EL AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA Y EL PLAZO DE CADUCIDAD

Por Pedro Aberastury*

1. Introducción

La vía recursiva en el procedimiento administrativo tuvo origen legal a través del decreto Nº 20.003, que fuera suscripto en Acuerdo General de Ministros con fecha 7 de abril de 1933, conteniendo simples lineamientos de la institución. Fue modificado por el decreto del 7 de noviembre de 1934, dándosele forma por decreto 7520 del 28 de marzo de 1944 y finalmente fue modificado por el decreto 2129/61[1].

Se trataba de una vía formal *impugnatoria* del acto administrativo[2] y, una vez concluida su tramitación, la decisión final suscripta por el Presidente de la República, asumía la categoría de cosa juzgada administrativa, según la terminología de la época[3]. Al no existir una norma expresa que posibilitara su impugnación mediante una acción de anulación, ésta tenía lugar a través del recurso extraordinario federal, conforme lo previsto en el art. 14 de la ley 48 y con las limitaciones de revisión naturales a un recurso de excepción[4]. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación

---

* Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Administrativo –UBA-. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Belgrano

[1] Bielsa, Rafael, *El Recurso Jerárquico*, 3¦ Ed. Roque Depalma, 1953, Bs.As. pag. 37.

[2] Bielsa caracterizó a dicho recurso como "una reclamación promovida contra un acto o decisión de un agente administrativo, ante el superior jerárquico, para que éste modifique o revoque esa decisión, por considerar que lesiona un derecho o interés legítimo del recurrente, e implica a la vez una trasgresión de normas legales que imperan en la actividad administrativa" BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. IV, ed. La Ley, Bs As, 1965, pag. 41; Marienhoff lo consideró también como un recurso formal, Cfr. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, ed. Abeledo Perrot, Bs As, 1965, pag. 656

[3] Aberastury, Pedro, Cilurzo Maria Rosa, Curso de Procedimiento Administrativo, ed. Abeledo Perrot, 1998, Bs. As., pag. 16.

[4] Fallos: 210:22; 207:251, entre muchos otros.

admitió la deducción de una acción de conocimiento pleno a efectos de impugnar el acto administrativo correspondiente[5].

Paralelamente, para demandar al Estado por las consecuencias de sus acciones, a partir de 1900 se había dictado la ley 3952, luego modificada por la ley 11.634 por la cual se abandonó definitivamente la diferenciación entre actos de gestión y de autoridad. En consecuencia, ante un hecho de la administración que generaba un daño al particular, éste podía demandar al Estado Nacional en forma directa en la medida que hubiera deducido previamente ante la autoridad administrativa un *reclamo administrativo previo.*

La demanda que se interponía tenía la característica de una acción ordinaria resarcitoria donde no constituía el objeto de la acción la discusión de la legalidad del dictado de los actos administrativos precedentes sino el alcance de la reparación.

Mas allá de la caracterización jurídica de estos remedios, por parte de los autores de la época, cabe señalar que la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en 1972, incorporó ambas vías y el mayor adelanto fue instituir la acción para impugnar actos administrativos en sede judicial a través de un proceso de conocimiento pleno.

2. La caducidad en la LNPA

Este nuevo sistema implementado para acceder a la Justicia Administrativa se incorporó en un capítulo agregado a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, ley 19.549, donde en su Título IV, previó la deducción de las acciones judiciales pero también estableció un plazo de 90 días hábiles judiciales para deducir las mismas, luego de haber cumplimentado los

---

[5] Mairal, Héctor A., "Los plazos de caducidad en el derecho administrativo Argentino", en Derecho Procesal Administrativo 1. Homenaje a Jesús González Pérez, Dir. Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, pag. 887..

ritualismos previstos para cada uno de los procedimientos señalados (cfr. Art. 25 y 30 a 32 de la ley 19549, con la modificación de la ley 25.344).

Este plazo configuró una novedad en el ordenamiento nacional, y no así en los provinciales que ya tenían plazos de acceso a la justicia breves, pues hasta 1972 el plazo para deducir las acciones judiciales contra el Estado Nacional se regía por el plazo de prescripción del Código Civil[6].

La caracterización de este plazo breve como de caducidad significó adoptar un término que ya venía siendo utilizado en el derecho administrativo[7]. La ley 19549 consideró a dicho término de tres maneras distintas: a) caducidad del acto administrativo, como una manera de extinguirlo, expresando la doctrina que se trata de una sanción frente al incumplimiento expreso por parte del administrado[8], una pena administrativa[9], difiriendo del concepto de revocación establecido en los arts. 17 y 18 de la L.N.P.A, habiendo coincidido con el pensamiento de Marienhoff cuando afirma que son supuestos distintos de un género común[10]; b) como sanción a la inactividad

---

[6] En cuanto al vocablo caducidad y prescripción, ver nuestro trabajo: Aberastury, Pedro, Caducidad y Prescripción, en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, dirigido por Juan Carlos Cassagne, ed. La Ley, T. I, 2007, Bs As, pag. 661 y ss.

[7] MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de derecho administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs As, 1970, Tomo II-A- pag. 569

[8]. En tal sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que "...El derecho a una decisión fundada, amparada en la ley 19549 encuentra entre otras formas de exteriorización, la prevista en el artículo 21 de la ley mencionada, en cuanto dicho precepto exige para declarar la caducidad del acto administrativo que el mismo se funde en un emplazamiento previo del interesado y en el incumplimiento de parte de éste..." (conf. dict. 7/92, 9.I.1992, Exte. 3294/87, en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993*, pág. 268, sum. 35.

[9]. Conf. HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, pág. 426, Astrea, 1985, Buenos Aires.

