
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 41	p. 1-242	jul./set. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisores: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão

Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Los mitos en el proceso contencioso administrativo

Pablo Gallegos Fedriani

Abogado egresado de la U.B.A. (1975), especializado en Derecho Administrativo y administración pública (U.B.A, 1986); Doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas por la Universidad de Buenos Aires, área "Derecho Administrativo" 2008; Vocal de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V y presidente de la misma; Profesor Adjunto Regular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la U.B.A.; Docente universitario (U.B.A., 1980/1983); Profesor de Derecho Procesal Administrativo y Constitucional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación; Profesor invitado por la Facultad de Derecho de Pau (Francia, 1994); integró la cátedra de Derecho Romano en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la U.B.A. y en la Universidad del Salvador; Coordinador docente en la Fac. de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad de Belgrano (1981/1986); Profesor del Curso de Especialización (posgrado) en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina, desde 1996); Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco – Sede Esquel (desde agosto 2000); Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; becario en Derecho Administrativo, por la Dirección General de Cooperación Científica y Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de Italia (Roma, Italia, 1979/1980) y en el programa FURP-CSIS United States 2009, desde el 14 de septiembre de 2009 al 18 de septiembre del mismo año por la Fundación Universitaria del Río de la Plata y el Cente for Strategic & International Studies.

Resumen: El artículo hay como objetivo demostrar los mitos y las realidades que rodean el proceso contencioso administrativo en la República Argentina, a partir del análisis de diversos institutos y principios que son atinentes a esa disciplina.

Palabras-clave: Mitos. Proceso contencioso administrativo. República Argentina.

1 A los fines de incursionar en el tema, corresponde, como primera aproximación, definir que se entiende por mito.

Según el diccionario de la Real Academia Española, mito es: "persona o cosa rodeada de extraordinaria estima" o bien "persona o cosa a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen".

Otras definiciones lo dan como: "conjunto de creencias e imágenes idealizadas que se forman alrededor de un personaje o fenómeno y que lo convierten en modelo o prototipo"; o bien: "historia imaginaria que altera las verdaderas cualidades de una persona o de una cosa y les da mas valor del que tienen en realidad".

2 De acuerdo con estas definiciones sería procedente analizar los siguientes principios.

- A) Agotamiento de la instancia administrativa
- B) Reclamo administrativo previo
- C) Legitimación para actuar
- D) Amparo
- E) Acción contencioso administrativa y recurso
- F) Existencia de Código propio y autonomía de la materia
- G) Ejecución de la sentencia y su carácter

3 El análisis de cada uno de estos institutos no puede ser, dada la brevedad de estas líneas, exhaustivo y profundo sino somero y sólo con el fin de analizar cuanto de realidad y cuanto de mito hay en cada uno de ellos.

En efecto, es común en el mundo del derecho que sobre la base de un fenómeno fáctico se enuncie (luego de aplicar distintos razonamientos lógicos) la elaboración de un principio.

Este principio o premisa que sirve para explicar o regular las relaciones entre los individuos y el estado (en el caso del derecho administrativo) será útil en la medida en que no sea considerado una verdad revelada y se transforme en un mito que nos obligue a respetarlo, aún en contra de la lógica o de la propia justicia.

Resulta claro entonces, que por encima de todo mito tanto los juristas, los jueces, como los abogados litigantes — en el campo de nuestra materia — deben perseguir la premisa del preámbulo de nuestra constitución “Afianzar la Justicia” y no dejarse impresionar por aquellos principios que hayan accedido a la categoría de mito.

4.A Agotamiento de la instancia administrativa

Nos enseña el derecho administrativo desde antiguo que sólo puede accederse a la revisión judicial del accionar administrativo previo agotamiento de su instancia; el que se produce mediante la interposición de aquellos recursos que resulten obligatorios a tal fin.

A parte de los fundamentos tradicionales que se han dado al respecto, se ha esbozado últimamente que el agotamiento de la instancia administrativa previa significaría algo así como la conciliación obligatoria que para los procesos judiciales entre particulares se ha impuesto con carácter obligatorio — por lo menos — en el orden nacional.

