federales de competencia múltiple quienes resuelven los conflictos contencioso administrativos siendo sus tribunales de alzada las correspondientes Cámaras Federales del interior. (Salta, Tucumán, Resistencia, Posadas, Corrientes, Paraná, Rosario, Córdoba, Mendoza, San Martín en la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Bahía Blanca, Gral. Roca, Comodoro Rivadavia y Mar del Plata.)

### 3. Tipos de sentencias

Sucintamente, podemos clasificarlas en tres grupos: a) Las declarativas, que son aquellas que por su efecto no pretenden crear, modificar o extinguir una situación jurídica regulada por el derecho de fondo, es una simple declaración de existencia o inexistencia de un derecho; b) las constitutivas que son aquellas por las cuales el juez a través de su pronunciamiento crea una nueva situación jurídica para las partes; c) las condenatorias, por las cuales el juez trasmite un mandato a cumplir y éste puede consistir en un dar, hacer o no hacer una determinada prestación.

### 4. Sentencias condenatorias

Las sentencias condenatorias pueden ser cumplidas voluntariamente; en cuyo caso se extingue el proceso que ha cumplido su cometido mediante la determinación en la sentencia de un dar, hacer o no hacer y el cumplimiento de tal orden.

Puede darse el supuesto inverso; en el cual el condenado resulta contumaz, como dice FENOCHIETTO: “cuando el título se origina en virtud de una sentencia de condena, se lo denomina título ejecutivo, el que es considerado como un acto que otorgar al justiciable la plena existencia de un derecho amparado en la firmeza de una decisión, es decir, en la autoridad de cosa juzgada.”<sup>2</sup>

Este título ejecutivo es el que faculta conforme al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a iniciar el primero de los procesos de ejecución que se llama *ejecución de sentencia*; el que tratándose de un particular implica la aprobación de la liquidación, la citación para oponer excepciones y, en su caso, el correspondiente embargo, el dictado de la sentencia de trance y remate; y en su caso, la ejecutoriedad de la sentencia. Es decir, embargados los bienes del deudor contumaz se procederá al remate judicial de los mismos y al cobro por la vía forzosa.

De no tener el deudor bienes suficientes para cubrir el monto de lo adeudado, se podrá trabar una inhibición general de bienes en su contra a los fines de cobrar el crédito dinerario.

<sup>2</sup> FENOCHIETTO, CARLOS E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 764-767.

Si la condena se tratase de un hacer o de un no hacer (desalojo o abstención de determinada conducta) podrá el juez mediante la correspondiente intervención del oficial de justicia y en su caso el uso de la fuerza pública hacer cumplir lo dispuesto en su sentencia.

##### *5. El Estado nacional, las Provincias, las Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Lo explicado hasta aquí resulta claro cuando la sentencia que debe ejecutarse lo es respecto de un particular; mas no resulta simple cuando el condenado resulta ser el Estado Nacional, los gobiernos provinciales, las municipalidades o la CABA.

En general, estas sentencias están caracterizadas por alguna norma que las excluye de la ejecución de sentencia normal contra los particulares, haciendo uso del viejo principio del régimen exorbitante de la administración pública y del principio según el cual los intereses generales custodiados superan al interés individual que ejemplifica la sentencia que se pretende ejecutar.

##### *6. La ejecución de sentencias contra el Estado en la Constitución nacional*

Dentro del articulado de nuestra Constitución nacional, diversas normas se refieren al tema en análisis.

Así los arts. 16 y 19, sobre la base del principio de la igualdad, establecen que “todos los habitantes son iguales ante la ley” y que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley.”

Por su parte, el art. 17 se refiere a la inviolabilidad de la propiedad, estableciendo que ningún habitante puede ser privado de ella salvo a través del dictado de una sentencia fundada en ley previa indemnización.

Cabe aclarar que en el caso de los diferimientos de pago a través de la consolidación de deudas se ha declarado la inconstitucionalidad para los casos de expropiación en la medida en que la indemnización debe ser previa y en dinero.

El art. 18 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, estableciendo que “nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior” y que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.”

Tal principio de tutela judicial efectiva, conforme los pactos internacionales de derechos humanos que integran la Constitución nacional, implican: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, b) obtener una sentencia motivada y fundada en un tiempo razonable, c) la ejecutoriedad de la sentencia; lo que nos lleva al problema del cumplimiento por parte del Estado de las sentencias de condena.

Por su parte el art. 31 consagra la jerarquía superior de la Constitución nacional y, en consecuencia, la de las leyes nacionales y de los tratados internacionales;

artículo que integrado con el 75 inc. 22, crea la constitucionalización de diversos tratados internacionales.

El art. 43 otorga rango constitucional al derecho del amparo, abre a los ciudadanos un acceso a la justicia amplio y consagra una acción procesal expedita.

Por último, el art. 116 establece la competencia de la justicia federal sobre los asuntos en que la Nación sea parte; lo que fue entendido en un primer momento solamente como *parte actora* y no como *parte demandada*, reconociendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la máxima autoridad en materia judicial.

### 7. Análisis normativo

Para centrar el análisis de la cuestión que luego desarrollaremos entiendo interesante hacer un somero análisis normativo de la cuestión en el orden nacional.

#### 7.1. Ley 675 de 1874

Mediante esta ley el Congreso nacional estableció que las reclamaciones contra el Estado requerían previa autorización legislativa en la medida en que se había entendido hasta ese momento; a pesar del claro texto constitucional, que si bien el Estado podía ser actor no podía ser demandado.

En síntesis, sólo se lo podía demandar para el caso en que se requiriese previamente ante el Congreso nacional el dictado de la ley que autorizase la demanda judicial.

#### 7.2. Ley 3952 (promulgada el 6-X-1900)

Conforme el art. 1º de la ley 3952 (luego reformada por la 11.634), se suprime la venia legislativa para reclamar judicialmente al Estado, reconociéndoles jurisdicción a los tribunales federales y a los jueces letrados de los territorios nacionales.

En cuanto a lo que nos ocupa, estableció que las sentencias condenatorias contra el Estado tendrían solo carácter declarativo.

Así el art. 7º expresa: “Las decisiones que se pronuncien en estos juicios, cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se presenta.”<sup>3</sup>

#### 7.3. Ley 11.634 (B.O. 28-IX-32)

Esta ley modifica el art. 1º de la ley 3952, que queda redactado de la siguiente manera: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales, conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite

<sup>3</sup>DANIELIAN MIGUEL, *Recursos judiciales y procedimientos administrativos*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 89-95.

haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el poder ejecutivo y su delegación por parte de éste.”

Mediante esta reforma se aclara que el Estado nacional puede ser demandado tanto por sus relaciones de derecho privado como por sus relaciones regidas por el derecho público; propias del contencioso administrativo, sin perjuicio de lo cual exige agotar la instancia administrativa previa, hablándose aquí de reclamación sin que se especifique técnicamente si se trata de una vía recursiva o de una vía reclamativa como consagrará oportunamente la ley 19.549.

#### 7.4. *Ley 23.696 (B.O. 30-VIII-89)*

Esta ley, entre otros aspectos, declara la emergencia económica, la emergencia administrativa, se refiere a las privatizaciones, a los contratos y a los empleos, y determina textualmente en su art. 50 lo siguiente: “Suspéndese la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales que condenen el pago de una suma de dinero dictadas contra el Estado Nacional y los demás entes descriptos en el art. 1º de la presente ley por el plazo de dos (2) años a partir de la fecha de vigencia de la presente ley.”

Esta ley implicó desde el punto de vista práctico, no sólo que las sentencias seguían teniendo carácter declarativo; en la medida que no derogaba la 3952, sino que además suspendía todos los juicios, ya sea en su tramitación como en su ejecución por el término de dos años.

Ello implicaba en la práctica que ya respecto del Estado no solo no se podía ejecutar la sentencia sino que ni siquiera podía tramitarse un juicio en su contra.

#### 7.5. *Ley 23.982 (B.O. 28-I-91)*

La ley 23.982; cuando ya se habían cumplido los dos años de la suspensión de los juicios contra el Estado “consolidó el pasivo del Estado,” por lo cual las obligaciones del Estado de pagar sumas de dinero quedaban consolidadas hasta el 1-IV-91, siempre y cuando tuviesen reconocimiento firme en sede administrativa o judicial.

Esta consolidación implicó que las deudas que tenía el Estado a esa fecha permitían al acreedor optar por un llamado *bono de consolidación* a 16 años de plazo, el que podía ser expresado en dólares estadounidenses o en pesos y llevaba un interés a medida que se iban cancelando las cuotas de ese bono.

La otra opción que se daba al acreedor era la de pago en pesos, sin bono, siempre que su crédito fuese reconocido por el Congreso Nacional.

En la práctica, esto llevó a que la mayoría de los acreedores eligiesen los bonos, ya sea en dólares o en pesos, y que según el estado de necesidad que tuviesen, los vendiesen en el mercado al valor del mercado en el momento de la venta; el que obviamente fue muy bajo al principio del libramiento de los bonos y luego fue subiendo o fluctuando con el paso del tiempo.

En la práctica la opción de cobrar en pesos según tuviese fondos el Congreso de la Nación y reconociese las deudas, no tuvo efecto práctico y terminó en general pagándose a todos los acreedores con bonos.

La ley 23.982 creó en la práctica una fecha de corte, entendiendo que todas las deudas anteriores al 1-IV-91 quedaban consolidadas, debiendo regular consecuentemente las deudas posteriores a tal fecha.

Para tal supuesto, el art. 22 expresó: "A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Poder Ejecutivo Nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1 de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento. El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo."<sup>4</sup>

En síntesis, sin derogar la ley 3952, la 23.982 determinó un sistema que se entendía ordenado para el cobro de las deudas del Estado, entendiendo que el Poder Ejecutivo debía incluir aquellas que hubiesen sido reconocidas hasta determinada fecha y el Congreso estaba obligado a tratarlas, debiendo pagarse conforme al presupuesto del año siguiente. Si el Congreso no las reconocía a partir de la clausura del período de sesiones ordinario, se encontraba el acreedor legitimado para solicitar la ejecución judicial.

Resulta claro que la ley no preveía ningún sistema conminatorio para que el Poder Ejecutivo incluyese el crédito dentro de los plazos establecidos; con lo cual una simple tardanza voluntaria o no del Poder Ejecutivo implicaba que el crédito no podía cobrarse ni ese año ni el siguiente, debiendo esperarse a que fuera introducido en la ley de presupuesto.

Tampoco aclara la ley, cuando dice que el acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito, a qué tipo de ejecución se refiere, en la medida en que sigue vigente el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado nacional de la ley 3952.

#### 7.6. Ley 24.447

Como si lo dicho hasta ahora no fuera suficiente, la ley 24.447 estableció en sus arts. 25, 26 y 27 sendas disposiciones que tuvieron por finalidad establecer una fecha límite para la iniciación de los procedimientos administrativos y acciones judiciales en las cuales los particulares pretendiesen el pago de una suma de dinero por obligaciones de causa o título anteriores al 1-IV-91 y, además, agilizar los procedimientos administrativos y la efectiva iniciación de los procesos judiciales.

<sup>4</sup> HUTCHINSON, TOMAS, "El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado," *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 1, enero/junio de 2004, pp. 329-331.

El objeto de tales disposiciones era determinar cuánto debía el Estado por deudas de causa o título anterior al 1-IV-91, ya que en muchos casos el plazo de prescripción es de 10 años.

Si bien estos fines pueden parecer loables, la ley (de presupuesto) a la cual fueron incorporados estos artículos es siempre apta para las confusiones y el hecho de que los mismos contraríen los principios y normas generales en manera de acto y de procedimiento administrativo, “da la sensación (haciendo el parangón con el derecho concursal), que nos hallamos ante un concurso preventivo en que el Estado no sabe a quién debe, cuánto debe y que además hace todo lo posible para que sus acreedores no se presenten a verificar sus créditos.”<sup>5</sup>

Cabe señalar que ésta fue una nueva norma dictada por el Estado que pudo afectar los derechos de sus acreedores mediante la modificación de los plazos de caducidad y prescripción, alterando mediante artículos introducidos en una ley de presupuesto normas propias del Código Civil (en cuanto a la prescripción) o de la ley nacional de procedimientos administrativos (en cuanto a la caducidad); lo que obviamente atenta contra la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

#### 7.7. *Ley 24.624*

Mediante los arts. 19, 20 y 21 de la Ley de Presupuesto 24.624 se vuelve a regular la cuestión, reiterando principios ya expuestos en leyes anteriores o legislando respecto de nuevas cuestiones que aparecieron con posterioridad a la ley de consolidación de deudas.

En efecto, por el art. 19 se dispone que: “Los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público, ya sea que se trate de dinero en efectivo, depósitos en cuentas bancarias, títulos, valores emitidos, obligaciones de terceros en cartera y en general cualquier otro medio de pago que sea utilizado para atender las erogaciones previstas en el presupuesto general de la Nación, son inembargables y no se admitirá la toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte del o de los titulares de los fondos y valores respectivos [...] En aquellas causas judiciales donde el tribunal, al momento de la entrada en vigencia de la presente, hubiera ordenado la traba de medidas comprendidas en las disposiciones precedentes, y los recursos afectados hubieren sido transferidos a cuentas judiciales, los representantes del Estado Nacional que actúen en la causa respectiva, solicitarán la restitución de dichas transferencias a las cuentas y registros de origen, salvo que se trate de ejecuciones válidas firmes y consentidas con anterioridad a la fecha de la presente ley.”

El art. 20 determina que: “Los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado Nacional o a alguno de los entes y organismos enumerados en el artículo

<sup>5</sup> HALPERIN, DAVID A., *Reclamos de créditos contra el Estado, Caducidad de derechos*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 2.

anterior al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el presupuesto general de la administración nacional, sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido en la ley N° 23.982. En el caso que el Presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el PODER EJECUTIVO NACIONAL deberá efectuar las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el del ejercicio siguiente, a cuyo fin la SECRETARIA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS deberá tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día TREINTA Y UNO (31) de agosto del año correspondiente al envío del proyecto. Los recursos asignados por el CONGRESO NACIONAL se afectarán al cumplimiento de las condenas siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignen en el siguiente ejercicio fiscal.”

Por último, el art. 21 regula que: “Las sentencias judiciales no alcanzadas por la ley 23.982, en razón de la fecha de la causa o título de la obligación o por cualquier otra circunstancia, que se dicten contra las Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta, Empresas del Estado y todo otro ente u organización empresarial o societaria donde el Estado Nacional o sus entes de cualquier naturaleza tengan participación total o parcial, en ningún caso podrán ejecutarse contra el Tesoro Nacional, ya que la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales.”

Sobre el punto agrega BIANCHI: “[s]i bien paradójicamente hemos logrado un alto grado de avance en el nivel teórico en torno a lo que debe ser un Estado responsable, a tal punto que cualquiera de las sentencias de los tribunales inferiores o de la Corte Suprema, o de las muchas y valiosas construcciones doctrinarias existentes podrían ser exhibidas en cualquier foro jurídico internacional, donde podríamos hacer gala de un Estado más responsable aún que el de los ingleses o norteamericanos, esa genuina satisfacción cívica se vería rápidamente desvanecida con sólo leer el artículo 20 de la ley 24.624 actualmente vigente [...] La claridad del texto [...] me releva de tener que explicarlo, pero aún así creo que vale la pena destacar los ejes sobre los que está montado: a) el pago no se realiza en forma inmediata, sino que puede ser satisfecho dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el presupuesto del año en que se dicta la sentencia; b) si el presupuesto correspondiente al ejercicio en que la condena debe ser atendida careciera de crédito presupuestario suficiente, el poder ejecutivo efectuará las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente; esto ocurrirá siempre y cuando la Secretaría de Hacienda haya tomado conocimiento

fehaciente antes del 31 de agosto del año correspondiente al envío del proyecto. Como puede advertirse, la ley no prevé una solución para el caso de que el Poder Ejecutivo no haga las provisiones necesarias para incluir el monto de la condena en el ejercicio que corresponde o en el siguiente. ¿Podría en este caso el acreedor iniciar una ejecución? [...] De modo, pues, que hemos regresado a la inejecutabilidad del Estado. Luego de una trabajosa lucha en contra de las inmunidades del poder...estamos en un estadio anterior al del dictado en 1900, de la ley 3952, de demandas contra la Nación. O quizás, pero antes no se podía demandar al Estado, de modo tal que nadie –salvo que obtuviera la venia legislativa- estaba dispuesta a hacerlo. Por otro lado, la actividad estatal era ínfima comparada con la de hoy; en consecuencia, las posibilidades de que el Estado causara daños eran también reducidas. Actualmente, en cambio, el sistema es perverso. Se induce a creer que el Estado es responsable y las puertas de los tribunales están abiertas de par en par para demandarlo. Todo litigante, además, cruza el umbral de la justicia munido de un arsenal de doctrinas y jurisprudencias -nacional y extranjeras- que serán bien acogidas seguramente en el fallo final. Pero quizás lo que no se haya advertido hasta ese momento es que ese fallo sólo lo habrá habilitado a pedir que la Secretaría de Hacienda –si quiere- ingrese al proyecto de ley de presupuesto la partida necesaria para afrontar el pago que ordenara la sentencia de condena. Quiere decir, en pocas palabras, que todos los esfuerzos realizados en casos como [...] «Pietranera», que tan sólo setenta y cuatro años después de sancionada la ley 3952 permitió encontrar un cauce efectivo para reglamentar el principio de inejecutabilidad del Estado establecido en el artículo 7° de aquélla, hoy se han frustrado.”<sup>6</sup>

#### 7.8. *Ley 25344 (B.O. 21-XII-00)*

Aquí, nuevamente, y ante el fracaso rotundo de lo que la ley 23.696 de emergencia y la ley 23.982 de consolidación de pasivos del Estado preveían, se dicta una nueva ley, que vuelve a reiterar la consolidación de todas las deudas; ahora desde el 1-IV-91 y hasta el 1-I-00, con igual plazo de vencimiento y con la misma opción para los títulos otorgados.

Esta ley, a diferencia del plazo anterior, no suspende los juicios contra el Estado ni la ejecución de los mismos pero transforma todas las deudas dinerarias posteriores al 1-IV-91 en deudas consolidadas, dejando liberado el proceso de la ley 23.982 al que hicimos referencia más arriba para las deudas posteriores al 1-I-00.

“A pesar de que la ley de consolidación, ex profeso, no contiene ninguna norma por la cual el juez de la causa pueda controlar el procedimiento de entrega de los bonos, el juez debe acceder a la solicitud de tutela para que, en caso de demora, pueda imponer las medidas coercitivas correspondientes en el caso que

<sup>6</sup> BIANCHI, ALBERTO, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Ábaco 1999, pp. 17-20.

se demore o se niegue la autoridad administrativa a efectuar la entrega de los títulos públicos por el monto condenado en la sentencia. Es por ello que, en el caso del procedimiento descrito [...] es conveniente que dichos elementos sean acompañados por un oficio judicial librado a solicitud de parte para que sea el juez quien efectúe la solicitud correspondiente y no ya únicamente el particular y que se depositen en autos los referidos títulos dentro del plazo razonable que se disponga judicialmente. Las dilaciones que se provoquen en el trámite pueden ser conjuradas a través del pedido de remisión de informes por parte del juez de la causa. En caso de dilaciones injustificadas y sin perjuicio de las medidas establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pueden solicitarse astreintes o sanciones conminatorias previstas en el artículo 666 bis del Código Civil en beneficio de la parte y en último caso nos encontraremos ante la figura prevista en el artículo 264 del Código Penal [...] Por lo expuesto, nos encontramos en la convicción de que la solicitud de entrega de los títulos públicos no puede constituirse en un nuevo proceso judicial, pues es sólo una consecuencia del dictado de la sentencia y está para que sea cumplida a pesar de la existencia de una ley que la condiciona y le dispone el procedimiento de cumplimiento; el juez de la causa tiene el suficiente *imperium* para tomar las medidas ordenatorias del proceso y todas aquellas otras a su alcance para que su decisión sea cumplida.”<sup>7</sup>

“Confirmando que el tiempo es circular y que lo que sucedió alguna vez volverá a suceder inexorablemente, diez años después de las leyes de Reforma Administrativa (23.696), de Emergencia Económica nro. 23.697 y de Consolidación de Pasivos del Estado nro. 23.982, reaparece” una nueva ley de emergencia económica.

“Pareciera que ser acreedor del Estado argentino constituye un pecado que jamás termina de ser purgado. En efecto, lo primero que sucede es que el Estado argentino no honra sus compromisos y sistemáticamente elude el cumplimiento de sus obligaciones con excusas de dudosa legitimidad o simplemente no paga. Agotada la vía administrativa, que siempre lleva bastante tiempo, se inicia un pleito en el que el Estado se bate en todas las instancias, promoviendo todo tipo de incidencias y excepciones, gozando, además, de notorios privilegios procesales destinados a disuadir a quienes se aventuren en un juicio contra él. Cuando el juicio ha sido ganado, después de largos años, el Estado, desde hace una década, ha tomado la costumbre de pagar con bonos de valor presente casi ridículo. Y aquí no terminan las penurias, porque cobrar esos bonos de bajísimo valor, constituye otra nueva aventura administrativa que a veces también demanda años. Este verdadero castigo a quienes son acreedores del Estado argentino produce las más variadas consecuencias, todas negativas y todas contrarias al desarrollo del bienestar de la sociedad y la seguridad jurídica.”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> ABERASTURY, PEDRO, *Consolidación de las deudas del Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pp. 64-65.

<sup>8</sup> CRIVELLI, JULIO C./VEGA, SUSANA E., “Estado Argentino: la emergencia permanente. Comentarios críticos al proyecto de ley N° 902/99 de emergencia económica,” *RAP*, 264: 19.

GONZÁLEZ PÉREZ ha llegado a decir que las sentencias condenatorias de la administración “se ejecutan si quieren, cuando quieren o como quieren los políticos de turno. Esta afirmación puede aplicarse a todos los países, con independencia del sistema político que en ellos rija.”<sup>9</sup>

### 7.9. Ley 25.561

Por la ley 25.561, sancionada el 6/I/02 y promulgada en la misma fecha, se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegándose en el Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en dicha ley hasta el 31/XII/04.

Tal ley y la emergencia correspondiente fueron prorrogadas por la ley 25.572 (B.O. 17-XII-04), ley 26.077 (B.O. 10-I-06), ley 26.204 (B.O. 20-XII-06), ley 26.339 (B.O. 4-I-08), ley 26.456 (B.O. 16-XII-08), ley 26.563 (B.O. 22-XII-09), donde se prorroga su vigencia hasta el 31-XII-11.

De lo hasta aquí expuesto surge con claridad que el régimen de excepción para el pago de las deudas del Estado calificado a través de la llamada Ley de Consolidación de Deudas N° 23.928 sigue vigente desde el 1-IV-91 hasta el 31-XII-11.

### 8. Fallo Pietranera

Frente a la incuria por parte del Estado en cumplir no solo las sentencias de contenido dinerario sino las sentencias de hacer, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Pietranera, Josefa y otros c/ Gobierno Nacional*<sup>10</sup> del 7-IX-96, sienta un principio general que se aplicó en forma pacífica en el fuero contencioso administrativo hasta la irrupción de las leyes ya citadas de emergencia económica y de consolidación.

Se trataba del caso del desalojo por parte del Gobierno nacional de un inmueble de propiedad de los demandantes, cuya sentencia no era cumplida por el Estado nacional invocando razones de interés público y específicamente el art. 7° de la ley 3952.

Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresa que el propósito del art. 7° no es otro que evitar que la administración pública pueda verse en situación de no cumplir un mandato judicial perentorio, pero de ningún modo significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría colocarlo fuera del orden jurídico.

Como los actores perseguían recobrar la posesión de su propiedad y poder ejercer el *ius iutendi, fruendi* y *abutendi*, la sentencia meramente declarativa violaría expresamente su garantía constitucional de propiedad.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, “El proceso administrativo y la Constitución,” *REDA*, n° 14, julio/septiembre de 1977, p. 365 y ss.

<sup>10</sup> CSJN, *Pietranera, Josefa y otros c/ Gobierno Nacional*, 1996, *Fallos*, 265: 291.

Es por ello que la Corte confirma la sentencia apelada y otorga un plazo razonable al Estado para que entregue el inmueble y advierte que en caso de silencio el plazo de desalojo se fijará judicialmente.<sup>11</sup>

De esta forma, la Corte sentó un precedente que fue utilizado por todos los tribunales inferiores, suavizando el art. 7º de la ley 3952.

Es decir, sin apartarse del principio declaratorio de las sentencias de condena contra el Estado, se entendía que el Estado; como garante del orden jurídico (ya en el Preámbulo de nuestra Constitución nacional se promete *afianzar la justicia*) no puede incumplir las mandas judiciales, quedando fuera del orden jurídico.

Es así que sobre la base de este fallo se creó un sistema pretoriano que respetando la ley 3952, el bien común que persigue el Estado, los derechos de los particulares y el respeto que se le debe a toda orden judicial, previó frente a una sentencia firme requerirle al Estado dentro de qué plazo prudencial iba a cumplirla, fijando un término para la contestación de tal requerimiento; bajo apercibimiento de que si el Estado no contestase lo requerido, el plazo sería fijado por el juez actuante. Si el Estado contestaba dentro de qué plazo prudencial iba a cumplir, el juez se atenía a los términos de su respuesta, y vencido tal término quedaba liberado para ejecutar la sentencia.

Si el Estado dentro del plazo fijado no contestaba en qué termino iba a cumplir, el juez tomando en consideración las circunstancias del caso fijaba un plazo para el cumplimiento, al vencimiento del cual si el Estado no cumplía voluntariamente podía comenzar con la ejecución de sentencia.

Resulta claro que este procedimiento se utilizó sin dificultades hasta la ley 23.696 y con posterioridad hasta la ley 23982, que suspendieron los juicios contra el Estado y luego consolidaron las deudas a través de la emergencia económica.

### 9. Emergencia

No es materia de este análisis la llamada emergencia económica pero no puede dejar de citarse el problema que implica un Estado republicano y democrático que se autotitula *de Derecho*, que mantiene desde hace 20 años una situación de emergencia económica, lo que implica en la práctica el pago de sus condenas judiciales a través de métodos que significan por principio un desmedro en los derechos del acreedor y en el sistema republicano de gobierno.

Con respecto a los derechos del acreedor, cabe precisar que han desaparecido ya las opciones de pago en dólares y la realidad ha demostrado que las opciones de pago en efectivo carecen de resultados positivos; por lo que sólo le queda aceptar el pago en bonos de consolidación de la deuda.

Ello implica que la deuda originaria que debe ser cancelada en moneda de curso legal mediante una novación dispuesta por el Estado se transforme en la

<sup>11</sup> ABERASTURY, PEDRO, "El presupuesto público en la ejecución de sentencias contra el Estado," *RDA*, 2003-515, pp. 11/13.

percepción de bonos a largo plazo con un pago de intereses que no compensa tal retraso y que implica; en definitiva, el no recibir aquello que se debe, sino algo en sustitución, justificado por la emergencia.

El segundo aspecto que no puede dejarse de resaltar es que la sentencia y su condena respectiva quedan sujetas a través de diversas normas de jerarquía inferior (decretos, resoluciones ministeriales o de organismos descentralizados) al control por parte del Poder Ejecutivo de la decisión firme de una sentencia judicial, sea esta de un Juez de Primera Instancia, de una Cámara de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este vicio procedimental no hace sino subvertir el orden constitucional y la división de poderes del sistema republicano de gobierno, en la medida en que es el propio Poder Ejecutivo quien controla al Poder Judicial y decide en definitiva qué es lo que paga y cuándo lo paga.

A esto cabe agregar que el trámite del reconocimiento de la deuda y el pago a través de los bonos que se depositan en la caja de valores no es ni rápido ni eficiente; con lo cual el acreedor del Estado con sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada debe no sólo admitir el pago en una especie diferente al de la moneda corriente y la disminución correspondiente de su crédito sino que además debe iniciar un largo y farragoso trámite por ante las oficinas de la deuda pública, que le exigen prácticamente de nuevo toda la documentación propia de la demanda y su sentencia correspondiente; reservándose el Estado para sí la posibilidad de revisar la orden judicial.

En este orden de ideas, el cobro al Estado de sus acreencias reconocidas por sentencia judicial se transforma prácticamente en un nuevo proceso que ya no tiene —por principio— el control judicial, desde que no está previsto ningún tipo de sanción específica para aquel funcionario que se encargue de la deuda pública y no cumpla las órdenes judiciales.

Resulta evidente que la emergencia de la que se habla no es tal. Es característica de toda emergencia un tiempo breve como para salvar las dificultades momentáneas; como ejemplo puede tomarse la designación que se hacía en la Roma antigua de un dictador que no podía durar en su cargo más de seis meses o que finalizaba su período cuando el peligro público había desaparecido.

Cuando llevamos 20 años de emergencia no podemos ni siquiera en el lenguaje común admitir que nuestra situación es una situación de emergencia, sino que es nuestra forma común de vivir; de allí que si tal es nuestra forma republicana y democrática tenemos dos opciones; o bien admitimos que el Estado seguirá pagando cómo, cuándo y dónde quiera y que las sentencias del Poder Judicial serán meras declaraciones de derechos (en la medida en que esto es lo normal que sucede desde hace más de 20 años); o bien debemos admitir que ésta no puede ser nunca una situación permanente, que de ella se debe salir y que el Estado como creador del derecho y responsable del cumplimiento del mismo no puede seguir creando para sí un derecho excepcional que lo aparta del resto de

las personas jurídicas y de existencia visible y lo transforma en un ente que al vivir siempre en emergencia responde con soluciones que no son las propias de un Estado de Derecho.<sup>12</sup>

<sup>12</sup>GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O., "Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional," en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, v. 2, Buenos Aires, La Ley, 2007; "Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional," *Revista de Derecho Procesal*, v. 2001-1, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, pp. 183-213; "Ejecución judicial de las sentencias de contenido dinerario contra el Estado de acuerdo a la nueva legislación y conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," *ED*, 189: 668; "Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional," *JA*, 2009-1, 59; "Ejecución judicial de las sentencias dictadas contra el Estado Nacional," *RAP*, 274: 9.

## LOS EFECTOS *ERGA OMNES* DE LA SENTENCIA

Por ENRIQUE V. LAVIÉ PICO

### SUMARIO

1. Introducción .....	231
2. La sentencia. Generalidades .....	232
2.1. Efectos producidos por la sentencia en el ámbito de la administración pública .....	233
3. Posibilidad de la admisión del efecto <i>erga omnes</i> .....	235
3.1. Posición que no reconoce el efecto <i>erga omnes</i> .....	238
3.2. Posición que reconoce el efecto <i>erga omnes</i> .....	242
4. Consideraciones generales acerca de los efectos <i>erga omnes</i> de la sentencia .....	244
5. El efecto <i>erga omnes</i> y los argumentos esbozados por la doctrina para negarlo: La separación de poderes, la cláusula del art. 116 de la Constitución nacional y el paralelismo de las formas .....	248
5.1. La separación de poderes.....	248
5.2. La cláusula del art. 116 de la Constitución nacional .....	252
5.3. Paralelismo de las competencias.....	256
6. Jurisprudencia .....	256
7. Tribunal competente para atribuir efectos <i>erga omnes</i> a los pronunciamientos judiciales .....	262
8. Conclusiones.....	264



## LOS EFECTOS ERGA OMNES DE LA SENTENCIA

Por ENRIQUE V. LAVIÉ PICO

### 1. Introducción

A partir de los últimos pronunciamientos judiciales, resulta importante examinar nuevamente si el alcance de la sentencia judicial puede tener efectos *erga omnes* o por el contrario si esa atribución resulta incompatible con el ordenamiento jurídico nacional. Ello con relación a la declaración de inconstitucionalidad de una ley como también a la que decide la nulidad de un acto de alcance general, en la medida que se trata de problemas similares que, por ende, merecen argumentaciones y respuestas análogas.<sup>1</sup>

En esta oportunidad y más allá del examen de la nueva jurisprudencia aplicable a la expansión de los efectos de la sentencia, lo cierto es que muchas cuestiones ya fueron examinadas en otro trabajo realizado, que si bien se circunscribió a la consideración de los efectos *erga omnes* de la sentencia en la impugnación de reglamentos o actos de alcance general, lo cierto es que ahora y de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior pretendo ampliarlos, a la luz de la nueva jurisprudencia, para intentar conciliar su aplicación a los efectos que corresponde atribuir a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento.

También será necesario determinar cuál es el órgano competente, en caso de aceptar el efecto citado en los pronunciamientos, para disponer que el fallo pertinente sea oponible a todos los afectados, esto es si debe ser una atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o por el contrario de cualquier tribunal judicial tanto nacional como provincial, o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>1</sup>COMADIRA, JULIO P. / LAGARDE, FERNANDO M, "La cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo," en CASSAGNE JUAN C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, p. 143; LAVIÉ PICO, ENRIQUE V., "Los efectos «erga omnes» de la sentencia en la impugnación de reglamentos o actos de alcance general," *Derecho Administrativo - Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, v. 13, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2002, pp. 361-406.

Otro aspecto importante para tener en cuenta será el de examinar si dicha calificación puede producir un resquebrajamiento o invasión de un poder en otro, o dicho con otras palabras si con la declaración judicial, que invalide una norma, decreto o reglamento, con efectos *erga omnes* se afecta de alguna manera la división de poderes establecida en la Constitución Nacional.

## 2. La sentencia. Generalidades

El estudio de la sentencia merece, sin duda, una atención especial, ya que con ella culmina el proceso como instrumento de satisfacción de pretensiones y se hace efectiva la tarea de administrar justicia.<sup>2</sup>

El modo típico, normal y regular de finalización de todo proceso es la sentencia, que como acto jurisdiccional o decisorio declara y pone fin a las cuestiones de fondo planteadas por las partes con fuerza de verdad legal.

La sentencia es la declaración de voluntad que emana de un órgano judicial. Es la decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal, y mediante esa resolución el magistrado crea una norma individual, que constituye una nueva fuente reguladora de la situación jurídica que se discute en el proceso administrativo.<sup>3</sup>

Con otras palabras se la ha definido “como el acto del órgano judicial en cuya virtud éste, agotadas las etapas de iniciación y desarrollo, decide actuar o denegar la actuación de la pretensión o petición extracontenciosa que fue objeto del proceso.”<sup>4</sup>

En la doctrina la clasificación que mayor difusión ha alcanzado es aquella que, teniendo en cuenta el contenido específico de las sentencias y los efectos que ésta produce, las divide en: Declarativas, constitutivas y ejecutivas.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho Administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 2000, 7ª ed., p. 646.

<sup>3</sup> ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., “La sentencia en el juicio contencioso-administrativo,” *Revista de Derecho Administrativo*, n° 11, año 4, septiembre-diciembre de 1992, Depalma, pp. 319-334.

<sup>4</sup> PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 420.

<sup>5</sup> PALACIO, *op. cit.*, p. 492. A) **Declarativas**: son aquéllas que eliminan la falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico, reconocen o no el derecho del actor en cuanto a su pretensión. Al respecto señala ALSINA “toda sentencia, es declarativa en cuanto ella no tiene otro efecto que el de reconocer un derecho que el actor ya tenía cuando inició la demanda y que el demandado se lo había desconocido, o el de establecer que el demandado no se encuentra sometido al poder jurídico del actor, siendo en consecuencia infundada la demanda” (ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1956-1965, 2ª ed., p. 113); B) **Constitutivas**: Son las que crean, extinguen o modifican una determinada situación jurídica, o sea, al contrario de las declarativas se manifiestan en la innovación que introducen en el mundo jurídico. Este tipo de sentencias puede ser de anulación (cuando privan de eficacia jurídica al acto impugnado) o de condena (en el caso del reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios), y C) **Ejecutivas**: Son aquéllas sentencias que imponen al demandado una prestación y que, en consecuencia, hacen nacer un título ejecutivo a favor del vencedor en el supuesto de que el sujeto pasivo de la sentencia no quiera cumplir voluntariamente la condena impuesta. A su vez se ha propuesto, en otro tipo de encuadre, que los efectos jurídicos del proceso (equivalentes a los de la sentencia) pueden incidir tanto en la eficacia jurídico-material o bien en el ámbito de la eficacia

La eficacia jurídico-material de un proceso reviste carácter excepcional y aparece cuando la sentencia que admite la pretensión provoca la creación, modificación o extinción de determinada situación jurídica. Ello ocurre en los procesos constitutivos en los cuales los resultados procesales repercuten directamente en el mundo jurídico-material. Ni los procesos declarativos ni los de condena producen tal eficacia: Los declarativos porque se limitan a verificar la situación jurídica afectada, los de condena porque imponen una situación material que antes existía. Tampoco los procesos de ejecución innovan en las situaciones jurídico-materiales pues por regla general aquello que cambia es la realidad física anterior al proceso, pero no la jurídica, precedentemente declarada.<sup>6</sup>

Entonces la eficacia propia del proceso se desarrolla, y se resume en una expresión fundamental: La vigencia indefinida de los resultados procesales una vez obtenidos y que básicamente se explica en el mecanismo de la cosa juzgada.<sup>7</sup>

En cuanto al instituto de la cosa juzgada, se ha señalado que ella consiste en la “imposibilidad de que cualquier órgano jurisdiccional dicte un nuevo fallo sobre el mismo asunto.”<sup>8</sup>

MAIRAL señala que este principio significa en palabras de DEVIS ECHANDÍA, “que una vez decidida con las formalidades legales un litigio, mediante sentencia que tenga esa calidad; a las partes les está vedado plantearlo posteriormente y a los jueces resolverlo de nuevo.” De allí, entonces, que la autoridad de la cosa juzgada sea la “inmutabilidad y definitividad de la fuerza vinculativa de ciertas sentencias ejecutorias.”

Por su parte GARCÍA PULLÉS señala que: “En una interpretación restrictiva podría sostenerse que el precepto ha trascendido de la triple identidad clásica únicamente en los límites objetivos de la cosa juzgada. Sin embargo, es más aceptable colegir -con nuestra mejor doctrina- que “[l]a norma [...] es suficientemente amplia, toda vez que no sujeta al juzgador a verificar necesariamente las tres identidades, sino que le permite decidir la excepción sobre la base de un examen de todos los antecedentes que vinculan a los litigios.”<sup>9</sup>

### 2.1. *Efectos producidos por la sentencia en el ámbito de la administración pública*

Los efectos de la sentencia presentan un problemática especial cuando lo resuelto tiene incidencia sobre la administración pública. Ello así porque en la sentencia jurídico-procesal. (GRECCO, CARLOS M., *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, p. 104.)

<sup>6</sup> GRECCO, *op. cit.*, p. 104; GONZÁLEZ PERÉZ, JESÚS, *La sentencia administrativa: Su impugnación y efectos. Estudios de administración*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, cap. X, p. 197 y ss.

<sup>7</sup> GUASP, JAIME, *Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 547.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 822.

<sup>9</sup> GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, “Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento. Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo,” *LL*, 2000-C, 1168.

contencioso-administrativa se reflejan todas las virtualidades y todas las insuficiencias de un sistema jurisdiccional específicamente construido para controlar los actos del poder público y para hacer efectivo el principio de legalidad que constituye la clave del Estado de derecho.<sup>10</sup>

Este último concepto apuntado nos obliga a recordar que en un “[e]stado de Derecho, todos los poderes han de ser ejercidos conforme al ordenamiento jurídico, entendido éste como un todo comprensivo de lo que en las normas expresamente se prescribe, de lo que surge de su espíritu, de los principios que de ellas resultan por analogía, y de los principios generales del derecho —propios del derecho natural—, que han de buscarse primordialmente en la Constitución.”<sup>11</sup>

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló: “La plenitud del Estado de derecho [...] no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las trasgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos. El verdadero valor del derecho, dice R. von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica [...] La función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho”<sup>12</sup> y agregó “la existencia de un Estado de derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales -producto de un régimen donde el derecho preexiste a la actuación del Estado y la actividad de éste se subordina al ordenamiento jurídico- [...] En ese propósito, un segundo elemento, de índole formal, el denominado principio de legalidad -integrado en forma indivisible con el de razonabilidad o justicia- resulta esencial, y postula como tal el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico —entendido esto como una realidad dinámica— o, como lo denominó un recordado publicista francés, al -bloqueo de legalidad.”<sup>13</sup>

Así tenemos que el proceso en el que se debaten cuestiones en las cuales se aplica el derecho administrativo o se juzga a la administración se denomina juicio en lo contencioso administrativo, el cual también tiene como modo típico y normal de finalización la sentencia.

En términos generales puede decirse también que la sentencia sólo puede confirmar o anular el acto administrativo impugnado, pero no puede modificarlo ni sustituirlo. Si se aceptara la modificación o sustitución del acto ello implicaría

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 631.

<sup>11</sup> JEANNERET DE PERÉZ CORTÉS, MARÍA, “Reflexiones acerca de la remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación,” *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Nación*, n° 21/22, p. 274.

<sup>12</sup> CSJN, Ibarra, 1977, *Fallos*, 299: 338; *Perez de Smith*, 1978, *Fallos*, 300: 1282; *Recchia de Schedan*, 1983, *Fallos*, 305: 504.

<sup>13</sup> CSJN, *Leiva*, 1989, *Fallos*, 312: 1686.

reemplazar a la administración y en consecuencia una intromisión en la esfera reservada a ella.<sup>14</sup>

Al respecto MARIENHOFF expuso que “cada Poder sólo puede actuar válidamente en la esfera de su respectiva competencia establecida por la Constitución” y de allí que sostuvo que la “reserva de la Administración es un obvio corolario del principio de separación de los poderes, que aparejan la adjudicación de competencias propias y exclusivas a cada uno de los tres órganos esenciales integrantes del gobierno.”<sup>15</sup>

En base a ello la sentencia es el instrumento o acto de que se vale el Poder Judicial o mejor dicho el juez para ejercer el control de la actividad de la administración pública. Control que solamente se refiere a la legitimidad del acto o reglamento y de ninguna manera a la oportunidad, mérito o conveniencia de aquéllos, puesto que estas tres últimas situaciones apuntadas son competencia exclusiva de la administración en la medida que integran su zona de reserva.<sup>16</sup>

Por último la sentencia contencioso administrativa como acto de culminación del proceso administrativo es una de las circunstancias que ha presentado y presenta aún infinidad de controversias y por ende ha dividido a la doctrina administrativista, como mas adelante veremos, en la medida que no hay hasta la fecha un criterio uniforme sobre el alcance que debe darse al pronunciamiento definitivo.

### 3. Posibilidad de la admisión del efecto erga omnes

La cuestión a analizar en este capítulo consiste en determinar si la sentencia podría tener alcances *erga omnes*.

Al respecto conviene recordar primero que la actuación de la administración debe adecuarse o encuadrarse dentro o en los límites que establece, entre otros,<sup>17</sup> el principio de legalidad, que exige que la administración adecue su accionar de acuerdo con el ordenamiento jurídico, máxime considerando que la sujeción de

<sup>14</sup> ALTAMIRA GIGENA, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

<sup>15</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992-1995, 5ª ed., p. 262. En sentido similar, la Corte Suprema señaló que: “[T]odo lo relativo a los órganos de gobierno queda -en principio- excluido de la revisión judicial.” Ver: CSJN, *Ramón Cracano*, 1902, *Fallos* 98: 107; *Hipolito Irigoyen*, 1932, *Fallos*, 165: 199; *Dalves*, 1985, *Fallos*, 307: 1535, entre muchos otros.

<sup>16</sup> CSJN, *Hileret*, 1903, *Fallos*, 98: 20; *Jewish Colonization Association*, 1926, *Fallos*, 147: 402; *Guardian Assurance Company*, 1927, *Fallos*, 150: 89; *Cine Callao*, 1960, *Fallos*, 247: 121; *Aceval*, 1961, *Fallos*, 251: 21; *S.A. Córdoba Goma*, 1976, *Fallos*, 295: 814; *YPF*, 1979, *Fallos*, 301: 341; *Ginart de Castex*, 1981, *Fallos*, 303: 1029, entre muchos otros.

<sup>17</sup> Recordar además los principios: 1) De igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución nacional y que fundamentalmente radica en la garantía que tienen los particulares para impedir que se estatuyan en las leyes distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios; 2) de defensa en juicio, aplicable a la administración pública en la medida que constituye la base para el ejercicio de los restantes derechos individuales o colectivos, y 3) de razonabilidad o justicia.

la administración a la ley constituye uno de los principios capitales del Estado de derecho.

En efecto uno de los recaudos clave para catalogar a un Estado como de derecho es el de la primacía de la ley, del que se desprende el principio de legalidad administrativa.<sup>18</sup>

Que además el principio de legalidad traduce la exigencia de encuadrarse dentro de las normas y los valores del sistema jurídico, por lo cual también puede entenderse como una forma de garantía de las funciones estatales que asegura plenamente su realización.<sup>19</sup> Significa, entonces, en la dinámica de un Estado de derecho, el sometimiento de cualquier órgano estatal a las disposiciones del ordenamiento jurídico.<sup>20</sup>

De ello surge la circunstancia que la administración no puede obrar sin que el ordenamiento la autorice expresamente. Lo característico de la norma administrativa es que confiere poderes, que habilita a la administración para un obrar determinado, y dichos poderes han debido ser atribuidos de un modo positivo por el ordenamiento. Así la exigencia primaria del principio de legalidad reposa en la necesidad de una previa atribución de potestades por el ordenamiento, para que la administración pueda actuar.<sup>21</sup>

Sobre este punto COVIELLO señala que: “[E]l contenido actual de la vinculación de la Administración a la ley u ordenamiento jurídico, traducida en el principio de legalidad administrativa, muestra que la norma jurídica no es vista como un límite externo de actuación de los poderes públicos, en el sentido de que frente a un poder de libre determinación inicial sólo se oponen los límites impuestos por el ordenamiento -doctrina de la vinculación negativa de la Administración por la ley-, sino, al contrario, como una condición o habilitación previa del ordenamiento para la actuación administrativa —doctrina de la vinculación positiva—. En definitiva, estos principios jurídicos fueron cristalizados normativamente en la Ley Fundamental alemana de 1949, cuyo art. 20.3. establece que el Poder Ejecutivo está «sometido» a la ley y al derecho.”<sup>22</sup>

Es justamente ante el obrar administrativo fuera de los límites legales impuestos que cobra importancia el control de legalidad realizado a través del proceso establecido en el ordenamiento jurídico pertinente. Ello, a su vez, con la posible consecuencia, en caso de ser un reglamento la norma sometida a control de legalidad, de su anulación general o con efectos *erga omnes*.

<sup>18</sup> COVIELLO, PEDRO J. J., “La denominada «zona de reserva de la Administración» y el principio de legalidad administrativa,” *RADA*, n° 21/23, p. 122.

<sup>19</sup> FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, pp. 224-225.

<sup>20</sup> GRECCO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>21</sup> HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 26.

<sup>22</sup> COVIELLO, *op. cit.*, p. 127.

Por ello se ha sostenido que una vez que haya decisión judicial firme, la administración no puede limitarse a no aplicar la norma sólo en el caso concreto, porque sería írrito que, a pesar de conocer que el reglamento está viciado de ilegitimidad, intentara aplicarlo a los demás administrados que no han impugnado la norma.<sup>23</sup>

Ello además, cabe repetir, que la administración siempre tiene el deber de obrar de conformidad con el principio de la legalidad objetiva<sup>24</sup> y en consecuencia una vez que conoce que el reglamento es ilegítimo —por decisión judicial— debe derogarlo.

Sin embargo esto no debe ser dejado solamente a la libre disposición o al arbitrio de la administración, en la medida que si la autoridad administrativa no coincide con la declaración de ilegitimidad dispuesta judicialmente, nada podrá hacer con respecto al caso concreto en el cual se debatió y se declaró la ilegitimidad pero, seguramente, mantendrá el reglamento en vigencia para los demás administrados,<sup>25</sup> por ello, resultaría más adecuado o eficaz atribuir directamente al fallo judicial los efectos *erga omnes* y ante esta declaración la administración se encontraría obligada a derogar la norma en crisis, o por lo menos no podría aplicarla en ningún otro caso con respecto a otro administrado.

Que en igual sentido se ha argumentado que en el caso que se le otorgue a la sentencia que declara la ilegitimidad de un reglamento efecto *erga omnes*, las consecuencias del pronunciamiento judicial parecen inevitables, en la medida que la administración debe seguir los lineamientos sentados por la justicia, porque la norma impugnada ha desaparecido del ordenamiento jurídico. En el caso que esto no ocurra, igualmente el administrado podría oponer la excepción de cosa

<sup>23</sup> HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 161.

<sup>24</sup> Cabe aquí recordar que desde muy antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que “la Administración debe ser **franca, leal y pública** en sus actuaciones.” (Fallos: 10:203 del 27-VI-1871.)