[10]. Ha dicho el Dr. Marienhoff que "...La caducidad y la revocación son medios de extinción de un contrato administrativo; pero los supuestos en que proceden una y otra difieren fundamentalmente: la caducidad está determinada por un incumplimiento del contrato imputable al cocontratante; en cambio, la revocación reconoce como causa determinante de la extinción del acto, la ilegitimidad de éste o el interés público...". MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.III-A pág. 564, Abeledo-Perrot, 1970, Buenos Aires,.

del peticionante en el procedimiento administrativo[11], c) como un plazo perentorio y fatal para deducir la acción judicial impugnatoria[12].

En esta última nos centraremos aclarando que el art. 25 de la ley 19549 ha incorporado el plazo de 90 días hábiles judiciales para iniciar la acción de nulidad del acto administrativo, tanto de alcance particular como general y de 30 días cuando debe ser realizado por vía de recurso. Posteriormente, la reforma realizada a los arts. 30 a 32 de la misma, por la ley 25344, aplicó dicho plazo al supuesto de la denegatoria del reclamo administrativo previo.

Este ha sido calificado como *perentorio*[13]. La doctrina procesalista conceptualiza a la perentoriedad de los plazos en el hecho que por el solo transcurso del tiempo, sin haberlo utilizado, produce la caducidad del derecho sin necesidad de petición de la contraria[14].

Entendemos que el problema no se debe enfocar específicamente en la perentoriedad del plazo establecido sino en las consecuencias que de ella se derivan[15]. En efecto, el incumplimiento de los términos procesales, sobre todo en el procedimiento civil y comercial, permite sostener que produce la pérdida del derecho sin que sea necesaria la declaración que ese hecho produce. Ello se debe a que la perentoriedad se encuentra imbuida del

---

[11]. El art. 1° inc. e) ap. 9 de la ley 19549 dispone que: " Transcurridos 60 días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros 30 días de inactividad , se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente". El art. 21 de la ley 19549 expresa "La administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto".

[12] ABERASTURY, Pedro, CILURZO, Maria Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs As., 1998, pag. 92.

[13] Cfr. ZAMBRANO, Pedro L., *Silencio de la Administración y plazos para demandar al Estado Nacional*, ed. Lexis Nexis, Monografías Jurídicas, Bs.As., 2006, pag 69.

[14] BERIZONCE, Roberto O., MORELLO, Augusto M. y SOSA, Guillermo L. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación Comentados y Anotados,* Librería Editora Platense- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, Tomo II, p. 866.

[15] MATA, Ismael, "Los plazos en el procedimiento administrativo", en *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Jornadas UCA, ed Lexis Nexis, Bs As, 2005, pag 159.

principio de preclusión, en cuanto éste impide retornar a las etapas ya pasadas. Se produce por tres causas: a) por no haber cumplimentado con el orden señalado por la ley, b) por haber cumplido una actividad incompatible con la actuación de otra facultad; c) por la consumación o ejercicio de la facultad concedida[16].

Cuando la doctrina administrativa invoca la perentoriedad[17] como fundamento de la caducidad sólo se refiere a la primera de las causales mencionadas por lo que no todas las consecuencias de la perentoriedad pueden serle aplicables al proceso administrativo pues no participa del carácter de carga y por tanto no se trata de una sanción[18], pudiendo señalarse las siguientes características que la alejan de la perentoriedad del proceso civil en tanto: a) debe ser opuesta expresamente y no puede ser dispuesta de oficio, b) la preclusión se contradice con el principio del informalismo en favor del administrado y la incorporación de la denominada denuncia de ilegitimidad, c) el plazo es susceptible de ser suspendido, d) es aplicable únicamente al administrado y no a la administración.

Si se examina globalmente el esquema implementado, es decir, considerando al mismo como integrando el ordenamiento legal que nos rige, se puede afirmar que no nos encontramos frente a un sistema coherente y armónico pues la aplicación de las reglas procedimentales en el derecho público debe adecuarse al contexto constitucional del cual emana. El principio es la vigencia del Estado de Derecho ya que, como afirma Cassagne, ante todo un Estado de Derecho debe ser un Estado de Justicia[19] y, así, vemos que es necesario reparar en lo siguiente:

---

[16] BERIZONCE, Roberto O., MORELLO, Augusto M. y SOSA, Guillermo L. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación Comentados y Anotados,* Librería Editora Platense- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, Tomo I, p. 621.

[17] COMADIRA , Julio R., *Derecho Administrativo,* ed. Lexis Nexis, Bs. As,1994, pág. 479.

[18] REJTMAN FARAH, Mario, "La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo", en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo,* Jornadas organizadas por la Universidad Austral , Facultad de Derecho, ed. RAP, Bs As, 2006, pag. 807.

[19] Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, ed. Marcial Pons, Bs As., 2009, pag. 35.

A. El derecho supranacional, que es aplicable al ordenamiento interno en virtud de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y, en especial, por la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054, llamada Pacto de San José de Costa Rica y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen precedentes de observancia obligatoria.
B. Toda ley de procedimientos administrativos se dicta conforme la facultad legislativa de reglamentar los derechos previstos en la Norma Fundamental (art. 14 in fine) y, en este caso, se trata de reglamentar el derecho a demandar al Estado Nacional, previsto en el art. 116 de la Constitución Nacional. Esta facultad debe ser ejercida de manera razonable.

Haciendo una apretada síntesis de la importancia de estos dos parámetros interpretativos, debemos mencionar que el Pacto de San José establece las siguientes premisas que tienen una directa relación con el tema: 1) una vía rápida y eficaz de acceso a la Justicia Administrativa y, 2) Los plazos de duración del proceso (cfr. Arts. 8.1. y 25). Ambas cuestiones han sido analizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableciendo la doctrina que el procedimiento administrativo no puede ser entendido como colocando vallas al derecho al acceso a la justicia y que recurrir ante la Justicia Administrativa significa llegar a una decisión en un plazo razonable[20].

En cuanto al derecho a la Tutela Judicial Efectiva, debemos mencionar que éste no puede ser desconocido por las reglamentaciones que se dicten, en especial las procedimentales para acceder a la Justicia Administrativa.