O dicho de otra forma, la intervención previa de una etapa de conciliación antes de poner en funcionamiento el aparato judicial.

Si bien esta similitud resulta seductora, lo cierto es que la realidad nos demuestra otra cosa. En primer término queda excluido de la mediación obligatoria específicamente todo juicio contra el estado; en segundo término la experiencia diaria nos demuestra que nunca en sede judicial el apoderado del estado tiene facultades para transar o conciliar, que en general se le ha anoticiado de la existencia del juicio con algunos minutos de anticipación a la audiencia fijada por el juzgador (el que utiliza muchas veces las facultades instructorias del artículo 36 del C.P.C.N.).

Por lo demás, conforme la normativa vigente, a los fines de conciliar se necesita un acto administrativo de la autoridad competente; el que, por los propios términos del quehacer burocrático es de muy lento o imposible obtención.

Entendemos si, que el agotamiento de la instancia administrativa pueda encontrar su punto de anclaje en el principio de jerarquía aplicable a la organización administrativa. Es decir, que sólo sea revisable judicialmente el acto administrativo que emane de la máxima autoridad del ente autárquico o del estado.

No se nos escapa que existen posturas negatorias de este principio que admiten el acceso libre a la instancia contencioso administrativa.

Y aquí nuevamente aparece un mito contrario, cual es que de ser así, los tribunales se verían abarrotados de causas que no podrían resolver en tiempo oportuno.

La primera salvedad que cabe hacer, es que los tribunales ya están abarrotados, con los plazos vencidos, con procedimientos obsoletos y con duraciones de los procesos por encima de toda lógica.

Entonces, abrir el grifo de las causas contencioso administrativas no sería sino inundar algo que ya se encuentra por debajo de la línea de flotación.

Mas tal afirmación nunca se ha acreditado y en el fondo, que los tribunales se abarroten, pareciera ser un problema que no quita el sueño ni al gobierno ni a los legisladores y, en última instancia tendría una solución.

Obviamente, ella sería mayor agilidad, mayor infraestructura edilicia y tecnológica, mejores funcionarios y magistrados y en definitiva la conciencia política de que la justicia no es un bien escaso y para pocos sino, el salvavidas de salvataje de toda sociedad organizada y un tema de primordial preocupación para todo estadista, entendiendo por tal a aquel que ve mas allá de la coyuntura.

Otro de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta, es el referido a que mediante la interposición de los recursos se permite a la administración rever su conducta.

Tal axioma se asemeja mucho a un mito, en la medida que nos resulta extraño encontrar a una administración preocupada por desandar aquello andado y por revocar lo mal hecho.

En efecto, existe un dato sociológico que empíricamente nos demuestra que “lo que se ha hecho así se seguirá haciendo así”; que a su vez nos acerca a otro dato propio de la física, como es la fuerza de la inercia, que nos deja rodar en la misma dirección en la que veníamos rodando y nos impide parar o cambiar de rumbo.

Podría ensayarse en definitiva una pregunta que no nos lleve a la destrucción sino a la reformulación del mito. Ella sería: ¿el agotamiento de la instancia administrativa debe ser mediante recursos obligatorios o bien podría darse la oportunidad al administrado de que ellos fueran optativos?

Cabe reiterarlo, estas líneas implican sólo puntos de partida para nuevos razonamientos que, sin desmerecer lo ya andado, no reiteren lo conocido.

4.B Reclamo administrativo previo

Este mito del derecho administrativo es aún más difícil de entender y justificar que el anterior.

En efecto, al tiempo del dictado de la ley 19.549 se mantenía para demandar al estado el principio básico venido del derecho francés como era la acción o recurso de anulación y la acción o recurso de plena jurisdicción.

Para el primero de estos supuestos la ley regulaba la nulidad de los actos administrativos de alcance particular y general en los artículos 24, 25 y siguientes de la norma; mientras que la última parte de la ley (30, 31 y 32) se refería a la acción de plena jurisdicción, que necesitaba siempre agotar la vía administrativa para poder iniciar la judicial.

