

**Título:** ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?

**Autor:** Bianchi, Alberto B.

**Publicado en:** LA LEY1995-A, 397

**Cita Online:** AR/DOC/12176/2001

**Sumario:** SUMARIO: I. Planteo. -- II. El sistema de agotamiento de la vía administrativa. -- III. El problema en los Estados Unidos. -- IV. Fundamentos del agotamiento de la vía administrativa.

#### I. Planteo

La Constitución Nacional al establecer la competencia del Poder Judicial impone como regla general que "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación ... y por los tratados con las naciones extranjeras" (art. 116). Esta atribución de facultades, muy amplia en apariencia, tiene sin embargo cuatro limitaciones fundamentales: (a) la que proviene de la reserva de jurisdicción a favor de los tribunales provinciales para la aplicación de las leyes de derecho común (art. 75, inc. 2); (b) la enumeración taxativa de las categorías de causas (1) que efectúa luego el mismo art. 116; (c) el reconocimiento a favor de los poderes políticos del poder de dictar actos insusceptibles de revisión judicial (2) y (d) la que impone el art. 117 cuando establece que la jurisdicción de los tribunales federales se ejerce "según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso" (3).

Esta última cláusula constitucional ha sido objeto del dictado de numerosas leyes --prácticamente todas las que han dispuesto la organización y el funcionamiento de la jurisdicción de los tribunales federales-- pero, en particular, ha tenido una aplicación específica cuando se trata de demandas contra el Estado nacional, terreno en el cual la vieja doctrina de la soberanía del Estado ha tenido --y tiene como resabio casi inconsciente-- un papel dominante. En efecto, desde el comienzo mismo de nuestra vida institucional, se opuso al progreso de las demandas contra la Nación, la necesidad de obtener de ella una autorización previa. Este óbice, que ha adquirido diversas formas a lo largo del tiempo, sobrevive en la actualidad y si bien ha sido explicado y fundamentado por la doctrina y la jurisprudencia a través de numerosos intentos --algunos de tono crítico y otros de elogio-- revive a diario y justifica un esfuerzo más, el que se ve alimentado especialmente por la más reciente interpretación del problema efectuada por la Corte Suprema a través del caso Serra c/Municipalidad de Buenos Aires (4). Allí, con esmerado rigor desplegado a lo largo de veintitrés considerandos, la Corte encuentra el fundamento de la exigencia de la habilitación de la instancia judicial en la división de poderes. La tesis, si bien no es absolutamente novedosa, como se verá más adelante (5), no tenía hasta ahora un desarrollo jurisprudencial de tanta importancia como el que ahora exhibe. Creo por ello que el caso merece el análisis. Antes de ello, sin embargo, me ocuparé muy someramente del sistema de agotamiento de la vía administrativa.

#### II. El sistema de agotamiento de la vía administrativa

##### A. El sistema de la doble vía

Uno de los principios fundamentales de nuestro derecho administrativo en orden a la habilitación de la instancia judicial para revisar los actos administrativos es que los mismos posean la característica de haber causado estado. En otras palabras, el principio general es que el Poder Judicial puede revisar la legitimidad de las decisiones administrativas, pero para que ello ocurra debe haberse agotado el camino procedimental que la ley respectiva establece (6). La habilitación de la instancia judicial es entonces la resultante del agotamiento de la instancia administrativa. Ahora bien, para la obtención del acto que causa estado, el sistema procesal administrativo ha restablecido una doble vía compuesta de: (a) un sistema de reclamo administrativo llamado vía reclamativa o reparatoria y (b) un sistema de recursos llamado vía recursiva o impugnatoria. Esta duplicidad del sistema provoca algunos interrogantes acerca de la relación entre ambas (7) y es el fruto --en general-- de la inserción en nuestro sistema de principios emanados de ordenamientos jurídicos no siempre compatibles entre sí (8).

El primero nació con la llamada venia legislativa, a cuyos orígenes me referiré más abajo en oportunidad de exponer los fundamentos del agotamiento de la vía administrativa (9) y tomó cuerpo a partir del dictado de la ley 3952 en 1900 (10). La misma dispuso que: "Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona

jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación de derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste" (art. 1º), asimismo "Si la resolución de la administración demorase por más de seis meses después de inicio el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos" (art. 2º). Posteriormente en 1932, la ley 11.634 (11) amplió la reclamación a los casos en que la Nación actuara como poder público(12), con lo que se produjo la eliminación total de la exigencia de la venia legislativa (13). Sin derogar expresamente esta normativa, la ley nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (Adla, XXXIIB, 1752) (en adelante LPA) estableció por su lado, el reclamo administrativo previo en sus arts. 30, 31 y 32. Con la duplicidad del sistema se han provocado algunos conflictos interpretativos y la primera pregunta que siempre surge al analizar estas leyes es si la sanción de la LPA implicó la derogación de las anteriores. Algunos autores han entendido que se ha producido parcialmente la llamada derogación orgánica o institucional de la ley 3952 (14); otros dicen que la 3952 continúa aplicándose para los actos privados de la administración (15) posición rebatida por aquellos que sostienen que la exclusión de la acción de desalojo de la regla del reclamo administrativo (16) supone la intención del legislador de abarcar con la LPA a las acciones civiles contra la Administración (17). En mi opinión la cuestión se deslinda atendiendo al ámbito de aplicación de la LPA, establecido en su art. 1º (18), de modo tal que cuando se intente demandar al Estado nacional por la actividad u omisión de aquellos órganos o entes que se encuentran fuera de los indicados en dicha norma será de aplicación la ley 3952.