---

[20] Ver Nota 56. Respecto de la obligatoriedad de sus pronunciamientos, ver las disidencias de los Dres. Belluscio y Maqueda en el caso Espósito: Fallos: 327: 5668 t la disidencia del Dr. Maqueda, en el caso Cantos: Fallos: 326: 2968, sin perjuicio de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha establecido que la interpretación que realice la CIDH debe servir como pauta imprescindible de interpretación en la aplicación de la normativa convencional y que sus decisiones deben ser acatadas por la jurisdicción interna, en el precedente Simón, del 14/06/2005, Fallos: 328 P. 2056

Observamos que el art. 116 de la Constitución Nacional no establece requisito alguno para demandar al Estado Nacional por lo que cualquier reglamentación que dicte el legislador debe ser analizada dentro de los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad y sin que la aplicación de ésta desnaturalice el derecho como tal, privándolo de sus requisitos esenciales[21].

Se observa que en los ordenamientos procedimentales y procesales provinciales se ha instituido el agotamiento de la vía administrativa y un plazo breve para acceder a la Justicia y sus desvíos, en la medida que existieron construcciones procesales que aniquilaron el sistema han sido expuestos por la doctrina[22]. La aplicación de este sistema, que predetermina una necesaria actuación en sede administrativa, permite oponer varios reparos en cuanto:

1) la falta de claridad en la modalidad de agotamiento de la vía administrativa;

2) la complejidad en algunos procedimientos que hacen surgir dudas respecto de no haber, dentro del procedimiento administrativo, efectuado las impugnaciones de manera correcta, con lo cual puede darse el caso que la caducidad de la vía judicial no se deba por la interposición fuera de plazo de la acción sino en que se haya cometido un error en el procedimiento previo y esto tenga influencia en el acceso a la instancia[23].

---

[21] Cassagne, ya desde un primer momento se opuso al plazo de la caducidad a efectos de iniciar una acción judicial contra lo decidido por la administración, basándose en la naturaleza local de la norma procedimental, los cuales no podían sustraerse del ordenamiento previsto en los códigos de fondo, planteando la posibilidad de efectuar una opción, entre demandar directamente a la administración o mediante la interposición de una acción indirecta a través del instituto del reclamo administrativo previo. *Cassagne*, Juan Carlos, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional*, Rev. El Derecho, T. 45 pág. 829.

[22] Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, ed. Marcial Pons, Bs As., 2009, pag. 98.

[23] MAIRAL, Héctor A., "Los plazos de caducidad en el derecho administrativo Argentino", en *Derecho Procesal Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Dir. Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, T.I., pag. 881 y ss.

3) La existencia de plazos breves, dentro del procedimiento administrativo, que permiten aseverar que el plazo de 90 días del art. 25 de la ley 19549 para accionar ante la Justicia Administrativa, en realidad es mucho menor por la necesidad de interponer un recurso administrativo que siempre contiene un plazo muy inferior.

4) La existencia de numerosos procedimientos especiales que disponen plazos para iniciar la acción judicial mas breves que el de 90 días hábiles judiciales ya mencionado a lo que se adiciona la falta de uniformidad del sistema de acceso a la Justicia Administrativa para estos casos.

De lo expuesto se desprende que la perentoriedad de los plazos para que el particular interponga la acción judicial también se aplica a la articulación de los recursos, lo cual significa que no nos encontramos frente al plazo perentorio del art. 25 de la ley 19549 sino frente a los plazos perentorios que se han establecido para cada uno de los recursos previstos en este ordenamiento[24].

Pero ello conlleva otra situación, que se encuentra centrada en el carácter de la articulación de los recursos, en cuanto el art. 1° inc. e) ap. 6, primera parte de la ley 19549 establece que una vez vencido el plazo para interponer los recursos administrativos "se perderá el derecho para articularlos". La doctrina intentó morigerar el principio expuesto a través de la denominada denuncia de ilegitimidad pero lo cierto es que quien no articula el recurso pertinente, tendiente a cumplimentar el ritualismo de agotar la vía administrativa, en el tiempo legalmente previsto, conforme se encuentra el sistema, pierde el derecho de accionar judicialmente contra lo decidido por la administración.

---

[24] MAIRAL, Héctor A., "Los plazos de caducidad en el derecho administrativo Argentino", en *Derecho Procesal Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Dir. Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, T. I., pag. 881 y ss.

Como hemos expresado "Tal cual se encuentra estructurado el sistema, la posibilidad de continuar con la vía recursiva, la existencia de una opción para ocurrir a la justicia, el hecho que si se elige una puede ocasionarse la pérdida de la otra, o la implementación del silencio como institución que condiciona el curso de un plazo de caducidad, no permite concluir que nos encontremos frente a la posibilidad de recurrir con certeza a la vía judicial"[25].

Esto no ha merecido el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pues en diversos precedentes ha convalidado este complejo sistema, como lo fue en precedente *Serra*[26], del 26/10/93, donde la Corte se refirió que la posibilidad de entrar a conocer el caso en cuanto se había operado la caducidad de la instancia procesal administrativa quedaba incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional y la virtud del plazo de caducidad se fundamentó en cuestiones de seguridad jurídica en cuanto la efectiva ejecución de los cometidos administrativos.

Por otra parte, la ley 25344 pretendió convalidar lo dispuesto en el precedente *Gorordo*[27], recientemente convalidada en el caso *Ramírez Andrés L.*[28], no sólo en lo que es materia de revisión de oficio de los presupuestos reglamentarios para demandar al Estado sino en la existencia de una jurisdicción previa que restringe al Poder Judicial el alcance de la revisión, como lo había expuesto la Cámara Federal Contencioso

---

[25] ABERASTURY, Pedro,. Caducidad y Prescripción, en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, dirigido por Juan Carlos Cassagne, ed. La Ley, T. I, 2007, Bs As, pag. 677.

