

PROCESO ADMINISTRATIVO: PERSPECTIVA

POR

JOSÉ ROBERTO DROMI CASAS

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Mendoza

SUMARIO: 1. SIGNIFICACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA: 1. Responsabilidad pública: presupuestos. 2. La antinomia «autoridad»-«libertad». 3. Dualismos jurídicos: a) Vacunas pro autoridad. b) Vacunas pro libertate.—II. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN: 1. Noción clásica y moderna. 2. Denominación clásica y moderna. 3. Proceso administrativo y proceso civil. 4. Evolución: 4.1 Por la actividad impugnabile: a) Administración ejecutiva. b) Administración estatal. c) Administración pública. 4.2 Por las situaciones subjetivas.—III. CONTENIDO: 1. Heterogeneidad formal. A) Administrado actor: 1. Hábeas corpus (art. 18 C. N., ley 48, art. 20, art. 617 CPPN). 2. Acción de amparo (leyes 16986 y 17454). 3. Amparo por mora (ley 19549, art. 28). 4. Recurso extraordinario contra actos administrativos (art. 31 C. N., ley 48, art. 14, CPCN, artículos 256-257). 5. Acción de inconstitucionalidad (en el derecho público local; verbigracia, Mendoza, art. 144, inc. 3, Const., y art. 223 CPC). 6. Acción de retrocesión (ley 21499, art. 35). 7. Acción civil (demandas contra el Estado) (leyes 3952 y 11634). 8. Expropiación indirecta o irregular (ley 21499, art. 51). 9. Medidas y procesos cautelares (arts. 1132 y 2499 Cód. Civil y códigos contenciosos). 10. Acción de repetición (art. 784 Cód. Civil, leyes 11683 y 21858). 11. Acciones e interdictos posesorios (arts. 2468-2501 Cód. Civil y 606 a 623 CPCN). 12. Suspensión judicial de la ejecución (ver códigos contenciosos). 13. «Acciones» o «recursos» procesales o contencioso-administrativos (plena jurisdicción y anulación). B) Persona pública actora: 1. Lesividad. 2. Expropiación. 3. Servidumbre y restricciones. 4. Ocupación temporánea. 5. Defensa o excepción de «caducidad». 6. Defensa o excepción de «prescripción». 7. Acción de inconstitucionalidad (en el derecho local a cargo del fiscal del Estado). 8. Acciones civiles. 9. Acciones o recursos procesales o contencioso-administrativo. 2. Heterogeneidad sustancial: a) Por razón política. b) Por razón jurídica: 1. Vías constitucionales. 2. Vías civiles. 3. Vías administrativas.—IV. TIPOLOGÍAS: 1. Evolución histórica. 2. Cuadro síntesis.—V. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES: 1. Tribunal. 2. Materia: a) Materia especialmente incluida. b) Materia especialmente excluida. 3. Competencia. 4. Acción y pretensión: 4.1 Unidad de acción. 4.2 Pluralidad de pretensiones. 5. Procedimiento: a) Presupuestos procesales y sustanciales. b) Proceso ordinario y sumario. c) Caducidad de la acción: 1. Caducidad y prescripción. 2. Reclamación administrativa. 3. Remedios administrativos y judiciales subsistentes. 4. La fugacidad de los plazos y la supuesta extinción de derechos. 5. Criterio jurisprudencial. b) Suspensión de la ejecución de las decisiones administrativas.—VI. BALANCE Y PAUTAS: 1. ¿Códigos administrativos de forma o de fondo? 2. ¿Códigos administrativos para los administrados o para la Administración? 3. ¿Códigos de la función administrativa estatal o no estatal? 4. ¿Códigos de la función administrativa «de todos los órganos» y «todos los entes estatales»? 5. ¿Códigos administrativos generales o especiales? 6. El derecho ante la libertad y la justicia.

I. SIGNIFICACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA

1. *Responsabilidad pública: presupuestos*

La *responsabilidad pública* implica dos «propios» que predicen su existencia: «Autoridad» y «Libertad», o sus equivalentes: «Prerrogativas» y «Garantías». Estos conceptos fueron en el pasado y desde siempre «nobles y cabales ideales» para la organización de la comunidad política, pero la modernidad los usa no como «ideales», sino como «ideologías antagónicas», al utilizarlos, cada uno, dentro de su orden (individualismo o estatismo), como un instrumento para el «mejor mundo del futuro».

Nuestro tiempo nos hace jugar inexorablemente en las antinomias, como sujetos a una regla perpetua, como condenados a oscilar permanentemente entre el «individualismo puro» y la «sociabilidad absoluta», «entre idealismo y materialismo», llevando el enfrentamiento del *hombre con la sociedad*, lo que es una contradicción arbitrariamente fabricada (1).

La *rebeldía*, que ha tenido variadas formas de manifestación, como el jacobinismo y el bolchevismo, ha engendrado usinas de antinomias, que parten de una misma y falsa fuente generadora: *la negación del orden de la creación*, y, al mejor estilo «ilustrado», proponen erróneamente la «re-creación» de «hombres nuevos», como si pudiéramos por pura abstracción racional olvidar defectos y vicios viejos que arrastramos desde nuestro mismo origen.

El Derecho no fue ajeno al juego de las antinomias; las «*escuelas nacieron al servicio de las ideologías*». Formalismo y realismo jurídico fueron, en este orden, la primera manifestación, que se tradujo en otros dualismos que resultan de su aplicación: «Derecho positivo» y Derecho natural», «Derecho objetivo y Derecho subjetivo», «Derecho de fondo y Derecho de forma», «Derecho público y Derecho privado» (2), pero siempre está latiendo la opción entre «Autoridad y Libertad», entre «Justicia conmutativa y justicia distributiva», pues el Derecho se ajusta a un orden: el político, dado que en todo *problema jurídico* hay una *cuestión política* y resulta insostenible pretender un derecho

(1) DÍAZ ARAUJO, Enrique: *Prometeo desencadenado o la ideología moderna*, en «Rev. Ideorium», Fac. de Derecho. Universidad de Mendoza, núm. 3, Mendoza, 1977, páginas 205-207.

(2) MANS PUIGARNÁU, Jaime M.: *Hacia una ciencia general del Derecho. Medicaciones ante el panorama jurídico*, 3.ª ed., Barcelona, 1970, ed. Bosch, pp. 69 y ss.

puro (3) sobre la base de una «supuesta neutralidad política»; por ello cabe replantear los «límites del poder», llámese como se llame, tanto del poder de los que mandan (Autoridad) como del poder de los que obedecen (Libertad).

La «Autoridad» *sin límites* es muerte de la libertad; la «libertad sin límites» es muerte de *la autoridad y de la propia libertad*; pero allí aparece, precisamente, el rol del *Derecho* para fijar con razonabilidad y prudencia las riberas de ese *río eterno* llamado «poder»

Justifica esta preocupación la prueba histórica que nos muestra el pasado, pues muchos de los que acostumbran a «vivir la libertad no saben vivir con ella», porque para vivirla no basta con «proclamarla», sino comprenderla, vale decir «amarla con obediencia». Es que estamos convencidos que el «hombre que no acepta ser *relativamente libre* será absolutamente esclavo», y es hora para pensarlo, pues si bien no se hace esclavo, hasta sin quererlo se corre el peligro de serlo (4).

2. La antinomia «autoridad» - «libertad»

En la estructura política estadual confluyen y coexisten estas dos ideas aparentemente antitéticas. Estos principios pueden coordinarse, equilibrarse u oponerse, incluso eliminarse reciprocamente. Dejando el plano valorativo de la autoridad (*libertad de la Administración*) y de la libertad (*autoridad de los administrados*), el enfrentamiento existencial puede darse entre: «poder y derecho» (5), «Ad-

(3) En ese orden de ideas el pensamiento de Hans Kelsen sirve de apoyatura para que el formalismo postule la «desidealización» y «deshumanización» del Derecho, reduciendo la *cuestión jurídica* a un asunto de «mera norma». Para un estudio del realismo jurídico véase LACHANCE, Louis, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953.

(4) DÍAZ ARAUJO, cit., p. 210; THIBON, Gustave: *Diagnósticos de fisiología social*, Madrid, Ed. Nacional, 1958, p. 47. Así como la *libertad* sin frenos equivale a la *anarquía*, la *autoridad* absoluta, sin límites, degenera en el despotismo y en el totalitarismo, que importa el menosprecio del propio derecho subjetivo, a cuya lamentable situación recuerda aquel célebre aforismo que ya CICERÓN reputaba como antiquísimo *Summum ius, summa iniuria*.

(5) ROMERO, César E.: *Garantías jurídicas especiales contra el poder*, LL 87-782; ARISTÓTELES: *La política*, traducción de Julián Mariás y María Araujo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, p. 2 (XIFRA HERAS, Jorge: *Introducción al estudio de las modernas tendencias políticas, ensayo sobre la intensidad y subjetivación del poder*, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 66, 69 y 78; GORDILLO, Agustín A.: *Introducción al derecho administrativo*, 2.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, páginas 33 y 47, y *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, en prólogo; *Libertad y autoridad en el derecho administrativo*; DE LOS RÍOS, Fernando: *¿Adónde va el Estado?*, estudios filosóficos políticos, Buenos Aires, ed. Sudamericana, 1951, pp. 34 y 35; VANOSSE, Jorge R.: *¿Hacia dónde va el poder?*,

ministración y administrado», «gobernantes y gobernados», «mando y obediencia», «prerrogativa y garantía», «Estado e individuo», «*Impé-rium* y contribuyente», «nación y ciudadano», «gobierno y usuario», etcétera, vale decir que la bipolaridad constitutiva de la sociedad política se proyecta en todos los campos, aunque los nombres cambien por razones de *simple adjetivación* circunstancial, en mérito al enfoque o ángulo desde el que se decida contemplar la relación.

Tal bipolaridad traduce «una relación política» que contiene de suyo «una relación jurídica» o varias relaciones jurídicas administrativas, en tanto se imponen derechos y deberes para cada una de las partes (Estado e individuo) de la relación.

Estas relaciones jurídicas *no son neutras*, contienen precisamente el nudo existencial del Derecho, compuesto por el «atributo y la facultad» frente al «deber y la obligación». La *justicia* se manifiesta, pues, en el ponderado equilibrio, en la moderada compensación entre estos dos extremos: la autoridad y la libertad, la autonomía y la observancia, la norma y la facultad. Precisamente, la profunda crisis del Derecho por la que atraviesan los hombres y las naciones es, a la vez, crisis de *Autoridad* y crisis de *Libertad*, que son los dos polos del eje en torno al cual gira el sistema jurídico (6).

Los sistemas «políticos», «administrativos» y «jurídicos» guardan una estrecha correspondencia. Vale decir, a un determinado sistema político debe corresponder un determinado sistema jurídico y administrativo, pues deben indicarse *cuáles son las herramientas más apropiadas* para el sistema gubernativo que en uno u otro caso se quiera constituir.

El *Derecho administrativo* tampoco es políticamente neutro, primero, porque contiene relaciones jurídicas que no son neutras, y segundo, porque no es nada más que una proyección *existencial* de la

en LL 125-879; DUVERGER, Maurice: *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 17; ROMERO, César Enrique: *El poder ejecutivo en la realidad política contemporánea*, Madrid, «Revista de Estudios Políticos», 1963; DROMI, José R.: *Acto administrativo*, pp. 3 y 13, *Licitación pública*, pp. 86 y 89.

A mayor control, menor abuso, pues el control obliga la sumisión al derecho. El poder a través de diversos periodos se fue haciendo más controlable, siguiendo grados evolutivos que concluyen con el Estado de Derecho. Es el Derecho administrativo el que ha dirigido la evolución en tal sentido, dándose a la tarea de determinar las *prerrogativas* de las autoridades y las *garantías* de los administrados, fijando la manera de controlar los actos del poder y la forma de hacer efectiva su responsabilidad. Véase RODRÍGUEZ ELIZONDO, José A., *Protección jurisdiccional de los administrados*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961, pp. 9-11.