El principio de este agotamiento, al que podríamos calificar como el agotamiento del administrado y no de la vía administrativa, proviene de otro principio más antiguo, que es el de la imposibilidad de demandar o de llevar ante los tribunales al gobernante.

Es así que nuestra historia legislativa recorrió previamente la figura de la doble personalidad del estado (pública y privada — como un verdadero

dios jano —) recurriendo luego a la veña legislativa y exigiendo por último el reclamo administrativo previo.

Sin perjuicio de ello, tanto la realidad como la jurisprudencia fueron suavizando este principio y crearon diversas excepciones entre las que se encontraban el llamado “ritualismo inútil”.

Estas excepciones de creación tanto pretoriana como jurisprudencial, fueron recepcionadas por el artículo 32 de la ley de procedimiento administrativos nacional, el que en sus numerosos incisos creaba tantas excepciones que hizo decir a algunos autores que en la práctica el reclamo administrativo previo no existía.

Más aún, algunos entendían que todo reclamo administrativo previo terminaba en un acto administrativo que otorgaba o denegaba aquello reclamado. Con lo cual, en una especie de retorno a las fuentes o de “corsi e ricorsi” infinito se volvía a la vía impugnativa de los artículos 24 y 25 de la ley de procedimientos administrativos.

Lo cierto es que el reclamo administrativo previo, como valla infranqueable para demandar al estado había sido morigerado adecuándolo, a través de la labor de la jurisprudencia, a sus justos y equitativos niveles.

Pero así como existen defensores de las ideas más extrañas o de principios que sólo la fe puede demostrar, lo cierto es que el reclamo administrativo previo resurgió de sus cenizas a través de la ley de emergencia económico financiera N° 25.344 que en una alarde de incongruencia legislativa introdujo reformas sustanciales a la ley de procedimientos administrativos.

En efecto, no solo impuso el reclamo administrativo previo con carácter general haciendo desaparecer casi todas las excepciones que había recogido la ley 19.549 y creó el silencio administrativo con carácter negativo sin la previa constitución en mora del estado nacional mediante la presentación del pronto despacho, creando una contradicción insoslayable entre el principio del artículo 10 y la reforma antes citada.

No creemos que tal retroceso legislativo se deba sólo a la intención de salvar el principio del reclamo administrativo previo de su lenta agonía (cual una virgen que cuida su tesoro maspreciado) sino que otros han sido los intereses en juego, entre varios, que reclamar judicialmente al estado sea cada vez más difícil; transformándose en una carrera de obstáculos que sólo reconocerá como ganadores algunos y dejara en el camino a muchos otros que por ignorancia, falta de asesoramiento legal debido o

por cualquier otra cuestión no puedan hacer efectivo el afianzamiento de la justicia que nuestra constitución nos impone.

Una sola reflexión demuestra lo incongruente de esta vuelta a las cruzadas de la reforma legislativa. En efecto, ¿cumple con los principios de celeridad y sencillez en los trámites que la ley impone el exigir de cada uno de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad el reclamo administrativo previo idéntico respecto de adicionales que deben ser considerados como parte integrante del sueldo? ¿resulta lógico que el jefe de las fuerzas armadas o de seguridad pase su tiempo firmando cientos de miles de reclamos administrativos idénticos con el sólo fin de rendir homenaje en el altar de los mitos al reclamo administrativo previo?

La respuesta no puede ser sino la negativa y así lo ha reconocido la jurisprudencia que ha admitido que el ritualismo inútil es un principio de derecho administrativo aplicable aún cuando no tenga consagración legislativa.

4.C Legitimación

La legitimación implica la posibilidad de ejercer una acción y de ser reconocido como parte, tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso contencioso administrativo.

Estar legitimado o no implica — desde el vamos — como cuestión previa, si podemos o no incoar una acción y facultará al juez a rechazar la demanda *in limine*.

