

El agotamiento de la vía administrativa ¿Debe mantenerse como requisito obligatorio para la demanda judicial contra el Estado?

Reseña Histórica

El llamado “contencioso administrativo”, en la primera etapa de su evolución histórica, recepcionó, a través de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (basado en la teoría de la inmunidad soberana, que estaba vigente en los Estados Unidos) el sistema de la venia legislativa, para impugnar o reclamar contra los actos en que el Estado actuaba como poder público.

Este sistema, al no articular plazos para resolver las reclamaciones ni reglar los procedimientos garantísticos necesarios para la tutela de los derechos de los administrados, operó como una fórmula que, en los hechos, al bloquear o impedir el acceso a la justicia, generó continuos supuestos de denegación de esta última, puesto que los ciudadanos o empresas lesionadas no estaban habilitados (al faltarles la autorización del Congreso) para promover las respectivas acciones judiciales.

En síntesis, el sistema condujo a la indemandabilidad del Estado, ya fuera que actuara en ejercicio del poder público o como persona jurídica en el ámbito del derecho privado. Ante esa situación, el Congreso sancionó la Ley n° 3.952, conocida como Ley de Demandas contra la Nación, admitiéndose parcialmente la demandabilidad del Estado cuando se tratase de “acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica”. Finalmente, años más tarde (en 1932), el requisito de la venia legislativa se eliminó en su totalidad en la ley 11.634.

1. La reclamación administrativa previa y la exigencia de una denegatoria

A su vez, tanto la ley 3.952 como la ley 11.634 prescribieron, en el orden nacional, el requisito de la reclamación administrativa previa y su denegatoria por parte de la Administración para poder acceder a la justicia.

Obsérvese que en este punto de la evolución de nuestro contencioso administrativo la ley, en vez de recepcionar el sistema del agotamiento de la instancia administrativa para acceder a la justicia, como era el seguido en el régimen norteamericano y en el español de la ley de Santamaría de Paredes, generalizó la institución de la reclamación administrativa previa, que aún cuando no se aplicaba entonces a los procesos administrativos tenía sus raíces en el derecho hispánico, sin perjuicio de que en el derecho francés regía una regla similar que era la decisión “préalable”.

El último requisito para acceder a la justicia estaba determinado por la necesidad de que se configurase la denegatoria expresa de la reclamación administrativa previa, o bien, la denegatoria tácita por el transcurso de un plazo de 6 meses y un procedimiento para instar la resolución (denominado pronto despacho) al que se adicionaba un plazo adicional de 3 meses, a favor de la Administración, antes de dar por habilitada la instancia judicial.

Este régimen de demandabilidad, que suponía la vigencia supletoria del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial Federal, insumía en total unos 9 meses como mínimo para que los particulares o empresas estuvieran en condiciones de promover acciones judiciales. De otra parte, al no exigirse la regla del agotamiento de la vía administrativa (o sea, que el recurso jerárquico era opcional como en Francia) la Administración ganaba en eficiencia y no se inundaba de expedientes en los que los particulares interponían recursos administrativos, ya que su promoción (a los efectos del agotamiento) no constituía un presupuesto de la demandabilidad del Estado. Los únicos

plazos que hacían caer la acción judicial eran los plazos de prescripción de los derechos de fondo que fundamentaban la pretensión procesal.

La principal crítica que puede hacerse sobre este período, que se extendió hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, se circunscribe a que la protección jurisdiccional se acordaba sólo a los titulares de derechos subjetivos, quedando fuera del marco procesal garantístico los llamados intereses legítimos o directos, los cuales conforme a la evolución mundial operada en esa época, contaban con dicha protección en los países considerados de avanzada en este aspecto, como Francia e Italia.

II. Los retrocesos posteriores en el acceso a la Justicia

La sanción de la LNPA (Ley 19.549) de Procedimientos Administrativos significó un verdadero retroceso en la posición de avanzada que había alcanzado nuestro derecho procesal administrativo. Veamos los principales puntos que marcan ese retroceso que afecta, fundamentalmente, el principio de la tutela judicial efectiva.

1. Generalización de la regla del agotamiento

A raíz del dictado de la LNPA, se generalizó la regla del agotamiento de la instancia administrativa (lo correcto sería decir “vía”, como prescribe el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, puesto que no se trata de una primera instancia asimilable a la judicial) instituyendo un requisito innecesario, que alarga sin sentido el trámite previo a la demandabilidad del Estado, demorando consecuentemente los plazos para que los ciudadanos puedan obtener tutela efectiva de sus derechos.