(6) MANS PUIGARNÁU, cit., pp. 72-73.

normación del *Derecho constitucional* y de la *valoración o axiología del Derecho político*.

Así, pues, en el Derecho administrativo tenemos sobrados ejemplos de esa antinomia relacional. Nuestro deber es velar por el *equilibrio* entre Autoridad y Libertad, dado que el dominio absoluto de la primera terminará con el *hombre* y el dominio absoluto de la segunda terminará con el *Estado*, y ya está probado que no hay otra forma que la de vivir en convivencia (vale decir, convivir político) dentro de formas organizativas *estadales*, ayer llamadas «polis», «civitas», «reino», y hoy, «Estado», «nación», «república», y en ese marco organizativo los hombres debemos tener asegurados «los derechos subjetivos como manifestación de nuestra libertad individual, los que además deben ser reconocidos —y, en su caso, concedidos— por el Poder del Estado, pero jamás negados».

3. *Dualismos jurídicos*

Como anticipáramos, la *ecuación jurídica* comprende dos polaridades, que se adjetivan según el enfoque del análisis. Así, desde un punto de vista *económico*, la opción es «abstencionismo» e «intervencionismo»; desde una óptica *política*, la alternativa es «libertad» o «autoridad» o «subsidiaridad o razón de Estado»; desde el ángulo jurídico la antinomia será «poder-derecho», «prerrogativa-garantía», «Administración-administrados».

El Derecho público, tutor de la «justicia distributiva», tiene por misión, precisamente, fijar el régimen jurídico (derechos y deberes) de las relaciones que se formen entre los titulares del «mando» y los obligados a la «obediencia». Así se logra enmarcar los contornos jurídicos del Estado, se aproxima el Estado al Derecho, se genera un «Estado de Derecho», o mejor, un «Estado en el Derecho» (7). Al estilo de

(7) No creemos feliz la síntesis racionalista de Kelsen; es un puro esfuerzo de abstracción que lo conduce a una impura conclusión entre «materia» y «forma», como si la dimensión trialista (valor, realidad y norma) no fuera ya suficiente para demostrar que «Estado no es igual a Derecho». Es obvio que la desprotección de los «administrados» frente a la «Administración» proviene de la crisis en que se encuentra inmersa la técnica de separación de poderes. La superación de tal crisis nos permitirá poner «límite al abuso del poder» y vivir un auténtico régimen republicano. Cfr. y ampliar CALDERÓN, Raúl Enoc, *División histórico-sociológica del poder político*, en «Revista de la Universidad de Mendoza» núm. 1, Mendoza, 1979, pp. 193-223.

Los medios de fiscalización de la actividad administrativa constituyen verdaderas garantías para los derechos de los particulares. Los controles políticos y administrativos sobre la labor administrativa son complementados y hasta suplidos por la fiscalización judicial.

MONTESQUIEU, como balanza de equilibrio, entre pesos (poderes) y contrapesos (garantías) es preciso que el Estado tenga el PODER en el DERECHO, asegurándose la «fuerza en el derecho» y no «el derecho a la fuerza».

Los efectos jurídico-administrativos de la ecuación política «Autoridad-Libertad» son los siguientes (8):

a) *Vacunas pro-autoridad*: ejecutoriedad administrativa, presunción de legitimidad, poder de policía, actos institucionales, excepciones a la responsabilidad del Estado, dominio público, servicio público, acción de lesividad, limitaciones administrativas, caducidad administrativa, administración discrecional, leyes secretas, notificaciones verbales, ocupación temporánea anormal, conflictos interadministrativos.

b) *Vacunas pro-libertate*: debido proceso; principios de legalidad, libertad y razonabilidad; derechos constitucionalizados, derechos adquiridos, estabilidad del acto administrativo, impugnabilidad del acto administrativo, límites al poder de policía, responsabilidad del Estado, garantías administrativas y judiciales de los administrados, proceso y procedimiento administrativo.

Entre esas garantías jurídicas especiales que la ley señala para la vigencia de los derechos (9) encontramos el contencioso-administrativo, síntesis de las «garantías judiciales» en la relación Administración-administrados. La ecuación jurídica (prerrogativas-garantías), como efecto de la ecuación política (autoridad-libertad), traduce un mecanismo procesal para el equilibrio de los elementos relacionales de la ecuación.

Hemos formulado este decálogo a efectos jurídicos, señalando solamente algunos de ellos. Hay muchos más, y como se observará en nuestro Derecho, se ha instituido un régimen de recíprocas garantías para el Estado y para los individuos.

En toda circunstancia legislativa o de elaboración normativa debe tenerse presente la búsqueda de ese equilibrio. El equilibrio tiene que ser no solamente *declarativo*, sino *real*; por ello debe dotársele de *herra-*

(8) DROMI: *Autoridad y libertad en el Derecho administrativo*, Jurisprudencia Argentina, 1978-IV, pp. 739-745; *Administración y subsidiaridad*, en el ED, Buenos Aires, febrero 22-1979, núm. 4.860.

(9) ROMERO, César E.: *Garantías jurídicas especiales contra el poder*, LL. tomo 87-782.

Países apegados a los sistemas tradicionales de control jurisdiccional como Gran Bretaña y Francia han llegado a instaurar figuras más o menos inspiradas en el modelo sueco del «comisario parlamentario» (*ombudsman*).

mientas procesales idóneas, simples, sencillas, eficaces, tanto para los que *mandan* (porque si no, no pueden mandar), como para los que *obedecen* (porque si no, se cansan de obedecer), que apunten a la tutela de los principios políticos primeros: orden, paz y seguridad; pero, siempre dentro de carriles de un Estado de Derecho (en lo formal), con miras al Estado de Bienestar (con participación y desarrollo) en lo social (10).

II. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

1. *Noción elástica y moderna*

Las «garantías judiciales de los administrados» han sido conceptuadas y denominadas de las más diversas maneras. Así se ha dicho, «el contencioso-administrativo», «lo contencioso-administrativo», «proceso administrativo», representando en todos los casos las seguridades institucionales —*generales* o *especiales*— que titularizan los administrados para la defensa de sus derechos. En ese sentido puede representar «una garantía más», *una especie del género*, o a la inversa, el *propio género* con algunas especies, empleándose en el primer caso una noción «restringida-específica», y en el segundo, una noción «amplia-genérica». Aquélla es la noción clásica; ésta, la *moderna*.

En ese sentido, *clásicamente* se ha dicho que *el contencioso-administrativo* importa (11) «la solución judicial al conflicto jurídico que crea el acto de la autoridad administrativa que vulnera derechos subjetivos o agrava intereses legítimos de algún particular o de otra autoridad autárquica, por haber infringido aquélla, de algún modo, la norma legal que regla su actividad y a la vez protege tales derechos o intereses».

Por otra parte, *modernamente* se expresa que el *proceso administrativo* significa: «un medio para dar satisfacción jurídica a las pretensio-

(10) En realidad, el ámbito y, por tanto, la extensión o restricción de la función de la *autoridad* y del ejercicio de la *libertad* dependen en gran parte de la situación de la sociedad, según ésta se halle en *estado de normalidad* o, por el contrario, en *estado de necesidad*. Ver BIELSA, Rafael, *El estado de necesidad*, Depalma, Buenos Aires, 1957.

(11) ARGANARAS, Manuel J.: *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1955, p. 13.

BIELSA, Rafael: *Sobre lo contencioso-administrativo*, ed. Castellví, Santa Fe, 1964, pp. 62 y ss.

Véase BOSCH, Jorge T.: *Lo contencioso-administrativo y la Constitución nacional*, en «La Ley», t. 81, pp. 830 y ss.

FIORINI, Bartolomé: *La crisis del contencioso-administrativo*, en «La Ley», t. 107, página 1168.

nes de la Administración y administrados afectados en sus derechos por el obrar público ilegítimo» (12).

2. Denominación clásica y moderna

La expresión «contencioso-administrativa» es, sin duda, clásica en esta materia. La denominación acuñada por los franceses fue exportada al derecho latino como fórmula sacral en tutela de derechos, así lo recibió —también— el derecho público provincial, consagrando, con jerarquía constitucional, en provincias, la competencia de las Supremas Cortes locales.

Así las cosas, la doctrina (13) ha formulado severas críticas a la denominación de siempre, diciéndose:

a) Contencioso deriva de *contendere* e implica litigio, conflicto de intereses en que dos partes acuden a un tercero imparcial para que solucione sus problemas. Pero lo cierto es que en materia de control judicial de la Administración no siempre existe conflicto de intereses ni hay dos partes; por ejemplo, en el caso de la acción de anulación o ilegitimidad en que sólo es parte el particular accionante; en el pro-

(12) LINARES, Juan F.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, cap. XVI, p. 409, dice: «Entendemos por lo contencioso-administrativo el sector del Derecho administrativo y procesal que concierne a situaciones contenciosas en las que es parte el Estado y que se rige, en su fondo, principalmente por normas de Derecho administrativo, fiscal o financiero, así como también las situaciones contenciosas que se regulan por tales normas, aunque no sea en ellas parte el Estado.»

VARGAS, BRAVO y PAREDES: *Lo contencioso-administrativo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1959, pp. 48 y ss.; véase en especial pp. 50-52, la tipificación de conceptos que realizan los autores.

DROMI: *Proceso administrativo provincial*, «Idearium», Mendoza, 1977, 6. 2.

Un panorama del contencioso-administrativo en el Estado moderno, en ANDREA-DES, Stratis: *Le contentieux Administratif des états modernes*, Sirey, París, 1934.

ETZION, David: *Le contrôle juridictionnel de l'Administration en Israel*, LGDJ, París, 1970.

BRISEÑO SIERRA, Humberto: *El proceso administrativo en Iberoamérica*, UNAM, México, 1968.

BONNARD, Roger: *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Etude de Droit Administratif Comparé, Ed. Delagrave, París, 1934.

(13) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, t. I, páginas 104 y ss.

FIORINI, Bartolomé: *¿Qué es el Contencioso?* (Buenos Aires, 1965), p. 11 y ss., *Justicia administrativa*, Buenos Aires, 1944.

DÍEZ, Manuel M.: *Control judicial de la administración*, *El proceso administrativo*, en «Revista Argentina de Derecho administrativo» núm. 1, julio 1971, Buenos Aires, pp. 12 y ss.

DROMI: *Proceso administrativo provincial*, pp. 3 y 11.; *Instituciones de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2.ª ed., 1978, pp. 539-540.

ceso de lesividad en que puede no haber más que una parte si el administrado no interviene: la Administración que acciona.

b) El vocablo contencioso tuvo su origen en los tribunales administrativos franceses, que se caracterizaban por ser órganos de la propia Administración que resolvían los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial posterior.

Es de destacar que en el concepto francés de la división de poderes la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la Administración pública, que los decide en última instancia y por sí sola.

En cambio, en nuestro sistema (judicialista) no puede negarse a los administrados el acceso a una instancia judicial propiamente dicha, siendo inconstitucional toda pretensión de la Administración por la que intente ejercer funciones propias de los jueces (art. 95, Const. Nac.).

c) El empleo de la expresión lo *contencioso-administrativo* es errado si de lo que se pretende hablar es de jurisdicción o de proceso. Ambos vocablos ya indican de por sí que estamos en presencia de una actividad de naturaleza jurisdiccional. Sería también superfluo interponer la palabra *contencioso* entre las de *jurisdicción administrativa* o *proceso administrativo*. Ello es así porque a nadie se le ocurriría decir jurisdicción contencioso civil o jurisdicción contencioso penal; proceso contencioso civil o proceso contencioso penal. Tampoco cabe hablar, en consecuencia, de *jurisdicción contencioso-administrativa* o *proceso contencioso-administrativo*.

d) Por otra parte, contencioso-administrativo es un término confuso que comprende un conjunto de ideas e instituciones perimidas para el actual estado de derecho.