De allí que si bien la legitimación hace a un aspecto procesal; en el fondo está íntimamente relacionada con el derecho sustancial en juego. Es decir, si no tengo legitimación, en modo alguno puedo hacer valer un derecho que me pertenece por ante quien me lo debe reconocer.

El derecho administrativo clásico reconocía y diferenciaba, aunque con grandes dificultades, el interés simple del interés legítimo y ambos del derecho subjetivo.

Se repetía, como si fuese el catecismo, que el titular de un interés simple carecía de legitimación, tanto en sede administrativa como judicial. Se agregaba que quien tenía un interés legítimo podía ser parte en un expediente administrativo más no en un expediente judicial. Y por último se reconocía al titular de un derecho subjetivo legitimación amplia, tanto en sede judicial como administrativa.

Aparte de estas situaciones se reconocían y se hablaba de los llamados intereses difusos o intereses colectivos; los cuales hacían referencia a

supuestos en los cuales se admitía la legitimación o no de personas que no encuadraban en ninguna de las categorías antes citadas y se hablaba de acción popular o de legitimación amplia.

Todos estos principios han sido fuertemente modificados por la reforma de la Constitución Nacional en 1994 que legitima entre otros, a las asociaciones de consumidores o al defensor del pueblo y ampara derechos de los llamados “de tercera generación”.

Cabe entonces reflexionar sobre quienes tienen legitimación y preguntarse si la tiene cualquier individuo o la puede ejercer el Defensor del Pueblo en nombre de cualquiera o las asociaciones de consumidores en nombre de determinados grupos.

Por estos caminos difíciles transita hoy la jurisprudencia tanto de los tribunales inferiores como de la Corte Suprema de Justicia, reconociendo en algunos casos legitimaciones, que en otros similares se niega.

A esta problemática actual se le agrega la introducción en nuestro universo jurídico de las llamadas “acciones de clase” que llevarían a legitimar procesos colectivos que no tramitarían a través de acciones particulares sino de la sumatoria de acciones individuales y cuya sentencia produciría efectos respecto de todos los miembros de la clase.

La sola mención o esbozo de estas cuestiones nos está mostrando todo lo que hay para pensar y resolver en cuanto a este mito del proceso y todo lo que su carácter restringido o amplio nos dará como resultado de la Tutela Judicial Efectiva reconocida actualmente por los textos constitucionales.

4.D Amparo

Resulta innecesario abordar la creación pretoriana de este instituto y su consagración legislativa; siendo necesario reconocer que con la reforma del año 1994 el amparo tiene rango constitucional.

Esta norma es operativa y, a diferencia de la legislación vigente, permite la declaración de inconstitucionalidad y reúne en una sola figura tanto el amparo contra la acción u omisión de una autoridad pública como de un particular.

El amparo es una vía de excepción y como tal sólo puede utilizarse en aquellos supuestos en los cuales se presenten los requisitos exigidos por la norma constitucional.

En efecto, de admitirse genéricamente el amparo, se produciría (como ya se ha producido en el caso del llamado corralito) la afluencia de

tal cantidad de acciones que pretenden tramitarse en forma urgente que la misma cantidad produciría un “embotellamiento” contrario a la celeridad que corresponde imprimir a esta acción.

Por hacer un paralelismo es como si toda la población pretendiese con su auto salir a la misma hora y por la misma ruta. Por más carriles que se tengan, todos terminarían caminando a paso de hombre.

Debe tenerse presente que el amparo no requiere para su interposición ni el agotamiento de la instancia administrativa ni el reclamo administrativo previo como requisito para su procedencia.

Obvio es que si lo pretendido por esta vía puede tener solución a través de las vías procesales normales el amparo será formalmente improcedente.

Como estas líneas tratan de crear problemas y no de repetir soluciones, resulta interesante analizar aunque mas no sea someramente el proyecto de ley de acción de amparo que cuenta actualmente con la aprobación de la Cámara de Diputados.

En efecto, el proyecto de ley prevé no sólo el amparo individual sino el amparo colectivo y, respecto de este último legitima a los afectados, al defensor del pueblo, al ministerio público y a las asociaciones creando una suerte de acumulación de acciones al referirse al amparo colectivo.