2. El establecimiento de plazos de caducidad para demandar al Estado

A su vez, la LNPA prescribió plazos de caducidad, siguiendo al derecho español (aunque también existen en el derecho norteamericano) que operaban como verdaderos plazos de prescripción de los derechos de fondo, por el mero transcurso de un breve lapso cuando el particular no promueve la acción judicial.

Estos plazos de caducidad, sólo serían constitucionales, si no impiden después deducir una reclamación administrativa previa ya que, en estos supuestos, el particular evidencia su voluntad de promover la acción judicial, pero carece de sentido aplicarlos a partir de cualquier decisión que resuelva la clausura del estado administrativo ya que, en estos supuestos, se afecta la tutela judicial efectiva al bloquearse el acceso del particular a la justicia interpretando que su voluntad es la de renunciar a este derecho.

Por ello, los plazos de caducidad para accionar contra el Estado, debieran reputarse inconstitucionales, en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva (arts. 17 y 18 CN y arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN) protegidos en lo que se ha denominado el “contencioso de los Derechos Humanos”.

De otra parte, la circunstancia de aceptar los plazos de caducidad como perentorios y fatales, implica, en nuestro derecho, atribuir a la función judicial, una certeza y valor de cosa juzgada equivalente a la función judicial, alterando de ese modo, la interdicción prescripta en el art. 109 de la CN.

Otra posibilidad, para evitar que no sean inconstitucionales, sería la de admitir el replanteo de la cuestión en sede administrativa a través del reclamo administrativo previo, al menos cuando se trata de actos afectados de nulidades absolutas. En tales casos, para no

caer en la asistematicidad de establecer plazos de caducidad para el administrado (breves y perentorios) y plazos de prescripción para el Estado, una correcta hermenéutica de la LNPA conduce a interpretar que el reclamo administrativo previo es una vía opcional a favor del particular, que éste puede promover después de vencidos los plazos de caducidad para deducir la acción prevista en los arts. 23 y 24 de dicha ley.

3. Combinación de técnicas diversas e incompatibles

De otra parte, la LNPA pretendió combinar dos técnicas procesales que responden a principios diversos y que resultan incompatibles en su funcionamiento como consecuencia de mantener simultáneamente la regla del agotamiento de la vía administrativa con la institución del reclamo administrativo previo. Como la regla del agotamiento estaba conectada con plazos de caducidad para acceder a la justicia (a través de la denominada vía impugnatoria) mientras que la acción judicial promovida después de haber interpuesto un reclamo administrativo previo (llamada vía reclamatoria) sólo estaba alcanzada por los plazos de prescripción, surgieron una serie de conflictos que llevaron a la jurisprudencia a inclinarse por la supremacía de la acción impugnatoria (con plazos de caducidad), exigiéndose (por ejemplo en materia de los actos dictados durante la ejecución de contratos administrativos) el agotamiento de la vía administrativa y la promoción de la demanda judicial dentro de unos breves plazos de caducidad.

O sea que, mediante una técnica formal, el acceso a la justicia resulta denegado por los jueces, cuando los particulares no cumplen estrictamente con la carga procesal de promover las acciones judiciales dentro de los perentorios y cortos términos que establecen las leyes, sin importar la sustancia ni la estabilidad de los derechos de los ciudadanos afectados por actos de los poderes públicos.

4. El carácter revisor de la jurisdicción

En este período, subsistió la tendencia hacia la consideración de la justicia administrativa como una mera jurisdicción revisora de lo actuado en el ámbito de la Administración.

Esta tesis, que organizó el contencioso-administrativo como un proceso al acto administrativo y que, además, limitó el control de éste último a la actividad reglada y a la revisión del derecho, ha sido objeto de fundadas críticas en la doctrina tanto comparada como nacional. En la actualidad, comienza a declinar en el orden provincial, donde había echado sus raíces más profundas.

En este esquema del proceso Provincial todo acto que se dicta es un acto de autoridad que necesita ser impugnado, por la vía impugnatoria, agotamiento previo de los recursos necesarios, no importa la pretensión legal, lo único que importa es el acto, cuando ninguna norma constitucional habla de acto, se quedó esta doctrina en el Código Varela, diciendo que la única demanda posible es la impugnatoria.