En consecuencia, siempre nos referimos al *proceso administrativo* como el medio por el cual se controla jurisdiccionalmente a la Administración.

También debemos formular dos observaciones finales sobre esta temática del nombre:

a) Las palabras son sólo palabras, recursos lingüísticos para identificar a una realidad; interesa más que el «nombre», «la realidad», aquél no cambia a ésta, ésta —la realidad— permanece invariable a pesar de los nombres y los números; en consecuencia, lo que interesa es, precisamente, esa suma de remedios institucionales para la defensa de la libertad, llámese como se llame.

b) La expresión lingüística correcta parece ser «proceso administrativo», pero no debe olvidarse que la expresión aparentemente incorrecta, aun impropia, está incorporada a nuestra tradición jurídica, se ha usado tanto por viejas y nuevas leyes que todos sabemos qué significa, en consecuencia, como «patente de identificación» vale, a pesar de las válidas —también— objeciones técnicas (14).

3. *Proceso administrativo y proceso civil*

En esencia, la diferencia existencial de estos modelos procesales, «administrativos» y «civiles», está dada, precisamente, por la necesidad de articular distintas técnicas o instrumentos para dirimir conflictos jurídicos, pues mientras en uno —el administrativo— una de las partes es una «entidad pública» (estatal o no estatal), en el otro —civil— las partes serán siempre «personas privadas», y más profundamente, mientras en el *proceso administrativo* se «impugna actividad administrativa pública», en el *proceso civil* la cuestionada es *actividad privada*, ¿por qué?, porque en el fondo —y en el frente— en un caso está en juego la «justicia distributiva», en el otro está en juego la «justicia conmutativa» (15), respondiendo a la *diversa naturaleza relacional*: «pública y privada», «social e individual», de «distribución» o de «conmutación» de poderes, respectivamente. En suma, siendo parte procesal el Estado, debería —en buen principio— ser siempre administrativo el proceso.

4. *Evolución*

Por actividad «administrativa» o «pública», susceptible de impugnaciones, que constituye el objeto del proceso judicial «administrativo», se entiende el obrar público —no sólo estatal— que se exterioriza en actos de poder que, no siendo sustancialmente legislativos y judiciales, traducen un operar de dirección y ejecución emitido por cualquier órgano estatal (ejecutivo, legislativo y judicial) o público no estatal.

4.1. *Por la actividad impugnabile*: Tal «objeto» impugnabile del pro-

(14) Véase LINARES: *Fundamentos*, cit., pp. 414-415.

(15) Entre las defensas doctrinarias al «proceso administrativo», véase VIDAL PERDOMO, Jaime, «La justicia administrativa en Colombia», en el libro *El Derecho administrativo en Latinoamérica*, publicación del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1978, pp. 409 y ss.

Sobre las reglas procesales específicas del proceso administrativo respecto del proceso civil, véase NIGRO, Mario, *L'Appello nel processo amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milán, 1960, cap. I, pp. 5 y ss.

ceso no ha sido siempre el mismo, sino que podemos observar una evolución de la «actividad administrativa» que comprende tres etapas:

a) «*Administración ejecutiva*», en los códigos de Buenos Aires y Salta, vale decir sólo se impugna el obrar del Poder Ejecutivo y no el resto de la actividad administrativa que emana de otros órganos del poder (v. gr., legislativo y judicial).

b) «*Administración estatal*», en los códigos de Córdoba (3897-1941), La Rioja (1005-1946), Santa Fe (4106-1951), Santiago del Estero (2297-1951), Misiones (52-1960), vale decir la actividad «administrativa» impugnada puede emanar de cualquier órgano del poder (ejecutivo, legislativo o judicial).

c) «*Administración pública*», en los códigos más recientes de Mendoza (1973-ley 3918) y Formosa (1978-ley 584), la actividad administrativa impugnada puede emanar del *Estado* (cualquiera de sus órganos y poderes, incluso órganos extrapoderes, como el Tribunal de Cuentas) o de entidades *públicas no estatales* que han recibido «potestas públicas» por transferencia estatal (contractual o legal) (16). Tal criterio legislativo ha tenido recepción jurisprudencial en los casos «Marcelino Sánchez c/Caja Forense del Chaco» (CSN., en ED, t. 50, pp. 292 y ss., con nota de Julio Oyhanarte sobre «La institucionalización de los cuerpos intermedios») y en el caso «Garat Ruiz López c/Caja Forense de Mendoza» (17).

4.2. *Por las situaciones subjetivas*: También podemos marcar una evolución en razón de las *situaciones protegidas* o de los *derechos tutelados*, y en ese sentido indiquemos que en una primera etapa (códigos de Buenos Aires y Salta) sólo se tutelaban «derechos subjetivos» (por acción de plena jurisdicción) y en una segunda etapa (códigos de Córdoba, Santa Fe, Santiago de Estero, Jujuy, Misiones, La Rioja) se agrega el ámbito subjetivo de protección los «intereses legítimos» (por acción

(16) OYHANARTE, Julio: *La institucionalización de los cuerpos intermedios*, ED.—50-292.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Derecho administrativo, Sindicatos y Autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972, pp. 29 y ss.

GENY B.: *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Paris, Sirey, 1930.

NEGRÍN, J. P.: *L'intervention des personnes morales de Droit Privé dans l'action administrative*, LGDJ, Paris, 1971, pp. 50 y ss.

BARRA, Rodolfo: *Cogestión administrativa y autodeterminación*, en «Rev. Universitarias», Buenos Aires, 1974, núm. 33, pp. 24 y ss.

(17) DROMI: *Proceso administrativo provincial*, cit., p. 85-87.

de anulación o ilegitimidad), lo que demuestra una ampliación de la «actividad» y «situaciones», respectivamente, sujetas a fiscalización judicial (18).

III. CONTENIDO

El contenido del proceso administrativo comprende todos los conflictos jurídicos que se generen en ejercicio de la «relación administrativa» que integran «la bilateralidad Administración-administrados», compuesta a su vez de «situaciones», «posiciones» o «ubicaciones» jurídicas de «deber» o de «poder», de «débito» o de «crédito», según el enfoque pasivo o activo de la alteridad público-administrativa.

En este sentido, los *conflictos jurídicos públicos* integran la «materia procesal administrativa», vengan de quien vengan, cualesquiera sea el sujeto, siempre que uno de ellos —actor o demandado— sea en la emergencia procesal «sujeto público» (estatal o no estatal), por todo ello cabe hablar de dos heterogeneidades unificadas en el proceso administrativo:

1. *Heterogeneidad formal*

De acuerdo a la situación procesal del «ente público», como *demandante* o *demandado*, los remedios procesales específicos para la tutela de derechos subjetivos públicos pueden ser:

A) *Administrado actor*:

1. Habeas corpus (art. 18 C. N., Ley 48, art. 20; art. 167, CPPN).
2. Acción de amparo (Leyes 16986 y 17454).
3. Amparo por mora (Ley 19549, art. 28).
4. Recurso extraordinario contra actos administrativos (art. 31 C. N., Ley 48, art. 14, CPCN, arts. 256-257).

(18) «El concepto de garantía en el campo del derecho público es tan comprensivo que dentro de él caben los llamados intereses legítimos que la Administración pública no puede lesionar. El administrado, mediante el recurso de ilegitimidad, no solamente procura la defensa de sus intereses legítimos no elevados a derechos subjetivos..., sino que también colabora con la propia Administración al impugnar los actos que ella misma debiera extinguir de oficio por el poder jerárquico y por el contralor de legalidad.» BIELSA, Rafael: *Sobre lo contencioso-administrativo*, Ed. Castellvi-Santa Fe, 1964, p. 197.

El derecho subjetivo, en sentido amplio, es una especialización de la «conducta como libertad»; LINARES, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 435.

5. Acción de inconstitucionalidad (en el derecho público local, v. gr., Mendoza, art. 144, inc. 3, Const., y art. 223 CPC).
6. Acción de retrocesión (Ley 21499, art. 35).
7. Acción civil (demandas contra el Estado) (Leyes 3952 y 11834).
8. Expropiación indirecta o irregular (Ley 21499, art. 51).
9. Medidas y procesos cautelares (arts. 1132 y 2499 Código Civil y Códigos Contenciosos).
10. Acción de repetición (art. 784 Cód. Civil, Leyes 11883 y 21858).
11. Acciones e interdictos posesorios (arts. 2468-2501 Cód. Civil y 606 a. 623 CPCN).
12. Suspensión judicial de la ejecución (véanse Códigos Contenciosos).
13. «Acciones» o «recursos» procesales o contencioso-administrativos (plena jurisdicción y anulación).

B) *Persona pública actora:*

1. Lesividad.
2. Expropiación.
3. Servidumbre y restricciones.
4. Ocupación temporánea.
5. Defensa o excepción de «caducidad».
6. Defensa o excepción de «prescripción».
7. Acción de inconstitucionalidad (en el derecho local a cargo del fiscal del Estado).
8. Acciones civiles.
9. Acciones o recursos procesales o contencioso-administrativo.

Por lo expuesto, desde una perspectiva formal, puramente procesal, los sujetos de la relación jurídica aparecen «defendidos» por un arsenal jurídico judicial de alta eficiencia y riesgo mínimo. Pero en el orden operativo, en la praxis, en el mundo de la realidad [no en el «cielo de los conceptos puros», como decía JHERING (19)], estos remedios son un

(19) JHERING, Rudolf von: *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. de Tomás A. Banzhaf, EJEA, Buenos Aires, 1974, pp. 281 y ss.

Un enfoque similar del tema puede verse en ROEHRSEN, Guglielmo: *La giustizia Amministrativa nel momento attuale*, Estrato da «Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza», ed. Firenze, 1976, núm. 2, pp. 8-9.

fracaso por: a) su excesivo número; b) la confusión que generan al no saber nunca, a ciencia cierta, cuál es el antibiótico jurídico más idóneo; c) la opción procesal prematura por uno o algunos de ellos, dado que todos tienen breves plazos de caducidad. En fin, pareciera que el Derecho o la legislación, mejor dicho, quiso darles tantas «defensas al administrado» que, a fuer de sinceridad, se peca por *exceso de cantidad* en desmedro manifiesto de la *calidad* y la real tutela de los derechos de los administrados (20). En esta materia es observable el «providencialismo estatal», propenso a crear un inhibitorio mesianismo en el ánimo de los súbditos, ya que suele realizarse mediante una *asombrosa floración legislativa* que entorpece la vida económica y desvanece la conciencia jurídica del pueblo, el cual *carece de preparación técnica*, por ello sólo se suele malograr el designio estatal, recuérdese la observación de Tácito (*Anales*, III, 27, 5): «Corruptissima republica, pluri-mae leges».

«La moderna tendencia a creer en la virtud taumatúrgica y, por tanto, realizar una multiplicación de las leyes que conduce a una verdadera enfermedad de transformación social y determina fenómenos de hipertrofia o *inflación legislativa*, tan conocida como dañosa, aunque sólo fuera porque los interesados no logran ya encontrar el hilo de una madeja increíblemente grande y enmarañada» (CARNELUTTI, en *Teoría general del Derecho*).

2. Heterogeneidad sustancial

La materia procesal administrativa, como contenido del proceso administrativo, presenta un diverso matiz sustantivo en razón del reparto *político* del poder (federal, provincial y municipal) y la naturaleza *jurídica* de las vías procesales (constitucional, civil y administrativa). En ese sentido podemos decir que el proceso administrativo se clasifica:

(20) Toda actividad jurisdiccional no es toda la justicia, porque no es nada más que simple aplicación de la norma. En la justicia está todo el derecho.

