

CONFERENCIAS

LA ADMISIBILIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO GLOBAL

Domingo Juan Sesin

Sumario: 1. Introducción. 2. Tutela judicial efectiva y proceso contencioso administrativo. 3. Amplitud del control. No sólo de legalidad sino de juridicidad. 4. Momento en que se analizan y resuelven los requisitos procesales relacionados con la materia contencioso administrativa. 5. El objeto del proceso contencioso administrativo. 6. El agotamiento de la vía administrativa. 7. Rechazo de la vía administrativa por razones formales. 8. Acto base objeto de la demanda. 9. Reiteración de acto que produce una misma voluntad firme y consentida. 10. Cambio de nominación de la acción. 11. Emisión del acto administrativo por un órgano o ente dotado de potestad pública en ejercicio de una función administrativa. 12. Preexistencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. 13. Garantías de impugnación. 14. Cuestiones pertenecientes al derecho privado o del trabajo. 15. Cuestión de responsabilidad extracontractual de la Administración por acto ilegítimo. 16. Solve et repete. 17. Ejercicio de un poder discrecional y la admisibilidad del proceso. 18. Actos políticos de fuente directamente constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

En Córdoba existe desde 1941 un Código Contencioso Administrativo de avanzada tutelando tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos. En la misma época ya existía en esta Provincia el proceso penal “oral” que en la actualidad se extiende a nivel nacional.

El originario Código Contencioso Administrativo fue modificado mediante la Ley 7182 que entró en vigencia a partir de 1986 junto con la creación de las Cámaras en lo Contencioso Administrativo como Tribunales de primera instancia en la materia.

Las características más sobresalientes de la referida normativa procesal en relación a la materia contencioso administrativa, junto a los avances de la jurisprudencia provincial de estos últimos años, son los siguientes:

- En lugar de un simple control de legalidad del acto o pretensión administrativa se realiza un control judicial mucho más amplio, de juridicidad. Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los preceptos constitucionales, los tratados internacionales pertinentes, los cuales junto a la ley pasan a constituir el orden jurídico aplicable, esto es, el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa y objeto del control judicial.
- Se ha abandonado el limitado marco de revisión de los actos administrativos que solo pertenecen al Poder Ejecutivo. En la Actualidad, cualquier órgano público o privado dotado de potestad pública en ejercicio de la función administrativa puede estar en juicio por sus actos administrativos en nuestro Fuero Contencioso Administrativo.
- La tutela judicial efectiva también es amplia. Alcanza tanto a los derechos subjetivos, derechos subjetivos debilitados, intereses legítimos e intereses difusos (por parte de la entidad representativa).
- Cuando la Administración rechaza la vía recursiva administrativa por inadmisibilidad formal, antes era necesario iniciar un contencioso administrativo para remover tal obstáculo y condenar a la Administración a resolver el fondo de la cuestión, en cuyo caso el administrado tenía que volver a iniciar otro proceso contencioso. En la actualidad este anacrónico procedimiento no es aplicable, bastando solo que el actor argumente en la primera parte de su demanda las razones por las cuales se opone a la inadmisibilidad formal esgrimida por la Administración en sede administrativa.
- El momento en el que se analiza y resuelve la admisibilidad de proceso relacionado con la materia contencioso administrativa es en la primera etapa del proceso, es decir en el momento en que el Tribunal establece de oficio si la competencia corresponde a la jurisdicción, con audiencia de su Fiscal, como en la oportunidad de resolverse la excepción que pudiera hacer la parte como de previo y especial pronunciamiento. Anteriormente, el juez en la sentencia podía declarar la incompetencia del Tribunal (por ejemplo y entre otras cau-

sales por no haberse agotado la vía administrativa de acuerdo a las normas en vigor). Ello generaba un desgaste inútil a la jurisdicción, como la pérdida de tiempo y cansancio en los administrados, obstáculos que hoy están superados.

- De un proceso contencioso administrativo objetivo entendido como un proceso al acto, se va pasando a un proceso subjetivo donde se atiende a las pretensiones deducidas contra el acto. Es decir, que se amplía notoriamente el objeto de la pretensión.
- Ya no es necesario iniciar el contencioso administrativo para impetrar la ilegalidad del acto, y recién después ir a la vía civil para pedir la indemnización de los daños y perjuicios. En la actualidad el proceso contencioso administrativo revisa no sólo la juridicidad del acto cuestionado sino el pleno restablecimiento de la situación jurídica vulnerada pudiendo comprender la reparación pecuniaria respectiva.
- La denegatoria presunta es interpretada solo en favor del administrado, no distinguiendo entre presentaciones admisibles o inadmisibles, razón por la cual operada la misma, la Administración pierde la posibilidad de oponer excepciones fundadas en defectos en el agotamiento de la vía administrativa, lo que debió resolver oportunamente en su propia sede. Asimismo puede el administrado optar entre demandar por denegatoria presunta o bien provocar la resolución expresa mediante el amparo por mora de la Administración.
- La jurisprudencia ha morigerado la exigencia de nominar el proceso que se deduce, pudiendo admitirse el cambio de acción con anterioridad al momento de la habilitación del proceso contencioso administrativo mediante resolución judicial firme.
- A veces deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la pre-existencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que en caso de duda debe dirimirse con el fondo al momento de la sentencia. De tal manera la jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la admisión del control judicial.
- Jurisprudencialmente se considera que el control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad es una problemática que se vincula con el fondo de la cuestión. Es decir que se ha ampliado el control a cualquier clase de actos, en ejercicio de una actividad reglada o discrecional, debiendo el juez efectuar un control de juridicidad amplio, respetando el núcleo o esencia de lo discrecional: selección entre dos o más alternativas válidas. Incluso debe extenderse el control pleno de las reglas técnicas o científicas de universal consenso y un control de tolerancia frente a aspectos técnicos o científicos que trasuntan solo una verdad relativa.
- Por vía de la acción de inconstitucionalidad se ha admitido el control de los actos políticos sólo cuando afecten en forma personal y directa situaciones

jurídicas subjetivas tuteladas, admitiendo exclusivamente la revisión judicial en los aspectos reglados por el orden jurídico, respetándose el núcleo interno de carácter político discrecional.

2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bien sabemos todos, siguiendo a eminentes juristas como Gonzalez Pérez o Sabino Casesse, que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta en esencia garantizar precisamente que podamos llevar la cuestión a un tribunal imparcial e independiente dentro del Poder Judicial, a que la sustanciación de esta causa respete las reglas, la prueba, que tenga un tratamiento regular, que dure un plazo razonable, y que posteriormente –de tener una petición fundada– la misma se cumpla.

En esto, precisamente hay acuerdos que la receptan también. No cabe ninguna duda que nuestro país a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales en el marco del artículo 75 inciso 22 de la Constitución, tanto en el Pacto de San José de Costa Rica en sus artículos 8 y 25 y, el resto de los Tratados Internacionales, pasan a ser la fuente directa de aplicación y por lo tanto, se refuerza esto que nosotros tradicionalmente conocíamos como debido proceso en el marco de los artículos 18, 33 y 109 de la Constitución Nacional. También se ha afianzado en muchas provincias argentinas, a través de normas constitucionales en donde se utilizan incluso las expresiones de la tutela judicial efectiva o bien la idea de la subordinación de la Administración al orden jurídico.

No voy a hacer un análisis histórico sobre este tema, simplemente puntualizar que han habido constituciones como la Italiana, la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución Española, que se han preocupado encendidamente por incorporar con toda claridad este derecho a la tutela judicial efectiva por un Tribunal imparcial, independiente, que es –entre nosotros– el Poder Judicial –más allá de las características que puede tener alguno que otro ordenamiento– y de cristalizar principios de amplitud de tutela a derechos subjetivos, intereses legítimos y otras situaciones jurídicas determinadas, tratando de impedir que haya algún tipo de ámbitos que escapen al control judicial. Tema, este último que también intentaremos abordar en estas breves reflexiones.

Pero me formulo, o formulo la siguiente pregunta ¿Cómo se concilia este derecho a la tutela judicial efectiva tan generosamente resguardado por las normas locales e internacionales con lo que llamamos admisibilidad del proceso? Con estos requisitos que son requisitos procesales, aunque muchas veces estén regulados en normas que hacen a la ley de procedimiento administrativo, en definitiva con esto de preparar el control judicial suficiente.

Al respecto, sobre estos requisitos de admisibilidad la doctrina distingue cuatro, entre otros, los objetivos, subjetivos, temporales y materiales.

Así, al hablar de requisitos de admisibilidad o de inadmisibilidad la pregunta más concreta es la siguiente: cuándo el juez declara la inadmisibilidad –de entrada– de una pretensión ¿se está salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva?

En esto tenemos colección de pronunciamientos de la Corte Constitucional Alemana, Italiana, del Tribunal Supremo Español, entre otros, que dicen que sí, que efectivamente se puede salvaguardar la tutela judicial efectiva en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos: primero que exista una norma legal que haya previsto de antemano cuáles son los requisitos y que obviamente en caso de incumplimiento, el control judicial termina allí, con la declaración de inadmisibilidad. En segundo lugar, que haya una decisión justa y razonada -motivada- por parte del Tribunal que así lo declara, que aplica la norma.

Entonces, como advertimos, el derecho a la tutela judicial efectiva no significa que tengamos, necesariamente, que obtener una sentencia que resuelva el fondo de la cuestión, sino que también se satisface con un pronunciamiento que declare la inadmisibilidad en la medida en que sea fundado, que sea motivado y que sea la derivación razonada de una norma expresa que así lo haya permitido. Y podemos agregarle algo más, salvo un rigorismo formal excesivo, una irrazonabilidad, en cuyo caso siempre existe la posibilidad de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad de esa norma.

El Tribunal Supremo Español ha dicho varias veces que es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una causa que de entrada es inadmisibile formalmente. Es decir que la misma cuestión de inadmisibilidad ya nos lleva a saber cuál va a ser la solución, o cuál va a ser la declaración. Por ese motivo, es de fundamental importancia que conozcamos estos requisitos de admisibilidad, que veamos cuál es su alcance y cuál es la morigeración de estos principios a la luz de estos tratados que tan generosamente subordinan hoy a los tres poderes del Estado a un orden jurídico mucho más sofisticado que el que teníamos mucho tiempo atrás. Hoy un abogado no debe hacer un análisis aislado de la norma legal o reglamentaria, sino atenerse o mirar mucho más arriba comenzando con la primacía del orden jurídico que parte de la Constitución y de los Tratados Internacionales. La interpretación es, entonces, más que literal, contextual.

3. AMPLITUD DEL CONTROL. NO SÓLO DE LEGALIDAD SINO DE JURIDICIDAD

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20 ap. 3§), la Constitución Italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución Española (arts. 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Administración Pública hoy no sólo se sujeta a la ley sino también al derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que como la de Córdoba subordinan la Administración al "orden jurídico" (art. 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los prin-

ceptos generales del derecho, los cuales junto a la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo se debe hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base sólo de la ley sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico. Este es el criterio que adopta el Tribunal Superior de Justicia en sus pronunciamientos.

4. MOMENTO EN QUE SE ANALIZAN Y RESUELVEN LOS REQUISITOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Vamos a comenzar analizando en qué momento del proceso tiene que verificarse el cumplimiento de estos requisitos de admisibilidad: ustedes saben que es muy recurrente, en años anteriores y aún en muchas provincias argentinas, que después de tramitado todo el proceso el juez en la sentencia declara la inadmisibilidad porque no agotó bien la vía administrativa, con una pérdida de tiempo por parte de la Administración y del propio Poder Judicial.

Los nuevos códigos contenciosos y criterios jurisprudenciales van orientando a que esto se defina en la primera parte del proceso. En tal sentido, Gutiérrez Colantuono¹ analiza el control contencioso administrativo de la Provincia de Neuquén, en donde estas cuestiones de admisibilidad terminan en la primera etapa del proceso, cuando el juez de oficio o con dictamen del fiscal se pronuncia sobre la competencia o incompetencia del Tribunal. Cuando hablamos de competencia o incompetencia estamos hablando en un sentido genérico referido al análisis de las principales cuestiones de inadmisibilidad. O bien, cuando se interpongan las excepciones de previo especial pronunciamiento con la intervención de las partes pertinentes, que es lo me-

1. GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo (Coord) El control judicial de la actividad administrativa en Neuquén, Publifadecs, General Roca (Río Negro), 2005.

jor, pues en caso de duda el Tribunal debería precisamente escuchar las partes antes de declarar la inadmisibilidad del proceso, como principio general.

Luego, esa es la última etapa en la cual hay que tratar los problemas que se vinculan con la admisibilidad del proceso. Esto lo hemos dicho reiteradamente en la jurisprudencia de Córdoba y creemos que es el camino apropiado para evitar los defectos que hemos aludido precedentemente.

Sabido es que como paso previo a la dilucidación del fondo de la cuestión es presupuesto procesal inexcusable el análisis de determinadas circunstancias relacionadas con la admisibilidad del proceso.

Así entonces, la pretensión contencioso administrativa debe analizarse por parte del Tribunal competente desde una doble perspectiva: primero su admisibilidad y recién entonces la viabilidad de la pretensión sustancial susceptible de motivar una sentencia denegatoria o favorable.

Como dice el Tribunal Supremo Español “...es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una pretensión cuyo planteamiento no puede legalmente admitirse. La misma naturaleza de la decisión de inadmisibilidad excluye entrar en otras consideraciones. Si no concurren alguno de los requisitos procesales no debe emplearse la expresión desestimar sino declarar inadmisibile...”.

Todo ello, por cuanto es bien sabido que la competencia del Tribunal es de orden público por lo que es deber insoslayable del mismo averiguar si se han cumplido los presupuestos procesales que lo hacen viable.

Como lo ha sustentado reiteradamente González Pérez², el derecho a la tutela judicial efectiva debe considerarse satisfecho con la obtención de una resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión por algún motivo formal cuando concurra alguna causal legal y así lo acuerde el Tribunal en aplicación razonada de la misma. En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba³.

Tal como se adelantó, los requisitos de admisibilidad pueden clasificarse en objetivos, subjetivos, temporales y materiales.

Aún cuando la doctrina discute si debe hablarse de requisitos de admisibilidad de la acción o de la pretensión, ratifico la postura de Vivancos compartida incluso por Hutchinson en el sentido de que la inadmisibilidad es susceptible de recaer sobre la pretensión. Sin entrar en disquisiciones doctrinarias, la acción existe con independencia de los fundamentos de la pretensión; es un derecho autónomo. La pretensión es una manifestación de voluntad cuya realización y ejecución están condicionados por las apreciaciones del órgano jurisdiccional. La ley nos da la acción para que podamos formular pretensiones. La pretensión es la vertiente interna del diseño de las partes⁴.

2. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Civitas, 1984, p. 30 y ss.

3. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 18/1996 “Theaux de D’Intino c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”; Sent. Nro. 14/2002 “Agüero, Raúl Jesús c/ E.P.O.S.”

4. VIVANCOS, Eduardo, Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, Ed. Bosch, Barcelona 1963, págs. 127 a 130

Los requisitos objetivos se relacionan con la materia, es decir con la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo regido por una normativa de derecho administrativo y esencialmente con la naturaleza administrativa del acto impugnado, según el énfasis que pongan al respecto los diversos códigos procesales de la materia.

Los requisitos subjetivos se relacionan con la competencia del Tribunal que debe dirimir el conflicto y con la capacidad de las partes según las leyes de fondo.

Los requisitos temporales se refieren a los diversos plazos estipulados por los códigos respectivos, la demanda interpuesta en forma prematura o extemporánea.

Mientras que los requisitos materiales se relacionan con el agotamiento de la vía administrativa impuesta como paso previo de inexorable cumplimiento, el pronto despacho y en definitiva, como se genera el acto que causa estado o la presunción denegatoria. También puede relacionarse con otros requisitos como el *solve et repete*.

Es de suma trascendencia analizar el momento en que el Tribunal resuelve esta temática. Cuando regía el Código anterior –Ley 3897– existía numerosa jurisprudencia que consideraba que tanto en la primera parte del proceso (oficiosamente o al interponerse excepciones) como al momento de la sentencia, podía el Tribunal analizar tales aspectos. Es indudable el desgaste jurisdiccional inútil y el cansancio de los derechos del administrado cuando después de tramitado todo el juicio, el juez en la sentencia declaraba la incompetencia del Tribunal (por ejemplo y entre otras causales por no haberse agotado la vía administrativa de acuerdo a las normas en vigor).

En la actualidad, al amparo del nuevo Código de Procedimiento Contencioso Administrativo –Ley 7182– la jurisprudencia local ha clarificado definitivamente esta problemática con uniformes pronunciamientos de ambas Cámaras en lo Contencioso Administrativo, como así también del Tribunal Superior de Justicia⁵. En consecuencia, tal cuestión queda dilucidada en la primera etapa del proceso, es decir en el momento en que el Tribunal establece de oficio si la competencia corresponde a la jurisdicción, con audiencia de su Fiscal, conforme al artículo 11, como en la oportunidad de resolverse la excepción que pudiera hacer la parte como de previo y especial pronunciamiento.

El sistema normativo establece sólo dos momentos para su análisis y resolución, siempre dentro de la primera etapa: a) cuando habilita la pretensión al establecer si corresponde o no la competencia del tribunal previo dictamen del Fiscal de las Cámaras; b) cuando sin perjuicio de lo que haya establecido en la habilitación, resuelve las excepciones de previo y especial pronunciamiento. A partir de allí, la competencia del Tribunal queda radicada en forma definitiva no pudiendo volver a tratar ningún requisito de admisibilidad al momento de emitir la sentencia, salvo algunos supuestos de menor importancia condensados en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 24 del Código.

5. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 4/1996 "Tejeda c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 55/1996 "Ezequiel de Ferrazano c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 59/1996 "Costa, Roberto y ots. c/ Provincia de Córdoba", entre otras.

En definitiva, conforme al artículo 26 del C.P.C.A, las excepciones que se fundan en el término de la presentación de la demanda y las de incompetencia, deberán oponerse siempre en forma de artículo previo. Los requisitos de admisibilidad más importantes siguen esta suerte ya que se encuentran enmarcados en el amplio horizonte de las cuestiones de "competencia" salvo en lo que respecta a la falta de capacidad o de personería de los litigantes o de quienes los representan, el defecto legal y la litis pendencia, que podrían ser motivo de una excepción dilatoria y ser finalmente desestimados en la sentencia (arts. 24 inc. 2, 3 y 4 en concordancia con el 26).

Ello significa que los requisitos procesales esenciales susceptibles de determinar la incompetencia del Tribunal no pueden ser introducidos como excepciones dilatorias al momento de contestar la demanda.

La jurisprudencia antes citada, que ha clarificado definitivamente la cuestión en base al sistema normativo vigente, ha señalado que *"... en virtud de lo dispuesto por el art. 11 en concordancia con los arts. 24 y 26 del C.P.C.A Ley 7182, en principio, una vez admitida la demanda y resuelta las excepciones de artículo previo si las hubiere, la competencia de la Cámara Contencioso Administrativa queda radicada en forma definitiva (a diferencia del sistema anterior que era "prima facie"). En consecuencia no es dable la consideración de la problemática acerca de la admisibilidad referenciada por la demandada (al contestar la demanda como en el alegato) sobre la carencia de uno de los presupuestos procesales inexcusables para la admisibilidad de la jurisdicción contencioso administrativa como es la falta de agotamiento de la vía administrativa en tiempo y forma, por cuanto no fue opuesta como excepción de incompetencia en forma de artículo previo de acuerdo al art. 26 del C.P.C.A. Ha precluido, entonces la posibilidad de su discusión y decisión posterior."*

El art. 3 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Nacional (dirigido por el Prof. Dr. Julio Comadira y aprobado por Diputados de la Nación en 1988) establece: "la competencia contencioso administrativa quedará excluida cuando el juez de oficio o a petición de parte y luego de trabada la litis, pueda fundamentadamente concluir que la norma prevaleciente y determinante para resolver la causa es de derecho privado. En todos los casos se requerirá opinión del agente fiscal".

El artículo 29 dispone que "Además de las previstas en la legislación procesal el demandado podrá oponer como excepción de previo y especial pronunciamiento aquellas fundadas en la inadmisibilidad de la instancia por falta de agotamiento de la vía administrativa, en la firmeza del acto administrativo o en la caducidad de la acción por haber sido interpuesta fuera del plazo legal. No procederá la declaración de oficio de la caducidad y de ninguna otra cuestión vinculada a la admisibilidad de la instancia judicial". Se podría decir que existe una aparente contradicción con el artículo 3 referido *supra*, ya que a diferencia de este último la incompetencia puede declararse de oficio, sin embargo, los autores del proyecto, con buen criterio, prefieren acentuar la causal esgrimida en el citado precepto como presupuesto procesal de orden público que por su relevancia aún puede declararse de oficio.

El artículo 31 dispone el momento de la resolución de tales excepciones, luego de contestada la demanda, en la cual el juez fijará los hechos sobre los que recaerá la prueba y depurará las mismas.

Si bien de la teleología de los artículos mencionados las cuestiones de admisibilidad se resuelven en la etapa posterior a la contestación de la demanda con la necesaria interposición de la excepción de previo y especial pronunciamiento, sin embargo, no existe un dispositivo normativo claro y contundente que diga –como en el sistema de Córdoba– que tales cuestiones deben quedar dirimidas en la primera etapa del proceso, no pudiendo introducirse con posterioridad y tratarse juntamente con el fondo de la cuestión. Esto último podría perpetuar el abuso que se daba en épocas anteriores donde el juez en la sentencia podría declarar la inadmisibilidad del proceso, como ocurría en Córdoba antes de 1986 y aún hoy sigue ocurriendo en muchas Provincias Argentinas. Por ejemplo, qué sucedería si las partes en el momento de alegar dijeran que el acto sujeto a revisión se encuentra firme y consentido o que se trata de un acto institucional. Nada dice al respecto el Proyecto con relación al momento en que debe dirimirse su inadmisibilidad con la contundencia necesaria.

5. EL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Otro de los problemas que se plantea es determinar cuál es el objeto del proceso administrativo o del contencioso administrativo; ¿sigue siendo el proceso al acto o en estos últimos tiempos ha habido una maduración por llamar proceso a la pretensión contencioso administrativa? Voy explicitar brevemente lo que me parece más importante desde el punto de vista práctico.

Por un lado, este apego al acto actualmente sigue funcionando. Sin embargo, lo tenemos que ir flexibilizando, apostando al acceso a la jurisdicción. Concretamente: es cierto que cuando se realiza la demanda contenciosa administrativa se cuestiona la antijuridicidad ese acto, pero no cabe ninguna duda, que es factible aportar nuevos elementos de juicio que no presentados al momento de agotar la vía administrativa o aportar nuevos argumentos jurídicos o elementos probatorios. Es posible incluso atacar directamente en el proceso cuestiones nuevas que introdujo la Administración al momento de agotar la vía administrativa. Supónganse que yo me voy por una cesantía pero el último acto que agota la vía administrativa me habla de cesantía pero también de inhabilitación para ejercer la profesión o el oficio; es claro que yo no necesito agotar de nuevo la vía administrativa con respecto a este agregado que hace la Administración, sino que es posible impugnar todo en el proceso.