Bartolomé Fiorini decía en 1960, que el acto Administrativo no decide, el acto Administrativo tiene función institucional, porque gestiona la norma, la administración no es un poder, ejercer la administración general de un país no es un poder, lo es en Francia, el gobierno no le puede trasladar la fuerza de su autoridad a la administración, la administración ejecuta la ley, respetando esta postura se tendría que aplicar hasta las normas Internacionales de los Derechos Sociales, la relación jurídica administrativa tiene contenido jurídico de normas superiores, la administración en definitiva puede constatar si le corresponde o no hacerlo como en el caso de la demandabilidad directa.

Lo cierto es que el postulado de la jurisdicción revisora no sólo implica, en los hechos, atribuir a la actividad administrativa el mismo grado de estabilidad de las sentencias de los jueces que hacen cosa juzgada sino que conculca la regla del control judicial suficiente (base de la defensa en juicio) y el moderno principio de la tutela judicial efectiva.

III. Algunos avances en medio de otros retrocesos.

Con todo, en el escenario de los retrocesos han coexistido una serie de fórmulas procesales, que han ido creciendo en forma inorgánica, amparadas en la jurisprudencia y en la legislación así como en las normas que consagró la reforma constitucional de 1994.

Esta situación, al par que entraña una serie de ventajas evidentes para los justiciables, lleva consigo sus riesgos, en cuanto puede también provocar la desnaturalización del propio sistema procesal en el caso que prevalezcan los criterios populistas que ven, en el proceso, un arma política para destruir los valores de la economía social de mercado y del consecuente principio de subsidiariedad.

El avance más trascendente, radica en la consagración del principio general de la tutela judicial efectiva, el cual, como antes señalamos, se encuentra contemplado en los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica que posee rango constitucional superior a las leyes.

1. La amplitud de la legitimación

Un primer punto entre esos avances radica en la ampliación del círculo de legitimados para acceder a la justicia, unificando el concepto de legitimación en un criterio más amplio que engloba toda suerte de intereses que le proporcione alguna ventaja o beneficio, para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el interés subjetivo u objetivo, siempre que concurren los requisitos de la ilegalidad y del perjuicio en un proceso concreto. En esta línea, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires prescribe que toda persona que alegue “una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico” posee legitimación para hacer valer sus pretensiones en el proceso contencioso administrativo, lo cual, como ha señalado SORIA “permite comprender en su ámbito de protección, con arreglo a lo dispuesto por las normas materiales aplicables, a los intereses colectivos, difusos o los derechos de incidencia colectiva”, sin caer en el extremo de la acción popular.

Otro círculo de nuevos legitimados para deducir acciones en el proceso administrativo es el de los asociados a las diferentes cajas profesionales, cuyos actos, por configurar personas públicas no estatales, están, en una importante porción, regidos por el derecho administrativo.

No cabe duda de que el desafío más grande que traduce esta ampliación de la legitimación como aptitud para ser parte en un proceso concreto consiste en que la nueva categoría de derechos de incidencia colectiva no se transforme en una suerte de acción popular, con un sistema de acceso a la justicia más abierto y con menos trabas que el que tienen los portadores de derechos subjetivos. En este sentido, los procesos colectivos así como las medidas cautelares dictadas en ellos están reclamando una regulación orgánica (del tipo de las acciones de clase, la representación de las asociaciones y sectores intervinientes, la introducción de la técnica del emplazamiento de los terceros eventualmente interesados en intervenir en el proceso y la reglamentación de los efectos de las sentencias (erga omnes o inter-partes). Este concepto amplio de legitimación, en línea con la jurisprudencia norteamericana, que ahora compartimos, no implica el desconocimiento de las categorías tradicionales de derecho subjetivo y del interés legítimo.

Significa simplemente que, a la luz de la evolución operada y los criterios de la jurisprudencia, ellas han perdido vigencia al ampliarse el círculo de legitimados y, consecuentemente, el propio concepto de legitimación para hacerlo jugar con el principio de la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, los problemas actuales del sistema procesal administrativo no se suscitan por la mayor apertura de la legitimación sino por la falta de regulación de los procesos colectivos (principalmente de la regla del emplazamiento) y de los efectos de las sentencias que anulan o suspenden actos de alcance general.