[26] Serra, Fernando Horacio c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, del 26/10/1993. Fallos 316:2454,

[27] Fallos:322:73. IVANEGA, Miriam, "Consideraciones acerca del reclamo administrativo previo y la excepción del ritualismo inútil", Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, ps. 150/158, concluye que la regla es el reclamo administrativo previo, mientras que el ritualismo inútil ha de ser considerado en los términos que la ley lo expone, es decir, como excepción, tesis con la cual no concordamos.

[28] Ramírez Andres L. c/ Estado Nacional –Sec. Presidencia de la Nación- s/ empleo público, del 28/04/2009 Fallos :332:875.

Administrativa, en el Plenario *Romero*[29], doctrina que había sido dejada sin efecto en el caso *Tajes*[30], por la Corte Suprema. Anteriormente. Se había considerado lo contrario en los casos *Cohen*[31] y *Construcciones Taddia S.A.*[32], donde el Tribunal se había pronunciado en contra de la posibilidad de revisar de oficio, o a instancia de los fiscales, el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa con anterioridad a la traba de la litis[33].

Nuestra crítica al sistema consiste en que este tipo de reglamentaciones, han desnaturalizado el principio de acceso rápido y eficaz, no sólo por la falta de claridad en cuanto al ejercicio del derecho sino por entender que cualquier decisión administrativa conlleva la necesidad de impugnarlo, cuando lo mas lógico, para un ejercicio razonable del derecho es, únicamente, reservar el plazo breve para accionar judicialmente a cierto tipo de actos, que la ley expresa y taxativamente lo disponga[34].

De lo contrario, el recorrido procedimental para lograr el agotamiento de la vía administrativa se transforma en una carrera de obstáculos cuyo incumplimiento condiciona la prohibición reglamentaria de ejercitar un derecho constitucional de primera generación; en el caso, consideramos que una norma de esta naturaleza mas que reglamentar el derecho lo condiciona seriamente, de tal manera que establece una prohibición que fulmina el derecho a la defensa en juicio y el de la tutela judicial efectiva[35].

---

[29] CNAdm Fed, en pleno, del 14 de abril de 1999, in re Romero Gerardo, Rev. La Ley 1999-E-192. En el mismo, se admitió la revisión de oficio de los recaudos para los cuales se tenga por habilitada la instancia, efectuando una interpretación de la ley 3952, respecto a la irrenunciabilidad de los requisitos para demandar al Estado.

[30] No se admitió en este precedente la denegación de la habilitación de la instancia sin que sea materia de defensa por parte de la demandada. Fallos 322551

[31] Fallos: 313:228

[32] Fallos: 315:2217

[33] Ampliar en: ABERASTURY, Pedro,. Caducidad y Prescripción, en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, dirigido por Juan Carlos Cassagne, ed. La Ley, T. I, 2007, Bs As, pag. 678.

[34] CASSAGNE, Juan Carlos, "El acceso a la Justicia Administrativa", Rev. La Ley del 16/6/2004. MAIRAL, Hector, "Los Plazos de Caducidad en el Derecho Administrativo argentino", cit. T.I., pag. 906 y ss..

[35] ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, ed. Abeledo Perrot, Bs As., 20065, pag. 146 y ss.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares"[36].

A este esquema, podemos adicionar la expansión del plazo de caducidad a otros institutos normalmente ajenos al sistema por tratarse de ordenamientos que son de una naturaleza distinta y por tanto las soluciones generales no le son aplicables. Es el caso del contrato administrativo, donde desde hace unos años, a partir del precedente *Petracca*, de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, en pleno, tornó aplicable a las contrataciones administrativas los principios contenidos en el articulo 25 de la ley 19549. Se efectuó una distinción en cuanto, si bien la administración podía rescindir el contrato, si el particular no tenía interés en discutir la legitimidad del mismo, igualmente se le instó a proponer la acción dentro del plazo de caducidad pues de lo contrario no podría solicitar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados[37], tesis sostenida por Mairal, que no fue recogida por la jurisprudencia a pesar de la solidez de su fundamentación[38]. Si bien la ley 19549 no prohibía el deducir una acción judicial independiente de la de nulidad de acto, ello no

---

[36] Cfr. Nro 61 in re: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999/09/29 Informe 105/99, caso 10.194:Palacios, Narciso, Argentina, con Nota de BOTASSI Carlos, en Suplemento de Derecho Administrativo, La Ley, del 11/12/2000.

[37] "Mackentor"; Fallos 312:1017. Se sustentó la distinción entre la vía impugnatoria, que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23 y sigtes. de la ley 19.549 cuyo resultado sería necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho, aún originado en una relación jurídica preexistente, basada en lo dispuesto por los arts. 30 y concordantes de la ley 19.549, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa, los que no estarían sujetos al plazo del art. 25.

[38] PÉREZ CORTES, María Jeanneret de, "Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549.", Revista de Derecho Administrativo año 2 Nº 3, pag. 117. Cfr. *Scheider de Guelperin*, Fallos 314:1147; Fallos 315:2346.

tuvo acogida por considerarse una situación inseparable una de la otra, teniendo esta afirmación un grueso error conceptual[39].

La aplicación de este sistema impugnatorio a la contratación administrativa permite afirmar que, en un contrato de duración media donde se dictan series de actos administrativos para cada cuestión que se suscita a lo largo del contrato, judicializa al contrato pues la falta de impugnación de la manera explicada hace perder la vía al contratante, transformando al contrato en una fuente de infinitos litigios entre el contratista y la administración para que el primero no consienta su derecho a accionar judicialmente.

3. La necesidad de un reexamen del sistema

Frente a esta disfuncionalidad, es necesario repensar el sistema y para ello es adecuada la utilización del método comparativo para conocer como se actúan en aquellos sistemas donde existe un alto grado de protección del particular frente a la actividad estatal[40].