Debemos tener en cuenta que no basta haber obtenido todo género de libertades políticas para suponer que estaban garantizados todos los derechos de los ciudadanos. MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo: *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Ed. Aguilar, Madrid, 1951, pp. 3-5. «Tener el derecho y carecer del recurso o acción para defenderlo es no tener nada. El debe ser no deviene jamás en conducta jurídica, si no se asegura su cumplimiento» (FIORINI, Bartolomé: *Teoría de la justicia administrativa*, Alfa, Buenos Aires, 1944, p. 158); la legalidad administrativa y las demás conquistas sustanciales del Estado de Derecho serían vanas teorías si no se estableciesen las instituciones normativas para defenderla.

a) *Por razón política en:*

1. Federal o nacional (Leyes 11683, 20626, 21858, 14878, 19549, artículos 23 a 32).
2. Provincial (los Códigos Contencioso-administrativos de cada provincia).
3. Municipal (de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires; Leyes 1893, 19987, 20261).

b) *Por razón jurídica en:*

1. *Vías constitucionales* (*habeas corpus*, amparo, amparo por mora, recurso extraordinario, acción de inconstitucionalidad).
2. *Vías civiles* (acción de repetición, retrocesión, procesos cautelares, acciones e interdictos posesorios).
3. *Vías administrativas* (suspensión judicial de la ejecución de decisiones administrativas, acciones procesales administrativas).

IV. TIPOLOGÍAS

En la Argentina, desde 1900 en adelante, las provincias vienen legislando sobre el «proceso administrativo»; clásicamente le llaman contencioso-administrativo» y en tal materia no hay una legislación uniforme, sino que los códigos responden a distintas orientaciones procesales. Se observa una creciente apertura en tutela de los derechos de los administrados, con un «*aumento de los objetos y sujetos de control*» y confiriéndole también una aptitud más dinámica a las vías procesales.

Así podríamos intentar una ejemplificación evolutiva de la legislación, haciendo una analogía con las «edades históricas», señalándose:

a) En una primera etapa, que denominamos prehistórica, sólo se protegen derechos subjetivos a través de una única acción contencioso-administrativa (de plena jurisdicción), no previéndose la «admisión del proceso» de modo preventivo, sino que la competencia del juez es revisible en la sentencia. Por otra parte, el proceso es «ordinario» (no hay alternativas rápidas, sumarias o sumarísimas), y el sujeto

demandado es siempre el Estado por actos del Poder ejecutivo. Este periodo está representado por los Códigos de Buenos Aires (Ley 2961, año 1905) y Salta (Ley 793, año 1908).

b) En una segunda etapa se amplía el ámbito subjetivo de protección, tutelándose también los «intereses legítimos», y al efecto se genera otra acción específica, llamada de «anulación o legitimidad». No se prevé tampoco admisión del proceso, y la tramitación de éste es ordinaria. El sujeto demandado es el Estado por actos de los tres poderes (PE, PL, PJ). Son los llamados códigos «antiguos», correspondientes a las provincias de Córdoba (Ley 3897, año 1941), Santa Fe (Ley 4106, año 1951), Santiago del Estero (Ley 2297, año 1951), La Rioja (Ley 1005, año 1946), Misiones (Ley 51, año 1960), Jujuy (Ley 1888, año 1948).

c) En una tercera etapa se unifican las acciones; se les llama sin aditamentos «acciones procesales administrativas», se cambia «acción» por «recurso» y se muda también lo de «contencioso-administrativo» por «procesal administrativo». Se mantiene el desdoblamiento de situaciones subjetivas (derecho subjetivo e interés legítimo) con pretensión plural (v. gr., anulación, indemnización, etc.). Como novedad, se incorpora: 1) la admisión del proceso y la consecuente irrevisibilidad de la competencia del juez en la sentencia, y 2) la demandabilidad del Estado por acto de cualquiera de sus órganos (PE, PL y PJ) y también de los órganos constitucionales extrapoder (v. gr., Tribunal de Cuentas) y de las entidades públicas no estatales. Este período reciente, pero «medieval» en una analogía histórica, está representado por los códigos de Corrientes (Ley 2943, año 1971) y Mendoza (Ley 3918, año 1973).

d) En una cuarta etapa se mantienen las acciones unificadas, y la llamada «lesividad» pasa a ser una acción procesal más; en suma, la acción procesal administrativa es «única» y con pretensiones plurales, tanto subjetivas (para el administrado y para el Estado) como *objetivas* (tanto anulación como indemnización y el restablecimiento del derecho lesionado).

Otra novedad es que se prevén dos procesos o procedimientos: «ordinario» y «sumario» a opción del actor, confiriéndole una celeridad al mismo que es dispositivo del administrado lesionado. Por lo demás, la demanda procede contra entes estatales y públicos no estatales y se contempla la admisión del proceso. En esta etapa se ubica el Código de Formosa (Ley 584, año 1978).

e) En una quinta y última etapa, por ahora teórica y de concreción futura, pensamos que el Código procesal administrativo debe:

- i) *Mantener* los avances logrados; verbigracia, unidad de acción, penalidad de pretensión, admisión del proceso, irrevisibilidad de la competencia en la sentencia, demandabilidad al Estado y entidades públicas no estatales.
- ii) *Incorporar* todos los juicios o técnicas de tutela de *situaciones* jurídicas que se generen en las *relaciones* jurídico-públicas (estatales y no estatales), aun cuando puedan mantenerse algunas diferencias específicas de ellos; la utilidad que brindaría el *Código único* de por sí justifica el esfuerzo más allá de las ventajas técnicas. El individuo tendría un cuerpo unitario que al modo de recetario le indicaría el antibiótico más idóneo. Por otra parte, éste sería de «espectro general», válido para *virus varios*, sin necesidad de hacer opciones, exclusiones y alternativas prematuras entre un remedio y otro, que a veces de por sí constituye la «sola opción» una enfermedad incurable (v. gr., la caducidad de la acción).

De ese modo, bajo el acápite de «acción procesal administrativa», se unifican todas, desde el *hábeas corpus* hasta el clásico contencioso. Si en el fondo y en el frente el *hábeas corpus*, el amparo, etc., son acciones públicas específicas, que no difieren de las clásicas contenciosas, sino por la «pretensión», pero tienen raíz jurídica sustantiva idéntica.

En el análisis comparativo que intentamos a continuación son observables algunas «ausencias» que lamentar; allí están, a la espera de las promesas incumplidas, la nación y algunas provincias (Tucumán, Neuquén, etc.), que no han sancionado código de ningún tipo, ni de los «nuevos» ni de los «viejos». En el orden federal, la situación es confusa: no hay un código específico, se recurre a las analogías del Código procesal civil de la nación y de la Ley de Procedimientos Impositivos (11683), más algunas normas sueltas en otros cuerpos normativos. Por ello, en el cuadro que sigue, quienes no tienen códigos están fuera del esquema, más allá o más acá de la defensa de la libertad y de la justicia.

2. Cuadro síntesis

	Prehistórico	Antiguos	Medievales	Modernos	Contemporáneos
a) Provincias.	Buenos Aires. Salta.	Córdoba. Santa Fe. S. Estero. La Rioja. Misiones. Jujuy.	Corrientes. Mendoza.	Formosa.	?
b) Acciones.	1 (sólo plena jurisdicción).	2 (plena jurisdicción y anulación).	1 (acción procesal administrativa).	1 (acción procesal administrativa).	Una acción.
c) Situación tutela.	D. Subjetivos.	D. Subjetivo e interés legítimo.	D. Subjetivo e interés legítimo.	D. Subjetivo e interés legítimo.	Una situación subjetiva.
d) ¿Admisión del proceso?	No.	No.	Sí.	Sí.	Sí.
e) Demandado.	P. E.	P. E. P. L. P. J.	P. E. P. L. P. J. O. C. E. P. P. P. N. E.	P. E. P. L. P. J. O. C. E. P. P. P. N. E.	P. E. P. L. P. J. O. C. E. P. P. P. N. E.
f) Pretensión.	Única.	Única.	Plural.	Plural.	Plural.
g) Proceso.	Ordinario.	Ordinario.	Ordinario.	Ordinario. Sumario.	Ordinario. Sumario. Sumarísimo.

Referencias:

- PE (Poder Ejecutivo).
- PL (Poder Legislativo).
- PJ (Poder Judicial).
- OCEP (órgano constitucional extrapoder).
- PPNE (persona pública no estatal).

V. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

Entre las instituciones principales del proceso administrativo, consideramos prioritario el análisis de las siguientes:

1. *Tribunal*

En el Derecho público *local*, por cláusula constitucional, se ha dispuesto directamente conferir a los Superiores Tribunales de Provincias o Supremas Cortes Provinciales la competencia exclusiva y en única instancia de lo contencioso-administrativo.

En el Derecho público *federal*, la Constitución Nacional no contiene previsiones del tipo, y por aplicación general, de los principios que resultan de los artículos 100 y 101 CN; la competencia contencioso-administrativa se radica en los Tribunales de Primera Instancia.

2. *Materia*

La llave maestra de todo Código procesal administrativo radica en la determinación del objeto del proceso: «la materia procesal administrativa», constituida por el conflicto jurídico que crea el ejercicio de la función administrativa, al vulnerar derechos subjetivos o agravar intereses legítimos e infringir de algún modo las facultades regladas o los límites a las facultades discrecionales.

La especificidad de la materia está dada por la *presencia* de la Administración pública o ente público (estatal o no estatal) en ejercicio de la función administrativa y el *cuestionamiento* de normas de Derecho público particularmente aplicables al caso (normas de Derecho administrativo, constitucional, fiscal o financiero).

Las normas procesales administrativas, además de señalar los principios determinantes de la materia conflictiva entre Administración y administrados, indican casuísticamente, y de modo expreso, materia especialmente «incluida» y especialmente «excluida». En este sentido:

- a) *Materia especialmente incluida*. Se considera: 1. Control de legitimidad. 2. Impugnación judicial de los actos separables de la contratación administrativa. 3. Acción de lesividad: anulación judicial de actos irrevocables. 4. Asuntos de empleos públicos.

- b) *Materia especialmente excluida*. Se considera: 1. Actos institucionales. 2. Actos que son reproducción de otros anteriores consentidos. 3. Actos regidos por el derecho privado. 4. Control de mérito u oportunidad. 5. Juicio de apremio y expropiación. 6. Conflictos interadministrativos. 7. Cuestiones penales. 8. Actividad administrativa interna.

La competencia del Tribunal se determina en forma amplia y plena para entender en todos los aspectos atinentes a la legitimidad de la conducta administrativa, especificándose a modo ejemplificativo que el concepto de ilegitimidad comprende todo tipo de vicios que puedan afectar el acto, sean en su competencia, objeto, voluntad, procedimiento, forma, y que igualmente quedan comprendidos los vicios relativos al fin o a la causa del acto, como son la desviación del poder, abuso o exceso de poder, arbitrariedad, violación de los principios generales del Derecho. El concepto de arbitrariedad se toma en sentido amplio, conforme a los distintos supuestos que emergen de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación.

3. *Competencia*

La seguridad jurídica de los administrados impugnantes de los actos administrativos requiere prioritariamente la regulación de una etapa procesal intermedia entre «demanda» y «contestación», que tipificamos de «admisión del proceso», también llamada en doctrina «habilitación de instancia». En ella el Tribunal debe pronunciarse sobre su competencia en «lo procesal administrativo». A ese efecto, *debe verificar*: a) si se dan los recaudos procesales de rigor de la demanda; b) si el caso es «contencioso-administrativo»; c) si la acción se ha promovido en plazo legal. Para ello, requerirá la remisión de los expedientes o piezas administrativas, bajo apercibimiento de tener a la demandada por conforme con los hechos que resultaren de la exposición del actor a los efectos de la admisión del proceso.

Se declara inadmisibile el proceso por: a) incompetencia del Tribunal; b) no ser susceptible de impugnación el acto o decisión objeto del proceso, conforme a las reglas del Código; c) haber caducado el plazo de interposición.