Mas aún, el proyecto de ley permite la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas previa vista al Ministerio Público.

Es evidente que el análisis de este proyecto de ley nos hace repensar varios de los mitos que hemos ido tratando hasta aquí.

4.E Acción contencioso administrativa y recurso

La ley nacional de procedimientos administrativos prevé el acceso a la jurisdicción por vía de acción o por vía de recurso.

En el primer caso se trata de una acción contencioso administrativa que sigue el trámite procesal regulado en el código de forma. Es decir, se presenta ante la primera instancia como una demanda común, se integra la litis, se abre a prueba, se alega y termina con la sentencia correspondiente, la que será recurrible conforme al C.P.C.C.N..

En el segundo caso, diversas normas, sin ningún criterio uniforme y crecidas al amparo de situaciones diversas, como hongos después de la lluvia, han creado innumerables “recursos” en su mayoría tramitables por ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo y en algunos casos por antes los Jueces Federales de Primera Instancia.

Estos recursos no tienen entre sí nada en común, salvo el nombre y el lugar — en general — donde tramitará la causa judicial.

En efecto los plazos para interponerlos no son comunes, algunos pueden presentarse en sede administrativa y otros en sede judicial; de algunos se corre traslado y de otros no; algunos tienen previsto plazos para dictar el pronunciamiento y otros carecen del mismo; algunos remiten en forma supletoria al Código Procesal Civil y Comercial mientras que los restantes nada dicen.

En síntesis frente a tanta discordancia debe precisarse la naturaleza jurídica de estos recursos y no puede sino concluirse que se trata de acciones y no de recursos; si bien son acciones diferentes a la típica acción contencioso administrativa.

Si son acciones y no son recursos el “recurrente” puede pedir la apertura a prueba y alegar sobre la misma ejerciendo en su máxima amplitud el derecho de defensa en juicio.

Si bien la mayoría de las normas que los consagran nada dicen al respecto, la jurisprudencia ha admitido que estos recursos, aún ante la Cámara, se desarrollan en forma similar a la de un juicio ordinario; corriendo traslado del recurso (acción ordenando la apertura a prueba y poniendo en definitiva los autos para alegar).

Lo contrario implicaría tomar o considerar al acto administrativo impugnado como una sentencia de la inferior instancia. Lo que obviamente no puede suceder dada la distinta naturaleza del acto administrativo respecto del acto jurisdiccional.

¿Qué reflexiones nos merece este mito? Que el caos reina y el cosmos esta ausente. O dicho de otra forma, que es necesaria una amplia tarea legislativa para poner orden y cordura, y regular en forma uniforme los múltiples recursos creados por la infatigable imaginación del legislador.

4.F Existencia de Código propio y autonomía de la materia

Es mito reconocido que en el ámbito nacional carecemos de un Código Procesal Contencioso Administrativo y que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es un vestido que se ajusta mal a nuestros contornos corporales.

La primera reflexión que cabe hacer es que el C.P.C.N. es nuestro Código Contencioso Administrativo (por supuesto complementado con la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) en la medida que entre sus normas se encuentra por ejemplo, la forma en que deba

correrse traslado y el plazo para contestarla cuando el demandado es el Estado Nacional.

La segunda reflexión o pregunta a formularse es si la existencia de un Código Procesal específico para la materia administrativa resulta indispensable. Es decir, que no podemos vivir sin el y que como administrativistas nos vemos sin frutos.

Creemos que un buen Código Contencioso Administrativo sería saludable pero que la vigencia del actual código no ha cohibido el desarrollo de la materia contencioso administrativa sino que — por el contrario — a facultado a los jueces a utilizar figuras no previstas específicamente para el derecho administrativo, que igualmente han servido para una adecuada administración de justicia.

Como muestra de ello, cabe mencionar las innumerables medidas cautelares que se han dictado al amparo de este código y las astreintes que los jueces han fijado a cargo del Estado Nacional por el incumplimiento de sus obligaciones.