La decisión previa que debe emitir la autoridad administrativa como forma de acceder a la revisión proviene del derecho administrativo francés, donde la *decisión préalable*, surgió en el siglo XIX cuando se encontraba vigente la teoría del ministro-juez, al abandonarse esta teoría, el requerimiento de

---

[39] La Corte en el caso *Oks Hermanos c/ Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio*, de fecha 21.10.86[39], sostuvo que "efectuada la reseña de los antecedentes de la causa, corresponde el tratamiento de la cuestión referente a la caducidad de la acción intentada, que, admitida por la Cámara a quo, remite a lo resuelto por esta Corte Suprema al fallar la causa M. 56 XX *"Mevopal S.A. y otra c/ Banco Hipotecario Nacional s/ ordinario"*, el 26 de noviembre de 1985, donde se afirmó, en virtud de fundamentos que se dan por reproducidos por razones de brevedad, que los actos administrativos, aún unilaterales, concernientes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los artículos 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su artículo 25".

[40] *Cassagne*, Juan Carlos, *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*, en Revista de Derecho Administrativo, Depalma, septiembre-diciembre 1999, Nº 32, pág. 542.

una decisión previa para poder ocurrir al tribunal administrativo entró en discusión[41]. Finalmente, fue receptada al dictarse la ley del 7 de junio de 1956 que estableció la posibilidad de acceder a la jurisdicción administrativa en la medida que transcurriera un plazo no mayor a dos meses de la decisión atacada; es decir, se necesitaba una decisión previa para poder acceder a la jurisdicción contenciosa, planteándose el problema en caso de retardo en dictarse la decisión frente a una reclamación a la autoridad administrativa a los efectos de acceder a la misma; asimismo se consideró que este requerimiento no se trataba de una disposición de orden público[42].

En la doctrina francesa, por tanto, se discutió la necesidad de la emisión de un acto previo para excitar la jurisdicción, disponiendo la obligación al particular de presentar un reclamo para efectuar el requerimiento al juez administrativo. Así, se consideró que, en realidad, se encontraba un verdadero interés y una verdadera justificación en el denominado recurso de plena jurisdicción pero no así en el recurso de exceso de poder pues, en este caso, su interposición dependía, precisamente, de la existencia de un acto administrativo[43]. De acuerdo con ello la regla de la decisión *préalable* consiste en que, para acceder al juez administrativo, debe existir una decisión contraria a la pretensión del requirente por parte de la administración[44].

Pero la necesidad de una decisión previa no significa llegar a la máxima instancia administrativa sino a la necesidad de plantear, previamente, la petición, en caso de inexistencia de acto o directamente llegar a la jurisdicción contenciosa administrativa, en el caso que se discuta su validez.

---

[41] ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, ed. Abeledo Perrot, Bs As., 20065, pag. 139.
[42] AUBY,J.M.-DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, T.3, ed. Pichon et Durand Auzias, Paris, 1962, pag. 182
[43] HUTCHINSON, Tomás, Derecho Procesal Administrativo, ed. Rubinzal Culzoni, Bs As, 2009, Tomo I, pag. 77.
[44] LAUBADERE, André de, *Traité de droit Administratif*, ed. Pichon et Durand Auzias, T. 1, 6ª ed.,Paris ,1973 ,pag. 496

Este sistema es naturalmente viable en la medida que se repare que proviene de un sistema constitucional donde la administración actúa como juez y, por tanto, es necesario el dictado de un acto previo para excitarla ya que esta impugnación recorre un procedimiento administrativo donde, finalmente, un tribunal administrativo es el que decidirá. En el caso del Consejo de Estado Francés, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que reúne las condiciones de imparcialidad e independencia, el esquema de revisión se encuentra, en un plano subjetivo, dentro de la propia órbita de la administración[45].

En el derecho español, donde asomó un sistema judicialista, a través de la ley de Santamaría de Paredes, también se requirió una decisión previa, siguiendo el modelo francés pero, para que fuera posible el acceso a la jurisdicción, se estableció que esa decisión *cause estado,* lo que significó que la decisión no pudiera ser materia de impugnación en la vía administrativa y eso sólo se cumplía en la medida que la referida impugnación fuera resuelta por la última instancia administrativa.

Por tanto, la diferencia entre uno u otro ordenamiento es, precisamente, el calvario, conforme lo expresara Gonzalez Perez[46], que significa transitar la vía administrativa presentándola como una carrera de obstáculos para que la impugnación sea resuelta por la máxima autoridad administrativa.

En Alemania, la Ley de la Justicia Administrativa Alemana prevé una intervención previa ante la administración en forma obligatoria, donde toma el nombre de recurso administrativo previo (*Widerspruch*) en los términos de los arts. 65 y ss. de la VwGO. A su vez se establece un plazo de interposición de la acción de un mes (art. 74 VwGO) aunque existen

---

[45] ABERASTURY, Pedro, "La influencia del Derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al Derecho administrativo argentino" en Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina, Ed. Fundación Konrad-Adenauer, Coordinador Juan Pedro Machado Arias, México, 2009, pág. 57.

[46] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 1990, pag. 201.

excepciones al remedio previo como sucede cuando se trata de decisiones que emanan de las autoridades supremas de la Federación y de los Länders (§ 68 VwGO).

En Francia, el criterio de la *decision préalable* ha sido modificado por obra de una decisión jurisprudencial como una forma de reafirmar la autonomía del Consejo de Estado como órgano de control independiente a la misma[47].

A esta altura del examen debemos preguntarnos cual es la ventaja o desventaja de exigir un remedio previo como formalidad para acceder al control judicial posterior[48].