<sup>25</sup> Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1995, p. 24 y ss., donde textualmente señala: “[C]onforme a la opinión dominante, cuando el órgano administrativo se encuentra frente a una ley inconstitucional -por ejemplo, por contrariar tales supremos valores constitucionales” (se refiere a los valores de razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, etc.) “él no puede apartarse del precepto disvalioso, sino que debe en todo caso plantear o promover su derogación, y mientras tanto debe cumplirlo. Conviene advertir, por lo demás, que tampoco existe en nuestro sistema constitucional un mecanismo para declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una ley con carácter general; que además los jueces no pueden pronunciarla de oficio, etc. y resulta de ello que en la práctica se pretende cumplir la ley inconstitucional con toda normalidad durante muchos años, hasta que eventualmente el Congreso la derogue. En la vida diaria se toma como formalmente vigente la norma de rango inferior, a despecho de los valores constitucionales que pueda estar lesionando, a pesar de ser inconstitucionales y por lo tanto intrínsecamente antijurídica. Algo parecido ocurre con los reglamentos: difícilmente una autoridad administrativa inferior se considerará con competencia para apartarse en un caso concreto de un reglamento que reputa ilegal o inconstitucional, y la consecuencia será también que el reglamento se considerará formalmente vigente y se entenderá que debe ser cumplido no obstante su ilegalidad o inconstitucionalidad. Resulta de ello que existe siempre un conjunto de normas formalmente vigentes, que no son en verdad cabal reflejo de un verdadero sistema jurídico internamente compatible, en cuanto les falta su compatibilidad primaria con los valores básicos del sistema constitucional.”

juzgada en los nuevos litigios que pudieran suscitarse como consecuencia de la desobediencia administrativa.<sup>26</sup>

En el caso que en la sentencia se declare la inconstitucionalidad de una ley, con efectos generales, resulta claro que la norma debería ser derogada por el Congreso de la Nación que es el órgano que tiene la atribución constitucional para ello y porque no le corresponde al Poder Judicial colocarse por encima de las atribuciones propias de otro poder del Estado.

En cuanto al efecto *erga omnes*, en primer término, debemos recordar que para una parte de la doctrina administrativista la sentencia que declara la invalidez de un reglamento o acto de alcance general produce efectos *erga omnes*, o sea, que la consecuencia necesaria deviene en la derogación de la disposición atacada y declarada inválida.<sup>27</sup>

En cambio la otra parte de la doctrina niega el efecto *erga omnes* de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general y, en consecuencia, sostiene que el pronunciamiento judicial sólo puede tener efectos entre las partes intervinientes en el proceso.

### 3.1. Posición que no reconoce el efecto *erga omnes*

Con respecto a la postura que niega el efecto *erga omnes* puede señalarse que el trabajo más importante o por lo menos más desarrollado, en cuanto al examen del tema en discusión, es sin duda, el realizado por el profesor MAIRAL.<sup>28</sup>

Si bien es cierto que la antigüedad del artículo citado podría sembrar algún tipo de dudas sobre el mantenimiento o no de la posición sobre el tema en examen, ellas han sido despejadas con el artículo escrito por el autor citado —en el cual trata la cuestión comentando dos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal—, y de cuyos fundamentos se desprende el mantenimiento de la postura original.<sup>29</sup>

Sentado lo anterior, corresponde ahora examinar los principales argumentos utilizados por la doctrina para negar los efectos *erga omnes* de las sentencias.

<sup>26</sup>TAWIL, GUIDO S., “El efecto «expansivo» de los pronunciamientos judiciales sobre la Administración Pública activa y los representantes estatales en juicio,” en BIANCHI, ALBERTO B. / TAWIL, GUIDO S., *Proceso Administrativo y Constitucional*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995, pp. 107-121.

<sup>27</sup>BOSCH, JORGE T., *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, Zavallia, 1951, p. 133 y ss; CASSAGNE, JUAN C., “La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional,” *LL*, 1979-C, 721; HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Comentada*, t. I, *op. cit.*, pp. 452 y 461-463; GRECCO, *op. cit.*, p. 111; FIORINI, BARTOLOMÉ, *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 321; BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 141-143.

<sup>28</sup>MAIRAL, HÉCTOR A., “Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 177: 795.

<sup>29</sup>*Idem.*

En primer término MAIRAL delimita la cuestión señalando que ella “consiste en determinar si la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento por considerarlo ilegítimo per se, hace cosa juzgada para la administración respecto de quienes no fueron parte en el juicio y, por ende, puede ser invocada por, o contra, éstos en ulteriores litigios, sin que quepa a la administración o a dichos terceros relitigar el punto, ni al tribunal apartarse de lo decidido por la sentencia anterior.”

El autor citado de esta forma se alinea —según afirma— con la posición tradicional del derecho argentino que sostiene que el efecto de la sentencia en análisis debe ser solamente entre las partes del juicio y, en consecuencia, no hace cosa juzgada en juicios promovidos por o contra terceros en cuanto a la situación de éstos respecto del reglamento cuestionado. Tampoco provoca la extinción del reglamento impugnado; ello, porque como la sentencia no puede derogar la ley, tampoco puede derogar el reglamento.

Al respecto corresponde tener en cuenta los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional, los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomienda a los tribunales de la República el conocimiento y decisión de todas las “causas,” “casos” o “asuntos” que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución.

En cuanto a las expresiones “causa,” “casos” o “asuntos,” se ha señalado que pueden ser empleadas de modo indistinto, han de considerarse sinónimas, pues, como afirma MONTES DE OCA con cita de STORY, en definitiva, aluden a “un proceso [...] instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales.”<sup>30</sup>

A su vez, como reglamentación de la cláusula constitucional contenida en el art. 116, está la ley 27 de 1862 (naturaleza y funciones generales del Poder Judicial Nacional), que dispone en su art. 2º que la Justicia nacional “nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.”

Sobre tales disposiciones normativas, una constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que dichos casos “son aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas,” motivo por el cual no hay causa “cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes;” ni por ende, existe facultad en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones.<sup>31</sup>

En base a ello se ha definido que es la esencia del Poder Judicial decidir colisiones de derechos puesto que para que haya caso contencioso se requiere de una controversia entre las partes que respectivamente afirmen y contradigan sus pretendidos derechos y, en consecuencia, no le está permitido a la justicia decidir

<sup>30</sup> CSJN, *Gomez Diez*, 1999, *Fallos*, 322: 528.

<sup>31</sup> CSJN, *Constantino Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 2384, considerando 2 y sus citas.

cuestiones abstractas, ni juzgar la inconstitucionalidad de una ley o decreto, sino, claro está, cuando se trata de su aplicación a un caso contencioso.<sup>32</sup>

Con la base normativa antes apuntada, nuestros tribunales adoptaron desde temprano el criterio de que el efecto *erga omnes* de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o un decreto del Poder Ejecutivo vulnera el principio de separación de poderes.<sup>33</sup>

Para fundar la defensa del principio de separación de poderes MAIRAL cita numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los cuales se establece en términos generales que “la declaración de inconstitucionalidad de una ley o un decreto provocaría un conflicto de poderes” y en igual sentido, se consideró contraria a la Constitución la anulación de una ley con carácter general, pues se dijo, que ello colocaría al Poder Judicial por encima del Congreso de la Nación.

También señala que en un sentido análogo con la jurisprudencia emanada del más Alto Tribunal de la República Argentina se pronunció nuestra doctrina constitucionalista tradicional.<sup>34</sup>

Por su lado, LINARES QUINTANA señaló: “Es frecuente suponer que una sentencia definitiva de un tribunal, y con mayor razón de la Corte Suprema, declarando la inconstitucionalidad de un acto público —por ejemplo, una ley—, tiene por consecuencia la derogación o la suspensión de la vigencia de ésta. Nada más equivocado. Si tal fuera el efecto de un fallo semejante, estaría destruido el principio de la separación de los poderes, desde que el poder judicial resultaría,

<sup>32</sup> BIANCHI, ALBERTO B. “¿Esta en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?,” en BIANCHI, ALBERTO B. / TAWIL, GUIDO S., *Proceso Administrativo y Constitucional*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995, pp. 253-297.

<sup>33</sup> MAIRAL, *op. cit.*, p. 253.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ hacía hincapié en la limitación de la intervención del Poder Judicial a casos contenciosos (GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 313-314); ESTRADA explicaba los límites de la potestad del Poder Judicial con estas palabras: “Entre nosotros, el poder judicial no resuelve de un modo general, no puede revisar actos de ningún poder, se limita a dirimir conflictos judiciales, resolviendo, en cuestiones particulares, la inconstitucionalidad de una ley dada, que no por eso deja de ser ley, pero no tiene aplicación al caso resuelto” (ESTRADA, JOSÉ M., *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, Buenos Aires, Sud-Americana de Billetes de Banco, 1902, p. 334); y GONZÁLEZ CALDERÓN decía que: “[L]os jueces nacionales, al dictar sus fallos, tienen que limitarse a los puntos controvertidos y no hacer declaraciones que aprovechen o perjudiquen intereses de personas que no han sido partes en el juicio.” (GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Derecho constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires, Lajouane, 1930, 3ª ed., p. 480.) Recordaba también este autor el principio cardinal según el cual “uno de los caracteres esenciales del poder judicial consiste en pronunciarse en casos particulares, y no sobre principios generales ni por vía de medida general.” Por su parte, VANOSSI apuntaba que: “En todos los casos, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad solamente valen para el caso concreto: la norma impugnada sigue válida y solamente puede ser derogada por la misma autoridad que la aprobó. La única consecuencia de la declaración de su inconstitucionalidad es que esa norma no se aplicará en el caso concreto en que el juez pronuncia su inconstitucionalidad.” (VANOSSI, JORGE R., *Doctrina Constitucional*, t. II, Buenos Aires, 1976, p. 103.) Por último, FRÍAS señalaba que el control jurisdiccional está limitado, entre otras razones, “porque la declaración de inconstitucionalidad se agota en el caso y no invalida la norma.” (FRÍAS, PEDRO J., *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, 1980, p. 151.)

en definitiva, derogando o suspendiendo la vigencia de las leyes, arrogándose el ejercicio de funciones esencialmente legislativas.”<sup>35</sup>

En definitiva concluye MAIRAL señalando que: “[L]a tesis del efecto relativo de la sentencia estimatoria parte de la restricción a la causa o controversia que la Constitución impone a la función judicial y que rige tanto en lo relativo a las condiciones para el acceso al tribunal, como a las consecuencias del egreso de él. En nuestro derecho federal, el Poder Judicial resuelve casos, no controla la legalidad del accionar administrativo” y agrega que ello “le impide convertirse en un censor general de la conducta de la administración en el interés impersonal de la ley. Ante este principio fundamental deben ceder las alegaciones de economía procesal y de la necesidad de depurar el régimen jurídico de ilegalidades.”

Que, a su vez, precisa que “la tesis propuesta no cuestiona, por ende, la expansión indirecta de la sentencia por vía de su acatamiento general por los restantes poderes del Estado.” Al contrario, ve en ese acatamiento una de las más altas manifestaciones del Estado de derecho.

También respecto de dichos poderes se puede decir que la prescindencia de la doctrina de la Corte Suprema “cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones importa un agravio al orden institucional,” a su vez agrega que “[e]l intento de expandir los efectos de una sentencia que declara ilegítimo un reglamento a todos quienes puedan considerarse por él alcanzados, es común a diversos sistemas jurídicos, como que emana de un comprensible anhelo de igualdad y del deseo de restablecer en forma rápida y general el imperio del derecho. Paralelamente se observa el fenómeno de la expansión del concepto de cosa juzgada, o de otras teorías de análogos efectos preclusivos, como un medio para hacer frente a la proliferación de los litigios y economizar los escasos recursos judiciales.”

Por último apunta que “[l]a supremacía judicial es tolerada por los poderes políticos porque se ejerce en el marco del caso. Procúrese expandir sus efectos y se estará poniendo en peligro esa supremacía o, lo que es lo mismo, la independencia de quien la ejerce. Nadie puede contemplar con satisfacción la supervivencia de un reglamento ilegítimo y su continuada aplicación a quienes, por lo común, carecen de medios o de conocimientos para impugnarlo. Pero la solución radica en insistir en la obligación del Poder Ejecutivo de acatar la jurisprudencia, aun con los matices que hemos explicado, y no en proponer un remedio ajeno a nuestro sistema constitucional, propuesta que, en el mejor de los casos, conducirá a la esterilidad de un rechazo, y en el peor a la introducción de una regla que satisface el prurito a costa de poner en riesgo todo el sistema.”

Si bien en los párrafos antes transcritos se describen rasgos generales del criterio sustentado por MAIRAL sobre el tema, ello en modo alguno debe dar lugar

<sup>35</sup> LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, 2ª ed., p. 531 y ss.

a interpretar que esos son todos los argumentos esbozados y, en consecuencia, para un mayor conocimiento de la fundada postura del citado autor, se recomienda la lectura total de la obra hartamente citada, en el presente trabajo.

A su vez, cabe aquí también señalar que GARAY adhiere a la postura señalada, en cuanto considera que la razón por la cual no puede predicarse, lisa y llanamente, el efecto *erga omnes* o extra-partes en materia de inconstitucionalidad y en materia de nulidad de una disposición reglamentaria por ilegitimidad, es la misma, a saber: Ello está vedado por la Constitución nacional, según como se ha interpretado el principio de la separación de poderes. Este punto está fundado extensamente por MAIRAL, a cuyos fundamentos adhiero. Pero a mayor abundamiento, es mi intención poner de relieve que no se advierte que en el trabajo de GARCÍA PULLÉS o, al menos yo no he sabido encontrarlo, que se hayan refutado los argumentos de orden constitucional que MAIRAL expone fundadamente y de modo convincente. Por el contrario, la razón fundamental que impide el efecto extra-partes propuesto no es abordada por el autor mencionado. En efecto, investir de efecto extra-partes, *erga omnes* o general a una declaración judicial de nulidad de un acto de alcance general del Poder Ejecutivo importa reconocer en un integrante del Poder Judicial de la Nación competencia para derogar un decreto. Y añosa jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentenciado que hasta allí no llega el poder del Poder Judicial.<sup>36</sup>

### 3.2. Posición que reconoce el efecto *erga omnes*

Al respecto cabe señalar que para reconocer el efecto citado la doctrina sostiene que la sentencia anulatoria produce dos clases de efectos: 1) Que la declaración de nulidad dispuesta en el decisorio judicial se proyecta no sólo entre quienes son parte en el proceso, sino que también produce efectos a los demás administrados (terceros) que resultan de alguna manera indirectamente beneficiados por la decisión,<sup>37</sup> y 2) que los efectos de la sentencia operan para el futuro rigiendo idénticas reglas que en materia de derogación de reglamentos en sede administrativa por razones de ilegitimidad.

Se argumenta para fundar esta postura que la solución propiciada armoniza con el principio de igualdad ante las normas de alcance general y en la necesidad de impedir la subsistencia de un ordenamiento de segundo grado que resulta incompatible con la ley formal y material.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> GARAY, ALBERTO F., "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," trabajo inédito.

<sup>37</sup> En sentido similar en cuanto al aprovechamiento de la decisión por parte de otros administrados de la decisión anulatoria, señala DIEZ que: "cuando está interesada la propia comunidad tendrá efectos *erga omnes* relativos, pues la declaración de nulidad o ilegitimidad del acto habilita a los administrados afectados por el mismo acto de alcance general, para que se dicte similar declaración a su favor." (Conf. DIEZ, MANUEL M., *Proceso administrativo*, p. 520.)

<sup>38</sup> CASSAGNE, JUAN C., "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la LNPA y RNLPA)," *ED*, 131: 911.

Ello así habida cuenta que no debemos olvidar que el reglamento es una disposición que emana de la administración, que no es en modo alguno la comunidad, sino un ente servicial y secundario de la misma, o si se prefiere, una organización instrumental de gestión, carente de soberanía, más bien obligada a justificarse a cada momento por el respeto a los límites y atribuciones legales que pautan su actuación y por la persecución del fin servicial al que se debe.<sup>39</sup>

En efecto la administración pública es una organización que actúa directamente en el proceso de aplicación de las normas y en ese procedimiento retiene intereses propios, intereses puramente corporativos y no necesariamente generales, de los que con frecuencia le es difícil hacer abstracción cuando es a ella misma a quien le corresponde elaborar las normas.<sup>40</sup>

Además también se señala la importancia que tiene efectuar el control de legalidad de un reglamento, a través de la impugnación directa, con la posibilidad de su anulación general,<sup>41</sup> en la medida que posibilita la eliminación de normas secundarias que infringen las leyes y que impiden su aplicación.<sup>42</sup>

En igual sentido GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que: “El control de la legalidad de los Reglamentos a través de esa posibilidad de su anulación general tiene para el ordenamiento jurídico el máximo interés, puesto que permite la eliminación de pseudo-normas que enturbian la composición de dicho ordenamiento y que hacen obstáculo o impiden la aplicación de la normas verdaderamente tales y de valor superior que son las leyes infringidas por los Reglamentos.”<sup>43</sup>

Otro argumento es que la posibilidad de anulación con alcance general, y no sólo respecto de quienes son parte en el proceso, se basa fundamentalmente en la tesis de los vicios de “orden público,”<sup>44</sup> en la medida que la ilegalidad de un reglamento reviste tal calificación al afectar al imperio de las leyes, a la certeza del derecho y a la generalidad de los ciudadanos<sup>45</sup> y es, en definitiva, esta otra razón que debe evaluarse al considerar esta posibilidad anulatoria —con efec-

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria,” *RAP*, 30: 151.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Significación general del control judicial sobre las normas reglamentarias,” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. II, Madrid, Tecnos, 1971, p. 364.

<sup>41</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, “Acto, reglamento y contrato administrativo, en la ley 19.549,” *RADA*, n° 3, p. 24.

<sup>42</sup> En sentido similar HUTCHINSON señala que: “El control de legalidad de los reglamentos, por medio de la posibilidad de su anulación general, reviste el máximo interés para el ordenamiento jurídico, permitiendo la eliminación de aquellos que obstaculizan o impiden la aplicación de las normas de valor superior -las leyes- infringidas por ellos,” *RADA*, n° 9, p. 48.

<sup>43</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, “Significación general del control judicial sobre las normas reglamentarias,” *op. cit.*, p. 367.

<sup>44</sup> DROMI, JOSÉ R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 349.

<sup>45</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, “Significación general del control judicial sobre las normas reglamentarias,” *op. cit.*, p. 366.

tos *erga omnes*— y, a su vez, ser reconocida y estimulada por la doctrina y la jurisprudencia.<sup>46</sup>

HUTCHINSON, por su parte, señala que la LNPA en el art. 24, inc. a) establece la posibilidad de impugnar un reglamento ilegal con la consecuente eliminación y que, a su vez, por aplicación del art. 24, inc. b), es también posible la anulación general del reglamento de manera indirecta, a través de los actos particulares de aplicación.

Otro aspecto, que sin ser de carácter jurídico, resulta importante para tener en cuenta, es aquél que beneficia de un manera indirecta al Poder Judicial, considerando que al otorgarse el efecto expansivo a un pronunciamiento sobre una cuestión determinada, se evitan planteos similares y en consecuencia la reiteración o repetición de juicios iguales sobre un tema ya debatido y resuelto.<sup>47</sup> De lo contrario se obligaría a cada particular a que recorra igual camino procedimental para obtener en definitiva el mismo resultado, circunstancia que, aparte de implicar un exceso laboral en la actividad jurisdiccional, importa quebrar en los hechos la legalidad administrativa.<sup>48</sup>

#### 4. Consideraciones generales acerca de los efectos *erga omnes* de la sentencia

En otros capítulos de este trabajo se expusieron en términos generales las dos posturas que gobiernan el tema en examen, por lo cual vale a esta altura de la exposición, por razones de respeto intelectual hacia el lector, precisar que considero mucho más apropiada o por lo menos más interesante la posición que propugna defender la aplicación de los efectos *erga omnes* a la sentencia.

Esta aclaración resulta obligatoria, en la medida que de ahora en más sólo se considerarán aquellos argumentos —además de los ya señalados— que resulten coincidentes con la aplicación de los *efectos erga omnes de las sentencias* y, a su vez, aquellos fundamentos que resulten apropiados para desvirtuar los argumentos contrarios a los aquí propiciados.

Sentado lo anterior cabe recordar que CASSAGNE, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA en materia de impugnación de reglamentos, advirtió que generando la ilegitimidad de un reglamento un vicio que afecta al orden público, la eliminación del mismo constituye una posibilidad que debe ser reconocida y estimulada por la doctrina y la jurisprudencia, inclusive con efectos *erga omnes*.<sup>49</sup>

Por ello la sentencia no debe producir efectos sólo entre las partes, sino que ellos deben ser *extra partes*, porque la finalidad del control judicial de legalidad sobre una norma no puede ser en beneficio de *una persona*, sino que justamente

<sup>46</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación delegada. Potestad reglamentaria y Control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 21.

<sup>47</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, “Significación general del control judicial sobre las normas reglamentarias,” *op. cit.*, p. 364.

<sup>48</sup> CASSAGNE, “La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional,” *op. cit.*, p. 729.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 728.

si se defiende o se controla la *legalidad*, el resultado debe operar en beneficio de *todos* y en armonía con el principio de igualdad.

Esto último siempre y cuando consideremos como válido que la garantía de igualdad importa el derecho de todos los habitantes a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en idénticas circunstancias.<sup>50</sup>

De lo contrario, se llegaría a la situación incierta de que la misma norma es ilegal y legal a la vez, sólo diferenciando la aplicación según si uno ha sido parte o no en el respectivo proceso judicial.

En este orden de ideas se ha señalado que “la distinción que suele hacerse entre la declaración de inconstitucionalidad que se traduce en la inaplicación de la ley o reglamento al caso y anulación de la norma con alcance general carece de sentido lógico jurídico. Dicha distinción no pasa de ser sutil dado que toda sentencia declarativa de una inconstitucionalidad o ilegalidad traduce la nulidad o invalidación de la norma, ya fuere que se aplique exclusivamente «inter partes» o tenga efectos «erga omnes». Lo que hay que distinguir, entonces, no radica en el efecto de la inconstitucionalidad o ilegalidad que es siempre la nulidad o invalidación de la ley o del reglamento sino el efecto de dicha nulidad, según se proyecte éste solo entre las partes o sea «erga omnes.»<sup>51</sup>

Por su parte BIDART CAMPOS, analizando el efecto *erga omnes* en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes apunta que “[e]n la imagen que nos forjamos como ideal de un sistema de jurisdicción constitucional siempre hemos tomado partido a favor del efecto «erga omnes» de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad que derogan la norma general a la que descalifican [...] En verdad, una vez que se tiene por válido que exista aquel control a cargo de órganos competentes para asegurar la supremacía constitucional, lo más lógico nos parece ser que, una vez que se emite un pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad, la norma defectuosa quede o sea retirada del orden normológico, y no pueda aplicarse más en adelante.”

Que, a su vez, agregó “si hay un vicio tan grueso como la inconstitucionalidad, y existe un órgano competente para detectarlo y declararlo, mantener subsistente hacia el futuro a la norma inconstitucional es no llegar a término cabal en el itinerario del control.”<sup>52</sup>

Sobre este modo de control constitucional y la posible creencia que con ello se instale el “gobierno de los jueces,” cabe recordar aquello que QUIROGA LAVIÉ define

<sup>50</sup> CSJN, *Elena Zeballos de Aramayo*, 1938, *Fallos*, 184: 592; *Muñiz Barreto de Alzaga*, 1968, *Fallos*, 270: 374; *Sotelo*, 1989, *Fallos*, 312:615; *Gomez Ricardo*, 1989, *Fallos*, 312: 851; *Cnel. Horacio Ballester*, 1989, *Fallos*, 312: 1082; *Bozzano*, 1995, *Fallos*, 318: 1256, entre muchos otros.

<sup>51</sup> CASSAGNE, JUAN C., “Acercas de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos,” *ED*, 185: 703.

<sup>52</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 395.

con precisión y que textualmente dice “no otra cosa que una falacia es sostener que aplicar la Constitución implica crear derecho por parte de los jueces,” ello en la medida que quien mejor que los jueces, o mejor dicho, quién sino los jueces deben velar porque se respete la Constitución.<sup>53</sup>

Además, en nuestro país, lo que hay que entender, es que los jueces forman parte del gobierno del Estado, pues así lo tiene ordenado nuestra Constitución nacional dado que los magistrados ejercen facultades que en forma exclusiva y excluyente le otorga la ley fundamental.<sup>54</sup>

A ello hay que agregar que por su formación profesional el juez siempre pone en primer término su preocupación por el respeto del derecho, de la legalidad y somete objetivamente a fiscalización la regularidad jurídica de los medios utilizados por la administración. En ello su mentalidad difiere de la del hombre político y de la del administrador activo, en la medida que estos últimos priorizan por sobre todo el objeto o finalidad que tratan de conseguir con su actuación.<sup>55</sup>

Justamente la realización de la justicia a través del Poder Judicial constituye el pilar fundamental del Estado de derecho. Ello así porque sólo existirá un auténtico Estado de derecho “allí donde sean reconocidos a los ciudadanos derechos y libertades y estos sean garantizados por un juez imparcial cuyas sentencias, fundadas en el derecho, al cual él también está sujeto, se imponen por igual a gobernantes y gobernados.”<sup>56</sup>

Al respecto hace mucho tiempo atrás ya señalaba GARCÍA DE ENTERRÍA que el problema del control judicial de las normas constituía, en aquél entonces, una de las cuestiones más graves que tiene planteada la técnica jurídica o si se prefiere el Derecho. Y, con respecto a la función jurisdiccional, afirmaba que “reconocer en el juez una facultad de controlar la regularidad y el alcance de las normas jurídicas no es adicionar algo nuevo a su tradicional función, sino sencillamente especificar ésta en un focus particular de atención.”<sup>57</sup>

En igual sentido BIDART CAMPOS apunta, “no habría, pues, penetración indebida del poder judicial en el poder legislativo, sino restablecimiento liso y llano de la constitución; invalidar un acto que, utilizando esas competencias, ha transgredido la constitución, no es conculcar la división de poderes, sino, al contrario

<sup>53</sup> En sentido similar la Corte Suprema señaló que: “El deber poder de los jueces de aplicar con preeminencia la Constitución no sólo es el fin supremo y fundamental de la actividad jurisdiccional sino, mas aún, un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal.” (CSJN, *Ministerio de Cultura y Educación -Estado Nacional s/ art. 34 de la ley 24.521, 1998, Fallos, 321: 3620, voto del Dr. PETRACCHI.*)

<sup>54</sup> GAUNA, JUAN O., “La problemática del control judicial de los actos de la administración pública. La teoría de la separación del poder,” *LL*, 1979-C, 922.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> ALARCÓN JAÑA, PABLO A., “Principios constitucionales de la organización judicial,” *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, n° 24, p. 99.

<sup>57</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada. Potestad reglamentaria y Control judicial, op. cit.*, p. 3.

conservarla para el único fin que ha motivado su establecimiento: hacer lo que la constitución manda o permite.”<sup>58</sup>

Además señala que “todo el orden jurídico debe ser congruente o compatible con la Constitución. Para mantener esa congruencia y compatibilidad el pronunciamiento de los jueces constituye una herramienta indispensable.”

Por último me parece interesante realizar una transcripción de la opinión de HAMILTON realizada en *El Federalista*, que desvanece por sí sola la preocupación de cierta parte de la doctrina que considera que aumentar el control constitucional con la correspondiente expansión de los efectos de la sentencia produciría la instalación del “gobierno de los jueces” y que dice así: “[E] derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al legislativo [...] No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirmar que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante [...] Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una constitución es de hecho, y debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental. Por lo tanto, a ellos les corresponde determinar su significado, así como el de determinada ley que provenga del cuerpo legislativo. Y que si entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la voluntad del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes,

<sup>58</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 366.

se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última preferencia a las primeras.”<sup>59</sup>

Estas últimas transcripciones —a mi juicio— resultan de mucha utilidad y de aplicación a la cuestión examinada en el presente trabajo, en el cual se propugna por el efecto general de la sentencia en la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento.

En cuanto a la inexistencia de diferencias con relación al control de constitucionalidad de las leyes —materia propia del derecho constitucional— y el control judicial de los reglamentos —área reservada al derecho administrativo— BIANCHI señaló que es un grave error considerar que ambos controles se rigen por principios diferentes. Puntualmente manifestó: “Tanto una disciplina como otra, por mucha autonomía científica que tengan, no son ni deben ser entendidas como compartimentos estancos, pues ambas derivan sus aguas, finalmente, en el lecho del derecho público. La acción de nulidad de un acto administrativo es, en el fondo, una acción de inconstitucionalidad del mismo. Si bien puede decirse que en un caso la agraviada es la Constitución y en el otro es la Ley de Procedimientos Administrativos, no menos cierto es que un acto administrativo contrario a la ley 19.549 es también, indirectamente, un acto contrario a la Constitución.”<sup>60</sup>

5. *El efecto erga omnes y los argumentos esbozados por la doctrina para negarlo: La separación de poderes, la cláusula del art. 116 de la Constitución nacional y el paralelismo de las formas*

5.1. *La separación de poderes*

La existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social que lo integra, por ello se ha dicho que el Estado constituye una asociación política natural y necesaria, cuya esencia radica en la propia naturaleza humana. Tal alianza o asociación es necesaria para la perfección del hombre y no constituye una unión transitoria en búsqueda de un fin individual sino la asociación estable, orgánica y perfecta cuya finalidad es la realización de la virtud y de la felicidad humana.<sup>61</sup>

En base a ello y con el fin de satisfacer las necesidades de la comunidad el Estado despliega su actividad política con determinadas funciones, que MARIENHOFF precisó con suma claridad: “[L]a actividad estatal se concreta en tres funciones: legislación, justicia y administración, cuyos respectivos «órganos» ejercitan partes o secciones del «poder» del Estado. Pero adviértase que el «poder» del Estado es único; las «funciones» son múltiples. Las «atribuciones de las funciones a los

<sup>59</sup> HAMILTON / MADISON / JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 332.

<sup>60</sup> BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad: el proceso y la jurisdicción constitucionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, p. 243 y ss.

<sup>61</sup> CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 39.

órganos no constituyen división de poder sino distribución de funciones». En lugar de una separación de los poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones [...] De todo lo dicho desprende que, con referencia a la actividad del Estado, no corresponde hablar de «separación de poderes», sino de «distribución de funciones» entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Cada uno de éstos ejerce una sección del «poder» general del Estado.”<sup>62</sup>

En términos similares la doctrina nacional y comparada reconocieron que la división de poderes no es absoluta y más que de *poder* de lo que corresponde hablar es de separación o distribución de funciones puesto que el poder es uno distribuido entre los máximos órganos estatales. Al mismo tiempo, la división no puede entenderse en sentido tajante, sino que, precisamente, es admisible una coordinación entre ellos, de modo que, ejerciendo cada poder una función preponderante, ejerce al mismo tiempo actividades propias de los otros.<sup>63</sup>

Ello así la mayoría de las constituciones del mundo han receptado el principio de la *separación de poderes*, o más bien precisando el lenguaje de *separación de funciones*, tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas, que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.<sup>64</sup>

En definitiva la división de funciones de la actividad estatal a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), parte del reconocimiento de que todo órgano que ejerce el poder tiende naturalmente a abusar de él y encuentra su fundamento en la necesidad de instaurar sistema de frenos y contrapesos, suponiendo que el equilibrio resultante entre fuerzas antitéticas debe asegurar naturalmente la libertad del hombre.<sup>65</sup>

Sentado lo anterior cabe señalar que justamente el argumento fundamental para desestimar el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento, se basa en que de esa manera se estaría vulnerando el principio de la *separación de poderes* al asignarse al Poder Judicial funciones correspondientes a los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Sin embargo el reconocimiento de tal potestad, con carácter general, no interfiere en nada con la teoría de la separación de los poderes, por cuanto esta facultad no implica la invasión de las competencias de otro poder del Estado, sino

<sup>62</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 34.

<sup>63</sup> COVIELLO, *op.cit.*, p. 120 y ss.

<sup>64</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., cap. IX, § 2, pp. IX-3-5.

<sup>65</sup> CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 77. En igual sentido, GAUNA señaló: “En la medida que es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, se plantea en concreto que el poder contenga al poder para, a partir de allí, establecer los lineamientos de la relación entre esos poderes [...] Es decir, que la institución se plantea como un régimen de garantías de las libertades no por un concepto de división del trabajo.” (GAUNA, *op. cit.*)

en cambio, justamente el ejercicio de una atribución propia del órgano judicial competente, en la medida que la función de decidir una controversia con fuerza de verdad legal corresponde solamente a los jueces de acuerdo con el sistema implementado por nuestra Constitución.<sup>66</sup>

En efecto el restablecimiento liso y llano de la constitución, a través del Poder Judicial, no implica conculcar la división de poderes, sino, al contrario conservarla para el único fin que ha motivado su establecimiento: Hacer lo que la Constitución manda o permite.<sup>67</sup>

Además, “dado que en nuestro sistema el poder judicial es el auténtico y fiel interprete de la constitución y en atención a que la naturaleza de la función que se ejerce al declarar la inconstitucionalidad de una ley en una causa planteada ante los tribunales es, evidentemente, de naturaleza jurisdiccional (en tanto resuelve una controversia con fuerza de verdad legal) ese argumento debe desecharse.”<sup>68</sup>

Ello así en la medida que no resulta lógico afirmar que en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o en la anulación de un reglamento con efectos *inter partes* no se afecta la teoría de la separación de los poderes y, en cambio, cuando se produce la extensión con carácter general o *extra partes* de los efectos se cristaliza una situación tan *especial y particular* que manifieste una afectación tal que invade las competencias de otro poder del Estado, vulnerándose de esta forma la protección establecida con la delimitada atribución de poderes en la Carta Magna.

En efecto consideremos —sólo como hipótesis de trabajo— que millones de particulares demanden individualmente contra la administración y obtienen cada uno en su respectivo proceso la anulación de una norma, en este caso —toda la doctrina coincidiría— no se afectaría la separación de poderes, en cambio, sí en una sola sentencia se dispusiera la inconstitucionalidad de la ley o la anulación del reglamento con efectos *erga omnes* aquí si se produciría un resquebrajamiento tal del orden institucional que afectaría de manera intolerable la división de poderes.

Creo, sinceramente, que con el ejemplo apuntado se vislumbra claramente que la división de poderes, entendida como una repartición de atribuciones o funciones del poder de autoridad,<sup>69</sup> no resulta afectado por la disposición de más o menos efectos a la sentencia.

En realidad, con ello se constituiría un modo de control constitucional más intenso “e incluso más lógico” al reconocerse al Poder Judicial la posibilidad de frenar el abuso normativo en que pudieran incurrir tanto el Legislativo como el Ejecutivo, asegurando de esta manera la uniformidad interpretativa, pues la ley

<sup>66</sup> CASSAGNE, “La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional,” *op. cit.*, p. 726.

<sup>67</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>68</sup> CASSAGNE, “Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos,” *op. cit.*

<sup>69</sup> ORLANDI, HÉCTOR, *Ciencia Política: teoría de la política*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 30 y ss.

o el reglamento resultan privados de su eficacia general y con ello se consolida el principio de igualdad ante la ley. (Art. 16 de la Constitución nacional.)<sup>70</sup>

Al respecto BOSCH señalaba que “aceptar que aquel Poder puede desconocer la eficacia de leyes y decretos con relación a las partes que promueven el correspondiente litigio, equivale a aceptar que puede volver a hacerlo en todos los casos sometidos a su consideración; por lo que, desde el punto de vista que ahora consideramos, prácticamente no existe diferencia alguna en permitir que el Poder Judicial realice en un solo acto lo que se le exige que haga repetidamente en todas las oportunidades análogas.”<sup>71</sup>

Entonces considerar que la declaración de nulidad o invalidez o inconstitucionalidad de una ley o un reglamento dispuesta en la sentencia produce efectos solamente entre las partes intervinientes en el proceso implica desmerecer ya no a otro poder del Estado como es el Judicial sino directamente al valor *justicia*, en sí mismo, y a la garantía de igualdad, puesto que no puede sostenerse válidamente que exista una norma que pueda ser legítima e ilegítima a la vez y mucho menos aun que dicha diferenciación sobre la legalidad de la norma surja de acuerdo con la participación o no en el proceso judicial respectivo.<sup>72</sup>

Mucho menos puede considerarse que la legitimidad o ilegitimidad de la norma quede supeditado a si el particular efectúa o no la impugnación correspondiente, puesto que ello implica desconocer el principio de legalidad con que debe actuar la administración y que va mas allá de la iniciativa individual oportuna.

Por ello se ha dicho que en lo hechos quiebra la legalidad administrativa obligar a que cada particular recorra todo el camino procedimental para obtener el mismo resultado y que ello además de implicar un exceso en la actividad jurisdiccional, puede llegar a frustrar el derecho del administrado por la inobservancia de ápicos formales del proceso.<sup>73</sup> Además de no aceptar los efectos de la declaración en un solo acto o mejor dicho en una sentencia tenemos que atenernos a responder si es mejor aquello que como interrogante plantea GORDILLO; por ejemplo, con respecto al caso telefónico, cuando señala ¿es acaso mejor que los cinco millones de usuarios telefónicos inicien millones de juicios para producir cinco millones de sentencias? Obviamente el autor citado afirma que el Poder Judicial tendría

<sup>70</sup> CASSAGNE, JUAN C., “Perspectivas de la Justicia Contencioso Administrativa Argentina en el siglo XXI,” exposición realizada en ocasión de la conferencia organizada por Lexis Nexis Argentina y el Colegio de Abogados de Córdoba, Asociación de Magistrados de Córdoba, 6-VI-03.

<sup>71</sup> BOSCH, *op. cit.*, p. 128 y ss.

<sup>72</sup> A modo de aclaración quiero señalar que acá no esta en discusión aquéllos casos en que por particulares cuestiones fácticas la aplicación de una norma a ese caso concreto resulta inconstitucional o nula, puesto que aquí el vicio no radica en lo que la norma establece sino que es la particularidad del caso sobre el cual se aplica la norma lo que provoca la nulidad o inconstitucionalidad. (Por ejemplo: Una norma que dispone cancelar deudas previsionales en un plazo de veinte años, seguramente su aplicación a un ciudadano de 90 años resultaría inconstitucional y no en cambio —en principio— para uno de 60 años.)

<sup>73</sup> CASSAGNE, “La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional,” *op. cit.*, pp. 728-729.

que cerrar sus puertas por un lustro para poder hacer ese trabajo al que además califica de “robótico.”

Continúa diciendo que si queremos tener un Poder Judicial eficiente y sin denegación ni merma de justicia se debe evitar la clonación de juicios pero no prohibiéndolos sino resumiéndolos en acciones de clase para la defensa de derechos de incidencia colectiva, tal como el art. 43 de la Constitución nacional lo establece, y no solamente para los juicios de amparo o de la ley de defensa del consumidor, sino también para acciones declarativas de inconstitucionalidad<sup>74</sup> y para los demás juicios actuales o potenciales susceptibles de ser resueltos todos en uno y desde luego con efectos *erga omnes*.<sup>75</sup> Puesto que de lo contrario, al no establecerse el efecto expansivo de las decisiones judiciales, nos encontramos con infinidad de fallos que tratan la misma cuestión,<sup>76</sup> como ocurrió con las causas referidas al *corralito financiero* que, además, hicieron colapsar el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal.

### 5.2. La cláusula del art. 116 de la Constitución nacional

Otro de los argumentos principales que suele formularse en contra de los efectos *erga omnes* de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o un reglamento se encuentra en la cláusula constitucional contenida en el art. 116 de la Carta Magna que atribuye a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los demás tribunales de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas y asuntos que versen, en términos generales, sobre puntos regidos por la Constitución nacional.

En cuanto a las expresiones “causa,” “casos” o “asuntos,” ya hemos dicho en otra parte de este trabajo que pueden ser empleadas de modo indistinto y considerarse sinónimos, puesto que en definitiva, aluden a “un proceso [...] instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales.”

Sobre el punto, una constante e inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que dichos casos “son aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas,” motivo por el cual no hay causa “cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes;” ni por

<sup>74</sup> CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, 1997, *Fallos*, 320: 690.

<sup>75</sup> GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. XIV, § 4, pp. XIV-20-21.

<sup>76</sup> Por ejemplo sentencias de la Cámara Contencioso Administrativo Federal sobre: Reducción de salarios por el decreto 290/95, cálculo de salarios de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, cálculo de retiros, jubilaciones y pensiones de militares o de las fuerzas de seguridad, rebalanceo telefónico, reclamos por el impuesto a la medicina prepaga, diferencias salariales del personal militar, corralito financiero, etc.

ende, existe facultad en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones.<sup>77</sup>

Sin perjuicio de coincidir con lo antes apuntado con respecto a la necesidad de la existencia de “causa,” “caso,” “asunto,” o como quiera llamarse, cabe señalar que no es esta exigencia lo que se encuentra en discusión y mucho menos se propicia algo en contrario sino que lo que se quiere conseguir es que el efecto de las sentencias recaídas en esas “causas,” “casos” o “asuntos,” sea *extra partes*, o mejor dicho *erga omnes*.

Al respecto CASSAGNE con una lógica impecable ha señalado que “nadie ha pretendido que los jueces puedan formular declaraciones abstractas o contestar consultas y no se discute que deba existir un caso para que se configure un pronunciamiento judicial constitucionalmente válido acerca de la declaración de ilegitimidad de un reglamento con efectos «erga omnes». De lo que se trata es de una cuestión distinta, la cual se vincula con el efecto o resultado de la causa que en nada varía la naturaleza de la función declarativa de inconstitucionalidad.”<sup>78</sup>

Al respecto se ha señalado que admitir un concepto más amplio que supone la limitación de los efectos de la sentencia a las partes del litigio sustentado por la jurisprudencia y la doctrina “puede constituir el medio para llegar a reconocer, consecuentemente, la validez de pronunciamientos judiciales del orden general sobre la constitucionalidad de una ley o de un decreto reglamentario” porque en definitiva “el proceso será el mismo: la modificación de un acto, de un contrato o de una ley, por causa del vicio insanable que *ab initio* lleva consigo, en su forma o en su contenido, por violación de las normas superiores en que está interesado el orden público.”<sup>79</sup>

En esa línea, la distinción que suele hacerse entre la declaración de inconstitucionalidad que se traduce en la inaplicabilidad de la ley o del reglamento al caso y la anulación de la norma con alcance general carece de sentido lógico-jurídico, porque lo que hay que distinguir no radica en el efecto de la inconstitucionalidad o ilegalidad que es siempre la nulidad o invalidación de la ley o del reglamento sino el efecto de dicha nulidad, según se proyecte éste entre las partes o sea *erga omnes*.<sup>80</sup>

Al respecto “cuando la sentencia no limita su alcance en relación a los sujetos a los que se aplica (inter-partes) y contiene una declaración de nulidad o simplemente priva de efectos a un reglamento, es evidente que la declaración de nulidad (sin limitar el efecto a las partes del litigio o a un sector determinado de

<sup>77</sup> CSJN, *Constantino Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 2384, considerando 2 y sus citas.

<sup>78</sup> CASSAGNE, “Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos,” *op. cit.*, y autores allí citados.

<sup>79</sup> BOSCH, *op. cit.*, p. 141; CASSAGNE, “Perspectivas de la Justicia Contencioso Administrativa Argentina en el siglo XXI,” *op. cit.*

<sup>80</sup> CASSAGNE, “Perspectivas de la Justicia Contencioso Administrativa Argentina en el siglo XXI,” *op. cit.*

los destinatarios de la norma general) o la privación de efectos de un reglamento, no traduce la inaplicabilidad de la norma anulada al caso concreto sino, antes bien, la extinción de la norma general con efectos «erga omnes.»

Por su parte GARCÍA PULLÉS señala que: “[L]a admisión de la protección judicial de los derechos de incidencia colectiva, que exige el correlativo dictado de sentencias cuyos efectos se extiendan más allá del límite clásico del proceso no implica violación alguna de las previsiones originarias ni actuales de la Constitución Nacional. De esta afirmación puede seguirse, con idéntico fundamento, que no existe óbice constitucional para otorgar similares efectos a las sentencias que admiten una pretensión anulatoria de disposiciones reglamentarias sobre la base de su ilegalidad.”<sup>81</sup>

Además al reconocerse al Poder Judicial la posibilidad de frenar el abuso normativo o reglamentario en que pudieran incurrir, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo, con ello no se desconoce o menoscaba el principio de la separación de poderes —como quedó demostrado—, ni lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución nacional, sino que por el contrario se privilegia la defensa y el reconocimiento efectivo por parte de los jueces de la supremacía de la Carta Magna.

En base a ello cabe recordar que desde antiguo se ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.<sup>82</sup>

A esta altura resulta claro que el Poder Judicial está conformado por los jueces cuyo criterio independiente debe velar por la vigencia y supremacía de la Constitución.

A ello debemos agregar y no olvidar que los principios constitucionales se encuentran establecidos en el capítulo I, primera parte, de nuestra Constitución nacional y que estos principios tienen su protección constitucional en el art. 31, que dispone: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.”

En definitiva, si consideramos valedero que todo el orden jurídico debe ser congruente y compatible con la Constitución nacional (conf. art. 31) y para mantener

<sup>81</sup> Ver pormenorizado análisis en el trabajo de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento, perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo,” *LL*, 2000-C, 1168.

<sup>82</sup> CSJN, *Ricardo Bonevo*, 1929, *Fallos*, 155: 248; *Zaratiegui*, 1988, *Fallos*, 311: 2580.

esa congruencia y compatibilidad el pronunciamiento de los jueces constituye una herramienta indispensable, debemos comprender que solamente estableciendo efectos *erga omnes* a la sentencia anulatoria de reglamentos se podrá cumplir efectivamente con el mandato constitucional, puesto que de lo contrario, como ya quedó expresado en otra parte de este trabajo, indefectiblemente existirán dos ordenamientos jurídicos paralelos.

En tales términos pareciera que no hay otra opción más razonable —en el mundo jurídico de hoy— que la autorización legal del efecto *erga omnes* de la sentencia recaída en un caso contencioso y de esta manera extender sus efectos a los demás interesados. Ello así porque de lo contrario otra vez llegaríamos al absurdo de exigir que litiguen todos los involucrados (en algunos casos pueden ser pocos y en otros miles o millones de damnificados) cuando ya todos conocemos cual va a ser el resultado final del proceso.

Ello sin duda violentaría el más elemental sentido común e impediría el acceso a una tutela judicial efectiva y razonablemente pronta, puesto que harían falta decenas o centenas de juzgados para hacer frente a tamaña demanda de justicia, lo cual es manifiestamente imposible realizar por el Estado en los tiempos actuales.<sup>83</sup>

Por último tampoco resulta óbice a la ampliación extra partes de los efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento lo dispuesto por la ley 27, en la medida que lo decretado en esta norma no limita la proyección de los efectos; muy por el contrario, haciendo un examen conjunto de sus disposiciones se desprende que en términos concretos defiende la observancia de la Constitución nacional.

Sobre este punto, cabe retener primero que resultan aplicables aquellos argumentos esbozados con respecto a la cláusula contenida en el art. 116 de la Constitución, en la medida que la ley citada, en definitiva, importa una reglamentación de lo dispuesto en la ley fundamental.

En tales términos, el art. 1º establece que: “La justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas,” el art. 2º dispone que: “[S]ólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte,” y por último el art. 3º señala que: “Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.”

Adviértase que aquí no esta en discusión la comprobación de la existencia de un caso en los términos del art. 116 de la Constitución nacional y de su norma reglamentaria (ley 27) y de la exigencia de que los litigantes demuestren un perjuicio concreto, sino que por el contrario, se pretende que una vez analizados los requisitos señalados para el acceso a la jurisdicción (caso, perjuicio, etc.) la sentencia recaída en el proceso pueda proyectarse con efectos *extra partes* y de

<sup>83</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1321.

esa forma, además, poder cumplir acabadamente con lo dispuesto en la ley antes citada.

En caso contrario otra vez caemos en la necesidad de iniciar miles de litigios iguales o lo que es peor de cambiar —en la práctica— sólo el nombre de la parte actora en la “carátula” del expediente, puesto que en rigor de verdad el caso no cambia, el perjuicio objetivo tampoco, sólo varía el nombre del afectado.<sup>84</sup>

### 5.3. *Paralelismo de las competencias*

Por último tampoco resulta óbice el presupuesto del paralelismo de las competencias por el cual una norma sólo puede ser derogada por la autoridad que la creó puesto que ello parte del presupuesto de que la norma es jurídicamente válida; en cambio, si ella es inválida se debe partir de la noción de que el órgano que la puso en el orden normológico actuó fuera de la competencia que le fue atribuida y, en consecuencia, la declaración de invalidez por parte del poder jurisdiccional en vez de vulnerar el principio de separación de los poderes lo defiende en la medida que controla el exceso realizado por parte del órgano correspondiente en su competencia.

Además aquí también resulta aplicable aquello que ya fue considerado en el examen de la posible afectación de la *separación de poderes* y que no es otra cuestión que preguntarse cuál es la diferencia resultante con respecto a que en un caso concreto se pueda derogar la norma inválida (sólo para ese supuesto) con la posibilidad de que la derogación sea con efectos *erga omnes*. (Para todos los supuestos iguales.)