Supónganse que la Administración cuando yo interpongo un recurso o un reclamo, en los que preciso el objeto de lo que quiero, la Administración me responde parcialmente: ¿tengo, por una parte que impugnar expresamente y por la otra parte por silencio? No, cuestiono todo directamente. De igual modo, toda la problemática

del cuestionamiento de los reglamentos, en esto ya se ha avanzado, se efectúa a través de la impugnación del reglamento directamente por la publicación o bien con motivo del acto particular y concreto, tengo dos formas de hacerlo.

Y el cuestionamiento de los hechos: o voy directamente, como a veces permite el Código de Neuquén, o bien a través de una reclamación previa en la cual motivo que la Administración se expida. Si la Administración se expide interpretando normas de Derecho Administrativo, muy bien, me voy al contencioso administrativo; si la Administración se pronuncia interpretando normas de Derecho Civil, salvo en Neuquén, en el resto de las provincias argentinas –la mayor parte– me voy al fuero civil. En definitiva, podemos notar que no es sólo el proceso al acto, sino que se va ampliando un abanico de posibilidades con respecto a las soluciones de la Administración.

En relación con el silencio administrativo el ordenamiento jurídico brinda hoy una doble herramienta, que es el amparo por mora, para operar con certeza, o bien hacer uso del silencio. Al respecto, entiendo que esas posibilidades son optativas para el particular, lo cual obsta a que se sostenga que se presume que la Administración ya se pronunció por silencio pero usted dejó vencer el plazo y no puede interponer amparo por mora, no. La denegación presunta sólo beneficia al administrado y éste solamente puede invocarlo en su beneficio. La Administración no puede decir que se olvida por silencio.

El artículo 1° de la Ley 7182 comienza diciendo "*Corresponde la jurisdicción contencioso administrativa a las causas que se promuevan por parte legítima, impugnando los actos administrativos...*".

La parte legítima no es sólo el administrado que demanda al Estado sino también la propia Administración cuando articula la acción de lesividad.

Pero, lo relevante es que el objeto de la revisión es esencialmente el "acto administrativo" tanto expreso como presunto. De allí que la jurisdicción contencioso administrativa es revisora de lo actuado en vía administrativa en cuanto requiere la existencia previa de un acto administrativo. Debe quedar en claro que lo que pretende salvaguardar este principio es que en sede judicial no se varíen las pretensiones formuladas en sede administrativa, pero nada impide que en el proceso se agreguen nuevas pruebas o se amplíen los fundamentos jurídicos.

Resulta interesante lo preceptuado por el artículo 10 del Proyecto cuando establece que "*No podrán articularse en sede judicial, cuestiones no planteadas en sede administrativa, pero podrán deducirse las cuestiones no planteadas y resueltas, o las planteadas y no resueltas*".

La primera parte de la norma confirma la esencia de la jurisdicción revisora: no pueden introducirse nuevas pretensiones. La segunda parte, implica que cuando la Administración resuelva agregando cuestiones nuevas, no es necesario agotar independientemente por ello, otra vez, la vía administrativa, sino directamente en el juicio esgrimir lo necesario para su defensa. Por último, la norma refiere aquellos casos que la Administración contesta parcialmente, en cuyo supuesto el accionante

continúa en juicio con su pretensión originaria, es decir, incluyendo también lo no tratado por la Administración.

La exigencia de impugnación de un acto administrativo no significa, empero, asumir una concepción de la jurisdicción revisora ceñida a un proceso objetivo contra el acto, pues al propio tiempo se analizan las pretensiones de las partes, lo que importa pasar de un proceso objetivo a uno subjetivo. Sobre el particular el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha destacado que el sistema contencioso administrativo –Ley 7182– ha establecido un verdadero proceso, en el que la materia de la acción ante la justicia es la pretensión⁶.

Esto significa que de un proceso contencioso administrativo objetivo entendido como un proceso al acto, se pasa a un proceso subjetivo donde se atiende a las pretensiones deducidas contra el acto, lo que significa que el control judicial de la Administración está dirigido a la protección de los derechos e intereses de los particulares enfrentados a las potestades de la Administración.

Esta definición legal y jurisprudencial de los alcances de los poderes del Tribunal con motivo del control de legalidad de un acto administrativo lesivo de un derecho subjetivo, por vía de una acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, encuentra acogimiento favorable en destacada doctrina y legislación comparada. Así, García de Entrerría⁷ postula que *"..la justicia administrativa no es ya, por tanto, un sistema de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la Administración, según la tradición, ya definitivamente claudicante, del exceso de poder, sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, tutela plenaria.."*⁸.

Esta doctrina amplia propugnada es la más adecuada al grado de desarrollo del derecho administrativo que, como una manifestación concreta del Estado de Derecho, se ubica y consolida en su hacer permanente en pos del interés general, porque a esa mayor potestad y penetrabilidad del comportamiento estatal, debe adecuarse la tutela de los administrados con todas las garantías que les corresponden⁹.

Nos queda otra gama de cuestiones en la cual este proceso al acto no brinda una respuesta satisfactoria; de allí estos avances de la nueva normativa del contencioso administrativo de España, que nos habla precisamente, de ir, ya no a una justicia sobre el acto, sino a una justicia sobre la pretensión en lo contencioso administrativo. Y les voy a poner un ejemplo para que lo vean bien claro: en Córdoba se discutía la incapacidad de un empleado público, la Caja sostenía que no alcanzaba al sesenta y seis (66 %) de incapacidad, el administrado obviamente aducía padecer más que ese grado de incapacidad. Cuando se tramita el contencioso, las pericias logran demostrar que

6. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 76/2000 "Bencivenga c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba"; Sent. Nro. 122/2000 "Suárez c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba", entre otros.
7. GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Edit. Civitas, 1992, p. 69 y ss.
8. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, p. 25.
9. ABAD HERNÁNDEZ, Jesús, "Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción: sentido y alcance en el Código de la Prov. de Córdoba", con nota al fallo "Porvarchik, c/ Municipalidad de Córdoba", 30/03/1973.

el accionante tenía más del sesenta y seis (66%) de la total obrera, pero, en realidad, este presupuesto fáctico fue fehacientemente acreditado mediante las pericias que se realizaron durante el proceso judicial. En la última pericia de la Administración pública no estaba bien claro si el actor alcanzaba más del sesenta y seis por ciento (66%) de la T.O.. Entonces, ajustados rigurosamente al principio de la revisión del “acto” administrativo se tendría que haber ratificado la denegatoria del beneficio, pues al momento del dictado del acto administrativo base, no estaba bien probado que el administrado alcanzara el porcentaje de incapacidad exigido por la ley para poder ser titular del derecho previsional a la jubilación por invalidez.

Pero habría sido objeto de críticas por un excesivo rigor formal rechazar la acción contencioso administrativa por esa razón, cuando en la etapa judicial, en forma contundente, se acreditó que el demandante padecía más del sesenta y seis por ciento (66%) de la T.O. de la incapacidad laborativa. Consecuentemente, hicimos toda la interpretación del ordenamiento de Córdoba, en el sentido de que si bien el Código nos habla de la “revisión al acto”, implícitamente quiere decir, a la luz de los principios constitucionales emergentes, que la “revisión es a la pretensión” contenciosa administrativa, e indudablemente terminamos haciendo lugar a la demanda, pero en lugar de retrotraer los efectos a la emisión del acto impugnado, condenamos a la Administración para que le otorgue la jubilación a partir de la fecha correspondiente. Ustedes ven cómo, en forma práctica, podemos aplicar este principio de la jurisdicción revisora que se hizo efectiva en el citado precedente “Bencivenga”.

En Neuquén, la jurisprudencia del Tribunal Superior ha admitido que en los casos en los cuales la parte ha omitido en sede administrativa, por ejemplo, pedir los daños y perjuicios, es posible su planteo en sede judicial y por lo tanto, todo lo que sea consecuencia inmediata de la pretensión puede ser motivo perfectamente de la sentencia final.

En particular, podemos analizar como *objeto* del proceso contencioso administrativo a:

a. Hechos: Si en el sistema de Córdoba la revisión judicial recae sobre los actos administrativos, los hechos quedan en principio excluidos, a diferencia de Corrientes, Mendoza e incluso el Proyecto Nacional que permiten su impugnación directa. Empero, bien sabemos que aún en nuestro ámbito provincial por vía indirecta también podemos llegar a enjuiciar los hechos en base a la siguiente estrategia: cuando estamos frente a un hecho se debe provocar la emisión del acto. Así, por ejemplo, si se ha omitido encasillar a un empleado debe pedirse que se lo haga y, ante el acto denegatorio expreso o presunto, se debe promover la vía recursiva prevista como paso previo al proceso. Hay determinados hechos que provocan actos sujetos a la revisión civil (reclamo de indemnización de daños por inundación de una casa generada por la Municipalidad) y hay otros, que generan el control contencioso administrativo (petición de pago de un adicional del sueldo pero el acto que lo rechaza interpreta normas de derecho administrativo).

b. Reglamentos: Los reglamentos también pueden ser objeto de revisión, directa o indirectamente a través de los actos particulares, siempre que produzcan la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de carácter administrativo. Aunque los preceptos normativos aplicables no son demasiado claros al respecto, tanto en la Nación como en las Provincias debe tenerse presente que el reglamento es un acto administrativo de carácter general y como tal, se enmarca en el sistema recursivo administrativo y de control judicial en paridad de condiciones que las de un acto administrativo particular.

En la causa “Martínez Luque”¹⁰ el Tribunal permitió la revisión directa de los reglamentos en la medida que éstos no sean de naturaleza legislativa.

El nuevo Proyecto nacional le da adecuado tratamiento postulando su plena revisión (cfr. arts. 2 y 9).

c. Contratos administrativos: Con relación a los contratos administrativos, es bien sabido que la revisión se hace mediante los actos particulares que como consecuencia de los mismos se dictan con motivo de la celebración, ejecución y finalización del contrato. Es decir que la problemática suscitada por la interpretación, modificación o extinción del contrato se explicita a través de los actos individuales susceptibles de revisión (adjudicación, rechazo de intereses por mora, reclamo de mayores costos, incidencias por la recepción de la obra, gastos improductivos, rescisión, etc.).

Lo mismo estipula el Proyecto Nacional en su artículo 16 permitiendo además que el cocontratante inicie la acción judicial dentro de los plazos previstos o después de extinguido el contrato. En todos los casos debe agotarse la vía administrativa.

6. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

El agotamiento de la vía administrativa es otro de los focos en los cuales uno puede preguntarse –y muchos se preguntan– ¿conspira con lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva? Y me voy a permitir ser contundente en este aspecto: analizando la evolución del derecho comparado, hubo épocas, diría hasta los años ochenta, ochenta y cinco, en donde había posturas que combatían enfáticamente esta obligación del administrado de agotar la vía administrativa, que en cierta forma, en muchos ámbitos de la Administración Pública no deja de ser una carrera de obstáculos que tiene que superar el administrado.

En esa época se comenzaron a suprimir y a facilitar el agotamiento de la vía administrativa haciéndolo facultativo. Eso se dio especialmente en Europa, en donde en algunos Congresos, especialmente de profesores italianos y alemanes, se dieron cuenta que haber suprimido la necesidad de agotar la vía administrativa había generado

10. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm. Sent. Nro. 60/1985.

una sobrecarga de la jurisdicción tan espantosa y tan grande, que los procesos, que en Alemania duraban dos años, pasaron a durar cinco años.

Consecuencia de ello a nivel internacional, a partir de la década del noventa, comenzaron a poner más acento en los Tribunales administrativos y en Tribunales fiscales como es el caso de Francia o una Comisión encargada por un juez para tratar de resolver consensualmente las demandas judiciales pecuniarias contra la Administración Pública.

Es decir que se empezó a poner énfasis nuevamente en el agotamiento de la vía administrativa, pero con la siguiente característica: que sea a través de un procedimiento ágil y rápido, que al menos la Administración tenga la oportunidad de pronunciarse una vez. Y yo creo que esto es sumamente valioso, especialmente para que la cúspide de la Administración que después va a tener que soportar las consecuencias de una demanda judicial y una sentencia a lo mejor adversa, pueda dar más fundamentos en el supuesto caso que tenga razón y –de esa forma– con el último acto que agota la vía administrativa automáticamente está redactando la contestación de la demanda que va a hacer el Estado. Por otro lado, ello permite percibir que si tiene la razón el administrado esa es la oportunidad para dar marcha atrás y evitarse un proceso judicial adverso. En mi criterio, la tendencia es que al menos exista un recurso para darle oportunidad a la Administración pública a pronunciarse antes de la vía judicial.

También merece algún tipo de reflexión que, más allá que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido vacilante en relación a la necesidad o no del recurso de reconsideración, cierto es que en los países más desarrollados la tendencia es mantener al menos un recurso obligatorio y eso no violenta para nada lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva que, a lo sumo, puede demorarse un poco más, sólo eso.

Ello deriva en la recomendación de que no hay que denegar por denegar el recurso, que hay que fundamentar muy bien la denegatoria y que hay que, además, aceptar cuando asiste razón en derecho al administrado.

Otro de los puntos que se ha puesto de moda en nuestros modernos códigos procesales es la innecesidad del agotamiento de la vía cuando ello configura un ritualismo inútil. Se dice –y la jurisprudencia así también lo ha consagrado– que cuando ya hay cien reclamos o recursos en donde la Administración ha dicho que no ¿Para qué volver de nuevo a intentar agotar la vía administrativa? En mi modesto entender –quiero ser rápido también porque hay algunos temas que quiero compartir con ustedes– creo que hay que evitar en el sistema recursivo administrativo la discrecionalidad de la Administración y también del Juez.

Yo prefiero pautas claras, en un país como el nuestro. Prefiero términos amplios, generosos, para agotar la vía administrativa, pero no aquellos sistemas que instalan denuncias de ilegitimidad y que de acuerdo al capricho jurisprudencial, en un caso puedo ir con el fondo de la cuestión a la vía judicial y en otros casos no. O sistemas que hablen de ritualismos inútiles en donde de acuerdo al criterio mágico del administrador o del juez –en su caso– incurro en un ritualismo inútil o no.

No es que prejuzgue, porque entiendo que cada día la justicia en la Argentina va a ir dando pautas de mayor transparencia y seriedad, pero sí creo que hablar del ritualismo inútil obliga a fijar claramente su alcance en la ley, no dejar un concepto jurídico indeterminado al libre albedrío del juez de turno. Estas son cuestiones muy importantes, por eso si hablo de ritualismo debo indicar en qué casos se configura, para todos por igual, no para un sector o para alguien privilegiadamente. Entonces, cuidado con este tipo de institutos que a veces se ponen de moda pero que generan alguna suerte de incertidumbre y falta de seguridad jurídica.

El artículo 1 citado del Código de Córdoba cuando impone como presupuesto procesal que se impugne un acto administrativo, exige en el inciso a) que el mismo cause estado en razón de haberse agotado a su respecto las instancias administrativas.

El acto que causa estado es un acto administrativo definitivo (art. 77 L.P.A.) contra el cual se han interpuesto en tiempo y forma los recursos administrativos a fin de agotar la vía administrativa, cumplimentando de tal forma con el artículo 178 de la Constitución Provincial.

El acto definitivo es el que resuelve el fondo de la cuestión a diferencia de los actos interlocutorios o de trámite que sólo resuelven las medidas procedimentales. Como es sabido, excepcionalmente estos últimos pueden asimilarse a los definitivos cuando impiden totalmente la tramitación de la cuestión que interesa al administrado (archivo, caducidad de instancia, etc). Lo mismo está previsto en el Proyecto Nacional en el artículo 7 incisos a y b.

En el caso "Ortíz Arévalo c/ Tribunal de Disciplina de Abogados", la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba, dijo *"...que es sabido la relevante función del Tribunal de Disciplina de Abogados en pro del correcto ejercicio de la profesión resguardando el interés público en juego. Como tal ejerce la función administrativa conforme a la ley de la materia pudiendo dictar: a) actos administrativos sancionatorios que de por sí sean susceptibles de agraviar derechos subjetivos o intereses legítimos, o bien b) medidas cautelares provisionales estrechamente vinculadas a un sumario administrativo o a un proceso penal. Estas últimas no constituyen el acto administrativo definitivo idóneo para hacer posible el control contencioso administrativo..."*. Más adelante agrega que: *"...Resolver sobre el fondo de la cuestión implica pronunciarse sobre la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo o interés legítimo tutelado..."*.

El Tribunal Superior de Justicia en una causa donde se impugnó la resolución ministerial y su confirmatoria que dio por finalizada la investigación administrativa previa y ordenó como consecuencia de ella la apertura de un sumario de carácter disciplinario, señaló que tal resolución no es susceptible de lesionar un derecho subjetivo administrativo, pues no es un acto definitivo sino preparatorio de la futura voluntad de la administración que surgirá cuando se termine el sumario respectivo. Aclaró además que, dicha resolución no es idónea para hacer posible el control contencioso administrativo, ya que es insusceptible de lesionar un derecho subjetivo o

interés legítimo pues produce efectos jurídicos directos, pero sólo sobre el trámite del sumario administrativo, no sobre el fondo del asunto¹¹.

En dicha causa se argumentó que *"...la decisión de la Administración que tras llevar adelante una investigación administrativa previa, ordena la sustanciación de un sumario, es insusceptible de lesionar el derecho al buen nombre y honor, en razón que es precisamente el principio de inocencia el que, en la sustanciación del sumario, despliega sus efectos protectores para garantía de los derechos del ciudadano, y en tanto no medie una resolución definitiva, absolutoria o condenatoria, no puede oponerse, con base objetiva, una lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo."*

Por lo demás, la diferencia entre el acto que causa estado con el firme o consentido es que en el primero el agotamiento de la vía administrativa se produjo en tiempo y forma, en cambio en el segundo, o se han vencido los términos o no se lo hizo conforme a las normas en vigor. Los actos firmes o consentidos no pueden, como es obvio, ser revisados en sede judicial, ya que un requisito procesal inexcusable es que el acto sea definitivo y que haya causado estado. Tampoco puede iniciarse la vía ordinaria porque el presunto acto causante del daño sigue teniendo presunción de legalidad. Sólo después de la declaración de ilegitimidad del acto podrá pensarse en su reparación. Esto ha menester subrayarlo porque a veces sucede que quienes han consentido lo validez del acto, pretenden "inocentemente" por vía ordinaria civil reclamar daños y perjuicios. Ello es incorrecto y el juez que lo recepte está invalidando implícitamente un acto administrativo que sólo la jurisdicción contencioso administrativa puede anular.

En el sistema de Córdoba al igual que en el resto del País, en todos los casos debe procurarse el agotamiento de la vía administrativa hasta llegar a la autoridad con facultad para resolver en última instancia. Su objeto no es sólo evitar el efecto sorpresa sino en esencia responsabilizar a los órganos superiores que en definitiva son los primeros responsables de las consecuencias ulteriores. Estos últimos pueden evitar la revisión judicial haciendo lugar a los recursos cuando corresponda ejercitando un verdadero control de juridicidad, o fundar mejor los actos denegatorios susceptibles de control jurisdiccional. En principio, el custodio máximo de la organización o su nivel inmediato inferior, deben tener la posibilidad de evitar el pleito o al menos tener conocimiento de su interposición.

Este objetivo se logra parcialmente en el nuevo Proyecto Nacional ya que es demasiado generosa la fórmula del artículo 14 cuando esgrime los diferentes supuestos en los que no es necesario en forma previa el agotamiento de la instancia administrativa. En los tres primeros supuestos considero imprescindible que se de a dichas autoridades la posibilidad de revisar sus actos.

Con relación a lo previsto en el artículo 14 inciso g) del Proyecto, considero que constituye una fórmula peligrosa dejar al sólo criterio judicial la calificación de "ri-

11. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 148/2000, "Marcoletta, Juan Carlos c/ Provincia de Córdoba".

tualismo inútil" ya que este mecanismo incorrectamente utilizado podría desvirtuar totalmente en la práctica el agotamiento de la vía administrativa.

7. RECHAZO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA POR RAZONES FORMALES

Qué sucede si la Administración rechaza el o los recursos interpuestos a fin de agotar la vía administrativa por inadmisibilidad formal. Antes, era necesario iniciar un primer contencioso administrativo por ilegitimidad y en caso de ganarlo el administrado, se condenaba a la Administración a emitir un nuevo acto entrando al fondo de la cuestión; recién entonces podía incoar otro contencioso administrativo.

Por suerte este anacrónico criterio ha sido a todas luces superado (causa "Gruy y Cerrito", C.C.A.C., 1º Nom) y hoy se exige que el administrado explicita en la primera parte de la demanda las razones formales que justifican el correcto agotamiento de la vía y la ilegalidad de la Administración al desestimar formalmente el recurso. Una vez explicado tal aspecto y su agravio, ingresa recién a desarrollar los argumentos de fondo. Es indudable que esto podrá ser materia de tratamiento por el Tribunal tanto al momento de establecer si corresponde declarar la habilitación de la causa como en la oportunidad de interponerse las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Esta problemática también se encuentra superada en el Proyecto Nacional conforme lo dispuesto en el artículo 10.

Otro supuesto, en el que no procede la inadmisión del proceso contencioso administrativo tiene lugar cuando la Administración al resolver las impugnaciones administrativas deducidas por el administrado al agotar la vía administrativa, entra al fondo de la cuestión sin poner de manifiesto en esa oportunidad deficiencias formales en el agotamiento de la vía administrativa que no le habrían permitido resolver sobre el fondo (por ej. extemporaneidad del recurso, incompetencia material del órgano, existencia de actos anteriores firmes y consentidos sobre idéntica petición, etc.).

En ese caso, la jurisprudencia local¹² ha juzgado que el Tribunal, con audiencia de su Fiscal, al resolver si la causa correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa (art. 11, Ley 7182), no podía excluir de la revisión judicial a los actos administrativos impugnados "*aduciendo motivos formales que en ellos no se expresaron*", como es el de la existencia de actos administrativos precedentes producidos en presencia de idéntica petición, fundada en idénticos hechos y derecho, que habían adquirido la calidad de definitivos, firmes y consentidos por falta de impugnación. Si la Administración al denegar el recurso de reconsideración en forma expresa obvió el aspecto formal y se pronunció sobre el fondo del planteo, resulta improcedente

12. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 10/1995 "Buena Luque, Sara c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba".

que el Tribunal impida el acceso a esta jurisdicción en función de cuestiones formales que a la propia Administración le hubiesen impedido pronunciarse por el fondo de la cuestión planteada¹³. Lo contrario, vulnera el derecho de defensa de la actora, quien al demandar no atacó un argumento formal que no había sido esgrimido por la propia Administración en el acto expreso enjuiciado.