2. La aparición y posterior evolución de un remedio extraordinario de control de constitucionalidad: el amparo

La acción procesal de amparo nacida en forma pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema abrió una nueva puerta de acceso a la justicia para que ésta pudiera declarar la inconstitucionalidad, en un proceso breve y sumario, de los actos de la Administración que afectaren o amenazaren, con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, los derechos y garantías constitucionales del demandante, incluso cuando se trate de normas de alcance general. Pero el proceso de amparo, instituido como un proceso extraordinario, pronto se convirtió en un remedio ordinario comúnmente utilizado por los ciudadanos y empresas desarrollando hasta tal punto –incluso en el campo de las medidas cautelares– sus posibilidades de aplicación que es susceptible de producir el desequilibrio de todo el sistema procesal.

Entre los problemas que plantea la generalización de esta especie procesal pueden señalarse: a) el derivado del principio que reconoce el control difuso de constitucionalidad según el cual, un juez federal de primera instancia, de cualquier circunscripción, puede ser competente para entender si los efectos del acto lesivo se producen en el ámbito territorial de su jurisdicción lo que amplía su competencia para decretar –por ejemplo– la suspensión de un Decreto de alcance general, ya sea mediante el dictado de una medida cautelar o de la sentencia estimatoria en una acción de amparo y b) la interpretación que concede legitimación a cualquier habitante sin estar directamente afectado en sus derechos con fundamento en el art. 43 de la CN, lo cual transforma al amparo en una suerte de acción popular.

3. El agotamiento de la vía administrativa y la reclamación administrativa previa. Reforma Constitucional 1994

Otro avance trascendente que se advierte en el contencioso-administrativo provincial, es la declinación de la regla del agotamiento de la vía administrativa como condición para acceder a la justicia. Esa línea ha sido adoptada por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 mediante un principio de carácter operativo que no puede ser desnaturalizado por la ley, como lo hace el actual Código. La constitución Provincial al ser modificada en el año 1994 estableció una reforma fundamental en la justicia administrativa reemplazando el antiguo modelo instituido por la Constitución de 1873 que perduró con mínimas variantes incluidas en el año 1889 por más de cien años, era el modelo de la Constitución de 1934 vigente al tiempo de producirse el aludido cambio. Siempre emplazada en el sistema judicialista, único compatible con la CN (arts.1º, 5º, 18º, 29º, 31º, 109º, 116º, 123º y concs.), la nueva base constitucional removi6 la vieja estructura creando un fuero especializado y descentralizado (arts. 215, 217 y concs.) y estatuyendo una cláusula progresista (art.166 ultima parte), superadora de obstáculos que hacían de la justiciabilidad plena de la administración y del acceso a la justicia y la tutela judicial una aspiración cada vez mas distante de la realidad.

Pueden observarse distintos periodos de transitoriedad que llevo casi diez años, es decir mas de tres veces lo previsto por la norma superior. En esta mirada hacia atrás

podemos ver un primer período desde 1994 hasta el 2002, caracterizado por la ultraactividad del régimen anterior y el diferimiento de la vigencia del contenido total de la reforma, un segundo período a partir del 2002 cuando la Corte comienza a dar aplicación a sus principios esenciales, declaró la operatividad de la cláusula general del art. 166 última parte de la Constitución (Casos “Consortio de Gestión de Puerto de Bahía Blanca” y “Gaineddu”) y condenó a la Provincia a poner en marcha el fuero sin mas demoras (Caso “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires”) un tercer período desde 2003 que presenta dos vertientes una por cuanto la estructura judicial ha comenzado a funcionar parcialmente y la otra debido a que la Corte Provincial conserva competencia transitoria residual. La función de la Suprema Corte del año 2002 hasta ahora es digna de ser destacada, ha sido decisiva en la operatividad de la reforma y en la búsqueda de soluciones que interpreten y apliquen los principios esenciales (arts. 15 y 166).

Desde las bases constitucionales, es un sistema de avanzada con una cláusula Constitucional de excelencia como lo es el (artículo 166 infine ultima parte y 15) , pasamos de un sistema viejo, al mas avanzado del país. La nación por ejemplo no esta atada a ninguna cláusula general desde la Constitución de 1853. Se ha avanzado en el rumbo del afianzamiento de la justicia al que alude nuestro Preámbulo con estas reformas se ha arribado sin condicionamientos ni ambigüedades, a contribuir a revertir las situaciones de desprotección jurídica , construyendo un Estado moderno, social y democrático de derecho.