Sinceramente otra vez tengo que repetir que en la práctica no se advierte ningún tipo de diferencia, o mejor dicho, la única sería la cantidad de juicios que deberían iniciarse.

En definitiva si no resulta un obstáculo el paralelismo de las competencias para el caso concreto mucho menos debe serlo en el supuesto que se establezcan efectos *extra partes* a la sentencia respectiva.

## 6. *Jurisprudencia*

En este sentido, en su oportunidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconoció el efecto *erga omnes*, a las sentencias anulatorias de un reglamento en el precedente *Monges*.

En el citado fallo la Corte decidió que: “[C]orresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aún cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste,

<sup>84</sup> Tener presente como ejemplo las demandas del personal militar reclamando diferencias salariales ¿Cuál es la diferencia entre las miles de causas? La respuesta correcta es: Sólo el nombre de la parte actora.

asistieron y eventualmente aprobaron el denominado «Ciclo Básico Común» de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el «Curso Preuniversitario de Ingreso» creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá perseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos.”<sup>85</sup>

Que, a su vez, así también lo entendió la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en cuanto señaló que “no cabe duda que la Corte Suprema de Justicia auto atribuyó a su fallo efectos *erga omnes*, los que, en razón de esa decisión del Alto Tribunal -cuyo acierto o error no corresponde a esta sala entrar a considerar- se proyectan sobre el caso *sub-examine*, gobernándolo y tornando inconducente todo pronunciamiento concreto a su respecto por parte de esta Cámara.”<sup>86</sup>

Por su parte la Sala V del mismo fuero decidió en la causa *Azpelicueta* la inconstitucionalidad de la resolución n° 938/98 —que dispuso que los alumnos deberán aprobar todas las asignaturas del CBC antes del 31-III-01, caso contrario, las equivalencias que se otorguen perderán validez y asimismo, en su caso, se aplicarán sanciones (arts. 6° y 8°)— como así también de cualquier otra norma similar y complementaria,<sup>87</sup> por lo cual aquí también resulta predicable que el fallo señalado produce efectos no sólo a todos aquellos que se encuentren

<sup>85</sup> CSJN, *Monges*, 1996, *Fallos*, 319: 3148.

<sup>86</sup> CNFed. CA, Sala I, 27/XI/97, *Blas, Humberto Agustín*; 20/XI/97, *Barsanti Agustina*.

<sup>87</sup> En la causa *Azpelicueta Ramiro y otros c/ UBA Resol 938/98*, resuelta el 6/X/99, los actores —alumnos de la carrera de Medicina de la Facultad de Medicina de la UBA que aprobaron el Curso Preuniversitario de Ingreso y, también aprobaron materias correspondientes a la carrera de Medicina— solicitaron por medio del recurso directo previsto en el art. 32 de la ley 24.521 se declare la nulidad de la resolución n° 938 del 16-IX-98, del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires. En la referida resolución se estableció —con carácter de excepción— un régimen de regularización para los estudiantes que se encontrasen cursando asignaturas en la Facultad de Medicina sin haber completado previamente la aprobación de las asignaturas del Ciclo Básico Común —CBC— que corresponden al primer año de sus planes de estudio y que no hubieran presentado oportunamente la pertinente declaración jurada o certificado de aprobación (conf. art. 1°); además se estableció que los alumnos debían aprobar todas las asignaturas del CBC antes del 31-III-01, caso contrario, las equivalencias que se otorgasen perderían validez y asimismo, en su caso, se aplicarían sanciones. (Arts. 6° y 8°.) Para resolver la cuestión de fondo la Sala señaló que “no cabe duda alguna que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires*, del 26 de diciembre de 1996 al confirmar -por voto de mayoría, v. especialmente Considerandos 24 a 34- la resolución del 15 de marzo de 1996 de la Sala I de esta Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, declaró la constitucionalidad del art. 50 de la ley 24.521 -ley de Educación Superior- que, precisamente, confiere potestad a la Facultad de Medicina para establecer su propio régimen de admisión.” Por último el Tribunal decidió que “no sólo la resolución n° 2314/95 resulta nula sino también la resolución n° 938/98 y cualquier otra posición similar, complementaria o modificatoria del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Buenos Aires al desconocer lo resuelto por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación e invadir además y muy especialmente facultades reconocidas por la ley y la Constitución Nacional a la Facultad de Medicina, afectando además los derechos de los alumnos y el principio esencial de la seguridad jurídica instituido por nuestro propio sistema jurídico. Se trata pues de una norma inconstitucional y, en consecuencia es nula de nulidad absoluta por «violación de la ley aplicable» (art. 14, inc. b) de la ley 19.549).”

en igualdad de condiciones sino también a todos los que resulten comprendidos por una norma similar o complementaria.

Por otra parte en otro caso judicial, en el cual en rigor de verdad no se ataca ninguna norma reglamentaria o de alcance general, pero que sirve de alguna manera como precedente, el Tribunal resolvió atribuir la responsabilidad a una empresa por un hecho determinado, con efectos *erga omnes*.

El mencionado caso se refiere a la acción de responsabilidad y daños y perjuicios iniciada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires contra la empresa de energía eléctrica Edesur SA, con el objeto de que se la condenara a la reparación de los daños sufridos por los damnificados de la Ciudad de Buenos Aires (usuarios y terceros,) a raíz de la falta de provisión eléctrica ocasionada por el corte de energía que tuvo lugar el 15-II-99.

En la citada causa la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal<sup>88</sup> resolvió hacer lugar a la demanda y declarar la responsabilidad de Edesur SA por la interrupción del suministro de energía ocurrido en la Ciudad de Buenos Aires el día 15-II-99.

Cabe resaltar que si bien la Cámara aludida declaró la responsabilidad de la empresa por el hecho apuntado, también señaló que en cuanto a los daños y perjuicios que eventualmente pudieron sufrir los usuarios afectados por la interrupción del servicio de energía eléctrica referido, aquéllos que se considerasen con derecho, podrían ocurrir ante los tribunales correspondientes.

A su vez, en dicho fallo se aclaró que: “Como aquí se ha emitido un pronunciamiento en cuanto a la responsabilidad reconocida por la demandada en los hechos que motivaron este juicio, es conveniente aclarar que en esos eventuales juicios que se iniciaren para probar y determinar los daños y perjuicios de los usuarios afectados por el corte de energía en cuestión, la demandada podrá plantear -en lo que hace a los daños- aspectos propios de cada caso particular, que no hayan sido materia de este pleito.”

Del decisorio señalado resulta claro que ningún usuario o tercero afectado por el corte de suministro eléctrico necesitará atribuir la responsabilidad del hecho a la empresa para poder demandar los posibles daños y perjuicios ocasionados, sólo le bastara, en caso de ser necesario, invocar la sentencia pertinente, puesto que la imputación de responsabilidad ya ha sido pasada en calidad de cosa juzgada.

En tales términos tenemos que las sentencias establecen hoy en día cada vez en mayor número de casos los efectos *erga omnes* en sus decisiones ya sea en forma implícita como en forma explícita.

Ello así, del examen de la cuestión antes realizada a la luz de la jurisprudencia en la materia encontramos que en numerosos fallos los tribunales de justicia han reconocido en forma tácita y en algunos casos expresamente el efecto *erga omnes*

<sup>88</sup> CNFed. CC, 16/III/00, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur SA s/ responsabilidad por daños*.

de sus decisiones; o dicho con otras palabras, de ninguna manera puede entenderse que las decisiones tomadas en determinados fallos sólo hayan producido efectos inter partes, puesto que sería, por lo menos, absurdo pensar que cuando la justicia resolvió en el caso del aumento del *cospel del Subterráneo*<sup>89</sup> declarar inconstitucional el anexo II, punto III.1, de la resolución M.E.O. y S. P. n° 227/96, en tanto su aplicación al cuadro tarifario traducía un redondeo por encima del centavo, dicha sentencia, en rigor de verdad, sólo debería producir efectos entre las partes litigantes, lo cual resultaría ilógico en la medida que para el actor no regiría el aumento y en cambio para el resto de los usuarios del subterráneo sí.

Otro caso que demuestra la expansión de los efectos de los pronunciamientos judiciales, además de los ya citados, es el caso *Labatón*,<sup>90</sup> en el cual se condenó al Estado nacional —Poder Judicial de la Nación— a efectuar las obras necesarias (rampas de acceso) para asegurar la visitabilidad de todos los edificios donde funcionan los tribunales nacionales, en los que actuaba la reclamante en ejercicio de su profesión de abogada.

Resulta claro que el fallo no benefició solamente a la actora, sino que resultó de suma utilidad para todos aquellos ciudadanos que tuvieran algún tipo de inconveniente para caminar, trasladarse, etc., puesto que de lo contrario y circunscribiéndonos al efecto *inter partes* de la sentencia, la administración podría y tendría el derecho para impedir el acceso o la utilización de las rampas de acceso a quienes no fueron parte en la causa judicial.

Otros fallos demuestran que la aplicación del efecto *erga omnes* de las sentencias resulta imprescindible para asegurar en tiempo oportuno una tutela judicial efectiva en los casos en los cuales se encuentra en juego el derecho fundamental de la vida y de la salud, de personas que padecen determinadas enfermedades graves.<sup>91</sup>

En efecto en el caso *Asociación Benghalensis y otros* se hizo lugar a la acción de amparo iniciada por una serie de asociaciones que tienen por objeto la lucha contra el SIDA y se condenó al Estado nacional a dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a los enfermos que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país.

En el caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta* se resolvió el restablecimiento de la integridad del originario Programa Médico Obligatorio, en lo referente al 100% de la cobertura de medicamentos en los casos de esclerosis múltiple, sus clases y variantes, a favor de todos los que padecían la citada enfermedad.

<sup>89</sup> CNFed. CA, Sala IV, 5/VIII/97, *Fernández, Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo*.

<sup>90</sup> CNFed. CA, Sala V, 25/IX/96, *Labatón Ester Adriana c/ E.N. -Poder Judicial de la Nación s/ amparo ley 16.986*.

<sup>91</sup> CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional*, 2000, *Fallos*, 323: 1339; *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud de la Nación*, 2003, *Fallos*, 326: 4931.

También en otros casos la proyección *erga omnes* de los efectos de la sentencia resulta de la propia ejecución del fallo, más allá de su consideración o no de manera específica al respecto.

En efecto, ello se deduce de lo dispuesto en el caso *Unión de Usuarios y Consumidores*, en el que se ordenó al Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Comunicaciones que en el término de noventa días reglamentase el régimen de portabilidad numérica en materia de telefonía celular. La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>92</sup> confirmó la sentencia de primera instancia y señaló que los usuarios y/o clientes del servicio telecomunicaciones —a quienes representa la actora— poseen un derecho cierto y líquido a la portabilidad numérica y destacó la existencia de un perjuicio real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, consistente en la imposibilidad que genera el tener que adoptar un nuevo número. También precisó que ésta facilidad, además de permitir la utilización más eficiente y no discriminatoria de un recurso limitado como lo es la numeración, ha sido instituida como un derecho concreto y exigible por parte de los usuarios y/o clientes del servicio de telecomunicaciones.

También dentro del marco de un incidente de medida cautelar se resolvió otorgar una medida requerida por el Defensor del Pueblo de la Nación, que ordenó al Ente Regulador del Gas que instruya a los agentes de recaudación del cargo tarifario que permitan que los usuarios afectados por los efectos propios del decreto 2067/08 y sus normas complementarias, puedan seguir pagando sus facturas de acuerdo con el régimen tarifario anterior, con el carácter de pago a cuenta.<sup>93</sup>

Este criterio fue mantenido por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en otro incidente cautelar en el cual recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la intervención en un proceso del Defensor del Pueblo de la Nación, no puede sino interpretarse en el sentido de que sus planteos vinculados a la protección de derechos de incidencia colectiva, supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que las consecuencias de lo resuelto, pese a que se trata de un sujeto diferente de los afectados, producirá de todos modos efectos jurídicos, pues al haber tenido éxito su pretensión, reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa, por lo que su actuación importa que el efecto de la sentencia sea *erga omnes*.<sup>94</sup> Además allí se precisó que la participación del Defensor del Pueblo de la Nación, por la protección de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios de los servicios públicos de gas natural por redes perjudicados por el incremento que implica la aplicación del cargo tarifario en la facturación final, proyecta sus efectos al debate que sobre cuestiones análogas se

<sup>92</sup> CNFed. CA, Sala V, 20/VI/09, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN- Secretaría de Comunicaciones - Dto. 764/00 s/ amparo ley 16.986*.

<sup>93</sup> CNFed. CA, Sala V, 10/IX/09, *Defensor del Pueblo de la Nación - Inc. Med c/ EN - Dto2067/08 - Mº Planificación - Resol 1451/08 y otro s/ proceso de conocimiento*.

<sup>94</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2009, Fallos, 332: 1759.

realicen en un posterior pleito en el cual su pretensor sostenga la misma posición que en el anterior sustentara aquél órgano jurisdiccional.<sup>95</sup>

Además el efecto determinado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en los fallos antes citados fue seguido por otros tribunales, en la medida que en sus resoluciones precisaron que la parte actora se encontraba alcanzada por las medidas cautelares dispuestas por aquella Sala y, además, se consideró que proponer un alcance diverso generaría incertidumbre y contradicción en el acatamiento de dichas mandas judiciales por las demandadas.<sup>96</sup>

Además también podemos recordar con relación a los efectos *erga omnes* de la sentencia el fallo *Rosza*, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del reglamento dictado por el Consejo de la Magistratura para proveer las designaciones de jueces subrogantes en los casos de vacancias en los tribunales federales, en cuanto permitía el nombramiento de funcionarios y abogados que no reunían calidad de juez con acuerdo del Senado. En este caso la Corte excedió nuevamente los límites del caso planteado porque a la vez que convalidó la actuación del juez subrogante en esa causa, declaró con efecto general la inconstitucionalidad de todo reglamento de subrogancias. Además en una suerte de pronunciamiento-reglamentario extendió un certificado de validez a la actuación de todos los jueces subrogantes designados de acuerdo con el reglamento invalidado, limitado al término de un año luego del cual dichos nombramientos debían cesar por inconstitucionalidad y por ello resulta claro que tal decisión hizo efecto en causas en trámite y aun en las no iniciadas ante los jueces cuestionados.<sup>97</sup>

También en el fallo *Halabi*, en el cual se inició una acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet, la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad que venía de las instancias anteriores, precisó que los alcances de la sentencia eran *erga omnes* como consecuencia de encuadrar el reclamo del actor dentro de los llamados “derechos

<sup>95</sup> CNFed. CA, Sala V, 22/X/09, *Consumidores Libres Coop Ltda de Provisión SAC c/ EN Dto 2067/08 – M° Planificación Resol 1451/08 y otro s/ amparo ley 16.986; 8/VII/10, D'Angelo Antonia –Inc. Med (2-XI-09) y otro c/ EN Dto 2067/08 – M° Planificación Resol 1451/08 y otros s/ amparo ley 16.986.*

<sup>96</sup> CNFed. CA, Sala IV, 15/X/09, *Papelera Paysandú SAIC c/ EN Dto 2067/08 – M° Planificación – Resol 1451/08 1493/08 y otro s/ medida cautelar (autónoma); Sala I, 13/VI/10, Behal Mabel –inc med (22-IX-099 c/ EN –Dto 2067/08 – M° Planificación Resol 1451/08 y otro s/ amparo ley 16.986.*

<sup>97</sup> SÁENZ, JUAN I., “La Corte Suprema como tribunal constitucional,” Disertación realizada en sesión pública del Instituto de Política Constitucional, 4-VI-08, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, v. XXXV-II, pp. 267-302.

de incidencia colectiva referente a los intereses individuales homogéneos.”<sup>98</sup> En efecto en el caso citado se precisó que la pretensión no se circunscribía a procurar la tutela para los propios intereses del actor sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

En igual sentido el efecto expansivo surge de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 558/02, en cuanto introdujo diversas modificaciones a las previsiones de la ley 20.091. En concreto, mediante el citado decreto se incorporó un último párrafo al art. 29 de esa ley, por el cual se facultaba a la Superintendencia de Seguros de la Nación a eximir a las aseguradoras de la prohibición del inc. g) ante situaciones de iliquidez transitoria; sustituyó los textos de los arts. 31 y 86, inc. a), e incorporó un último párrafo al art. 33 de la mencionada norma. Para así decidir en el fallo se señaló que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional del sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional y determinó la invalidez del decreto cuestionado, por cuanto no han existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inc. 3° de la Constitución nacional describe con rigor de vocabulario en el fallo *Verrocchi*, considerando 10.

De la lectura de los fallos antes citados puede concluirse que para declarar los efectos expansivos es necesario que exista una *causa fáctica común* de la lesión constitucional (un acto, un hecho, omisión o norma), de modo que, como ella afecta a un universo de sujetos, la sentencia dictada alcanza a todos.<sup>99</sup>

### *7. Tribunal Competente para atribuir efectos erga omnes a los pronunciamientos judiciales*

En este punto la discusión o la problemática radica en considerar si la extensión de los efectos de la sentencia puede ser realizada por cualquier tribunal judicial o si sólo debe ser competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre el punto CASSAGNE considera que, previo dictado de una norma legal, “sólo cabría reconocerla en cabeza, exclusivamente, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien, del Tribunal Superior de la causa en el orden federal, cuando se tratare de una sentencia firme y definitiva, a fin de concretar la función de control de legalidad o constitucionalidad que cumple la justicia con respecto a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo puesto que de lo contrario podría

<sup>98</sup> *Idem.*

<sup>99</sup> *Idem.*

darse la situación de la existencia de fallos contradictorios entre distintos tribunales de igual instancia.”<sup>100</sup>

Al respecto MAIRAL<sup>101</sup> quien, vale recordar, no comparte la admisión de los efectos extra partes de la sentencia, sostiene también que sólo se podría reconocer ese carácter a las sentencias de la Corte Suprema puesto que de lo contrario pregunta ¿qué habría que hacer en caso de fallos contradictorios de tribunales de otras instancias, como, por ejemplo, de dos cámaras federales de distinta jurisdicción?

El último autor citado funda su posición manifestando que si no fuera el Alto Tribunal el que tuviere esas facultades podría darse la circunstancia que un “fallo de primera instancia que acoja la impugnación y quede firme por falta de apelación oportuna, sería suficiente para extinguir el reglamento. De donde un tribunal de alzada ante el cual esté planteada idéntica impugnación, debería aplicar la sentencia que considera nulo el reglamento recaída en otro juicio, aunque provenga de un tribunal inferior. Cabrá entonces ignorar la jurisprudencia uniforme de las cámaras, y aun de la Corte Suprema, en favor de la validez de un reglamento a partir del primer fallo, aun de primera instancia, que acoja la impugnación y quede firme.”

En definitiva, no caben dudas que la postura antes apuntada resulta la más adecuada o podría ser también catalogada, si se quiere, de *realista* teniendo en cuenta los errores en que a veces incurre la administración. (No contestar traslados, apelaciones fuera de término, etc.)

Sin embargo me parece muy interesante la apreciación que sobre este tópico realiza GARCÍA PULLÉS, en cuanto considera que no corresponde hacer ningún tipo de distinción entre las instancias de los tribunales, puesto que los tribunales de primera y segunda instancia no ejercen su jurisdicción por delegación de la Corte Suprema, sino por competencia atribuida por la Constitución nacional y las leyes dictadas en su consecuencia y en base a ello cada uno de los tribunales del país ejerce la totalidad de las jurisdicción, sin que sea posible reconocer diferencias cualitativas a ese ejercicio.<sup>102</sup>

Y a su vez agrega “no es ocioso considerar que limitar el alcance del efecto extensivo de las sentencias a los casos en que hubieran sido emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejará en manos del perdedor arribar o no a esta consecuencia, toda vez que sólo el agraviado podrá acudir a nuestro más Alto tribunal, y no lo hará cuando su recurso se enfrente con el riesgo de dar tal efecto adicional a una eventual sentencia contraria a sus intereses,”<sup>103</sup> a lo que se

<sup>100</sup> CASSAGNE, “Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos,” *op. cit.*

<sup>101</sup> MAIRAL, *op. cit.*, p. 285 y ss.

<sup>102</sup> En efecto el art. 108 de la Constitución nacional establece que “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.”

<sup>103</sup> GARCÍA PULLÉS, “Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento, perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo,” *op. cit.*

podría agregar que en la práctica la real aplicación de los efectos *erga omnes* a las sentencias quedaría trunca y todo quedaría en definitiva como antes, esto es con la obligación de litigar por parte de todos los afectados, con la única diferencia o beneficio que el proceso sería un poco mas corto al considerar la administración que recurrir por vía de recurso ante el Alto Tribunal llevaría implícita la posibilidad —ante la confirmación del pronunciamiento— de la extensión extra partes de los efectos.

En definitiva, sin perjuicio de lo antes apuntado, considero que en este punto resulta mas apropiado que la declaración de nulidad o inconstitucionalidad de una norma de alcance general con efectos *erga omnes* quede en cabeza de la Corte Suprema, puesto que de no ser así, el más alto tribunal de la república —como bien señala la doctrina— podría quedar obligado a lo ya decidido en una sentencia de primera instancia, lo cual no parece —en principio— lo más atinado.

Además, cabe advertir que también podría darse la situación que dos sentencias de cámara o de primera instancia o de distintas instancias, resuelvan el mismo día de manera distinta, circunstancia que de por sí sola dejaría una sensación importante de inseguridad jurídica, puesto que generaría más problemas o dudas que soluciones habida cuenta que, en definitiva, en el mejor de los casos la sentencia que decidió la derogación de la norma también resultaría aplicable o por lo menos beneficiaría indirectamente a aquéllos procesos en los cuales se desestimó la pretensión y en la peor de las situaciones no se sabría a ciencia cierta cuál sería el decisorio aplicable.

Por último, corresponde advertir que la extensión o limitación de los efectos de la sentencia obviamente quedará supeditada al libre arbitrio de los jueces y no como una obligación impuesta debiendo velar en cada caso o proceso por la protección de los intereses lesionados en función de los principios de igualdad, buena fe y tutela judicial efectiva.

Además el tribunal deberá ser muy cauto en asumir decisiones con alcance *erga omnes*, pues pueden existir normas que sean viciadas para un caso concreto pero no por ello proceda su extensión a los otros.<sup>104</sup>

“En este supuesto, que no debe ser desatendido, carece de sentido declarar la inconstitucionalidad de la norma con efecto general derogatorio, puesto que el vicio no radica en lo que ella dispone, sino que es la particularidad del caso sobre el cual recayó la que provoca la inconstitucionalidad en ese caso. Quizá no en otros.”<sup>105</sup>

## 8. Conclusiones

Por todo lo antes señalado y la jurisprudencia que emana de los tribunales federales y en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considero

<sup>104</sup> REVIDATTI, GUSTAVO citado por ALTAMIRA GIGENA, *op. cit.*, p. 334.

<sup>105</sup> BIDART CAMPOS, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,” *op. cit.*, cap. 56, p. 405.

alentadora la posibilidad de reconocer efectos *erga omnes* a los pronunciamientos judiciales para de esta manera proteger en forma efectiva la observancia de la Constitución nacional.

De no ser así el verdadero respeto del ordenamiento jurídico hacia la Carta Magna quedaría trunco en la medida que sólo sería efectivo en el caso concreto, en el que se produjo la declaración de inconstitucionalidad de la norma y no así en los demás casos; o dicho con otras palabras, si se niega el efecto *erga omnes*, van a existir indefectiblemente en la comunidad dos ordenamientos jurídicos paralelos: Uno va a respetar la Constitución nacional y, en cambio, el otro no, porque va a permitir la aplicación de una norma ya declarada inconstitucional en otro proceso.

Además tampoco puede oponerse como argumento valedero la eventual transgresión del derecho de defensa a quienes, por no haber sido partes en el litigio, se les extienden los efectos de una sentencia anulatoria de una norma de alcance general.

En efecto porque lo primero que no debemos olvidar es la defensa de la legalidad o constitucionalidad de una norma y luego, en segundo lugar, podremos considerar los reclamos particulares al respecto; o dicho con otras palabras, en el caso que la extensión de los efectos produzca algún perjuicio sobre derechos adquiridos la solución será la reparación integral del perjuicio más no el mantenimiento de una norma ilegal o inconstitucional dentro del ordenamiento jurídico.

Al respecto CASSAGNE sostiene que la defensa de la legalidad o constitucionalidad, en su caso, de un reglamento se encuentra principalmente a cargo de la administración, como gestora de los intereses generales, y en segundo lugar a cargo del impugnante, quien si bien actúa para proteger un interés personal y directo, no se puede negar que, al propio tiempo, “interviene en el proceso como un colaborador de la legalidad y de los intereses colectivos que fluyen de su pertenencia al sector de los particulares afectados por el reglamento ilegal o inconstitucional.”

Por ello resulta más disvaliosa la solución contraria, en cuanto produce las siguientes consecuencias: “(a) obliga a promover un proceso separado a todos los interesados en obtener la nulidad de una norma que ya fue declarada ilegal o inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; (b) cercena el principio de igualdad por cuanto la norma sería ilegal o inconstitucional para un particular y no para los otros destinatarios; y (c) permite relitigar y provocar cambios de jurisprudencia, con grave afectación a la seguridad jurídica, en la medida que se mantiene la posibilidad de la aplicación de la norma.”<sup>106</sup>

También considero que con lo efectos *erga omnes* de la sentencia no se afecta el principio de la *separación de poderes* puesto que sino, además de lo antes apuntado,

<sup>106</sup> CASSAGNE, “Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos,” *op. cit.*

habría que considerar seriamente la forma de implementar un cambio profundo o de raíz en el orden jurídico provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habida cuenta que en muchas provincias se ha reconocido en su legislación local la proyección de los efectos de la sentencia anulatoria de normas. También, por ejemplo, la Ley General del Ambiente N° 25.675 establece en el art. 33, segundo párrafo, que: “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes, a excepción que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.” En igual sentido la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (y sus modificaciones), en su art. 54 establece, en el caso de las acciones colectivas, que: “[L]a sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.”

En definitiva si queremos respetar en serio a la Constitución nacional, o la jerarquía normativa que establece el art. 31 de la Carta Magna, los principios de buena fe, igualdad, legalidad, tutela judicial efectiva, etc., debemos incentivar o alentar la proyección de los efectos de la sentencia anulatoria de una norma con alcance *erga omnes*, puesto que esta es la fórmula que mejor se compadece con el respeto y congruencia con que toda norma debe desenvolverse dentro del ordenamiento jurídico.

Y para cumplir con ese fin, el pronunciamiento de los jueces constituye, sin duda, una herramienta indispensable que servirá como un mecanismo más —no el único— para obtener de una vez por todas aquello que se proclama pero que en la práctica no se cumple y que no es otra cosa que lograr que todo el ordenamiento jurídico sea compatible con la Constitución.

En efecto solamente consiguiendo que una norma no contradiga a la ley fundamental, obtendremos de manera real y efectiva la posibilidad de convivir bajo la existencia de un auténtico *Estado de Derecho* en el cual no se cometan infracciones a la Constitución nacional.

A ello cabe agregar que el tribunal competente, para disponer la proyección de los efectos de la sentencia, debe ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la medida que sólo asignando esta facultad al más alto tribunal existirá uniformidad de criterio con la consiguiente seguridad jurídica<sup>107</sup> que ello implica para el litigante.

<sup>107</sup> Este concepto “presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones, creando un ámbito de vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, y por consiguiente, con verdadera libertad y responsabilidad.” (Ver SANCHEZ AGESTO, “Lecciones de Derecho Político,” p. 545 citado por LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. V, *Parte Especial*, Buenos Aires, Alfa, 1956, p. 189 y ss.)

En efecto, lo señalado en el párrafo anterior, en definitiva representará, en la práctica un verdadero respeto y acogimiento a lo dispuesto en la Constitución nacional, por parte de todo el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, vale recordar nuevamente, como interrogante para todos aquellos que aún hoy quieren desconocer la expansión *erga omnes* de los efectos de la sentencia amparándose en distintas instituciones (separación de poderes, art. 116 de la Constitución nacional, paralelismo de las competencias, etc.), lo siguiente: “Señor, el derecho es como yo digo que es, y así ha sido establecido desde que el derecho naciera; tenemos numerosas formas establecidas que son sostenidas como ley, y así mantenidas y utilizadas por buenas razones, aunque no podamos recordar en el presente cuales son tales razones.”<sup>108</sup>

También resulta oportuno reafirmar, en el mundo jurídico de hoy, que el derecho, como conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas, como todo en la vida debe y tiene que evolucionar y para ello hay que estudiarlo, investigarlo, meditarlo y adaptarlo teniendo en cuenta, en una suerte de visión integral, la realidad del momento y por sobre todo la justicia.<sup>109</sup>

Por último resulta importante señalar que para el reconocimiento pleno y efectivo de la proyección *erga omnes* de la sentencia y con el fin de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, debería regularse su implementación a través de un Código Contencioso Administrativo Nacional, que como bien señala CASSAGNE<sup>110</sup> es una herramienta imprescindible para poder encauzar de una manera orgánica y sistemática todos los mecanismos que tienden a la realización de una tutela judicial efectiva.

<sup>108</sup> Ver la nota n° 63 en TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad administrativa*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 522.

<sup>109</sup> CASSAGNE, “La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional,” *op. cit.*

<sup>110</sup> CASSAGNE, “Perspectivas de la Justicia Contencioso Administrativa Argentina en el siglo XXI,” *op. cit.*



REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA  
ACCIÓN DE AMPARO INDIVIDUAL

Por FABIÁN OMAR CANDA

SUMARIO

1. Introducción .....	271
2. <i>Toda persona</i> puede interponer la acción de amparo .....	272
3. Acción expedita y rápida de amparo .....	273
4. Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.....	274
5. Contra todo acto u omisión de autoridades públicas .....	278
6. Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos.....	280
7. Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.....	282
8. Derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.....	283
9. El juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva .....	284
10. Conclusiones .....	284



## REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO INDIVIDUAL

Por FABIÁN OMAR CANDA

### 1. *Introducción*

Se nos ha invitado a participar en una obra colectiva de derecho procesal administrativo, escrita por autores que han sido o son magistrados o funcionarios del fuero contencioso administrativo. Estimamos adecuado responder a dicho honor a través de una colaboración que refleje, fundamentalmente, la labor del fuero (y también la de la Corte Suprema) en el tema propuesto, pues es en dicha jurisprudencia donde se exhiben los problemas concretos que a diario enfrentan quienes litigan y quienes tienen que decidir sobre los requisitos de procedencia de esta central acción.

El método rinde honor, además, al origen del amparo que, como es sabido, es pretoriano.<sup>1</sup>

Se pretende dar, pues, un estado de situación de algunas de las cuestiones que suscita la procedencia de la acción de amparo en la jurisprudencia actual del tribunal nacional especializado y del máximo tribunal federal.

A tal efecto seguiremos una metodología sencilla: Iremos desgranando el párrafo primero del art. 43 de la Constitución nacional (CN) reformada en 1994 (amparo individual) para analizar, en cada caso, cuáles han sido las respuestas dadas desde la jurisprudencia a la cuestión que nos ocupa.

<sup>1</sup> CSJN, *Siri*, 1957, *Fallos*, 239: 459 que marca el nacimiento de la acción de amparo contra actos de autoridades públicas (clausura de un diario sin conocerse la autoridad que la dispuso ni las causas) y *Kot*, 1958, *Fallos*, 241: 291 que hace lo propio en relación con actos de particulares. (Ocupación de una fábrica textil propiedad del actor por los obreros.)

## 2. Toda persona puede interponer la acción de amparo

La redacción del texto constitucional pudo alentar la idea de que el reformista de 1994 procuró ampliar la legitimación para el inicio de la acción de amparo individual,<sup>2</sup> extendiéndola incluso a quienes no resultasen afectados directos.<sup>3</sup>

Esta interpretación encontraría sostén no sólo en la literalidad de la redacción sino también en la comparación con el texto de la ley de amparo vigente al momento de la reforma, pues la ley 16.986 establece que la acción puede ser deducida por toda persona “que se considere afectada,” mientras que el art. 43 alude simplemente a “toda persona,” sin exigir explícitamente que el actor deba invocar una afectación en los derechos propios.

La Corte Suprema, sin embargo, reiteró en el marco de acciones de amparo resueltas con arreglo al nuevo texto constitucional que la existencia de un *caso* o *causa* presupone la de *parte*, “es decir, de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso” y que “al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer. En síntesis, la «parte» debe demostrar la existencia de un «interés especial» en el proceso o que los agravios alegados la afecten de forma «suficientemente directa» o «substancial», esto es, que posean «concreción e inmediatez» bastante para poder procurar dicho proceso,” de manera que no escapa esta particular acción a las reglas de la legitimación propias del sistema procesal argentino, que requieren la afectación como requisito para que proceda la jurisdicción de los tribunales pues “el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de «caso o controversia judicial» sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes.”<sup>4</sup>

En suma, no escapa la acción de amparo a las exigencias de la legitimación propias del sistema procesal argentino, pues si no hay *parte* en sentido técnico tampoco hay *caso* ni jurisdicción para la intervención de los tribunales, con lo cual y pese a las diferencias de redacción, la previsión del art. 43 de la CN es análoga a la directiva de la ley de amparo 16986, de modo tal que “[l]a mera

<sup>2</sup> Sin dudas lo hizo respecto del amparo colectivo, que no es objeto del presente trabajo, al incluir entre los posibles actores a los denominados *legitimados extraordinarios*. (Defensor del Pueblo y asociaciones que propenden a la tutela de los derechos de incidencia colectiva, art. 43 párrafo segundo de la CN.)

<sup>3</sup> Se ha sostenido en algún fallo que del texto frío de la norma constitucional al decir: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo” resulta claro que tanto el abogado como el Colegio Público de Abogados se encuentran legitimados para cuestionar constitucionalmente la existencia de las llamadas *Leyes Secretas*. (CNFed. CA, Sala V, 14/VI/06, *Monner Sans Ricardo c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*.) Se le otorga así al sintagma *toda persona* un alcance literal, sin exigirse del amparista un interés especial en el proceso.

<sup>4</sup> CSJN, *Mosquera*, 2003, *Fallos*, 326: 1007. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite la Corte.)

eventualidad de un daño, el agravio meramente conjetural o hipotético no basta para reconocer la existencia de legitimación procesal en quien pretende, ni para la procedencia de esa vía.”<sup>5</sup>

### 3. Acción *expedita* y *rápida* de amparo

Estas características de la acción de amparo implican que se trata de una vía regia, franqueada de todo obstáculo de naturaleza procesal que pueda obstaculizar la defensa del derecho constitucional en juego. El carácter *expedito* y *rápido* deriva de su condición de proceso urgente: El amparista no puede ver detenida y ni siquiera demorada su necesidad de protección procesal urgente, pues el derecho constitucional lesionado o amenazado no admite que se aguarde la resolución de cuestiones incidentales de ninguna índole.

Es con arreglo a ello que la jurisprudencia del fuero ha sostenido que en el marco de la acción de amparo no se admite la articulación de excepciones previas, obediendo tal previsión a la necesidad de brindar a los administrados una vía *expedita* y *rápida*, libre de trabas, para la protección de sus derechos.<sup>6</sup>

Esta característica de la acción no juega sólo para aventar toda posibilidad de demora en el proceso, sino que se aplica también para exigir del actor una prudencia y adecuada diligencia en su articulación, pues —como se ha sostenido jurisprudencialmente— si la demanda es interpuesta *casi seis meses después* de haberse tomado conocimiento del acto impugnado, cabe razonablemente conjeturar que desaparecieron las condiciones para la procedencia de una acción *expedita* y *rápida* como la del amparo y que el afectado podrá acudir a los demás trámites procesales para plantear su reclamo.<sup>7</sup>

En suma, la demora injustificada en iniciar el amparo es indicativa de la inexistencia de urgencia objetiva y, consecuentemente, de la necesidad de una tutela *expedita* y *rápida* como la que la acción provee.

Al no prever expresamente la Constitución reformada un plazo para el inicio de la acción, corresponde plantearse si resulta de aplicación el de 15 días hábiles fijado por la ley 16.986, cuestión a la que ha dado respuesta la jurisprudencia al sostener que dicho plazo constituye uno de los recaudos de admisibilidad que permanecen vigentes aún después de la reforma de la Constitución nacional pues impresiona como una reglamentación razonable de la facultad que confiere el art. 43 de la CN. Este criterio ha sido recogido por distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> CNFed. CA, Sala IV, 20/IV/04, *Asociación de los Derechos Civiles -ADC- y otros v. Estado Nacional*, JA, 2005-I, 396.

<sup>6</sup> CNFed. CA, Sala IV, 21/III/06, *Lonigro*, entre muchos otros.

<sup>7</sup> CNFed. CA, Sala I, 26/X/95, *Ositiansky, Alberto c/ Secretaría de Industria s/ amparo ley 16.986*.

<sup>8</sup> CNFed. CA, Sala II, 10/II/04, *Aballay Pablo*; 25/III/04, *Mazutiz y Bárbara SH*; Sala III, 05/IV/05, *Falconi*; Sala V, 18/X/04, *Sindicato de Luz y Fuerza Capital Federal*.

Ello no obstante, el plazo no es de aplicación cuando se trata de agravios provenientes de conductas lesivas continuadas en el tiempo. Al respecto, la Corte ha sostenido que “el escollo que se deduce de la prescripción del artículo 2º, inciso e), de la ley 16.986, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho único, ya pasado, ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias [...] Pensamos que en la especie la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada.”<sup>9</sup>

#### 4. Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo

Verdadera clave de bóveda de la acción, este requisito significa que si existe otra vía judicial capaz de dar respuesta útil a la pretensión procesal debe optarse por ella, pues el amparo sólo procede cuando el sistema procesal ordinario se revela inidóneo.

Esto se explica, pues como ha señalado el constituyente en oportunidad de fundar la redacción que en definitiva se impusiera en el seno de la Convención de 1994, “[e]l dictamen de la mayoría considera la acción de amparo como una vía excepcional [...] Parte del supuesto de la eficiencia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos”<sup>10</sup> Por ello, resulta indispensable para la admisión del remedio sumarísimo y excepcional del amparo, que quien solicita la protección judicial acredite en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado.<sup>11</sup>

La Corte ha sostenido que cabe exigir la demostración de la carencia de otras vías o procedimientos aptos para solucionar el conflicto, y, en su caso, su ineficacia para contrarrestar el daño concreto y grave, pues el amparo es un remedio excepcional que no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las jurisdicciones vigentes,<sup>12</sup> ya que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios,

<sup>9</sup> CSJN, *Mosquera*, 2003, *Fallos*, 326: 1007. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite la Corte.)

<sup>10</sup> Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 290ª, 11-8-94, Informe del dictamen de mayoría, pp. 4047-4049.

<sup>11</sup> CSJN, *Cía de Perforaciones Río Colorado S.A.*, 1993, *Fallos*, 316: 1837.

<sup>12</sup> CSJN, *Juárez, Rubén Faustino y otro c/ Mrio. de Trabajo y Seguridad Social (Direc. Nac. de Asoc. sindicales) s/ acción de amparo*, 1990, *Fallos*, 313: 433; ver, asimismo, CSJN, *FRECA. S.A c/ SE.NA.SA. (Estado Nacional) s/ amparo*, 1994, *Fallos*, 317: 655.

originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita.<sup>13</sup>

A efectos de cumplir con la carga demostrativa de la inidoneidad del sistema procesal ordinario, resulta insuficiente la mera afirmación acerca del “daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos comunes de conocimiento.”<sup>14</sup>

En suma, no se trata solamente de invocar un perjuicio o agravio concreto (pues éste es un requisito común a todo caso, causa o controversia en los términos del art. 116 de la CN), sino de acreditar que a quien lo padece *no le sirven* los medios judiciales que el sistema procesal ordinario pone a su alcance, pues en razón del grado de concreción y gravedad de la lesión, los remedios procesales comunes se exhiben inidóneos para brindar una respuesta jurisdiccional útil, de modo que el daño resultará sólo efectivamente reparable por la vía sumarísima y expedita de la acción de amparo que, como lo ha puesto de relieve la Corte, continúa siendo, luego de la reforma constitucional de 1994, una vía excepcional.<sup>15</sup>

Al establecer el constituyente que el amparo procede siempre que no exista otra vía *judicial* más idónea, descarta que dicha idoneidad pueda provenir de una vía *administrativa*; descarte que, en cambio, no se hacía en la ley 16.986, que preveía que el amparo no era admisible cuando existan “recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.”<sup>16</sup>

Al respecto, la jurisprudencia del fuero ha dicho que si bien es cierto que frente al nuevo texto constitucional, no puede sostenerse ya como requisito para la procedencia de este remedio sumarísimo y excepcional, la inexistencia de vía administrativa idónea para la tutela del derecho que se invoca como conculcado, no lo es menos que quien solicita la protección a través de la acción de amparo debe demostrar, en debida forma, la inexistencia de otras vías judiciales idóneas para la protección del derecho lesionado o que la remisión a ellas produzca un gravamen insusceptible de reparación ulterior.<sup>17</sup>

¿En qué casos se ha entendido que existían otras vías judiciales idóneas?

La jurisprudencia ha entendido que cuando es el propio amparista el que “en-caminó su reclamo a través de la vía administrativa y recién después acudió a

<sup>13</sup> CSJN, *Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, 2005, *Fallos*, 328: 1708.

<sup>14</sup> CSJN, *Serrano, Julio Alberto y otro s/ amparo*, 1991, *Fallos*, 314: 996.

<sup>15</sup> CSJN, *Servotrón*, 1996, *Fallos*, 319: 2955; cfr. asimismo *Fallos*: 322:1733; 323:183; 323:2536; 324: 343, entre otros.

<sup>16</sup> Art. 2º, inc. a) de la ley 16986.

<sup>17</sup> CNFed. CA, Sala I, 23/VIII/10, *Andreotti Andrés c/ EN -Mº Defensa- EMGE s/amparo ley 16.986*, con cita de Sala I, 22/V/96, *Aydín SA* y Sala II, 26/VIII/97, *Nieva Alejandro y otros*.

la justicia [...] no demostró las razones que le impidieran encauzar su pretensión a través de las vías ordinarias.”<sup>18</sup>

A partir de la reforma, el amparo ha pasado a ser una vía regia o directa que no exige el previo recorrido de la instancia administrativa, pues de ser posible transitarla ello resultaría demostrativo de la inexistencia de urgencia y de la consecuente improcedencia de la acción.<sup>19</sup>

Tampoco es la vía el amparo cuando lo que se pretende es utilizarlo con una finalidad claramente cautelar como lo es la obtención de la suspensión de un acto administrativo<sup>20</sup> o cuando existe la posibilidad de que el juicio tramite por un proceso de conocimiento propio del Código Procesal Civil y Comercial, aunque sea el del juicio sumarísimo.<sup>21</sup>

Asimismo, no procede el amparo cuando la pretensión tiene un carácter esencialmente declarativo, apropiado, en consecuencia, para ser ventilado bajo los cánones de la acción homónima,<sup>22</sup> ni cuando existe una vía procesal específica, tal como un recurso judicial directo.<sup>23</sup>

Desde una mirada que pone el acento en el derecho constitucional lesionado o amenazado, se ha entendido que el amparo no es, en principio, la vía adecuada cuando el daño que se alega es esencialmente patrimonial y cuya composición por vías ordinarias no está demostrado que ocasionare un perjuicio grave, irreparable o de ilusoria reparación sobre la esfera de derechos del actor<sup>24</sup> y que están exclu-

<sup>18</sup> CNFed. CA, Sala II, 27/II/07, *Polverini, Perla M. v. Estado Nacional Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*. En sentido similar, CSJN, *Granillo Fernández, Héctor Manuel c/ Universidad Nacional de La Plata s/ amparo*, 2007, Fallos, 330: 1407.

<sup>19</sup> No obstante ello, en algún fallo posterior (y aislado) a la reforma constitucional, la Corte Suprema rechazó la acción por no haberse agotado, previamente, la vía administrativa. (CSJN, 3/XI/98, *Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ amparo*, no publicado en la colección de fallos.)

<sup>20</sup> CSJN, *Hughes Tool Company*, 1985, Fallos, 307: 178 y sus citas.

<sup>21</sup> En un caso en que se había iniciado una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, la Cámara tuvo en cuenta que la cuestión planteada aparentaba una complejidad que excedía el limitado marco cognoscitivo de la acción de amparo, por lo cual dispuso que la causa tramite por la vía del proceso sumarísimo. (CNFed. CA, Sala II, 24/XI/09, *Unión Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Argentina S.A s/ amparo ley 16.986*.)

<sup>22</sup> Así, debe tramitar como acción declarativa la pretensión tendiente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes estatales, pues tal índole de cuestiones no pueden ser ventiladas por la vía del amparo ya que “parecen poco compatibles el régimen legal y los mecanismos previstos en la ley 16.986” (cfr. Fallos: 307:1379; 310:877; 319:1968; 322:1135; 323:2107; 323:3326; 325:388; 325:3525; 326:973; 326:2254; 327:3010; 327:3852), siendo más indicada la acción declarativa, en tanto medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora, bajo las reglas del juicio ordinario. (Fallos: 319:1968; 325:3525; 326:973; 326:2254.)

<sup>23</sup> CNFed. CA, Sala I, 27/II/01, *Proconsumer c/ America On Line Argentina S.R.L. y otro s/ amparo ley 16.986*. En igual sentido, CNFed. CA, Sala I, 6/III/01, *Selva Graciela Susana del Luján c/ Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria s/ amparo ley 16.986*; 10/VI/06, *Heler Mario Bernardo y otro c/ UBA - Secretaría Ciencia y Técnica - Resol 1.542/03 s/ amparo ley 16.986*; Sala III, 21/V/96, *Pallasa, Manuel c/ C.P.A.C.F. s/ amparo*.

<sup>24</sup> CSJN, *SRL Aserradero Clipper*, 1961, Fallos, 249: 221; *Benjamin Garfinkel*, 1960, Fallos 248: 443.

dos de la vía expedita del amparo los casos en que se pretende tutelar derechos de naturaleza patrimonial que puedan asistir al particular en función de una relación contractual que lo vincularía con el Estado.<sup>25</sup>

También desde un punto de vista material se ha sostenido que por regla el amparo no es la vía cuando lo que se pretende es el cumplimiento de contratos administrativos.<sup>26</sup>

Inversamente, se ha sostenido que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física y que en esos casos no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole. En el importante precedente que venimos refiriendo, la Corte postula que corresponde evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan **con especial resguardo constitucional**, sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución nacional establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio *judicial* más idóneo.<sup>27</sup>

No obstante todo lo antedicho, es doctrina tanto de la Cámara como de la Corte que si la causa tramitó en su totalidad por la vía del amparo rechazarla en la segunda instancia o en la instancia extraordinaria por considerar que el amparo no era la vía más idónea implica un dispendio jurisdiccional del que corresponde prescindir<sup>28</sup> por constituir un exceso ritual<sup>29</sup> que agravia la tutela judicial efectiva.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> CNFed. CA, Sala V, 28/V/01, *Tattersall de Palermo S.A. y otro c/Lotería Nacional Sociedad del Estado y otro s/amparo ley 16.986.*

<sup>26</sup> CNFed. CA, Sala III, 14/XII/87, *Franmar, S. A. c. Banco de la Nación Argentina, LL*, 1988-B, 241.

<sup>27</sup> Confirma así la especial idoneidad del amparo para la tutela de los derechos del más alto rango, como el derecho a la vida y a la salud y el carácter de vía regia o directa de la acción luego de la reforma de 1994. (CSJN, *María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial*, 2007, *Fallos*, 330: 4647.)

<sup>28</sup> “Rechazar en esta causa la procedencia formal de la acción de amparo, luego de tramitadas las dos instancias anteriores en las que se produjo un debate adecuado y cuando el Tribunal cuenta con elementos suficientes para resolver la cuestión, significaría un dispendio de actividad jurisdiccional contradictorio con el mencionado interés institucional en juego.” (CSJN, *Molinas*, 1991, *Fallos*, 314: 1091.)

<sup>29</sup> “La remisión efectuada por a quo a la acción contencioso-administrativa traduce el exceso ritual manifiesto, pues resulta irrazonable prescindir de la abundante prueba documental e informativa agregada en autos, para someter la cuestión a los procedimientos ordinarios, cuando las partes no han alegado la existencia de otros argumentos o pruebas para ser considerados en aquéllos.” (CSJN, *Mases de Díaz Colodrero, María A. v. Provincia de Corrientes*, 1997, *Fallos*, 320: 1339.)

<sup>30</sup> En tales casos, ha dicho la Cámara, “exigir el retorno a las vías comunes supondría un dispendio procesal que se opone a la tutela efectiva de los derechos y garantías de los administrados.” (CNFed. CA, Sala I, 21/III/97, *Fund Patron*; 13/IX/05, *Runfa*.)