8. ACTO BASE OBJETO DE LA DEMANDA

Debe tenerse presente que el objeto de la revisión judicial es esencialmente el acto base contra el cual se han interpuesto los recursos administrativos. Con ello dejamos atrás la equivocada costumbre de impugnar sólo en la demanda el último acto administrativo que cierra la instancia administrativa. Lo ideal es cuestionar los fundamentos de ambos.

Así lo ha remarcado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba¹⁴ al señalar que el objeto de la revisión judicial es el "acto base", es decir el que produjo el agravio primigenio y contra el cual se han interpuesto los recursos administrativos. Deberían cuestionarse ambos, empero, lo esencial es que se impugne el primero y se acredite el agotamiento de la vía recursiva en tiempo y forma.

9. REITERACIÓN DE ACTO QUE REPRODUCE UNA MISMA VOLUNTAD FIRME Y CONSENTIDA

El Máximo Tribunal local¹⁵ se ha pronunciado sobre si es dable admitir la posibilidad de un nuevo planteo por la administrada referido a la interpretación de la norma que regla sobre la modalidad de pago de las prestaciones periódicas que integran el beneficio acordado, cuando como acontece en la especie, media un reclamo anterior en el mismo sentido, que ya fue resuelto por la Administración sin impugnación de la interesada y, sin que se haya invocado cambio alguno en la situación del titular del beneficio que importe una modificación o alteración con relación a las circunstancias de hecho o de derecho que fueron consideradas por la demandada al momento de denegar el primer reclamo; y que en su caso habilitarían un nuevo tratamiento de la cuestión planteada.

Aquí se sostuvo que *"...la firmeza de un acto administrativo no puede ser destruida más tarde por el ejercicio del derecho de petición, ya que este no puede tener la virtud de abrir la reconsideración de actos definitivos y firmes, y menos aún de posibilitar el acceso a la revisión jurisdiccional después de haber consentido por largo tiempo la resolución administrativa que reproduce la misma declaración de voluntad que la de los actos impugnados"*.

13. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Civitas, Madrid 1992, p. 444.

14. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 86/1998 "Stanich, Ana Luisa c/ Municipalidad de Córdoba".

15. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 18/1996 "Theaux de D'Intino..."

"...La afirmación de la recurrente en el sentido de que sus peticiones difieren por tratarse de tiempos distintos, en modo alguno viabiliza un nuevo examendesde que el acto que denegó análogos períodos al actual contiene una conclusión legal comprensiva no solo de las diferencias reclamadas en aquella oportunidad, sino de las que eventualmente se produjesen en el futuro. Consentida esa resolución, su eficacia incluye dicha interpretación legal, sobre la cual el órgano jurisdiccional no puede volver sin violentar la necesaria estabilidad de las relaciones entre el administrador y el administrado."

Empero, se dejó en claro que distinto es el razonamiento cuando se discute el "derecho al beneficio" atento la irrenunciabilidad que postulan los preceptos constitucionales, ya que ello puede justificar un trato diferente. Esto no acaece en el caso comentado ya que su problemática recayó sobre "la prestación" que integra el beneficio, la cual es naturaleza económica, y que se traduce en el cobro periódico de una suma de dinero, de carácter disponible y renunciable y además, sujeta a prescripción por expreso mandato legal. Este criterio concuerda con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y con lo establecido en la Ley de jubilaciones de la Provincia¹⁶.

Como nos recuerda Radbruch *"...Tenemos que buscar la justicia, pero al mismo tiempo tenemos que mantener la seguridad jurídica, que no es mas que un aspecto de la misma justicia, y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga a ambas ideas.."*¹⁷.

10. CAMBIO DE NOMINACIÓN DE LA ACCIÓN

El artículo 16 de la Ley 7182 exige como condición de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa cumplimentar la obligación de nominar el proceso que se deduce. La jurisprudencia de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia ha morigerado esta exigencia al señalar que no existe óbice procesal o sustancial para no admitir el cambio de acción propuesto por la parte interesada, cuando aún no ha mediado un resolutorio judicial firme sobre la habilitación del proceso contencioso administrativo y la diversidad de la regulación adjetiva de las diferentes acciones se refiere, precisamente, a momentos del proceso posteriores a la admisión formal de la acción¹⁸.

De ese modo, el Tribunal Superior de Justicia ratificó la doctrina sustentada como Vocal integrante de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, *in re*: "Álvarez Igarzábal, Matías Benigno Héctor c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba" (Auto Interlocutorio Número 282/1994), precedente en el cual, antes de que quedara firme la decisión de no admitir la ac-

16. C.S.J.N. Fallos 307:582 del 14-01-1986, "Costa, Juan Francisco" y su cita y Fallos 312:1340; en idéntico sentido art. 40 de la Ley 5846 y 48 de la Ley 8024.

17. Autor citado por PÉREZ LUÑO, Antonio, La seguridad Jurídica, Ed. Ariel, Barcelona 1994, p. 84.

18. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 85/2002 "Telefónica Comunicaciones Personales S.A. c/ Municipalidad de Colonia Caroya".

ción por error del accionante en la nominación de la misma y en la invocación de la situación jurídico-subjetiva base de la demanda (se había invocado un derecho subjetivo de carácter administrativo cuando correspondía una situación jurídico-subjetiva de interés legítimo), el accionante cambió su acción reconduciéndola como de ilegitimidad al momento de interponer el recurso de reposición, oportunidad en la cual admití que en la etapa del artículo 11 de la Ley 7182, es posible el cambio de la acción hasta que quede firme la habilitación de la demanda por el Tribunal, lo que a mi juicio significó que el actor podía solicitar dicho cambio antes del vencimiento del mencionado plazo.

Es decir, que a partir del precedente señalado, los litigantes podrán reconducir la acción de plena jurisdicción como de ilegitimidad o bien a la inversa, siempre que no adquiera firmeza la decisión adoptada por la Cámara a quo en la etapa de habilitación de la instancia, contra la cual, el Código de la Provincia admite su revisión por ante el Tribunal Superior.

Con posterioridad a dicho precedente, se ha ratificado dicha doctrina al admitir la reconducción de acciones que habían sido erróneamente denominadas como de plena jurisdicción y que fueron corregidas como de ilegitimidad antes de adquirir firmeza la resolución que no habilitó la instancia por ese motivo¹⁹.

11. EMISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR UN ÓRGANO O ENTE DOTADO DE POTESTAD PÚBLICA EN EJERCICIO DE UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Siguiendo con el análisis de nuestro Código Procesal Contencioso Administrativo, continúa diciendo el artículo 1° que deben impugnarse "*...los actos administrativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial del Estado Provincial, del Tribunal de Cuentas de la Provincia; de las entidades descentralizadas autárquicas, de las Municipalidades, y de cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública, con facultad para decidir en última instancia administrativa....*"

Este amplio marco concuerda con el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En definitiva, consiente que cualquier órgano público o privado dotado de potestad pública en ejercicio de la función administrativa puede estar en juicio por sus actos administrativos. Esta modalidad es quizás uno de los grandes avances de nuestro contencioso administrativo cordobés, que podemos exhibir con orgullo, tanto respecto de las otras Provincias Argentinas como en el concierto internacional.

Su gran mentor el Prof. Dr. Abad Hernando diseñó este modelo puesto en vigencia a partir de la aplicación del nuevo código contencioso administrativo en 1986. No obstante, este avanzado criterio no ha sido siempre interpretado conforme al es-

19. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., A. Nro. 14/2003 "Rodríguez Amuchástegui María B. c/ Provincia de Córdoba"; A. Nro. 15/2003 "Caeiro de Cima, Eugenia c/ Sup. Gob. de la Provincia de Córdoba".

píritu y texto de la norma. Empero, en la actualidad es dable advertir nuevos vientos a fin de salvaguardar este avanzado principio, como lo explicitaré más adelante.

El Proyecto Nacional de Código Contencioso Administrativo citado sigue el mismo criterio amplio consagrado por Córdoba al regular en el título primero la competencia contencioso administrativa. En efecto, de la atenta lectura de los artículos 1° y 4 es dable advertir que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa las *“controversias regidas por el derecho administrativo originadas en la actuación del Estado Nacional, entes descentralizados, empresas y sociedades del Estado, relación entre usuarios y prestadores de servicios públicos, personas privadas en ejercicio de cometidos públicos, todos ellos en la medida en que sus actos estén regulados por el derecho administrativo”*. Incluso también es realizable el ejercicio de la función administrativa por el resto de los poderes del Estado: Legislativo, Judicial y Ministerio Público.

La única crítica que podría efectuarse al artículo 4 inciso “d” cuando menciona el alcance del control contencioso-administrativo a los actos de los poderes Legislativo y Judicial, incluido el Ministerio Público, es que pese a esta amplitud conceptual, no se han contemplado los otros nuevos órganos extrapoderes creados por la nueva Constitución Nacional, siempre que ellos ejerzan una función administrativa. En este marco se encuentran los actos administrativos de la Defensoría del Pueblo, Auditoría General, Consejo de la Magistratura y no se sabría ante quién serían revisables esos actos, ya que al respecto nada dice el Proyecto.

Los conflictos derivados entre las diversas personas públicas no estatales, cuando ambas ejercen la potestad pública, deben dirimirse como si fuese un conflicto entre dos entes descentralizados tal como ocurre con lo previsto para tal fin en la Ley de Procedimiento Administrativo. En efecto, tanto el sistema recursivo administrativo como el proceso contencioso presuponen una relación jurídico pública Administración-administrado, no así entre dos que ejercen al mismo tiempo la potestad jurídico pública. De allí la aplicación analógica citada y la inadmisibilidad formal de tales planteos. Esto también está previsto adecuadamente en el Proyecto Nacional.

En particular, si entendemos por función legislativa como toda norma general, objetiva y abstracta que mediante el procedimiento constitucional de formación y sanción de las leyes produce el llamado Poder Legislativo, es indudable que todas sus otras funciones, excepto el juicio político, conforman una función administrativa y sus actos pueden ser objeto de revisión contencioso administrativa: cesantía, sanciones, adjudicación de obras, etc.. Aún el juicio político es susceptible de parcial revisión judicial cuando se ha alterado el procedimiento o violado el derecho de defensa.

En Córdoba, no ha existido dificultad alguna en el juzgamiento de tales actos conforme el citado plexo normativo²⁰. Sin embargo, no sucede lo mismo en otras

20. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 39/1996 “Maza, Víctor c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 34/1998 “Díaz, María c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 55/1998 “Fredizi, Luis c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 50/1998 “Huerta, José c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 105/2000 “Asís de Carillo Ana c/ Provincia de Córdoba”, entre muchas.

Provincias Argentinas. Así por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, su Máximo Tribunal interpretó en numerosos precedentes que las decisiones administrativas del Poder Legislativo no son impugnables en sede contenciosa por no ser autoridad administrativa. Por suerte, la Corte Suprema Nacional a partir del caso "Presoglia" de 1988, continuando con otros casos en 1989, 1993 y 1994, revocó las sentencias del Tribunal Superior bonaerense que habían desestimado *in limine* las demandas.

Si entendemos por función judicial toda resolución de una controversia con autoridad de verdad legal por una autoridad imparcial e independiente, es indudable que todas las otras tareas del Poder Judicial conforman función administrativa. Por lo tanto, sus actos pueden ser objeto de revisión contencioso administrativa (sanciones, adjudicación de obras o suministros, etc.).

La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial a través del sistema contencioso administrativo funcionó en Córdoba hasta principios de 1995 en que el entonces Tribunal Superior mediante el Acuerdo N° 10/95 ("Cech", reiterado en octubre de 1995 en el caso "Álvarez") hizo saber al entonces Presidente de la Cámara Contencioso Administrativa que debía abstenerse de actuar en una demanda interpuesta contra una sanción aplicada por el Tribunal Superior de Justicia por cuanto la materia de los mismos es de exclusiva y excluyente competencia del Máximo Tribunal.

El entonces Tribunal Superior aplicando jurisprudencia de la Corte Nacional y en base a una diversa interpretación de la Constitución Provincial consideró que el recurso de reconsideración deber ser tenido como control judicial suficiente y por ende, contra su denegatoria no corresponde ningún control judicial posterior, salvo el recurso extraordinario federal. En consecuencia, consideró que el trámite administrativo de la Ley 5350 como el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo –Ley 7182–, carecían de vigencia respecto del régimen disciplinario, adoleciendo de nulidad absoluta e insanable la pretendida revisión de tales decisiones.

La Cámara en lo Contencioso Administrativa, previo dictamen del Fiscal de las Cámaras Dr. Rodolfo Silvestro, sustentó la plena revisabilidad de tales actos, elevando al Tribunal Superior las actuaciones a fin de que mediante conjuces dirima un conflicto de competencias en el marco del artículo 12 de la Ley 7182. Esto fue, resuelto con nueva integración del Tribunal a fines de 1996²¹ y se retornó a la jurisprudencia anterior sustentando la plena revisabilidad judicial de los actos sancionatorios emitidos por el Poder Judicial. En consecuencia, después de agotarse la vía administrativa ante el propio Tribunal Superior de Justicia se inicia la acción contencioso administrativa ante las Cámara del Fuero. En segunda instancia, interviene el Tribunal Superior con integración de los otros miembros o de conjuces atento que los anteriores han ejercido la función administrativa²².

21. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 62/1996 "Cech Vilma c/ Provincia de Córdoba".

22. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 23/1997 "Álvarez Norma c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 203/1999 "Rius, Guillermo c/ Provincia de Córdoba".

En la Provincia de Buenos Aires, en cambio, su Máximo Tribunal en forma concorde y reiterada sustentó la irrevisibilidad de tales decisiones. En la causa “Merchan” (14/03/1995) la Corte Suprema Nacional revocó un fallo de la Corte local en la cual se había rechazado in límine una demanda promovida contra el Poder Judicial.

Con relación a los actos dictados por personas públicas no estatales, los avances más notorios a nivel jurisprudencial en Córdoba, se relacionan con la revisión judicial a través del fuero contencioso de las funciones administrativas ejercidas por los colegios profesionales –encargados de la matrícula– y de las sanciones aplicadas por los mismos o sus Tribunales de Disciplina.

En este sentido, desde aproximadamente el año 1987 se viene aceptando pacíficamente la aplicación de este sistema al margen de lo que establezcan las disposiciones específicas de cada Colegio por considerar de aplicación primigenia lo normado por el Código Procesal Administrativo en cuanto se trata de función administrativa al amparo de un régimen de derecho administrativo.

Incluso en los autos “Maghini c/ Tribunal de Disciplina de Abogados” la Cámara Contencioso Administrativa de 1º Nominación, resolvió al interponerse una excepción de incompetencia por falta de acción –dado que el art. 87 de la Ley 5805 señala la irrecurribilidad de la sanción de apercibimiento público– que atento el actual desarrollo del Estado de Derecho y la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19 inc. 9 Const. Pcial. y arts. 18 y 95 Const. Nac. de 1853) es inconcebible la existencia de normas que consagren la irrevisibilidad judicial de actos administrativos susceptibles de agraviar la situación jurídica de los administrados. También allí se dijo que todo acto sancionatorio debe estar precedido del respeto al derecho de defensa mediante el sumario respectivo o del descargo si la sanción fuere menor. Concuero entonces, con la excelente obra sobre potestad disciplinaria y sumarios del administrativista sanjuanino Alberto Sánchez cuando en el mismo sentido nos advierte sobre el respeto inexcusable de este principio axiológico fundamental.

En el precedente “Esteban, Elsa c/ Provincia de Córdoba”²³, en el cual, por no cumplir la docente sugerencias y guías dadas por el personal directivo en reiteradas oportunidades, se hizo pasible a la docente de las siguientes medidas disciplinarias: a) observación en privado y b) apercibimiento por escrito con anotación en el legajo de actuación profesional, todo sin emitirse el acto administrativo pertinente, el Tribunal Superior enfáticamente precisó que:

1. Nuestro orden jurídico no acepta la imposición de sanciones implícitas o solapadas. Sólo deben imponerse las que encuentren taxativamente señaladas por la normativa estatutaria aplicable. En consecuencia, no pueden incorporarse en el legajo personal, inconductas menores no aplicadas en legal forma, susceptibles de desmerecer la carrera administrativa del agente.

23. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 12/1996.

2. Las sanciones sólo pueden imponerse mediante un acto administrativo que así lo disponga, cumpliendo las formalidades impuestas por los requisitos legales y constitucionales. Ésta es la única forma de expresar la voluntad del Estado.
3. Debe respetarse el debido proceso previo a la sanción (descargo o sumario según el caso). La circunstancia de que las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores sin sumario previo en los casos de fácil acreditación objetiva de la falta imputada o de leves infracciones, no empece la ineludible obligación de resguardar el derecho de defensa a través del descargo, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que aún en ausencia de ella, el debido proceso constituye un principio de obligatorio acatamiento. El debido proceso previo mediante el descargo no fue cumplimentado en la especie por lo que el Tribunal decidió que tal transgresión fulmina la juridicidad del acto, por cuanto se ha contrariado el orden jurídico vigente por violación de los procedimientos que informan el procedimiento para su dictado.
4. Los recursos posteriores a la sanción no convalidan la omisión del debido proceso previo. De aceptarse esta postura como su subsanación en el proceso judicial, se colocaría al administrado en una verdadera indefensión, puesto que se le privaría de la posibilidad de destruir en el momento oportuno, las falsas imputaciones que le pudieron hacer, convirtiendo de esa forma en ilusorias, las garantías de acierto y encuadramiento de la sanción a dictarse. Lo que pretende el debido proceso es el respeto de su contenido con anterioridad a la sanción misma. De allí que la Constitución y las normas dicen "sumario previo" antes de la sanción.

Como escribía un autor inglés, este viejo principio del debido proceso existe desde épocas inmemoriales. Acaso -dice- cuando estaba en el paraíso ¿cuál fue la pregunta que le hizo el Dios Supremo a Adán? Antes de echarlo le preguntó ¿por qué habéis comido esta manzana de aquel árbol? Amigos, esto es derecho de defensa, pero no me cabe ninguna duda que si hubieran existido abogados, hubiéramos interpuesto tantos recursos que hoy debiéramos continuar en el paraíso. Es lo único que lamento en ese aspecto, podría continuar todavía el pleito, a lo largo de los años y de los años. Pero lo cierto es, queridos colegas, que hay que hacer realidad este tipo de principios que hoy tenemos claramente fijados, si no en el espíritu de la norma, en los ordenamientos jurídicos que están por encima de la misma.

Por eso, valoremos otros aspectos: respecto de la teoría de la subsanación, que tanto ha venido pregonando Agustín Gordillo, en el marco de la potestad sancionadora: si no se respeta el debido proceso en la vía administrativa ¿se puede suplir en la instancia judicial? Hemos dicho rotundamente: no; no se puede reproducir el sumario en la vía judicial, ya que es un requisito del acto administrativo que sea antes y por lo tanto, el acto sera nulo de nulidad absoluta.

De allí que hay una tendencia que se puede observar en algunos Tribunales Superiores o en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el Acuerdo del 16 de febrero de 2005, en la causa “Caselli, Juan Carlos c/ Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa”.

En el caso, el administrado impugnó el acto de su cesantía al esgrimir que, en su declaración ante el instructor del sumario, no se le hicieron conocer las causas que motivaron el inicio de la investigación ni la responsabilidad que se le atribuyó; además, que las declaraciones testimoniales fueron practicadas sin habersele notificado, previamente, su realización o corrido traslado de ellas y que tampoco se le dio oportunidad de alegar, una vez producido el informe del instructor, en violación a lo dispuesto por los artículos 43, 45, 46 y 89 del Decreto N° 1798/1980.

El representante de la Fiscalía de Estado, al responder esos reproches relativos a la indefensión aducida por el actor, planteó que éste no ha indicado cuál habría sido, concretamente, el agravio producido por las infracciones invocadas. Asimismo, expresó –con cita de precedentes del Tribunal– que no puede considerarse conculcado el derecho de defensa si el afectado tiene, en la posterior acción judicial, la oportunidad de presentar su defensa y de ofrecer la prueba de descargo en pro de sus pretensiones²⁴.

El Tribunal, por mayoría, a través del voto del Dr. Soria, señaló que, en reiterados pronunciamientos, esta Suprema Corte ha sostenido: “[...] *el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en principio se halla excluido de su conocimiento, por cuanto en esta jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa (doctrina de las causas B. 48.976, “Fernández”, sentencia del 19-06-1984; B. 55.872, “Pretto”, sentencia del 20-04-1999; B. 53.911, “Moyano”, sentencia del 07-03-2001; entre muchas otras) [...].*”

El autor del voto, expresamente remarcó que no compartía aceptar como principio general que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial²⁵.

Para ello, sostuvo “[...] *en un Estado de Derecho, el principio de legalidad impone a las Administraciones públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico (doctrina, causas B. 56.364, “Guardiola”, sentencia del 10-05-2000; B. 54.852, “Pérez”, sentencia del 10-05-2000; B. 55.010, “Chaina”, sentencia del 02-08-2000; entre otras). Desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo (cfr. Artículo 103, Decreto Ley N° 7.647/1970) [...].*”

24. Doctrina, causas B. 46.590, “Almazan”, Sentencia del 13-06-1972, Acuerdos y Sentencias 1972-II-99; B. 46.679, “Cáceres”, Sentencia del 04-06-1974, Acuerdos y Sentencias 1974-II-79; entre otras.

25. Cfr. LINARES, Juan F., “La garantía de defensa ante la Administración”, La Ley 142-1137.

Asimismo, puntualizó “[...] *entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, no es dable interpretar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo [...].*”

No obstante, que en este precedente la Corte no aceptó la posibilidad de subsanar en el proceso judicial irregularidades en el procedimiento, sin embargo, analizó que “[...] *no se trata de sostener que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, ha de proyectar inexorablemente sus consecuencias invalidatorias. Lo que interesa destacar en función de las razones expuestas apunta a otro propósito. Así, cuando en el caso enjuiciado se advierte la inobservancia o el quebrantamiento de trámites esenciales del procedimiento administrativo, la invalidez consecuente de la decisión no resulta —en principio— susceptible de ser saneada, ante el ejercicio eventual de una pretensión anulatoria judicial por parte del afectado [...].*”

Recordando la doctrina elaborada por el Alto Cuerpo Nacional, señaló que “[...] *si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha mantenido una postura uniforme sobre el punto, aceptando en ocasiones la posibilidad de la subsanación (Fallos: 290:293; 296:106; 311:56; 315:954) y rechazándola en otras (Fallos: 295:726; 302:283), en reciente pronunciamiento, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, se ha expedido ponderando el valor invalidante de la omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo (“Adidas Argentina y otros c/ Estado nacional s/ amparo Ley N° 16.986”, sentencia del 21-05-2002, El Derecho, Suplemento D. Administrativo, del 28-06-2002) [...].*”

En sentido análogo, la Suprema Corte de Buenos Aires había invalidado “[...] *un acto relativo a la interpretación de una prohibición legal que había sido emitido sin el dictamen jurídico previo, trámite reputado esencial (causa B. 64.413, “Club Estudiantes de La Plata c/ Municipalidad de La Plata s/ Amparo”, sentencia del 04-09-2002) [...].*”

En definitiva, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, refiere a aquellas cuestiones no subsanables como las que constituyen violaciones esenciales al debido proceso; afirmándose que sí pueden ser objeto de subsanación algunas otras calificadas de menores. En la justicia de Córdoba solamente cuestiones que sean insignificantes podrían subsanarse en el proceso judicial, pero de lo contrario el acto es nulo de nulidad absoluta.