En el desarrollo que hemos efectuado siempre nos hemos referido al control de legalidad del accionar de la administración pero no al control por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Si implementáramos, en pos de la liberalización del sistema, un sistema único de acceso a la justicia sin un previo paso por la administración, privaríamos a la administración de un aspecto muy relevante para su control, es decir, el autocontrol y, a su vez, al particular lo privaríamos de poder solicitarle a la administración, y que ella acceda, a que modifique su decisión por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

En el derecho administrativo francés si bien no es obligatorio, se considera favorable su utilización y, por otra parte, permite prorrogar el plazo para

---

[47] "Tuvo lugar por la decisión jurisprudencial de 13 de diciembre de 1889, Cadot, esta evolución es tradicionalmente presentada por la doctrina francesa como la última etapa del pasaje del control solamente interno de la administración a la existencia de una verdadera jurisdicción administrativa independiente: el hecho de poder presentarse ante el juez administrativo en caso de litigio con la administración, sin que la intervención del juez se encuentre sujeta a la presentación previa ante la administración, fue considerada como marcando la culminación de la evolución hacia una justicia administrativa autónoma" *Capitant*, David, *Punto de vista francés sobre la Ley Alemana de la Justicia Administrativa (VwGO)*, en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*, Coordinada por Pedro Aberastury, ed. Abeledo Perrot, Bs As, 2009, pag. 91 y ss.

[48] HUTCHINSON, Tomás, Derecho Procesal Administrativo, ed. Rubinzal Culzoni, Bs As, 2009, Tomo II, pag. 309.

recurrir a la Justicia, debiendo tenerse en cuenta que el recurso por exceso de poder se encuentra dirigido necesariamente a una decisión de la administración, explícita o tácita por lo que va de suyo que ha existido una solicitud ante ella en forma previa.

La doctrina alemana, que se encuentra embarcada en la supresión de este recurso previo, en realidad se pronuncia de esta forma por la preocupación existente en cuanto a la eficacia del procedimiento administrativo y en que las decisiones sean adoptadas en un plazo lo mas breve posible pero sin excluir la posibilidad de que la administración pueda autocontrolarse y resolver los problemas con los particulares de la mejor manera y dejando la judicialización del conflicto como última alternativa.

En lo que coinciden estos ordenamientos, donde ordinariamente se fijan plazos de dos a cuatro meses, es que, a la hora de accionar, es preferible términos breves comparados con los de prescripción por razones de seguridad jurídica del actuar de la administración, incorporando algunos ordenamientos procedimientos de filtro de tal manera que las apelaciones sean revisadas en la medida que se trate de cuestiones trascendentes.

4. La necesidad de remedios previos en nuestro sistema jurídico

La necesidad del dictado de una decisión previa no es esencial a nuestro sistema jurídico, como lo estableciera la Corte Suprema en el caso Bottaro[49], donde se analizó el caso del acto dictado de oficio[50] pues la intervención de la justicia se realiza sin necesidad de condicionamiento alguno, es extraña al sistema constitucional y a la posibilidad de intervención; el reclamo administrativo previo no constituyó un

---

[49] Fallos:327:2818.

[50] FARRANDO, Ismael, "La habilitación de la instancia en la Provincia de Mendoza", en Proceso Administrativo I, Revista de Derecho Público, ed. Rubinzal Culzoni, Bs As, 2003-1-pag. 327.

determinante constitucional sino una solución a un conflicto[51]; legislativamente podría haberse continuado con la previa aprobación por parte del Congreso, como una manera de habilitar presupuestariamente el cobro en caso que el Estado llegara a ser condenado o efectuar el cambio realizado, es decir, posibilitando al Ejecutivo que revea su decisión o, directamente, eliminando cualquier barrera o condicionamiento. Bastaba una solución y que la misma fuera razonable y no se encontraría la reglamentación en pugna con la Constitución.

Por lo tanto, se parte de la base que la obtención de una decisión previa no constituye un requisito previsto constitucionalmente para demandar al Estado.

En la medida que este requisito procedimental sea razonable y que no desnaturaliza el derecho, si el legislador adopta este criterio podría ser viable. Sin embargo, la restricción del acceso a la Justicia se ha practicado en numerosas ocasiones y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debió intervenir en cuanto la "resolución de vedar in limine litis la instancia judicial revisora[52] no halla sustento alguno en los antecedentes invocados por la superior instancia provincial, y se ha traducido además en un notable avasallamiento de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional cuando ésta requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino por medio de un

---

[51] En contra, MARCER, Ernesto, "La Impugnación judicial de los actos administrativos emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional no requiere el agotamiento de la vía administrativa- Ello, según un fallo de la Corte Suprema-", Rev. Jurisprudencia Argentina, Suplemento Derecho Administrativo, del 30/03/2005, que sostiene que un acto dictado de oficio por el Poder Ejecutivo requiere necesariamente su agotamiento a través de la interposición de un recurso de reconsideración. Cfr. CHRISTE, Graciela E., "Un fallo correctivo de la Corte en materia de Habilitación de la instancia contencioso administrativa", Rev. Jurisprudencia Argentina, Suplemento Derecho Administrativo, del 30/03/2005

[52] COVIELLO Pedro José Jorge, "¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación en nuestro ordenamiento," *Derecho Procesal Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Dir. Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, T.I., pág. 241.

proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de la sentencia fundada"[53].

A ello se agrega que no se puede admitir que normas procedimentales se encuentren en un plano superior al de los derechos y garantías ya que lo que se pretende es su aplicación en forma armónica de modo que concuerde con los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución nacional[54], y cuando sea posible una interpretación de la ley concordante con la Constitución nacional, debe preferírsela, en lugar de aquella interpretación de la norma que la contraponga a ella[55].

También el tema ha merecido la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras el cambio jurisprudencial en un asunto que tuvo por conclusión la pérdida del acceso a la instancia del particular[56].