### 5. *Contra todo acto u omisión de autoridades públicas*

Es sabido que en la Constitución reformada en 1994 se incorporó expresamente el amparo contra actos de particulares que, en razón del objeto del presente trabajo, no es de interés para nosotros.

Respecto del amparo contra órganos o entes estatales, el art. 43 en análisis dispone que la acción procede “contra todo acto u omisión de autoridades públicas.”

El concepto de *acto* está utilizado en un sentido genérico, que abarca tanto al acto administrativo como a los hechos administrativos, siendo la nota común en ellos la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros.

En efecto, sería absurdo sostener que los *hechos* lesivos de derechos constitucionales pudieren quedar fuera del radio de la acción, cuando han sido hechos manifiestamente inconstitucionales los que han dado origen a la acción. Máxime cuando se trate de comportamientos materiales groseramente contrarios a garantías constitucionales, tal es la definición de “vías de hecho” que surge del art. 9º de la LNPA. Recuérdese, por caso, que el señero precedente *Siri* versó sobre una *vía de hecho*.<sup>31</sup>

En alguna oportunidad el fuero ha interpretado a la vía de hecho conforme su origen continental europeo (francés, para ser más precisos) y a resultados de ello entendió que la conducta groseramente inconstitucional hacía perder a la autoridad administrativo su derecho al fuero especializado, por lo cual el amparo debía tramitar ante los tribunales civiles y comerciales.<sup>32</sup>

La acción procede contra actos u omisiones de *autoridades públicas*, es decir, contra conductas provenientes de cualquiera de los poderes estatales.<sup>33</sup>

En tal orden de ideas, el fuero contencioso ha resuelto (rechazándola) una acción de amparo iniciada por dos organizaciones no gubernamentales contra una omisión imputada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los actores solicitaban se declarara ilegítima la omisión de exhibir las declaraciones juradas

<sup>31</sup> CSJN, *Siri*, 1957, *Fallos*, 239: 459, sobre clausura de un diario sin acto administrativo que lo dispusiese.

<sup>32</sup> Sostuvo la Cámara que “uno de los efectos primordiales de la configuración de una vía de hecho administrativa es la paralización de la jurisdicción contenciosoadministrativa para entender en el juzgamiento de todas las cuestiones que de ella se sigan (cfr. AUBY-DRAGO: *Traite de Contentieux Administratif*, I, París 1975, p. 55), no pareciendo ocioso puntualizar que, radicando la vía de hecho en una «salida» de los poderes de la Administración Pública, la regulación de la responsabilidad viene primordialmente disciplinada por el derecho común, lo cual justifica el consiguiente desplazamiento jurisdiccional, aunque, la exoneración de la competencia del Juez Contencioso Administrativo no provoque correlativamente la exoneración de la jurisdicción federal, debiendo, por lo tanto, intervenir en el juzgamiento de las vías de hecho, el Tribunal del orden federal que deba aplicar el régimen general del derecho común de la responsabilidad, conforme al ámbito territorial pertinente y excepción hecha de la esfera local (cfr. CARLOS M. GRECCO, «Vías de hecho administrativas», L.L. -1980, págs. 1203 y siguientes, Cap. VI, p. 1211.)” (CNFed. CA, Sala V, 7/VIII/96, *Gil Navarro Luis Miguel c/ Administración Nacional de Seguridad Social y otros s/ amparo*.)

<sup>33</sup> La segunda parte de la Constitución (parte orgánica) se denomina *Autoridades de la Nación* y como es sabido regula la organización y facultades de los tres poderes estatales y, para quienes así lo aceptamos, la de los denominados órganos extrapoderes, como el Ministerio Público de la Nación.

patrimoniales de la totalidad de los magistrados del Poder Judicial de la Nación; se emplazara a la demandada para que le concediera vista y le permitiera sacar fotocopias de las aludidas declaraciones y se declarara la invalidez de varios artículos del reglamento sobre declaraciones juradas patrimoniales aprobado por acordada del Alto Tribunal. Se trata, pues, de un amparo contra una omisión de una autoridad estatal, a la sazón la cabeza del Poder Judicial de la Nación.<sup>34</sup>

También se ha dado trámite a amparos dirigidos contra conductas del Ministerio Público Fiscal<sup>35</sup> e inclusive a una acción de amparo iniciada por el propio Ministerio Público Fiscal contra el Poder Ejecutivo, ordenando el tribunal que el accionado arbitre los medios para proveer los fondos necesarios para que el Ministerio Público pueda afrontar el gasto que demandaría el pago de un incremento salarial.<sup>36</sup>

Ciertamente, es abundante el repertorio jurisprudencial de acciones dirigidas contra las Cámaras del Congreso.<sup>37</sup>

Cuando el amparo se dirige contra una omisión estatal, no es menester, para la procedencia de la acción, que la norma que establece la conducta debida haya fijado expresamente un plazo para su cumplimiento pues ello no es óbice para determinar la existencia de una omisión en cabeza de la administración accionada, toda vez que es facultad del Poder Judicial controlar la razonabilidad del actuar de la administración, incluso en el ejercicio de sus facultades discrecionales.<sup>38</sup>

Con similar criterio, el tribunal ha señalado que la obligación de hacer que ha asumido el Poder Ejecutivo de reglamentar el régimen de portabilidad numérica de los usuarios del servicio de telecomunicaciones se encontraba claramente establecida en la reglamentación, por lo cual dicho derecho se encuentra reconocido de modo concreto y específico y la omisión de reglamentarlo no puede constituir un valladar para su operatividad, ya que interpretarlo como una mera enunciación de carácter orientador se traduciría en el desconocimiento de la obligación asumida por el Estado.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> CNFed. CA, Sala IV, 8/VI/06, *Fundación Poder Ciudadano -Dr. Luis Moreno Ocampo c/ CSJN Administración Gral Ac 1/00 s/amparo ley 16.986.*

<sup>35</sup> CNFed. CA, Sala III, 28/VI/05, *Andrades, Estela Gloria y otros c/ EN -M° Público- Art. 110 y 120 CN s/ amparo ley 16.986.*

<sup>36</sup> CNFed. CA, Sala III, 24/II/04, *E.N. -M° Público de la Nación- c/ E.N. (Resol. 121/03 Consejo) y Otro s/ amparo ley 16.986.*

<sup>37</sup> CNFed. CA, Sala I, 14/X/04, *AMPL c/ Senado de la Nación- Expte 3440/01 s/ amparo ley 16.986; 8/VI/04, Binotti, Julio César c/ EN-Honorable Senado de la Nación (mensaje 1412/02) s/ amparo ley 16.986; 23/XII/96, Asociación Mutual del Personal Legislativo c/ Honorable Senado de la Nación s/ amparo ley 16.986; Sala IV, 12/VI/08, *Patti Luis Abelardo c/EN-H. Congreso- Cámara de Diputados s/amparo ley 16.986; Sala III, 28/XII/07, Rodríguez, Marcela y otros c/ E.N. -PLN- Cámara de Diputados y otros s/ amparo ley 16.986; 18/IV/05, Stutz, Oscar c/ EN -PJN- Cámara de Diputados- Resol. 1077/03 s/Amparo Ley 16.986; Sala II, 27/X/05, Pedemonte, Carlos Roberto c/ H. Cámara de Diputados de la Nación resol. 461/04 s/ amparo ley 16.986.**

<sup>38</sup> CNFed. CA, Sala V, 30/VI/09, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN Secretaría de Comunicaciones Dto. 764/00 s/ amparo ley 16.986.*

<sup>39</sup> *Idem.*

### 6. *Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos*

El amparo es un proceso urgente que brinda respuesta procesal frente a un acto, hecho u omisión de la autoridad estatal que lesiona o amenaza lesionar con inminencia un derecho.

De este requisito se desprende que el amparo procede sólo en el caso de haberse sucedido la lesión constitucional al derecho, con el objeto de restituirlo *in natura* o en el supuesto de tratarse de una amenaza de daño inminente. (Amparo preventivo.) Quedan fuera del radio de cobertura de la acción los daños futuros, hipotéticos y conjeturales.

La jurisprudencia ha sostenido desde antiguo que “en los juicios de amparo debe atenderse a la situación del momento en que se decide,”<sup>40</sup> y que todo posible reclamo distinto a la restitución del derecho en su naturaleza, como podría serlo una reparación patrimonial accesoria a la pretensión principal, debía ser objeto de otro proceso.<sup>41</sup>

La situación a tener en cuenta al momento de decidir es tanto la fáctica como la jurídica, por lo cual hay que tener presente no sólo los factores iniciales sino los sobrevinientes,<sup>42</sup> ya que un cambio en cualquiera de ellas puede tornar abstracto el pronunciamiento.

Refiriéndose a la actualidad del daño, la Corte ha sostenido que “el juicio de amparo constituye un remedio excepcional cuyo objeto se agota en ordenar el cese inmediato de la conducta estatal manifiestamente ilegítima,” por lo cual al no subsistir el comportamiento tachado de lesivo “resultaría inoficioso pronunciarse al respecto.”<sup>43</sup>

El daño no sólo debe ser actual, también debe ser cierto. La Corte Suprema rechazó un amparo tendiente a evitar que se eleve la cota del embalse de Yaciretá, pues de la documentación agregada por los mismos interesados se desprendía la ausencia de certeza —situación que el tribunal calificó de “opuesta a la exigida por este tipo de procesos”— al considerar que las explicaciones científicas no eran coincidentes y la documental técnica revelaba la complejidad del tema.<sup>44</sup>

En similar orden de ideas, la Corte ha ensayado el test de la *utilidad* de la sentencia dictada en el amparo. Lo que se resuelva tiene que ser apto para modificar la situación de quien invoca la lesión. Si se hace lugar a la pretensión y la

<sup>40</sup> CSJN, *Centro de Estudiantes de Ingeniería “La Línea Recta” y otros*, 1976, *Fallos*, 295: 90.

<sup>41</sup> Cfr. criterio sostenido por la CNCiv., Sala A, *Serrano c/MCBA s/amparo, LL*, 1998-C, 528, seguido asimismo por las Salas B, C y G de ese fuero. (Jurisprudencia citada por SAMMARTINO, PATRICIO, *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 301.)

<sup>42</sup> CSJN, *Colegio Público de Abogados de la Capital c/EN -Poder Ejecutivo y Poder Judicial*, 1993, *Fallos*, 316: 2016.

<sup>43</sup> CSJN, *Sargenti*, 1999, *Fallos*, 322: 2220.

<sup>44</sup> CSJN, *Intendente de Ituzaingo y ot. c/ EBY*, 2004, *Fallos*, 327: 5246.

esfera de derechos del actor no se ve directamente incidida por la sentencia, es claro que el amparo no es la vía. Así, en un caso en el que se requería el cese de la intervención (calificada por la actora de *irregular*) de un organismo regulador, el tribunal rechazó la acción porque de hacerse lugar a ella no se verificaba una consecuencia directa en la esfera de derechos de los usuarios a los que se venía a proteger con la acción. La sentencia eventualmente estimatoria de la pretensión amparista debe resultar idónea y autosuficiente para restablecer en su naturaleza el derecho que se expresa agraviado pues es preciso verificar si asumiendo la justiciabilidad de un caso, un pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el daño invocado.<sup>45</sup>

Respecto del *amparo preventivo*, la Corte puntualizó que el uso prematuro de la vía excepcional del amparo sólo es posible cuando la inminencia del daño torna ilusoria su reparación.<sup>46</sup>

En suma, el amparo procederá cuando se logre acreditar un daño cierto, concreto, actual (o inminente) a un derecho del cual es titular el amparista. No procede, en cambio, cuando el agravio sea conjetural o hipotético, no inminente (es decir, situado en un futuro no inmediato) o sea aducido por quien no acredite una situación jurídica calificada, pretendiendo el mero restablecimiento de la legalidad.

El objeto de la sentencia en esta particular acción reside en hacer cesar, remover o eliminar la interferencia o intromisión manifiestamente ilegítima y lesiva, **preservando la sustancia del derecho constitucional en juego, hacia el futuro.**<sup>47</sup>

Con arreglo a ello, la Cámara entendió que no había devenido abstracta una acción de amparo en la cual la accionada al contestar el informe del art. 8º de la ley 16.986 había manifestado que se allanaba a la pretensión de la actora, si al momento de dictarse la sentencia no lo había hecho y —pese a lo contestado en dicho informe— se mostraba luego reticente a permitirle a la actora tomar conocimiento de las actas de reunión de una comisión del Senado.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Sostuvo la Corte que no es apto el amparo para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretarse qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado —el cese de la intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, sancionada por decreto 702/95— sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente conjetural. (CSJN, *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo*, 1998, Fallos, 321: 1352, considerando 10.)

<sup>46</sup> CSJN, *Giallonardo Hermanos S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires. - Dirección de Comercio Interior*, 1987, Fallos, 310: 1927.

<sup>47</sup> CSJN, *Bonorino Perú*, 1985, Fallos, 307: 2174, considerando 14, ED, 116: 323.

<sup>48</sup> CNFed. CA, Sala IV, 20/V/06, *Asociación Civil por Igualdad y Justicia c/ EN -Honorable Congreso -Comisión Mixta de Revisión Cuentas*.

### 7. Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta

El control de la conducta estatal por vía amparista es amplio desde el punto de vista subjetivo y material (no hay actos, hechos u omisiones de cualquiera de las autoridades estatales que escapen a dicho control en la medida en que produzcan una lesión constitucional del modo descrito en el art. 43 de la CN) pero limitado en cuanto a su profundidad: Para que proceda el amparo la conducta debe ser manifiestamente contraria a derecho.

Si la ilegalidad de la conducta no surge de modo manifiesto y en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate y prueba, la vía del amparo no será idónea.<sup>49</sup>

En verdad, no solo la conducta estatal debe revelarse como manifiestamente contraria a la legitimidad (englobamos en este concepto tanto al acto contrario a la legalidad como al acto irrazonable)<sup>50</sup> sino que también el agravio al derecho debe ser manifiesto y grave.<sup>51</sup>

Esta excepcional vía no se revela idónea ante materias o cuestiones meramente opinables<sup>52</sup> ni es el medio adecuado para dilucidar el sentido último de preceptos legales complejos y encontrados.<sup>53</sup> Tampoco es apto para “remediar todos los males que pudieran surgir del desconocimiento del derecho constitucional de propiedad; sino tan sólo los que impliquen un desconocimiento grosero y patente de tal garantía; es decir los casos en que su vulneración supere, claramente y sin necesidad de mayor examen, lo meramente opinable en materia de interpretación de las normas concretamente involucradas.”<sup>54</sup>

En particular, no es el amparo de común idóneo para descender el velo bajo el que suele ocultarse el vicio en la finalidad de un acto, esto es, la desviación de poder (art. 7º, inc. f) de la LNPA), pues como lo ha dicho la Corte Suprema, “la naturaleza eminentemente subjetiva del vicio exige un esfuerzo para su acreditación, admisible, sin embargo, aún por vía de presunciones, en tanto condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del defecto referido, en una verdadera prueba diabólica, ausente en el sub examine.” Señala la Corte que la acreditación de tal vicio “se ve dificultada en procedimientos tales como la acción de amparo ante el limitado debate y prueba permitido en él.”<sup>55</sup>

<sup>49</sup> CSJN, *Obra Social de Empleados del Tabaco de la República Argentina y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura s/ Amparo y sumarisimos*, 2003, *Fallos*, 325: 2583.

<sup>50</sup> CSJN, *Solá*, 1997, *Fallos*, 320: 2509.

<sup>51</sup> CSJN, *Pcia. de San Luis*, 2003, *Fallos*, 326: 417.

<sup>52</sup> CSJN, *T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ amparo*, 2007, *Fallos*, 330: 4144.

<sup>53</sup> CSJN, *Deledda Francisco*, 1988, *Fallos*, 311: 1313; *Servotron SACIFI*, 1996, *Fallos*, 319: 2955, entre otros.

<sup>54</sup> CSJN, *Algodonera San Nicolás*, 2003, *Fallos*, 326: 1614, disidencia de los Dres. BELLUSCIO y PETTRACCHI, considerando 17.

<sup>55</sup> CSJN, *Consejo de Presidencia de la APDH*, 1992, *Fallos*, 315: 1361.

Si bien ese es el principio general, no cabe descartar la posibilidad de que el vicio de desviación de poder pueda acreditarse por vía de esta acción. Así surge de la jurisprudencia de la Cámara en la cual se sostuvo que la intervención decretada a un organismo y la sanción de cesantía dispuesta a su titular eran ilegítimas pues *prima facie* el funcionario interviniente que dispuso la intervención del Museo Histórico Nacional y la cesantía del entonces Director actuó con *desviación de poder* cuando de los hechos, antecedentes de la causa y de la motivación de los actos cuestionados surge que persiguió un fin personal específico distinto con el querido por la norma que le atribuye a la autoridad administrativa facultades para intervenir el órgano y en su caso disponer el cese de los empleados o agentes públicos.<sup>56</sup>

La Corte entiende que —como regla— no exhiben arbitrariedad o ilegalidad notorias los actos u omisiones que se sustentan en una norma general; ley, decreto, ordenanza, etc.,<sup>57</sup> con lo cual en estos casos habrá que sostener la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto que genera el agravio constitucional.

En igual orden argumental, la Cámara ha sostenido que no es suficiente alegar una conducta estatal cuestionable por afectar o restringir algún derecho constitucional. Es necesario, además, que el acto se exhiba desprovisto de todo sustento normativo que le permita tener efectos válidos, de modo que no concuerde de modo ostensible, inequívoca e indudable con la norma que prescribe lo debido.<sup>58</sup>

#### 8. *Derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley*

De la disposición constitucional queda claro que la fuente u origen del derecho tutelado por vía de amparo no queda limitada a la Constitución, sino que el derecho puede surgir de un tratado o de una ley.

Si se observa cuáles son las fuentes típicas del derecho público administrativo, parecería haberse querido excluir de la protección amparista al derecho cuya fuente directa sea un reglamento administrativo.

No es común que el rechazo de una acción de amparo se funde en esta causal, pues la regla es que el derecho invocado va a encontrar su fuente expresa o implícitamente en la Constitución, un tratado o una ley, razón por la cual la cuestión del origen del derecho que se quiere hacer valer no ha sido objeto de atención por la jurisprudencia.

<sup>56</sup> CNFed. CA, Sala V, 19/IX/01, *Cresto Juan José c/E.N. -Secretaría de C. y C.- PN Disp. 1/00 Resols. 666/00 y 56/01 s/amparo ley 16.986.*

<sup>57</sup> CSJN, *Vila*, 1987, *Fallos*, 310: 576.

<sup>58</sup> CNFed. CA, Sala II, 19/X/00, *Grimoldi*; Sala V, 13/XI/95, *Aumann*.

### 9. *El juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*

Una de las modificaciones que el constituyente introdujo al régimen del amparo es la expresa previsión de la facultad del juez para declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto lesivo, antes prohibida por la ley 16.986.<sup>59</sup> La judicatura desconoció esta prohibición legal y declaró antes de la reforma de 1994 la inconstitucionalidad de normas fundantes del acto lesivo, con lo cual el constituyente lo que hizo fue plasmar esa uniforme jurisprudencia en el texto del art. 43 de la Constitución nacional.<sup>60</sup>

Si se sostiene que el agravio al derecho que motiva el amparo proviene de la norma reglamentaria en la cual el acto se funda, es menester acreditar que aquélla lo ha desnaturalizado, desvirtuado o impedido, prohibido, allanado totalmente o alterado.<sup>61</sup> Siempre que se pretenda tal declaración deberá destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes mediante prueba clara y precisa de su oposición con el texto fundamental, sin olvidarse que aquélla constituye la última *ratio* del ordenamiento jurídico y que representa un caso extremo de gravedad institucional.<sup>62</sup>

En el amparo, como ya dijéramos, se exige que el carácter de la inconstitucionalidad alegada sea manifiesto, pues es esa una de las notas propias de la acción. De modo que si la inconstitucionalidad no es patente, notoria, obvia, la acción no procede.

### 10. *Conclusiones*

Desde una perspectiva histórica el amparo reconoce tres períodos o etapas. Una primera, fundacional, de raíz pretoriana, en la cual el instituto es creado por la Corte bajo la idea rectora de que cuando una garantía es avasallada por un acto de autoridad pública ello es de por sí suficiente para que los jueces la restablezcan, aún a falta de norma que contemple expresamente un proceso a tal efecto. (*Siri*.)

Con posterioridad, el amparo es regulado en la ley 16.986, dándose inicio así a la etapa *legal* del instituto. En este período se buscó limitarlo (vgr. con la prohibición de declaración de inconstitucionalidad de las normas en las que se fundara el acto lesivo; con el establecimiento de las vías administrativas como alternativas idóneas a su admisibilidad; con la limitación a su procedencia cuando se pudieren afectar “un servicios público o actividades esenciales del Estado;” etc.) con suerte diversa.

<sup>59</sup> Art. 2º inc. d).

<sup>60</sup> CSJN, *Outón*, 1967, *Fallos*, 267: 215; *Empresa Mate Larangeira Mendes*, 1967, *Fallos*, 269: 393; *Peralta*, 1990, *Fallos*, 313: 1513.

<sup>61</sup> CSJN, *Eugenio Lema Barreiro*, 1976, *Fallos*, 296: 364; *Luis Ionata*, 1974, *Fallos*, 288: 240; *Amalia Camusso*, 1976, *Fallos*, 294: 434; *Producciones J. C. J.*, 1977, *Fallos*, 297: 201.

<sup>62</sup> CSJN, *Cine Callao*, 1960, *Fallos*, 247: 121; *Reynaldo Benito*, 1984, *Fallos*, 306: 655; *Philco Argentina*, 1984, *Fallos*, 306: 1597.

En la actualidad, atravesamos la tercera etapa del instituto, signada por su constitucionalización en la reforma de 1994 y su ampliación a través de expresiones tales como el amparo colectivo y el hábeas data.

En lo que refiere al amparo individual, el constituyente de 1994 abrevó en la experiencia de las etapas predecesoras y, con correcciones tales como la eliminación de la vía administrativa como alternativa válida a esta acción y la expresa previsión de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas en las que se funde el acto lesivo, plasmó el instituto respetando sus características de origen.

La etapa constitucional del amparo plantea como desafío la articulación de la acción con la tutela efectiva de los derechos humanos tal como estos surgen de la Constitución, de los tratados internacionales y de su interpretación por los tribunales cuya competencia a tal efecto hemos reconocido.

En este plano el derecho administrativo tiene mucho por aportar, pues es nuestra disciplina la que al estudiar el ejercicio de la función administrativa orientada a la protección del interés público aparece como la mejor posicionada para analizar cuándo, cómo y por qué el obrar de la autoridad pública puede comprometer los derechos fundamentales de modo tal que sólo a través de la acción de amparo deba dársele adecuada protección.

Así como hay una dimensión constitucional y procesal del amparo, también hay una dimensión administrativista, igualmente precisada de estudio e indagación científica. Pensamos que un punto de partida común puede hallarse en el principio *pro homine*, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal<sup>63</sup> y que exige que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana,<sup>64</sup> estándares a partir de los cuales habrá que, seguramente, repensar el instituto amparista desde la doctrina y también desde la práctica tribunalicia.

<sup>63</sup> CSJN, *Acosta*, 2008, *Fallos*, 331: 858.

<sup>64</sup> CSJN, *Madorrán*, 2007, *Fallos*, 330: 1989.



ACCIONES DE CLASE. CONSIDERACIONES RESPECTO A SU REGIMEN  
PROCESAL ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY QUE LO REGLAMENTE

Por ADRIÁN R. TIMPANARO

SUMARIO

1. Introducción .....	289
2. El caso <i>Halabi</i> y las acciones de clase.....	291
3. Cuestiones de competencia.....	293
4. Legitimación.....	295
5. Conformación de la clase .....	297
6. Representación de la clase.....	299
7. Vía procesal .....	300
8. Efectos de la sentencia.....	301
9. Conclusión .....	303



## ACCIONES DE CLASE. CONSIDERACIONES RESPECTO A SU REGIMEN PROCESAL ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY QUE LO REGLAMENTE

Por ADRIÁN R. TIMPANARO

### 1. *Introducción*

Al efectuárseme el convite para participar en una obra colectiva que hablara del fuero contencioso administrativo federal en primera persona, se generaron dos reacciones en forma inmediata. Por una parte un profundo agradecimiento ante la posibilidad de compartir la misma con tan ilustres nombres, cuyos trabajos constituyeron y siguen siendo material de consulta en mi formación y actividad profesional. Por otro lado, reflexionando sobre el tema a desarrollar, vinieron a mi memoria los reiterados relatos de colegas y compañeros de tareas que formaron parte del fuero en décadas anteriores. Épocas en las cuales la realidad de éste guardaba estricta relación con la idea de la jurisdicción federal como un fuero de excepción.

En claro contraste, los últimos años han traído de la mano una exponencial multiplicación de la litigiosidad en la materia. A la hora de mencionar las razones de tal transformación, no puede soslayarse el efecto que se ha operado en el derecho público al enraizarse, dentro del ámbito jurídico, la noción de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva como un medio eficaz a fin de canalizar la participación ciudadana, en aras de asegurar la efectiva vigencia, tanto del sistema republicano en sí, como del estado de derecho. Sobre todo si se pondera que ambos conceptos se encuentran fuertemente entrelazados.

Esta aseveración se puede encontrar verificada en la proliferación de institutos jurídicos, los cuales permiten canalizar pretensiones que, a su vez, persiguen obtener un actuar de parte del Estado frente a las múltiples demandas de la sociedad y que han desplazado, parcialmente, a los clásicos procesos administrativos orientados hacia el carácter revisor de la competencia contencioso administrativa. Ejemplo de esto pueden constituir el desarrollo de la doctrina

de la inconstitucionalidad por omisión, la multiplicación de juicios en los que se ha planteado la responsabilidad del Estado nacional por omisión de sus deberes, y la admisión, si bien con limitaciones, de la procedencia de las denominadas medidas cautelares autosatisfactivas.

Sin duda, otro factor fundamental en la transformación apuntada resultó ser la reforma constitucional de 1994. En el marco de ella se produjo la consagración de la acción de amparo en el art. 43 de la Constitución nacional, otorgando a ésta una regulación más acorde con su finalidad, al operar expresas derogaciones respecto del régimen establecido por el decreto-ley 16.986/66.<sup>1</sup> En la misma oportunidad, se introdujo la mención de los derechos enumerados en los arts. 41 y 42, así como se creó el amparo colectivo, inserto en el segundo párrafo del ya mencionado art. 43, como vía procesal apta para su protección judicial. Cabe advertir entonces este cambio en el paradigma del derecho público que ha tendido hacia la realización del ideal de otorgar vigencia a aquello que postulara BIDART CAMPOS, la fuerza normativa de la Constitución.<sup>2</sup>

Engarzado en este proceso llega el pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el llamado caso *Halabi*.<sup>3</sup> En esta sentencia, el Máximo Tribunal, en oportunidad de tratar una demanda en la cual se requería la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04,<sup>4</sup> realizó una sistematización de las situaciones jurídicas subjetivas que habilitan la legitimación procesal para promover la acción de amparo colectiva. Entre dichos supuestos, se incluyó a aquellos casos en los cuales la necesidad de perseguir la defensa de un derecho individual adquiere, incidentalmente, rasgos colectivos en razón de la existencia de determinados extremos que la Corte enumeró. A partir de esta decisión se ha señalado que el tribunal reconoció la vigencia, en nuestro ordenamiento jurídico y con rango constitucional (en la medida de

<sup>1</sup> En efecto el art. 43 de la Constitución nacional derogó expresamente algunos presupuestos de improcedencia de la acción de amparo previstos en el art. 2° de dicha reglamentación, los que, por su parte, autorizaban al juez a su rechazo *in limine*. Sin embargo, cabe aclarar que en el fallo plenario recaído en la causa *Capizzano de Galdi* la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo Federal fijó como doctrina legal y, por lo tanto, obligatoria (art. 303 del CPCCN) que, luego de sancionada la reforma constitucional de 1994, mantiene su vigencia el decreto-ley 16.986/66 en todo aquello que no ha sido expresamente derogada por el texto del actual art. 43. Esto ha llevado a varias posiciones encontradas en relación a si el plazo de 15 días previsto para el inicio del amparo, o el efecto suspensivo que se otorga al recurso de apelación contra la sentencia o la resolución que concede una medida cautelar, deben admitirse compatibles con las pautas del art. 43 de la norma fundamental.

<sup>2</sup> BIDART CAMPOS, GERMAN J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 19-22.

<sup>3</sup> CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332: 111.

<sup>4</sup> En su momento bautizada como ley espía, junto con su reglamentación, sus disposiciones habilitaban la intervención de las comunicaciones telefónicas sin la correspondiente orden judicial y la acumulación de datos sensibles. Tal medida fue justificada en la necesidad de prevenir la modalidad delictiva de los secuestros *express*, en cuya mecánica resultaba fundamental la utilización de telefonía celular. El actor denunció que, de esta forma, se veían afectados de manera ilegítima su deber de confidencialidad como abogado respecto de sus clientes y su derecho a la privacidad como ciudadano.

que se las consideró implícitamente incluidas en el propio art. 43 de la norma fundamental), de las comúnmente llamadas *acciones de clase*. De tal suerte, así como aconteciere en su momento con la acción de amparo *tradicional* (así la denomina el tribunal en el propio fallo)<sup>5</sup> cuya operatividad fue instrumentada en forma pretoriana en los fallos *Siri* y *Kot*,<sup>6</sup> la Corte Suprema entendió ahora necesario subsanar lo que estimó una omisión de parte del Congreso de la Nación.

## 2. *El caso Halabi y las acciones de clase*

El caso referido en el acápite que antecede llega a conocimiento del Alto Tribunal merced al recurso extraordinario interpuesto por el Estado nacional contra la sentencia emanada de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la cual se había decidido otorgar efectos extra-parte a la solución allí arribada. Ello así, el principal fundamento esbozado por la demandada estribó en torno a la improcedencia del efecto atribuido al pronunciamiento, en tanto no habían formado parte del proceso ni el Defensor del Pueblo, ni alguna de las asociaciones a las que otorga legitimación colectiva la ley suprema.

De esta forma, si bien hacia el final del voto mayoritario se estimó pertinente abordar la cuestión de fondo debatida,<sup>7</sup> el *holding* del fallo se centró en este aspecto procesal. De esta manera el Tribunal Supremo señaló que las cuestiones a elucidar eran “la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.”<sup>8</sup>

Seguidamente precisó que, en referencia a la legitimación procesal, existen tres categorías de derechos: Individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.<sup>9</sup> En lo atinente a estos últimos (sin perjuicio de que, con un claro ánimo ilustrativo, se desarrolló la diferenciación entre las dos primeras categorías enumeradas), se estimó que los mismos se hallaban de igual forma consagrados en el art. 43 de la Constitución nacional. Asimismo se mencionaron taxativamente algunos ejemplos, como ser los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores, y los derechos de sujetos discriminados.

<sup>5</sup> Considerando 10, segundo párrafo.

<sup>6</sup> CSJN, *Siri*, 1957, *Fallos*, 239: 459; *Kot*, 1958, *Fallos*, 241: 291.

<sup>7</sup> En cuanto a la decisión sobre el fondo de la cuestión, el tribunal confirmó la sentencia de la anterior instancia y declaró la inconstitucionalidad de la ley. Aplicando el criterio de necesidad, al controlar su razonabilidad, entendió que el Estado no justificó la utilización del medio implementado en relación con el fin que se había invocado al dictar la ley.

<sup>8</sup> Considerando 8.

<sup>9</sup> Considerando 9, primer párrafo.

Amén de tal enumeración, la Corte otorgó criterio general para definir a los mentados *intereses individuales homogéneos*, esto sería que, más allá de encontrarse involucrados derechos individuales enteramente divisibles, debe existir un hecho único o continuado que provoca la lesión de cada uno y todos ellos. La verificación de tal causa fáctica homogénea, determinaría la demostración de que los presupuestos de la pretensión resultaren comunes a todos los casos, con la salvedad de algún daño diferenciable que individualmente se sufriera. Así se tornaría razonable la realización de un solo juicio en el cual se vieran expandidos los efectos de la cosa juzgada que llegase a producir la sentencia.<sup>10</sup>

Sentado esto, haciendo mérito de que las acciones de clase son la vía procesal idónea para encausar este tipo de reclamos y la inexistencia de una legislación infraconstitucional que reglamente su régimen procesal (a punto tal que se declara la mora del legislador en el particular), el tribunal formula las reglas elementales que deberán observarse en el futuro para la sustanciación de estos procesos. De esta forma, además de la ya mencionada comprobación de una causa fáctica común, deberá asegurarse que la pretensión procesal se encuentre enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, así como la constatación de que el ejercicio individual de los mismos no resultaría viable en virtud de su escasa trascendencia económica. Respecto de este último extremo, se podrá admitir como excepción aquellos supuestos en los cuales exista un fuerte interés estatal en la protección de los derechos involucrados. Sobre tales hipotéticos casos se reitera que los mismos deberán versar sobre los derechos del usuario, del consumidor o de grupos de personas históricamente postergados.<sup>11</sup>

Por último, el Tribunal Cintero aclaró el carácter elemental de los presupuestos referidos, resaltando que tal falta de rigurosidad obedeció a que se trataba de la primera oportunidad en la cual se admitía la procedencia de este tipo de acción. Sin embargo, sentó como pauta para el trámite de las futuras controversias, así como para ser tenida en cuenta por la legislación que se deberá dictar, que será necesario establecer los mecanismos adecuados para “garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.”<sup>12</sup> En el mismo sentido, habrá que implementar adecuadas medidas de publicidad con el fin de prevenir la multiplicación o superposición de procesos colectivos y el consiguiente peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idéntica materia.

Más allá de este núcleo de requerimientos, cabe de igual forma esperar que una ley determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita

<sup>10</sup> Considerando 12.

<sup>11</sup> Considerando 13.

<sup>12</sup> Considerando 20.

ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.<sup>13</sup>

Hemos optado por utilizar la denominación de *acciones de clase*, acuñada en el derecho norteamericano, por ser ésta la utilizada por el propio tribunal. Sin embargo, como se puede advertir en los considerandos 18 y 19 del fallo previamente reseñado —en los cuales se acude al derecho comparado para mencionar una serie de institutos análogos regulados en otros países—<sup>14</sup> bajo esta caracterización se engloban diferentes procedimientos. Todos ellos comparten la peculiaridad de permitir que varios reclamos, que podrían formularse en forma individual, se unifiquen en un único proceso en el marco del cual, finalmente, se dictará una sentencia cuyos efectos trasciendan a todos aquellos que componen ese grupo o clase. Por otra parte los mecanismos implementados en cada ordenamiento jurídico pueden admitir finalidades variadas. Esencialmente, como señala SOLA,<sup>15</sup> se pueden distinguir dos tipos claramente diferenciables, por una parte aquellas acciones de naturaleza normativa que permiten la impugnación de una ley, reglamento o acto administrativo de alcance general y por otro lado, aquellas de contenido pecuniario que persiguen generalmente el resarcimiento de un daño ocasionado a un grupo de individuos el cual reconoce un misma causa fáctica. Esta divergencia lejos se encuentra de resultar nimia. Por el contrario, concebimos que —según se trate de una u otra— la necesidad de guardar rigurosa observancia sobre el cumplimiento de los particulares actos procesales que estas acciones colectivas presuponen puede verse morigerada en la práctica y en su reglamentación.

Lo dicho no implica que se trate de opciones excluyentes. En efecto la norma deberá incluir la reglamentación de ambas. Sólo se advierte la conveniencia de hacer mérito de estas desigualdades para adecuar su trámite a las peculiaridades que cada una presenta, sin perjuicio de que luego pudiera incluso acaecer que, en una misma demandada, se presentasen las dos pretensiones en forma conjunta.

### 3. Cuestiones de competencia

Los principales riesgos de implementar este tipo de acciones en nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso giran en torno a la posibilidad de encon-

<sup>13</sup> SOLA, JUAN V., “El caso Halabi y la creación de las «acciones colectivas,»” *LL*, 2009-B, 154.

<sup>14</sup> Se menciona como antecedente concebido en Inglaterra el *Bill of peace* del siglo XVII, el cual ha dado lugar a las *Class actions* del derecho norteamericano, reguladas actualmente en la Regla 23. (*Equity Rule 23*.) Asimismo se remite a la regulación vigente en España en materia de derechos de los consumidores y de los usuarios, consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española y al ordenamiento legal de Brasil, con especial referencia a los arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11-IX-90.

<sup>15</sup> SOLA, *op. cit.*

trarse con sentencias contradictorias y como garantizar la debida tutela de la defensa en juicio.<sup>16</sup> Respecto a la segunda cuestión nos referiremos más adelante. En cuanto a la primera, entendemos que se encuentra claramente emparentada con el tema abordado en esta parte.

Efectivamente, si una de las principales ventajas que se atribuye a estos procesos se conforma con la unificación de una significativa cantidad de reclamos, que normalmente deberían plantearse en forma individual, en un solo juicio (con los beneficios que esto significa en cuanto a mayor eficiencia en la gestión judicial y costos de transacción de los procesos, así como la posibilidad de una respuesta judicial más oportuna frente a situaciones de incertidumbre jurídica generalizada, que bien podría verse agravada mediante pronunciamientos encontrados), entonces no cabe sino sostener que éste proceso debería producir los efectos propios del fuero de atracción respecto de cualquier otra acción intentada con idéntico objeto.<sup>17</sup>

El interrogante se transfiere así hacia como lograr que la interposición de una demanda de este tipo llegue a conocimiento oportuno, tanto de los justiciables y sus letrados, como así también de los propios juzgadores. Por sobre todas las cosas porque estos últimos deben conocer, con la mayor celeridad posible, si les corresponderá inhibirse o prevenir en la cuestión. Es aquí donde adquiere palpable relevancia la necesidad de un registro oficial que dé cuenta en forma inmediata de la interposición de aquella primera acción referida a cada tema en particular.

No debe soslayarse que, por caso, las demandas iniciadas con motivo de la impugnación de las medidas de emergencia económica adoptadas a partir de fin del año 2001 fueron resueltas tanto por jueces locales como federales, con asiento en las provincias y también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello así, con prescindencia de la reglamentación que cada provincia deberá dictar en su jurisdicción si no existiera (nuevamente debe recordarse que la Corte ha dicho que esta acción se encuentra reconocida en el texto constitucional), el registro aludido requerirá consolidar la información pertinente de todas las jurisdicciones. Esto halla su explicación toda vez que, en algunos supuestos, los actos y/o normas atacados, o los hechos que hubieran dado lugar a los daños cuyo resarcimiento se persiga, podrían llegar a producir efectos en diferentes jurisdicciones o en todo el territorio nacional incluso. Lo dicho, claro está, en la medida que se pretenda mantener el perfil que el Máximo Tribunal parece haber previsto para tales procesos.

Ahora bien, en este punto en particular cabe cuestionarse si, dado lo imprescindible de la existencia de este registro, es dable que se dilate su instrumentación hasta que el legislador dicte la norma pertinente. Pues se aprecia que su

<sup>16</sup> CASSAGNE, JUAN C., "Derechos de incidencia colectiva. Los efectos «erga omnes» de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva," *LL*, 2009-B, 646.

<sup>17</sup> La idea en absoluto resulta innovadora en nuestro ordenamiento jurídico interno. Sabido es que estos efectos se atribuyen, tanto al proceso sucesorio como a los concursos y las quiebras.

creación difícilmente podría afectar los derechos sustanciales en juego, más su ausencia si puede culminar por frustrar los fines enarbolados en el fallo *Halabi*. Ello así no sería desproporcionado esperar que la propia Corte subsanase esta falencia, del mismo modo en que creó un organismo para monitorear el cumplimiento de la sentencia dictada en la causa *Mendoza*,<sup>18</sup> instrumentó la Oficina de la Mujer o puso en funcionamiento un Departamento de Análisis Económico del Derecho —con la finalidad de contar con datos que le permitieran sopesar las consecuencias sociales de sus sentencias más trascendentes— bajo la órbita de su superintendencia.

#### 4. Legitimación

Una de las primeras aclaraciones que efectúa la Corte en el fallo analizado consistió en especificar que, el ejercicio de todos los supuestos de legitimación procesal que allí se enumeraron debería ser igualmente enmarcado en las previsiones de los arts. 116 de la norma fundamental y 2° de la ley 27. Esto significa que la incorporación de una nueva categoría de acciones colectivas no implica la prerrogativa de prescindir del requisito de la existencia de un caso, causa o controversia.

Por más que tal especificación impresiona como una obviedad, no debe pasarse por alto el extenso debate que tuvo lugar en el seno de la Convención Constituyente del año 1994 y aún luego de promulgarse la reforma, en torno a si el alcance de la norma constitucional permitiría incluir entre sus contenidos a la *acción popular*.<sup>19</sup> En cuanto atañe a la legitimación sustancial,<sup>20</sup> claramente la jurisprudencia del Alto Tribunal, en su actual composición, ha venido descartando tal hipótesis.<sup>21</sup> Sin perjuicio de ello, en ocasión de intervenir en una causa en la cual se cuestionó la constitucionalidad de la ley 26.522 —ley de servicios de comunicación audiovisual—<sup>22</sup> debió volver sobre la definición del concepto de interés individual homogéneo. Ello con motivo de que el tribunal de alzada había otorgado tal calificación a la situación jurídica subjetiva invocada por el actor, no

<sup>18</sup> CSJN, *Mendoza*, 2008, *Fallos*, 331: 1622.

<sup>19</sup> No pocas posturas se han alzado en referencia a la inteligencia que corresponde asignar al concepto *afectado* que el constituyente utilizó en el segundo párrafo del art. 43. Entre ellas las más amplias pueden verse recogidas en el considerando 13 de la disidencia del Dr. FAYT en CSJN, *Polino*, 1994, *Fallos*, 317: 335.

<sup>20</sup> En lo que atañe a la legitimación el género se divide en dos especies: La legitimación procesal en sentido estricto que remite a la capacidad procesal y la legitimación sustancial que apunta a entrañar qué vinculación debe tener el sujeto con el interés y qué tipo de interés debe ser agredido para habilitar a su titular a requerir la protección judicial. (Conf. GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” *LL*, 2009-B, 186.)

<sup>21</sup> CSJN, *Iannuzzi*, 2008, *Fallos*, 331: 2287; *Zatloukal*, 2008, *Fallos*, 331: 1364.

<sup>22</sup> CSJN, *Thomas Enrique*, 2010, *Fallos*: 333: 1023, con nota de GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El caso Thomas, un fallo meduloso con muchos interrogantes,” *LL*, 2010-E, 357.

en cuanto a su carácter de legislador, sino en tanto se había presentado también como ciudadano. Para resolver de esta forma la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza había invocado que se encontraban comprometidos derechos de incidencia colectiva, relativos o generados por intereses individuales homogéneos, como sería el de todo ciudadano a ser regido por leyes dictadas de conformidad con las normas constitucionales.

Así la Corte expuso que no se encontraba el accionante en aquella litis incluido en la categoría mencionada. Expresamente, estimó necesario aclarar que “sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa «Halabi» (Fallos: 332:111) puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume, «... ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición» [...] como no podía ser de otro modo no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República.”<sup>23</sup>

A efectos de formular otra aclaración por demás pertinente, incumbe recordar lo sentado por la Corte al rechazar la acción interpuesta por el Defensor del Pueblo a fin de obtener un pronunciamiento que declarase la inconstitucionalidad del bloque de normas dictadas con motivo de la emergencia económica del año 2001.<sup>24</sup> Allí se pretendía que la sentencia tuviera efectos extra partes y beneficiara así a todos los ahorristas alcanzados por medidas que restringían la disponibilidad de sus depósitos y modificaban la moneda originalmente pacta. El tribunal negó en ese caso al Defensor del Pueblo la legitimación para iniciar una acción colectiva como lo había intentado, en virtud de que los derechos afectados (primordialmente el derecho de propiedad), eran derechos individuales. Ello así, ponderando que en aquella situación bien se podía verificar la existencia de la mentada causa fáctica común, resulta posible inferir que no se tuvieron por cumplidos los demás recaudos, es decir, que el monto de los reclamos no justificase su ejercicio en forma individual. (Lo cual es cierto toda vez que, es de público conocimiento, una sustancial proporción de quienes se vieron alcanzados por esas normas optaron por iniciar alguna acción judicial.) Ahora bien, es cuestionable si la notoria masividad de estos reclamos permitiría categorizar futuros casos dentro de aquellos supuestos en los que existiera un *interés estatal en la protección de esos derechos* que es el otro factor que se mencionó para justificar la procedencia de una acción

<sup>23</sup> Considerando 4.

<sup>24</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2007, Fallos, 330: 2800, considerando 11.

colectiva. No puede pasarse por alto que en el fallo *Massa*<sup>25</sup> se reconoció la trascendencia social de la cuestión, al tiempo que se declaró la necesidad de otorgar una *respuesta institucional* a los numerosos litigios iniciados.

De todas formas, más allá de las especulaciones que se pudieran elaborar respecto de la futura postura que eventualmente adoptare la Corte Suprema frente a escenarios semejantes, no debe tampoco descartarse la posibilidad de que la ley opte por una fórmula de mayor amplitud. Tal es el caso del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica el cual, al definir su ámbito de aplicación, dispone en su art. 1° que “[l]a acción colectiva será ejercida para la tutela de: [...] II- intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” sin hacer mención de otros requerimientos como la escasa trascendencia económica de cada reclamo individual o el aludido interés estatal.

En lo referente a la situación de los legitimados anómalos mencionados en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución nacional, la primer regla que surge del propio fallo *Halabi* es que, contrariamente a la tesis sostenida por el Estado nacional al fundar su recurso extraordinario, su participación en absoluto resulta excluyente en este tipo de acción colectiva, aunque sí es admitida.

En cuanto puede decirse en particular sobre el Defensor del Pueblo de la Nación, resulta pertinente remontarse a lo inicialmente establecido por la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la imposibilidad por parte de este funcionario de ejercer su representación difusa en determinados casos.<sup>26</sup> Tal supuesto sería aquel en el cual se encontrasen entrecruzados intereses opuestos entre diferentes grupos de miembros del colectivo al cual se pretendiese representar. En efecto no resulta complejo avizorar hipótesis tales, por ejemplo, sobre derechos de los usuarios, en materia tarifaria, donde el recurso a técnicas como los cargos específicos o los subsidios cruzados presuponen que en la misma proporción que se beneficia a un grupo de usuarios se afectan los intereses de otros. En este especial cuadro de situación, la legitimación procesal concedida por el art. 86 de la Constitución se encontraría vedada.

### 5. Conformación de la clase

Previo a toda consideración, toca puntualizar que la existencia en sí de una clase constituye, en estos procesos, un presupuesto de procedencia de la acción que incumbe acreditar a quien pretende promover la demanda. Ello así, el actor deberá probar la presencia de un grupo de personas a la cuales la causa fáctica común ocasiona una afectación o perjuicio en forma homogénea. (Si bien esta uniformidad no se debe referir necesariamente al alcance de los daños soportados, sino más

<sup>25</sup> CSJN, *Massa*, 2006, *Fallos*, 329: 5913.

<sup>26</sup> CSJN, *Frías Molina*, 1996, *Fallos*, 319: 1828; *Consumidores Libres*, 1998, *Fallos*, 321: 1352.

bien a la relación causal que determina a su producción.) De tal guisa, una vez tenido por cumplido este extremo, el siguiente paso que deberá abordarse en el litigio será instrumentar la forma de hacer saber a quienes integran ese grupo sobre la interposición de la acción y permitir que estos puedan sumarse a la litis.

Como se adelantó precedentemente, uno de los principales peligros que esta subclase de acciones colectivas engendra ralea en lo concerniente al derecho de defensa de las partes, por sobre todo en lo inherente a las personas que, siendo miembros de la comunidad de individuos representada, no han intervenido dentro del litigio. Es en mérito de tal predicamento que estriba la insistencia, por parte del Tribunal Cimero, en resaltar la necesidad de que se legislen los mecanismos idóneos que permitan, en el futuro, poner en conocimiento de todos los potenciales miembros de la clase la iniciación de una acción que los involucra, así como un instancia, dentro del proceso, en la cual dichos sujetos puedan ejercer la opción de presentarse a formar parte del litis consorcio o, por el contrario excluirse del litigio.

No habría que dejar de hacer especial hincapié en que, según los alcances que revista la cosa juzgada que se produzca al fallar y el objeto de la pretensión deducida, la importancia de que se hallen presentados o excluidos la totalidad de los miembros de la clase presentará diferente intensidad, admitiendo distintas modalidades el trámite a imprimirse a la causa.