12. PREEXISTENCIA DE UN DERECHO SUBJETIVO O DE UN INTERÉS LEGÍTIMO

También se presenta otro problema que muchas veces advertimos en la realidad: ¿tutelamos qué cosa? derechos subjetivos plenos y derechos subjetivos debilitados incorporados a nivel jurisprudencial de Córdoba para aquellos casos en que la propia norma le otorgue el derecho subjetivo pero debilitado en función de razones de interés público. Respecto de los intereses legítimos o de los intereses difusos, notamos que normalmente en el procedimiento administrativo y contencioso administrativo

no se habla de su protección ¿Esto es solamente un ámbito que concierne al amparo, o bien pretorianamente también tenemos que abrir la tutela a los intereses difusos? En mi criterio, obviamente, me inclino por esta última postura, más allá de lo que dice la norma. La ley de procedimiento administrativo norteamericana habla de la existencia de un agravio jurídico y ya en el año 1970, en el caso de *Data Processing*²⁶ se abrió la apertura también a los intereses difusos.

En consecuencia, el amparo siempre será para una cuestión urgente, inmediata, pero si no hay una cuestión urgente ¿por qué no se puede intentar la acción contencioso administrativa demostrando la legitimación como asociación?

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. Sabido es que la legitimación es la situación especial en la que se encuentran las partes respecto del objeto de la pretensión procesal, y que la ley garantiza sólo a quienes están en esa posición, el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión²⁷.

Afirma el prestigioso norteamericano Juez Scalia sobre la doctrina constitucional del "*standing to sue*" (*The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, 17 Suffolk U. L. Rev. 881, 1983) que "*la doctrina judicial del standing es un crucial e inseparable elemento de la división de poderes cuyo desconocimiento producirá inevitablemente la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno... No hay caso o controversia.. donde no hay partes adversarias con interés personal en el asunto..*". Más adelante, nos recuerda el famoso caso "*Marbury v. Madison*" cuando afirma que las potestades de la Corte son solamente para decidir sobre derechos de los individuos, no para analizar cómo el ejecutivo o los oficiales del ejecutivo, desarrollan sus deberes sobre los cuales ellos tienen discreción. El *standing* requiere un daño diferenciado, un agravio distintivo no participativo por el resto del cuerpo social²⁸.

En el caso "*Rothingham vs. Mellon*"²⁹, la Corte Norteamericana subrayó que la parte no sólo debe poder probar la invalidez sino también que le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo como resultado de su aplicación y, no meramente que lo sufre en forma indefinida en común con el resto de la gente.

El criterio aludido también se aplicó en el caso "*United States vs. Richardson*"³⁰, en virtud del cual un ciudadano pretendía que se declare la inconstitucionalidad de la ley de la CIA (Central de Inteligencia Americana) por infringir el artículo 1 de la Constitución en cuanto la norma permitía a la CIA no publicar sus casos. La Corte desestimó la acción aduciendo que el actor carecía de *standing to sue*³¹.

26. USSC, "Associaton of Data Processing Service Organization, Inc. v. Camp", 397 U.S 150, 1970.

27. GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1943, T. I, p. 122.

28. C.S., casos *United States v. Richardson*; *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*- 1974.

29. Corte Suprema de Estados Unidos, 262, U.S., 447, 1923.

30. Corte Suprema de Estados Unidos, 418, U.S., 166, 1974.

31. GHUNTHNER, Constitutional law, p. 1544 y ss; BIANCHI, Alberto, Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, Bs. As 1992, p. 128.

Ello concuerda plenamente con los principios liminares de la división de poderes en Argentina que garantiza el acceso a la Justicia a quien sea parte en una controversia concreta (art. 116 y conc. Const. Nac.). Como es sabido, "parte" es quien tiene un interés controvertido con otro sujeto de derecho, perteneciente a su propia esfera jurídica, quien en definitiva tiene algo que perder o ganar con motivo de la decisión judicial a dictarse.

Invocar un interés simple en el carácter de habitante o ciudadano, implicaría la aplicación lisa y llana de la "acción popular" que está excluida de nuestro ámbito jurídico. Como dice magistralmente Marienhoff³², la exclusión de la acción popular del orden jurídico argentino surge del artículo 22 de la Constitución Nacional, en virtud del cual el pueblo sólo delibera y gobierna por medio de sus representantes; y lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley Fundamental en cuanto dispone que el gobierno de nuestro País es "representativo". En este sentido, afirma: *"No existiendo ni pudiendo existir válidamente en nuestro País la acción popular, porque lo prohíbe la Constitución, ninguna persona del pueblo puede objetar o impugnar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, del accionante..."*. Es obvio que tampoco puede cuestionar los actos políticos en las condiciones descriptas.

La reforma constitucional de 1994 consagró una sustantiva innovación en relación a los derechos de "incidencia colectiva". Esta normativa vino a rellenar la amplitud conceptual del artículo 33 de la Constitución Nacional que en forma genérica e indeterminada tutela los *"derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*.

Dispone el segundo apartado del artículo 43 de la Carta Magna Nacional que la acción de amparo en materia de "derechos de incidencia colectiva en general" otorga legitimación sólo a quienes acrediten encontrarse en alguna de estas tres hipótesis: a) el propio afectado; b) el defensor del pueblo; y c) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Si quien interpone el amparo es el "afectado", pretendiendo tutelar incluso derechos de incidencia colectiva, la legitimación para accionar sólo está asignada a quien acredite la preexistencia de un derecho subjetivo, esto es de un agravio propio, directo y concreto de un derecho o garantía constitucional.

Quiroga Lavie³³ sostiene con relación a la legitimación procesal para interponer el amparo colectivo que: *"Se tomó en cuenta el proyecto del convencional Barra, sostenido por él personalmente, de forma tal que fueran solamente el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva) quienes estuvieran legitimados para ello. Dicha propuesta fue enriquecida... en proponerse que también estuviera legitimado procesalmente 'el afectado'"*.

32. MARIENHOFF, Miguel, "La acción popular", La Ley, 1993-D-683 y ss.

33. QUIROGA LAVIE, H., Constitución de la Nación Argentina comentada, Ed. Zavalía, Bs. As., Mayo de 1996, p. 236.

Ha señalado Barra³⁴ que *"El primer legitimado es el afectado, es decir el mismo que se encuentra legitimado en el párr. 1° del art. 43, tal como ocurre con el afectado del art. 5° de la ley 16.986. Se trata del discriminado, del usuario o consumidor defraudado, de la empresa que no puede competir. Estos tienen un interés personal y directo, es decir un verdadero derecho subjetivo en la terminología tradicional -en realidad un derecho a secas- el que genera las únicas pretensiones que se pueden hacer valer en juicio. Se trata del agravio concreto, específico, personalizado..."*. En los casos en que no aparece un afectado individualizado, sólo pueden interponer el amparo, los otros dos legitimados especiales creados por la Constituyente: el defensor de pueblo y las asociaciones.

Este tradicional criterio doctrinario y jurisprudencial ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de nuestro País en "Polino" y "Dromi"³⁵. Con motivo de la privatización de Aerolíneas Argentinas, en este último caso, el amparo fue interpuesto por un diputado nacional "por sí y en el carácter de representante del pueblo" a fin de que se ordenara al Estado Nacional que la forma societaria que adoptara Aerolíneas se enmarcara dentro de uno de los tipos societarios. Al respecto, la Corte dijo que la condición de ciudadano sustentada por el actor *"...no es apta... 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 configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida..."*.

Idéntico criterio fue adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la causa "González"³⁶, donde se discutía si miembros del Consejo Deliberante en el carácter de tales o simples ciudadanos podían impetrar la exhibición de documentación relativa al pago de viáticos de funcionarios municipales a través del amparo. En el referido pronunciamiento se sostuvo que ser concejal no es título suficiente para otorgarle legitimación para accionar, como tampoco lo es ser habitante o ciudadano de la Nación Argentina: *"...los actores no acreditan el daño diferenciado o el agravio distintivo con relación a cualquier miembro de la colectividad. La averiguación de los datos solicitados por los actores en nada mejora o perjudica su esfera de derechos y garantías que tutela el orden constitucional, que viabiliza el amparo. No se advierte cuál es la lesión o restricción que repercute en su esfera interna; no hay parte en sentido jurídico estricto. Desde otra perspectiva es importante destacar que el amparo incoado contra todo acto u omisión de autoridades públicas no puede ser interpuesto por quien también ejerza funciones públicas como sucede en la especie, al pretender los actores actuar en el carácter de concejales. La norma constitucional presupone una relación jurídico pública Administración-administrado, donde la primera actúa investida de potestad pública y*

34. BARRA, Rodolfo, "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", E.D. 22/10/1996, ratificando su mismo criterio sustentado en: "La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar", LA LEY, 1994-E.

35. C.S.J.N. 06/09/1990, publ. en LA LEY 1990 E, 97.

36. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 50/1996, "González, Guillermo y otro c/ Pérez. Amparo".

el segundo impetra la nulidad del acto u omisión lesiva a fin de tutelar su derecho o garantía constitucional, lesionado, restringido, alterado o amenazado, en su calidad de ciudadano o administrado. De admitirse la legitimación activa de quien está dotado de potestad pública contra quien también ejerza la función administrativa o de gobierno, implicaría desconocer el principio liminar señalado, por cuanto en esta hipótesis no habría una relación Administración-administrado, sino una vinculación Administración-Administración, es decir, inter-orgánica, regulada en este caso, por principios y normas constitucionales. Carece entonces de legitimación el peticionante para estar en juicio. En efecto, tal discrepancia se resuelve muchas veces, si correspondiere y tuviere la envergadura necesaria, mediante el procedimiento del conflicto de competencias, o directamente a través de los controles y responsabilidades fijados por el derecho constitucional".

Similar criterio se ha sustentado en España con otros fundamentos. Así, el Tribunal Supremo³⁷ sostiene que la falta de respuesta o falta considerada incorrecta de un Gobierno a la solicitud de información de un parlamentario, es acto infiscalizable por la jurisdicción contencioso administrativa, porque no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político parlamentario. También se ha señalado que "... Los informes o documentos que, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, pueden recabar los Diputados a la Administración Pública, por conducto de la Presidencia de la Asamblea Regional de Cantabria... y el deber que pesa sobre el Consejo de Gobierno y sus miembros de proporcionar a dicha Asamblea la información o ayuda que precise del mismo o de estos, se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma. Por ello los actos que se producen en el seno de estas relaciones no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los Tribunales sin desplazar a estos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político parlamentario, por cuanto afecta a las relaciones institucionales entre la Cámara y el Ejecutivo, relaciones que no guardan afinidad con las que surgen como consecuencia de un acto administrativo... Se trata, más bien de un acto político, o si se quiere, político parlamentario, pero nunca administrativo, y por ello no residenciable ante los Tribunales de este orden jurisdiccional..."³⁸.

En la Provincia del Neuquén, en cambio, se registró un caso, el precedente "Berenguer"³⁹, en el cual se admitió la legitimación a un grupo de diputados, para interponer una acción judicial.

Por supuesto, son temas absolutamente opinables, yo propongo la amplitud de control, pero limitada. Limitada al justo punto de nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de Córdoba, Ley 7182 en su artículo 1º inciso c) exige como presupuesto procesal que el

37. TS Español, Sentencia del 09/06/1987, Ar. 3778.

38. TS Español, Sentencia del 15/11/1988 y comentario de EMBID IRUJO, "La justiciabilidad de los actos de gobierno" en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. García de Enterría, T. III, p. 2723.

39. T.S.J. Neuquén, Acuerdo Nro. 363/95 "Berenguer".

acto administrativo “..*vulnere o lesione un derecho subjetivo de carácter administrativo o afecte un interés legítimo establecidos o reconocidos con anterioridad a favor del demandante, en situaciones jurídico subjetivas creadas o reconocidas por la Constitución, o por la ley, reglamento, ordenanza, concesión o permiso, contrato administrativo u otro acto administrativo que sean preexistentes...*”. En Córdoba, desde 1941, se tutela tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo mediante dos acciones diferenciadas: la de plena jurisdicción y la de ilegitimidad.

En el Proyecto Nacional mencionado en el artículo 6, también se protegen los derechos subjetivos y los intereses legítimos.

El derecho subjetivo presupone una norma que predetermine la conducta administrativa debida con relación a un sujeto de derecho que se encuentra en situación personal directa y exclusiva respecto de la Administración. En cambio el interés legítimo presupone una normativa que regula la conducta debida con relación a una persona que no se encuentra en situación de “exclusividad” sino de manera personal, directa y concurrente.

Es fundamental clarificar que conforme al artículo 16 inciso “b” de la Ley 7182 el actor debe acompañar los documentos que acrediten la posesión de la situación jurídico subjetiva que reclama. Es decir que, como requisito de admisibilidad basta acreditar la norma constitucional, legislativa, reglamentaria, acto o contrato preexistente, conjuntamente con el acto lesivo. Todo ello, al margen de si sustantivamente asiste razón o no al demandante. Este recaudo no aparece claro en el Proyecto Nacional mencionado.

Es conocida la jurisprudencia de nuestros Tribunales locales en cuanto al personal contratado, en el sentido que “...*el contrato vencido no acredita la situación de derecho subjetivo invocada por el recurrente. Ello por cuanto en tal supuesto no se demuestra cuál es la norma que predetermina la conducta de la Administración respecto de un sujeto de derecho acordándosele un interés personal directo y exclusivo. La norma constitucional invocada en autos (art. 14 bis C.N.) no resulta de aplicación en la especie desde que al no consagrar una estabilidad absoluta nada empece para que la Administración utilice también otras modalidades de vinculación jurídico pública como la del contratado que al margen de la naturaleza de las tareas a realizar tienen un marco temporal limitado de vigencia de la relación con la Administración...*”⁴⁰.

No obstante, a veces deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la preexistencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que en caso de duda debe dirimirse con el fondo al momento de la sentencia. Así se ha pronunciado la Cámara Contencioso Administrativa de 1° Nominación en los autos “Fernández Gez c/ Provincia de Córdoba” del 18/11/1987 y, más recientemente el Tribunal Superior de Justicia en los autos “Torres, Sergio F. c/ Provincia de Córdoba”⁴¹.

40. C.C.A.C., 1° Nom., A.I. 249/1992 “Torres c/ Municipalidad de Mina Clavero”

41. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 07/1996.

Aquí se sostuvo que la carencia de la situación jurídica esgrimida sólo debe declararse cuando la misma surja en forma clara, evidente y ostensible, correspondiendo en caso de duda aplicar el criterio *in dubio pro habilitate instantiae*.

A la vez que la excepción de incompetencia del Tribunal fundada en la inexistencia de la preexistencia de alguna de las situaciones jurídicas tuteladas, sólo debe ser tratada como de artículo previo; esto evita los efectos nocivos de la tramitación de la casi totalidad del pleito para recién en el momento de la sentencia pronunciarse por la inadmisibilidad de la situación jurídica invocada.

En suma, con el objeto de reafirmar este criterio es menester que los Códigos de la materia dispongan expresamente, que cuando este requisito procesal está íntimamente vinculado a la cuestión de fondo, no corresponde al Tribunal pronunciarse en la primera etapa de consideración de la admisibilidad: dicho análisis ha de trasladarse al momento de la emisión de la sentencia como problemática de fondo.

13. GARANTÍAS DE IMPUGNACIÓN

Me voy a detener en otro tema de variadas problemáticas que concierne a estos antipáticos depósitos que tienen que presentarse cuando hay una impugnación a una licitación pública o a la preadjudicación o a la adjudicación, en donde hay cláusulas que dicen que en el caso de que el recurso sea infundado, el administrado pierde el depósito en garantía que hizo, que presentó para impugnar o el depósito para impugnar.

En estos supuestos es dable suprimir el rigorismo formal excesivo que muchas normativas parecen consagrar con montos exagerados o interpretaciones inadecuadas de la Administración.

Así, en los autos “Mayorista Libertad S.R.L. c/ Municipalidad de Córdoba”⁴² (cuyo primer voto me pertenece) se resolvió acerca de la invalidación de la incautación del depósito de garantía de la impugnación, constituido por la firma actora.

La empresa se presentó a la Licitación Pública Municipal destinada a la provisión de leche entera en polvo en el área de Salud Pública. Desde el punto de vista económico la oferta más baja fue presentada por la actora. Sin embargo, una vez evaluadas las ofertas, la Comisión de Preadjudicación se expide rechazando la citada oferta debido a que el producto presentado por la misma, no cumple con lo dispuesto por el art. 567 del Código Alimentario Argentino por no ser envasado en origen y no ser leche instantánea. Se selecciona en definitiva a la firma Abolio y Rubio S.A. que presentó una oferta total con una diferencia de Pesos Ciento Sesenta y cinco mil (\$ 165.000.-) superior a la que formuló la actora.

La referida preadjudicación es impugnada por Mayorista Libertad. A posteriori, se emite el Decreto que adjudica a Abolio y Rubio, rechaza la impugnación formulada por la actora e incauta el depósito de garantía de impugnación constituido por ésta.

42. C.C.A.C., 1° Nom., Sent. Nro. 61/1995

En esta condición, la oferente sólo cuestiona lo referido a la incautación del depósito de garantía de impugnación.

En esa oportunidad, expresé que *"...las nuevas normas constitucionales fortalecen, además del principio de juridicidad en la Administración, la publicidad de los actos y por ende su motivación, la colaboración de los administrados en el accionar administrativo, el sistema de selección con una amplia concurrencia en materia de contrataciones, la igualdad de oportunidades, la prohibición de todo tipo de discriminación, privilegios, monopolios abusivos, exceso de rigor formal y todo tipo de irregularidad administrativa, resguardando en todo caso la tutela judicial efectiva. (arts. 174, 176, 7, 8, 9, 15, 19, 20, 22, 49, 67, 74, y conc. de la Cons. de Córdoba)..."*.

"...De fundamental importancia para la interpretación del sub examine reviste lo preceptuado por el art. 176 de la Constitución Provincial cuando dispone que la Administración Pública Provincial y Municipal sujeta su actuación a la determinación oficiosa de la verdad con celeridad, economía, sencillez en su trámite, determinación de plazos para expedirse y participación de quienes puedan verse afectados en sus intereses, mediante procedimiento público e informal para los administrados...".

"...De allí entonces la prevalencia de tales principios a fin de evitar todo tipo de medidas restrictivas que limiten la participación de quienes resulten afectados en el trámite administrativo, ya que es obligación garantizar un procedimiento público e informal, sujeto a la determinación de la verdad jurídico objetiva, con celeridad, economía y sencillez en su trámite. Esta interpretación amplia a fin de permitir a los interesados el control ante la Administración de los actos estatales se relaciona con lo dispuesto por el art. 49 de la Constitución cuando también garantiza un amplio acceso a la justicia al expresar que no puede limitarse su intervención por razones económicas...".

"Es decir, que conforme a la teleología constitucional deben impedirse aquellas posturas interpretativas extremas que desalienten la participación del administrado en el control administrativo y judicial...".

*"...Repasando brevemente la plataforma normativa de autos es dable advertir que el art. 13 del Pliego de Condiciones Generales que reguló la licitación, dispone que *"..Los oferentes podrán impugnar fundadamente la preadjudicación dentro del plazo de 2 (dos) días contados desde el vencimiento de los anuncios de preadjudicación; al presentar la impugnación el interesado deberá constituir un depósito de garantía equivalente al 1% (uno por ciento) del valor del o de los renglones impugnados.."*, y agrega que *"...Las impugnaciones totalmente infundadas podrán ser consideradas como infracción y harán pasible al responsable de las sanciones previstas en el Decreto N° 3767/CI/73"*. A su vez este último Decreto 3767/CI/73, dispone en el art. 2.7.9 que *"..En caso que la impugnación resulte fundada, dicho depósito de garantía será devuelto una vez resuelto el caso por la autoridad competente y a su solicitud..."*.*

"...La interpretación del sentido y alcance de este cuadro normativo, nos permite inferir con claridad, que el rechazo de una impugnación por la Administración no implica la pérdida automática del depósito referido, por cuanto es necesario evaluar a priori si la

misma resulta "totalmente infundada". Para ello la Administración debe fundamentar, es decir motivar explícitamente, las razones por las que considera "totalmente infundada" la impugnación presentada por el interesado...".

"...La literalidad de la norma y su principología en el nuevo marco constitucional postulan una interpretación estricta. En consecuencia, su automaticidad no es tal, es decir que no es derivación directa del rechazo de la impugnación, por lo que es inexorable su motivación autónoma." ..El detenido análisis de los actos cuestionados pone en evidencia la absoluta carencia de motivación...".

"...El concepto jurídico indeterminado "totalmente infundado", significa en el contexto aplicable que el basamento de la impugnación sea notoriamente carente de sustento, con meras intenciones obstruccionistas, dilatorias, entre otros aspectos. En consecuencia, el sentido de la norma es desalentar la presentación de aquellas impugnaciones que sin un fundamento verdadero tiendan a obstaculizar el procedimiento de selección, perjudicando de tal forma al interés público. Es por ello que para la norma no basta que la impugnación solo sea "infundada" sino que es necesario su "total" falta de fundamentación. Este último requisito en modo alguno acaece cuando como sucedió en autos se pretendió defender la oferta más ventajosa económicamente, que aún adoleciendo del incumplimiento de algunos requisitos reglados, no obstante era apta para cumplimentar el interés público específico (ya que la leche ofertada servía para el consumo). Si bien la Administración pudo tener correctas razones para rechazar la impugnación, no alcanzan para reputar infundada la misma, menos aún considerarla "totalmente infundada"..."

No compartir un razonamiento determinado no implica automáticamente considerarlo "infundado", ya que bien puede estar "fundado" aunque no lo sigamos.

Aceptar el criterio de la automaticidad de la pérdida del depósito con el rechazo de la impugnación, implicaría desalentar la presentación de cuestionamientos que muchas veces sirve para promover una auténtica juridicidad administrativa detectando posibles vicios que la Administración está a tiempo de corregir. Téngase presente que la "preadjudicación" es un mero acto preparatorio de la Administración y que las observaciones que presenten los administrados en tal etapa comportan en general una real colaboración a fin de poner en evidencia posibles deficiencias legales, administrativas o técnicas, que la autoridad no haya advertido.

En consecuencia, facilitar el acceso a la revisión y control, además de cumplimentar un principio constitucional, constituye una política de buena administración en pro de resguardar aún más la transparencia y eficiencia del accionar administrativo.