Contra el auto que admita el proceso *no se dará recurso alguno*, y tal decisión será irrevisible en el curso del proceso como en la sentencia, a menos que, cuestionada en etapas posteriores, se produjera

prueba no merituada al pronunciarla y que demostrare concluyentemente que los supuestos de hecho en que se basó no existían (artículos 37 y 40 CPA, Mza.).

El Tribunal podrá declarar de oficio su incompetencia por razón de la materia sólo en oportunidad de pronunciarse sobre la admisión del proceso. *El demandado* podrá plantear tal incompetencia únicamente como excepción de pronunciamiento previo. Pasadas tales oportunidades, la *competencia del Tribunal quedará radicada en forma definitiva*. Declarada la inadmisibilidad del proceso por incompetencia, se remitirán las actuaciones al órgano judicial competente. Admitida la excepción de incompetencia, se ordenará el archivo de las actuaciones producidas.

En cuanto al momento procesal en el cual se determina la competencia, se debe poner especial cuidado en evitar situaciones que se presentan en algunos códigos provinciales de la materia, en los que, al dictar la sentencia definitiva, luego de tramitado todo el proceso, puede estar aún no resuelta la cuestión de competencia en forma definitiva. En este sentido, los Códigos de Mendoza y Formosa explicitan que el Tribunal puede declarar su incompetencia de oficio en ocasión de resolver acerca de la admisión del proceso, ese pedido de parte, si el demandado opone la excepción de incompetencia como excepción de pronunciamiento previo. Salvo el caso de que el Tribunal admita la excepción de incompetencia como excepción previa, el auto para el cual el Tribunal admite el proceso declarándose competente para entender en la causa, es irrevisible, tanto en el curso de la instancia como también en la sentencia que en definitiva haya de dictar el Tribunal, que será entonces necesariamente sobre el fondo de la cuestión debatida y no ya sobre la competencia (21).

4. Acción y pretensión

Generalizadamente, los códigos han regulado la acción de «plena jurisdicción» para tutela del Derecho subjetivo y la acción de «anulación» para la tutela del interés legítimo. La tendencia actual es hacia la unificación, por lo siguiente:

a) La acción de nulidad o el llamado recurso por exceso de poder

(21) Cfr. y ampliar VIVANCOS, Eduardo: *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, pp. 131 y ss.

ROEHRSEN, Guglielmo: *La Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, en «Rassegna dei Lavori Pubblici» núm. 2, febrero 1974.

exige también la titularidad de una situación subjetiva específica: interés legítimo, y para merituar el mismo debe considerarse la violación de la ley (legalidad externa) y también obligadamente juzgar la legalidad interna: violación de los derechos individuales en el caso concreto.

b) La admisión de la noción de «partes» en el contencioso-objetivo ha hecho perder al proceso de anulación precisamente su carácter objetivo.

c) Las dificultades procesales que entraña su regulación independiente: verbigracia, réconvención, caducidad de instancia, coadyuvantes; y la inseguridad de exigir presupuestos procesales y sustanciales distintos para cada acción puede determinar desgastes procesales inútiles; verbigracia, ¿demandar por anulación, creyendo que sólo tiene interés legítimo cuando en realidad al final del proceso probó su Derecho subjetivo? O, a la inversa, ¿interponer la acción de plena jurisdicción, pretendiendo nulidad e indemnización, porque se cree titular de un derecho subjetivo, y luego no logró probar sino su interés legítimo?

Por ello, es más práctico unificar las acciones procesales administrativas, excluyendo incluso su nomenclatura, y sobre la base de un trámite común, habilitarlas en todos los casos para la defensa de un derecho subjetivo o interés legítimo, y en razón de la pretensión procesal y la prueba sustanciada serán los efectos y alcances de la sentencia: anulación únicamente o anulación e indemnización. Tal criterio ha sido receptado por los códigos de Mendoza y Formosa sobre los siguientes principios:

4.1. *Unidad de acción.*—Cabe seguir el criterio aprobado en el IX Congreso Nacional de Derecho procesal (Resistencia, octubre de 1977), incorporando el sistema de unidad de acciones y pluralidad de pretensiones (arts. 1.º y 17 Cód. de Formosa) (22). De este modo,

(22) Cfr. y ampliar en las conclusiones del «IX Congreso Nacional de Derecho procesal», Resistencia-Chaco, 1977, t. I, pp. 58 y ss., donde se publica nuestro relato de la Comisión IV sobre el tema «Unidad o pluralidad de acciones en el Derecho procesal administrativo», allí dijimos: «El despacho propone una simplificación caracterológica unificando la acción procesal administrativa, tanto a favor como en contra del Estado.

Esta unidad, que puede parecer una concepción simplemente metodológica o de una formulación muy simplista, esconde una gran concepción doctrinaria que está imbuida o inspirada en la simplificación, en la celeridad procesal y en la seguridad de la situación procesal, de la relación Administración-administrados, en el proceso administrativo.

Quizá también el tratamiento de este tema, en un evento de este tipo, importa

la tutela que el Código brinda a los intereses legítimos no necesita de la instauración de un medio procesal distinto al efecto; de la misma manera, la posibilidad de requerir al Tribunal que dé la interpretación correcta de un acto está amparada por el Código, sin introducir, no obstante, un medio específico; la posibilidad de que la Administración pida judicialmente la nulidad de sus actos en el caso de que éstos sean irrevisibles administrativamente también se ha canalizado por un único medio procesal.

En efecto, la multiplicidad de acciones y/o recursos que de otro modo se produce atenta contra la sencillez del sistema y, por ende, contra su conocimiento y fácil aplicación. La experiencia recogida en el país en la aplicación de las acciones subjetivas—de plena jurisdicción— y objetivas de anulación, y de las acciones de lesividad, interpretación, y del recurso facultativo en la provincia de Corrientes, indica la conveniencia de mantener la tutela de fondo que estos mecanismos procesales han intentado brindar, pero simplificando sus-

definitivamente la incorporación o la reivindicación de lo contencioso para el Derecho procesal y no para el Derecho administrativo, pues comúnmente esta materia ha sido tratada por los administrativistas, y así están las cosas, dirán ustedes.

Por ello, pues, la formulación de una unidad de acción que es coincidente o concurrente terminológicamente con la categoría genérica que se utiliza en Derecho procesal, termina con la caracterización o tipificación de los recursos.

De la sede administrativa a la sede judicial no hay recurso, sino acciones, por cuanto no se trata de una simple revisión de lo actuado, sino de la jurisdicción plena del Tribunal para revisar, para reparar en todo su alcance y plenitud el acto administrativo cuestionado o impugnado.

El término recurso, de origen francés y también de cuño español, se justificaba en la medida en que el recurso estaba limitando, pues está indicando que solamente es un repaso de algunos aspectos del alcance de la decisión. En cambio, el término acción, entendemos abre una perspectiva de amplia revisión, habida cuenta que ha sido, en este sentido, utilizado un poco como sinónimo del derecho que invoca o que dice invocar, o tener, o titularizar el accionante, en la emergencia administrado.

Pero esta unidad procesal de la acción va acompañada de una pluralidad de pretensiones, o sea que en la acción procesal-administrativa ya no hablamos más de lo contencioso-administrativo, por esa profunda crítica que se le viene formulando desde hace tiempo a esta expresión de cuño francés, mal incorporada por fruto del colonialismo jurídico a nuestro Derecho público local, y porque están en las Constituciones, llamamos así, a algo que no entendemos.

Este criterio también lo expusimos en las «Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo», realizadas en Santa Fe, mayo 1974, al tratar el tema «La justicia administrativa en la República Argentina». Cfr. publicación de las «Jornadas Nacionales de Derecho administrativo», Univ. Nac. del Litoral, Santa Fe, 1975, pp. 54-55-56. Criterio también expuesto por ABAD HERNANDO, cuando dijo (publicación cit., página 81): «Aceptamos en principio que se legisle una sola acción. No interesa si se trata del administrado o de la Administración, es decir, no hay que pensar todo el sistema administrativo de protección del administrado como destinado únicamente a su defensa, sino como un sistema integral del funcionamiento del Estado que procura el bien común a través de la legalidad.»

tancialmente su forma procesal. Existe básicamente un único medio de iniciar las causas contencioso-administrativas, cualquiera que sea la pretensión procesal del accionante: es, en todos los casos, la misma acción procesal administrativa, evitando así las dudas que se presentan en los códigos clásicos acerca de cuál acción sea la precedente, en función de cuál sea la pretensión. La acción instaurada es siempre procesalmente precedente, con independencia de cuál de las distintas pretensiones procesal-administrativas haya elegido el actor, y quedará al Tribunal decidir en la sentencia en cuanto al fondo de las pretensiones esgrimidas.

Se elimina de este modo la distinción entre «acción de plena jurisdicción», «acción de anulación» o «de ilegitimidad», como así también la «acción de interpretación» o la «acción de lesividad». Las diferencias de procedimiento dentro del propio proceso con una única acción administrativa, al facultar a la parte actora a optar entre un procedimiento sumario y un procedimiento ordinario, sin perjuicio de la atribución del Tribunal de ordenar de oficio, en su caso, la producción de prueba, viabilizan diversas pretensiones.

4.2 *Pluralidad de pretensiones.*—Salvo la apuntada posible elección entre una tramitación ordinaria o sumaria de la acción, tramitan entonces en un mismo y único proceso las distintas pretensiones que puedan ser el objeto material de la acción. Por este medio procesal tramitará en consecuencia la pretensión de la administración de que sea declarada judicialmente la nulidad de su propio acto (antes «acción de lesividad»), la pretensión de los particulares o de la administración de que se dé una interpretación obligatoria *erga omnes* a determinado acto de la administración (antes «acción de interpretación»), como así también las dos pretensiones clásicas del proceso administrativo: a) la llamada *pretensión subjetiva*, cuando un particular invoca un derecho subjetivo lesionado por la conducta administrativa y pide en consecuencia no sólo la anulación total o parcial, o sustitución, de una disposición administrativa *lato sensu*, sino también el restablecimiento o reconocimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido, y el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos; b) la llamada *pretensión objetiva*, en la cual el particular titular no ya de un derecho subjetivo sino de un interés legítimo pide la anulación total o parcial de un acto, al restablecimiento de un derecho —*lato sensu*— lesionado, pero no en cambio una indemnización o reconocimiento de daños y perjuicios.

La importancia de esta asimilación a un mismo proceso de las preten-

siones subjetiva y objetiva excede a su vez del aspecto puramente procesal, ya que la excesiva formalización anterior de los distintos procesos obligaba, a su vez, a buscar definiciones formalizadas de cuándo existía un derecho subjetivo del accionante (y por ello, un eventual derecho a resarcimiento) y cuándo un interés legítimo (sin derecho, entonces y en principio, al resarcimiento). La misma opción que dicha distinción entre proceso objetivo y subjetivo obligaba a hacer en cuanto a las pretensiones, se reflejaba luego en las atribuciones del Tribunal en la sentencia, que debía considerarse limitado en su plena jurisdicción en la acción de anulación.

El Tribunal tiene en todos los casos jurisdicción plena, y decide ampliamente lo que considera que en derecho corresponde respecto a las pretensiones del accionante, sea anulando total o parcialmente el acto, sea interpretándolo, sea reconociendo o no reparación de daños y perjuicios, sea restableciendo o restituyendo un derecho vulnerado, desconocido o incumplido. Una de las posibles consecuencias teóricas de esta asimilación procesal, ya apuntada por la doctrina, es el progresivo acercamiento de los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo. Mantendrá su importancia actual la determinación de si el particular invoca un interés legítimo o un interés simple, pero en cambio habrá *menor necesidad teórica en muchos casos de resolver si se está en presencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo* lesionado, siendo suficiente la razonable valoración de la prueba producida y del derecho aplicable para resolver sobre la legitimidad de la conducta administrativa y la reparación anulatoria, modificatoria, interpretativa, resarcitoria, etc., que se estime procedente. Sin innecesarias limitaciones de orden teórico o procesal. Esta simplificación es también directamente beneficiosa para el accionante, sean ellos los particulares, la administración pública, o entes públicos no estatales, pues todas las partes en el proceso podrán de este modo concentrar su esfuerzo probatorio y argumental sobre el fondo de las cuestiones debatidas, dejando un poco de lado los espinosos aspectos procesales de los códigos clásicos. Corresponderá así a la sentencia determinar qué pretensiones acoge, y si produce efectos sólo entre partes, o *erga omnes*, de conformidad al tipo de tutela jurídica que considere ha sido invocada y otorgada (23).