Desde la perspectiva de la naturaleza de la decisión que se persigue, en los supuestos de acciones normativas, resulta razonable que no se exija la conformación de la totalidad de los miembros de la clase. Debe tenerse presente que, por caso, si se estuviere impugnando la legitimidad de una ley, pretender la presentación en autos, en forma exhaustiva, de los potenciales afectados por la misma impondría al actor una tarea hercúlea, sino derechamente imposible. A la inversa, en las acciones de contenido pecuniario, se representa conveniente que se determine acabadamente la conformación de la clase. Ello en la medida de que, frente a este supuesto, deberían tenerse en cuenta no solamente las ventajas que estos procesos prodigan a favor de la parte actora,<sup>27</sup> sino también las que operan a favor de la o las demandadas.<sup>28</sup> Esto último cabe predicarse en

<sup>27</sup> En este sentido, se ha expresado que los procesos de clase sirven a los intereses de las partes, pero más a la eficiencia de la administración de justicia, pues la sociedad crece en complejidad y es previsible la afectación de cada vez mayor número de personas en los desastres comunes, y esta herramienta es uno de los pocos remedios legales que los pequeños demandantes tienen en su poder contra quienes administran el *status quo*, pues crean un sistema de justicia que la dispensa para los menos como para los más dotados de poder y riqueza. (Voto del Juez DOUGLAS en *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156, p. 185 y ss., 1974.)

<sup>28</sup> En el marco de este tipo de acciones el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión, ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la falta de certeza en estos puntos es mucho mayor, son también superiores los costos de producción de prueba y honorarios. Al mismo tiempo para la administración de justicia la acción colectiva evitará que se bloqueen los juzgados con demandas similares en diferentes juzgados y con la posibilidad de resultados diferentes.

forma especial en el caso de nuestro fuero, donde la demandada usualmente es el Estado nacional, de tal forma que aparecen otras ventajas a ser consideradas, como ser la correcta previsión presupuestaria de los fondos que fueran necesarios para afrontar las condenas o incluso pensar que la verificación de la importante magnitud del repudio hacia una medida de gobierno, expresada en la cantidad de impugnaciones que se susciten, así como los efectos económicos y sociales de estos reclamos, eventualmente conduciría a la autoridad a reconsiderar la conveniencia de su sostenimiento. En definitiva, tratándose del Estado cabe agregar que estos elementos no dejan de ser de claro interés público.

Si, en cambio, se aborda el análisis desde los efectos de la sentencia a dictarse, como veremos más adelante, estos podrán ser impuestos a la totalidad de la clase, le aprovechen o no a sus intereses, a menos que la persona se hubiera excluido expresamente de la controversia o, por el contrario, sólo se extenderán a los demás miembros del grupo en tanto se haga lugar a la demanda, dejando así a salvo el ejercicio individual que, quienes no intervinieron en el proceso pudieran ejercitar. En el primer supuesto, deberán extremarse los recaudos respecto de la publicidad de la acción, en tanto la participación aparece, a modo de ficción jurídica, impuesta como regla general y operando como excepción solamente aquellos casos en que se hubiera ejercido la prerrogativa conocida como *opt out*.

Tampoco puede dejar de señalarse que cuando la demanda tramite mediante la vía del amparo la necesidad de salvaguardar el carácter expedito y rápido de esta acción tornaría desaconsejable la instauración de un procedimiento de determinación de clase de excesiva complejidad.

De esta manera, sintetizando, cuando la acción fuera de naturaleza normativa y se sustanciare por la vía del amparo, mediante la limitación de los efectos de la cosa juzgada se permitiría atenuar la necesidad de determinar la extensión de la clase *ab initio*. Contrariamente, en las acciones de contenido patrimonial, que generalmente deberían sustanciarse por un procedimiento ordinario, en tanto se admitiera que los efectos de la sentencia alcancen plenamente a todos los miembros de la clase, procederá exigir que su composición se delimite como recaudo previo al traslado de la demanda. En este último supuesto habrá que elucidar si resulta suficiente acudir a los mecanismos de publicidad que el ordenamiento jurídico interno prevé en los típicos procesos colectivos de contenido patrimonial, en el derecho civil y el derecho comercial, procesos sucesorios, concursos o quiebras, estos son los edictos y las publicaciones en los medios gráficos (¿por qué no audiovisuales?) de mayor trascendencia.

## 6. Representación de la clase

Uno de los rasgos que caracterizan a este tipo de acciones, en aras de asegurar la viabilidad del proceso, lo constituye el imperativo de unificar la personería de la clase en uno o cuanto menos un reducido número de letrados. Más allá de

que la figura no derive íntegramente asimilable, cabe mencionar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé, de oficio o a pedido de parte, que el juez disponga la unificación de la personería, siempre que la excesiva cantidad de componentes en un litis consorcio, ya sea activo o pasivo, pudiera atentar contra la debida sustanciación del proceso.<sup>29</sup> De esta forma se puede colegir que el dato novedoso, del cual se sigue lo delicado de la cuestión en las acciones colectivas, encuentra su razón de ser en la perspectiva de que, dependiendo del alcance que revistan los efectos de la sentencia, se lleguen a ver afectados o incluso frustrados los derechos de individuos que pudieran no haber tomado intervención en el juicio.

Por tal razón redundante necesaria la comprobación de que, quien pretende ostentar la representación de la clase cuya existencia invoca, deberá demostrar no solamente la idoneidad profesional en cuanto hace a un adecuado patrocinio letrado, sino de igual forma la disposición de los recursos económicos que fueran necesarios para llevar adelante los procedimientos de conformación de la clase<sup>30</sup> o producir las pruebas que la defensa del caso demande.

Finalmente, no resulta ocioso poner de especial relieve la posibilidad de acudir a otros mecanismos idóneos para asegurar la correcta defensa de estos intereses homogéneos involucrados. En este sentido, en el caso *Halabi* la Corte Suprema admitió presentaciones bajo la figura de los *amicus curiae* y dispuso la celebración de audiencias públicas, de forma tal que habilitó la intervención de organismos sociales con injerencia en la temática debatida, propiciando que estos sumasen sus argumentos a los del actor.

### 7. Vía procesal

Otro interrogante que se plantea es si, al haberse encuadrado estas acciones dentro de los supuestos previstos en art. 43, la Corte ha querido significar que las mismas sólo podrán tramitar por la vía del amparo. Esta conclusión redundante en la justificada preocupación de que, dado el limitado marco cognoscitivo del amparo, el mismo no resulte idóneo para aquellos supuestos en los que la complejidad de las temáticas involucradas pudiera requerir mayor amplitud de debate y/o prueba. Corresponde aventar tales temores, merced a que se ha admitido con anterioridad que una acción colectiva instaurada por una asociación fuera planteada bajo la forma de la acción declarativa de certeza.<sup>31</sup> Los fundamentos invocados para justificar este temperamento fueron que ambos institutos comparten una misma finalidad preventiva y que no requieren la existencia de un

<sup>29</sup> Art. 54 del CPCCN.

<sup>30</sup> CSJN, *Asociación de Superficialarios de la Patagonia*, 2006, *Fallos*, 329: 3493. En el caso, al hacer lugar a la excepción de defecto legal planteada por las demandadas, el tribunal puso en cabeza de la parte actora la realización de complejas medidas probatorias previas a efectos de identificar correctamente a quienes se demandaba y precisar el alcance de la responsabilidad atribuida a cada una de ellas.

<sup>31</sup> CSJN, *AGUEERA*, 1997, *Fallos*, 320: 690.

daño consumado en resguardo del derecho constitucional,<sup>32</sup> la cual es, en lo que aquí interesa, instar el control judicial de constitucionalidad. Atento a ello, no existen óbices para que los mismos sujetos legitimados en el segundo párrafo del art. 43 puedan acudir a la vía prevista en el art. 322 del CPCCN, a efectos de procurar la protección de derechos de incidencia colectiva o, en este caso, de intereses individuales difusos.

Más allá de lo expuesto, cabe tener por configurada como regla general que, cuando la demanda tenga por objeto un resarcimiento patrimonial, la necesidad de determinar la existencia y extensión del daño excluirá *per se* la posibilidad de acudir a la vía del amparo.

### 8. Efectos de la sentencia

Como primera medida, resulta menester aclarar lo impropio de hablar de efectos *erga omnes* en este tipo de sentencias. En efecto la Corte Suprema ha establecido con carácter general, también en el fallo *Thomas Enrique* que hemos citado en el acápite dedicado a legitimación, que en nuestro ordenamiento jurídico “no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*, lo que sin duda no se ajusta al art. 116 de la Constitución Nacional.”<sup>33</sup> Luego precisó que “[e]n efecto, el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco [...] No existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros en forma que la competencia para hacer caer *erga omnes* la vigencia de la norma se disperse en todos los jueces, simplemente porque la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes [...] El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura [...] ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860.”<sup>34</sup>

Efectuada esta precisión con la claridad expositiva que revisten los términos empleados por el Alto Tribunal, resta indicar que lo que se ha venido discutiendo en nuestro país, desde la consagración constitucional de acciones de tipo colectivo, es la pertinencia de dotar a las decisiones adoptadas en estos procesos de efectos extra-parte. Es válido entonces deslindar que no es lo mismo que lo resuelto en una sentencia resulte aplicable a un grupo, aún indeterminado, de personas hubiera o no tomado parte en el litigio, a pretender que dicho decisorio implique la derogación de una norma o la desaparición de un acto de alcance general del ordenamiento jurídico.

<sup>32</sup> CSJN, *Fayt*, 1999, *Fallos*, 322: 1617.

<sup>33</sup> Considerando 7.

<sup>34</sup> Considerando 8.

Así las cosas puede citarse que no demasiado tiempo después de la última reforma constitucional, se planteó la necesidad de extender los límites a los efectos del control de constitucionalidad ejercido por los jueces, principalmente a partir de fallos, en su momento sumamente relevantes, como lo fueron *Monges*<sup>35</sup> y *Chocobar*.<sup>36</sup> Más cerca en el tiempo el tribunal, con su composición actual, produjo nuevos avances en esta dirección. En tal sentido se pueden invocar los fallos *Mendoza*<sup>37</sup> en materia ambiental y *Badaro*<sup>38</sup> en materia previsional. Finalmente, se encuentra una síntesis expresada en breves términos, en el voto en disidencia parcial de los Ministros ARGIBAY y PETRACCHI en el propio fallo *Halabi*, donde los mencionados jueces manifestaron que “si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos: 321:1252 y sus citas — considerando 18 del voto del juez PETRACCHI—), tal aseveración reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva, y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo.”<sup>39</sup>

Ahora bien, en lo que se limita al tipo de acciones aquí examinadas, como ya se ha adelantado, la indagación se debe centrar en si los efectos de la sentencia se extenderán a los demás miembros de la clase involucrada, sólo en tanto les resulte provechoso para la protección de los derechos invocados o si, por el contrario, éstos deben soportar una decisión contraria a sus eventuales pretensiones, a menos que se hubieran excluido expresamente de la acción colectiva.

Entendemos que, a fin de formular un juicio valorativo de cada opción, corresponde señalar que una de las principales falencias que se ha endilgado a los sistemas de control de constitucionalidad concentrados, radica justamente en el carácter abstracto con el que este será realizado, es decir con prescindencia de las circunstancias fácticas que suelen variar sustancialmente dentro del universo de personas afectadas por una norma o por una medida de gobierno. En oposición, en el sistema difuso cada magistrado cuenta con la aptitud —y el deber— de sopesar si resulta razonable la aplicación de la medida impugnada de acuerdo a las condiciones particulares de cada caso en concreto. A título ejemplificativo, puede recordarse que en el fallo *Peralta*,<sup>40</sup> se declaró la constitucionalidad del decreto 36/90, a través del cual se había implementado el denominado *plan Bonex*.

<sup>35</sup> CSJN, *Monges*, 1996, *Fallos*, 319: 31448.

<sup>36</sup> CSJN, *Chocobar*, 1996, *Fallos*: 319: 3241.

<sup>37</sup> CSJN, *Mendoza*, 2008, *Fallos*, 331: 1622.

<sup>38</sup> CSJN, *Badaro*, 2006, *Fallos*, 329: 3089.

<sup>39</sup> Considerando 7 del voto de los Dres. PETRACCHI y ARGIBAY.

<sup>40</sup> CSJN, *Peralta*, 1990, *Fallos*, 313: 1513.

Posteriormente, el mismo tribunal consideró, en otros pronunciamientos, que la aplicación de esa misma norma no resultaba razonable a los casos de jubilados de avanzada edad, personas enfermas que requiriesen la disposición de sus fondos para afrontar tratamientos y personas desocupadas a quienes les fuera indispensable contar con sus ahorros o indemnizaciones para afrontar su manutención.<sup>41</sup>

Consecuentemente, se puede percibir que, en aquellos supuestos en los que la acción intentada fuera el receptáculo procesal de la impugnación de normas o actos de alcance general, se impone consagrar que los efectos de la sentencia sólo beneficiarán a sus miembros, dejando a salvo su derecho a plantear, en una demanda individual, la existencia de circunstancias de hecho que justificaren un apartamiento del criterio general contrario a su pretensión. Así se replicarían, en cierta medida, las bondades de aquellos sistemas híbridos de control que aúnan la seguridad jurídica que, en alguna medida, otorga un sistema concentrado y la posibilidad de soluciones de mayor equidad o corrección axiológica que permite el control difuso.

Por otro lado, en una acción que persiguiera sólo el resarcimiento económico de un daño y en la cual la determinación de la clase no presentase una excesiva complejidad, comienzan a terciar las ventajas que, según *ut supra* se expuso, la unificación de procesos prevé, no sólo respecto de la parte actora, sino para la parte demandada e incluso para el servicio de justicia. Atento ello se justificaría que los efectos de la cosa juzgada se desborden plenamente hacia todos los miembros no excluidos en forma expresa.

### 9. Conclusión

A esta altura del análisis, no puede soslayarse que las soluciones propuestas, en relación a las particularidades de estos procesos, no trascienden más allá de meras proposiciones cuanto menos opinables. En rigor de verdad se entiende que esto no hace más que confirmar el verdadero objeto de este trabajo, cual es, tal cual surge de su título mismo, resaltar la imperiosa necesidad de una legislación que, sin obstruir su finalidad con un extremo rigor formal como ocurriría al regularse la acción de amparo,<sup>42</sup> arroje un manto de certeza en torno a los interrogantes aquí planteados.

Ello pues, maguer de las observaciones que autorizada doctrina ha efectuado en referencia lo aseverado, por parte del Tribunal, en cuanto a que existe mora

<sup>41</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo había extendido en sus decisiones la excepción al régimen general estatuido por el decreto 36/90. La Corte Suprema en *Olivera*, 1993, *Fallos*, 316:184 y *Tisera*, 1996, *Fallos*, 319: 925 confirmó el criterio adoptado al rechazar los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado en los términos del art. 280 del CPCCN.

<sup>42</sup> Ver nota 1.

por parte del legislador en el particular,<sup>43</sup> no puede a esta altura pasarse por alto la innegable necesidad de que se reglamenten los tópicos abordados, pues el máximo intérprete de nuestra Constitución ha declarado la operatividad de esta especie de acciones colectivas y, consecuentemente, el Poder Judicial debe estar dotado de los medios (en éste caso normativos) para llevar estos procesos a buen puerto.

En efecto, ya se ha establecido la estrecha similitud que puede percibirse entre el *leading case Halabi* y sus antecesores *Siri* y *Kot*. De hecho los propios ministros de la Corte han subrayado esta relación, al citar los argumentos esgrimidos por sus predecesores en los aludidos fallos,<sup>44</sup> a la hora de fundamentar la necesidad de suplir jurisprudencialmente la inexistencia de normativa sobre la cuestión. Trazado este paralelismo, cabe esperar que el cauce de los hechos adopte un camino diferente al seguido por el amparo, pues no debe olvidarse que éste, en su concepción original, debió esperar décadas para que, luego de una reforma constitucional que derogó la vetusta legislación y la consecuente marea de pronunciamientos judiciales que finalizaron de delimitar los contornos interpretables del artículo reformado en el año 1994, se hiciera honor a la verdadera finalidad de este instituto tal cual hoy lo conocemos.

Sería lamentable que la reglamentación de estas acciones colectivas siguiera el mismo derrotero del amparo, sobre todo si se sopesa que la clara intención del Máximo Tribunal parece haber sido dotar a la magistratura (podría sostenerse que esto se aplica al fuero Contencioso Administrativo en particular) de una moderna herramienta procesal que, más allá de las complejidades de su tramitación y los riesgos que, se ha señalado, pueden venir aparejados con una reglamentación deficiente, genere la posibilidad de llegar en forma y tiempo a responder las nuevas demandas que plantea la realidad de esta sociedad.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> SAGÜÉS sostiene que, al no haberse planteado en el seno de la Convención Constituyente la inclusión de las acciones de clase en el art. 43 de la Constitución nacional, no puede inferirse que exista un mandato del constituyente hacia el legislador para que éste reglamente tales procesos, con lo cual, por añadidura, tampoco puede atribuírsele al Poder Legislativo el haber incurrido en mora por tal omisión. (SAGÜÉS, NÉSTOR P., "La creación judicial del «amparo-acción de clase» como proceso constitucional," *JA*, 2009-II, 627.)

<sup>44</sup> Considerando 12, cuarto párrafo.

<sup>45</sup> "La historia reciente de la demandabilidad estatal, para tomar nada más que la punta visible de un iceberg, es demasiado evidente como para mantener nuestra inercia: El plan bonex instrumentado por el decreto 36/90 generó algo más de mil amparos, a comienzos de ese año. Los conflictos derivados de las jubilaciones militares, provocaron 16.000 procesos durante los años 1991 a 1993. La reducción salarial del decreto 290/95 generó algo más de 10.000 procesos en la Capital Federal en ese año y las posteriores, de los decretos 896/01 casi el doble de procesos similares. Los conflictos relacionados con el modo de liquidar los haberes jubilatorios y su movilidad provocaron más de 77.000 causas, 55.000 tuvieron decisión detrás de *Chocobar* y 22.000 se decidieron tras otros fallos. Los programas de propiedad participada generaron 4.000 juicios. La ley de déficit 0 nos prohió 7.000 procesos. Los decretos 1570/01 y 214/02, el llamado corralito y la pesificación asimétrica han generado más de 100.000 amparos en la Capital Federal y cerca de 240.000 en todo el país." (GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 186.)

# AMPARO POR MORA

Por JUAN MARCELO GAVALDÁ

## SUMARIO

1. Introducción .....	307
2. Proceso judicial .....	309
3. Cuestiones que pueden ser objeto de amparo por mora.....	309
4. Criterios adoptados en el marco de la tramitación de amparos por mora .....	311
4.1. Cuestiones de competencia .....	312
4.2. Legitimación activa. Concepto de parte interesada .....	313
4.3. Asignación del expediente en Cámara.....	315
4.4. Aplicación de astreintes.....	316
4.5. Caducidad de instancia.....	318
5. Conclusiones finales.....	318



## AMPARO POR MORA

Por JUAN MARCELO GAVALDÁ

### 1. *Introducción*

Dentro de los diferentes objetos de los juicios que tramitan ante el fuero Contencioso Administrativo Federal encontramos el amparo por mora, figura que, prevista por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72,<sup>1</sup> resulta ser un instrumento eficaz para la salvaguarda de los derechos de los particulares frente a una administración que se demora más del tiempo establecido para expedirse sobre las solicitudes que se le presentan.

El término *mora* ha sido definido por la Real Academia Española como la dilación o tardanza en cumplir una obligación.

La Constitución nacional consagra en su art. 14 el derecho a peticionar ante las autoridades y ello importa también el derecho a obtener una decisión fundada. Es por eso que la administración está obligada a expedirse sobre todas las cuestiones que se le plantean y en tiempo oportuno.

El amparo por mora es una especie dentro del género *amparo* previsto por el art. 43 de la Constitución nacional y previamente, por el decreto-ley 16.986/66, como vía judicial idónea contra toda omisión de las autoridades públicas que lesione derechos y garantías reconocidos por la normativa vigente y tiene por finalidad

<sup>1</sup> El art. 28 del decreto ley 19.549 estableció el amparo por mora de la administración en los siguientes términos: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados —y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable— sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, si la justicia lo estimare procedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre la causa de la demora aducida. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.”

lograr que la administración, en el marco de un expediente administrativo, se pronuncie, es decir, que cumpla con su deber de dictar el acto administrativo que resuelva la petición y sin indicarle el modo en que debe resolverla.

Es decir, el amparo por mora es una especial acción de amparo a la que, en principio corresponde conferir un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones judiciales.

Es un remedio frente a la inactividad, frente a la pasividad de la administración en el marco de un expediente administrativo y el perjuicio se origina en la no respuesta a un pedido de un particular, es decir, es la demora en sí, la que lesiona las garantías constitucionales de debida defensa y de peticionar a las autoridades.<sup>2</sup>

Para HUTCHINSON “no decidir o decidir fuera del plazo constituyen conductas irregulares de la administración que perjudican al particular y atentan contra el accionar eficaz de aquella.”

Asimismo, señala que el amparo por mora es una de las diversas soluciones que ha contemplado la legislación para cuando la administración no resuelve, y que no es otra cosa que una orden de pronto despacho de las actuaciones administrativas.<sup>3</sup>

El objetivo de estas líneas es brindar un panorama respecto de los casos en los que se emplea esta figura como herramienta efectiva para contrarrestar la inactividad administrativa en determinadas cuestiones de actualidad y dar cuenta de algunos criterios adoptados en la Justicia de Primera Instancia del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal en cuestiones tan diversas como ser la determinación del tribunal competente para entender en la tramitación de la causa, el concepto de parte interesada en un expediente administrativo, la asignación de competencia cuando el amparo por mora es elevado a la Cámara y en esa causa ya había intervenido previamente la Cámara por la vía recursiva directa, la aplicación de astreintes en caso de incumplimiento de la sentencia y la caducidad de instancia, todo ello, siempre dentro del marco de la tramitación del amparo por mora.

No interesa aquí cual es el modo en que la administración vaya a resolver un reclamo, lo que se está procurando es que ésta lo resuelva, expidiéndose de una buena vez para ponerle un punto final al estado de indefinición que pesa sobre una determinada cuestión.

<sup>2</sup> COMADIRA, JULIO / MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 492.

<sup>3</sup> HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2010, 9ª ed., p. 186.

## 2. *Proceso judicial*

El primer paso en la tramitación de un amparo por mora es la remisión del expediente judicial a la Fiscalía federal a fin de que se expida sobre la competencia del juzgado para entender en el mismo.

Devueltas las actuaciones al tribunal, si el dictamen fiscal es favorable, el juez declara la competencia y dispone oficiar a la parte demandada a fin de que en el término que prudencialmente estime corresponder, evacue el informe previsto por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72 y acompañe copias autenticadas de las actuaciones administrativas pendientes de resolución.

Una vez que la demandada produce el informe y acompaña las actuaciones administrativas pertinentes, de este informe y de las piezas que la parte demandada adjunte, se corre traslado por tres días a la parte actora y luego, contestado o vencido el plazo para hacerlo, la causa queda en condiciones de dictar sentencia.

Para dictar la sentencia, el juez efectúa un análisis de las actuaciones administrativas a fin de poder determinar cual es el verdadero estado de la cuestión.

Si verifica la existencia de mora en la administración, entonces se dictará una sentencia intimando a la administración morosa para que en el término de una cantidad determinada de días (fijados por el magistrado según las circunstancias de cada caso) resuelva —del modo que por derecho considere que corresponde— la petición que le fuera formulada en dicha sede.

Respecto de la posibilidad de apelar la decisión final del amparo por mora, debe tenerse en cuenta la excesiva parquedad del art. 28 del decreto-ley 19.549/72 en cuanto al régimen procesal de este tipo de acción. En tal sentido, BIOTTI señala que quizás, con una futura reforma legal se pueda dar respuesta definitiva al interrogante planteado respecto al plazo para apelar en el amparo por mora. Mientras tanto, da cuenta del criterio seguido por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el fallo *Gaitán*<sup>4</sup> que fue la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal, dado que, al no estar previsto en forma expresa el plazo para deducir el recurso de apelación en la acción de amparo por mora, no parece irrazonable sostener que es aplicable a tal situación lo dispuesto por el art 244 del CPCCN en cuanto establece que, no habiendo disposiciones en contrario el plazo para apelar será de cinco días.<sup>5</sup>

## 3. *Cuestiones que pueden ser objeto de amparo por mora*

Los temas son de naturaleza tan variada como lo son las distintas áreas que conforman la administración pública, siendo múltiples las oportunidades y de diversa índole las cuestiones sobre las cuales la administración suele dilatar en el tiempo su pronunciamiento, dejando pasar todo el plazo previsto normativa-

<sup>4</sup> CNFed. CA, Sala IV, 7/XII/90, *Gaitán*.

<sup>5</sup> BIOTTI, MARÍA A., "Recurso de apelación y régimen aplicable," *LL*, 1992-C, 118.

mente para hacerlo, o bien, en casos en que las normas no fijan un plazo para el dictado del acto, pero la demora se prolonga mas allá de lo razonable.

De ese modo, un administrado termina aguardando durante meses e incluso varios años, un pronunciamiento de la administración que nunca llega.

En esos casos, quien formuló una petición en sede administrativa, ya cansado de la falta de una resolución al reclamo pendiente, se decide a encarar una acción judicial por mora de la administración en los términos de lo dispuesto en el art. 28 del decreto-ley 19.549/72.

Sabido es que el fuero Contencioso Administrativo Federal, en función de su competencia específica, muchas veces se ha visto convertido en una caja de resonancia de los vaivenes propios de las políticas que a lo largo del tiempo ha ido adoptando el Estado nacional.

Los pedidos de amparos por mora no son ajenos a dicha realidad.

Así, podemos encontrar, entre otros ejemplos:

Una firma comercial reclamando se le otorgue el certificado de importación necesario para poder ingresar al país las mercaderías que tiene inmovilizadas en el Puerto de Buenos Aires.

Un oficial de la Policía Federal Argentina solicitando una resolución que le conceda la baja de dicha fuerza para poder así sumarse a las filas de la flamante Policía Metropolitana de la Ciudad de Buenos Aires.

En los últimos meses del año 2011, la mayor cantidad de trámites de amparo por mora que he visto llegar al dictado de la sentencia fueron aquellos que iniciados contra la Secretaría de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, persiguen el dictado de una resolución en los expedientes administrativos a través de los cuales se pide la reparación económica prevista por la ley 24.043.<sup>6</sup>

A modo de ilustración, veamos a continuación un trámite de amparo por mora planteado en estos términos.

El actor fue un activo militante político que durante la década del setenta debió exiliarse en el extranjero para salvaguardar su vida y su libertad.

Considerándose incluido en los supuestos previstos por la ley 24.043, en el año 2007 solicitó una reparación económica, iniciando un expediente administrativo en la Secretaría de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Encontrándose cumplida toda la prueba, habiendo presentado un pronto despacho y sin haber obtenido respuesta alguna, inició un amparo por mora, solicitando se libre una orden judicial de pronto despacho a efectos de que el

<sup>6</sup> La ley 24.043 estableció una reparación económica para aquellas personas que durante la vigencia del estado de sitio, previa a la interrupción del orden constitucional de 1976 y que se extendiera hasta el 10 de diciembre de 1983, fueron detenidas a disposición del Poder Ejecutivo, o que siendo civiles hubiesen sufrido detención ordenada por tribunales militares, con o sin sentencia condenatoria en dicho fuero.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos resuelva la solicitud formulada en los términos de la ley 24.043.

El tribunal efectuó un análisis de las actuaciones administrativas a fin de poder determinar el estado de situación, logrando verificar que el pedido inicial no había sido resuelto y que el mismo se encontraba pendiente de resolución desde hacía más de 5 años y 5 meses, por lo que se advirtió la existencia de mora en la obligación del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de dictar resolución, respecto de la solicitud formulada por el actor el día 5 de diciembre de 2007.

En consecuencia, se hizo lugar a la acción de amparo por mora promovida por el actor, condenando al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a que, dentro del plazo de 10 días hábiles, resuelva la solicitud formulada en sede administrativa.<sup>7</sup>

El Estado nacional apeló la sentencia, aduciendo que el juez de primera instancia prescindió de toda consideración respecto de lo señalado en el informe producido por su parte, en el que se indicó cuáles fueron las distintas resoluciones judiciales dictadas en relación con casos del mismo objeto que el de autos, que se ceñían a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostuvo que la administración no ha sido remisa en el tratamiento de la petición, ni indiferente a sus particularidades, a las necesidades del solicitante, ni tampoco a la modificación de la jurisprudencia, por lo que solicitó se revoque la sentencia y la imposición de costas.

Elevados los autos a la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, ese tribunal consideró que de las constancias de la causa resultaba que el actor había presentado la solicitud el 5 de diciembre de 2007 y que a pesar del tiempo transcurrido desde esa petición no había mediado una decisión expresa de la autoridad administrativa, concluyendo que se configuró la situación de mora prevista por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72, por lo que se resolvió rechazar la apelación, confirmando así la orden de pronto despacho impartida por la jueza a cargo del Juzgado N° 8 del fuero e imponiendo las costas de la segunda instancia a la demandada vencida.

#### *4. Criterios adoptados en el marco de la tramitación de amparos por mora*

Como ya es sabido, la tramitación del amparo por mora se encuentra regida por el decreto-ley 19.549/72, supletoriamente, por las previsiones del decreto-ley 16.986/66 para la tramitación de los amparos comunes, denominados *Amparo Ley 16.986* a los efectos de individualizar el objeto del juicio y finalmente por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En consecuencia son varias las cuestiones que quedan libradas a los criterios que los magistrados adopten en función de las facultades ordenatorias e instruc-

<sup>7</sup> JFed. CA N° 8, 24/V/11, *Malter Terrada Carlos Alberto c/ EN M Justicia (Exp 162914/07) s/ amparo por mora*.

toras que les acuerda el art. 36 del CPCCN, por lo cual analizaré precedentes jurisprudenciales de este fuero, donde se suscitaron cuestiones de interés.

#### 4.1. *Cuestiones de competencia*

Un culto religioso de origen japonés promovió una acción contra la Inspección General de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos solicitando se ordene a la accionada que cesare con su reticencia en relación al pedido de inscripción de su representante en nuestro país. La petición en sede administrativa había sido efectuada el 12 de febrero de 2010 y tras dos pedidos de pronto despacho sin obtener respuesta es que dio inicio a la acción judicial.

La actora argumentó que la materia del amparo no era una cuestión de fondo civil, sino una cuestión de estricto procedimiento administrativo, es decir, la violación por parte del organismo demandado de su deber de dar respuesta a una petición del administrado.

Asimismo, señaló que acudía a litigar ante el fuero Contencioso Administrativo Federal por cuanto el demandado era un organismo descentralizado de la administración pública nacional y estos tribunales son especializados en materia de procedimiento administrativo, dado que lo cuestionado era la aplicación de normas procesales correspondientes a esa materia.

Giradas las actuaciones judiciales a la Fiscalía Federal a fin de expedirse sobre la competencia del juzgado para entender en esas actuaciones, la fiscal señaló entre otras cosas que el art. 16 de la ley 22.315 con relación a las resoluciones de la Inspección General de Justicia establece que “[c]uando dichas resoluciones o las del Ministerio de Justicia de la Nación, se refieran a asociaciones civiles y fundaciones serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal” y finalmente dictaminó que “el juez competente para impartir la orden de pronto despacho prevista en el art. 28 del decreto-ley 19.549/72 es el magistrado que —en su caso— debe entender según la materia de fondo debatida en el trámite.”<sup>8</sup>

En consecuencia, devueltas las actuaciones, la jueza declaró la incompetencia del Juzgado y dispuso la remisión del expediente a la Justicia Nacional en lo Civil.<sup>9</sup>

La solución adoptada da prevalencia a la legislación de fondo y a la competencia que está determinada, ya que nada impide que los magistrados de otros fueros apliquen lo normado por el decreto-ley 19.549/72 a los organismos cuyo control se encuentra en su jurisdicción.

<sup>8</sup> CNFed. CA, Sala II, 14/VIII/07, *Grollimund Graciela Haydee c/ EN ley 23.696 dtos 265/97,840/97 y 1560/92 s/ amparo por mora*.

<sup>9</sup> JFed. CA N° 8, 25/VIII/11, *The Nichiren Shoshu (Asociación Religiosa) c/ EN IGJ s/ amparo por mora*.

#### 4.2. *Legitimación activa. Concepto de parte interesada*

La actora fue designada en el año 2002 como directora interina de un instituto de menores dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y habiéndose desempeñado con idoneidad en tal función, en el mes de agosto del año 2008 la Coordinación General de Establecimientos Asistenciales elevó a consideración del Subsecretario del área, una propuesta para designarla efectivamente en el cargo que ocupaba, originando así un expediente administrativo en el ámbito de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

Durante más de 6 años consecutivos las actuaciones iniciadas con la propuesta de designación deambularon por distintas dependencias, sin que se dictara el acto necesario para poder efectuar la designación definitiva.

Así las cosas, para los primeros meses del año 2011, la interesada inició un amparo por mora a fin de que se resuelva su propuesta de designación como Directora del instituto de menores.

La demandada, al contestar el informe previsto por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72, afirmó que las actuaciones administrativas en las que se requiere el pronto despacho judicial no fueron iniciadas por la actora sino por un funcionario de la propia administración pública y que éstas fueron impulsadas por la administración.

Asimismo, la demandada sostuvo que la actora nunca se constituyó en peticionante del dictado del acto administrativo que ahora pretende y que recién en el mes de enero de 2011 solicitó tomar vista de las actuaciones.

Por otro lado, la demandada refirió que dichas actuaciones administrativas requieren el dictado de un decreto a cargo de la Presidenta de la Nación, tratándose de un proceso complejo y que la competencia de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia se limita a efectuar la propuesta de designación y cumplir con el procedimiento administrativo, reuniendo los antecedentes que la justifiquen.

Es decir, la parte demandada aduce que la actora nunca se constituyó en peticionante en sede administrativa y, por lo tanto, carece de legitimación para promover acción de amparo por mora.

Respecto al carácter de la actora dentro del expediente administrativo, el tribunal lo resolvió aplicando el reglamento de la ley nacional de procedimientos administrativos —decreto-ley 1759/72, modificado por el decreto 1883/91— concluyendo que la actora se encontraba en condiciones para promover la acción.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> El decreto reglamentario 1759/72, modificado por el decreto 1883/91, en su art. 3° dice textualmente: “Iniciación del trámite. Parte interesada El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo. También tendrán ese carácter aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones

Asimismo, en la sentencia determinó que la mora tenía una extensión de más de dos años y nueve meses y consideró que la misma no resultaba razonable, por lo que condenó a la Secretaría demandada para que en 20 días resuelva la propuesta de designación —del modo que por derecho considere que corresponda— y, en su caso disponga la elevación de las actuaciones administrativas a la autoridad correspondiente.<sup>11</sup>

La demandada interpuso recurso de apelación y elevada la causa judicial al superior, la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso administrativo Federal consideró que la demandada, al fundar la apelación, no logró explicar las razones por las cuales el trámite de designación se fue prolongando y solamente se detiene en que su parte carece de competencia para resolver la propuesta, designación que debe ser efectuada por decreto presidencial.

Por ello, concluyó que las argumentaciones vertidas por la demandada en su memorial, no constituían una crítica razonada y concreta de los fundamentos dados por la jueza de primera instancia para concluir en que la mora se encontraba suficientemente configurada y resolvió confirmar la sentencia apelada, con costas a la demandada.

Es decir, se encuentra legitimado para promover esta acción el afectado, concepto que coincide con el art. 5° del decreto-ley 16.986/66<sup>12</sup> y con el art. 43 de la Constitución nacional,<sup>13</sup> quien no necesariamente debe ser parte en el expediente administrativo, bastando que se hubiere presentado en las actuaciones administrativas.

a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente.

<sup>11</sup> JFed. CA N° 8, 18/V/11, *Cerdeira Adriana Alicia c/ EN M Desarrollo S – SENAF (EXPTE 10878/08)* y otro s/ amparo por mora.

<sup>12</sup> El art. 5° del decreto-ley 16.986/66 dice: “La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el art. 1°. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.”

<sup>13</sup> La Convención Nacional Constituyente de 1994 incorporó el amparo a la Constitución nacional, en el art. 43, cuyos términos transcribo para una mayor ilustración: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”

### 4.3. *Asignación del expediente en Cámara*

Otro aspecto interesante se verificó en la causa *Galín* donde el actor solicitó se libre una orden judicial de pronto despacho a efectos de que el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos resuelva una solicitud de reparación económica en los términos de la ley 24.043.

En sede administrativa le había sido denegado el pedido indemnizatorio, por lo que interpuso el recurso de apelación en los términos del art. 3° de la ley 24.043, teniendo intervención la Sala III de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo quien, finalmente, hizo lugar a la indemnización solicitada y ordenó a la autoridad administrativa que dicte una nueva resolución reconociendo al actor la indemnización de la ley 24.203 por el periodo comprendido entre el 20 de febrero de 1975 y el 10 de diciembre de 1983.

Devueltas las actuaciones administrativas a la Secretaría de Derechos Humanos y habiendo transcurrido un plazo más que prudencial sin que dicha Secretaría cumpla con lo ordenado por la Sala III, el actor inició un amparo por mora para que se le fije un plazo perentorio a la administración a efectos de que dicte la resolución ordenada.

La jueza interviniente determinó que el trámite del actor estuvo inmovilizado por un plazo de seis meses y que —a la fecha del dictado de la sentencia— no se había resuelto la solicitud del actor. Por tal motivo, dispuso hacer lugar a la acción de amparo por mora promovida, condenando al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a que dentro del plazo de 10 días hábiles dicte la respectiva resolución administrativa, de conformidad con lo que había sido oportunamente dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal al entender en las mismas actuaciones.<sup>14</sup>

La demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia y elevada la causa al superior, la misma fue asignada a la Sala II, en donde se resolvió que la causa tramite en la Sala III del fuero porque dicha sala previno en la cuestión, dado que allí tramitó el recurso directo donde se dictó la sentencia por la que se concedió el beneficio establecido por la ley 24.043, cuya ejecución en sede administrativa generó el amparo por mora.

Girada la causa a la Sala III, finalmente se resolvió declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el Estado nacional, quedando firme el fallo de primera instancia.

No se advierten los motivos por los cuales la Sala II no aceptó la asignación del amparo por mora, pues dado el limitado marco de esta acción, no debía interpretar la sentencia dictada por la Sala III sino tan solo verificar la existencia de mora administrativa.

<sup>14</sup>JFed. CA. N° 8, 13/VI/11, *Galín Pablo c/ EN M Justicia (EXP 161948/07) s/ amparo por mora*.

#### 4.4. *Aplicación de astreintes*

En el mes de octubre de 2010 se hizo lugar a una acción de amparo por mora promovida por la firma Río Licsin Sociedad Anónima, condenando a la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (ONCCA) a que en el término de 10 días de quedar firme o ser consentida la sentencia, resuelva un recurso de reconsideración interpuesto por la actora y que se encontraba pendiente desde hacía un poco más de un año.<sup>15</sup>

La demandada recurrió la sentencia y la causa fue elevada a la Cámara de Apelaciones, cuya Sala III, el día 29 de noviembre de 2010, confirmó la sentencia en recurso y ésta adquirió firmeza en fecha 27 de diciembre de 2010 la cual, como se ha dicho anteriormente, fijó un plazo de 10 días hábiles para su cumplimiento.

En febrero de 2011 y ante el incumplimiento de la demandada, a solicitud de la actora se dispuso intimar a la parte demandada para que en 10 días acredite haber dado acabado cumplimiento a la sentencia, bajo apercibimiento de ley.

Vencido dicho plazo y sin obtener respuesta alguna de la demandada, a pedido de la parte actora, el día 4 de abril de 2011 se intimó a la demandada por el término de 10 días, bajo apercibimiento de fijar astreintes por cada día de demora.

A partir de allí, la demandada solicitó prórroga en tres oportunidades y el tribunal hizo lugar a dichas peticiones atendiendo a las circunstancias invocadas en las respectivas presentaciones, a saber: La disolución de la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (ONCCA) dispuesta por el decreto 192/10, la creación de un nuevo organismo denominado Unidad de Coordinación y Evaluación de Subsidios al Consumo Interno (UCESCI) creado por el decreto 193/11 y, por último, la atribución de competencias entre diferentes ministerios.

El día 5 de agosto de 2011 el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas efectuó una presentación invocando una resolución ministerial conjunta en la que dispuso tener por denegadas y/o anuladas todas las solicitudes de compensaciones y/o subsidios y/o reembolsos que se encontraren pendientes del dictado de acto resolutivo.

Posteriormente, se intimó al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas para que acredite haber dado cumplimiento a la sentencia, bajo apercibimiento de fijar astreintes por cada día de demora.

Corrido el traslado pertinente, la firma Río Licsin SA lo contestó manifestando la inaplicabilidad subjetiva y objetiva de la resolución conjunta y reiterando que se estaba frente al incumplimiento de la sentencia firme dictada en autos, por cuanto lo único que se pretendía era que la demandada cumpla con la sentencia dictada produciendo el acto administrativo.

Advirtiéndose que lo manifestado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no satisfacía lo requerido en la sentencia, se dispuso intimar a dicho

<sup>15</sup>JFed. CA. N° 8, 8/X/10, *Río Licsin SA c/ ONCCA s/ amparo por mora*.

ministerio para que acredite haber dado acabado cumplimiento a la sentencia dictada en autos en relación al recurso de reconsideración interpuesto por la actora, bajo apercibimiento de fijar astreintes por cada día de demora.

Además de ordenarse la notificación de dicha providencia a las partes mediante la confección de las cédulas por secretaría, el tribunal también ordenó el libramiento de un oficio por secretaría dirigido al Ministro de Economía y Finanzas Públicas para ser diligenciado directamente por ante su secretaría privada.

La parte demandada interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, aduciendo una indebida intimación en cabeza del Ministro de Economía y Finanzas Públicas y sentirse agraviada respecto del apercibimiento de aplicar astreintes, por entender que la legislación vigente no permite su aplicación al presente caso.

El tribunal no hizo lugar a la revocatoria interpuesta por cuanto la finalidad perseguida por el oficio dirigido al ministro fue poner en su conocimiento el incumplimiento de la sentencia dictada, cuyo único objeto —dado el marco limitado del amparo por mora— era que se resuelva el recurso. En consecuencia, careciendo de gravamen la providencia cuestionada, también se rechazó la apelación en subsidio interpuesta.

Así las cosas y habiendo transcurrido más de ocho meses desde que la sentencia adquiriera firmeza, el juzgado fijó un último plazo de 10 días para que la parte demandada —a través del organismo que corresponda— acompañe a la causa la resolución que resuelva el recurso de reconsideración interpuesto por la actora.

En esta última intimación se le hizo saber a la demandada que a partir del vencimiento de dicho plazo, comenzarían a correr astreintes, fijadas de antemano en la suma de \$ 50 por cada día de incumplimiento.

El día 4 de octubre de 2011, faltando tan sólo 4 días para celebrarse el “primer cumpleaños” del dictado de la sentencia, finalmente, la parte demandada dio cumplimiento a la manda judicial.

De este modo, luego de disponerse un último plazo para que la administración resuelva el recurso y de apercibirla con la aplicación concreta de astreintes, ésta finalmente se pronunció, cumpliéndose así el objetivo perseguido por el amparo por mora en cuestión.

Si bien en el caso, las astreintes no se hicieron efectivas, es innegable que su aplicación resulta eficaz para vencer la resistencia a cumplir los fallos judiciales.<sup>16</sup>

<sup>16</sup>La reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 estableció la figura de las astreintes en el art. 666 *bis*, cuyo texto dice así: “Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.”

#### 4.5. *Caducidad de instancia*

Respecto de la aplicación del instituto de la caducidad de instancia en el marco de la tramitación del amparo por mora, recuerdo un caso en el cual se presentó la siguiente situación: La parte demandada acusó la caducidad de la instancia aduciendo que el último impulso procesal de la causa fue la providencia dictada por el tribunal con fecha 3 de noviembre de 2010, habiendo transcurrido en exceso el plazo previsto en el art. 310, inc. 2° del CPCCN.<sup>17</sup>

El tribunal consideró necesario recordar que en virtud de la aplicación supletoria del decreto-ley 16.986/66 dispuesta en una providencia anterior que se encontraba firme y consentida por las partes, lo previsto en el art. 17 de dicho decreto-ley, y toda vez que el art. 310 del CPCCN no estipula en forma específica cuál es el plazo de caducidad aplicable en los procesos de amparo regidos por el decreto-ley 16.986/66, este instituto debe ser de interpretación restrictiva en los supuestos que pudiera generar dudas. Por lo que concluyó que al no tratarse concretamente de un proceso sumarísimo, de un juicio ejecutivo, de una ejecución especial o de un incidente, no correspondía aplicar el plazo de caducidad que determina el inc. 2° del art. 310, sino el plazo de 6 meses que determina el inc. 1°, el cual rige como principio a todo tipo de proceso ordinario o especial,<sup>18</sup> por lo que no asistía razón a la demandada. En efecto, dado que la última actuación con aptitud impulsoria había sido cumplida por el tribunal mediante el dictado de una providencia simple y el acuse de caducidad de instancia había sido presentado en forma prematura y se lo rechazó, declarando asimismo que la cuestión de fondo, el pedido de pronto despacho judicial, había devenido abstracto.

#### 5. *Conclusiones finales*

Como se ha visto, el amparo por mora aparece como una solución posible frente a los casos en los que la administración recibe peticiones y no cumple con su obligación de pronunciarse, dejando pasar todo el plazo previsto normativamente o cuando no hay un plazo previsto para expedirse y la demora mora excede más de lo que sería razonable.

Cuando no se obtiene respuesta alguna, las pretensiones de los administrados quedan flotando en ese limbo eterno que es el estado de indefinición.

Sobre este aspecto GORDILLO tiene dicho que “el arma más fuerte que tiene la administración contra el administrado es el silencio, la demora, la inercia, la inexpresividad: Frente a las urgencias empresariales o privadas, el lento pero inexorable transcurso del tiempo sin que se produzcan los necesarios pasos o etapas del procedimiento hacia una resolución final, produce un efecto profun-

<sup>17</sup> JFed. CA N° 8, 23/VIII/11, *Ayala Noguera Maria Felicita c/EN-DNM- s/ amparo por mora.*

<sup>18</sup> Conf. doctrina judicial sentada en CNFed. CA, Sala III, 11/X/06, *Esperit S.A C/ PEN -Dtos 294/04 296/04 s/ amparo ley 16.986.*

damente lesivo al derecho del administrado para el cual no hay solución alguna verdaderamente efectiva.”<sup>19</sup>

El amparo por mora es una herramienta muy eficaz para lograr que la administración se expida, que si bien es un trámite judicial, se da siempre dentro del procedimiento administrativo o referido a éste, por que si bien su objeto específico —la orden de pronto despacho judicial— es dictada por el juez, lo cierto es que sus efectos inmediatos se producirán en el procedimiento administrativo pendiente de resolución.<sup>20</sup>

Como se ha visto en estas líneas, el amparo por mora es de aplicación práctica, todas las semanas se dictan sentencias condenando a la administración a resolver las cuestiones pendientes que les plantean los particulares.

Sin embargo, son pocos los que optan por el amparo por mora para obtener una decisión de la administración que les brinde los elementos necesarios para luego reclamar el derecho sustancial en la justicia, por cuanto, muchas veces, un particular que quiere resolver una cuestión en sede administrativa, prefiere esperar un cambio de funcionarios u otro acontecimiento favorable que permita que su expediente sea resuelto.<sup>21</sup>

En efecto, no hay tantos amparos por mora tramitando en la actualidad, ya que en el fuero Contencioso Administrativo Federal en el primer semestre del año 2012 se iniciaron 189 amparos por mora y durante todo el año 2011 la cantidad total de amparos por mora iniciados fue de 250 causas.<sup>22</sup>

No obstante ello, el amparo por mora es, ha sido y continuará siendo un instrumento efectivo para compeler a la administración a pronunciarse sobre las cuestiones pendientes de resolución.

GORDILLO ha dicho, entre otras cosas, que el amparo por mora ha sido altamente beneficioso para lograr una buena administración y que cabe auspiciar su extensión y ampliación en la medida de lo posible.<sup>23</sup>

Considero que las pretensiones de los administrados no deberían quedar atrapadas en el limbo de la indefinición y que —en ese orden de ideas— sería provechoso detenernos a repensar, a replantear y a resignificar los alcances del término *administrado*,<sup>24</sup> dado que cuando se habla comúnmente de administrados, a menudo pareciera que se hablara de sujetos totalmente pasivos, convidados de piedra, despersonalizados o bien, de los seres imaginarios de BORGES cuando en

<sup>19</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2010, 10ª ed., cap. XIII, § 1, p. XIII-1.

<sup>20</sup> GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, *op. cit.*, cap. XIII, § 1, p. XIII-2.

<sup>21</sup> CASSAGNE EZEQUIEL, “El amparo por mora de la administración,” *LL*, 2010-E, 881.

<sup>22</sup> Información suministrada en agosto de 2012 por la Oficina de Asignación de Causas, dependiente de la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

<sup>23</sup> GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, *op. cit.*, cap. XIII, § 11, p. XIII-31.