La impugnación que para esa normativa resultaba totalmente infundada, constituye un concepto jurídico indeterminado que en definitiva, tiene que necesariamente ser motivado con argumentos propios. Y, frente a situaciones altamente temerarias, recursos que no tienen ningún sentido —que no es el caso comentado, porque era la oferta más conveniente y el producto era apto para el consumo—, son también cuestiones que irritan a lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva. Que ponen

obstáculos al acceso a la jurisdicción. Que contradicen ese famoso caso *Cantos* contra Argentina resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³. Hay que demoler estos obstáculos exagerados que impiden el acceso liso y llano a un Tribunal imparcial e independiente.

14. CUESTIONES PERTENECIENTES AL DERECHO PRIVADO O DEL TRABAJO

El artículo 2 inciso c) de la Ley 7182 excluye del proceso contencioso administrativo las cuestiones que deben resolverse aplicando *exclusivamente* normas del derecho privado o del trabajo.

Anteriormente se hablaba de la doble personalidad del Estado como persona del derecho público y persona del derecho privado. Hoy la personalidad del Estado es única, aunque puede actuar en el campo del derecho público o en el campo del derecho privado; en otras palabras, como sujeto de una relación jurídico pública o jurídico privada.

La clave de la cuestión es que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo no sólo cuando se ejerce la función administrativa sino cuando se aplica además un régimen de derecho administrativo.

No siempre es fácil determinar tales aspectos e incluso en una misma cuestión puede ser posible la derivación de una parte de la cuestión a la justicia civil y otra a la administrativa. Por ejemplo, en un contrato de locación, el objeto contractual se regulará por las normas de la ley de locaciones y por lo tanto, su problemática se dirimirá por ante la jurisdicción civil, empero si se discute la competencia del órgano emisor o el procedimiento licitatorio respectivo, al regularse tales aspectos por normas de derecho administrativo es indudable la competencia contencioso administrativo.

Repasemos un poco la evolución de la jurisprudencia en ciertos temas de gran relevancia: reacondicionamiento contractual por irrepresentatividad de los mayores costos pactados o por alegar teoría de la imprevisión.

En una época, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia sostuvo en “*Astec c/ D.P.A.*” que al no agravarse la actora de la lesión de un derecho subjetivo administrativo por violación de los términos de la relación contractual, sino de la frustración de sus expectativas económicas con respecto a los resultado de la aplicación de la cláusula convenida de ajuste de mayores costos, se excede el marco de legitimación jurídico subjetiva impuesto por el artículo 1° inciso c) del C.P.C.A.. Lo mismo sucede actualmente en la Provincia de Buenos Aires.

Más recientemente, la Cámara Contencioso Administrativa provincial de 1° Nominación en autos “*Iate c/ E.P.E.C.*” del 17 de Agosto de 1990, resolvió la excepción de incompetencia de jurisdicción donde se discutía si la existencia de caso fortuito

43. CIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia del 28/11/2002.

o fuerza mayor ocasionados en la demora incurrida por su proveedor para suministrarle elementos que se había obligado contractualmente a entregar a E.P.E.C. en un plazo determinado, daba lugar a un proceso contencioso administrativo o no.

Aquí se sustentó que el orden jurídico administrativo muchas veces se integra con normas administrativas análogas o incluso con principios generales del derecho que pueden encontrarse en la Constitución o en el Código civil (irretroactividad de la ley, caso fortuito, mora, imprevisión, etc). Que la determinación o no del supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, constituyen como principio general derivaciones directas de un contrato administrativo, no puesto en duda por las partes, que ha menester la revisión de lo actuado a la luz del orden jurídico administrativo con la amplitud de criterio.

Es decir, que toda interpretación de principios y normas emergentes de un indudable contrato administrativo, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, salvo cuando excepcionalmente algún aspecto está regulado específicamente y sólo se invoquen normas del derecho civil.

Con relación a la problemática proveniente del Registro de la Propiedad con motivo de la aplicación de la Ley 14.394, el mismo Tribunal, en el caso “Quarti” de agosto de 1991, consideró que la competencia de la Cámara Contencioso Administrativa presupone la revisión de un acto administrativo emitido por un órgano público o privado que ejerza la función administrativa y que interprete un régimen jurídico administrativo. Estimó que el caso de autos configura una problemática excepcional donde si bien hay función administrativa, sin embargo, una porción de su régimen jurídico es regulado por el derecho privado por cuanto para resolver el caso debe interpretarse una norma de fondo como lo es la Ley nacional citada. En consecuencia, declaró que la causa no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo.

Criterio similar se ha seguido con relación a las multas aplicadas por el Ministerio de Trabajo con motivo del nuevo Código de Procedimiento Laboral, donde se dijo que si bien se trata del ejercicio de una función administrativa, sin embargo en el caso, el objeto esencial de lo discutido se regula por las normas del derecho laboral.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha clarificado las directrices para deslindar la jurisdicción contencioso administrativa de la civil en un caso donde se discutía el carácter de fiador de la Empresa accionante, cuyo análisis debía efectuarse en el marco del contrato de obra pública, como así también en las etapas previas que le dieron origen: licitación, presentación y aceptación de ofertas y adjudicación de la misma.

En la ocasión, enfatizó que *“...La problemática de la fianza debatida en el sub lite, constituye como principio general una derivación directa de un contrato administrativo, no puesto en duda por las partes, que ha menester la revisión de lo actuado a la luz del orden jurídico administrativo con la amplitud de criterio, pudiendo acudirse a la norma de fondo mediante la analogía y/o supletoriedad. Es decir que toda interpretación de principios y normas emergentes de un indudable contrato administrativo, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, salvo excepcionalmente cuando algún aspecto*

*esté regulado exclusivamente por el derecho civil.... Si bien el demandante remite con su impugnación al instituto de la fianza regulado por la normativa de derecho privado, no se evidencia la aplicación "exclusiva" de este ordenamiento jurídico. Ello es así, en razón que, al cuestionar la formación de la voluntad contractual en orden a la cláusula decimonovena del contrato de obra pública, el demandante desplaza la materia controvertida hacia el campo de dicho contrato, siendo el mismo regulado específicamente por normas del derecho administrativo..."*⁴⁴. Esta resolución ha sido ulteriormente ratificada⁴⁵.

Por su parte, en la causa "Manzanares"⁴⁶, el Tribunal Superior provincial admitió la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa al ponderar especialmente que las pretensiones sobre enriquecimiento injusto sean admitidas en la medida que exista conexión con relaciones jurídico administrativas. Asimismo, a través de la Sala Contencioso Administrativa ha acogido favorablemente numerosas acciones contencioso administrativas fundadas en el principio del enriquecimiento sin causa⁴⁷, tal como se verá a continuación.

15. CUESTIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR ACTO ILEGÍTIMO

A partir de la vigencia de la Ley 7182, la jurisprudencia local ha sido coherente con el objeto de la reforma legislativa operada con su sanción y, merced a la nueva normativa ha declarado la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer y decidir sobre pretensiones que persiguen el restablecimiento integral de la situación jurídico subjetiva lesionada por la actividad administrativa ilegítima, productora de los daños y perjuicios, sin necesidad de acudir al fuero civil⁴⁸.

Ello se relaciona especialmente con los caracteres y alcances de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción a los que he aludido precedentemente, entendida como un proceso plenario que atiende a una pretensión integral en la que se demanda la ilegitimidad del acto y los daños y perjuicios que de ese actuar ilegítimo pudieran derivarse para el administrado.

De ese modo se evita el desgaste jurisdiccional que ocurría en el marco de la Ley 3897 que obligaba a los administrados a acudir al proceso contencioso administrativo para obtener la declaración de ilegitimidad de los actos administrativos y recién después de obtener una sentencia estimatoria de su acción contencioso administrativa, podía plantear la acción por los daños y perjuicios en la jurisdicción común.

44. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 132/1998, "ORMAS S.A.I.C.I.C. c/ E.P.E.C. y Estado Provincial"

45. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 92/2001 "ORMAS S.A.I.C.I.C. c/ E.P.E.C."

46. T.S.J. Córdoba, Sala Civ. y Com., A.I. Nro. 27/2001, "Manzanares, Norma Beatriz y Otros c/ Provincia de Córdoba - Demanda - Recurso Directo".

47. Cfr., Sentencias Nros. 58/2000 "Pochetino de Collado, Catalina R. c/ Provincia de Córdoba", 62/2000 "De Francesco, Gladys Elizabeth c/ Provincia de Córdoba"; 75/2000 "Berrotaran, Gabriela c/ Provincia de Córdoba" y 162/2000 "Castro, Enrique Manuel c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba", entre muchas otras.

48. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., "Moreno, José E. c/ Provincia de Córdoba" Sent. Nro. 11/1994; "Ighina..." Sent. Nro. 42/1996, entre muchas.

Además de la problemática de los daños y perjuicios, es importante destacar que también ingresan como cuestiones propias de la materia contencioso administrativa, especialmente vinculadas con la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio de la función administrativa, las pretensiones de los administrados vinculadas al principio del enriquecimiento sin causa o indebido.

Tal, es lo que ha resuelto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en un precedente donde los actores invocaron la condición de funcionarios de facto, por haber prestado servicios como empleados públicos, aún sin serlo, sosteniendo ser acreedores de una compensación por esa prestación⁴⁹.

El Tribunal valoró que esa relación jurídica entre los actores y la administración (la de funcionarios de facto) es de derecho público, no de derecho privado, desde que en ella el Estado se asume como autoridad frente al administrado y en razón de que los servicios prestados son los propios del empleo público. Tan así es, que los actores tarifican el crédito pretendido en función del salario que corresponde a los empleados públicos, conforme a la categoría que el respectivo estatuto regula.

En ese contexto, se juzgó que tanto los hechos en que la demanda se funda, cuanto la condena pretendida, tipifican la acción como de derecho administrativo. No obsta a esa conclusión el hecho de que el reclamo se sustente en el principio de enriquecimiento sin causa, desde que éste no es ajeno a las relaciones de derecho público. La competencia contencioso administrativa queda excluida ante *“cuestiones que deban resolverse aplicando exclusivamente normas de derecho privado o del trabajo”* (art. 2, inc. c, Ley 7182) pero no cuando las normas de derecho privado juegan conjuntamente con las de derecho público.

Tal es un principio general receptado favorablemente por la doctrina, en relación a las pretensiones sobre enriquecimiento injusto, en orden a las cuales se admite *“la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo cuando existe conexión con relaciones jurídico-administrativas”*⁵⁰, concordante con la doctrina del Tribunal Supremo Español que ha tenido numerosas oportunidades de fundar sus pronunciamientos en materia contencioso administrativa en el principio de enriquecimiento sin causa.

En base a esos argumentos la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba declaró que en función de la naturaleza de la acción intentada (art. 5, C.P.C. y C.) la demanda así deducida era ajena a la competencia civil y comercial, por corresponder al fuero contencioso administrativo. Señaló que *“...Aún cuando los actores dicen no pretender la revocación de las resoluciones que en sede administrativa rechazaron su pretensión, lo cierto es que de hecho no es así. Del escrito de demanda se desprende que antes de ocurrir a los Tribunales civiles los accionantes formularon un reclamo en sede administrativa exigiendo el pago de los haberes correspondientes al lapso de tiempo du-*

49. T.S.J. Córdoba, Sala Civil y Comercial, Auto Nro. 27/2001 (ver nota 45)

50. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Justicia Administrativa, Madrid 1999, p. 389

rante el cual trabajaron para la Provincia, el que les fue rechazado por la Administración Pública mediante las resoluciones n° 685, 955, 1215 y 1242, cuyas copias autenticadas se acompañan como parte integrante de la demanda... Se observa asimismo que en tales resoluciones el Poder Ejecutivo se negó a reconocer los derechos invocados por los peticionantes aduciendo que ellos no habían sido designados en los cargos que ocuparon con arreglo a lo dispuesto en la ley 7625, que contiene el régimen del personal del equipo de salud humana, y en su decreto reglamentario 5640/88 (fs. 8/9, principal). Vale decir que la Provincia resolvió el planteo deducido haciendo interpretación y aplicación de principios y normas de estricto derecho público, lo que reviste a tal disposición de la naturaleza de un verdadero acto administrativo, con las consecuencias correspondientes en orden al régimen jurídico a que debe quedar sometido. Siendo así, la legalidad de esa resolución sólo puede controlarse a través de las formas y procedimientos especiales establecidos por las leyes específicas de derecho administrativo..”.

El fallo comentado reparó en la circunstancia que los interesados debían agotar la vía administrativa prevista por la ley articulando el recurso pertinente, orientado a conseguir el reconocimiento de sus derechos por la propia Administración Pública. Y, en caso de que ese trámite les fuese desfavorable, promover una acción contencioso administrativa ante los Tribunales con competencia en la materia a fin de obtener en sede judicial la anulación del acto administrativo y el definitivo restablecimiento de los derechos vulnerados (arts. 1°, 2°, inc. c, y 6°, Ley 7182).

Si bien en la demanda se reclamaba el pago de tales haberes conceptuándose los como una indemnización de daños y perjuicios y se invocaban al efecto principios y normas del derecho común, entre ellos, los atinentes al enriquecimiento sin causa, no puede dejar de advertirse que el acogimiento de la pretensión así formulada requeriría inexcusablemente que el Juez civil dejara sin efecto el acto administrativo dictado por la Provincia que negó el derecho esgrimido, sin lo cual no podría condenar al Estado a pagar la suma de dinero reclamada.

Ello era determinante para postular la competencia del fuero contencioso administrativo pues de acuerdo a las normas especiales de la Ley 7182, el contralor jurisdiccional y la eventual anulación de esa resolución incumbe exclusivamente a los jueces de ese fuero y no a los jueces civiles, en atención al señalado carácter administrativo que ese acto ostenta.

Asimismo, el Tribunal Superior precisó además que “...no obstante que en la demanda se presenta la pretensión como si fuera de naturaleza común, utilizándose conceptos e invocándose normas inherentes a esa rama del derecho, apenas se ahonda el examen se aprecia de inmediato que la naturaleza de la litis es en realidad de derecho administrativo, porque para decidirla en el sentido que se reclama en la pretensión sería menester anular el acto administrativo emitido por la Provincia, aquél por el cual se negó el derecho subjetivo haciendo aplicación de un régimen normativo de derecho administrativo. De donde se sigue que el conocimiento de esta clase de causas incumbe a los Tribunales Contencioso-Administrativos con exclusión del fuero civil...”.

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en los autos “Vicario, Nancy del Rosario c/ Provincia de Córdoba – Daños y Perjuicios – Recurso de Casación”, consideró que “...no obstante que en la demanda se presenta la pretensión como si fuera de naturaleza común, utilizándose conceptos e invocándose normas inherentes a esa rama del derecho, apenas se ahonda el examen se aprecia de inmediato que la naturaleza de la litis es en realidad de derecho administrativo, porque para decidirla en el sentido que se reclama en la pretensión sería menester anular el acto administrativo emitido por la Provincia, aquél por el cual se negó el derecho subjetivo haciendo aplicación de un régimen normativo de derecho administrativo. De donde se sigue que el conocimiento de esta clase de causas incumbe a los Tribunales Contencioso-Administrativos con exclusión del fuero civil...”⁵¹.

Como es sabido, no todos los asuntos jurídicos en los que se ve implicada la Administración Pública tienen carácter administrativo. Lo decisivo para determinar el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa no es tanto identificar una actuación de la Administración, como observar la naturaleza jurídica del asunto litigioso ya que la actuación administrativa ha de estar sujeta preponderantemente al derecho administrativo⁵².

En otras palabras, es necesario que la cuestión debatida tenga naturaleza jurídico-administrativa. Lo decisivo es la existencia de un “asunto jurídico” que, por su naturaleza, deba ser conocido por la jurisdicción contencioso administrativa, pues la naturaleza jurídica del asunto litigioso es el dato determinante a efectos de delimitar el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en función de las normas aplicables.

En sentido análogo, en el caso “Morra, Victoria c/ Provincia de Córdoba”⁵³ el Máximo Tribunal provincial resolvió que si la accionante primero promovió el proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos generadores de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por acto ilegítimo, para obtener la declaración de nulidad por la jurisdicción especial y luego, instó un nuevo proceso contencioso administrativo pretendiendo en concreto el resarcimiento de los daños y perjuicios directamente derivados de esa misma e idéntica actividad administrativa, para lo cual ahora impugnaba los actos administrativos denegatorios de ese resarcimiento, esta segunda acción también correspondía a la jurisdicción especializada.

Ello es así, en razón que la actora en la primera acción contencioso administrativa de plena jurisdicción en la que impugnó el acto administrativo base que dispuso su baja y que es la causa generadora de los pretendidos daños y perjuicios que demanda en el segundo proceso, no acumuló a la nulidad de aquel acto la pretensión por la reparación integral y el restablecimiento del derecho subjetivo de carácter adminis-

51. T.S.J. Córdoba, Sala Civil y Com., A.I. Nro. 181/2006.

52. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva, Editorial Tecnos S.A., Madrid 1999, p. 91.

53. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 16/2008.

trativo afectado, tal como lo autorizaba el artículo 38 de la Ley 7182 y la doctrina judicial a partir del precedente “Moreno...”⁵⁴ ya citado.

En consecuencia, la pretensión de contenido patrimonial que traía mediante esa segunda acción, no es *autónoma* si los hechos en los que se funda son los mismos y es la consecuencia de aquella declaración de nulidad de los actos que se invocaban como causa eficiente y productora del daño posible.

La causa generadora del daño en esta nueva acción se relaciona a una actividad administrativa precedente que fue juzgada ilegítima por el fuero especializado, mediante una decisión judicial firme y, son las proyecciones de los hechos determinantes de esa sentencia definitiva, los que deberán ser nuevamente valorados y juzgados por la jurisdicción especial exclusivamente para dirimir la pretensión resarcitoria y juzgar la atribución de la responsabilidad pública estatal.

Es que, si la Administración denegó el reclamo resarcitorio intentado por el administrado una vez concluido el primer proceso contencioso administrativo que, al declarar la ilegitimidad de los actos allí enjuiciados, se convierte en la *causa petendi* de los daños posibles que integran el objeto de esta nueva acción y, además, la interesada interpuso un reclamo y agotó la vía mediante los recursos necesarios, nada obsta a la admisión de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de una pretensión accesoria que bien pudo ser acumulada a la acción contencioso administrativa principal.

Por esto, la procedencia de la nueva acción debía ser juzgada sustancialmente mediante la aplicación de los principios y normas de derecho público que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado Provincial por los actos administrativos declarados ilegítimos.

Y entonces, el pago de los haberes caídos como consecuencia de una relación jurídica de empleo público se subordina al orden jurídico administrativo, integrado por las normas presupuestarias y las que surja expresa o implícitamente del estatuto del empleado público y las normas del Código Civil vinculadas a la responsabilidad por daño, deben tomarse como principios generales que son aplicables a cualquier rama del derecho, o bien como normas análogas (art. 16 del C.C.) que se integran a un bloque jurídico administrativo.

Tal como ya se adelantara en párrafos anteriores, una cuestión no se torna en “civil” cuando por vía supletoria o analógica se aplica el Código Civil a las consecuencias ineludibles de una relación jurídico administrativa. La cuestión sigue siendo administrativa en el amplio marco del orden jurídico administrativo.

En el caso, la actora invocaba su condición de docente, quien fue dada de baja ilegítimamente en horas cátedras. Esa relación jurídica entre la actora y la Administración es de derecho público, no de derecho privado. Tan así es, que relaciona el daño posible en función del salario correspondiente.

54. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 11/1994 (Ver nota 47).

Resulta claro, que la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda no está determinada por el derecho que la actora invoque. La acción corresponde al fuero contencioso administrativo, pues tanto los hechos en que la demanda se funda, cuanto la condena pretendida tipifican la acción como de derecho administrativo. Y, no obsta a esa conclusión el hecho de que el reclamo se sustente en la responsabilidad extracontractual del Estado, desde que ésta tiene sus antecedentes en una relación de derecho público.

De allí que se deba atender de modo principal a la exposición de los hechos que se efectúa en la demanda y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión⁵⁵.

La identificación de la pretensión que provee de contenido a la acción es un requisito procesal primario e ineludible a los efectos de determinar los preceptos adjetivos y sustantivos aplicables.

Nada obsta que ante la ausencia de normas propias del derecho público que regulen la materia, se apliquen subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuadraba el presente caso⁵⁶.

Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación “...*El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional (art. 19, C.N.) y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas...*”⁵⁷.

Luego —se dijo— la decisión de no habilitar la instancia contencioso administrativa no puede autosustentarse en las prescripciones del precitado artículo 2 inciso c) de la Ley 7182 cuya teleología alcanza, precisamente, aquellos supuestos en los que la resolución del conflicto de intereses está condicionada *exclusiva y excluyentemente* a la aplicación de normas del derecho privado. En el caso, concurrían el orden jurídico público y privado, pues las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que tiene cobertura constitucional, se rige por principios que son de naturaleza pública, sin perjuicio de su regulación en algunos aspectos en las normas del Código Civil.

En suma, tanto la cuestión principal y accesoria debían dirimirse ante la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que la demanda se dirigía a obtener una reparación integral por los daños y perjuicios pretendidamente producidos a una típica situación jurídico-subjetiva de derecho administrativo, derivados de un

55. Doctrina de Fallos 319:218; 323:470; 324:4495, entre muchos otros.

56. Fallos 320:1999, 25/09/1997, “Lew, Benjamín Jorge y otro”; Fallos del 27/02/2007 “Jara, Luis Reynaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”.

57. Fallos 308:1118, “Gunther, Fernando Raúl”; Fallos 308:1160, “Santa Coloma, Luis Federico y Otros”.

acto administrativo declarado ilegítimo, para cuya resolución se deben aplicar, de manera sustancial, principios propios del derecho público, atento a que debe examinarse la responsabilidad extracontractual del Estado Provincial en el ejercicio de la función administrativa⁵⁸.

De igual manera, tal como se ha expuesto precedentemente, sobre el fundamento de resoluciones judiciales dado en el principio de enriquecimiento sin causa, el conocimiento de acciones contenciosas administrativas, que encierran en sustancia un litigio de índole administrativa, corresponde a la magistratura especializada organizada por la Ley 7182, a pesar de fundarse la demanda en principios y normas del derecho común.

Tal, como se puntualizó en el caso “Moreno”, no puede soslayarse que el derecho subjetivo de carácter administrativo que es lesionado por el actuar ilegítimo de la Administración y en el cual aparecen configurados los elementos esenciales de todo derecho, tiene siempre un contenido patrimonial, constituyendo así una especie del derecho de propiedad, cuya reparación reclama el administrado⁵⁹.

Las más modernas legislaciones como la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España Ley 29/1998, del trece de julio, en su artículo 2.e) expresamente consagra el orden jurisdiccional contencioso administrativo para el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con *“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”*⁶⁰, procurando de ese modo unificar los criterios referidos al régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado y en concordancia con la unidad del fuero.