En el caso *Castañeda Gutman*[57], la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que los Estados Partes se obligan a suministrar recursos

---

[53] Fallos 290-293; 295-906; 306-467, entre otros

[54] Fallos: 242-128; 250-427, y cons

[55] Cfr. Sacoar S.A.I. c. Pcia. de Buenos Aires s/ contencioso - administrativo", del 13/10/88 Fallos: 200-187que desestimó el criterio general de la Suprema Corte provincial sentado en "Lesieux", donde introdujo, como novedad, que para tener por habilitada la instancia debía plantearse el recurso de revocatoria contra el acto emanado del Gobernador. Por ello, se acusó al tribunal provincial de violar las "reglas caras de juego" a las cuales el litigante debe atenerse, ya que, en contrario, ello significa cercenar el derecho de la defensa en juicio. El acceso a la instancia judicial no puede constituirse en una carrera de obstáculos que permanentemente, por medio de planteos ritualistas y formales, condicionan y prohíben el acceso a la instancia, y que sólo les sea permitido a aquellas personas que conocen la última traba que impone un tribunal para así sortearla. El juego de los artículos 18 y 100 de la Constitución nacional, también requiere, como parte de la garantía de la defensa en juicio, que el acceso a la instancia judicial sea simple, rápido y eficaz. Sin control o con un control que en los hechos deviene inexistente, no podrá consolidarse el sistema democrático, y sin éste se desconocerá la prohibición expresa prevista en el art. 95 de la Constitución nacional, que veda al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Cfr. ABERASTURY, Pedro, "El Recurso de Revocatoria y el agotamiento de la vía Administrativa en la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho Administrativo, Año 1, Nro 1, pág. 141.

[56] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999/09/29 Informe 105/99, caso 10.194:Palacios, Narciso, Argentina, con Nota de BOTASSI, Carlos, en Suplemento de Derecho Administrativo, La Ley, del 11/12/2000

57 Caso CASTAÑEDA GUTMAN VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, sentencia del 6 DE AGOSTO DE 2008

judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la inefectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo[58].

De ello se puede colegir que la existencia de un procedimiento administrativo previo y su prevalencia a los efectos de acceder a la instancia judicial, respondió a las necesidades propias de la evolución de un sistema jurídico, en cuanto se encontraba en pleno proceso el abandono de la concepción del Estado de Policía para pasar al Estado de Derecho y la resistencia de llevar al Estado a juicio.

Actualmente, un procedimiento administrativo que no es eficaz no puede ser alegado para disponer la caducidad del derecho al acceso judicial. Por eficaz, debemos entender que en forma cierta, oportuna y breve, el Estado, efectivamente, realiza un autocontrol. Si estas tres premisas no se cumplen, este procedimiento obligatorio, que condiciona el acceso a la justicia, no tiene razón de ser y se trata de un mero ritualismo que, muchas veces por confuso, lleva a la pérdida del derecho fundamental de acceder a la justicia.

---

58 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 6, párr. 91; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 90; y Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 93.

5. Posibles soluciones

Es necesario un nuevo análisis del problema, en forma íntegra, que debe ser realizado conforme el ordenamiento legal que nos rige actualmente. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto que "el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica, lógicamente, un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales. Sin embargo, puede darse el caso que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de estos requisitos de admisibilidad constituya una violación a dicho derecho fundamental"[59].

Cabe mencionar que la Comisión ha comprendido dentro de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a un procedimiento justo, imparcial y rápido que brinde la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable[60]. De esta manera, el acceso a la justicia, cuando se trata de demandar al Estado, se encuentra regido, actualmente, por los principios que emanan de la Convención Americana, y el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria a la Convención, genera responsabilidad internacional para el Estado[61].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención "ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente

---

[59] Cfr. Nros 57 y 58 in re: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999/09/29 Informe 105/99, caso 10.194:Palacios, Narciso, Argentina, con Nota de *Botassi* Carlos, en Suplemento de Derecho Administrativo, La Ley, del 11/12/2000.

[60] Informe Nº 39/96, caso 11.673, del 15 de octubre de 1996.

[61] Opinión Consultiva OC -14/94 del 9 de diciembre de 1994 Corte I.D.H. (SER.A) Nº 14. Transcripta en *Derecho Humanos, Corte Interamericana,* BIDART CAMPOS, Germán, PIZZOLO Calogero (H), T.2. ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pag. 753

cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención"[62]. La obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas[63].

En definitiva, la doctrina que emerge de los precedentes de este tribunal internacional y que ha tenido origen en un caso contra la Argentina es que cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención[64].

Es aplicable la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Gottschau*[65], donde se expresó que cuando existe una presunción de inconstitucionalidad se invierte el *onus probandi* de tal forma que es la demandada a quien le corresponde acreditar con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas

---

[62]Cfr. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones yCostas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo,Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 171; y CasoZambrano Vélez y otros, supra nota 27, párr. 79.

[63] Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; Caso La Cantuta, párr. 170; y Caso Zambrano Vélez y otros, , párr. 55.

[64] *Cfr. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 50.

[65] Fallos: 329: 2986.

menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada[66].

Conforme a ello, cuando se trata de la pérdida de un derecho, tal cual es el acceso a la instancia judicial, nuestro mas Alto Tribunal ha adoptado un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Bastará que se invoque la inconstitucionalidad del ritualismo previo como valla para acceder a la justicia para que esta inversión del *onus probandi* se verifique, de tal forma que será el Estado quien deberá demostrar, en forma acabada, de qué manera se alteró la finalidad de la norma que dispuso tal ritualismo.

Como hemos expuesto, la existencia de un remedio previo sólo puede ser viable en la medida que el derecho reglamentado se encuentre imbuido del principio *afianzar la justicia*, previsto como finalidad por el constituyente en el Preámbulo, en la medida que hemos incorporado a nuestro ordenamiento constitucional el principio de la *tutela judicial efectiva*, que tiene su origen en los Tratados de Derechos Humanos.

Actualmente, nos encontramos frente a un sistema que exige el agotamiento de la vía administrativa como medio de acceder a la justicia lo que presupone que la mas alta autoridad administrativa (y no la que generó el acto en crisis) sea la que convalide esa actuación. En caso que el acto sea declarado ilegítimo por la Justicia, se desmerece el control de gestión de la administración pues, se reitera, el autor originario de la conducta reprobable queda indemne por la propia convalidación administrativa de su accionar por el superior, lo que lleva a firmar que en contadas ocasiones se realiza una actividad de control serio en la vía recursiva.