<sup>24</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española un administrado es una “[p]ersona sometida a la jurisdicción de una autoridad administrativa.” ([www.rae.es](http://www.rae.es))

realidad nos estamos refiriendo a hombres y mujeres concretos, padres y madres, ciudadanos, vecinos de una ciudad, contribuyentes del fisco nacional o local, consumidores de bienes o usuarios de servicios, agentes de la administración pública, proveedores del estado, empresarios y trabajadores del Estado; todos y cada uno de ellos, dueños de una dignidad humana y portadores de necesidades, deseos y anhelos, que podremos reconocer detrás de los múltiples pedidos que todos los días recibe la administración.

LA DISTRIBUCIÓN DE COSTAS EN EL AMPARO POR MORA CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS EN QUE EL PROCESO SE EXTINGUE POR EL DICTADO DEL ACTO PRETENDIDO

Por LUCIANO MARCHETTI

SUMARIO

1. Introducción .....	323
2. La jurisprudencia del fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal .....	324
2.1. Amparo por mora de la ley 19.959 .....	324
2.1.1. Las costas se imponen al demandado cuando la sentencia condena al dictado del acto administrativo pretendido por el actor .....	324
2.1.2. El dictado del acto administrativo pretendido por el actor torna abstracto el amparo por mora .....	324
2.1.3. Cuando la cuestión deviene abstracta, en principio, corresponde imponer las costas por su orden .....	325
2.1.4. Excepciones .....	325
2.1.5. En el amparo por mora no resulta aplicable la exención de costas prevista en el art. 14, segundo párrafo de la ley 16.986...	327
2.1.6. Cuando el juez de grado dispuso la aplicación supletoria de la ley 16.986, sí se aplica la exención de costas prevista en el art. 14 de la ley 16.986 .....	327
2.1.7. Cuando el juez de grado limitó la aplicación supletoria de la ley 16.986 exclusivamente a otros aspectos tampoco se aplica la exención de costas prevista en el art. 15 de la ley 16.986...	329
2.2. Amparo aduanero previsto en el art. 1160 de la ley 22.415.....	329
2.2.1. El Tribunal Fiscal no puede eximir de costas al vencido cuando condena al dictado del acto pretendido por el actor .....	329
2.2.2. Las costas deben imponerse al demandado si dio origen al	

pleito.....	330
2.3. Conclusión preliminar .....	331
3. Reformulación de la cuestión.....	331
3.1. La extinción del proceso en razón de que la cuestión devino abstracta .....	331
3.2. El dictado del acto pretendido por el actor no extingue el proceso.	332
3.3. Allanamiento tácito .....	333
3.4. Allanamiento expreso.....	333
3.5. Las costas en el allanamiento.....	334
3.5.1. Principio general.....	334
3.5.2. Excepciones.....	334
3.5.3. Nueva conclusión preliminar .....	335
4. Conclusión .....	335

# *LA DISTRIBUCIÓN DE COSTAS EN EL AMPARO POR MORA CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS EN QUE EL PROCESO SE EXTINGUE POR EL DICTADO DEL ACTO PRETENDIDO*

Por LUCIANO MARCHETTI

## *1. Introducción*

La competencia no sólo es obligatoria e irrenunciable para el órgano administrativo al que se le atribuye,<sup>1</sup> sino que además debe ser ejercida dentro del plazo que le confiere el ordenamiento en cada caso.<sup>2</sup>

Una de las opciones que tiene el administrado frente al incumplimiento de estos plazos es el amparo por mora previsto en el art. 28 de la ley 19.549. Una previsión similar fue establecida para el ámbito aduanero en el art. 1160 de la ley 22.415.

Ahora bien, la práctica suele mostrar con cierta frecuencia que la administración emite el acto pretendido durante el trámite del amparo por mora, circunstancia que suscita dificultades a la hora de determinar quién debe cargar con las costas del proceso.

El objeto de este trabajo se orienta a reseñar las respuestas que la cuestión recibió en el fuero nacional en lo contencioso administrativo federal, y sobre dicha base, ensayar un replanteo que permita continuar buscando un criterio para discernir la solución mas justa en cada caso concreto.

<sup>1</sup> Art. 3° de la ley 19.549.

<sup>2</sup> Art. 1°, inc. e), ap. 1° de la ley 19.549, y art. 71, ss. y ccdtes. del decreto 1759/72.

## 2. *La jurisprudencia del fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal*

### 2.1. *Amparo por mora de la ley 19.959*

#### 2.1.1. *Las costas se imponen al demandado cuando la sentencia condena al dictado del acto administrativo pretendido por el actor*

En los casos en que la demandada resulta sustancialmente vencida en autos, cualquiera sea el régimen aplicable (art. 15 de la ley 16.986 o art. 68 del CPCCN), no se verifican circunstancias que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota.<sup>3</sup>

En efecto, si bien el proceso de amparo por mora reúne determinadas características que lo hacen diferente a otros procesos, en la medida en que la demandada no contesta demanda o recurso sino que produce un informe, tal situación no enerva que deba hacerse cargo de las costas, ya que con su conducta omisiva determina que la actora tenga que recurrir a la vía jurisdiccional y por ello efectuar erogaciones para hacer valer lo que por derecho le corresponde. En este sentido, no se advierte ningún fundamento lógico que amerite que el administrado deba soportar la mora de la administración injustificada y a la sazón, tenga que cargar con las costas de la representación letrada para hacer compeler judicialmente a la administración para que se expida en tiempo, conforme el derecho que le asiste de obtener una decisión fundada por parte de la administración.<sup>4</sup>

Máxime, cuando la demandada no se limitó a presentar un informe acerca de las causas de la demora aducida por la actora (conf. art. 28 de la ley 19.549), sino que se opuso a la procedencia del amparo por mora aduciendo defensas que exceden claramente el contenido del informe que exige la ley, y que resultan propias de un proceso bilateral.<sup>5</sup>

#### 2.1.2. *El dictado del acto administrativo pretendido por el actor torna abstracto el amparo por mora*

El dictado del acto durante la sustanciación del juicio produce la extinción del objeto procesal por la desaparición del presupuesto fáctico y jurídico que dio pie a la demanda.<sup>6</sup>

En este sentido, se ha resuelto que la cuestión debatida devino abstracta, en razón de que el Director Nacional de Migraciones dictó la disposición DNM n° 253 del 18-II-09, por la que rechazó el recurso de reconsideración con jerárquico en

<sup>3</sup> CNFed. CA, Sala IV, 15/VII/10, *Colombo Eduardo c/ EN M° RREE CY y C – Resol 821/07 (expte 43504/07) s/ amparo por mora.*

<sup>4</sup> CNFed. CA, Sala V, 21/XI/06, *Ciom SRL y otros UTE c/ EN M° Economía s/ amparo por mora.*

<sup>5</sup> CNFed. CA, Sala V, 8/X/09, *José Flores y Cia SRL c/ EN PAMI s/ amparo por mora.*

<sup>6</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/VI/11, *Univeg Expofrut S.A. (TF 29039-A) c/ DGA.*

subsidio presentado por el actor en sede administrativa y ello ocurrió dentro del plazo establecido para contestar el pedido de informes del art. 28 de la ley 19.549.<sup>7</sup>

### 2.1.3. *Cuando la cuestión deviene abstracta, en principio, corresponde imponer las costas por su orden*

Ello, en tanto no resulta posible acudir al principio rector establecido en el ordenamiento procesal para pronunciarse sobre la imposición de las costas, pues la imposibilidad de dictar un pronunciamiento final sobre la procedencia substancial de la pretensión cancela todo juicio que permita asignar a cualquiera de las partes la condición necesaria —de vencedora o de vencida— para definir la respectiva situación frente a esta condenación accesoria.<sup>8</sup>

### 2.1.4. *Excepciones*

Cuando la cuestión deviene abstracta la distribución de costas, vinculada con el resarcimiento de los gastos en que la conducta de la parte contraria lo obligó a incurrir, no puede fundarse en un factor objetivo (vencimiento), sino en una responsabilidad subjetiva por dolo o culpa. (Art. 1109 del Código Civil.)

Se ha señalado que la indefinición propia de la ausencia de un pronunciamiento sobre la procedencia substancial de la pretensión, es susceptible de ser superada por la concurrencia de alguna circunstancia que sostenga la conclusión de que alguna de las partes ha sucumbido respecto de la contraria,<sup>9</sup> si existen otros precedentes que se hubieren pronunciado sobre la suerte de asuntos sustancialmente análogos;<sup>10</sup> también si se observa una conducta ulterior de alguna de las partes que inequívocamente demuestre haber dado motivo a la promoción de la acción.<sup>11</sup>

En este sentido, en un caso que devino abstracto la Corte Suprema debió recurrir al art. 68, *segunda parte* del CPCCN para imponer las costas a la Provincia

<sup>7</sup> CNFed. CA, Sala I, 17/VII/11, *Mendez Viggiano Mirta Julia c/ EN-M Interior-DNM s/ amparo por mora*.

<sup>8</sup> CSJN, 23/V/06, *Pinedo, Federico – Inc. med y otros c/ EN dto 2010/09 s/ proceso de conocimiento; Zavalía, 2010, Fallos, 329: 1898; CNFed. CA, Sala I, 14/IX/93, Inurritegui, Carmen Elisa c/ Jefe del Estado Mayor General del Ejército y Ministerio de Defensa s/ amparo por mora; Sala II, 18/VIII/05, *Crucero del Norte SRL c/ EN -Secretaría de Transporte- Resol. 44/02 s/ amparo ley 16.986; 21/VIII/96, De la Rúa Fernando y Otro c/ E.N. -Poder Legislativo de la Nación- s/ amparo; 8/X/02, *Api SAIC c/ DGA; Sala III, 6/VII/95, Dans, Conrado A. c/ E.N.- M° de Defensa s/ amparo por mora; 4/II/08, Radio Libertad S.A. c/ COMFER- Act 4332 y 7601/06 s/ amparo por mora; 28/IV/10, García Juan José c/ EN M° Interior – DNM s/ amparo por mora; Sala IV, 12/II/04, *Dasiel S.A. (TF 15.429-A) c/ DGA; 30/IX/10, Alter SAIC (TF 26760-A) c/ DGA; 18/XI/10, Medina Maira Malena c/ EN – PFA Escuela Cadetes s/ habeas data; 7/IX/10, Pipan Martín Pablo c/ EN – AFIP s/ amparo ley 16.986; Sala V, 18/XII/08, Bio Sidus SA (TF 22.403-A) c/ DGA.****

<sup>9</sup> CSJN, *Zavalía*, 2006, Fallos, 329: 1898.

<sup>10</sup> CSJN, *Asociación Cultural Barrer*, 1993, Fallos, 316: 1175.

<sup>11</sup> CSJN, *Agustín Carlos Peso*, 1985, Fallos, 307: 2061; *Julio Enrique Ángel Figueroa*, 1994, Fallos: 317: 188.

de Chubut (demandada) con fundamento en que el dictado de la ley tachada de inconstitucional, más tarde abrogada, fue lo que motivó la promoción del juicio.<sup>12</sup>

También el Máximo Tribunal impuso las costas de la instancia extraordinaria a la demandada, en la que se discutía el acceso a las declaraciones juradas patrimoniales de legisladores nacionales, en tanto la cámara legislativa dictó una resolución que así lo permitía, luego de la sentencia condenatoria de la alzada. En tal oportunidad, se sostuvo que la resolución ulterior a la sentencia recurrida pone inequívocamente de manifiesto que con su conducta anterior dio lugar a la promoción de la acción.<sup>13</sup>

Otro fundamento que ha sido invocado para la imposición de costas al demandado, para casos en el que sobrevengan hechos constitutivos, modificativos o extintivos que tornan inoficioso un pronunciamiento judicial, se vincula con la necesidad de estar a la fundabilidad o no de la pretensión al tiempo en que los actos procesales se cumplieron.<sup>14</sup>

De modo que la declaración de que la cuestión hubiera devenido abstracta no impide atender a las consecuencias patrimoniales del proceso, cuando la conducta de la demandada hubiera obligado a la actora a acudir a la justicia, sin perjuicio de que su pretensión habría sido satisfecha fuera del juicio.<sup>15</sup>

También se impusieron las costas a la demandada, si la resolución n° 606/10 fue dictada por el Consejo Superior el 9-VI-10, luego de contestado el informe, tres meses después de que fuera interpuesto el presente amparo, y habiendo transcurrido más de un año desde la presentación del recurso administrativo.<sup>16</sup>

Por otra parte, si el acto administrativo fue dictado luego de la sentencia de primera instancia pero antes de la sentencia de cámara, las costas también se imponen a la demandada. En tal caso, el acto administrativo no pudo ser valorado por la magistrada de grado, que hizo lugar a la acción, con costas, en tanto aquél recién fue incorporado al proceso por la demandada juntamente con la apelación. (Arg. arts. 260, inc. 3° y 483 del CPCCN.) Tal circunstancia, sin embargo, no impidió su consideración por la alzada a los efectos de la revisión de la distribución de costas, dado que la sentencia puede hacer mérito de los hechos modificativos producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados. (Art. 163, inc. 6° del CPCCN.) En efecto, el acto administrativo fue dictado y notificado luego del llamamiento de autos para dictar sentencia en la instancia de origen, habiendo transcurrido casi un año desde que el actor presentó la documentación correspondiente, lo cual determina que la conducta de la demandada obligara a

<sup>12</sup> CSJN, *Servicios Portuarios Integrados c/ Chubut Provincia del s/ acción de amparo*, 2010, Fallos, 333: 244, con cita de Fallos: 328:1425.

<sup>13</sup> CSJN, *Isern Munne*, 2008, Fallos, 331: 1429.

<sup>14</sup> CSJN, *Asociación Cultural Barrer*, 1993, Fallos, 316: 1175.

<sup>15</sup> CNFed. CA, Sala IV, 27/X/09, *Volkswagen Argentina SA (TF 25946 - A) c/ DGA*.

<sup>16</sup> CNFed. CA, Sala IV, 11/XI/10, *Cebreiro José Pablo del Carmen c/ UBA - Facultad de Ingeniería (expte 916140/08) s/ amparo por mora*.

la actora a acudir a la justicia, e impone mantener la imposición de costas a la demandada.<sup>17</sup>

*2.1.5. En el amparo por mora no resulta aplicable la exención de costas prevista en el art. 14, segundo párrafo de la ley 16.986*

Los casos de amparo por mora, en principio, no están comprendidos en las prescripciones de la ley de amparo, por lo que es procedente, en materia de costas, la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.<sup>18</sup>

Este criterio no es compartido por la Sala III, cuyos integrantes sostienen la aplicación supletoria de la norma referida.<sup>19</sup> Por lo demás, dicha sala entiende que, aún cuando se considerasen aplicables las disposiciones del Código Procesal, toda vez que el objeto del pleito devino abstracto y que, en consecuencia, no existe parte vencida, las costas pueden ser distribuidas en el orden causado. (Art. 68, apartado 2° del CPCCN.)

*2.1.6. Cuando el juez de grado dispuso la aplicación supletoria de la ley 16.986, sí se aplica la exención de costas prevista en el art. 14 de la ley 16.986*

En los casos en los que el juez de primera instancia dispuso que sería de aplicación supletoria la ley de amparo, en tanto dicha providencia sea consentida por las partes, no puede el tribunal de alzada, por aplicación del principio de preclusión procesal, apartarse de lo resuelto en aquella providencia. Sentado lo expuesto, en lo relativo a las costas se ha precisado que conforme se desprende del art. 14 de la ley 16.986, aplicable al caso en todo lo no previsto para el amparo por mora, en virtud de lo dispuesto en la providencia referida: “Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe al que se refiere el artículo 8°, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo.” En consecuencia, cuando el objeto perseguido por la actora fue cumplido con anterioridad al vencimiento del plazo para contestar el informe, de acuerdo a lo previsto en el art. 14 citado, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> CNFed. CA, Sala IV, 9/III/11, *Fabián Marta Eva c/ EN M° Justicia – expte 133584/02 s/ amparo por mora.*

<sup>18</sup> CNFed. CA, Sala IV, 19/IX/00, *Grande, Miguel Angel c/Ministerio del Interior; 1/III/01, El Santiaguense S.R.L. c/E.N. – Secretaría de Transporte – Resol. 267/99”; 17/IX/09, Cedres Marta Elda c/ EN- COMFER –resol 1193/00 (expte 1007000/03) s/amparo por mora.*

<sup>19</sup> CNFed. CA, Sala III, 26/III/08, *CEC c/ CNRT s/ amparo por mora; 21/V/09, Ledesma Juan Carlos c/ EN – M Justicia S y DDHH s/ amparo por mora; 19/X/10, Eraso Alava Mario Fernando c/ EN M° Educación s/ amparo por mora.*

<sup>20</sup> CNFed. CA, Sala IV, criterio de los jueces MORÁN y FERNANDEZ, 2/III/10, *Gómez Amato Aida Ester c/ EN –DNM– (EXPTE 5020002073/09) s/ amparo por mora; 20/V/10, Santos Teresita Rufina c/ EN – M° Interior DNM (expte M-29) s/ amparo por mora; 8/VI/10, Rojo de Egner María Azucena c/ EN M RREE CI y CULTO (exptes 9890/05 – 36106/06) s/ amparo por mora.*

En igual sentido, se ha señalado que, si en el caso se dispuso la aplicación supletoria de las disposiciones de la ley 16.986, corresponde distribuir en el orden causado las costas de la instancia anterior, no existiendo mérito para prescindir del texto legal. De modo que corresponde distribuir las costas por su orden, cuando el objeto perseguido por la actora —en relación con el ministerio demandado— fue cumplido con anterioridad al vencimiento del plazo para contestar el informe, de acuerdo a lo previsto en el art. 14 citado, en virtud de lo dispuesto en la providencia que determina la referida aplicación supletoria de la ley 16.986.<sup>21</sup>

No obstante, se han pronunciado algunas disidencias, ponderando que la circunstancia de que la juez de primera instancia haya hecho saber a las partes que se aplicarían supletoriamente las disposiciones de la ley 16.986, no justifica apartarse de lo expresamente establecido en el art. 70, inc. 1° del CPCCN, debiendo imponerse las costas a la parte que, habiendo dado lugar a la reclamación, satisfizo al contestar la acción la pretensión de su adversario. Esta posición se fundó en que: 1) Tal proveído —justificado ante la ausencia de específica regulación legal del procedimiento a seguir para la tramitación de la acción de amparo por mora prevista en el citado art. 28 de la ley 19.549— deben considerarse declaradas, por vía pretoriana, como supletoriamente aplicables a la acción de amparo por mora de que se trata en autos las normas netamente procedimentales que para el trámite de la acción de amparo constitucional prevé la mentada ley 16.986 —tales como las contenidas en sus arts. 8° a 11 y 15 a 18—, más no la excepcional y, por ello de interpretación restringida, norma contenida en el segundo párrafo del art. 14 de la citada ley, por el cual, como excepción al principio general contenido en el primer párrafo del art. 68 del CPCCN —receptado por el propio primer párrafo del citado art. 14 de la ley 16.986—, relativo a que las costas se impondrán al vencido, establece que “no habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8°, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo,” y 2) se presenta como disvalioso hacer jugar esta última norma —no citada expresamente en el auto que fija el trámite— contra el actor, imponiéndole el pago de los gastos judiciales que tuvo que incurrir —frente al silencio administrativo guardado por la demandada ante su reclamo— para obligar a la demandada a resolver, ya que con ello se desvirtúa la esencia misma del amparo con mora, permitiéndole a la administración incumplir con la obligación de resolver oportunamente en sede administrativa las peticiones que le formulen los administrados sin riesgo alguno, bastándole con emitir la resolución dentro del plazo que judicialmente se

<sup>21</sup> CNFed. CA, Sala I, mayoría integrada por los jueces DO PICO y ALEMANY, 17/VI/11, *Mendez Viggiano Mirta Julia c/ EN-M Interior-DNM (Expte 4374/07) s/ amparo por mora*; en igual sentido, 1/III/11, *Gonzalez Julio Marcelo c/ EN- Teatro Nacional Cervantes - Dto 2098/08 Ex 458/09 s/ amparo por mora*.

le fije para informar sobre la demora que le atribuyan los amparistas que decidan recurrir al Poder Judicial para hacer cesar su silencio.<sup>22</sup>

En este último sentido, se ha señalado que, si bien corresponde, en virtud de la referida providencia del juez de grado, la aplicación supletoria de la ley de amparo, para el caso, no resulta procedente lo dispuesto en el art. 14 respecto de las costas. En efecto, la causa que dio origen al presente amparo por mora no cesó *antes* de presentar la demandada —supuesto legal de exención de costas—, conforme lo reconoce la demandada al contestar el informe. En consecuencia, cabe resaltar que la conducta de la demandada no sólo obligó a la actora a acudir a la justicia, sino que tal situación subsistió al momento de traba de la litis, y es por ello que corresponde que aquélla cargue con las costas del juicio. En este sentido, no se advierte, entonces, razón suficiente para apartarse de los principios generales que rigen la imposición de los accesorios. A igual conclusión se arriba aplicando el régimen regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ya que si bien en el *sub lite* la cuestión fue declarada abstracta y no se dirimió ninguna contienda litigiosa, lo cierto es que la actitud de la demandada, obligó a su contraria a litigar, sin que aquélla haya aportado elemento idóneo que permita acceder a la imposición de costas por su orden, solución que sólo puede prosperar en casos excepcionales.<sup>23</sup>

### 2.1.7. Cuando el juez de grado limitó la aplicación supletoria de la ley 16.986 exclusivamente a otros aspectos tampoco se aplica la exención de costas prevista en el art. 15 de la ley 16.986

De modo que si la providencia del juez de primera instancia se limitó la aplicación supletoria de la ley 16.986 exclusivamente a sus arts. 6º, 7º, 8º y 9º, referidos a la prueba, plazos y notificaciones, las costas del proceso deben ser soportadas por la parte demandada, en tanto condujo con su conducta a que la actora tuviera que iniciar la presente causa.<sup>24</sup>

## 2.2. Amparo aduanero previsto en el art. 1160 de la ley 22.415

### 2.2.1. El Tribunal Fiscal no puede eximir de costas al vencido cuando condena al dictado del acto pretendido por el actor

En estos casos resulta aplicable el art. 1163 del Código Aduanero, según el cual “[l]a parte vencida en el juicio deberá, sin excepción alguna, pagar todos los gas-

<sup>22</sup> CNFed. CA, Sala I, minoría integrada por el juez BUJÁN, 17/VI/11, *Mendez Viggiano Mirta Julia c/ EN-M Interior-DNM (Expte 4374/07) s/ amparo por mora*, y también minoría integrada por el juez BUJÁN, 1/III/11, *Gonzalez Julio Marcelo c/ EN- Teatro Nacional Cervantes - Dto 2098/08 Ex 458/09 s/ amparo por mora*.

<sup>23</sup> CNFed. CA, Sala IV, disidencia del juez MARQUEZ, 2/III/10, *Gómez Amato Aida Ester c/ EN -DNM- (EXPTE 5020002073/09) s/ amparo por mora*; 8/VI/10, *Rojo de Egner María Azucena c/ EN MRREE CI y CULTO (exptes 9890/05 - 36106/06) s/ amparo por mora*.

<sup>24</sup> CNFed. CA, Sala IV, 3/V/11, *TGN S.A. c/ ENARGAS s/ amparo por mora*.

tos causídicos y costas de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiere solicitado.” (Conf. decreto 1.684/93.) De esta manera, se entendió que el Código Aduanero no faculta al Tribunal Fiscal de la Nación para eximir total o parcialmente al litigante vencido de pagar los gastos causídicos y costas de la contraria en el procedimiento aduanero, a diferencia de la ley de procedimiento tributario, que sí autoriza a dicho organismo a conceder tal exención en el procedimiento impositivo, *ello siempre que la parte condenada sea quien resultó sustancialmente vencida*.<sup>25</sup>

No es óbice a tal conclusión el hecho de que en materia de imposición interna el organismo jurisdiccional posea dicha facultad. La analogía que pueda encontrarse entre ambos procedimientos instruidos ante un mismo tribunal no puede llevar a la equiparación de ambos supuestos, extendiendo la solución dada a uno de ellos al otro. Ello es así, por cuanto, la disposición contenida en el Código Aduanero se encontraba también en la ley 11.683, norma en este caso reformada con posterioridad, sin que el legislador haya entendido necesario o conveniente modificar la previsión similar de la ley aduanera; y sin que pueda presumirse tampoco la inconsecuencia o imprevisión de este último en el ejercicio de sus facultades.<sup>26</sup> En esos términos, y resultando sustancialmente vencido el Fisco Nacional en su pretensión, se concluyó que el Tribunal Fiscal no pudo apartarse del principio objetivo de la derrota en materia de costas.<sup>27</sup>

### 2.2.2. *Las costas deben imponerse al demandado si dio origen al pleito*

La jurisprudencia mayoritaria ha adoptado un criterio similar al amparo por mora de la ley de procedimientos administrativos en relación a la distribución de costas cuando la cuestión deviene abstracta, ya que en este supuesto no existe vencedor ni vencido en los términos del art. 1163 del Código Aduanero.

Así, se ha señalado que, si bien podría considerarse que al haberse declarado abstracta la cuestión no existiría en autos vencedor ni vencido, lo cierto es que corresponde la imposición de las costas a la parte demandada en los casos en los que el objeto del amparo por mora se hubiera cumplido con posterioridad al inicio de la acción, y una vez que el *a quo* solicitara a la Dirección General de Aduanas el informe en punto al estado del expediente administrativo.<sup>28</sup> Dicho criterio fue reiterado en otro caso en que el acto fue dictado una vez interpuesto el amparo

<sup>25</sup> CNFed. CA, Sala IV, 12/II/04, *Dasiel S.A. (TF 15.429-A) c/ DGA*; Sala II, 8/X/02, *Api SAIC c/ DGA*; Sala V, 18/XII/08, *Bio Sidus SA (TF 22.403-A) c/ DGA*.

<sup>26</sup> CNFed. CA, Sala IV, 9/XII/03, *Nestlé Argentina SA (TF 16090-A) c/A.N.A.*; 30/III/04, *Aseguradora de Créditos y Garantías SA (TF 10677-A) c/DGA*; 16/IX/10, *Nestle Argentina SA (TF 20604-A) c/ DGA*.

<sup>27</sup> CNFed. CA, Sala IV, 9/II/10, *Minera Alumbrera Limited (TF 19968-A) c/ DGA*, 16/III/10, *SKF Argentina SA (TF 24201-A) c/ DGA*; 28/IX/10, *Visteon S.A. (TF 26680-A) c/ DGA*.

<sup>28</sup> CNFed. CA, Sala II, 24/II/2011, *Volkswagen Argentina S.A. (TF 27755-A) c/ D.G.A.*; 25/VIII/2009, *Expofrut S.A. (TF 25614-A) c/ D.G.A.*.

por mora, habiendo transcurrido dos años y dos meses desde la presentación del pronto despacho en sede aduanera.<sup>29</sup>

En este sentido, en casos en que el acto de la autoridad aduanera ha sido dictado con posterioridad a la notificación del traslado de la presente acción, se ha declarado abstracto el proceso, imponiéndose las costas al demandado.<sup>30</sup>

Además, se ha resuelto que, mas allá de la demora en cumplir con la notificación del acto dictado en sede administrativa, la ausencia de tal comunicación impidió atribuirle eficacia al acto,<sup>31</sup> y en consecuencia no autoriza a modificar la distribución de costas por su orden efectuada por el *a quo*.<sup>32</sup>

Por el contrario, en los supuestos en que el acto fue dictado con anterioridad a la promoción del proceso, pero no fue notificado, se distribuyeron las costas por su orden.<sup>33</sup>

### 2.3. *Conclusión preliminar*

La reseña jurisprudencial precedente permite inferir —tanto respecto del amparo por mora de la ley nacional de procedimientos administrativos como del amparo del Código Aduanero— que el dictado del acto pretendido torna abstracta la cuestión a resolver, circunstancia que normalmente determinaría la distribución de costas por su orden. No obstante, la mayoría de las salas del fuero advierten que esta última solución resultaría injusta en algunos casos, e impone las costas a la demandada, no ya en su condición de vencida, sino por haber dado origen al pleito.

## 3. *Reformulación de la cuestión*

### 3.1. *La extinción del proceso en razón de que la cuestión devino abstracta*

Cuando la cuestión deviene abstracta el juez se encuentra inhabilitado para ejercer su jurisdicción, no pudiendo emitirse un pronunciamiento sobre lo que ya ha dejado de existir.<sup>34</sup> En efecto, cuando no se verifican las excepcionales razones de índole institucional que justifiquen apartarse de dicha regla,<sup>35</sup> le está vedado a los jueces dictar pronunciamientos inoficiosos por referirse a planteos que se han tornado abstractos al no decidir un conflicto litigioso actual,<sup>36</sup> en tanto la

<sup>29</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/IX/10, *Alter SAIC (TF 26760-A) c/ DGA*.

<sup>30</sup> CNFed. CA, Sala IV, 30/VI/11, *Univeg Expofrut S.A. (TF 29039-A) c/ DGA*; Sala II, 24/II/11, *Volkswagen Arg S.A. (TF 27755A) c/ DGA*.

<sup>31</sup> CSJN, *María Cristina Cima*, 1977, *Fallos*, 298: 172.

<sup>32</sup> CNFed. CA, Sala IV, 14/XII/10, *Volkswagen Argentina S.A. (TF 28164-A) c/ DGA*.

<sup>33</sup> CNFed. CA, Sala IV, 14/XII/10, *Volkswagen Argentina S.A. (TF 28164-a) c/ DGA*; a contrario sensu, 30/IX/10, *Alter SAIC (TF 26760-A) c/ DGA*.

<sup>34</sup> BIANCHI, ALBERTO B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, p. 144.

<sup>35</sup> CSJN, *Antonio Jesús Ríos*, 1987, *Fallos*, 310: 819; *Marcelo Bahamondez*, 1993, *Fallos*, 316: 479.

<sup>36</sup> CSJN, *José Antonio Romero Feris*, 1992, *Fallos*, 315: 2093; *Asociación Trabajadores del Estado*, 1997, *Fallos*, 320: 2603; *Asociación de Consumidores y Usuarios de la Argentina*, 1997, *Fallos*, 322: 1436; *Zavalía*, 2006, *Fallos*, 329: 1898, y sus citas.

desaparición de este presupuesto procesal —*caso o controversia*— implica la del poder de juzgar.<sup>37</sup>

Tal sería el caso de la muerte del actor que reclamaba el dictado de un acto cuyo contenido no fuera susceptible de ser transmitido a sus sucesores, cuyo deceso impide dictar una sentencia estimatoria o desestimatoria, debiendo así declararlo el juez, distribuyendo las costas por su orden con fundamento en que no hubo ni vencedor ni vencido.

### 3.2. *El dictado del acto pretendido por el actor no extingue el proceso*

Por el contrario, cuando el demandado dicta el acto pretendido por el actor no termina el proceso, respecto del cual será necesario el dictado de la sentencia de allanamiento por parte del juez.<sup>38</sup> Así lo exige el art. 307 del CPCCN, al señalar que el demandado podrá allanarse a la demanda en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia y exige al juez dictar sentencia conforme a derecho.

Ocurre que el allanamiento no hace desaparecer el objeto litigioso; no extingue la pretensión, sino que la fortalece, aún cuando el allanamiento sea simultáneo al cumplimiento de la pretensión material. En efecto, aún cuando se depositare en pago una suma de dinero simultáneamente con el allanamiento, también será necesaria la sentencia del juez para que se declare debida la suma y satisfecho el pago.<sup>39</sup>

En efecto, el allanamiento como acto procesal conforma una declaración unilateral del accionado ante el juez reconociendo que existe la pretensión ejercida por el actor y que la afirmación de derecho presentada por éste es verdadera. Esa admisión constituye —precisamente— fundamento apto de la sentencia, cuyo dictado no debe omitirse a fin de que el reclamante pueda beneficiarse con los efectos de la cosa juzgada.<sup>40</sup>

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que, habida cuenta del allanamiento, corresponde dictar sentencia sin más trámite y hacer lugar a la demanda,<sup>41</sup> en tanto el allanamiento no pone fin a la instancia, sino la resolución que admite tal pedido.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> CSJN, *José Billordo*, 1992, *Fallos*, 315: 123, considerando 4.

<sup>38</sup> ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1965, 2ª ed., p. 186; PALACIO, LINO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, 2ª ed., p. 411; AREAL, LEONARDO J. / FENOCHIETTO, CARLOS E., *Manual de Derecho Procesal*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 207.

<sup>39</sup> DIAZ, CLEMENTE A, *La Demanda Civil*, La Plata, Lex, 2003, p. 159. (Publicada bajo el seudónimo de CARLO CARLI.)

<sup>40</sup> SCJBA, 7/VIII/90, *Del Río, María Isadora c/ Instituto de Previsión Social s/ demanda contencioso administrativa*.

<sup>41</sup> CSJN, *Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad c/ Provincia de La Rioja*, 2005, *Fallos*, 328: 3678.

<sup>42</sup> CSJN, *Caja Comp de Previsión para la Actividad Docente c/ Provincia de Tucumán*, 1989, *Fallos*, 312: 604.

### 3.3. *Allanamiento tácito*

Cuando el demandado dicta el acto sin formular una manifestación expresa en el proceso, y aquél es incorporado al expediente por el actor (arg. art. 307, tercer párrafo del CPCCN), puede interpretarse que se produce un allanamiento tácito.<sup>43</sup>

No obstante, el Máximo Tribunal ha declarado que el proceso se había extinguido por virtud del allanamiento tácito producido por el Banco Central con el dictado de las resoluciones por las que se dispuso el reintegro de depósitos en moneda extranjera, sin que ello importe establecer que existe reconocimiento por parte de aquél de las razones que fundan la demanda por inconstitucionalidad de la resolución de dicho organismo que había dispuesto la suspensión del reintegro de los mencionados depósitos.<sup>44</sup> En este sentido, si bien el cumplimiento material de la prestación perseguida en el proceso es una especie del allanamiento (arg. art. 70, inc. 2º, párrafo segundo del CPCCN), dicho instituto —definible como la renuncia a continuar la contienda— no se identifica siempre y necesariamente con el reconocimiento de que las pretensiones del adversario estén jurídicamente fundadas, situación esta última a la que alude el inc. 1º del ya citado art. 70 del CPCCN.<sup>45</sup>

Tampoco puede sostenerse la existencia de un allanamiento manifestado tácitamente cuando también ocurre la declaración expresa del accionando en sentido opuesto.<sup>46</sup>

### 3.4. *Allanamiento expreso*

El allanamiento también puede ser expreso, en caso de que el acto sea incorporado al proceso por el demandado, o cuando el demandado se allana sin cumplimiento de la prestación.

La labor tribunalicia muestra a diario que el justiciable, quizá acuciado por el cúmulo de tareas y la perentoriedad de los términos, no observe en sus escritos un rigor conceptual estricto. Empero, es inherente a la función del juez desentrañar cuáles son en cada caso el sentido y el alcance del allanamiento en la oportunidad de dictar sentencia. En la práctica, el demandado, en el supuesto de allanarse a la pretensión material, dice: “*Me allano lisa y llanamente.*” En cambio, en la hipótesis de allanarse a la pretensión procesal, se expresará en los siguientes

<sup>43</sup> Admiten el allanamiento tácito: ALSINA, *op. cit.*, p. 185; PALACIO, *op. cit.*, p. 410; COLOMBO, CARLOS J., *Código Procesal Civil y Comercial, anotado y comentado*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 638; FASSI, SANTIAGO C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 509; MORELLO, AUGUSTO M. / PASSI LANZA, MIGUEL A. / SOSA, GUALBERTO L. / BERIZONCE, ROBERTO O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, t. IV, Buenos Aires, LEP, 1972, p. 13.

<sup>44</sup> CSJN, *Agustín Carlos Peso*, 1985, *Fallos*, 307: 2061.

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> CSJN, *Cebal, Luis Antonio y otros c/ Buenos Aires provincia de s/ desalojo*, 1982, *Fallos*, 304: 711.

términos: “*Niego los hechos afirmados, discrepo con el derecho invocado; pero, a todo evento, me allano.*” (U otra fórmula de contenido análogo.)<sup>47</sup>

### 3.5. *Las costas en el allanamiento*

#### 3.5.1. *Principio general*

El allanado es un vencido,<sup>48</sup> y las costas deben ser soportadas por el perdedor, habida cuenta de que el allanamiento no importa alterar el principio general que así lo impone, salvo en los supuestos de excepción contemplados en el art. 70 del CPCCN.<sup>49</sup>

#### 3.5.2. *Excepciones*

En el art. 70 del CPCCN se establece que no se impondrán costas al vencido cuando hubiere reconocido oportunamente como fundadas las pretensiones de su adversario allanándose a satisfacerlas, a menos que hubiere incurrido en mora o que por su culpa hubiere dado lugar a la reclamación. Además, para que proceda la exención de costas, el allanamiento debe ser real, incondicional, oportuno, total y efectivo.

El allanamiento no es oportuno si se produce luego de contestar la demanda,<sup>50</sup> o si con anterioridad a la demanda la obligada al pago incurrió en mora.<sup>51</sup> Además, para ser efectivo, el allanamiento debe ir acompañado del cumplimiento de la prestación. (Dictado del acto.)

En otras palabras, el allanamiento no exime de las costas cuando la conducta del demandado hubiere originado la necesidad de incoar el proceso, y esto es precisamente lo que ocurren cuando la administración se encuentra en mora al momento en que el particular promueve este tipo de procesos,<sup>52</sup> siendo menos frecuente encontrar supuestos en los que se justifique la distribución de costas por su orden.

El obrar estatal encuadra así en la figura contemplada por el art. 70, inc. 1º del CPCCN, en tanto el dictado del acto requerido puede calificarse como un allanamiento tácito, que sin embargo no resulta suficiente para eximir al Estado

<sup>47</sup> GONZALEZ, CARLOS A., “Allanamiento y controversia. Eventualidad de su articulación simultánea,” en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, nº 4, 1989, pp. 44-45.

<sup>48</sup> DIAZ, *op. cit.*, p. 160.

<sup>49</sup> CSJN, *Provincia de Chaco c/ Nación Argentina*, 1989, Fallos, 312: 756.

<sup>50</sup> HIGHTON ELENA I. / AREÁN, BEATRIZ A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 86.

<sup>51</sup> CSJN, 15/II/94, *Cintelba S.A. c/ Provincia de Formosa – Ministerio de Cultura y Educación y otra*, LL, 1994-D, 157.

<sup>52</sup> En contra de esta posición se ha señalado que el actor no fue obligado a litigar, ya que el amparo por mora es una vía opcional, en tanto el administrado dispone, frente a la mora de la administración, de otros dos institutos: La queja y el silencio. (MAIORANO, JORGE L., “Las costas en el amparo por mora,” LL, 1989-B, 407.)

de la imposición de costas, toda vez que fue el Estado quien dio lugar al reclamo judicial.<sup>53</sup>

Por el contrario, el allanamiento —expreso o tácito— formulado dentro del plazo para contestar el informe por un demandado que no se encontraba en mora al momento de interposición de la demanda, determina la imposición de costas al actor. (Art. 70 del CPCCN.)

### 3.5.3. *Nueva conclusión preliminar*

El allanamiento —expreso o tácito— de la administración formulado en el marco de un amparo por mora no exime a aquélla de las costas del proceso, salvo que no se encontrara en mora al momento de interposición de la demanda y dicte el acto dentro del plazo para contestar el informe, en cuyo caso las costas se impondrán al actor. (Art. 70 del CPCCN.)

## 4. *Conclusión*

Cuando el proceso se extingue por el dictado del acto pretendido la jurisprudencia entiende que la cuestión deviene abstracta, circunstancia que normalmente determinaría la distribución de costas por su orden. No obstante, la mayoría de las salas del fuero advierten que esta última solución resultaría injusta en algunos casos, e impone las costas a la demandada, no ya en su condición de vencida, sino por haber dado origen al pleito.

Esta respuesta jurisprudencial ha sido aplicada mayoritariamente tanto al amparo por mora de la ley 19.549 como al amparo del Código Aduanero.

La propuesta desarrollada en este trabajo presupone considerar el dictado del acto pretendido como un allanamiento expreso o tácito. Dicha circunstancia exige el dictado de una sentencia de mérito y —como principio— imponer las costas a la administración demandada en su condición de vencida, salvo que no se encontrara en mora al momento de interposición de la demanda y dicte el acto dentro del plazo para contestar el informe, en cuyo caso las costas se impondrán al actor. (Art. 70 del CPCCN.)

Se ratifica así la solución adoptada por la referida jurisprudencia mayoritaria, aunque proponiendo modificar su fundamento, apoyando este último en el principio general de imposición de costas al vencido (allanado); en lugar de hacerlo como excepción a la regla de la distribución de costas por su orden cuando la cuestión deviene abstracta.

<sup>53</sup>TAWIL, GUIDO S., “La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta,” *LL*, 1989-E, 286, en comentario al fallo dictado por CNFed. CA, Sala I, 20/X/88, *De Abreu de Beronio, Marta c/ Estado Nacional*. En sentido coincidente, CASSAGNE, EZEQUIEL, “El amparo por mora de la administración,” *LL*, 2010-E, 881.



¿ES PROCEDENTE EL DICTADO DE MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS  
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA? DISTINTAS MIRADAS Y LA  
MISMA SOLUCIÓN...

Por MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS

SUMARIO

1. Introducción .....	339
2. Surgimiento de las medidas autosatisfactivas .....	340
3. Una aproximación a las medidas autosatisfactivas.....	342
3.1. La medida autosatisfactiva en el proceso civil .....	342
3.2. Mayores exigencias para la concesión de una medida autosatis- factiva en el proceso administrativo .....	343
4. La crítica (negativa) a este tipo de medidas: La tensión entre la ur- gencia y el derecho de defensa en juicio.....	345
5. Medidas autosatisfactivas vs medidas cautelares autónomas .....	346
6. Dos (o más) miradas jurisprudenciales ... una única solución .....	348
6.1. El rechazo de las medidas autosatisfactivas.....	348
6.2. Otros caminos que refuerzan su rechazo.....	351
7. Un camino forzado que no se quiere recorrer hasta su final.....	351
8. <i>¿Statu quo?</i> .....	352



## ¿ES PROCEDENTE EL DICTADO DE MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA? DISTINTAS MIRADAS Y LA MISMA SOLUCIÓN...

Por MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS

### 1. Introducción

FOUCAULT señala que actualmente, cuando se hace historia —historia de las ideas, el conocimiento o simplemente historia— nos atenemos al sujeto como fundamento, como núcleo central de todo conocimiento, como aquello en que no sólo se revelaba la libertad sino que podía hacer eclosión la verdad, como punto de origen a partir del cual es posible el conocimiento y la verdad aparece. Le interesa ver cómo se produce, a través de la historia, la constitución de un sujeto que no está dado definitivamente, que no es aquello a partir de lo cual la verdad se da en la historia, sino de un sujeto que se constituyó en el interior mismo de ésta y que, a cada instante, es fundado y vuelto a fundar por ella.<sup>1</sup>

La hipótesis que formula es que en realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: Es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, cree que en nuestras sociedades hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la verdad.<sup>2</sup>

Señala que las prácticas judiciales son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que deben ser estudiadas.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, 4ª ed., p. 16.

<sup>2</sup> FOUCAULT, *op. cit.*, p. 17.

<sup>3</sup> *Idem.*

Desde este punto de partida, realizaremos un estudio de las decisiones judiciales de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal referidas a las medidas de satisfacción inmediata solicitadas contra la administración pública.

En este trabajo, luego de un somero análisis —entre otros puntos— del surgimiento de las medidas autosatisfactivas y sus presupuestos de admisibilidad en los procesos civiles y administrativos, trataremos de desentrañar si la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal es permeable a este tipo de medidas cuya solución no admite demoras.

Ello nos llevará a analizar las distintas miradas sobre las medidas autosatisfactivas, la procedencia (o improcedencia) de las mismas frente al comportamiento de la administración pública y, en su caso, las soluciones alternativas propuestas por el propio juzgador para satisfacer —de alguna manera— la pretensión perseguida sin “caer” en las tan cuestionadas medidas de satisfacción inmediata.

## 2. Surgimiento de las medidas autosatisfactivas

En el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 1995) se declaró que “[l]a categoría de «proceso urgente» es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas *medidas autosatisfactivas* y las *resoluciones anticipatorias*.”

Como destaca PEYRANO, “si bien lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar,” pues los casos de urgencia exceden las soluciones que se pueden aportar desde la teoría cautelar.<sup>4</sup>

En el universo de los procesos urgentes encontramos: Las medidas cautelares clásicas, que incluyen las medidas genéricas y la cautelar innovativa, la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas.<sup>5</sup>

Tales procesos se caracterizan por la prevalencia en el trámite del principio de celeridad, que obliga a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad con la finalidad de acordar una tutela eficaz.<sup>6</sup>

En la búsqueda de la realización del valor justicia en el proceso concurren otros valores para alcanzar ese ideal, entre los que encontramos el valor eficacia entendida como aquella respuesta oportuna y adecuada que el órgano jurisdiccional debe dar al justiciable ante la formulación de una pretensión.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> PEYRANO, JORGE W., “Lo urgente y lo cautelar,” *JA*, 1995-I, 899; “Informe sobre las medidas autosatisfactivas,” *LL*, 1996-A, 999; “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva,” *ED*, 169: 1345.

<sup>5</sup> BERIZONCE, ROBERTO O., “Tutela anticipada y definitiva,” *JA*, 1996-IV, 741; DE LOS SANTOS, MABEL A., “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados «procesos urgentes»,” *JA*, 1996-I, 633; MORELLO, AUGUSTO M., “La cautela satisfactiva,” *JA*, 1995-IV, 414.

<sup>6</sup> DE LOS SANTOS, MABEL A., “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas,” *JA*, 1997-IV, 800.

<sup>7</sup> SPACAROTEL, GUSTAVO D., “Las medidas autosatisfactivas en la Provincia de Buenos Aires. (Con referencia al proceso contencioso administrativo),” *LL*, 2006, 1407.

Recientemente la Corte Suprema ha afirmado que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, pues su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales requeridos de protección.<sup>8</sup>

GORDILLO destaca —en estos tiempos más que nunca— que el control judicial debe ser oportuno pues, si bien la administración no avanza tan velozmente como el mundo, hace cosas que se van concretando en los hechos y si ese control no llega al germen del problema para terminar la ilegitimidad, simplemente no sirve.<sup>9</sup>

La urgencia ha reclamado soluciones que muchas veces sobrepasan las posibilidades que ofrecen los códigos procesales, lo que exige la prudente aplicación pretoriana de otros cauces procesales, como pueden ser las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada, para brindar una solución jurisdiccional respetuosa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.<sup>10</sup>

En los últimos treinta años aparecen las medidas autosatisfactivas<sup>11</sup> como una respuesta a ciertas situaciones de urgencia que no encontraban una solución adecuada en la teoría cautelar clásica, que reclama la promoción concomitante o ulterior de un juicio principal para la petición de una medida cautelar cuya finalidad es asegurar la eficacia de la sentencia a dictarse en dicho pleito.<sup>12</sup>

No son pocos los supuestos de urgencia que reclaman una eficiente solución del órgano jurisdiccional, sin que sea necesario ni conveniente acudir al proceso cautelar en el que priman los principios de instrumentalidad y caducidad.

PEYRANO las define como un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que la praxis muchas veces la haya calificado erróneamente como cautelar autónoma.<sup>13</sup>

La aplicación de la medida autosatisfactiva “se trata de un caso-límite, pero barruntamos que deben abundar situaciones atípicas análogas a todo lo largo y

<sup>8</sup> CSJN, 6-XII-11, *Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.* Ver PEYRANO, JORGE W., “El valor «eficacia» en el proceso civil contemporáneo,” *LL*, 1979-C, 983.

<sup>9</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, “El tiempo en la decisión jurídica,” en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf>.

<sup>10</sup> ETCHEVERRIGARAY, PEDRO M., “Las medidas autosatisfactivas y la jurisdicción contencioso administrativa,” *ED*, 2008: 605.

<sup>11</sup> Si bien en este trabajo se adopta indistintamente la denominación de medidas autosatisfactivas, procesos autosatisfactivos o medidas de satisfacción inmediata, entendemos que lo correcto es denominarlas *procesos autosatisfactivos* para diferenciarlos de las medidas cautelares clásicas pues en ellos se resuelve un conflicto de intereses de manera definitiva y autónoma.

<sup>12</sup> PEYRANO, JORGE W., “La medida autosatisfactiva. Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución,” en PEYRANO, JORGE W. (dir.), *Medidas autosatisfactivas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2002, pp. 13-26.