En el mismo sentido, se orientan las noveles legislaciones provinciales que con base en preceptos expresos habilitan sin cortapisas la jurisdicción especializada para las cuestiones patrimoniales derivadas de las relaciones jurídico sustanciales de carácter administrativo (vid. verbigracia Ley 12.008 Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires cuyo art. 2 inc. 4º que establece que están incluidas en la competencia contencioso administrativa las controversias que *“versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1º, regidas por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado...”*⁶¹; Ley 189 Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma

58. Fallos 320:1999 y sus citas.

59. ABAD HERNANDO, J. L., “Acción contenciosoadministrativa de plena jurisdicción”, J.A. Secc. Doc. T. 19, p. 712 y sgtes.; ARGANAARAZ, Tratado de lo Contencioso Administrativo, p. 16 y sgtes.; FIORINI, Bartolomé A., Qué es el contencioso, p. 55.

60. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Editorial Tecnos S.A., 1999, Madrid, p. 81.

61. CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo, El contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires, 1era. Edic., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 77.

de Buenos Aires en su art. 4 establece: *“Daños y perjuicios. No puede demandarse autónomamente la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por actos administrativos que se reputen ilegítimos sin haberse impugnado, en tiempo y en forma, el acto que se pretende lesivo. Cuando se pretenda hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de la autoridad administrativa derivada de un hecho ilícito, el/la afectado/a tiene opción para efectuar un reclamo administrativo previo, o acudir directamente ante la justicia contencioso administrativa de la Ciudad de Buenos Aires”*⁶² y *Ley 1305 Código Procesal Administrativo de la Provincia de Neuquén, art. 2 inc. 4º*.

También lo ha admitido la jurisprudencia que ha debido resolver cuestiones en las que se requería la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa y que admitían considerar los reclamos de daños y perjuicios derivados de la actuación de la administración en ejercicio de la función administrativa⁶³.

En particular, se ha juzgado que *“...Es competencia del fuero contencioso administrativo entender y resolver en las controversias suscitadas por la actuación o la omisión en el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos mencionados en el art. 166 de la Constitución provincial. En particular, le corresponde decidir las que versen sobre responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1º, regidas por el derecho público, cuando actúan en ejercicio de la función administrativa, aún cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado (cfr. arts. 166 in fine de la Constitución provincial; 1 inc. 1 y 2 y 2 inc. 4 de la ley 12.008 -texto según ley 13.101-)...”*⁶⁴.

Es dable señalar, que en análogo sentido se orienta también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza⁶⁵.

Como corolario de todo lo expuesto, las acciones fundadas en principios y normas del derecho civil, en tanto tengan como presupuesto la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo, encierran en sustancia un litigio de índole administrativa, razón por la cual no corresponden a los tribunales civiles sino a la magistratura especializada organizada por la Ley 7182, aún cuando la demanda se fundamente en principios y normas del derecho común.

16. SOLVE ET REPETE

La jurisprudencia de Córdoba y la jurisprudencia nacional, admiten que este principio del pago previo no tiene vigencia cuando vamos a cobrar multas, recargos o intereses, pero sí sigue teniendo vida cuando vamos a cobrar un tributo porque hace

62. BALBÍN, Carlos F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, Comentado y Concordado, 1era. Edic., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p. 54.

63. SCBA, Causa B 54034 I del 04/08/1992 “Montclar S.A. y otro c/ Municip. de Florencio Varela s/ Daños y perjuicios”.

64. SCBA, A 68249 I 8-6-2005, “Guida, María de los Ángeles c/ Godoy Biagini, Ramiro G. y otros s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia Art. 7 inc. 1º, Ley 12.008”.

65. TSJ Neuquén, “Cooperativa de Trabajo TAC” de 1996 Causa Nro. 49399; Descalzi, José Pablo, “Competencia: Derecho Administrativo y Daños” en Revista La Ley del 12 de junio de 2007, p. 4.

al sostenimiento y a la continuación del Estado aunque con la siguiente aclaración: si ese requisito del pago previo puede implicar en la práctica que una empresa se vaya a la quiebra, el mismo debe ceder. Vale aclarar que los Tratados Internacionales no solamente van a proteger a un individuo sino también que tiene vigencia cuando se trata de personas jurídicas.

En segundo lugar, cuando la parte invoque que realmente es gravoso, que no solamente puede ir a la quiebra sino que al menos pone en situación difícil a la empresa o al individuo; en este caso sí puede el juez lograr una aminoración del monto del depósito o bien que no se efectúe. Aquí hay una cuestión que habrá que analizar caso por caso y en función de las probanzas respectivas, pero que no significa que se haya eliminado rotundamente. Ningún precepto del ordenamiento internacional obliga a suprimir la regla de *solve et repete*; se trata de eliminar los obstáculos, razón por la cual puede aminorarse o morigerarse, pero no se puede dispensarlo totalmente, salvo para casos puntuales en donde así se amerite.

La nueva Constitución de Córdoba garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 19 inciso 9 y el artículo 49 dispone que en ningún caso puede resultar limitado el acceso a la justicia por razones económicas. Sin embargo, el artículo 71, quinto párrafo, relacionado con los tributos, preceptúa que “...la ley determina el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos y tasas”.

A su vez, el artículo 178 segundo párrafo de la Constitución de la Provincia prescribe que la actuación del Estado en ejercicio de su función administrativa queda sometida al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa.

En esta importante temática sigue vigente el último criterio del entonces Tribunal Superior de Justicia en la causa “Expreso Parmigiani S.A. c/ Provincia de Córdoba”⁶⁶. Allí, se señaló que el constituyente reservó a la ley de la materia el establecimiento de las condiciones para demandar al Estado elevando asimismo el rango de exigencia constitucional el agotamiento de la vía administrativa.

Se ha precisado también que el requisito del pago previo ha quedado en definitiva librado a la voluntad del Legislador, quien será el encargado de reglamentar el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos.

La cláusula transitoria duodécima de la actual Constitución Provincial prescribe que hasta tanto se dicten las leyes reglamentarias, subsisten los actuales regímenes legales. Esta norma es la que justifica la vigencia del artículo 9 de la Ley 7182 que postula el requisito del pago previo de los tributos, con excepción de las multas, recargos o intereses. Así, en el caso “Rega c/ Municipalidad de Tanti”⁶⁷, se declaró inaplicable

66. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 04/1994.

67. C.C.A.C. 1° Nom., A.I. Nro. 33/1999.

el *solve et repete* -art. 9 ib.- por cuanto lo sujeto a revisión no era un tributo sino una multa en ejercicio del poder sancionador.

En la causa “Lacino S.A. c/ Municipalidad de Unquillo”⁶⁸ admitida la validez constitucional de la regla del *solve et repete*, en función de las directrices que emergen de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.”⁶⁹, entre muchos otros, se resolvió que para que se admita la demanda propuesta, la actora debía satisfacer la exigencia del artículo 9 de la Ley 7182 en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de que adquiriera firmeza el pronunciamiento judicial.

El Tribunal fijó ese plazo en razón que, independientemente de si el cumplimiento de la regla del *solve et repete* constituye un requisito de la acción o de la demanda, resulta posible su subsanación en la etapa de habilitación de instancia en la cual se encuentra el proceso, en tanto su cumplimiento se reduce al abono de una suma de dinero.

Máxime, cuando como ocurría en esta causa, la demanda interpuesta se promovió impugnando un acto administrativo de determinación tributaria, practicado por una Municipalidad de la Provincia, respecto del cual se habían agotado los recursos que prevé el procedimiento para obtener una decisión de la autoridad con facultad para resolver en la última instancia, faltando solamente el cumplimiento del depósito previo.

La solución así propiciada lo fue al efecto de afianzar la justicia y la seguridad jurídica, evitando situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si se considera que las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación al fin último al que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho⁷⁰.

En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del cual se inserta el derecho de defensa, constituyen valores superiores que proscriben una interpretación jurídica de las normas adjetivas que conduzcan a la exigencia a ultranza de condicionamientos que denieguen el acceso a la jurisdicción y, con él, a la verdad jurídico-objetiva, por motivos de excesivo ritualismo formal, que pueden ser superados sin quebranto para la estructura y configuración legal del proceso contencioso administrativo reglado en la Ley 7182, como así también de la seguridad y la certeza jurídica en las relaciones procesales nacidas al amparo de ese cuerpo legal⁷¹.

17. EJERCICIO DE UN PODER DISCRECIONAL Y LA ADMISIBILIDAD DEL PROCESO

La problemática discrecional, no es más una cuestión que se vincule con la admisibilidad del proceso, sino que tiene que ser analizada por el juez, conjuntamente

68. T.S.J. Córdoba, en Pleno, Sent. Nro. 10/2004.

69. Fallos 312:2490, 21/12/1989.

70. C.S.J.N., Fallos 306:738, 26/06/1984, “Canseco, Humberto y otros c/ E.L.M.A. S.A.”.

71. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. N° 85/2002.

con el fondo de la cuestión y, no puede ser motivo ni siquiera de una excepción de previo especial pronunciamiento. Esta es una cuestión que tiene que resolver el juez, ¿Por qué motivo? porque ha ido mutando el concepto de lo discrecional, en donde no es más aquello que estaba fuera del Derecho, como aquello que lisa y llanamente no era motivo de contencioso administrativo y, ¿Por qué? porque ahora siendo que el aparato público se subordina al orden jurídico, la discrecionalidad vive dentro del propio ordenamiento jurídico que va a establecer expresa o implícitamente cuándo hay discrecionalidad.

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que al estar en presencia de la actividad libre o no regulada lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido en favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico subjetiva vulnerada, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad en favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que sólo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un *minimum* de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechaza *in limine*, decían los primeros Códigos de la materia.

En una segunda etapa, fue el Consejo de Estado Francés el que comenzó a incursionar en los límites de la discrecionalidad y en general, después en nuestro País comienza a rechazarse la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando se discutían vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aún derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los Códigos que comenzaron a surgir a partir de los años setenta hasta nuestros días, sólo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. O sea, ya no se habla de acto discrecional o acto reglado, puesto que los tiempos modernos reconocen sólo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En definitiva, los Códigos actuales, si bien no hablan de acto discrecional, sin embargo establecen que no son impugnables los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. Ergo, dicha facultad bien puede ser motivo de inadmisibilidad.

En mi criterio, ni siquiera esa porción de discrecionalidad puede ser motivo de inadmisibilidad en la primera etapa del proceso, de oficio por el Tribunal como al

momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento. Propongo la inauguración de una tercera etapa en donde la discrecionalidad no es motivo de exclusión ni comporta un requisito procesal. Es decir, que no puede dar lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento que pudiera justificar la inadmisibilidad.

Efectivamente, la discrecionalidad debe ser tratada como un *posterius* recién al momento de la sentencia con el fondo de la cuestión. Puesto que si ella forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita, es indudable que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Tal como se ha dicho, si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su “ejercicio”⁷².

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico. Este es el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en reiterados pronunciamientos⁷³.

Debe postularse en definitiva el control de cualquier clase de acto administrativo en ejercicio de una actividad reglada o discrecional, debiendo el juez sólo efectuar un control de juridicidad, en sentido amplio, respetando el núcleo o esencia de lo discrecional: “selección entre dos o más alternativas válidas”, incluso debe extenderse al control pleno de las reglas técnicas o científicas de universal consenso y un control de tolerancia frente a aspectos técnicos o científicos que trasuntan sólo una verdad relativa.

Estoy en desacuerdo, en consecuencia, con el tratamiento que el artículo 2 inciso “a” del Proyecto Nacional le ha conferido a la discrecionalidad, postulando su control sin explicitar el alcance o la intensidad del mismo.

72. SESIN, Domingo J., Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, 2da. Ed., Lexis Nexis, Bs. As. 2004, p. 277.

73. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 19/1996 “Saleme, Gabriel c/ Superior Gobierno de la Provincia”; Sent. Nro. 32/1997 “Miranda, Margarita Esther y Otras c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 196/1999 “Perafan, Juan Zenón c/ Estado Provincial”; Sent. Nro. 73/2000 “Almada, Miguel Angel c/ Banco Social de Córdoba”; Sent. Nro. 170/2000 “Badra de Canovas, Rosario c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 136/2000 “Ball, Miguel Angel c/ Estado Provincial”; Sent. Nro. 117/2001 “Abrahin, Carlos Eduardo c/ Dirección Provincial de Vialidad”, entre muchas otras.

En consecuencia, si se advierte que lo discrecional está dentro del ordenamiento jurídico ¿qué se debe hacer como juez? Bueno, si está dentro del ámbito jurídico no se va a hablar del control de la discrecionalidad –porque eso es subvertir y apoderarse de cuestiones que hacen a la Administración, invadir su *zona de reserva*– sino que se va a hablar de control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Como juez, cuando se llegue al fondo de la cuestión –por ej. si se trata de un concurso y la norma dispone que se va a elegir a uno de los tres primeros– se va a controlar que se haya realizado el concurso, que se respetaron los principios generales, el material del concurso, las normas y simplemente, se controlará que se eligió una de las alternativas igualmente válidas porque se seleccionó uno de los tres y, en consecuencia, la discrecionalidad no fue mal ejercida.

En los autos “Miranda Margarita c/ Provincia de Córdoba”⁷⁴ se discutía la pertinencia del adicional por riesgo que impetraba el personal de un Hospital Psiquiátrico provincial. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa.

En esta hipótesis, no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de la aplicación de una regla o faceta universal, objetiva y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado.

En cambio, no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del “porcentaje” que deberá establecer el Poder Ejecutivo cuanto al adicional ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el cincuenta por ciento (50%) del sueldo. Ha menester entonces, reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el Juez analiza la pretensión entrando al fondo de la cuestión mediante la aplicación de principios y reglas jurídicas, que es el control que prescribe la Constitución. Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración ultrajando la división de poderes.

También analizando el fondo de la cuestión, en el caso “Guerberoff, Eduardo c/ Provincia de Córdoba”⁷⁵ el Máximo Tribunal local trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirmaba que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí, se discutían las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de

74. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 32/1997, publ. en LLC, 1997-946.

75. T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. 34/1997.

la falta. El Tribunal manifestó que en el ejercicio de la potestad disciplinaria es dable señalar las siguientes etapas: a) la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) el encuadramiento o calificación jurídica; c) la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta y, d) la elección de la sanción.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración y, la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aun cuando exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos para declarar la antijuridicidad del acto sancionador, la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso analizado, se consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva por lo que su irrazonabilidad e incongruencia eran evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no han sido ejercidas por la Administración dentro de la juridicidad.

Estos son algunos de los precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del derecho ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o Códigos y en los Tratados internacionales que nuestro País ha ratificado.

Lo mismo, queridos colegas, las cuestiones técnicas. Hay autores, como Desdentado Daroca, que nos hablan de que las cuestiones técnicas pertenecen a los técnicos, no tienen por qué ser objeto de control judicial. En mi criterio, hay que desdoblar esta problemática en tres supuestos determinados: cuando las reglas técnicas, los estándares de conducta o las normas de experiencia sean aceptadas pacíficamente por el mundo técnico-científico se crea indiscutible que dos más dos es cuatro, eso pasa a formar parte del mundo jurídico y, por lo tanto es perfectamente controlable por el juez.

Cuando existan varias técnicas posibles y, la Administración eligió una, el Juez no puede sustituir una por otra porque se invade la división de poderes; no se puede decir que gusta más esta técnica que la otra, pues en la elección ha habido varias alternativas igualmente válidas, ha habido porcentajes de discrecionalidad.

Cuando sean cuestiones muy complejas técnicamente, cuando sean de imposible reproducción probatoria como un examen oral de un profesor en un concurso, cuando sean realmente cuestiones muy confusas, en ese supuesto va a haber control, pero un control de tolerancia, un control de plausibilidad.

En suma, ni el Juez ni el administrador van a poder llegar a la verdad absoluta, entonces ¿por qué le vamos a pedir al juez que realmente él sea el dotado para llegar a

la verdad absoluta? Si la respuesta de la Administración es medianamente razonable, supónganse que estamos discutiendo por qué le puso un nueve en lugar de un diez en un examen, si era tan opinable un nueve como un diez, esa discrecionalidad vinculada con lo técnico, dejémoselo a la Administración, porque como jueces vamos a controlar si al menos está motivado razonado o justificado y, si hay pequeños porcentajes, el caso se deja a la Administración. En Europa, hoy se habla de sustentabilidad, de sostenibilidad en Alemania, entre nosotros de razonabilidad, en Estados Unidos se habla de deferencia. Pero, en definitiva, tales cuestiones no pueden ser una materia que esté excluida del control judicial.

18. ACTOS POLÍTICOS DE FUENTE DIRECTAMENTE CONSTITUCIONAL

Tal como se ha dicho anteriormente, el artículo 2 de la Ley 7182, explicita las causales de exclusión de la revisión contencioso administrativa. En rigor, estas también son motivos susceptibles de generar la inadmisibilidad del proceso. Se vinculan incluso con la materia contencioso administrativa, razón por la cual en general deben plantearse y resolverse en la primera etapa del proceso.

Ahora bien, la sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes.

No hay derecho sin juez, dice elocuentemente García de Enterría⁷⁶. Ello comporta una conquista del Estado de Derecho que demandó siglos de complejas dificultades, por lo que ha menester resguardar y fortalecer para salvaguardar la esencia de la división de poderes y el sistema democrático.

Si la actividad política se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de la función pública condice con el orden jurídico vigente. Precisamente, una de las problemáticas más complejas del derecho público contemporáneo es indagar la verdadera intensidad del control.

En posturas avanzadas, la legislación española propicia un control pleno en la moderna Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En su exposición de motivos expresa que *"...la ley no recoge ya, entre otras exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos..Sobre este ultimo aspecto conviene hacer alguna precisión. La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de gobierno, o de dirección política- excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal*

76. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Democracia, Jueces y Control de la Administración, p. 31 y ss.

de la jurisdicción contencioso administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de acto político se halla hoy en franca retirada en el Derecho Público Europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder regido solo por el derecho constitucional, y exento del control, ...resulta inadmisibile en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la acción gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes...".

El Tribunal Supremo Español, antes de la citada reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se había pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que *"...tras aprobarse la Constitución y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos son susceptibles de control jurisdiccional..."*⁷⁷.

Para el Alto Cuerpo español, ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad, ya que es obligación para el Juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo, se da ese contenido político no controlable⁷⁸.

Como se ha sustentado en otras oportunidades, estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control total, sustituyendo la discrecionalidad política por la judicial, porque sus principios postulan en esencia, la politización de la justicia en lugar de la juridicidad de la política. El exceso de control es susceptible de paralizar la actividad estatal y sustituir las decisiones del gobierno democráticamente elegido por la voluntad de los jueces. Empero también estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control escaso, pues ello es pernicioso para el Estado de Derecho y las garantías de los ciudadanos.

Es necesario buscar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar el Juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

En definitiva, si el acto institucional o político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercido dentro

77. TS Español, Sentencia del 22 de enero 1993, Aranzadi A 57. Ponente: Baena del Alcázar.

78. Revista de Derecho Administrativo, Núm. 9, Julio-Set. 1997, p. 437.

de ese universo de derecho, solo cuando es susceptible de agraviar situaciones jurídicas subjetivas (derechos adquiridos, intereses legítimos y difusos) de fuente directamente constitucional. Ello no implica revisar su esencia o núcleo interno, sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. Consecuentemente, el control se extiende sobre los aspectos reglados, legal o constitucionalmente, la competencia, el procedimiento, la forma, la motivación, la causa, la finalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otros aspectos.

Lo que no puede revisar ni sustituir el juez, es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la división de poderes y su zona de reserva.

De allí que, conceptualmente, en lugar de utilizar la expresión control de los actos políticos, estimo más adecuado hablar de control del procedimiento de conformación del acto político dentro de la juridicidad constitucional.

Al respecto, sustenta el Tribunal Supremo Español que *"...al ser el acto de que se trata un acto de Gobierno, este Tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que hacer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional..."*⁷⁹.

La dogmática alemana considera que la actividad de gobierno goza de una libertad de configuración política propia, que no puede ser sustituida con legitimidad por otro órgano. Ello deriva del cumplimiento de sus funciones constitucionales. Para Scheuner⁸⁰, la decisión creadora, la iniciativa política y la completa dirección del Estado, constituyen la esencia de la actividad de gobierno. Por ende, los jueces no pueden ponerse en lugar del órgano administrativo sustituyendo las apreciaciones del Gobierno por las suyas.

En el ámbito de las zonas de reserva que constitucionalmente les corresponde a cada poder, cada uno obra bajo su propia responsabilidad. Ella puede ser cuestionada desde la perspectiva política, pero no puede ser sustituida o asumida por otro poder del Estado⁸¹.

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. A veces la lucha política sale de lo que debe ser su ámbito funcional, que aún siendo muy amplio en oportunidades se escapa de sus contornos y pretende desplazarse a los Tribunales. Sin embargo, las herramientas judiciales tienen sus límites.

Para Marienhoff⁸² el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos,

79. TS Español, Sentencia del 6 de noviembre de 1984.

80. SCHEUNER, U., *Der Bererich der Regierung*, en *Festgabe fur Rudolf Smend*, Gottingen, p. 253 y ss.

81. EMBID Irujo, "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. García de Enterría*, T. III, p. 2739.

82. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 755 y ss.

siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son parte en el mismo, careciendo entonces de acción para cuestionarlo.

Puede ser discutible y aún razonable, que no corresponda el control judicial cuando el acto institucional o político no se vincula inmediata o directamente con los particulares, pero es indiscutible que por más acto político o institucional que sea, cuando el mismo es susceptible de agraviar una situación jurídico-subjetiva tutelada por el ordenamiento constitucional en forma personal y directa, el control judicial es insoslayable. Debe ser ejercido y no pueden existir retaceos en honor a la majestad de la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, a veces en una misma problemática se presenta un doble objeto de análisis y resolución por ser una controlable y otra incontrolable: Así por ejemplo, no es cuestionable judicialmente el cambio del valor de la moneda porque entra dentro de la zona de reserva de la Administración el establecimiento de la política monetaria con arreglo a pautas de mérito, oportunidad y conveniencia, repercutiendo en general sobre la totalidad de la población. Empero, nada impide que en un caso concreto, puedan repararse las consecuencias patrimoniales en función del agravio acreditado y la justeza del mismo; y aun pueda declararse su inaplicabilidad o inconstitucionalidad solo para ese agravio o perjuicio individualizado por la parte debidamente legitimada. La declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo no altera la vigencia de la norma pues el juez debe circunscribirse a declararla inaplicable en el caso concreto.

El Tribunal Supremo Español⁸³ señala que el acto de devaluación de la moneda es político aún cuando ello no tiene relevancia sobre el fallo del caso que se concreta exclusivamente en pretensiones indemnizatorias.