(23) Cfr. artículos 70-71 y 72 Cód. de Formosa (Ley 584/1978).

En el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal se dijo (relato nuestro, pp. 59-60): «Estas acciones procesales-administrativas permiten una pluralidad de pretensiones en el sentido de que el actor puede invocar o pretender la anulación

5. Procedimiento

Las reglas básicas en materia de tramitación de las actuaciones procesales administrativas a señalar son:

a) *Presupuestos procesales y sustanciales.*—Vale decir los recaudos procesales o condiciones de procedibilidad que «admiten el proceso», en un caso, y que «admiten la pretensión», en el otro. Los primeros son presupuestos procesales o de admisibilidad de la demanda (procesales y extrínsecos), los segundos son presupuestos sustanciales o de admisibilidad de la pretensión (sustanciales intrínsecos).

total o parcial del acto impugnado, o puede invocar o pretender concurrentemente la indemnización por la conducta lesiva o dañosa que ha provocado el administrado o la administración en su caso.

Se puede pretender también la declaración de que el acto es lesivo a los intereses públicos si el actor es el Estado. Obsérvese, pues, que no se está pensando en una acción actora, pues el despacho dice: «unidad de acción y pluralidad de pretensiones las que podrán tramitar por diversos procedimientos a opción del actor, cualquiera sea su naturaleza».

De esta forma, este instrumento o herramienta procesal permite demandar o requerir, por parte de los administrados, la nulidad total o parcial, la indemnización, o la interpretación si fuere un problema conflictivo de alcance interpretativo jurídico de la norma o, en su caso, también la nulidad de actos administrativos estables, como se ha referido, seguramente con todo brillo, mi predecesor el doctor Sotelo.

En consecuencia, pues, terminemos con este problema procesal, que ha servido, sin agravio de jueces, para que la jurisprudencia torcida más de una vez cometa terribles injusticias con las pretensiones de los administrados, diciendo que equivocó el camino. Con este despacho habrá un solo y único camino. No se podrá más decir en la sentencia; «se equivocó de acción, es de plena jurisdicción; se equivocó de recursos, es de nulidad, o es éste o es el otro...».

El procedimiento a implementar es el que puede variar; las demandas contra el Estado serán acciones procesales administrativas, y en esto vamos buscando una homogeneidad científica e incluso diría hasta didáctica, habida cuenta que tenemos acciones procesales civiles, acciones procesales penales, acciones procesales laborales y, por qué no, también acciones procesales administrativas, pues el Derecho administrativo tiene que tener sus propias reglas procesales, y éstas son las que están incorporadas o tratadas en esta materia.

El tema de la diversidad de procedimiento permite entonces una sola acción, siempre la misma, sin necesidad de tipificarla ni de llamarla de algún modo, porque los dos nombres que se le han acuñado tampoco son de nuestro arraigo: «plena jurisdicción», o «jurisdicción plena», no sé qué quiere decir, porque yo creo que un juez tiene o no tiene jurisdicción. No puede haber plena, semiplena, cuartoplena de jurisdicción, ya que la potestad jurisdiccional no le está encomendada así, como en saldos y retazos, sino que la Constitución le ha dado al superior Tribunal un amplio poder de revisión del comportamiento administrativo en todas las Constituciones de las provincias argentinas, con la única excepción, si la memoria no me falla, de la Constitución de la provincia de San Juan, que omite referencia al respecto.

Los *presupuestos procesales* son:

- Reclamación administrativa previa.
- Verificación del control de legitimidad.
- Denegación: decisión definitiva y que causa estado.
- Ausencia de recurso paralelo.
- Pago previo.

Los *presupuestos sustanciales* son:

- Legitimación.
- Plazo legal.

b) *Proceso ordinario y sumario*.—De acuerdo al antecedente que existe en el Código de Corrientes con el «recurso facultativo», y el Código de Formosa con la «opción procesal» es oportuno permitir al actor omitir la producción procesal de prueba y demás actos procesales conexos, ateniéndose exclusivamente a la prueba existente en el expediente administrativo. La experiencia demuestra, en efecto, que muchas veces lo sustancial de la prueba a tener en cuenta es precisamente la ya producida por la administración y el particular durante todo el trámite administrativo previo a la demanda.

En algunas de las pretensiones procesales que no suponen fijación de una eventual reparación pecuniaria, tales como las relativas a la interpretación o a la anulación de un acto, podría evitarse la necesariamente larga tramitación que supone seguir todos los pasos ordinarios del proceso. En tales pretensiones, en efecto, lo sustancial de la petición suele ser, en definitiva, requerir un pronunciamiento judicial respecto de los mismos hechos tenidos en cuenta por la administración, sobre la base de una nueva valoración de la prueba por la justicia, y desde luego, de su interpretación del orden jurídico aplicable al caso. En tales supuestos, entonces, tampoco se justifica seguir todas las etapas ordinarias del proceso.

En consecuencia, una vez recibida la demanda y enviados los expedientes por la administración, y resuelto por Tribunal lo atinente a la admisión del proceso, el actor debe formular la opción por la vía ordinaria o la sumaria. Si opta por el procedimiento ordinario, debe ofrecer toda la prueba de que ha de intentar valerse; si opta por la vía sumaria, renuncia automáticamente a la producción de prueba por impulso de parte, y se atiene a la que resulta del expediente administrativo, se

da traslado por diez días para contestar la demanda, y de dicha contestación no se da traslado a la actora, corriéndose directamente vista al Procurador general y llamándose a autos para sentencia (24).

(24) Véanse artículos 44, 45, 46, 49, 50 y 87 Cód. Formosa. La duración de los procesos constituye, sin duda, el defecto más generalmente aludido por los defensores del *ombudsman*. La lentitud de la Administración de justicia es una enfermedad bastante general de la que se habla con pesimismo, pero que tiene sus remedios. Ver SENTÍS MELENDO, Santiago, *Celeridad de los juicios*, en «Revista de Derecho procesal» núm. X, Buenos Aires, 1952, 1.^a parte, p. 91.

Una justicia que tarda en administrarse varios años es una denegación de justicia. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativo*, en el núm. 81 de esta REVISTA, p. 309. En el IX Congreso de Derecho procesal se dijo: «Diversidad de procedimiento significa que esta acción, con diversidad de pretensiones, podrá tramitar por uno u otro procedimiento. Aquí la propuesta que se trató en comisión o en consejo, diríamos, es copiar de lo mejor, que es el proceso civil. Y esta copia es incorporar al proceso administrativo, al llamado contencioso, la técnica procedimental del proceso civil, cual es que las demandas puedan tramitar por un procedimiento ordinario o por un procedimiento sumario. La demanda del Administrado contra la Administración, o de la Administración contra el administrado, tramitarán por procedimiento ordinario con todas las secuelas de demanda, contestación reconvencción si la hubiere, prueba, alegatos, sentencias, etc. Las demandas podrán tramitar también por un procedimiento acelerado, por un procedimiento sumario en que se achican los plazos. Pero, además, debemos tener en cuenta que el pronunciamiento jurisdiccional se hace en base a un expediente administrativo, expediente tramitado por la misma Administración, que en alguna medida también hace buena fe o plena fe de su contenido, y a lo mejor hasta se le puede aplicar el artículo 979, inc. 2 del Código Civil. Esta misma actuación administrativa puede ser base suficiente para acreditar la pretensión procesal esgrimida por el actor. Entonces él tendrá la opción procesal de decir: opto por el procedimiento sumario y quiero, excelentísimo Tribunal, que con el expediente a la vista se dicte sentencia...»

Esto, que puede parecer atrevido, personalmente va a contribuir a acelerar los procesos contra el Estado, y ustedes dirán: bueno, pero estamos ajustando la técnica y problemas, quizá empíricos; estamos proponiendo fórmulas científicas o semicientíficas para adaptar las cuestiones prácticas que pueden merecer otra solución; pero, de todas maneras, creo que, si es así, es suficiente legitimación política y ética, la de darle al actor la posibilidad de que su conflicto se dirima aquí y ahora, pues tiene como prueba, nada menos ni nada más, que lo que ha emitido la contraria: el expediente administrativo.

Esta opción procesal la tramitará el actor en tiempo oportuno. La deberá tramitar, por supuesto, una vez que las actuaciones estén incorporadas al despacho del Superior Tribunal. Pues allí, con el expediente a la vista y compulsado hoja por hoja, se evitarán las complejas sustanciaciones probatorias, audiencias, ratificaciones, confirmaciones, testimoniales, informativas, periciales, que quizá ya están incorporadas o sustanciadas. Porque esto sí tiene una legitimación política, que es la que el despacho ha visto. Y si los profesionales queremos utilizar el procedimiento sumario, seremos muy cautelosos de lo que hicimos ante la propia Administración, por cuanto, ante la propia Administración, habremos preparado el expediente administrativo, en forma suficiente e idónea, como para que éste pueda ser llevado como única prueba instrumental, porque en nuestro concepto no se debe admitir, en el procedimiento sumario, ninguna otra prueba que no sea la que conste en el expediente.

Entonces la Administración habrá escuchado quizá todos los pros y los contras del administrado. La Administración habrá tramitado el procedimiento administrativo previo con serenidad, con paciencia, y hasta con la responsabilidad de que

De este modo, cualquiera que sea la pretensión formulada por el actor (anulación, sustitución, interpretación, lesividad, reparación de daños y perjuicios, restitución o restablecimiento de un derecho lesionado), él tiene la alternativa de evitar un largo proceso y atenerse con exclusividad a las constancias del expediente, obteniendo en muy breve plazo una sentencia definitiva que decida en primera y única instancia acerca de la valoración de la prueba y del derecho aplicable. Esta rapidez con la cual puede producirse el pronunciamiento judicial otorga también un mayor grado de seguridad jurídica a los administrados y a la administración, al evitar o por lo menos permitir evitar los muy largos procesos que de otra manera se pueden producir, con la consiguiente incertidumbre sobre la legitimidad de la conducta administrativa cuestionada.

c) *Caducidad de la acción.*—Otro presupuesto fundamental para la tutela de los derechos de los administrados es la fijación procesal de las reglas de caducidad y prescripción. Los códigos modernos, verbigracia, Mendoza, considerando que el derecho administrativo es materia local, y que las provincias no la han delegado (art. 104 CN), legisla sobre prescripción de acciones en materia de Derecho administrativo, evitando toda remisión a las normas civiles nacionales. Dentro de tal marco, ha fijado la prescripción en razón al vicio de anulación de que se trate: «tratándose de un acto anulable, la prescripción de la acción se opera a los dos años, siendo nulo a los cinco años» (art. 19).

Como plazo de caducidad para la interposición de la acción por su parte, ha fijado que la misma debe interponerse en el plazo de treinta días corridos, el que comenzará a regir desde el día siguiente al de la

esas pruebas están allí incorporadas, y se puede presumir, con alguna seriedad política y jurisdiccional, cuál puede ser el resultado de la sentencia.

En suma, pues, este despacho de la comisión, que ha sido aprobado unánimemente, vuelca el criterio de la unidad de acción que no es una novedad. La unidad de acción está incorporada a algunas legislaciones extranjeras; se la llama unidad de recurso en sistema español, y en nuestro derecho lo prevé, pero no con esta fórmula tan completa, la legislación de Mendoza, y quizá puede ser que en días más el Código de Formosa proyectado por una comisión integrada con funcionarios del superior gobierno de la provincia, incorpore esta fórmula legislativa plena, absoluta, sin adjetivaciones de ninguna otra acción. No se habla más de nulidad, ni de plena jurisdicción, ni de anulación, dándose amplia seguridad a los administrados e incluso a la Administración actora.