<sup>13</sup> PEYRANO, “La medida autosatisfactiva. Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución,” *op. cit.*, pp. 19-22.

ancho del país. En otras naciones [...] se acepta que no todo lo urgente es cautelar, obrando en consecuencia. Así es que «al lado» de las soluciones cautelares ortodoxas se acogen otras respuestas urgentes con nombres distintos pero con fines similares a las de la autosatisfactiva. Pero por estas tierras todavía existe resistencia a superar moldes y estructuras pensadas en función de una realidad radicalmente distinta a la que nos toca vivir.”<sup>14</sup>

En los procesos administrativos, GORDILLO afirma que uno de los pasos que le falta a la tutela judicial efectiva, en tiempo suficiente y razonable, es el más frecuente otorgamiento de medidas cautelares anticipatorias de la sentencia, autosatisfactivas y precautelares, las que deben ser excepcionales, pero no inexistentes.<sup>15</sup>

### 3. Una aproximación a las medidas autosatisfactivas

#### 3.1. La medida autosatisfactiva en el proceso civil

Desde el último tercio del siglo pasado existe una prolífera producción doctrinaria acerca de las medidas autosatisfactivas entendidas como “una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: Concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundarse su dictado en la «potestad cautelar genérica» o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas.”<sup>16</sup>

En los procesos civiles el justiciable deberá afirmar y probar para el progreso de la medida autosatisfactiva: La existencia de una ilegalidad manifiesta y notoria, lo que supone una fuerte probabilidad de que el derecho en que se funda la

<sup>14</sup> PEYRANO, JORGE W., “Un fuerte espaldarazo jurisprudencial a la medida autosatisfactiva,” *ED*, 180: 285.

<sup>15</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. XIII, § 9, pp. XIII-40-41.

<sup>16</sup> Conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Corrientes en agosto de 1997. El art. 67 del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires elaborado en 1997 por una Comisión integrada por los Dres. MORELLO, ARAZI y KAMINKER establece que: “(Medidas autosatisfactivas). En aquéllos supuestos excepcionales en que: 1) Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto. 2) Su tutela inmediata es imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración. 3) No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo. 4) Si el juez lo entendiere necesario se efectivizará contracautela, se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo responsabilidad del peticionante.”

pretensión sea atendible, y la posibilidad real de un daño inminente e irreparable si falta la satisfacción oportuna del derecho reclamado. Estas exigencias están íntimamente relacionadas con que la materia sobre la cual versa la autosatisfactiva no debe ser susceptible de amplio debate y compleja prueba.<sup>17</sup> También podrá prestar una contracautela según las circunstancias del caso debidamente ponderadas por el juzgador.

El magistrado despachará, en principio, *inaudita* parte la medida autosatisfactiva, al configurarse las referidas condiciones de procedencia, por lo que el principio de bilateralidad o contradicción se concreta en el ejercicio ulterior de los recursos o impugnación, aunque puede admitirse una previa y breve sustanciación de la autosatisfactiva peticionada a los efectos de que sea oído el posible afectado por ella.

De esta manera, el destinatario de la medida recién tomaría conocimiento de la misma en el momento de cumplimiento de la resolución judicial, salvo que se configure previamente un acotado contradictorio.

La petición de una medida autosatisfactiva genera un proceso autónomo al no ser tributario ni accesorio de otro, ya que la sentencia que recaiga en su trámite agota la pretensión del requirente, adquiriendo carácter de cosa juzgada.

### 3.2. *Mayores exigencias para la concesión de una medida autosatisfactiva en el proceso administrativo*

Los presupuestos de admisibilidad de las medidas autosatisfactivas deberán adaptarse para su aplicación en el campo del derecho público, tornándose más exigentes que en el proceso civil.

Los requisitos de procedencia de las medidas autosatisfactivas contra la administración pública son: A) Fuerte probabilidad del derecho invocado, B) daño inminente o irreparable, C) la prestación de contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial y D) no afectación del interés público comprometido.

A) Se requiere una posibilidad cierta, fuerte probabilidad o cuasi certeza de que el derecho invocado por el peticionante sea atendible, es decir el juzgador no debe tener prácticamente duda alguna sobre la procedencia del derecho esgrimido por el solicitante. Esta fuerte probabilidad excede de la mera verosimilitud sobre la existencia del derecho pretendido pero sin llegar a la certeza que se alcanza al dictarse la sentencia definitiva en un proceso de conocimiento.

En los procesos administrativos, esta mayor estrictez en el derecho invocado por el peticionante se sustenta no sólo por ser una característica propia de esta tutela, sino también por encontrarse en juego la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Por lo tanto, el actor debe demostrar la casi certeza

<sup>17</sup> BARBERIO, SERGIO, *La medida autosatisfactiva*, Santa Fe, Panamericana, 2006, p. 94; PEYRANO, JORGE W., "Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia," *LL*, 21-IX-12.

del derecho invocado como la fuerte probabilidad de que la conducta o la omisión sea ilegítima.<sup>18</sup>

Se ha considerado que este instrumento procesal resulta especialmente aplicable cuando se configuran vías de hecho, entendidas como comportamientos materiales irregulares de la administración que lesionan derechos constitucionales, aunque no se debe descartar su procedencia en el caso de actos administrativos manifiestamente nulos.<sup>19</sup>

B) Se reclama una situación de extrema urgencia que, en caso de que la pretensión no sea satisfecha en tiempo oportuno, implicaría sin más la frustración del derecho que se intenta proteger. El daño irreparable no se refiere al peligro de que la sentencia final a dictarse sea inútil por no poder ejecutarse, sino al riesgo de perecimiento de la pretensión —cuando los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles— si no se anticipa la tutela.<sup>20</sup>

En relación al daño irreparable, tendremos: 1) medidas autosatisfactivas *quia timat* (preventivas): Se trata de medidas que son concedidas antes de la ocurrencia del daño inminente con el objetivo de evitar que el daño acaezca, y 2) medidas autosatisfactivas con daño existente (correctivas): Éstas son proveídas en presencia de un daño contemporáneo, con el objetivo de hacerlo cesar.<sup>21</sup>

C) se deja al prudente criterio del juez la exigencia de contracautela en cada caso concreto, que sólo será necesaria en aquellos supuestos en que la medida se dicta sin oír a la contraparte, pues deben adoptarse los recaudos para satisfacer los daños que pudiera causar en caso de ser impugnada y, finalmente, revocada.

D) la rigurosidad del examen de la procedencia de las medidas autosatisfactivas contra la administración pública será mayor pues debe contemplarse si su acogimiento puede provocar una afectación al interés público comprometido.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> SAMMARTINO, PATRICIO M., “Tutela autosatisfactiva frente a las autoridades públicas que desarrollan la función administrativa,” *ED*, 2004: 221.

<sup>19</sup> SAMMARTINO, *op. cit.*, pp. 224-225. En sentido contrario, la CCAyT, Sala I, 6/VIII/07, *Devoto, Rubén A. y otros c/ GCBA y otros s/ medida cautelar* ha concluido que las medidas autosatisfactivas revisten carácter definitivamente excepcional, y resultan claramente improcedentes para instar la declaración de nulidad de actos administrativos.

<sup>20</sup> VARGAS, ABRAHAM L., “Tutela judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la teoría general de las medidas autosatisfactivas,” *JA*, 1998-IV, 652.

<sup>21</sup> VARGAS, *op. cit.*, p. 683.

<sup>22</sup> ETCHEVERRIGARAY, *op. cit.*, pp. 615-616.

#### 4. *La crítica (negativa) a este tipo de medidas: La tensión entre la urgencia y el derecho de defensa en juicio*

PEYRANO sostiene que en determinadas ocasiones la urgencia es más importante que la certeza, frente a la invocación del debido proceso, postergándose el contradictorio una vez abierta la vía recursiva en aras de una tutela judicial efectiva.<sup>23</sup>

No habría perjuicio alguno en que la medida autosatisfactiva se dicte *inaudita* parte en virtud de que no se causa un perjuicio irreparable al demandado, ya que puede recurrir la decisión, mientras que la demora en la resolución de la pretensión si puede dañar irremediabilmente al demandante.<sup>24</sup>

De todos modos, este valladar puede salvarse si el tribunal dispone —según las circunstancias del caso— una módica sustanciación previa; o bien que el legislador instrumente un procedimiento optativo para el beneficiario de la medida mediante un recurso de apelación —que deberá concederse con efecto devolutivo— o la promoción de un juicio declarativo de oposición que no suspenda el cumplimiento de la autosatisfactiva, por lo que en estos supuestos el principio de contradicción sólo sufrirá una postergación.<sup>25</sup>

En una posición contraria, como los efectos de las medidas autosatisfactivas son definitivos, cierta doctrina sostiene que la garantía constitucional de la defensa en juicio, que se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, se encontraría afectada en estos procesos, pues no se da la oportunidad a la contraparte de ser oída antes de que el juzgador adopte la decisión final.

En esa inteligencia, el dictado *inaudita pars* de este tipo de medidas de satisfacción inmediata tendría las mismas consecuencias que las que están reservadas a la sentencia definitiva que venía precedida de un conocimiento bilateral, estructurado con la plena e igualitaria participación y adecuada colaboración de todas las partes.<sup>26</sup>

De esta manera, el precio de la rapidez se paga suprimiendo o restringiendo el derecho de defensa en juicio, la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador, desterrándose la garantía del proceso.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> PEYRANO, JORGE W., “Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva,” *ED*, 191: 463.

<sup>24</sup> BORETTO, MAURICIO, *La tutela autosatisfactiva operando en la práctica*, Buenos Aires, El Derecho, Colección Académica, 2005, p. 23.

<sup>25</sup> PEYRANO, JORGE W., “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas,” en PEYRANO, JORGE W. (dir.), *Medidas autosatisfactivas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2002, pp. 33-35.

<sup>26</sup> MORELLO, AUGUSTO M., “Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas,” en MORELLO, AUGUSTO M. (dir.), *Acceso al derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Librería Editora Platense – Lajouane, 2007, pp. 883-888.

<sup>27</sup> CALVINHO, GUSTAVO / BORDENAVE, LEONARDO, “Medidas cautelares, tutelas anticipadas y medidas autosatisfactivas. Su diferenciación e impacto frente el derecho de defensa en juicio,” *LL*, 2001-B, 1003.

Se considera que la conculcación del derecho de defensa no se evita con la posibilidad de que el juez decida una acotada bilateralidad con el traslado de la petición al destinatario de la medida, ya que no se brinda la posibilidad de ejercer un amplio ejercicio del derecho de defensa; ni con la posibilidad de apelar la decisión ya que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una sentencia.<sup>28</sup>

Desde nuestra opinión, sostenemos que una breve sustanciación previa de la medida autosatisfactiva —ya sea por un plazo de unos días u horas— con la autoridad administrativa a los efectos de ser oída y de ofrecer la prueba que estime pertinente es una solución que asegura el respeto de la garantía constitucional del debido proceso.<sup>29</sup>

En esta dirección, por un lado, se honran los principios de bilateralidad y contradicción pues se da la oportunidad a la administración pública, que ha de soportar la decisión que agota la pretensión, de ser oída y, por el otro, la posibilidad de un *minicontradictorio* antes de la sentencia no desnaturaliza su carácter de proceso urgente.<sup>30</sup>

El proceso autosatisfactivo garantiza la tutela judicial efectiva en la medida en que se compatibiliza la especial urgencia que presente el caso y el derecho de defensa en juicio del destinatario de la medida.

Una breve sustanciación con el beneficiario de la medida autosatisfactiva es una solución respetuosa de los principios de bilateralidad, contradicción, igualdad y celeridad, en el marco de un proceso que ha de tener una reducida duración de conformidad con la pretensión del peticionario.

En este marco interpretativo, la sustanciación reducida de la medida de satisfacción inmediata con su destinatario alejaría, en gran medida, los graves cuestionamientos formulados por la Corte Suprema en los casos *Kiper*<sup>31</sup> y *Bustos*.<sup>32</sup>

Por estas razones, el principio que debe regir en el dictado de medidas de satisfacción inmediata es un contradictorio abreviado con el destinatario y, por excepción, el dictado *inaudita pars* de la autosatisfactiva en virtud de la extrema urgencia que pueda presentar el caso, salvo que el legislador haya previsto el proveimiento autosatisfactivo sin oír a la contraparte.

### 5. Medidas autosatisfactivas vs medidas cautelares autónomas

Los procesos autosatisfactivos son autónomos pues los efectos materiales de la sentencia que se dicte son definitivos, sin que sea necesaria la promoción conco-

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> En las conclusiones del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe en junio de 2011 se ha consignado que “[e]n los procesos urgentes relativos a casos que requieran una solución inmediata, resulta conveniente que los ordenamientos permitan a los jueces disponer un trámite particular rápido en los cuales se encuentre determinada la oportunidad para ejercer la defensa en juicio.”

<sup>30</sup> VARGAS, *op. cit.*, pp. 670-671.

<sup>31</sup> CSJN, *Kiper*, 2001, *Fallos*, 324: 4520.

<sup>32</sup> CSJN, *Bustos*, 2004, *Fallos*, 327: 4495.

mitante o posterior de un proceso de conocimiento. La decisión que recaiga en el proceso brindará una satisfacción inmediata que agotará la pretensión del peticionante, adquiriendo la calidad de cosa juzgada.

En el proceso administrativo existe la medida cautelar autónoma que está destinada a suspender los efectos de un acto administrativo, encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa, siendo un medio adecuado de control jurisdiccional para poner límites a la prerrogativa administrativa de ejecutar el acto, ya que la interposición de los recursos administrativos no suspende su ejecución, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.<sup>33</sup>

Estas medidas cautelares persiguen evitar el peligro en el agravamiento de los derechos del particular en razón de la demora administrativa en resolver el pertinente recurso, viéndose aquel imposibilitado de interponer la acción judicial de fondo por no tratarse de un acto firme.<sup>34</sup>

La jurisprudencia las caracteriza como autónomas al entender que no acceden a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento, por lo cual la concesión de las referidas medidas cautelares constituyen una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate.<sup>35</sup>

Por lo tanto, la medida cautelar autónoma tiende a agotarse en sí misma cuando la administración resuelve en el sentido que fuere. Si acoge la pretensión recursiva, la cuestión habrá quedado saldada; si en cambio la rechaza, el particular debe iniciar un nuevo proceso impugnatorio contra el nuevo acto administrativo.<sup>36</sup>

Sin embargo, estas medidas cautelares no deben identificarse con las medidas autosatisfactivas pues no son autónomas de la pretensión de fondo o, en su defecto, la alegada autonomía no tiene el mismo alcance en uno u otro caso.<sup>37</sup>

GARCÍA PULLÉS sostiene que el objeto inmediato de las medidas cautelares autónomas es asegurar la eficacia de una eventual sentencia judicial futura para el caso de no hacerse lugar a la pretensión recursiva en sede administrativa y no asegurar la eficacia del acto administrativo de resolución del recurso.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 166-167.

<sup>34</sup> REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 167.

<sup>35</sup> CSJN, *Pesquera Leal S.A.*, 2000, *Fallos*, 323: 3075; CNFed. CA, Sala I, 18/V/04, *Fernández, Jorge Marcos –reconstrucción- c/ ONAB –Licitación 99/98 – Resol 100/99 s/ medida cautelar (autónoma)*.

<sup>36</sup> CNFed. CA, Sala IV, 11/VI/09, *Mantenberg Saúl Nugin c/ CNEA – Resol 156/06 249/06 s/ amparo ley 16.986*.

<sup>37</sup> La Cámara Federal de La Plata sostiene que la aplicación de la medida autosatisfactiva satisface definitivamente el derecho pretendido, a diferencia de lo que ocurre con las medidas cautelares reguladas en el capítulo III del CPCCN y/o la acción precautoria autónoma. (Conf. Cámara Federal de La Plata, Sala I, 14/VIII/12, *L., V. c/ AFIP – BCRA s/ medida autosatisfactiva*.)

<sup>38</sup> GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, 1ª ed., pp. 173-174.

Las cautelares autónomas son herramientas que hacen posible mantener la eficacia de las cautelares definitivas que se adoptarán al momento en que quede expedita la instancia jurisdiccional para impugnar el acto administrativo, por lo que se transforman en accesorias de estas cautelares definitivas.<sup>39</sup>

En conclusión, las cautelares autónomas son medidas precautorias de naturaleza preventiva, aunque adoptadas por un plazo cierto pero indeterminado, que se agota al momento de promover un proceso de impugnación del acto administrativo, y para mantener la eficacia de una sentencia futura a su respecto.<sup>40</sup>

## 6. Dos (o más) miradas jurisprudenciales ... una única solución

### 6.1. El rechazo de las medidas autosatisfactivas

Desde el plano jurisprudencial, podemos distinguir miradas diferentes acerca de las medidas de satisfacción inmediata en la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal.

Por un lado, una corriente jurisprudencial que sigue considerando a estas medidas de urgencia bajo el ropaje del esquema clásico de las medidas precautorias.

En el marco de las medidas cautelares contra la administración pública, los presupuestos de admisibilidad deben configurarse con el grado de intensidad suficiente para su procedencia: La verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*), el peligro de sufrir un daño irreparable por la demora (*periculum in mora*) y la contracautela, de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.<sup>41</sup>

La presunción de validez de los actos administrativos y el debido resguardo del interés público determinan que el examen de los requisitos de admisibilidad deben analizarse con una mayor prudencia a la hora del dictado de una medida cautelar que suspenda los efectos del acto administrativo.<sup>42</sup>

Se ha sostenido uniformemente que las medidas cautelares deben tramitar en forma instrumental y accesorio a un proceso principal, pues no constituyen un fin en sí mismas y tienden a posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> CNFed. CA, Sala III, 19/III/02, *Becher, Enrique c/ PEN – BCRA – dto. 1570/01 s/ medida cautelar (autónoma)*; Sala II, 12/VIII/03, *Pini, Hugo Victor Amilcar Aldo c/ Poder Legislativo Nacional – Disp 65/02 s/ medida cautelar (autónoma)*; 21/III/06, *CNRT (expte 181766/05) c/ La Nueva Metropól SATACI s/ medida cautelar (autónoma)*; Sala V, 18/XI/08, *Chizzoli, Eduardo Antonio Vicente c/ EN – ANMAT s/ amparo ley 16.986*.

<sup>42</sup> GARCÍA PULLÉS señala que, si bien la jurisprudencia se ha inclinado por la aplicabilidad del art. 230 del código de rito, el art. 12 del decreto-ley 19.549/72 constituye una fuente adecuada para interpretar y concretar —en el ámbito del proceso administrativo— el alcance que debe acordarse a cada uno de los presupuestos que exige aquella norma. (GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Actividad cautelar en el proceso contra la administración pública,” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XVII, n° 203, agosto de 1995, p. 23.)

a dictarse en dicho juicio, consistiendo su finalidad en la de asegurar la eficacia de la sentencia, mas no convertirse en tal.<sup>43</sup>

Desde esta vertiente, la pretensión cautelar que coincida total o parcialmente con el objeto del pleito, a la que se le imprime el carácter de autosatisfactiva, no se compadece con la finalidad asegurativa y preservativa de derechos bajo la cual se encuentra regulada la prohibición de innovar prevista en el art. 230 del código de rito, cuando no se advierte la ineficacia o imposibilidad de cumplimiento de una eventual sentencia definitiva favorable al peticionante.<sup>44</sup>

La postura esbozada encuentra su fundamento en que el ordenamiento jurídico vigente no habilita a los jueces a decretar este tipo de medidas, salvo en aquellos supuestos de excepcional urgencia e impostergable resolución que encuentra sustento en la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y en aquellos casos en que hubiese sido legislativamente receptada por una norma expresa.

En aquellos supuestos de urgencia, los requisitos de procedencia deben apreciarse rigurosamente, requiriéndose que el solicitante pudiese sufrir un perjuicio irreparable, ya que la medida —cuyo objeto coincide con la pretensión principal— se dictará *inaudita pars*, es decir sin siquiera oír las eventuales defensas que pudiese oponer el obligado a cumplirla.<sup>45</sup>

Un ejemplo de su recepción por el legislador ha sido el art. 1º, párrafo tercero de la ley 25.587 en aquellos casos en los que se prueba que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de 75 o más años edad.<sup>46</sup>

En tal sentido, se ha sostenido que ni de la letra ni del espíritu de la Constitución nacional y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional surge que, en razón de la preservación del derecho a la tutela judicial, se imponga al juez —con carácter general— la obligación de satisfacer la prestación reclamada por los peticionantes, con anterioridad al momento en que se encuentra habilitado a reconocerles que tienen derecho a ella, salvo en los supuestos previstos en la ley 25.587.<sup>47</sup>

Desde nuestra opinión, aclaramos que el dictado de estas medidas provisionales que acogen la pretensión cautelar, que coinciden total o parcialmente con el objeto de la acción principal, no se las puede caracterizar como medidas

<sup>43</sup> CNFed. CA, Sala I, 22/IV/04, *Chacofi SACIFI – inc. med. c/ EN – Mº de Economía – dto. 2243/02 1226/01 – AFIP resol 1446/03 s/ amparo ley 16986*; 11/XI/04, *Bomchil Máximo – inc. med. c/ PEN ley 25561 dtos 1570/01 214/02 s/ amparo ley 16986*.

<sup>44</sup> CNFed. CA, Sala I, 20/VIII/02, *Arias Mirta Susana c/ PEN ley 25561 Dto 1570/01 y 214/02 s/ amparo ley 16986*; 3/IX/02, *García Ester Haydee y otro c/ PEN – ley 25561 dtos 1570/01 y 214/02 s/ amparo ley 16986*.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> CNFed. CA, Sala I, 15/III/05, *Bouheben Amadeo Osvaldo c/ PEN ley 25561 dtos 1570/01 214/02 y otro s/ medida cautelar (autónoma)*; 21/XII/10, *Sanmarco Roberto Daniel c/ EN AFIP DGI s/ medida cautelar (autónoma)*.

autosatisfactivas, ya que con su dictado no se pretende satisfacer la pretensión del litigante en forma inmediata y definitiva sino asegurar que la sentencia que vaya a dictarse en el proceso principal sea útil.<sup>48</sup> Estas medidas, más allá de su contenido autosatisfactivo, no abandonan los caracteres propia de una medida cautelar: Ser provisionales e instrumentales.

Por el otro, una posición jurisprudencial que sí considera a la medida autosatisfactiva como un proceso urgente, no cautelar, despachable *in extremis* y carente de regulación normativa.

En tal sentido, se remite a BERIZONCE quien la califica como un proceso urgente que dispensa una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la litis, cuando por la singularidad del objeto litigioso se impone un pronunciamiento inmediato, en razón de la inevitable frustración del derecho, si no se concede ya la tutela.<sup>49</sup>

Esta respuesta jurisdiccional presupone la existencia de una situación imposable que comprometa la subsistencia del derecho y que se haya demostrado que los cauces procesales ordinarios no permitan acceder a una adecuada tutela del derecho invocado.<sup>50</sup>

Finalmente, también podemos encontrar el rechazo, de plano, de las medidas de satisfacción inmediata al no estar receptadas por el legislador y dado que su admisibilidad implicaría reconocer el dictado *inaudita* parte de una sentencia condenatoria que altere los términos de la relación jurídica sustancial, sin bilateralidad ni juicio contradictorio, quedando afectados los principios constitucionales de legalidad, igualdad y defensa en juicio de la destinataria de la medida. Por todo ello, el juzgador invita a encauzar la pretensión por la vía del amparo, del ordinario, del sumarísimo o de la acción meramente declarativa a los efectos de resguardar el principio de bilateralidad o contradicción y mantener la igualdad de las partes.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> ARAZI, ROLAND / KAMINKER, MARIO E., "Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata," en PEYRANO, JORGE W. (dir.), *Medidas autosatisfactivas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2002, pp. 47-49.

<sup>49</sup> BERIZONCE, ROBERTO O., "La tutela anticipatoria en la Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)," *JA*, 1998-II, 905.

<sup>50</sup> CNFed. CA, Sala III, 22/VIII/06, *Galeri Raúl Guillermo c/ Transportadora de Gas del Norte SA s/ medida cautelar (autónoma)*; 9/III/07, *Arazola Nicasio Fermín c/ EN – M° Interior – PFA (sumario 291/06 "R") s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg*; 17/XII/07, *Pérez Segovia Claudio Marcelo c/ EN – M° Interior – PNA Resol 428/07 s/ medida cautelar (autónoma)*; 19/V/08, *Rivas Alberto Santiago – inc med c/ EN – M° Economía – resol 125/08 y 141/08 s/ amparo ley 16.986*. Recientemente la Cámara Federal de La Plata ha definido la medida autosatisfactiva como aquella de carácter urgente, autónoma, dictada, en principio, *inaudita* parte y que responde a una situación que requiere necesariamente una imperiosa solución prescindiendo de un proceso principal y en el cual se hace prevalecer el principio de celeridad, que obliga a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad, con el fin de otorgar una tutela eficaz y rápida. (Conf. Cámara Federal de La Plata, Sala I, 14/VIII/12, *L., V. c/ AFIP – BCRA s/ medida autosatisfactiva*.)

<sup>51</sup> CNFed. CA, Sala IV, 14/X/08, *Pioneer Argentina SA c/ EN – DNV y otro s/ daños y perjuicios*.

Más allá de las distintas miradas sobre las medidas autosatisfactivas que existen en la jurisprudencia, más o menos proclives a su procedencia, lo destacable es que esta tutela urgente, no cautelar, no se ha hecho “carne” en las prácticas judiciales de la Cámara del fuero.

En efecto, del relevamiento de la jurisprudencia de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal no hemos verificado *ningún caso* en el que se haya declarado la procedencia de una medida autosatisfactiva que agote el interés jurídico del solicitante con su despacho favorable.

## 6.2. Otros caminos que refuerzan su rechazo

El carácter residual de las medidas autosatisfactivas determina que no es una opción para el litigante peticionarla ante la configuración de una situación de urgencia, ya que es la última alternativa que posee frente a la inoperancia de otras vías procesales, ya sean ordinarias o extraordinarias.<sup>52</sup>

Esta cuestión ha sido contemplada en varias oportunidades por la Cámara al destacar la utilidad de otros cauces procesales para satisfacer la pretensión urgente del particular.

Concretamente la Cámara ha marcado uno de los caminos para evitar el dictado de una medida autosatisfactiva contra la administración pública al apuntar que la finalidad perseguida por el litigante puede alcanzarse a través de una medida cautelar innovativa, por medio de la cual se podría obtener una rápida y efectiva tutela de los derechos invocados, evitando de esa manera las consecuencias perjudiciales que tendría el mantenimiento de la situación existente durante la sustanciación del proceso de conocimiento.<sup>53</sup>

## 7. Un camino forzado que no se quiere recorrer hasta su final

Estas decisiones jurisprudenciales fuerzan al justiciable, que sólo tienen interés en obtener una solución a una situación de urgencia —como cuando se encuentra en juego el derecho a la vida, a la salud, a una vivienda digna, etc.— a iniciar (o *inventar*) un proceso autónomo con todas sus etapas que no tiene ningún interés en promover e impulsar —que por la urgencia, probablemente sea una acción de amparo— para poder concomitantemente peticionar una cautelar, lo que violenta el principio de libre demandabilidad que posee raigambre constitucional.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> DIANA, NICOLÁS, “Un acercamiento a las medidas cautelares contra el Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/documentos/material\\_interes/Un\\_acercamiento\\_a\\_las\\_cautelares\\_en\\_la\\_CABA.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/documentos/material_interes/Un_acercamiento_a_las_cautelares_en_la_CABA.pdf).

<sup>53</sup> CNFed. CA, 18/VI/04, *Branda Francisco Javier c/ PEN ley 25561 – dtos 1570/01 214/02 s/ medida cautelar (autónoma)*, con remisión a CNFed. CC, 22/VIII/02, *Pantusa Héctor c/ Dirección de Salud y Acción Social de la Armada s/ medidas cautelares*.

<sup>54</sup> PEYRANO, “Los nueve ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva,” *op. cit.*, pp. 1345-1347; BARRAZA, JAVIER I., “Las medidas de urgencia o las llamadas medidas autosatisfactivas,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, v. 2, Buenos Aires, La

En muchos casos, ello ha llevado a que una vez obtenida la medida cautelar, que importó la satisfacción del único interés del litigante, a que el proceso ingrese, como se ha dicho, en una *vía muerta*<sup>55</sup> con el consiguiente dispendio jurisdiccional.

Consecuentemente, el proceso quedará “expuesto” a un planteo de caducidad de la instancia formulado por la contraparte por no impulsar el procedimiento hacia el dictado de la sentencia definitiva, que luego el tribunal deberá examinar para determinar si el modo en que se resolvió la medida cautelar tornó abstracta la cuestión ventilada en la causa y, en caso afirmativo, el juez proceda al rechazo del acuse de caducidad.

En los pocos casos que ello ocurre, esa será la ocasión para que el juzgador sin más trámite disponga el archivo de las actuaciones judiciales pues la controversia se ha reducido a una cuestión abstracta al no decidirse un conflicto litigioso actual, salvo que se verifiquen excepcionales razones de índole institucional que justifiquen apartarse de esa regla.<sup>56</sup>

Lo expuesto refleja lo innecesario e inconveniente de peticionar (o *forzar*) el dictado de una providencia cautelar —cuyos caracteres son la provisoriedad e instrumentalidad— que se aparta de su objeto, que es asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva, para salvaguardar derechos fundamentales que pueden ser tutelados por otras vías procesales más eficaces y expeditas.

## 8. ¿Statu quo?

El escenario jurisprudencial de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal brinda distintas miradas sobre las medidas autosatisfactivas —ya sea asimilándolas con las cautelas clásicas o distinguiéndolas según sus regímenes diferentes— con un único final: Su rechazo en los distintos casos sometidos a su decisión jurisdiccional.

Las prácticas judiciales nos revelan la tenaz resistencia hacia la procedencia de las medidas autosatisfactivas en el ámbito del derecho público, cuando se accede a la jurisdicción en búsqueda de una respuesta urgente ante acciones u omisiones de la administración pública de manifiesta ilegitimidad y el peligro de perecimiento de la pretensión si no se anticipa la tutela requerida.

Estas prácticas son claras señales para los operadores jurídicos de cuales son las reglas a las que se deben someter si se pretende alcanzar con éxito (o con el fracaso) la satisfacción de la pretensión del justiciable.

Por el contrario, la admisión de esta tutela urgente —ya sea a través de su prudente aplicación pretoriana o, en el mejor de los casos, en su recepción por una futura reforma legislativa que defina concretamente sus contornos— provee a los

Ley, 2007, p. 363. BARRAZA, JAVIER I., “Las medidas de urgencia o medidas autosatisfactivas,” en TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, p. 874.

<sup>55</sup> PEYRANO, “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva,” *op. cit.*, pp. 1346.

<sup>56</sup> CSJN, *Servicios Portuarios Integrados S.A.*, 2010, *Fallos*, 333: 244.

*jueces de un instrumento procesal para el oportuno control judicial de la administración*, mediante el cual se alcance una solución justa en situaciones de extrema excepcionalidad en las que el comportamiento administrativo pueda provocar un daño irreparable si no se satisface la pretensión del litigante.

No se trata de ver “a la Administración como una especie de enemiga de la justicia, no ya de la ley”<sup>57</sup> ni concebir “a la Administración como un ente perverso más dispuesto a hacer el mal que el bien.”<sup>58</sup> La Argentina conoce bien las consecuencias de la demonización ... en el Derecho y de las instituciones. Tampoco pueden operar como un simple “atajo” para alcanzar, por un camino más corto, aquello que debe ser objeto de debate en un proceso de conocimiento<sup>59</sup> o en otras vías procesales.

En definitiva, el acogimiento de las medidas autosatisfactivas por parte de los jueces constituye una solución acorde con una tutela judicial efectiva, inmediata y definitiva conforme lo previsto en los arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución nacional y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y contribuye al mandato de afianzar la justicia que anuncia el Preámbulo de la Constitución nacional.

<sup>57</sup> GUGLIELMINO, OSVALDO C., “Medidas cautelares contra la Administración,” en *Actualidad en el Derecho Público*, n° 13, Buenos Aires, Ad-Hoc, mayo-agosto de 2000. p. 79.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> Cámara Federal de La Plata, Sala I, 14/VIII/12, L., V. c/ AFIP – BCRA s/ medida autosatisfactiva.



## EL JUICIO DE LANZAMIENTO (DECRETO-LEY 17.091)

Por AYELEN A. CASELLA

### SUMARIO

1. Introducción .....	357
2. Objetivos de la vía procesal .....	358
3. Análisis de la norma en comentario.....	360
3.1. El contrato de concesión como título de la relación jurídica.....	360
3.2. La concesión debe recaer sobre un bien inmueble de titularidad del Poder Ejecutivo Nacional.....	361
3.3. Falta de vigencia del título que sustenta la relación jurídica .....	362
3.4. El plazo de diez días como condición.....	363
3.5. Aplicación de la norma a relaciones jurídicas preexistentes.....	364
4. Procedimiento judicial.....	364
5. Corolario.....	365



## EL JUICIO DE LANZAMIENTO (DECRETO-LEY 17.091)

Por AYELEN A. CASELLA

### 1. Introducción

El decreto-ley 17.091<sup>1</sup> sancionado durante el gobierno de facto del General ONGANÍA se integró al plexo normativo del derecho público nacional con la finalidad de permitir a la administración pública una adecuada gestión de los inmuebles fiscales objeto de contratos de concesión.

Dicha norma vino a insertarse en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de un contexto social de particulares aristas que resulta oportuno reseñar, al menos someramente.

Durante los años previos a la sanción de la norma que nos proponemos analizar las zonas más densamente pobladas de los núcleos urbanos de la Provincia de Buenos Aires y el territorio de la Capital Federal, históricamente la jurisdicción con mayor densidad demográfica, sufrían uno de los mayores déficits habitacionales de su historia.<sup>2</sup>

A raíz de ello se sancionaron diversas normas, en su gran mayoría reguladoras de relaciones jurídicas celebradas por particulares al amparo del derecho privado, con la unívoca finalidad de atenuar la gravedad de la situación referida y establecer estándares de orden público con el objetivo de impedir los abusos y desigualdades en las que se encontraban inmersos amplios sectores de la sociedad.

Entre las medidas adoptadas, la más común fue la prórroga por acto estatal de los contratos de locación al vencimiento del plazo convencional establecido, bajo iguales términos y condiciones en los que habían sido celebrados los contra-

<sup>1</sup> Sancionado el 29-XII-66 y publicado en el B.O. del 9-I-67, ADLA1966 - C, 1673.

<sup>2</sup> Una situación análoga ocurrió a principios del siglo XX dando así origen a la doctrina de la emergencia que la Corte Suprema esbozó en el precedente *Ercolano c/Lanteri de Renshaw*. (CSJN, *Ercolano c/Lanteri de Renshaw*, 1922, *Fallos*, 136: 170.)

tos, excluyendo así a las partes del principio de disponibilidad reconocido por la legislación civil.<sup>3</sup>

Claro está que estos regímenes jurídicos de emergencia, dictados en protección del interés público, contenían disposiciones que se encontraban destinadas a limitar el principio de autonomía de la voluntad en el marco de contratos de alquiler celebrados entre particulares, para inmuebles destinados a vivienda familiar principalmente.

Sin embargo, los concesionarios que ocupaban bienes del dominio estatal merced a un típico contrato de derecho público como el de concesión, acudieron tal vez a una capciosa analogía, y pretendieron usufructuar los beneficios o ventajas que se habían dispuesto en favor de sectores que se hallaban en una situación jurídica sustancialmente distinta a la de ellos.

De este modo, quienes ostentaban el uso y goce de inmuebles fiscales con fines comerciales en virtud de un vínculo celebrado al amparo del derecho público pretendieron, al término de sus contratos, extender el plazo de su vigencia invocando institutos que no se habían previsto a favor de éstos y que, en realidad, procuraban amparar a los sectores económicos y sociales de mayor vulnerabilidad.<sup>4</sup>

Así las cosas, el Poder Ejecutivo Nacional entendió imperioso la sanción de una norma que permitiese a éste y a sus órganos inferiores, centralizados o descentralizados, acudir ante la justicia para requerir el inmediato desalojo de los predios de propiedad estatal que se encontraban ocupados por quienes careciesen de título vigente.<sup>5</sup>

Es así como nació, para el ámbito del derecho público administrativo, uno de los procesos dotado de mayor celeridad en el trámite reconocido por nuestro sistema procesal, pues la autoridad judicial, una vez verificados los requisitos establecidos en el artículo primero de la norma debe ordenar, sin más trámite, el lanzamiento del ocupante.

## 2. *Objetivos de la vía procesal*

Un viejo aforismo reza “primero es el hecho y luego el derecho.” En efecto, primero tiene lugar el fenómeno social y luego, es el hombre quien por medio de las instituciones se ve obligado a regularlo, circunstancia de la que no se encontró

<sup>3</sup> Cabe destacar que al momento de la sanción del decreto-ley 17.091 se encontraba vigente en sus efectos la ley 16.739 publicada en el B.O. del 13-X-65, texto que fuera derogado por su similar 18.880 publicada en el B.O. del 15-I-71. La referida ley 16.739 consagraba la prórroga de las locaciones urbanas celebradas con anterioridad a su sanción y suspendía los desalojos bajo condición de la continuidad en el pago del canon oportunamente pactado y la no modificación en el uso que el locatario otorgaba al inmueble.

<sup>4</sup> De conformidad con el mensaje de elevación publicado junto con el texto normativo. (Ver nota 1.)

<sup>5</sup> Asimismo, el otro fin de la norma es consagrar “indirectamente la no aplicabilidad de las disposiciones de prórrogas locativas a las cuestiones originadas como consecuencia del contrato de concesión.” (Ver último párrafo del mensaje de elevación.)

exceptuado el nacimiento de la norma bajo análisis, lo que surge de manera manifiesta de la breve evocación histórica expuesta en los párrafos que anteceden.

Con el objeto de abordar la caracterización del instituto bajo análisis receptado esencialmente en sólo dos artículos<sup>6</sup> del decreto-ley en comentario, los cuales regulan tanto los aspectos objetivos y adjetivos del régimen, resulta de utilidad reseñar el contenido del mensaje de elevación al Poder Ejecutivo del proyecto de plexo normativo, no sin antes señalar que pese a tratarse de una norma de limitada extensión en cuanto a su articulado, ha generado numerosas divergencias doctrinales; ensayos que desde su promulgación no han escatimado en variedad y cantidad de análisis con el objeto de someterla al test de aprobación constitucional, y que concluyeron en igual diversidad de resultados,<sup>7</sup> muchos de ellos contrapuestos a los pronunciamientos convalidatorios del régimen que, sistemáticamente y por más de cincuenta años, ha emitido el Poder Judicial respecto a su validez y vigencia.<sup>8</sup>

Volviendo al referido mensaje de elevación, interesa poner atención en que dicho texto justifica la promulgación de la norma en la necesidad de establecer una vía procesal de exclusiva aplicación al derecho público, *ergo*, que reconozca su propia naturaleza jurídica, sin analogías o reenvíos supletorios a normas del derecho privado, y que garantice una eficiente y dinámica gestión de los inmuebles fiscales cedidos en concesión sobre los que ostente el dominio cualquiera de los entes que integran el Poder Ejecutivo,<sup>9</sup> principalmente restringiendo maniobras o defensas dilatorias del legitimado pasivo, ello con el innegable objetivo de garantizar a dichos entes públicos una rápida recuperación del dominio de sus bienes, todo ello enmarcado en el régimen exorbitante típico del derecho administrativo<sup>10</sup> como garantía tutelar en beneficio del ocupante de los bienes objeto de desahucio.

<sup>6</sup> El último de los artículos —el tercero— es de forma, pues únicamente ordena su comunicación, publicidad y demás trámites de estilo.

<sup>7</sup> A los efectos de abonar lo expresado se sugiere al lector los siguientes artículos: LEZANA, JULIO I., “Una ley que debe derogarse: la 17.091,” *LL*, 1980-A, 879; GORDILLO, AGUSTIN, “Intrusos y ex concesionarios en inmuebles del Estado,” *LL*, 1995-E, 491; GRECCO, CARLOS, “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091,” *LL*, 1980-B, 908.

<sup>8</sup> CSJN, *Estado Nacional Argentino c/ Cannas Manuel y Muotri Carlos s/ desalojo*, 1968, *Fallos*, 272: 11; *Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino c/ Pedro Albino Rossi*, 1970, *Fallos*, 277: 245; *Administración General de Puertos c/ La Fragata SRL y/u ocupantes s/ lanzamiento*, 1972, *Fallos*, 283: 231; *S.A. Cía de Seguros la Franco Argentina c/ Provincia de Buenos Aires*, 1975, *Fallos*, 293: 470; *Vialco S.A.*, 1979, *Fallos*, 301: 1028; *EFA c/ S.R.L. Retiro y/u otros*, 1980, *Fallos*, 302: 997; *Ferrocarriles Argentino c/ Rocalom S.R.L.*, 1983, *Fallos*, 305: 932; *E.F.A. c/ Marenca S.A. y otros*, 1985, *Fallos*, 307: 1172.

<sup>9</sup> En la actualidad es posible señalar que resultan legitimados para accionar por esta vía procesal los entes enunciados en el art. 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156.

<sup>10</sup> En la actualidad, la doctrina mayoritaria entiende que la exorbitancia del derecho administrativo deriva de la especificidad de su contenido equilibrado en prerrogativas y garantías, y de su carácter de derecho común de la administración pública, ámbito que en principio se encuentra excluido de las regulaciones de derecho privado, concepción que echa por tierra antiguas doctrinas que definían a los regímenes jurídicos de derecho público como marcos regulatorios residuales a los plexos normativos

Puede advertirse en consecuencia que la norma en comentario consagra un régimen jurídico de singulares características, el cual se encuentra destinado a regular relaciones jurídicas bilaterales que encuentran al Poder Ejecutivo Nacional como integrante del referido vínculo.

De este modo no puede sino concluirse que el decreto-ley 17.091 se encuentra comprendido dentro del compendio normativo que conforma el derecho público administrativo nacional,<sup>11</sup> sistema jurídico que se edifica sobre la base de prerrogativas estatales sustantivas y procesales, que encuentran como correlato un complejo sistema de garantías, también sustanciales y procesales, conferidas a favor de los particulares.

### 3. *Análisis de la norma en comentario*

La propuesta de estudio contenida en este título se centra en los requisitos sustanciales que habilitan la procedencia de este régimen procesal, sea porque éstos resultan de objetiva recepción en el texto positivo, o bien porque emergen de las interpretaciones jurisprudenciales forjadas hasta el presente.

#### 3.1. *El contrato de concesión como título de la relación jurídica*

La vía procesal analizada resulta procedente en los casos que el Poder Ejecutivo Nacional —o sus órganos inferiores— hubiesen otorgado la concesión de inmuebles, contrato que ha merecido variadas regulaciones desde la sanción de la norma a la actualidad.<sup>12</sup>

En la actualidad, el vigente reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado nacional define al contrato de concesión de uso como el instrumento por el que los administrados, actuando a su propia costa y riesgo, se encuentran facultados en virtud de un acto administrativo a ocupar, usar o explotar, por tiempo determinado, bienes pertenecientes al dominio público o privado del Estado nacional, al que abonan un canon por dicho uso, explotación u ocupación de los inmuebles puestos a su disposición en forma periódica y de acuerdo a las pautas que establezcan los pliegos de bases y condiciones particulares que rigen al procedimiento contractual celebrado para otorgar la concesión.<sup>13</sup>

En punto a este requisito, aún cuando resulta evidente, cabe precisar que no se encuentra presente en los casos en que la ocupación es efectuada por quien carece título habilitante para la posesión, es decir, un mero intruso.

reguladores de relaciones entabladas al amparo del derecho privado. Ampliar en COMADIRA, JULIO R., "El Acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos," *LL*, 2006, 13.

<sup>11</sup> En el mismo sentido ver HEILAND, LILIANA, "Competencia de los tribunales nacionales en lo contencioso administrativo federal," *LL*, 1989-E, 810.

<sup>12</sup> La referencia incluye al decreto-ley 23.354/56, al decreto 5.720/72 y al decreto 436/00 esencialmente, los que antecedieron al decreto 893/12.

<sup>13</sup> Conforme art. 177 del anexo al decreto 893/12.

### 3.2. *La concesión debe recaer sobre un bien inmueble de titularidad del Poder Ejecutivo Nacional*

El texto de la norma exige que el objeto de la concesión recaiga sobre un bien inmueble de titularidad estatal que se encuentre afectado a la administración centralizada, descentralizada, empresas del Estado o entidades autárquicas,<sup>14</sup> los cuales han sido calificados como fiscales en el mensaje con el que se elevó la norma a su promulgación.

En punto a ello, cuadra resaltar que el contrato de concesión de uso de bienes del Estado se refiere a lo pertenecientes al dominio público<sup>15</sup> de éste o a aquéllos que se encuentren afectados a un servicio público.<sup>16</sup>

Sin embargo, la calificación de los inmuebles como *fiscales* ha generado controversias acerca de la aplicación de la ley a otros supuestos, en razón que poseen carácter fiscal aquellos inmuebles que integran el dominio privado del Estado, independientemente del uso al que se hallen destinados los mismos.<sup>17</sup> Ello, habida cuenta que dicha determinación es derivación del concepto de *fisco* con la que se identifica al Estado cuando desenvuelve su personalidad en el campo del derecho privado —también resulta útil para identificar a éste como sujeto de derechos pecuniarios—, aunque dicha acepción excluye al universo de derechos que, aún siendo de índole económico, sustenten su exigibilidad en el *ejercicio del poder público estatal*.

Retomando lo expuesto en el acápite anterior, se pone de relieve que la norma delimita su ámbito de aplicación a los bienes del sector público que sean propiedad de la administración centralizada, descentralizada, las empresas del estado o las entidades autárquicas.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Una situación particular se planteó al crearse la empresa Ferrocarriles Metropolitanos S.A. cuyo capital pertenecía en un 99% al Ministerio de Economía y el 1% a Ferrocarriles Metropolitanos. A dicha sociedad anónima, constituida al amparo de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, se le asignó la administración de los ferrocarriles suburbanos que hasta aquél momento se encontraba a cargo de la empresa Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado. En ese contexto la cuestión requería resolver si la nueva sociedad se encontraba legitimada para iniciar acciones en los términos de la ley 17.091. (Ver el análisis efectuado por CNFed. CA, Sala II, 1/X/96, *Ferrocarriles Metropolitanos S.A. /Incidente- c/ Faragasso Ricardo A. s/lanzamiento ley 17.091*; 16/V/96, *Ferrocarriles Metropolitanos S.A. c/ Intrusos y/o ocupantes del inmueble s/lanzamiento*.)

<sup>15</sup> CSJN, *Ferrocarriles Argentinos v. Arenera Zarateña y otros*, 1976, *Fallos*, 297: 1005.

<sup>16</sup> Huelga destacar, en virtud de los numerosos precedentes jurisprudenciales que tienen como parte a los organismos estatales encargados de la administración de los ferrocarriles, que el art. 2342, inc. 4° del Código Civil, incluye a aquéllos dentro de los bienes privados del estado, con lo cual se encuentran excluidos del uso público, común y directo, pero no significa que los actos realizados en torno a ellos caigan necesariamente en los preceptos del derecho privado. Pues cuando se encuentran destinados a un objeto de utilidad pública inmediata o afectados a un servicio público, su condición es equiparable con la de los bienes del dominio público. (Ver dictamen del Procurador Fiscal en CSJN, *Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino -EFEA- c/ Pedro Albino Rossi*, 1968, *Fallos*, 271: 9229.)

<sup>17</sup> Ampliar en MARIENHOFF, MIGUEL A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 73 y ss., nota 17.

<sup>18</sup> En un supuesto en el cual el bien otorgado en concesión dejó de encontrarse sujeto a la prestación de un servicio público, se sostuvo que el Estado no puede iniciar la acción prevista en el decreto-ley

Ahora bien, un supuesto particular se suscitó luego del proceso de Reforma del Estado encarado durante los años noventa en nuestro país, y en el marco de las concesiones de servicios públicos que se celebraron en ese contexto.

En el caso del Sistema Nacional Aeroportuario la autoridad administrativa otorgó a particulares la concesión de aeropuertos para que sean éstos quienes llevaran a cabo las acciones tendientes a la prestación de dicho servicio público esencial.

En líneas generales, en relación al tema que nos ocupa, la autoridad concedente aseguró a los concesionarios la plena disponibilidad de los bienes transferidos que incluían, claro está, a los bienes inmuebles destinados a la prestación del servicio público en cuestión.

Ahora bien, determinados espacios de dichas fincas habían sido objeto de contratos de concesión de uso en el período durante el cual era el Estado quien prestaba el servicio público que se cedía.

Éste último vínculo relacional, me refiero a la concesión de uso y las consecuencias derivadas de la extinción del mismo, motivó el interrogante que implicó dilucidar si el concesionario del servicio público se encontraba habilitado para interponer una acción de lanzamiento en los términos del decreto-ley 17.091 a fin de desalojar intrusos u ocupantes de los inmuebles que integraban el objeto de dicha concesión.