Con referencia a este mito, no resulta innecesario afirmar que el dictado de un Código sólo se justifica en la medida que el mismo supere al que actualmente nos rige, solucionando conflictos y clarificando instituciones.

En lo que se refiere a la autonomía de la materia, sólo nos queda efectuar un reparo. Cual es, que tal autonomía no signifique que la materia en análisis sea arrancada, como una rama, del tronco común del derecho y que por pretender ser original busque soluciones que ya se encuentran previstas en otros ordenamientos legales.

De lo contrario, la rama separada del tronco se secaría y dejaría de crecer, produciendo resultados raquíticos, contrarios a los intereses tanto de los administrados como de la administración.

4.G Ejecución de la sentencia y su carácter

Afirma Jesús Gonzalez Pérez: “Desde que se inventó eso que se ha llamado estado de derecho, la doctrina, de buena fe, con una ingenuidad sorprendente, ha venido ideando y perfeccionando fórmulas para garantizar la ejecución de sentencias, en la convicción de que es el momento de la verdad, en el control jurisdiccional de la administración. Pues sólo en ese momento puede verificarse si los tribunales sirven para algo más que para sentar declaraciones platónicas. Pero mucho mas hábiles que los buenos de los doctrinarios son los legisladores para matizarlas y el

administrador; es preciso constatar que el juez parte vencido, cualquiera que sea la forma adoptada por la resistencia de los poderes públicos”¹

Estas afirmaciones que hacemos nuestras son absolutamente aplicables en nuestro país tanto en el orden nacional como en el orden provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, máxime cuando vivimos desde el año 1989 en una emergencia permanente.

En efecto, es común en doctrina discutir sobre el efecto declarativo de las sentencias contra el estado o si — por el contrario — debe dárseles a ellas la fuerza ejecutiva propia de toda sentencia.

Este mito del derecho procesal administrativo se relaciona íntimamente con un principio cardinal de nuestra organización republicana, cual es el de división de poderes y se intrinca con la esencia misma de la función jurisdiccional.

Ello así, en la medida en que si el poder jurisdiccional (revisor de la actividad administrativa) sólo puede declarar y no ejecutar, resulta claro que uno de los poderes (el ejecutivo) prima sobre el otro (el judicial).

Además, es característica de la actividad del juez no sólo la facultad de resolver conflictos entre particulares y entre particulares y el estado, que pasan en autoridad de cosa juzgada y que se relacionan con el principio romano de la *iurisdictio* (decir el derecho) sino que también es de su esencia otro principio del derecho romano reservado a sus magistrados, como es el *imperium*.

Resulta evidente que quien dicta una sentencia ha cumplido con una parte de su función y ha ejercido una parte de sus derechos. Mas, si quien ha decidido no puede hacer cumplir aquello que ordenó, su poder y su derecho se encuentra trunco y su actividad resulta además de inútil, estéril.

Se ha dicho siempre que no se puede admitir que por vía de un mandato judicial la administración se vea impedida de cumplir con los altos fines que la caracterizan; como son la preservación y obtención del bien común; argumento que resulta sólido y primeramente aceptable.

Sin embargo cabría preguntarse si el principio de afianzar la justicia proclamado por nuestro preámbulo no es algo que integre el bien común. No sólo el bien común concreto y actual sino aquél que los constituyente de 1853 previeron para las generaciones futuras.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Comentarios de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 1203.

En efecto, cuando se realiza un interés particular y en ese interés particular esta involucrado el Estado Nacional, que ha sido condenado, resulta evidente que el bien común esta presente desde que es función del estado asegurar el imperio de la ley y del derecho.

Lo que hemos expuesto antes, no implica que la administración deba tener el gasto presupuestario acordado para cubrir las acreencias provenientes de sentencias judiciales, pero nadie podrá rebatirnos (así lo creemos) el hecho de que el Estado Nacional a través del Registro que lleva de los juicios contra el Estado en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación puede prever las posibles condenas y el monto de las mismas y presupuestar con anticipación, dentro del presupuesto nacional anual sumas de dinero suficientes como para afrontar sus deudas.