Entonces, el problema, que a veces se repite, de que la gran competencia en los Superiores Tribunales es saber declararse incompetente en los juicios contenciosos-administrativos, se habrá terminado de una vez por todas, pues el juego de la competencia o incompetencia estará asegurado con una sola acción y con una etapa previa de admisión procesal, cuya declaración es irreversible en el curso de la sentencia.

notificación de la decisión administrativa, o en los casos de denegación tácita, desde el día siguiente al del vencimiento de los sesenta días (artículo 20). En igual sentido, el Código de Mendoza, para la interposición de la acción de lesividad ha fijado el plazo establecido para la prescripción (art. 21).

Para evitar algunas de las controversias que se han presentado en el derecho público provincial, acerca de los plazos de *caducidad* que con términos usualmente breves introducen varios códigos, respecto a la acción procesal administrativa, es conveniente hablar lisamente de prescripción. En efecto, una de las primeras cuestiones en tales códigos es la posible inconstitucionalidad que puede otorgarse de la norma, el cercenar en breve plazo el derecho del particular a pedir la tutela judicial de su derecho; una segunda cuestión es la interpretación misma que quepa otorgar a dichos plazos, por ejemplo considerando que implican una caducidad de la acción pero no del derecho, o distinguiendo entre caducidad y prescripción de la acción y del derecho.

Por ello, la Comisión entendió preferible, por una parte, extender el plazo otorgado para la iniciación de la acción procesal administrativa, llevándolo a un año a partir de la notificación del acto; por otro, denominarlo prescripción y no caducidad. Al tratarse de la prescripción de la acción que el Código regula, no trata el tema de la prescripción del derecho invocado, el cual queda remitido al plazo de prescripción del Código Civil, y podrá o no, en su caso, intentarse por otras vías según cuál sea la pretensión que haya de invocarse. Posiblemente tratándose de la pretensión de nulidad, o la interpretación, o la de lesividad, no existirá ya otra vía idónea para requerirla; en cambio, en la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, podrá eventualmente intentarse una acción civil si el derecho pertinente no está prescripto de acuerdo al Código Civil. Va de suyo que todas estas alternativas no están ni pueden estar contempladas en un Código administrativo, y se mencionan aquí a título simplemente ejemplificativo.

1. *Caducidad y prescripción*: La circunstancia de que en una actuación administrativa se haya expedido la Administración pública con anterioridad, desestimando recursos administrativos, no significa ello la pérdida de los derechos de los administrados, para ocurrir a misma sede, formulando un reclamo de esa naturaleza y formulando peticiones en base a nuevas razones de hecho y de derecho.

Los plazos administrativos son ordenatorios pero no extintivos de derecho sustantivos, la finalidad de que caduquen remedios y recursos

contra un acto, significa darle a ese acto cierta estabilidad y duración jurídica, pero no importa ello el derecho a *reclamar* —antes de la *prescripción*— el dictado de nuevos actos administrativos, más aún cuando estos últimos se peticionan con motivo de nuevos «hechos» y «derechos» no considerados en anteriores oportunidades (25).

2. *Reclamación administrativa*: Los administrados pueden formular por vía de reclamación la impugnación de actos, hechos u omisiones administrativos, para que la Administración haga uso de la facultad de revocar o modificar sus actos (26). La legislación no ha fijado plazo para su interposición, pero cabe interpretar que puede interponerse *antes del vencimiento del plazo de prescripción* que corresponda.

Además, la reclamación es a veces un remedio obligatorio previo a la acción judicial (v. gr., artículo 30 LPA. núm. 19549 y su modificatoria 21686), pero en todos los casos constituye un remedio facultativo del administrado que obliga a un pronunciamiento expreso de la Administración (27).

El carácter de facultativo de esta defensa administrativa ha sido contemplado expresamente en la legislación nacional, verbigracia, Ley número 19549, artículos 30-32. En el orden local, a veces no ha sido expresamente reglamentada, por cuanto constituye una *manifestación administrativa, de un derecho constitucionalizado* (el de petición, artículo 14 CN.), y opera como «medida» previa de la acción y pretensión judicial (28).

3. *Remedios administrativos y judiciales subsistentes*: La circunstancia de un eventual agotamiento de las vías administrativas, no significa un cercenamiento de los derechos sustantivos de los adminis-

(25) Cfr. y ampliar en CASSAGNE: *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado*, en «El Derecho», 45-829; DROMI: *Proceso administrativo provincial*, Ed. Idearium, 1977, pp. 130, 132, 153, 154; GONZÁLEZ ARZAC: *Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos*, «El Derecho», 51-951; SANTAMARÍA: *El problema de los plazos en el recurso contencioso administrativo, ¿prescripción o caducidad?*, en el núm. 58 de esta REVISTA, pp. 185. y ss.

(26) Cfr. DROMI: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973, páginas 516 y 532.

(27) GORDILLO: *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971, páginas 481 y ss., quien en página 493 indica que «uno de los rasgos más destacados de la reclamación administrativa es la circunstancia que no está sujeta a término para su interposición, por lo que cabe concluir en que la única limitación a la misma es la prescripción de la acción».

(28) Conforme resulta de los artículos 5.º, 6.º y 11 del CPA de Mendoza, Ley 3918. Cfr. DROMI: *Proceso administrativo provincial*; cit., p. 94, en comentario al artículo 11 del código citado sobre el alcance procesal «acción-reclamación».

trados nacidos al amparo de normas superiores, por ello siempre quedan «remedios» *administrativos y judiciales subsistentes antes de la prescripción obviamente.*

En ese orden de doctrina y jurisprudencia tienen entendido que quedan subsistentes las acciones judiciales para accionar contra el Estado por los *daños* que causa al particular la ejecución material del acto a través de las «acciones civiles». Vale decir, igualmente puede cuestionarse la legalidad del acto lesivo, no obstante su carácter firme, por vía de *defensa o excepción de inconstitucionalidad o legalidad*, cuando el Estado ejecuta o pretende ejecutar el acto lesivo. Además, puede que la caducidad no extinga el derecho y deje subsistentes *otras acciones procesales administrativas contra otros actos administrativos denegatorios nacidos de reclamaciones administrativas antes de la prescripción.*

4. *La fugacidad de los plazos y la supuesta extinción de derechos:* Las afirmaciones que preceden resultan de una correcta interpretación legal y existe unánime acuerdo doctrinario en afirmar que los derechos no se extinguen por haber vencido los plazos recursivos en sede administrativa, salvo que se haya operado la prescripción del derecho (29).

5. *Criterio jurisprudencial:* El criterio expuesto, que en sede administrativa pueden formularse «reclamos» de derechos por cualquier vía, siempre antes de la prescripción, que hemos formulado, en desmedro del «formalismo» de los plazos, viene siendo regularmente aplicado por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, ambos órganos en su actual composición inclusive. Además fue criterio jurisprudencial admitido en los

(29) Quizá el expositor más feliz de estas conclusiones haya sido el catedrático de la Universidad de Madrid, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en su libro *Curso de Derecho administrativo*, t. II. E. Civitas, Madrid, 1977, p. 431, cuando dice: «El principio del consentimiento lleva a confundir los efectos propios de la caducidad con los de la prescripción, el derecho de acción con el derecho material, perfectamente diferenciados uno y otros en el Derecho común, determinando la pérdida de los derechos materiales por el simple transcurso de unos pocos días...» Cabe agregar... que esta grave quiebra del sistema de garantías carece de toda justificación material y técnica y constituye una verdadera pieza de escándalo... La fugacidad de los plazos de recursos y las desorbitadas consecuencias que se ligan a su transcurso de forma general e indiscriminada pone en manos de la Administración un instrumento, tan formidable, que si sus posibilidades fueran utilizadas al límite, sistemáticamente obligaría a todos los ciudadanos a prescindir de trabajo, recreo y a permanecer inmóviles en su lugar de residencia, para evitar que una corta ausencia de sólo quince días pudiera privarles de por vida de sus propiedades, de su profesión y de su patrimonio todo, lo cual comportaría una esclavitud rigurosamente inadmisibles» (textual cit., p. 431).

autos número 34015, «*Baudizzone Miguel A. P. y otros c/Municipalidad de la Capital de Mendoza, por acción procesal administrativa*».

d) *Suspensión de la ejecución de las decisiones administrativas*.— Opera como una verdadera «medida de no innovar» contra la Administración Pública. Puede pedirse en forma «previa, simultánea o posterior a la interposición de la acción». El tribunal deberá resolver la solicitud en el plazo de tres días, previa vista por dos a la demandada. Este incidente se sustanciará por cuerda separada sin interrumpir los principales (art. 22 Código de Mendoza).

Procederá la suspensión cuando *prima facie* la disposición sea nula o pueda producirse daño irreparable si apareciere como anulable (artículo 23), con lo cual no se requiere la acreditación del daño si el acto es nulo. En cuanto a la contracautela, es conveniente dejar ello al criterio facultativo del Tribunal, quien podrá exigirla, y en su caso fijará modo y monto.

Los efectos de la suspensión judicial de la ejecución de actos administrativos, son de eficacia parecida a los del amparo (30).

La suspensión del acto debe tratarse separadamente de las medidas precautorias. En el caso de las medidas precautorias se exige, entre otros recaudos, que exista posibilidad de un grave perjuicio, o de pérdida o frustración del derecho invocado, y la verosimilitud *prima facie* del derecho invocado. En el caso de la suspensión del acto se distingue: a) según que se trate de un acto nulo, en el cual el Tribunal, ante la mayor verosimilitud del derecho invocado, puede disponer la suspensión, y b) que se trate de un acto anulable, supuesto en el cual ante la menor verosimilitud del derecho invocado, se exige además que la ejecución del acto pueda producir un daño grave.

De este modo, se sigue, *mutatis mutandi*, la idea emergente de la jurisprudencia de la Cámara Federal de la Capital, y de la doctrina, en el sentido de apartarse del rigorismo de otros códigos que exigen la «irreparabilidad» del perjuicio, o la «nulidad manifiesta» del acto, o ambos requisitos a la vez. Parece preferible equilibrar ambos requisitos, y a mayor verosimilitud del derecho, lo que ocurrirá en los casos de actos nulos, no exigir especialmente el tipo de daño que se supone

(30) En las «Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo», Santa Fe, 1975, cit., p. 58, dijimos: «igualmente debe legislarse claramente, los casos de suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo, lo que viene a ser un sustituto legal de otro instituto jurídico que anda un poco «venido a menos», me refiero al amparo».

ocasionará la ejecución: basta en realidad con el daño que produce al interés público comprometido, la ejecución de actos que un tribunal de justicia considere nulos. A su vez, si el daño que se produciría de ejecutarse el acto es grave, y el acto anulable, se admite también la posibilidad de la suspensión. Va de suyo que el Tribunal puede no ordenar la suspensión del acto, aún probándose un perjuicio grave, si no estima que el acto sea *prima facie* anulable.

La importancia de eliminar tanto del tema de la suspensión del acto, como del punto relativo a las medidas precautorias, el concepto de daño «irreparable», reside en que, de acuerdo a la jurisprudencia de muchos otros tribunales, se ha considerado que un daño no es «irreparable» si hay posibilidad de indemnizarlo, dado que siempre en definitiva existe posibilidad teórica de su reparación por esta vía sustitutiva, y que el fisco se reputa siempre solvente, esta norma ha resultado no pocas veces en la imposibilidad de obtener la suspensión del acto; lo cual, según se expresó no sólo es un perjuicio al accionante sino también, y fundamentalmente, al interés público comprometido, que no es otro que el que no haya, o si los hay no se ejecuten, actos que contravienen en forma total al orden jurídico vigente, como en el caso de los actos nulos (o nulos de nulidad absoluta, en otra terminología).