Un análisis exegético de la norma descartaría aquélla posibilidad, y fue en efecto la interpretación que se plasmó, tanto desde la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>19</sup> como de los propios tribunales,<sup>20</sup> sin perjuicio de lo cual se señaló que el concesionario puede ejercer la acción de despojo o las respectivas acciones posesorias, pues ejerce un derecho propio contra el ataque de terceros pero, aún cuando la titularidad del bien sea del estado, el decreto-ley 17.091 exige que sea el propio estado quien promueva judicialmente la acción.<sup>21</sup>

### 3.3. Falta de vigencia del título que sustenta la relación jurídica

Por otra parte exige el plexo analizado que el contrato de concesión que vincula a las partes haya perdido vigencia, ya sea por el vencimiento del plazo previsto

17.091 habida cuenta que la desafectación del bien ocurre por una pérdida de interés general para el que fue previsto, y en consecuencia desaparece la urgencia que se ha considerado al sancionar la ley y que surge de la nota de elevación de aquélla. (Cámara Federal de La Plata, Sala I, 19/VII/06, *ONAB c/RGP y otros*.)

<sup>19</sup> PTN, *Dictámenes*, 232: 27.

<sup>20</sup> CNFed. CA, Sala II, 27/VIII/02, *Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Estado Nacional, LL*, 2002-E, 743; Cámara Federal de La Plata, Sala III, 01/IX/03, *Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Interbaires S.A., LLBA*, 2004, 197.

<sup>21</sup> Ver también MERTEHIKIAN, EDUARDO "La administración y explotación de los espacios aeroportuarios y la aplicación de la ley n° 17.091 a la concesión aeroportuaria nacional," *RAP*, 306: 61. Comentario al fallo de la Cámara Federal de La Plata, Sala III, 01/IX/03, *Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Interbaires S.A.*

para su duración o por rescisión de aquél, o bien, conforme la jurisprudencia, que se encuentre demostrada la ocupación en forma clandestina del predio.<sup>22</sup>

### 3.4. *El plazo de diez días como condición*

La norma establece que en el supuesto de concesión de un bien inmueble la obligación de restitución nace con el vencimiento del plazo dispuesto en el contrato de concesión o, en su caso, al declararse la rescisión de aquél por la autoridad competente, y debe efectivizarse dentro de los diez días corridos en que ocurrieran cualquiera de los dos supuestos mencionados.

Por otra parte, claro está, que no debe esperarse el cumplimiento de ningún plazo en caso de ocupación indebida del inmueble por parte intrusos, puesto que se trata de un derecho que puede ejercerse desde que tiene lugar la intrusión.

Además, si bien no se encuentra receptado explícitamente en la norma, tratándose de un proceso, el de desalojo, excepcional corresponde intimar al ocupante, por medio fehaciente, para que en un plazo perentorio restituya el inmueble bajo apercibimiento de iniciar la acción prevista en el decreto-ley 17.091.<sup>23</sup>

En el mismo sentido el reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado nacional, establece que la obligación de restitución del bien concesionado se origina a partir del momento en que se produce el agotamiento del plazo dispuesto en el contrato de concesión, devolución que debe materializarse dentro de los diez días hábiles posteriores al vencimiento del mismo.<sup>24</sup> Por su parte, en el supuesto que la autoridad administrativa competente declare la rescisión del contrato de concesión que sustenta el vínculo jurídico entre las partes,<sup>25</sup> no produce variación en el precepto analizado, y al igual que en el

<sup>22</sup> En la década del 90 numerosos fallos sostuvieron que sólo era aplicable el procedimiento analizado cuando había concesión, descartando los supuestos de ocupación indebida por parte de intrusos. (Ver CNFed. CA, Sala III, 21/II/95, *FE.ME.SA. c/ Intrusos y/u ocupantes*, LL, 1995-E, 491, entre otros.) Luego la jurisprudencia modificó tal doctrina ampliando la aplicación del decreto-ley a dichos supuestos. (Ver dictamen del Procurador Fiscal en CSJN, 13/VIII/98, *Ferrocarriles Metropolitanos S.A. c/ Intrusos y/u ocupantes inmueble s/ lanzamiento ley 17.091* (no publicado en la colección de fallos); CNFed. CA, Sala V, 12/IX/06, *Organismo Nacional de Administración de Bienes c/ Intrusos y/o ocupantes de Castañeras e/ Gral Paz y Vía s/ lanzamiento ley 17.091*.)

<sup>23</sup> La acreditación fehaciente de la intimación ha sido entendida por la jurisprudencia —aún cuando no se encuentre expresamente establecido— como un requisito más para la procedencia de la acción (CNFed. CA, Sala I, 03/III/05, *Organismo Nacional de Administración de Bienes c/ Intrusos Estación Retiro s/ lanzamiento ley 17.091*; Sala III, 27/X/92, *FE.ME.SA. c/ Lira, Rodolfo y otro s/ lanzamiento Ley 17.091*; Sala IV, 07/III/06, *Organismo Nacional de Administración de Bienes c/ Kruger Federico s/ lanzamiento ley 17.091*, entre muchos otros.)

<sup>24</sup> Se trata de un principio de orden público que ninguna de las partes intervinientes en el contrato de concesión pueden soslayar o modificar, ya que la prescripción del art. 183 inc. h) del anexo al decreto 893/12 integra, en todos los casos, las cláusulas particulares del respectivo pliego de bases y condiciones.

<sup>25</sup> El art. 12 inc. a) del decreto 1023/01 consagra expresamente esta prerrogativa de la autoridad administrativa.

anterior, el ex-concesionario debe efectivizar la devolución del bien dentro de los diez días corridos contados a partir del momento en que el acto cobró eficacia.

### 3.5. *Aplicación de la norma a relaciones jurídicas preexistentes*

Esta particularidad emerge del carácter de orden público que el art. 2° del decreto-ley 17.091 le otorga a este régimen, precepto por el cual se dispuso extender su aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la norma.

## 4. *Procedimiento judicial*

El decreto-ley 17.091 regló el ejercicio de la autotutela<sup>26</sup> administrativa para la protección de los bienes inmuebles estatales y, además, estableció un régimen especial, distinto del derecho privado, que ubicó la cuestión dentro de la órbita del derecho administrativo, de manera que no existen dudas acerca de la competencia del fuero contencioso administrativo federal para entender en las causas que se promuevan con sustento en esta norma.<sup>27</sup>

Así lo ha entendido la jurisprudencia, en tanto por fallo plenario dictado en autos *Ferrocarriles Argentinos c/ Barracas Palermo SRL s/ desalojo y lanzamiento*,<sup>28</sup> la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la competencia de dicho fuero respecto de las acciones de lanzamiento que se inicien en los términos del decreto-ley 17.091.<sup>29</sup>

De este modo, la acción en estudio debe interponerse ante el fuero contencioso administrativo federal acreditándose en debida forma el cumplimiento de los recaudos mencionados en el punto 3 de este trabajo, aportando la documentación correspondiente,<sup>30</sup> en la que debe encontrarse identificado adecuadamente el inmueble, pues dadas las características del trámite, el desalojo se llevará adelante respecto de cualquier ocupante sin admitir oposición alguna.

<sup>26</sup> La autotutela ejecutiva o ejecutoriedad, elemento característico del acto administrativo, encontró recepción positiva en nuestro ordenamiento jurídico merced al art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, de posterior promulgación al texto en comentario. De este precepto emerge la prerrogativa que faculta a la autoridad administrativa a ejecutar y exigir el cumplimiento del acto administrativo por sus propios medios, salvo que la ley —como en este caso— o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial. Por lo tanto, es posible sostener que el decreto-ley 17.091 reguló una excepción al principio general de ejecutoriedad del acto administrativo, la cual no fue afectada en modo alguno por la norma procedimental posteriormente sancionada.

<sup>27</sup> HEILAND, *op. cit.*

<sup>28</sup> CNFed. CA, en pleno, 24/VIII/82, *Ferrocarriles Argentinos c/ Barracas Palermo SRL s/ desalojo y lanzamiento*.

<sup>29</sup> LL, 1983-A, 470.

<sup>30</sup> A saber: Escritura o en su caso la norma que determine la titularidad del inmueble, el contrato de concesión, del cual debe surgir el vencimiento del plazo allí previsto para la duración del contrato o, en su caso, el acto administrativo de rescisión de aquél, y la intimación —fehaciente— de desocupación.

Verificados los requisitos ya mencionados, el juez ordenará sin más trámite el lanzamiento de los ocupantes del predio,<sup>31</sup> el que se efectuará mediante la expedición de un mandamiento de desalojo,<sup>32</sup> con el auxilio de la fuerza pública.

De esta manera finaliza este procedimiento tan sencillo y expedito,<sup>33</sup> cuya características más importante es la de sustanciarse *inaudita* parte, de manera que el demandado sólo será escuchado luego de producido el lanzamiento.<sup>34</sup>

El recurso de apelación interpuesto contra la resolución judicial que ordene el lanzamiento se concederá con efecto devolutivo, toda vez que una decisión distinta implicaría desnaturalizar la finalidad de la ley, que es la de hacer efectivo el desalojo inmediatamente.<sup>35</sup>

Claro está que el decisorio que recaiga en la segunda instancia, si bien no tendrá carácter definitivo, será pasible de recurso extraordinario cuando se hallen en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas de carácter federal, pues por la naturaleza y caracteres del procedimiento contemplado en la ley cabe equipar como definitiva a la sentencia que en esa instancia recaiga.<sup>36</sup>

### 5. Corolario

Desde sus comienzos y hasta la actualidad, en forma reiterada, la norma fue sometida al análisis de constitucionalidad, aún cuando el Máximo Tribunal de la Nación<sup>37</sup> sistemáticamente sostuvo que el procedimiento excepcional que ésta

<sup>31</sup> Vale recordar que una vez concretado el lanzamiento, sólo asiste al legitimado pasivo el derecho a ejercer acciones de orden pecuniario derivadas de los perjuicios que hubiere sufrido a consecuencia de la adopción de la medida. Así lo establece la norma en comentario, la cual finaliza su texto señalando la viabilidad de esta única opción. Ahora bien, parte de la doctrina sostiene que no existe impedimento alguno para que, en caso de corresponder, se proceda a la restitución del bien al concesionario, tal como sostiene GRECCO en su trabajo ya citado.

<sup>32</sup> De conformidad con lo establecido por el art. 686 del CPCCN.

<sup>33</sup> Debe destacarse que a pesar de la especial naturaleza del juicio analizado corresponde emitir pronunciamiento sobre las costas en los términos del art. 68 del CPCCN, aún cuando se trate de un procedimiento *inaudita* parte. (CNFed. CA, en pleno, 23/IX/03, *Estado Nacional – Fuerza Aérea Argentina – c/ Asociación Civil ‘Campo de Pato Tranquera’ s/ lanzamiento Ley 17.091*.) En ese sentido, se ha sostenido que la particularidad del proceso no obsta la aplicación del principio general de derrota en juicio previsto en el art. 68 del CPCCN, pues no debe olvidarse que es la resistencia del demandado a liberar el inmueble lo que obliga a la parte actora a recurrir a los estrados judiciales para el reconocimiento de su derecho. (CNFed. CA, Sala IV, 31/III/95, *Ferrocarriles Metropolitanos S.A. c/ Di Laudo Carlos s/ lanzamiento ley 17.091*.)

<sup>34</sup> En ese sentido CNFed. CA, Sala V, 10/III/99, *Fuerza Aérea Argentina c/ Your Packet Internacional S.A. / Expte. 5436344 s/ lanzamiento ley 17.091*; Sala IV, 25/II/93, *UBA c/ ORKU s/ lanzamiento ley 17.091*, entre otros.

<sup>35</sup> En ese sentido CNFed. CA, Sala I, 28/XI/00, *Estado Nacional – FAA – c/ Vozzi MR S.R.L. / RQU s/ queja*; 10/II/05, *Organismo Nacional de Administración de Bienes c/ Desarrollos Comerciales S.A. s/ queja*.

<sup>36</sup> CSJN, 28/III/95, *Universidad de Buenos Aires c/ Orku S.A.C.I. s/ lanzamiento ley 17.091* (no publicado en la colección de fallos); *FE.ME.S.A. c/ A.DA.CA. s/ lanzamiento ley 17.091*, 1995, *Fallos*, 318: 1246.

<sup>37</sup> La CSJN declaró —en numerosos precedentes— la impugnación constitucional de la ley como *cuestión insustancial*. (Fallos: 271:229; 302:1260, entre otros.)

regula no vulnera la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución nacional.

El fundamento reside, esencialmente, en que el lanzamiento tiene como único fin la recuperación del bien por la administración, lo que no impide ni la revisión del acto administrativo ni —en su caso— las acciones pecuniarias que pudieran proceder.<sup>38</sup>

En efecto, el interesado que considere ilegítima la decisión administrativa de proceder al desalojo puede —y debe— atacarlo mediante todos los planteos que entienda pertinentes para lograr la eventual restitución del inmueble por la vía ordinaria.<sup>39</sup>

Así es como se sostiene que el decreto-ley, lejos de lesionar garantías constitucionales, procura la regulación de la autotutela administrativa en una situación especial, que ya hemos caracterizado en este trabajo, con el objetivo de facilitar la gestión patrimonial de la autoridad administrativa, y sin soslayar las cuestiones relativas a la legalidad del acto, las que podrán ser impugnadas por el interesado por las vías administrativas y/o judiciales pertinentes, y sin perjuicio de las sanciones de orden pecuniario que pudieren corresponder.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> CNFed. CA, Sala II, 11/V/01, *EN -FAA c/ Sociedad Aeronáutica San Fernando SRL s/ lanzamiento ley 17.091*.

<sup>39</sup> CNFed. CA, Sala I, 12/V/00, *ENABIEF -Inc- c/ Apollonio y Cerutti S.R.L. s/ lanzamiento ley 17.091*; Sala II, 19/VII/07, *Vieyra Victor Lucio -RQU (en autos ONAB) s/ queja*, entre otros.

<sup>40</sup> Ver GRECCO, *op.cit.*

## ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS RECURSOS DIRECTOS EN EL CONTENCIOSO

Por MARÍA ALEJANDRA BIOTTI

Demanda y recurso judicial son formas procesales del ejercicio de la acción, la primera es ordinaria y la segunda extraordinaria.

En efecto, la impugnación judicial de los actos administrativos puede entablarse por vía de acción ante la primera instancia, o por vía de recurso directo ante la Cámara respectiva, siempre que una norma expresa así lo autorice.<sup>1</sup>

Los llamados *recursos directos* para ante distintas Cámaras de Apelaciones que diversas leyes prevén para la revisión judicial de los actos administrativos, incluidos aquéllos que revisten naturaleza materialmente jurisdiccional, no constituyen *recursos procesales*, sino acciones judiciales de impugnación de instancia única, para cuya sustanciación, salvo disposición expresa en contrario de la pertinente ley que lo instituye, resultan aplicables las normas que regulan el procedimiento judicial de éstas.<sup>2</sup>

No son sino acciones procesales de un tipo especial que se inician generalmente por ante segunda instancia, pero también puede serlo ante la primera como instancia única y por ende, carecen de efecto suspensivo respecto del acto administrativo que se impugna a través de ellas. Salvo, que se hubiese requerido el dictado de una medida cautelar de suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo o el dictado de una medida de no innovar.<sup>3</sup>

En ese mismo orden de ideas, se ha dicho que el administrado, de acuerdo al caso concreto que se presente, cuenta con diversos mecanismos tendientes a obtener la revisión judicial de las decisiones emanadas de la administración pública que lesionen sus derechos y pretensiones: Impugnación judicial de actos administrativos de alcance individual y general (arts. 23 y 24 de la ley 19.549),

<sup>1</sup> Art. 25 de la ley 19.549.

<sup>2</sup> CNFed. CA, Sala I, 2/XI/00, *Leconte, Ricardo H. c/ B.C.R.A. Resol 155/00*.

<sup>3</sup> CNFed. CA, Sala V, 2/II/06, *González Ruiz, Guillermo y Otros c/ UBA-Resol 4530/05*.

y los recursos judiciales contra las decisiones de los órganos administrativos sobre diversas materias a los que en doctrina suele llamárselos excepcionales o directos como, por ejemplo, los previstos en el art. 40 de la ley 25.164, arts. 42 y 46 de la ley 21.526, art. 81 de la ley 22.285, entre muchos otros.<sup>4</sup>

Ello permite, verbigracia, destacar la diferencia sustancial existente entre la demanda o acción contencioso administrativa y el recurso directo previsto en el Régimen de Regulación de Empleo Público, ambos de carácter optativos para el particular, pero excluyentes una vez efectuada la opción.<sup>5</sup>

Si es obvio que la administración no ejerce funciones judiciales, las vías que distintas leyes —llamándolas *recursos directos* o, simplemente diciendo que el interesado podrá *apelar*— habilitan la revisión judicial de diversas resoluciones —sea por una Cámara de Apelaciones, sea por un juez de primera instancia— y traducen modos autónomos de impugnación de tales actos administrativos, por lo que, por su naturaleza, constituyen *acciones judiciales*.<sup>6</sup>

Sin embargo, la elección de uno u otro camino procesal no dispensa del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad inherentes a todo tipo de demanda en esta materia.

En este aspecto, vale recordar que los presupuestos de admisibilidad son el agotamiento de la vía administrativa y su interposición dentro del plazo legal en tanto los sustanciales consisten en la legitimidad de la pretensión y su formulación previa en sede administrativa.

En el proceso contencioso el juez además de verificar la existencia de los recaudos comunes que marca el código procesal, debe también examinar el cumplimiento de las condiciones especiales de admisibilidad establecidas en la ley 19549,<sup>7</sup> cuyo incumplimiento puede, incluso, llevar al rechazo *in limine* de la demanda.

La inexistencia en el ámbito nacional de un código en lo contencioso administrativo ha dado lugar a que nuestro proceso administrativo se asentare sobre las bases del proceso civil y comercial ordinario.

De este modo lo ha entendido la generalidad de la doctrina, aunque haciendo expresa reserva de que esa aplicación sólo es admisible en tanto se satisfagan exigencias axiológicas.<sup>8</sup>

<sup>4</sup>Para una nómina y descripción de cada uno de los recursos ampliar en: GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, Buenos Aires, RAP, Colección Thesis, 2008.

<sup>5</sup>CNFed. CA, Sala II, 28/II/95, *Cervera, Héctor José y otro c/ A.N.A. (Resolución 1203/93)*, en relación al recurso instituido por el art. 40 de la ley anterior 22.140 y Sala I, 17/II/05, *Paniagua Molina Liliana C y otro c/ M° de Economía -DGAJ Disp 440/00- Resolución SC93/99*, respecto al art. 39 de la ley 25.164.

<sup>6</sup>CSJN, *Jerónimo Contardi*, 1939, *Fallos*, 183: 389; CNFed. CA, Sala I, 14/XI/00, *Edenor S.A. c/ Resolución 1183/99 ENRE*, considerando 8.

<sup>7</sup>HEILAND, LILIANA, “Proceso contencioso-administrativo y condiciones de admisibilidad,” *LL*, 1985-D, 758; CNFed. CA, en pleno, 15/IV/99, *Romero, Gerardo c/ Estado Nacional*.

<sup>8</sup>GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., *Legitimación procesal de los órganos administrativos en los recursos judiciales contra sus decisiones*, con cita en LINARES, JUAN F., “El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *LL*, 24,

También se ha advertido reiteradamente que la aplicación supletoria de las normas del proceso privado provoca una riquísima problemática que deriva del cruce de dos ordenamientos de naturaleza diversa, máxime ante la singular posición jurídica de la administración y de las prerrogativas que las normas legales le acuerdan como uno de los sujetos del proceso contencioso.<sup>9</sup> Pero esto no es una mera especulación teórica sino que es una realidad cotidiana en los tribunales contenciosoadministrativos, en especial, respecto a los recursos judiciales directos contra actos administrativos ante la alzada, donde a diario se intenta resolverla, no sin innumerables inconvenientes en la labor tribunalicia.

Sin perjuicio de ello, se ha dicho que si la ley no regula taxativamente el procedimiento de la apelación nada autoriza a adoptar un rigorismo que afecte claramente la garantía constitucional de la defensa en juicio.<sup>10</sup>

A continuación trataré de sistematizar esa realidad y efectuar una reseña de los principales problemas que se suscitan:

El primer interrogante es si ambas vías —la de la demanda contenciosa y el recurso judicial directo—, son excluyentes u optativas.

La jurisprudencia del fuero se ha inclinado por la primera respuesta respecto a que la interposición de una demanda ante instancias inferiores, sustraería a la Cámara la competencia que la ley le atribuye con menoscabo del ordenamiento jurídico vigente.<sup>11</sup> Allí se dijo que esa posición condice con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Donaruma*,<sup>12</sup> en cuanto a que no es facultad del afectado elegir la vía u órgano judicial en busca de la protección de sus derechos, en apartamiento de previsiones legales en este punto, sino autorizarlo a dejar la esfera administrativa para pasar a la judicial, reservándose la ley el tribunal competente y el plazo dentro del cual debe plantearse la acción o recurso.

El segundo problema está dado por el lugar de interposición y fundamentación del recurso directo, ya que para algunos las normas de creación establecen que deben serlo en sede administrativa y en otras en sede judicial directamente ante la Cámara.

En este aspecto cobran relevancia los plazos de caducidad. El art. 25 de la ley 19.549 establece que ante la falta de previsión expresa en la norma que acuerda el recurso directo, rige un plazo de treinta días hábiles judiciales. Sin embargo, son profusas las normas que establecen plazos diversos y a veces más exiguos para la interposición de tales recursos.

178; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 172 y 268; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 93; con relación al procedimiento administrativo, ver CASSAGNE JUAN C., "Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil," *LL*, 1990-C, 967.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ, *op. cit.* y HEILAND, *op. cit.*

<sup>10</sup> CNFed. CA, Sala II, 12/VI/01, *Aeroflot Líneas Aéreas Internacionales Rusas -RQU- c/DNM -Disp.3149/99*.

<sup>11</sup> CNFed. CA, Sala III, 10/V/84, *Caja de Crédito Aguirre Soc. Coop.*; 22/VI/92, *Banco Avellaneda*.

<sup>12</sup> CSJN, *Donaruma*, 1989, *Fallos*, 312: 1724, con cita de Fallos: 295:994.

Esta circunstancia genera, en muchos casos, una gran confusión en los litigantes con el agravante que puede conllevar al consentimiento del acto recurrido.

Una vez superado el tránsito del procedimiento administrativo al proceso judicial, las dificultades de índole procesal no cesan, sino tal vez se incrementan.

Otro escollo se relaciona con una de las manifestaciones del principio del informalismo a favor del administrado, que consagra el art. 1º, inc. c) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, por el cual se excusa la inobservancia de las exigencias formales no esenciales que puedan ser cumplidas posteriormente. Se trata de un principio opuesto al que rige en el proceso civil el que se encuentra impuesto en garantía de la igualdad de las partes y el buen orden de los procesos.<sup>13</sup> Como decía, una de esas manifestaciones está dada por la ausencia de la exigencia de patrocinio letrado en sede administrativa. Como consecuencia de ello, al arribar el expediente a sede judicial, se intima a que los escritos sean suscriptos por un letrado, bajo el apercibimiento de los arts. 56 y 57 del CPCCN, lo que trae aparejado que, ante el incumplimiento de ese recaudo, se tenga ese recurso por no presentado.

En este punto, se presentaron numerosos recursos directos contra sanciones disciplinarias —vgr. impuestas por la Prefectura Naval Argentina—, en los que los recurrentes solicitaban en sede administrativa la declaración de nulidad de lo resuelto, sin patrocinio letrado; y al llegar a Cámara y conferirse vista a los Defensores Oficiales, surgían inconvenientes para la asunción de la defensa sobre todo tratándose de personal embarcado, por lo que se llegó a utilizar el sistema de notificaciones de la propia fuerza, si bien siempre quedaba la alternativa de la intervención del servicio de patrocinio gratuito en caso que se demostrara la imposibilidad del recurrente de afrontar los gastos del proceso y los honorarios de un abogado.<sup>14</sup>

En 20-VII-98 el Defensor General de la Nación, por resolución n° 754/98, reglamentó los arts. 60, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24946 y en especial, la representación de pobres, estableciendo que los “[l]os Defensores Públicos Oficiales ejercen la defensa y presentación en juicio, tanto de actores como de demandados, en juicios contenciosos y voluntarios.” Asimismo, con relación al tema que nos ocupa, determinó que “[e]n los supuestos de patrocinio de los actores, deberán evaluar la procedencia y viabilidad de la pretensión del requirente” y “[e]n causas de contenido patrimonial, queda a criterio del Defensor Público Oficial iniciar o no el Beneficio de Litigar sin Gastos, en atención a cada situación específica, y la verosimilitud del estado de pobreza invocado.” Nótese que los criterios fijados por la citada reglamentación para considerar la solicitud del beneficio de litigar sin gastos establecido en el art. 78 del CPCCN son suficientemente amplios a fin de asegurar el pleno e igualitario acceso a la justicia.

<sup>13</sup> CASSAGNE, *op. cit.*

<sup>14</sup> CNFed. CA, Sala III, 20/III/98 y 30/VI/98, *Paneta*, entre otros.

Otro inconveniente a superar está dado por la circunstancia de que la mayor parte de las leyes que consagran los recursos directos judiciales ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal de la Capital, no prevén el trámite que debe imprimírseles y, cuando lo está, no es igual en todos los casos.

Este problema no es nuevo, ARZAC, ya lo hizo notar en la década de los años 70, al comentar un fallo da la Cámara Nacional en lo Civil,<sup>15</sup> contrario a la jurisprudencia en ese momento, de la Cámara Nacional en lo Comercial.

En dicho artículo se destacó la necesidad de correr traslado a la autoridad administrativa de los memoriales presentados por los particulares en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones del organismo administrativo, aún cuando no se hallare prevista su sustanciación en la ley que establezca ese recurso. Luego de insertar la cuestión en la problemática relativa a cuál es la legitimación de los órganos de la administración activa para tomar intervención en los recursos judiciales interpuestos contra sus propias decisiones, según se admita o no el ejercicio de actividad jurisdiccional por parte de éstos, y si como consecuencia de ello asumen o no el carácter de parte en el proceso, soslaya la cuestión, justamente por vía de aplicación subsidiaria de las normas del ritual civil.

Sin embargo, en la actualidad, en aquellos supuestos en los que el recurso directo se dirige contra resoluciones de naturaleza jurisdiccional en las que los entes reguladores de la electricidad (ENRE) o del gas (ENARGAS) deciden controversias entre sujetos comprendidos en sus respectivos marcos regulatorios —leyes 24.065 y 24.076— la litis no se integra con ellos, sino con aquél sujeto con el que se estableció el conflicto.

Asimismo, a los fines de garantizar un control judicial suficiente en los denominados *recursos directos*, las partes involucradas en la controversia tienen el derecho de ofrecer y producir la prueba que consideren convenientes para el esclarecimiento de la cuestión suscitada, patrón de revisión que surge de la Constitución nacional y el que se impone, a falta de norma en sentido contrario.<sup>16</sup> En tales casos la apertura a prueba no deja de tener un carácter excepcional, limitación que tiende a evitar la ordinarización del proceso de manera que la Cámara no se convierta en una primera instancia.<sup>17</sup>

La limitación de la apertura a prueba y la restricción en su producción en segunda instancia puede llegar a conspirar con el arribo a una solución justa, aunque la jurisprudencia del fuero es unánime acerca de que en los recursos directos la apertura a prueba en la alzada tiene un carácter de excepción.<sup>18</sup>

En consonancia con tal principio, se ha sostenido que no es aplicable la fijación de la audiencia a la que se refiere el art. 360 del CPCCN (modificado por la ley

<sup>15</sup> CNCivil, Sala F, 28/XI/72, *Club Atlético Huracán, ED*, 47: 2186.

<sup>16</sup> CNFed. CA, Sala V, 18/XI/98, *Gas Natural Ban S.A. c/ Resol. 506/97 Enargas*.

<sup>17</sup> CNFed. CA, Sala V, 25/XI/02, *Litoral Gas S.A. c/ Resol. 288/00 Enargas*.

<sup>18</sup> CNFed. CA, Sala V, 27/VI/01, *United Air Lines Inc. c/ DNM Disp 8152*.

24.573) en los supuestos de los llamados *recursos directos* ya que carecen de un procedimiento específico por ante la alzada.<sup>19</sup>

Otro inconveniente surge en el supuesto de no hallarse previsto en la ley de creación del recurso el término por el cual deberá conferirse el traslado del recurso directo interpuesto, en tal sentido, aparece razonable aplicar analógicamente idéntico término que el que dicha norma otorgue para su interposición, en aras de una mayor protección al derecho de defensa e igualdad de las partes en el proceso.

Esta limitación, a veces está dada por la ley misma, sobre todo en aquellos recursos judiciales previstos contra decisiones de tribunales administrativos.

En el caso de ofrecimiento a prueba tampoco la actitud a seguir es unívoca.

Si se trata de prueba documental que no haya sido denegada en sede administrativa, se las provee directamente y con relación a los restantes medios de prueba, luego de conferir traslado de su ofrecimiento se dicta una resolución interlocutoria que ordene o deniegue su producción y se ordena la apertura a prueba de la causa, respetando las reglas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Una vez finalizado el período probatorio se ponen los autos para alegar, conforme lo previsto en el art. 482 del CPCCN y luego de su presentación por las partes o del vencimiento del plazo para ejerzan ese derecho, se llaman los autos a sentencia, quedando dentro de la órbita discrecional del juez el dictado de medidas para mejor proveer para esclarecer los hechos controvertidos en la causa, confiriéndose a las partes, de ser necesario a fin de asegurar el ejercicio de su derecho de defensa, vista o traslado, de su resultado.

Otro problema es el relativo a la exención de costas a los órganos administrativos. La Corte Suprema en algunas ocasiones, así lo decidió, pese a reconocerles intervención judicial, por no conferírseles el mismo carácter de parte civil en los términos de una controversia ordinaria, sino como poder público en defensa de la legalidad de un acto administrativo y del interés general.<sup>20</sup> En la actualidad, como ya señalé, en el supuesto en que los entes reguladores hayan ejercido la función jurisdiccional, no intervienen en el proceso, dado que justamente su actuación ha sido en defensa de la legalidad de un acto administrativo y del interés público comprometido y la controversia se suscita allí entre dos sujetos de la ley que habilita el recurso directo. Tal es el caso de los recursos previstos en los arts. 66 de la ley 24.076<sup>21</sup> y 72 de la ley 24.065.

<sup>19</sup> CNFed. CA, Sala V, 18/XI/98, *Gas Natural Ban S.A. c/ Resol. 506/97 Enargas*; 20/VI/06, *Herrera, Nicolás Francisco v. EN-EMGE*.

<sup>20</sup> CSJN, *Dominguez José Francisco*, 1959, *Fallos*, 243: 398; *Muscari*, 1958, *Fallos*, 140: 297; conf. GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, con cita en BOSCH, JORGE T., "Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales," *LL*, 84, 182.

<sup>21</sup> Para mayor precisión, ampliar en PALACIOS, MARIANO, "Recurso directo contra resoluciones del Ente Nacional Regulador del Gas -ENARGAS-", *RAP*, Esp-2010: 7.

A modo de conclusión, debe resaltarse la necesidad de ahondar en los fundamentos en que se sustentan cada una de estas posiciones y unificar la solución de estas cuestiones por vía legislativa, aún cuando debe destacarse la inquietud que existe en el seno de la Cámara del fuero y el trabajo que se viene realizando a fin de lograr criterios uniformes en los aspectos reseñados; lo que aparece como una tarea sumamente ardua, máxime si tiene en cuenta que el recurso de inaplicabilidad de la ley (arts. 288 a 303 del CPCCN), no procedería, en principio, por tratarse de interpretaciones diversas o contradictorias de materias regidas por el derecho procesal.

Así por vía de casuística la Cámara del fuero ha ido perfilando un procedimiento que si bien resulta un tanto *sui generis*, debe adecuarse lo máximo posible a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, teniendo en cuenta dos pautas rectoras: El respeto al derecho de defensa de las partes y la necesidad de provocar el contradictorio entre ambas partes a fin de poder esclarecer la cuestión debatida.

Al decir de HAURIUO, tan evocado por nuestra doctrina, “l’essentiel n’ est pas toujours de vider les questions, mais de les placer dans une bonne voie de solution” —“lo esencial no es siempre resolver las cuestiones, sino colocarlas en una buena vía de solución”— esto último es lo que se intenta diariamente en los tribunales del fuero, aunque no siempre sea fácil encontrar la solución adecuada.



CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO EN LOS  
RECURSOS JUDICIALES DIRECTOS INTENTADOS CONTRA LAS  
RESOLUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por JUAN MANUEL MEDRANO

SUMARIO

1. Planteo de la cuestión .....	377
2. El caso de los sumarios financieros del Banco Central de la Repú- blica Argentina .....	377
3. Conclusión .....	382



## CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO EN LOS RECURSOS JUDICIALES DIRECTOS INTENTADOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por JUAN MANUEL MEDRANO

### 1. *Planteo de la cuestión*

En el presente trabajo se analizará la procedencia de las llamadas *cuestiones de previo y especial pronunciamiento* en los recursos judiciales directos contra las resoluciones de la administración pública, poniéndose especial énfasis en el caso de los recursos intentados en el marco de los sumarios financieros instruidos por el Banco Central de la República Argentina (ley 21.526), para lo cual, haremos referencia a las diferentes posturas esgrimidas en los estrados judiciales, especialmente lo decidido ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

### 2. *El caso de los sumarios financieros del Banco Central de la República Argentina*

En forma preliminar, a fin de abordar el tema en estudio, debemos recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, se prevén diversos *recursos judiciales directos* contra decisiones de la administración pública, pudiéndose citar, entre muchos otros, los establecidos en los arts. 32 de la ley 24.521, 83 de la ley 20.091, 29 de la ley 22.421, 59 de la ley 24.922 —reformado por la ley 25.470—, 76 de la ley 24.065 y 42 de la ley 21.526.

Se ha entendido por *recurso judicial directo* a aquellas acciones judiciales de impugnación de validez de los actos administrativos que se articulan en forma directa, y generalmente en una segunda instancia judicial, para obtener una revisión judicial de tales actos, conforme una previsión normativa que así lo establezca; resultando aplicables en el trámite judicial de aquéllas, las normas

que regulan el procedimiento de las acciones judiciales, salvo disposición expresa en contrario de la pertinente ley que prevea el recurso.<sup>1</sup>

Asimismo, merece recordarse que en el art. 42 de la ley 21.526 se dispone que las sanciones impuestas por el Superintendente de Entidades Financieras, previstas en los incs. 3º, 4º, 5º y 6º del art. 41 de dicha norma —multa, inhabilitación y revocación de la autorización para funcionar, entre otras—, son apelables, al solo efecto devolutivo, por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, como así también que, en tal artículo, salvo la referencia al plazo para elevar las actuaciones a la Cámara —una vez interpuesto y fundado el recurso ante el Banco Central— y la remisión al procedimiento de ejecución fiscal previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el cobro de las multas, no surge otra previsión expresa en materia de procedimiento. No obstante lo cual, tal circunstancia no ha impedido reconocer la aplicación supletoria de las disposiciones pertinentes contenidas en el ordenamiento procesal nacional, y la necesidad de hacer valer las garantías constitucionales que inciden en el proceso.

En lo concerniente a las cuestiones de previo y especial pronunciamiento, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se ha planteado el problema de la procedencia de tales defensas en el marco de los recursos directos previstos en el mencionado art. 42 en tanto fueron introducidas por quienes figuraban como *actores* de la causa, no estando prevista tal circunstancia —como así tampoco las cuestiones planteadas como previas— en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, en ese contexto las partes recurrentes —personas jurídicas o físicas sancionadas en materia financiera— han planteado cuestiones referentes al plazo irrazonable de duración del sumario y a la prescripción de la acción, llamándolas de *previo y especial pronunciamiento* al momento mismo de la interposición del recurso ante el Banco Central de la República Argentina, solicitando en tal oportunidad que tales planteos fueran analizados antes del traslado del recurso directo y de producción de la prueba correspondiente.

De tal modo, se ha dado la circunstancia de que quien en el marco de un sumario financiero instruido por el Banco Central de la República era un *sumariado* o *imputado*, pasó luego a ser el *actor* de la causa judicial, analizándose en dicha sede si éstos podían plantear cuestiones de previo y especial pronunciamiento, como las expresamente previstas en el art. 347 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación.

Al respecto, se ha señalado que las excepciones previas estipuladas en el código de rito fueron establecidas como medios de defensa frente al ataque del actor,

<sup>1</sup>MURATORIO, JORGE I., “Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 635-637. También GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, Buenos Aires, RAP, Colección Thesis, 2008.

habiéndose distinguido tres grupos dentro de tal categoría: a) Las que constituyen meros impedimentos procesales, tales como la incompetencia, falta de personería, litispendencia, defecto legal y arraigo; b) las defensas propiamente dichas, por las cuales se ataca la procedencia del derecho del demandante (cosa juzgada, transacción, conciliación y desistimiento del derecho, etc.), y c) las excepciones en las que el juez se detiene a examinar los requisitos y condiciones de admisibilidad de la acción, falta de legitimación manifiesta, etc.,<sup>2</sup> cabiendo recordar, también, que tales remedios procesales deben ser resueltos con antelación o prelación al conocimiento sobre el mérito o fondo del asunto litigioso.

A fin de resolver la cuestión enunciada precedentemente, algunas Salas de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal han señalado que los recursos contemplados en el art. 42 de la ley 21.526 fueron instituidos por el legislador, frente a la existencia de un acto previo emitido por la administración pública que, al lesionar una situación jurídica sustancial, fundamenta una pretensión de anulación y, en su caso, de restablecimiento de la situación jurídica lesionada en sede del Poder Judicial, significando un verdadero juicio o proceso que se inicia por vía recursiva, en lugar de materializarse a través de una demanda.

De este modo, algunos jueces concluyeron que el impugnante de la decisión administrativa, revestía inequívocamente la calidad de actor y la entidad estatal que dictó el acto, la de demandada,<sup>3</sup> haciendo especial hincapié en que si los recursos directos constituyen *acciones judiciales* y no *recursos procesales*, salvo disposición expresa en contrario de la ley que los establecía, debían ser aplicables las normas procesales regulatorias de aquéllas, aún en el ámbito recursivo previsto en el art. 42 de la ley 21.526.<sup>4</sup>

Consecuentemente, a fin de resolver el planteo atinente al incumplimiento del plazo razonable de duración del sumario financiero como si fuera de previo y especial pronunciamiento en los términos del código de rito, se consideró indispensable distinguir la sede o ámbito en el cual se imputaba como ocurrida la demora irrazonable del sometimiento de la cuestión a la revisión judicial por vía de la acción impugnatoria.

Así, se advirtió claramente que, aun cuando resultare ostensible el transcurso de un extenso lapso que hubiera insumido el trámite sumarial sustanciado en el ámbito del Banco Central de la República Argentina, no se justificaba de por sí, la emisión de una resolución previa o anticipada —ya en sede judicial— referida

<sup>2</sup> CARLI, CARLO, *La Demanda Civil. La demanda. Excepciones. Contestación. Reconvencción*, La Plata, Lex, 2003, pp. 161-165.

<sup>3</sup> CNFed. C.A., Sala V, 20/X/00, *Banco Peña S.A. (e.l.) y otros c/B.C.R.A. Resol. 213/98 (Expte. 102.410/86 Sum Fin*; Sala IV, voto del Dr. MÁRQUEZ, 23/XII/10, *Yulita, Hugo Rubén c/ B.C.R.A.*

<sup>4</sup> CNFed. C.A., Sala I, 2/XI/00, *Leconte, Ricardo H. c/B.C.R.A. (Resol. 155/00) s/amparo ley 16.986*; Sala IV, 5/XI/2002, *Romero Díaz José I. c/B.C.R.A.-Resol. 252/00 expte. 10.016/96 sum fn 866*.

a tales cuestiones, en tanto éstas, según la interpretación dada en los precedentes citados, integraban las cuestiones de fondo incluidas y comprendidas en la materia litigiosa que comportaba el objeto de la pretensión impugnatoria articulada en el marco de dicho recurso.<sup>5</sup>

De tal modo, habiéndose reconocido al aludido recurso directo como una verdadera acción, en la cual el impugnante, según el criterio establecido en dichos precedentes, ocupaba el rol del actor y la entidad rectora el de demandado, al encontrarse sometida la pretensión a las reglas generales del proceso de conocimiento establecidas por el ordenamiento adjetivo, se arribó a la conclusión de que tales reglas no admitían ni preveían el tratamiento y resolución anticipada —como artículo de previo y especial pronunciamiento— de cuestiones, como las propuestas, las cuales estaban vinculadas al fondo de la pretensión actoral.

Ello era así, puesto que —siempre de acuerdo a las pautas establecidas por las normas rituales— las únicas cuestiones susceptibles de ser abordadas como de *previo y especial pronunciamiento* (aun vinculadas con aspectos sustanciales de la controversia), eran las resultantes de defensas o excepciones planteadas por los sujetos pasivos de la pretensión previstas en el código de rito.<sup>6</sup> Vale recordar, a esta altura, que en dicho artículo del ordenamiento procesal se prevé expresamente que sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones: 1) Incompetencia; 2) falta de personería en el demandante, en el demandado o sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente; 3) falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado, cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva; 4) litispendencia; 5) defecto legal en el modo de proponer la demanda; 6) cosa juzgada; 7) transacción, conciliación y desistimiento del derecho, y 8) las defensas temporarias que se consagran en las leyes generales, tales como el beneficio de inventario o el de excusión, o las previstas en los arts. 2486 y 3357 del Código Civil.

En definitiva, la postura aludida anteriormente hizo especial hincapié en que del art. 347 y concordantes del mencionado código surge que únicamente pueden interponer excepciones de previo y especial pronunciamiento, aquellos que resultaran demandados en el litigio, citándose expresamente las excepciones susceptibles de ser intentadas en sede judicial.

En mérito de tales conclusiones, se consideró que no existía razón suficiente para decidir cuestiones de previo y especial pronunciamiento como las mencionadas, comprendiendo las del plazo irrazonable de duración del sumario y al planteo de prescripción de la acción sancionatoria, por parte de los actores en el marco de los recursos directos contra las resoluciones del Superintendente de Entidades Financieras del Banco Central de la República Argentina, máxime si

<sup>5</sup> Conf. voto del Dr. MÁRQUEZ en la citada causa *Yulita*.

<sup>6</sup> Art. 347 y ss. del CPCCN.

tampoco, a criterio de dichos magistrados, se encontraban involucrados aspectos susceptibles de generar agravio al derecho de defensa y menos aún, con entidad para trascender las situaciones de orden exclusivamente patrimonial involucradas en el único ámbito de interés de los recurrentes, los cuales se veían afectados, en definitiva, económicamente, por las sanciones objeto de impugnación —en tales casos, sanciones de multa.<sup>7</sup>

En definitiva, los magistrados que sostuvieron tal postura, consideraron que, al ser el llamado *recurso judicial directo*, una acción propiamente dicha, y no estando previstas para los demandantes las cuestiones de previo y especial pronunciamiento, debían desestimarse las alegaciones vinculadas a tal cuestión.

Ahora bien, otros jueces han decidido en un sentido contrario, propugnando la resolución de tales planteos, como de previo y especial pronunciamiento en el marco de los recursos directos, atendiendo a los plazos que insumió la instrucción de los sumarios en el Banco Central, como así también en virtud de la relación existente entre tal cuestión y los planteos de prescripción efectuados.

Se tuvo en cuenta en tales decisiones que, más allá del *nomen iuris* otorgado a las defensas esgrimidas por los sumariados, se entendió que lo que éstos, en esencia, planteaban en sus respectivos *recursos judiciales directos* era la necesidad de una intervención inmediata por parte de los tribunales, en aras a evitar que se ocasionara o prolongara la afectación a una garantía constitucional que se estimaba fundamental, como es el derecho a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable.<sup>8</sup>

Para sostener tal conclusión se dio primacía, sin dejar de destacar la diferenciación que era posible trazar entre los distintos hechos pasibles de ser objeto de sanción por parte de la administración, al derecho a ser juzgado en plazo razonable, cuestión integrante de la garantía de la defensa en juicio<sup>9</sup> y prevista en los tratados internacionales incorporados a la Constitución nacional.<sup>10</sup>

En lo referente a dicha cuestión, se puntualizó que tales garantías no resultaban de aplicación exclusiva al ámbito del proceso penal;<sup>11</sup> advirtiéndose que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación lo había reputado aplicable a sanciones de tipo infraccional, como son las multas impuestas por la AFIP en los términos de la ley 11.683.<sup>12</sup>

En esta postura, se priorizó el criterio del Alto Tribunal —en materia penal— referido a que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluía el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente

<sup>7</sup> Conf. causa *Yulita*.

<sup>8</sup> Conf. voto en minoría de la causa *Yulita*.

<sup>9</sup> CSJN, *Ángel Mattei*, 1968, *Fallos*, 272: 188; *Camilo Mozzatti y otro*, 1978, *Fallos*, 300: 1102.

<sup>10</sup> Arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>11</sup> CSJN, *Corporación de Productores del Nordeste Argentino S.A.*, 2008, *Fallos*, 331: 760.

<sup>12</sup> CSJN, *Fiszman y Compañía SCA c/ DGI*, 2009, *Fallos*, 332: 1492.

a la ley y a la sociedad, pusiera término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal;<sup>13</sup> doctrina reafirmada en numerosas oportunidades, en el convencimiento que ello hace operativo el propósito constitucional de afianzar la justicia.<sup>14</sup>

Finalmente, también se indicó que un proceso de duración irrazonable no sólo perjudicaba al imputado sino también al Estado, por el dispendio jurisdiccional que ello significa y porque se distorsionaban todos los fines de la pena, que para su eficacia requería la menor distancia temporal entre el hecho y la condena.<sup>15</sup>

Por otro lado, en lo atinente al tratamiento del planteo de la prescripción de la acción sancionatoria como de previo y especial pronunciamiento, esta postura adoptó el criterio del Máximo Tribunal referida que cuando se planteaban cuestiones como aquellas, en la medida que excedían el mero interés personal, cabía prescindir de los moldes procesales, pues la cuestión esencial es —en definitiva— resguardar bienes jurídicos de jerarquía superior, que no podían ser enervados por lo dispuesto en la ley ritual.<sup>16</sup>

En consecuencia, en virtud de los razonamientos mencionados precedentemente, se admitió la procedencia de cuestiones de previo y especial pronunciamiento —prescripción de la acción y plazo irrazonable— en los recursos judiciales directos contra las sanciones impuestas por el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias (ley 21.526), ordenándose la sustanciación de tales cuestiones, previo a proseguir con el trámite del correspondiente recurso directo. (Sustanciación del recurso directo y apertura a prueba, en su caso.)

### 3. Conclusión

En síntesis, actualmente, hay diferentes posturas en los estrados judiciales sobre el tema planteado, algunas de las cuales dan primacía a lo estipulado en el Código Procesal Civil y Comercial respecto de las excepciones de previo y especial pronunciamiento considerando, en esos casos, que no existiría una violación de las garantías de defensa en juicio al tratarlas al momento de decidir sobre el fondo de la cuestión objeto de autos. Por otra parte, otro sector de la Cámara ha sostenido que, más allá del nombre jurídico que se otorgue a las defensas intentadas en los recursos directos, lo cierto era que podrían tratarse como de previo y especial pronunciamiento aquellas cuestiones susceptibles de violentar las garantías aludidas, especialmente las referidas al plazo irrazonable de du-

<sup>13</sup> CSJN *Ángel Mattei*, 1968, *Fallos*, 272: 188.

<sup>14</sup> CSJN, *Camilo Mozzatti y otro*, 1978, *Fallos*, 300: 1102; *Benjamin Kipperband*, 1999, *Fallos*, 322: 360; *Roberto Eugenio Tomás Barra*, 2004, *Fallos*, 327: 327; *Miguel Ángel Egea*, 2004, *Fallos*, 327: 4815; *Gladys María Cuatrín y otros*, 2008, *Fallos*, 331: 600; *Corporación de Productores del Nordeste Argentino S.A.*, 2008, *Fallos*, 331: 760; *Héctor Salgado y otros*, 2009, *Fallos*, 332: 1512.

<sup>15</sup> CSJN, *Benjamín Kipperband*, 1999, *Fallos*, 322: 360, disidencia de los Dres. FAYT y BOSSERT; CNFed. CA, Sala IV, 23/XII/10, *Yulita, Hugo Rubén c/ B.C.R.A.*

<sup>16</sup> CSJN, *Camilo Mozzatti y otro*, 1978, *Fallos*, 300: 1102.

ración del sumario y a los planteos de prescripción de la acción sancionatoria, admitiéndose, en tales casos, el análisis y traslado de los planteos a la contraria, con anterioridad a correr traslado a la contraria y a la apertura a prueba respecto del fondo de la cuestión.



## ABREVIATURAS

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PCSJN: Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SCPBA: Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

CNFed. CA: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

CNFed. CC: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

FCNFed. CCCA: Fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Cámara Federal de La Plata: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

CNCivil: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

CNComercial: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

CCAyT: Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

JFed. CA: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal.

TFN: Tribunal Fiscal de la Nación.

PTN: Procuración del Tesoro de la Nación.