En síntesis, cualquiera sea el carácter que les demos a las sentencias contra el Estado (ya sea declarativas o con fuerza ejecutiva) lo importante es entender que el Estado debe hacer respetar el derecho, y una forma primera y principal de hacerlo es cumplir con sus obligaciones impuestas por una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Queda por tratar, y excede obviamente el propósito de estas líneas, el problema de la emergencia que bajo su paraguas pseudo legal ampara situaciones injustas, contrarias al orden natural de las cosas, y que pone a la Administración fuera del estado de derecho.

A tal fin, resulta paradigmático un sólo ejemplo en el que nos tocó intervenir como jueces de primera instancia. En efecto, se trataba del caso de una pensionada del Poder Judicial que tenía al tiempo de la sentencia 100 años de edad. El Estado pretendía pagarle la deuda acumulada con un bono de consolidación a 15 años.

Tal situación no merece ningún otro comentario.

The Myths in the Administrative Litigation Process

Abstract: The article is intended to demonstrate the myths and realities surrounding the administrative litigation process in Argentina, from the analysis of various institutions and principles that are pertaining to that discipline.

Key words: Myths. Administrative litigation process. Argentina Republic.

Referencias

ABERASTURY, Pedro. Ejecución de sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado nacional. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

- ALSINA, H. Tratado de derecho procesal civil y comercial. Buenos Aires: [s.n.], 1993.
- AMADEO, José L. Emergencia y derecho adquiridos. In: Jurisprudencia Argentina 1989, IV, 969.
- BEZZI, Osvaldo M. et allí. La ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado y la Emergencia Económica. La Ley 1993-B 997.
- CANOSA, Armando N. Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica. Buenos Aires: Ábaco, 2001.
- CANOSA, Armando; MIHURA ESTRADA, Gabriel. La emergencia y una nueva degradación a la Tutela Judicial Efectiva. El Derecho del 4.12.00.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la ejecución de las sentencias que condenan al Estado a pagar sumas de dinero, El Derecho 128-920.
- COLAUTTI, Carlos. Los Derechos patrimoniales durante la emergencia. La Ley 1991-E 1359.
- DÍAZ, Clemente. Instituciones de derecho procesal civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968/1972. t. VI.
- FIOINI, Bartolomé. Derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.
- FRÍAS, Pedro J. Entre la emergencia y el Estado de Derecho, La Ley, Actualidad del 28.11.91.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Ejecución de las sentencias de contenido dinerario contra el Estado de acuerdo a la nueva legislación y conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Derecho del 3 de oct. 2000.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional. Revista de Derecho Procesal (2000-1), Ed. Rubinzal-Culzoni, marzo de 2001.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. El método de los Juristas Romanos. Revista Jurídica de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989-I.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. La declaración de inconstitucionalidad en la nueva Regulación constitucional del amparo. El Derecho del 26.11.96.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. La emergencia económica. Estado de situación. Lexis Nexis, Suplemento de Derecho Administrativo, suplemento del Fascículo nº 9, 2004-III, sept. 2004.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. La Ley de Emergencia Económico-Financiera 25.344 - Diversos aspectos procesales de la misma. El Derecho, del 21 de feb. 2001.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Recursos contra sanciones impuestas en los términos del Régimen jurídico básico de la Administración Pública. El Derecho del 13.12.99.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Comentarios de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Madrid: Civitas, 1976.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El proceso administrativo y la Constitución. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 14, jul./sept. 1977.

HALPERÍN, David Andrés. Reclamos de créditos contra el estado, caducidad de derechos. Buenos Aires: Depalma, 1995.

MAIRAL, Héctor. Control Judicial de la Administración Pública. Buenos Aires: Depalma, 1984.

NEGRETTO, Gabriel. Emergencia y crisis constitucional en la Argentina. El Derecho del 1.10.93.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Los mitos en el proceso contencioso administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 29-42, jul./set. 2010.

Recebido em: 22.06.10

Aprovado em: 25.09.10