Las otroras doctrinas que justificaban la exclusión del control judicial de las cuestiones políticas como una manifestación de las inmunidades del poder, hoy han quedado en desuso frente a los enfáticos preceptos constitucionales en este nuevo ciclo de reformas de las Leyes Supremas de nuestro País, siguiendo los modelos europeos descriptos. En efecto, se ha reforzado y ampliado el derecho de defensa en el marco de la tutela judicial efectiva con una mayor accesibilidad, incluso respecto de la legitimación para ser parte en una causa judicial (derechos subjetivos, intereses legítimos y difusos). Asimismo, se ha ampliado el principio de juridicidad que exige el pleno sometimiento de los poderes del Estado a la ley y al derecho⁸⁴.

En concreto, pueden plantearse tres situaciones diversas: a) actos políticos o de gobierno susceptibles de ser controlados judicialmente cuando en un caso concreto afecten situaciones jurídicas subjetivas; b) actos políticos o de gobierno que no pueden ser anulados por trasuntar una medida de alta política relevante para el Gobierno. En caso de producir perjuicios concretos, estos sólo pueden ser indemnizados; c) actos po-

83. TS Español, Sentencia del 9 de enero de 1982, Ar. 235.

84. Cfr. arts. 18, 43, 116, 31, 75 inc. 22 y concordantes de la Constitución Nacional; arts. 18, 19 inc. 9, 20, 48, 161, 165 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Córdoba; arts. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y 8, 9 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

líticos o de gobierno que no inciden en situaciones individualizadas sino que repercuten genéricamente sobre la población, en cuyo caso no son controlables judicialmente.

Ni siquiera el procedimiento de reforma de la Constitución escapa a esta orientación conceptual. Como es sabido, el poder constituyente derivado está sujeto: a las reglas que establece la Constitución vigente para la reforma, a los preceptos y principios de la Constitución Nacional, cuando se trata de una revisión provincial, a lo dispuesto por los Tratados internacionales a los que la Nación se ha adherido y a los derechos fundamentales del hombre, entre otros aspectos. Especial cuidado revisten los derechos adquiridos bajo la vigencia del anterior régimen constitucional⁸⁵.

Dice al respecto Rubio Llorente⁸⁶ que *“...El cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino solo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera solo ex nunc y no deroga en absoluto las normas producidas validamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay mas normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, pero siguen siendo formalmente validas todas la que fueran conforme al sistema anterior...”*

El derecho extranjero más encumbrado aconseja regular para el futuro respetando los derechos adquiridos preexistentes, y excepcionalmente, en caso contrario se analiza su eventual reparabilidad.

Ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el caso “García”⁸⁷ citado supra que *“...Reducir el mandato de los legisladores, mas allá de la decisión final que se adopte, conforme a la postura que en su caso se recepte en función de las características y vicisitudes que predeterminan un momento histórico dado, es susceptible de agraviar un interés personal y directo, diferenciado del resto de la sociedad, por lo que ha menester la admisibilidad de la revisión judicial.*

Los agravios que sufran quienes efectivamente vean acortados sus mandatos en base a las nuevas disposiciones constitucionales, no se encuentran en el carácter de meros ciudadanos a quienes el orden jurídico no les otorga legitimación alguna...”

Mientras en el caso “Sesma”⁸⁸, también citado supra, se sostuvo que *“...toda reforma de la Ley Fundamental de la Provincia puede ser declarada inconstitucional, si*

85. Este criterio amplio de control judicial dentro de los límites de la jurisdicción ha sido sustentado por el Tribunal Superior de Córdoba en los casos: “García Eduardo José y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 17/08/2001, jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, LLC, 2001-1111; “Sesma, Laura J. y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, A.I. 52, del 13/09/2001 y “Sesma Laura J. y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, A.I. 54 del 17/09/2001, LLC, 2002-201. Ver interesante comentario de CHIACCHIERA CASTRO, Paulina, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la Provincia de Córdoba. Breve análisis de los casos “García” y “Sesma” del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”, La Ley, Suplemento Constitucional, 2/12/2002, p. 63 y ss.

86. RUBIO LLORENTE, Francisco, La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 47

87. T.S.J., García Eduardo José y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, del 17/08/2001, Jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, LLC, 2001-1111.

88. T.S.J., A.I. 54, 17/9/2001 “Sesma Laura J. y otros s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, LLC, 2002-201.

contraviene normas de superior jerarquía (Constitución Nacional o Leyes Nacionales, art. 31 Const. Nacional), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura Provincial (art. 196 Const. Pcial.), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la Provincia, de aplicación pre-valente...”.

“...De lo expuesto se concluye que la Constitución de la Provincia esta, como todo el ordenamiento legal, sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial (...) Una reforma constitucional conforme a la citada orientación conceptual también debe enmarcarse en la juridicidad, debiendo señalarse que aun cuando el control judicial es posible y necesario para salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia del sistema democrático, sin embargo, tal control debe ejercerse con la prudencia necesaria...”

Y continua, “...En el subexamine, el constituyente dispuso la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores (Cláusula Transitoria Primera) y admitió una eventual reparación si así correspondiere. Al hilo de los principios y frente a esta cuestión, se ofrecen dos posibilidades: la primera conduce a reglar para el futuro con el consiguiente respeto a los actuales mandatos. Una vez finalizados los mismos, recién entra en vigencia el nuevo orden normativo. La segunda, de carácter excepcional, emerge cuando por razones de interés general, oportunidad, merito o conveniencia debidamente justificados, se modifica el derecho objetivo con el trazo del nuevo diseño organizacional que se ha resuelto y que debe entrar en vigencia en forma inmediata. En este ultimo supuesto resultan de aplicación los principios relacionados con la revocación de los actos estatales por razones de merito y aun la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Su fundamento es el principio general con base en la igualdad de las cargas publicas dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, que lo ha reconocido como un trascendente principio de derecho natural. La responsabilidad del Estado es objetiva, pues deriva de un acto legitimo del mismo. Cabe resaltar también que el fundamento de la reducción de los mandatos presenta analogía con la expropiación, donde el interés público prevalece respecto del privado por razones de interés público, dando origen a la obligación de indemnizar el menoscabo patrimonial pertinente. Este es el camino elegido por el constituyente de la reciente Reforma en el marco de la Cláusula Transitoria Primera, que brinda la alternativa de una eventual reparación pecuniaria, si correspondiere...”

Sin embargo, en este fallo se puntualizaron adecuadamente los límites del control judicial respetando el núcleo discrecional cuya ponderación sólo compete a los órganos políticos pertinentes. Así, se recalcó que *“...Pertencen a la zona de reserva político-discrecional, que solo compete al Constituyente, las razones de oportunidad y conveniencia que fundamentan el inmediato acortamiento de los mandatos, por lo tanto el ejercicio de tales potestades queda excluido del control de los jueces quienes no pueden revisar ni sustituir dicha cuestión, mas aun, reiteramos, cuando en el mismo texto normativo esta prevista su eventual reparabilidad.... La debida justificación de estas razones que atañen*

a la Sociedad y son de interés público y su racionalidad, se encuentra solidamente acreditada por cuanto la caducidad de los mandatos no responde a un propósito o finalidad arbitrarios de remover a quienes ejercen el cargo en la actualidad, sino que obedece a una reestructuración organizacional que consiste, en esencia, en una disminución del número de integrantes del Poder Legislativo, basada en criterios de austeridad y economía en el gasto público y en procura de una mayor eficiencia funcional...".

De igual manera, la evolución jurisprudencial en favor del control judicial también se ha perfilado en el proceso de formación y sanción de las leyes, tradicionalmente considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como una cuestión política no justiciable⁸⁹ a los fines de preservar la división de poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica. Empero, el más Alto Tribunal del País cambia de criterio en el caso "Nobleza Piccardo"⁹⁰, sólo para el caso excepcional que se demuestre la falta de requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de aquellas sustentando que "...no hubo acuerdo entre la Cámara de Diputados y el Senado acerca del momento que fenecería el restablecimiento de la vigencia de las normas a que se refiere el art. 37 de la Ley 23.763, es indudable entonces que ha mediado una manifiesta inobservancia de los aludidos requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley, ya que al no haber sido aprobado el proyecto por ambas Cámaras, no pudo haber pasado al Poder Ejecutivo...". En el caso referido, la actora acreditaba la legitimación pertinente ya que reclamaba la repetición de sumas abonadas por las ventas de cigarrillos ingresadas al denominado Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales.

No obstante, es deber de los jueces valorar las consecuencias que puede provocar la declaración de inconstitucionalidad por razones de forma, tal como lo advierte Bianchi⁹¹, ya que la decisión tiene efectos expansivos susceptibles de ir más allá del caso concreto. En tales supuestos, ha menester que los jueces actúen con máxima prudencia priorizando el principio de conservación de la ley, salvo que en forma manifiesta y ostensible no se cumplimenten los requisitos mínimos y esenciales para su creación, como lo dijo la Corte Suprema y originariamente, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en el caso comentado). Aún en este último supuesto, los jueces deben ponderar, en función de las circunstancias cada caso, si existe la posibilidad de evitar los efectos de inconstitucionalidad general o total de la norma, a fin de eliminar sólo su parte nula.

89. C.S.J.N., Fallos 149:271, "Compañía Azucarera CHA c. Pica. de Tucumán"; Fallos 210:855 "Petrus S.A. c. Nación Argentina"; Fallos 256:556 "Soria Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta S.A.".

90. C.S.J.N., Fallos 321:3487, 15/12/1998, "Nobleza Piccardo SAIC y F c. Estado Nacional. DGI"; comentado por Bianchi Alberto, "Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes", Suplemento Der. Adm., La Ley, 27/05/1999.

91. BIANCHI, Alberto, Ob. cit. ult.; del mismo autor, Control de Constitucionalidad, Ed. Ábaco, Bs. As. 1992, p. 331 y ss.

En definitiva, la estrategia para el control de los actos políticos guarda cierta analogía con el control del ejercicio de la discrecionalidad. Es intenso con relación a los requisitos de juridicidad y respetuoso del núcleo interno político discrecional.

Téngase presente, que en general los Códigos Contenciosos Administrativos (de nuestro país como del extranjero) excluyen el control de los actos políticos o de gobierno de fuente directamente constitucional. Nada dicen si se refieren a los actos susceptibles de producir un agravio concreto o, simplemente, al modo de los institucionales, inciden genéricamente sobre el total de la población. No obstante, existen otras vías procesales, como la acción directa de inconstitucionalidad o hipotéticamente el amparo, cuando tales actos lesionen un derecho o garantía constitucional.

Los que no pueden ser controlados judicialmente son los actos que la doctrina llama institucionales (relación entre los poderes u órganos constitucionales, intervención federal, relaciones internacionales, estado de sitio, límites interprovinciales, declaración de guerra, entre otros) que no inciden en forma directa o inmediata sobre los administrados, sino en forma genérica sobre la totalidad de la población. En los demás casos, cuando se afecten situaciones jurídico subjetivas tuteladas diferenciadamente por el ordenamiento, el control podría tener analogía con el que se realiza para los demás actos estatales sujetos al derecho público.

La misión del jurista revela una nostálgica belleza: la de preparar los caminos para el advenimiento del reino de las valoraciones (apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia del accionar de la Administración Pública), sin que le sea permitido entrar en sus dominios, tal como Moisés, el legislador que guió a su pueblo hacia los límites de la tierra prometida sin que le fuera dable penetrar en ella.

Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un Tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.

Pero, como dice Tocqueville⁹², *“...es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse; ...por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo...”*.

No obstante, el juez no es un *dominus* de la sociedad y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo su marco de acción en virtud de la libre apreciación, propiciadas por la Escuela realista norteamericana y algunos filósofos italianos de los últimos años⁹³.

Con razón se afirma que una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la Justicia.

92. TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique, Ed. Gallimard, París 1951, T. II, p. 154.

93. CHIERCHIA, P., L'interpretazione sistematica della costituzione, Padova 1978, p. 10 y ss

La problemática de todos los tiempos referida a los confines del derecho y la política plantea una cuestión irresuelta: si es posible reconducir las materias discrecionales, que sólo competen a los órganos políticos, al campo jurídico, con parámetros objetivos.

Una respuesta positiva implica reafirmar la consabida tesis del “gobierno de los jueces”, que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales⁹⁴.

La extralimitación de los jueces fue ya advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado “darwinismo jurídico”, se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etc. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas⁹⁵. Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del *New Deal*.

La Corte Suprema argentina ha señalado que cada poder “...dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan...”⁹⁶.

El Estado confía al Juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado.

Normalmente se asigna al juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del derecho. Su razonamiento es absolutamente jurídico, estándole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en éstas sus votos porque tal cometido compete exclusivamente a la Administración Pública o al legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

Sin embargo, excepcionalmente el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver el conflicto. La graduación de la pena, la determinación del monto justo de una indemnización expropiatoria, la fijación de un plazo inexistente para el cumplimiento de una obligación, son ejemplos fieles. Su contenido será rellenado con los principios inmanentes del orden jurídico, las convicciones sociales, y, en definitiva, las valoraciones de lo que es “justo”, todo esto dentro del estilo del sistema jurídico vigente. Ello ocurre porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico para rellenar el concepto.

La legitimidad de los jueces no sólo proviene de la idoneidad exigida para ocupar el cargo (generalmente mediante concursos públicos), sino esencialmente del mismo

94. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional, Ed. Civitas, Madrid 1985, ps. 168 y ss..

95. SCHWARTZ, Le droit aux Etats - Unis, une création permanente, París 1979, p. 125.

96. CSJN, Fallos 243:513.

derecho que tienen la obligación de aplicar; su independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le deben absoluta subordinación. Su cometido no es crear normas legislativas ni ejercer el poder político o discrecional también creativo para satisfacer de la mejor forma los intereses sociales.

Una eventual elección a través del sufragio o una duración limitada en su función podrían afectar seriamente la división de poderes, la independencia, la imparcialidad, la neutralidad política, la competencia e idoneidad, porque el Poder Judicial no está capacitado para gobernar sino para dar efectividad al derecho. No le es dable sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la Administración a la ley y al derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados⁹⁷.

En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y sólo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Su campo de acción en aquel ámbito es mucho más reducido que el de la época del “pretor romano” y del “canciller inglés”, quienes -atento a las transformaciones sociales y el escaso perfeccionamiento del derecho- actuaban con mayor libertad⁹⁸.

Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto la Administración tiene una herramienta de la que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).

Cuando se trata de aplicar una potestad reglada, la Administración utiliza la misma metodología que emplea el juez, esto es, la hermenéutica interpretativa. Si en cambio el ordenamiento otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones igualmente válidas para el derecho, la Administración utiliza la discrecionalidad, en función de lo mejor o más útil para el interés público.

En otras palabras, cuando el sistema jurídico encarga a la Administración Pública la emisión del acto particular, reglando su conducta en forma expresa o implícita, hay interpretación en su concreción. En cambio, cuando le atribuye una facultad de opción, la “zona de reserva” debe integrarse creativamente con valoraciones de oportunidad y conveniencia.

En síntesis, el contenido administrativo se integra: a) con pautas objetivables cuando sea posible (actividad reglada); b) con criterios técnicos o estándares tolerables en casos difíciles o complejos; c) con modalidades discrecionales ante varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

97. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*cit., p. 34.

98. POUND, R., *Introduction to the philosophy of law*, Yale University Press, New Haven, cap. III.

El control judicial es total en la hipótesis a); casi total en b), pudiendo en este caso controlar la razonabilidad pero no sustituir un criterio técnico opinable de sustentabilidad relativa por otro también dubitable; y es escaso en c) controlando sólo el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad sin penetrar en el núcleo discrecional interno.

MECANISMOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN BRASIL, POSTMODERNIDAD Y LA CUESTIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD

Emerson Gabardo

1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Es difícil resumir la compleja, extensa y diversificada historia de los mecanismos de intervención del Estado en la sociedad. Por veces, puede ser incluso innecesario, considerando la enorme cantidad de textos que tratan del tema de forma profundizada¹. Tal prólogo solo se justifica, por lo tanto, a partir de una perspectiva metodológica, con el fin de situar el texto en su contexto, señalando los supuestos que acaban por delimitar las conclusiones de la investigación relatada; y más, identificado ideológicamente el relato.

Bajo este prisma, es interesante observar como el prisma económico lidera como el principal condicionante de la regulación de la vida social en los siglos XIX y XX². En sociedades pre-modernas, el relacionamiento entre el poder político y el

-
1. Solamente para citar un gran clásico como ejemplo, vale la pena mencionar la obra de István Mészáros. Cf.: MÉSZÁROS, István. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição. Traducción de Paulo César Castanheira y Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.
 2. En esta perspectiva ver: FIORI, José Luís. Estados, moedas e desenvolvimento. In: FIORI, José Luís (Org.) Estados, moedas no desenvolvimento das nações. Petrópolis: Vozes, 1999 y GIANNETTI, Eduardo. O mercado das crenças: filosofia econômica e mudança social. Traducción de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

individuo o la comunidad posea otros elementos acondicionadores de forma primordial. Fundamentos culturales o sociales eran en general aquellos que determinaban las formas de relacionamiento económico entre las personas y, en especial, entre las instituciones de carácter político y la sociedad. Esta realidad se cambia en la transición para la modernidad y es a partir de este momento que las raíces del constitucionalismo actual comienzan a delinear como sería la relación entre Derecho, Política y Economía en los siglos XX y XXI.

El llamado “Estado Social” es, sin duda, el principal fruto de la nueva mentalidad instituida, caracterizada por la configuración de un sistema económico capitalista (aunque con influencia socialista), por un régimen económico intervencionista (en superación al liberal clásico), y un modelo de bienestar (que, por lo tanto, rechaza el fundamento negativo de la subsidiariedad hacia el fundamento positivo de la felicidad).

El régimen liberal, muy criticado actualmente por los defensores de un Estado actuante, fue sin duda de importancia impar en la superación de la sociedad estatal típica del período pre-moderno. El liberalismo político, caracterizado en la desconfianza frente a la autoridad del Estado Absolutista, en el compromiso con las libertades públicas como reunión, expresión y asociación, en el control del poder como principio básico de la representación, fue de extrema importancia para la propia posibilidad del advenimiento del Estado social. Y, para la época, retrató un avance sin precedentes en el camino hacia la concesión de derechos a las personas. Aunque haya sido un régimen mucho más idealizado que realizado y mucho más elitista de lo que la mentalidad democrática actual pueda aceptar. Del mismo modo, el liberalismo eminentemente económico, propugnador de la ausencia de intervención del Estado con el fin de garantizar seguridad al individuo, a la propiedad y al contrato fue la base que vino a soportar posteriormente la idea de que el equilibrio entre libertad e intervención es fundamental para la creación de un ambiente político-regulatorio legítimo y eficiente.

Por otro lado, hay que recordar, y Vital Moreira lo hizo magistralmente, que las propuestas de libertad de empresa, valoración de la competencia, libertad de oferta y demanda, y prescindibilidad de interferencia del Estado, en contraste con la absoluta necesidad de la interferencia estatal en el capitalismo liberal (para represión del operariado, prohibición de huelgas y sindicatos, creación de condiciones para el funcionamiento de la economía, apertura de fuentes de materia prima y mercados consumidores a través del colonialismo)³. El abismo que separó el universo de las ideas liberales de la realidad liberal fue una de las primeras causas de su derroca hacia un régimen de incrementación interventiva. Además, la precariedad de los mercados en el siglo XIX, con la exacerbación del conflicto entre capital y trabajo, la supresión de la competencia (con fuerte formación de monopolios), las cíclicas crisis

3. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelho, 1978, p. 67 e ss.

económicas, la inestabilidad de la igualdad meramente formal, la manutención del elitismo electoral y la inexistencia de beneficios sociales universales, generaron un ambiente propicio para un fuerte retorno de tesis organicistas valorizadoras de un espacio público estatal interferente⁴.

Situación esa que, sin embargo, no inhibe controversias a respeto del advenimiento del Estado interventor. Diferentemente de Vital Moreira, Eros Roberto Grau asevera que el nuevo régimen surgió no como un factor de promoción del interés público, sino solamente como un mecanismo de auto-corrección del propio capitalismo. En esta perspectiva, la concesión de derechos fundamentales sociales no fue exactamente una conquista social, sino una forma interesante de los detentores de los medios de producción a fin de que se mantuvieran en el poder con idéntico *status* (sin embargo, ahora, por intermedio de la actuación directa del Estado mediante un régimen jurídico totalmente reformulado)⁵.

De todos modos, independientemente de la visión ideológica a respeto de las orígenes y causas de la alteración del régimen y modelo del sistema capitalista, el Estado interventor surge en un primer momento para: fomentar el crecimiento, ordenar la actividad financiera, prestar servicios públicos, proveer incentivos y subsidios a la producción (pero siempre garantizando la propiedad privada - aunque cada vez más con matices limitadoras de su forma de exploración) y, principalmente, controlar la competencia y el abuso de poder en el mercado. En un segundo momento (ya en mediados del siglo XX), nace la idea de un “Estado Providencia”, a través de la implementación de un sistema de seguridad social (cuando antes existían solamente estrategias aisladas y tópicas en este sentido, en especial por Alemania e Inglaterra), la adopción de medidas de protección a la salud pública y al trabajador, además de la incrementación de la educación pública (la mentalidad de entonces se torna propicia al pleito general por prestaciones positivas del Estado)⁶.

La construcción de lo que se dio en llamar “Estado Social” es posterior y solamente puede ser identificada a partir de la década de 1950. Su principal característica, además de añadir todos los elementos de intervención anteriores, es asumir el papel de promotor de la redistribución de renta en la sociedad. Bajo sus auspicios es consagrada la idea de desarrollo (superándose la mera cuestión de crecimiento económico), así como varios Estados nacionalizan parcialmente su economía, restringiendo la libre iniciativa. Con esto, el régimen liberal es definitivamente remplazado por el régimen intervencionista y el modelo propugnado pasa a ser, reconocidamente, un modelo de bienestar, aunque tenga mantenido de forma intocada el capitalismo en esta transición (excepto en algunos Estados, que han adoptado el sistema socialista

4. Sobre el asunto merece destaque el trabajo de Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

5. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

6. Este tema fue mejor desarrollado en trabajo anterior: GABARDO, Emerson. Eficiência e legitimidade do Estado. São Paulo: Manole, 2003, p. 104 e ss.

– pero para eso se hizo necesario renunciar a la democracia, lo que compromete la propia existencia de un Estado social).

2. LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO SEGÚN EL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

En particular, la Constitución Federal de 1988, en Brasil, es quizás el instrumento jurídico más primoreado en el sentido de explicitar formalmente el resultado de toda esta evolución histórica. A partir de los supuestos democráticos y muy eclécticos, fue delineado un régimen expresamente interventor, cuyo modelo es de bienestar, a partir del sustrato capitalista. Se trata de una Constitución que no adopta el criterio de subsidiariedad, en cualquier momento, describiendo de forma analítica las actividades que son reservadas a los particulares (especialmente como derechos individuales, colectivos o difusos) y aquellas que son reservadas al Estado, de forma exclusiva o no.