VI. BALANCE Y PAUTAS

1. ¿Códigos administrativos de forma o de fondo?

Indudablemente las normas del procedimiento administrativo y del proceso administrativo (a veces mal llamado contencioso-administrativo), son las *herramientas* indispensables de la articulación «administración-administrados». De nada valen las grandes *declaraciones* valorativas del Derecho político, ni las *normaciones primarias* del Derecho constitucional, sin un Derecho administrativo consecuente, reglado que con sus *normaciones secundarias* en el plano de la realidad existencial (no sólo realidad axiológica y normativa) hagan posible la vigencia y vivencia de fines políticos, sociales, económicos, etc., enmarcados en el «bien común» o causa final del Estado.

Hoy la Administración del Estado es una organización extraordinariamente compleja, una empresa gigantesca, no sólo como organización sino como titular de actividades financieras, agrícolas, industriales, co-

merciales, etc., que está muy lejos de aquella estampa que pintaban las partidas, al decir «El Reyno es como huerta, el Pueblo como árboles y el Rey señor della...»

El Estado de nuestros tiempos late, vive y convive con nosotros, o nosotros con él. Hoy nos «carteamos» con el Estado (boletas, liquidaciones, tasas, tarifas enviadas a domicilio), nos «hablamos» con el Estado (sistemas de intercomunicaciones de todo tipo); trabajamos para el Estado (impuestos); el Estado trabaja para nosotros (actividades comerciales del Estado) lo cual determina que la *relación individual administrado vs. Estado* sea enfocada desde variadas perspectivas, y en mérito a los innumerables resortes jurídico-formales de que el Estado puede disponer: actos, hechos, reglamentos, contratos, simples actos.

Por ello, los *códigos administrativos* no pueden ser de *mero trámite*. Una ley de procedimientos administrativos no es sólo una ley de «trámites administrativos», como a veces se le ha llamado o incluso legislado. Es una norma de trámite y también de asuntos sustantivos de la materia.

El derecho *administrativo* es esencialmente un derecho local (arts. 1, 5, 104, 105 CN.), tanto para la nación como para las provincias, en su consecuencia, la legislación administrativa no puede ser sólo «procesal» o «procedimental» sino también sustantiva.

En tal sentido, como mínimo, una ley de procedimientos debe contener:

- a) *Teoría jurídica integral de las formas jurídicas administrativas:* acto, hecho, reglamento, simple acto y contrato administrativo. Tal construcción debe definirse respecto de los modelos formales, tipificándolos y señalando: concepto, caracteres, requisitos, elementos, vicios, nulidades de ella, y en lo pertinente.
- b) *Teoría jurídica integral de las formas organizativas:* entidades autárquicas, empresas del Estado. Principios generales de competencia, jerarquía y obediencia, régimen de control, intervención administrativa, etc.
- c) *Teoría sobre las modalidades de «preparación» e impugnación de la voluntad administrativa:* dictámenes, simples actos, informes, vistas, traslados, forma decisonal y técnicas recursivas: reconsideración, apelación, jerárquico, alzada, revisión, aclaratoria, etc.

2. *¿Códigos administrativos para los administrados o para la Administración?*

Las normas de procedimiento y proceso administrativo no pueden tener carácter *unilateral*. La relación jurídica administrativa sustantiva es bilateral o plurilateral, y ello debe también proyectarse a lo procesal.

Por otra parte, no sólo debe regularse la actividad de *participación de los administrados* en el procedimiento administrativo, sino también la actividad administrativa *oficiosa*.

3. *¿Código de la función administrativa estatal y no estatal?*

La actividad administrativa no es privativa del Estado, sino que concurren en su ejercicio también entidades públicas no estatales, e incluso entidades privadas, como en el caso de los concesionarios.

En estos tiempos el fenómeno de «colaboración administrativa» de los cuerpos intermedios es innegable. Esas personas públicas no *integran* la estructura orgánica estatal, *no figuran* en su presupuesto, pero ejercen técnicamente función administrativa y tienen cometidos y organización semejantes en muchos aspectos a los entes públicos estatales: verbigracia, colegios profesionales, sindicatos, corporaciones, consorcios, etc.

La colaboración administrativa de estas entidades ha operado una nueva modalidad de «descentralización», la descentralización administrativa no estatal (o indirecta) (31).

En consecuencia, si tales entidades «ejercen función administrativa», dictan «actos administrativos», celebran «contratos administrativos», están sujetos a «control administrativo», etc., es propio que se les *aplique las normas del procedimiento administrativo* a las entidades públicas no estatales, de manera subsidiaria o supletoria al menos. En la práctica administrativa, incluso, el Poder ejecutivo ha revocado actos administrativos de personas públicas no estatales, mandando a la entidad a proceder como en derecho corresponde (32).

(31) La jurisprudencia francesa (*arrêt* Monpeurt 1942) y la jurisprudencia argentina (SCJ. Mza., L. S. 105, fs. 135) en el caso «Vila Manuel y Caja Jubilaciones de abogados c/H. Tribunal de Cuentas, y la C. S. N., en el caso «Sánchez, Marcelino y otro c/Caja Forense de la Provincia del Chaco (1973 E. D. 50-292, con nota de Julio Oyhanarte), han tipificado la existencia de este tipo de personas públicas no estatales.

(32) Cfr. Decreto núm. 1680, del 6-V-1975, Gobierno de Mendoza, en el caso «Garat de Ruiz López c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de Abogados» p/verificación del control de legitimidad.

En el mismo sentido, la impugnación judicial de la actividad administrativa realizada por entidades «no estatales» debe operarse por la vía «procesal administrativa» o «contencioso-administrativo» (33).

4. *¿Códigos de la función administrativa «de todos los órganos» (ejecutivo, legislativo, judicial, Tribunal de Cuentas, etc.) y de «todos los entes estatales»?*

Este interrogante ya tiene respuesta legislativa en los Códigos de Corrientes (Ley 2943/1971), artículo 68; de Mendoza (Ley 3918/1973), artículo 43; Formosa (Ley 584/1978), artículo 53, que han incorporado al proceso administrativo la impugnabilidad del obrar administrativo estatal, tanto del órgano ejecutivo, como legislativo y judicial, y de los órganos constitucionales extra-poder (Tribunales de Cuentas). Igualmente la preparación de la voluntad administrativa de todos ellos debe regirse por las normas comunes del procedimiento administrativo.

En otros términos «el ámbito de aplicación» de las normas de procedimiento y proceso administrativo se extiende a *todos los órganos estatales* que en la emergencia realicen función administrativa.

En cuanto a las *entidades estatales descentralizadas* (autarquías, empresas y sociedades del Estado), en principio también se rigen por las normas generales de proceso y procedimiento, sin exclusiones. Así lo determinan por ejemplo en cuanto al procedimiento administrativo, la Ley 19549, artículo 1.º, en el ámbito nacional. Por excepción los conflictos de las entidades descentralizadas como «sociedad del Estado» (en tanto realicen «actividad comercial e industrial») no se dirima aplicando normas de «derecho público», en consecuencia las contiendas procesales tramitarán por vía ordinaria.

5. *¿Códigos administrativos generales o especiales?*

Por regla común, se señala que las normas de proceso y procedimiento administrativo son «generales», vale decir, que rigen toda la actividad administrativa sin diferenciar sus modalidades o categorías (verbigracia, de seguridad, aduana, materia fiscal, materia provisional, administrativo laboral, etc.). Tal principio debe mantenerse y defenderse, pues la variedad y diversidad o *especialidad de procesos y procedi-*

(33) Así lo ha previsto el C. P. A. de Mendoza (ley 3918), en sus artículos 8.º y 43, inciso *d*).

mientos administrativos termina por derogar de hecho o de derecho, la existencia de todo el régimen general. Algo así, aunque parcialmente, ha ocurrido en el ámbito nacional, en que el derecho 9101-72 se constituye en la «anti-ley» de la norma general número 19549.

Puede que se justifiquen algunas *modalidades en el procedimiento administrativo*, verbigracia, en materia de «seguridad pública», «régimen impositivo», «aduanero», «provisional», etc., pero en todo caso ellas deben ser: *expresas, limitadas y por excepción*, y además sólo en cuanto al aspecto netamente procesal, vale decir de «trámite, pero no en lo sustantivo: verbigracia, elementos del acto administrativo, vicios, nulidades, prescripción, etc.

En lo que hace al *proceso administrativo* —al contencioso— la existencia de regímenes especiales es casi injustificada. No hay motivos políticos ni jurídicos valederos para establecer técnicas judiciales diversas de impugnación judicial en materia contencioso-administrativa. En ello hay que ser particularmente cauteloso, pues el formalismo «procesal judicial» y la diversidad y especialidad de caminos procesales, no puede servir sino para extinguir la tutela judicial de los administrados, en una maraña de técnicas y vías, contradictorias, superpuestas o paralelas, verbigracia, lo que acontece actualmente en el ámbito federal, en que tenemos «el contencioso militar», «el contencioso aduanero», «el contencioso del empleo público», «el contencioso tributario», «el contencioso del vino», etc., y además, legislado a veces como «recurso judicial» y a veces «como acción judicial», con lo cual sólo grandes expertos pueden entender la mecánica, y la protección de los derechos se ve desvirtuada por razones puramente procesales, consagrándose en los «hechos» un imperio muy distinto del que dice «el derecho».

6. *El derecho ante la libertad y la justicia*

Nos acercamos al final y haciendo uso de las palabras de MAQUIAVELO, en la dedicatoria de *El Príncipe* al «Magnífico Lorenzo de Medici», cuando dice: «No quisiera que se juzgue presunción en hombre de humilde estado atreverse a dar reglas de conducta al gobierno de los príncipes porque así como los pintores de paisajes desde la llanura pintan las montañas y desde los montes los sitios bajos, de igual modo para comprender la índole del pueblo es necesario ser príncipe y para conocer los príncipes conviene ser del pueblo» (34).

(34) MAQUIAVELO: *El príncipe*. Ed bilingüe, notas de Luis A. AROCENA, ed. de la Universidad de Puerto Rico, «Revista de Occidente», Madrid, 1955, prólogo, p. 194.

Por ello creemos que «el pueblo», «administrado», ve en los «príncipes» (en el Estado) una necesidad ingente y prioritaria de salvaguardar el «aparato institucional republicano», pero adaptado a nuestra «tradición» y de «nosotros», sin recetas teóricas importadas.

Estas reflexiones quieren ayudar a construir el edificio llamado «República» sobre bases sólidas, pétreas que respaldan casi ciento setenta años de vida independiente. Uno de los pilares institucionales radica en la necesidad de tutelar el «control», para que se salve la libertad, pues del control eficiente del *poder* depende todo el sistema de garantías individuales. Hay que evitar la «desjudicialización», creer en los *jueces* hacer del *juez* y la *justicia* un medio y fin, «revitalizarla», *defenderla* y afianzarla.

¿Puede seriamente afirmarse que «las nuevas técnicas de control» (verbigracia, el *ombudsman*) constituyen un sistema capaz de sustituir al proceso administrativo?

Este recetario político-jurídico se inspira en tres principios, tres ideas fuerzas, o directrices, como decía Maurice HAURIU en *Teoría de la Institución* (35):

1. Que el Estado-Poder se haga *Estado-Derecho*, también, por obra y gracia de los jueces.
2. Que *la libertad* domine a las nuevas formas de esclavitud, pues si bien —ahora— esclavo no se «nace», *se hace*.
3. Que el Derecho sea «la justicia», pero no sólo de «fondo», sino también de «forma», comprendiendo las «herramientas para la justicia».

He aquí el desafío, nosotros creemos que esa es la senda del Derecho, pero como somos hombres de hábitos y tradiciones quizá sería bueno recordar «caminante no hay camino, se hace camino al andar».

(35) HAURIU, Maurice: *La teoría de la institución y de la fundación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

JURISPRUDENCIA