Por ello, el requisito de agotamiento de la vía administrativa, en la mayoría de los casos, entorpece o soslaya el autocontrol y debe ser atenuado[67].

---

[66] Cfr. sentencia in re "Hooft", considerando 6°, Fallos: 327:5118.

[67] Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, ed. Marcial Pons, Bs As., 2009, pag. 104.

Paralelamente, al particular le es necesario en variadas ocasiones que la administración se pronuncie en su petición haciendo uso de facultades discrecionales al efectuar el control de oportunidad. No siempre nos encontramos ante un control de legalidad y si se eliminara por completo el remedio previo, también se eliminaría esta posibilidad a lo cual se agrega que, en realidad, provocaría una mayor judicialización de los conflictos.

En consecuencia, somos partidarios de la instauración de un remedio único que sea resuelto por una autoridad, por una comisión o un tribunal de la administración que goce de imparcialidad e independencia y actuando dentro de la administración evite la judicialización del conflicto, en la medida que ello sea posible, cuyo ámbito de competencia se encuentre en cada órgano desconcentrado, con un plazo único de interposición, que podría ser de un mes y con un plazo de resolución similar.

Los autores españoles han reconocido la influencia del derecho administrativo alemán en diversos contenidos de la constitución española de 1978, como es el caso del Art. 24, y esta influencia se encuentra reflejada en la modificación de la ley de la Jurisdicción; consideramos que ello se debe al esfuerzo del derecho alemán para reaccionar contra el sistema nacional socialista que avasalló los derechos de manera flagrante y esta reacción tuvo como beneficio una adecuada regulación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 19.4. de la Ley Fundamental. Este principio se encuentra presente tanto en la ley de la Justicia administrativa como en la ley de procedimiento administrativo y la reglamentación al acceso a la justicia es sumamente adecuada[68].

---

[68] Ricardo García Macho ha expresado que: "Históricamente en el contencioso-administrativo español la influencia ha procedido del Derecho francés, y ello se manifiesta de forma nítida hasta la anterior Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 26 de diciembre de 1956. A partir, sin embargo, de la promulgación de la Constitución española de 1978, y de la inclusión en ésta del artículo 24, cuya inspiración en el artículo 19.4 de la ley Fundamental alemana es evidente, se produjo un paulatino influjo de los principios que informan la Ley de la Justicia administrativa alemana de 1960 en el contencioso-administrativo español, lo que se manifiesta en la actual Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, 29/1998, de 13 de julio. El artículo 24 CE y el reconocimiento a nivel constitucional del principio del Estado de Derecho (art.1.1) marcan un antes y un después para la jurisdicción contencioso-

Con un procedimiento administrativo único, con plazos sencillos, con una única autoridad administrativa que intervenga en su conocimiento, se evitará lo que está ocurriendo en diversos procedimientos en los cuales la complejidad ha llegado a tal extremo que el propio especialista ensaya varios remedios al unísono para evitar que la administración le oponga la falta de agotamiento de la vía administrativa[69]. Por otra parte, la vía recursiva aparece mas como un modo de convalidación de lo actuado que de control. El principio de eficacia es lo que se debe tener en cuenta y si la administración pudiera evitar el conflicto judicial constituiría una actuación eficaz y se dotaría a la misma de una gestión acorde con la tutela de los intereses públicos; para ello es necesario un cambio de criterio y considerar al administrado como un verdadero colaborador. La finalidad, se reitera, es que exista un autocontrol eficaz por parte de la administración.

Para concluir, podemos afirmar:

1) La Constitución Nacional no establece ningún condicionamiento para acceder a la Justicia, en cuanto se trate de demandar al Estado pero en la actualidad, la complejidad del mismo se ha elevado de tal forma que el principio de la tutela judicial efectiva se encuentra subvertido.
2) La discusión parlamentaria de la ley 48 examinó el tema y, si bien en ese momento no adoptó solución alguna en cuanto a prohibir la demanda contra el Estado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue interpretando este acceso de tal manera

---

administrativa española". García Macho, Ricardo, Acotaciones a la Influencia de la Ley de la Justicia Administrativa Alemana en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española, en Ley de la Justicia Administrativa Alemana, Coordinada por Pedro Aberastury, ed. Abeledo Perrot, Bs As, 2009, pag. 91 y ss.

[69] ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, ed. Lexis Nexis, Bs As, 2006, pag. 130.

que gradualmente los particulares pudieron demandar al Estado Nacional.

3) La jurisprudencia de la CSJN en cuanto al reclamo administrativo previo, es un claro exponente de la tradición jurídica de nuestro más Alto Tribunal en tanto consideró que no era una materia de orden público y que, por tanto, podía ser renunciada.
4) Al adoptar el sistema español, por la ley 19549, se conjugaron en esta ley el sistema francés y el español y, en la actualidad, este sistema no permite cumplir con las directivas de un acceso rápido y eficaz, previsto en el Pacto de San Jose de Costa Rica, en los arts. 8 y 25.
5) Observando al sistema alemán, éste elabora un sistema que, por contener similitudes constitucionales en cuanto al acceso a la justicia (ver art. 19.4. de la Constitución Alemana y el juego de los arts. 18 y 109 de nuestra Constitución Nacional) es necesario considerarlo para la adopción de una política de acceso adecuada: Sólo requiere de un recurso administrativo previo que es resuelto por la administración en un plazo breve y contra esta decisión el particular puede iniciar la acción judicial, previendo excepciones a la interposición del mismo.
6) Consideramos que la situación actual de la evolución del derecho administrativo y la aplicación del derecho supranacional tienen una gran influencia en el procedimiento administrativo y en el acceso a la justicia que no pueden ser soslayados. Es necesario evolucionar en el sistema procedimental para adecuarnos a las necesidades actuales con la finalidad de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva que debe tener aplicación aún en sede administrativa pues se transformará en beneficioso para lograr una mayor eficacia de la administración.