Las actividades eminentemente estatales son generalmente distinguidas entre instrumentales (tales como la captación y gestión de recursos y elección de agentes) y finalísticas (tales como relacionamiento internacional, control social y gestión administrativa). Aunque no exista jerarquía de importancia entre las actividades-medio y las actividades-fin, de hecho la interferencia del Estado en la vida social solamente es justificada a partir de sus fines, por lo que, la complejidad y el impacto de las actividades finalísticas terminan siendo más altos. Ya sea por medio del ejercicio de la soberanía interna (función legislativa, administrativa ordenadora y judicial), ya sea por medio de la gestión administrativa en general (la más diversificada forma de intervención positiva en términos de garantía de derechos, ya que se refiere a la prestación de servicios públicos y de servicios sociales, al fomento, a la seguridad pública, entre otras particulares formas de intervención administrativa)⁷.

En este empeño, y teniendo en cuenta el supuesto de que la modernidad consagrada por el siglo XIX privilegia una visión económica de las relaciones sociales como condicionante de la política y el Derecho, la actuación del Estado en la economía por intermedio de mecanismos de gestión administrativa es sobremanera relevante. En Brasil, el sustrato capitalista y liberal de la Constitución consagró la idea de que la exploración directa de la actividad económica en sentido estricto debe ser vedada al Estado (sólo siendo permitida en carácter excepcional – en los casos ya previstos en la Constitución o, entonces, si declarada por ley como de seguridad nacional o relevante interés colectivo). Por otro lado, el sustrato socializador de la Constitución garantizó un plexo de intervención por medio de los servicios públicos bastante elevados. Ya sean los servicios públicos privativos del Estado (tales como telecomunicaciones, energía, puertos o transportes), ya sean los servicios públicos no privativos, tales

7. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75 e ss.

como educación y salud, todos los entes federativos poseen competencias amplias en esta área (cada cual, sin embargo, en su ámbito y en su materia).

Tal regulación jurídica, hecha en primera instancia de forma analítica y dialéctica por la propia Constitución Federal de 1988, implica, sin embargo, en fuerte regulación infra-constitucional, tanto legislativa cuanto administrativa. Además, no está exenta de un importante juicio político en la configuración práctica de lo que sea y de cómo serán prestadas las actividades del Estado en general y, particularmente, como será prestado tanto el servicio público como la actividad económica en sentido estricto. La decisión a respecto de cual actividad económica será o no de relevante interés colectivo o seguridad nacional no posee una vinculación jurídica capaz de determinar de alguna manera la decisión eminentemente política (y parece que esto es un mecanismo realmente acertado). Del mismo modo, la deliberación sobre la forma de prestación de los servicios públicos (si directamente, mediante la creación de empresas públicas o sociedades de economía mixta, o indirectamente, mediante la delegación para empresas privadas) no tiene criterios legales establecidos – su regulación es política (aunque, actualmente, pueda ser siempre fiscalizada por el Poder Judicial por medio de la aplicación de la vinculación a principios jurídicos). En Brasil, un país que adopta el principio de la jurisdicción una, ninguna acción de los gobernantes puede ser apartada del control judicial, incluso que dicha decisión esté en la esfera de discrecionalidad de los agentes públicos.

Finalmente, hay que señalar que la mayoría de las actividades del Estado son, en general, desarrolladas directamente en el plan que se convino llamar de “primer sector” (el sector estatal). Tendría, aún, el “segundo sector” (el mercado), y el “tercer sector” (el sector no estatal sin fines lucrativos) y, quizá un espacio híbrido (fuera del mercado, fuera del Estado, pero también fuera de sociedad civil), que puede en realidad caracterizar un “limbo”, en el cual son alocadas las personas jurídicas totalmente atípicas y particulares (no encuadrables en cualquiera de los sectores típicamente caracterizados – tales como servicios autónomos sociales, partidos políticos y sindicatos).

A pesar de todas las modificaciones legislativas por las cuales pasó la estructura orgánica del Estado brasileño en la contemporaneidad post-constitucional, de hecho, el típico Estado capitalista-social interventor, cuyo modelo es fundamentalmente burocrático, todavía sigue intacto. La Constitución Federal de 1988 no reconoció como fundamento de la acción estatal el principio de la subsidiariedad (tanto que lo extirpó formalmente en su texto)⁸. Aunque actualmente la forma de ejecución de las actividades estatales pueda haber sido fuertemente alterada (porque tales formas dependen fundamentalmente del modelo político-ideológico en vigencia), sigue consolidada la espina dorsal de la idea de “titularidad” como fundamento de actuación del Estado

8. Para un abordaje más detallado sobre el tema, ver: GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

en la sociedad civil. El primer sector todavía es, en Brasil, el gran motor responsable del desarrollo – aunque su principal método sea, actualmente, lo que está impulsando el mercado y a las entidades del tercer sector. No obstante, es en relación a este último espacio que tal vez haya ocurrido la mayor transformación en los últimos quince años. Las entidades sin fines lucrativos con finalidad pública han ampliado increíblemente su campo de actuación como aparceros del Estado en la realización de actividades que antes eran desarrolladas directamente por órganos estatales (dentro del primer sector). El repase de actividades ha sido muy discutido (y criticado), pero es una realidad inexorable como un espacio de intervención pública en Brasil, especialmente en las áreas de educación, salud y asistencia social.

3. IDEOLOGÍAS REFORMISTAS Y POSTMODERNIDAD

Hasta el momento se hizo un análisis jurídico-institucional de la organización del Estado como principal agente que titulariza las competencias inherentes a la intervención social en Brasil, ya sea directamente, a través de sus organismos y entidades, o indirectamente, mediante la asociación con empresas del mercado o con entidades del tercer sector. Sin embargo, más que una visión orgánica, se debe considerar la importancia del espacio de las ideas y mentalidades (que se encuentran en el ambiente de la cultura y que influyen de forma relevante las decisiones políticas impactantes en el aparato jurídico).

En la década de 1970 Brasil observó un resurgimiento de la sociedad civil por medio de las luchas políticas por la redemocratización y logros de las libertades. Democracia y derechos fundamentales se han convertido en palabras de orden relacionadas a la aspiración por el fin de la dictadura estadística establecida por el régimen militar en 1964. Aunque el golpe de Estado, en la oportunidad, haya tenido un amplio apoyo popular, veinte años después la coyuntura social es diferente – el Estado pasa a ser el enemigo público número uno⁹. Interesante observar que en el nivel internacional hubo también un crecimiento de las organizaciones no-gubernamentales defensoras de intereses difusos¹⁰.

Ya en la década de 1990, consolidado el Estado de Derecho por medio de la nueva Constitución y electos los primeros presidentes directamente por el pueblo en esta nueva etapa, el tercer sector gana evidencia en los medios y en las políticas guber-

9. Así retrata el período Adriano N. Codato: "En ese período, se tornó casi obligatorio para los analistas políticos resaltar la potencialidad transformadora de los "nuevos movimientos sociales", el virtuosismo de los "nuevos personajes" que surgieron en la cena política y la notable capacidad de las "oposiciones" para, "dialécticamente", influir en la dinámica institucional del régimen dictatorial. Como notó A. Stepan, "la sociedad civil se convirtió en la celebridad política de la apertura (Stepan, 1986:11). Luego "surgieron centenas de artículos académicos y en la prensa con títulos como "Los empresarios contra el Estado", "La Iglesia contra el Estado", "Los metalúrgicos contra el Estado" (idem, ibidem: 13) etc., como si fuera posible demarcar nítidamente una línea divisoria, en el caso específico de los primeros, entre el Estado dictatorial y su principal base social de apoyo político." Cf.: CODATO, Adriano Nervo. Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64. São Paulo: Hucitec, 1997 p. 232.

10. Sobre el tema ver el importante trabajo de Carlos Montaña: MONTAÑO, Carlos. Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2003.

namentales. Sin embargo, este fenómeno (aunque resulte de diferentes variables) fundamentalmente no es ideológicamente vinculado al ambiente de revalorización de la democracia o participación popular (aunque haya existido una retórica legitimatoria en este sentido). Fue resultante directo del ideario neoliberal que ganó amplísimo destaque a partir de la década de 1980 (primero de Inglaterra y Estados Unidos), y luego en el resto del mundo occidental (y, parcialmente, en el oriental). Fue en Latinoamérica, sin embargo, que produjo sus efectos más contundentes y problemáticos¹¹.

El neoliberalismo se configuró como corriente doctrinal y ambiente mental propugnado por la necesidad inexorable de reforma de los Estados con el fin de resolver la crisis del Estado de bienestar social (cada vez más sin recursos suficientes para satisfacer las demandas a él impuestas). Se busca, entonces, la implantación de un nuevo modelo de Estado, el "Estado Subsidiario", caracterizado predominantemente por la desestatización orgánica y funcional del Estado y por la flexibilidad jurídica de la Administración Pública. La idea fundamental en boga es que sería más eficiente el repase de actividades antes estatales para el sector privado. Particularmente en Brasil, el plan director de reforma del aparato del Estado previó tres etapas: privatización de actividades económicas en sentido estricto, delegación de servicios públicos privativos del Estado, y, por último, desestatización de los servicios públicos no privativos del Estado¹².

Después de la privatización de las actividades económicas en sentido estricto (estas, por cierto, relegadas en el mercado por la propia redacción original de la Constitución de 1988 – que es un documento eminentemente capitalista), en foco fueron asignados los servicios exclusivos, buscándose la participación del capital extranjero en la economía nacional, especialmente a través de la venta del patrimonio público con la intención de amortización de la deuda externa. Posteriormente, servicios públicos en especial de salud (pero también otros, como educación y asistencia) se transfirieron cada vez más a organizaciones no lucrativas a través de acuerdos, convenios, termos de cooperación, contratos de gestión y otros instrumentos jurídicos (en la mayoría de los casos, sin la realización de licitación o cualquier otro instrumento isonómico de selección de aparceros).

Se consagra en este ambiente la idea de que el Estado debe actuar apenas y cuando el mercado o la sociedad civil no sea capaz de proveer, por sí sola, sus necesidades: idea delineada científicamente desde el "Principio de Subsidiariedad" para el cual el individuo y la sociedad (así como siempre las escalas más pequeñas y más próximas, tienen el derecho y la prerrogativa de resolver por sí mismos sus problemas antes de que el Estado tome esa tarea). Ideología reformista esta que combina perfectamente

-
11. Sobre el tema, ver: SOARES, Laura Tavares Ribeiro. Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina. Petrópolis: Vozes, 2001.
 12. Sobre el PDRAE, ver el trabajo de su propio mentor: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34, 1998.

con la mentalidad anti-estatal postmoderna para la cual la legitimidad del Estado Democrático de Derecho en la transición del siglo actual depende cada vez más de su capacidad de satisfacción de los deseos e intereses de la sociedad (pero siempre prestigiándose una visión liberal del fenómeno); visión utilitarista esta que tiene una faz peligrosa, teniendo en cuenta que, cada vez más, es normalizada la noción de que es posible el abandono de posturas basadas en principios éticos en prestigio a la gobernabilidad pragmática de la esfera política.

En la modernidad fue fortalecida la separación entre el Estado y la sociedad civil, a través de principios como el de la impersonalidad en el trato de las cuestiones públicas. El Estado fue el gran instrumento de racionalización de la vida (en el sentido weberiano), interfiriendo en la vida del individuo y de las comunidades como un poder externo y soberano. Ya en la perspectiva postmoderna la racionalidad dejada de lado para el fin de reconocimiento de los micropoderes que controlan la esfera pública. La democracia no más es definida, necesariamente, por las instituciones, pero por las acciones y prácticas concretas. Por otra parte, el "ser" importa poco, porque la identidad es definida por la "diferencia". Así, se establece una nueva orden ética en la cual la acción moral no tienen fundamentos bien definidos (lo que impone una propuesta ora nihilista, a veces meramente retórica de fundamentación de las decisiones).

Otro aspecto importante es la contestación del universalismo, ganando prestigio un paradigma relativista (casi escéptico) en el cual predominan las particularidades – ocurriendo un paradójico retorno del individuo como centro de las atenciones de la sociedad posmoderna. Individuo este que abandona las creencias tradicionales de la modernidad, ya que son fuentes de problemas y perturbación. Se conquista, así, una feliz irresponsabilidad ética que proclama el abandono de las opiniones colectivas políticamente consistentes. Se tornan válidas todas las opiniones expresadas por los individuos aisladamente, a partir de sus sensaciones. Y en ese sentido, el posmodernismo no deja de ser una "hipermodernidad" – una radicalización de la expresión de la voluntad aislada. Aislada, pero necesariamente compartida¹³.

Por otra parte, el carácter público (en la modernidad íntimamente vinculado al carácter político), se apaga de la política. El público no es aquello que es fruto de la deliberación pública, pero simplemente lo que está "en público". No hay necesariamente interacción o intercambio de contenidos. Hay una manera de compartir o, a lo sumo, la alineación del contenidos a partir de especificaciones grupales y concretas (por razones raciales, nacionalistas, culturalistas, sexistas o, en razón de intereses meramente coyunturales). Núcleos específicos, no propiamente políticos desinstitucionalizan el espacio público fortaleciendo los centros privados y promoviendo un paradójico retorno al aspecto económico con el central en la vida de los sujetos.

13. Sobre el tema ver el trabajo anterior: GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranqüilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando la teoría del Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 13 e ss.

Es en este contexto que gana terreno la idea de una postura de “subsidiaria” del Estado. Si la palabra de orden es “participación” de todos en las decisiones (en general a partir apenas de una actuación deliberativa plebiscitaria), es preciso un principio justificador que recuse la esfera estatal como la protagonista (aunque esto sea hecho de forma meramente retórica o simbólica). La propuesta es que el individuo, el sujeto de derechos, la sociedad, la familia, se conviertan en los protagonistas de las acciones colectivas (para eso el Estado debe volver a las actividades que recogió para sí en el arduo camino del siglo XX).

Resta al Estado un papel fomentador o meramente financiador de los organismos metaestatales, tanto del segundo cuanto del tercer sector. Para transferir al mercado en general son expuestas razones pragmáticas basadas en la eficiencia; para transferir al tercer sector en general son usadas razones éticas relacionadas con la benevolencia, filantropía, al “espíritu cristiano”. En el entorno postmoderno, hay una fuerte incredulidad en la idea de una solidaridad automática, sistemática y compulsoria, como es la típicamente instituida por el Estado social.

4. SUBSIDIARIEDAD Y TERCER SECTOR

Considerando que los medios jurídico-interventivos característicos del Estado social construido en el siglo XX pasan a ser inadecuados, una de las principales demandas es por la alteración del régimen jurídico administrativo para el fin de ser posibilitada a la actuación directa de la sociedad a través de los entes privados que paulatinamente van sustituyendo los públicos para consecución de las actividades estatales. Es decir, es mantenido el sistema económico, cambiándose el modelo económico o su régimen interventivo. Pero el nuevo régimen jurídico no cambia el anterior sustancialmente en su principiología, ya que la posmodernidad es una realidad fundamentalmente hermenéutica. Muchos de los cambios son promovidos exclusivamente por la interpretación del Derecho. De todos modos, el principio de la subsidiariedad, que ya era conocido, pero no utilizado (a excepción de la doctrina de la Iglesia Católica), gana espacio como elemento central (o principio estructurante) del régimen. Esto ocurre al mismo tiempo que, paradójicamente, el Derecho administrativo se desarrolla intensamente dentro del contexto del neoconstitucionalismo y a partir de una comprensión multidimensional de sus objetos¹⁴.

En la modernidad reciente, la subsidiariedad fue una noción desarrollada con medio término entre el capitalismo y el socialismo, con relación al marxismo elaborada principalmente por dos encíclicas papales (la *Rerum Novarum*, que preparó

14. REYNA, Justo J. Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para um derecho administrativo multidimensional. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 25 e ss.

el escenario, y la *Quadragesimo Anno*, que efectivamente la consagró). Sin embargo, fue inhibida por el keynesianismo de las décadas de 1940 y 1950 (prestigiador de la centralidad de la acción estatal) y por la mentalidad de la época, desde la década de 1920 hasta la década de 1970 caracterizada por un consenso compartido sobre la incapacidad privada de solución de los problemas sociales¹⁵. El regreso de la noción se produjo en las décadas de 1980 y 1990, ya pesar de que sean inherentes al concepto de subsidiariedad de las nociones de complementariedad, supletividad y acesoriedad, en realidad la configuración de un contenido jurídico al principio no es algo sencillo, haya vista la falta de homogeneidad en su aplicación. En términos sintéticos, parece existir cierto consenso en atribuir al menos dos características fundamentales a la subsidiariedad: la descentralización (distribución de competencias entre los entes estatales valorándose la región más cercana al ciudadano a costa de la más lejana); la privatización (adopción de un criterio de preferencia por la actuación directa de la sociedad civil por medio de sus entes y en detrimento de la actuación por medio de órganos y entidades públicas).

Pero el problema es que no se trata de una noción neutra. Sin duda, la idea de subsidiariedad resurgida en el ambiente neoliberal implicó en el fomento a la reducción de garantías sociales sustanciales mediante a la irresponsabilización del Estado. La teoría general de los servicios públicos es aquella la que sufre el mayor abalo. Ciertas conquistas conceptuales que fueron moldadas por la doctrina y jurisprudencia en la transición del siglo XIX al siglo XX parecen ya no tener espacio. En particular, pierden importancia, principalmente en la prestación de servicios sociales, las ideas de impersonalidad, universalidad, continuidad, isonomía y solidaridad general. El advenimiento del tercer sector como un aparcero del Estado acaba por reducir la importancia del carácter público de la prestación. La prevalencia de los contratos temporales, inexistencia de concurso público para contratación, fuerte presencia de voluntarios, no profesionalización, falta de control real de los resultados, ausencia de licitaciones para las compras con dinero público son algunas de las características del nuevo modelo. Un modelo que, sin embargo, es fuertemente dependiente del Estado cuando se trata de la financiación¹⁶.

El paradojo de la situación se torna evidente, ya que por un lado la idea de subsidiariedad propugna por el repase de actividades para el tercer sector, por otra parte, no se habla en actuación subsidiaria en el momento de pagar por la realización de las actividades. El Estado no deja de ser el protagonista en el momento de pagar la cuenta. En realidad, en Brasil, que no posee la tradición de actuación social o política de los cuerpos intermedios, tal modelo nada más crea que un "tercer sector gubernamental". Una propuesta en cierta medida esquizofrénica, ya que impone la tarea

15. MILLON-DELSOL, Chantal. Il principio di sussidiarietà. Traduzione di Massimo Tringali. Milano: Giuffrè, 2003, p. 41 e ss.

16. Sobre el tema ver el excelente trabajo de Tarso Cabral Violin. Cf.: VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

al propio Estado de crear una esfera pública no estatal que inexiste espontáneamente en la sociedad. El modelo de "publicización" del plan director de reforma del aparato del Estado de 1995 (y que es hasta hoy el adoptado en Brasil) impone un esquema de "participación subordinada" en el cual el Estado pasa a ser imprescindible para el tercer sector (situación esta que no es común en la esfera internacional – aunque mismo en otros países de mayor tradición en la actuación de los organismos no gubernamentales también el papel del Estado sea fuerte en el financiamiento de sus actividades).

Los estudiosos del Derecho Administrativo en Brasil y, en general, las propias asociaciones de entidades del tercer sector, han denunciado el enorme e incontrolado avance en las alianzas entre el Estado y el tercer sector, para evitar que esas entidades se tornen apenas prestadores de servicios que se prestan a la tercerización de las actividades del Estado¹⁷. Pero, efectivamente, es esto lo que está sucediendo, porque hay el predominio de la idea de una prestación de servicios "no-políticos" – o sea, asumidamente técnica, por tareas.

En el terreno de las ideas (y retóricamente), se promueve, así, la sustitución de la política por la moral en la prestación de servicios públicos, de preferencia, en teoría, por los organismos intermedios (familia, asociación de vecinos, entidades filantrópicas). Pero en general, las organizaciones no gubernamentales elegidas por las entidades estatales para realizar verdaderas empresas travestidas en entidades intermedias. Tal nuevo modelo no refuerza en nada la ciudadanía o la democracia – aunque, a veces, es denotar realmente en medio eficiente de prestación de servicios.

Mismo con la reversión del cuadro en esta primera década del siglo XXI, en que, con la derrocada de la ideología neoliberal, la subsidiariedad deja de ser vista con tanta benevolencia, como principio justificador de las decisiones políticas, el facto es que el avance del tercer sector no cesa. En muchos aspectos, este fuerte cambio de paradigma, que ocurrió fundamentalmente en la década de 1990 en Brasil, ha sido revertida. Sin embargo, no en el que se refiere al crecimiento de la participación del tercer sector en la prestación de servicios financiados por el Estado. Tal vez porque, aunque el argumento haya prevalecido la tesis de que en Brasil no hay apoyo jurídico, político o cultural para la adopción de un criterio a priori como la subsidiariedad, el hecho es que, de manera pragmática, esto ha sido una propuesta interesante para los gobernantes de ambos de derecha y de izquierda. Y cuenta con el apoyo de una parte significativa de entidades sociales que se benefician del sistema (y que, por ser entidades sin fines de lucro, poseen un respaldo moral legitimatorio mucho más fácilmente diseminable de lo que pertenece al mercado).

En este ámbito, la principal cuestión ético-jurídica que se plantea es: la sociedad civil es preferible al Estado en la prestación de servicios públicos? La respuesta parece

17. Nuevamente: VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Op. cit. p. 219 e ss.

ser: "depende". El análisis de las variables tiene que ser pragmático y no desde un principio justificador a priori cualquiera (porque así es como la sociedad postmoderna o hipermoderna consigue reconocer sus postulados). Pragmatismo esto que, sin embargo, tiene límites jurídicos importantes – uno de ellos es el respeto al régimen constitucional incidente (ya que algunas opciones modernas no pueden ser extirpadas bajo pena de la destrucción completa del sistema en claro perjuicio para aquellos que más necesitan de la actuación de protección colectiva). No hay mentiras o falsificaciones (como el tercer sector gubernamental, apolítico, mera tercerización) y que posibilite una participación efectiva (no subordinada, no caritativa, no individualista) de la sociedad civil.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- CODATO, Adriano Nervo. *Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64*. São Paulo: Hucitec, 1997.
- FIORI, José Luís. Estados, moedas e desenvolvimento. In: Fiori, José Luís (Org.) *Estados, moedas no desenvolvimento das nações*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.
- _____. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *O pós-moderno príncipe e a busca pela tranqüilidade da alma*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GIANNETTI, Eduardo. *O mercado das crenças: filosofia econômica e mudança social*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MÉSZÁROS, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. Tradução de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.
- MILLON-DELSOL, Chantal. *Il principio di sussidiarietà*. Traduzione di Massimo Tringali. Milano: Giuffrè, 2003.
- MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2003.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelho, 1978.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998.
- REYNA, Justo J. Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para um derecho administrativo multidimensional. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SOARES, Laura Tavares Ribeiro. *Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.