Art. 166 *in fine* de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que prescribe: “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

Art. 15.- La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

No debemos dejar tergiversar los presupuestos y contenidos básicos del ejercicio de la jurisdicción, (art. 168 Const. Prov.), y en particular los relativos al acceso irrestricto a la justicia, a la inviolabilidad de la defensa en juicio, la efectiva tutela judicial e integral juzgamiento de los casos en materia administrativa que la ley fundamental manda asegurar (arts. 15 y 166 y concs.). En consecuencia con estos nuevos contenidos de la justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires concluye en el juzgamiento pleno que la Constitución garantiza, exige el conocimiento y solución integral del caso por los tribunales especializados en forma originaria, tribunales estos, a los que en su función de primera instancia, atribuye el merito de pronunciarse también, actualmente en el mismo sentido que la cámara postula. Sobre esta base estructural se construye la reforma en la justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires, a través de la Constitución de 1994, que consagra “La plena justiciabilidad de los casos en la materia” y “El acceso irrestricto al fuero especializado”.

Ya es tiempo de que todos los estudiosos del **Derecho Administrativo**, pongan atención a estos nuevos postulados constitucionales y comiencen a brindar la trascendencia que ellos merecen en lugar de continuar con un debate menor acerca del alcance de disposiciones procesales vigentes respecto de cada uno y todos los requisitos impuestos para “Agotar la vía administrativa”, que devienen automáticamente inaplicables en los términos del artículo 57 de la Constitución Provincial, a partir de su violación a los contenidos constitucionales básicos de la nueva justicia administrativa y resultan extraños al nuevo sistema consecuente de juzgamiento de casos en la materia,

instituido sobre la base del principio general de la demanda directa , cuando se litiga contra el Estado.

IV. Conclusiones

En el fondo el dogma revisor ha venido actuando como una cortina de humo que le impide al juez, la visión sobre la pretensión procesal, construyendo una formidable barrera que no le permite decidir sobre el contenido material de la pretensión, transformando el resultado de los procesos, en sentencias que eluden el juzgamiento pleno de la pretensión, mediante meros artilugios formales.

En suma, si bien no se pueden desconocer los avances operados en el sistema procesal de acceso a la justicia administrativa no dejan de advertirse nuevas tensiones en la medida en que el grado de apertura de los procesos conduzca a la prevalencia absoluta de unos valores sobre otros en vez de procurar su interrelación y coherencia para la seguridad jurídica así como la armonía entre los intereses públicos y los privados.

Somos conscientes de que no es fácil resolver estas tensiones de un modo absoluto y menos acudiendo a fórmulas foráneas, sin la necesaria adaptación a nuestra realidad. Pero, quizás, en la reglamentación del acceso a los procesos colectivos y en la concentración de la jurisdicción, para que controle la constitucionalidad y la legalidad de la actuación de la Administración con amplitud de debate y prueba, atenuando la regla del agotamiento de la vía administrativa (o bien, reemplazándola por la reclamación administrativa previa como única condición de acceso a la justicia) y eliminando los plazos de caducidad, se encuentran las claves para solucionar los problemas existentes.

El valor de la riqueza, la atracción y el desafío del **Derecho Administrativo**, sigue siendo siempre el mismo, hay que entenderlo como un instrumento, como un proceso permanente de construcción y cuestionamiento para lograr la realización de la justicia, enfrentando las variadas y desafiantes limitaciones que el conocimiento jurídico presenta.

García de Enterría comentaba, sobre los dichos de un famoso Juez Norteamericano

“El agotamiento de la vía administrativa, es como forzar al administrado a sacar agua de un pozo seco.”

Decía Rousseau, Hace alrededor de dos siglos ,” **Que la justicia es como la salud, un bien del cual se goza sin sentido, que nunca inspira entusiasmo y cuyo precio se siente después de haberla perdido.”**

El derecho de las personas, subsiste y navega sobre las aguas de la justicia, como no defenderlo, como no salvarlo, del ingreso a las profundidades escarpadas y tenebrosas de los prejuicios irreverentes de la justicia revisora.

Dr. Roberto Lameiro

DNI 12641180