Paralelamente al sistema de agotamiento por vía de reclamo, fue gestándose el de los recursos que deben ser interpuestos contra decisiones formales de la Administración hasta llegar al dictado del acto administrativo que cause estado. El primer recurso establecido normativamente fue el jerárquico, creado por el decreto del 7 de abril de 1933 (19) y reformado luego por el dec. 7520/44 (Adla, IV187) --ampliado por dec. 2129/61 el cual contempló el recurso de revocatoria-- que rigió hasta el dictado de la ley 19.549 (20). Esta última y su reglamento, el dec. 1759/72 (Adla, XXXIIB, 2125) --hoy reformado por el dec. 1883/91 (Adla, LID, 3946)-- (en adelante RLPA), reunieron ambas vías de agotamiento de la instancia administrativa.

La diferencia sustancial entre ambas radica en la naturaleza de la pretensión esgrimida por el particular. Cuando se desea obtener la revocación, anulación o modificación de un acto administrativo, debe acudir a la vía recursiva; si por el contrario se pretende obtener de la Administración un pronunciamiento en ausencia de un acto administrativo, debe emplearse el reclamo administrativo(21). Esta diferencia se advierte claramente con la lectura del art. 30 de la LPA que impone la presentación del reclamo administrativo "salvo cuando se trate de la impugnación de actos administrativos de alcance individual o general". Una segunda diferencia, ya de tenor adjetivo, es la formalidad de cada una de las vías. Mientras la reclamativa está despojada, en general, de formalidades y se encuentra supeditada solamente al plazo de prescripción de la acción (22), el ejercicio de la recursiva debe cumplirse --dentro del informalismo del procedimiento administrativo-- respetando ciertos recaudos de tiempo y modo en la interposición de los recursos (23).

#### B. La vía del reclamo administrativo

Muy sintéticamente expresado --en la medida que no intento aquí hacer un estudio detallado de la cuestión-- el reclamo administrativo se encuentra sujeto a las siguientes reglas:

1. Debe interponerse cuando se pretende de la Administración el cumplimiento de una obligación de hacer, de no hacer o de dar y no existe acto administrativo que exteriorice la voluntad de aquélla (24).

2. No existe plazo específico alguno para interponerlo. Rige solamente el plazo de prescripción de la acción que se intente, conforme lo ha señalado reiteradamente la doctrina (25).

3. Debe ser presentado ante el Ministerio que corresponda (26) y su contenido debe "versar sobre los mismos hechos y derechos que se invocaran en la eventual demanda judicial". Esta norma, sin embargo, debe ser interpretada flexiblemente de manera de admitir en sede judicial: (a) modificaciones en la fundamentación jurídica de la pretensión y (b) la introducción de cuestiones de hecho accesorias de la pretensión principal(27).

4. Están legitimados para interponerlo tanto los titulares de un derecho subjetivo como de un interés legítimo.

Una vez más se suscita aquí la disputa en torno a la distinción entre estas dos posibles formas de legitimación y su admisión en nuestro derecho (28). Grau (29), Escola (30), Hutchinson (31) y Tawil (32), por ejemplo, admiten que el reclamo sea interpuesto por el titular de un interés legítimo, mientras que Gordillo (33) y Fiorini (34) reducen el caso a los que poseen un derecho subjetivo, sin que tal limitación --aclaro-- suponga en estos dos autores la negación de la categoría de los intereses legítimos en nuestro sistema jurídico (35).

5. La presentación no está sujeta a formalidades específicas. Basta con la formulación de la pretensión en forma clara y sencilla.

6. El plazo total para resolverlo se extiende --teóricamente-- a 135 días hábiles administrativos. Una vez interpuesto el reclamo, el particular debe esperar el transcurso de 90 días, pasados los cuales debe interponer pronto despacho y esperar 45 días más (36). A partir de allí en caso de ausencia de resolución expresa, se produce el silencio de la Administración y queda habilitada la vía judicial (37).

7. La autoridad competente para resolver el reclamo es --en principio-- el Poder Ejecutivo; la LPA admite sin embargo que autoridades inferiores lo resuelvan "si mediante delegación de esa facultad".

Fuera de estas reglas procesales existen dos cuestiones de importancia para entender el sistema del reclamo administrativo: (a) los efectos de su interposición en punto a la prescripción de la acción y (b) el plazo para deducir la demanda cuando la pretensión es rechazada expresamente.

En punto a lo primero, superada por la LPA la vieja jurisprudencia de la Corte que negaba todo efecto al reclamo respecto de la prescripción (38), la doctrina discute si el reclamo suspende el plazo de la prescripción o si por el contrario lo interrumpe. Silvestri González Arzac (39) y Mairal (40), optan por la primera solución, mientras que Gordillo (41), Tawil (42) y Hutchinson (43) prefieren la segunda. La Procuración del Tesoro de la Nación se inclina también por ésta última (44). La cuestión radica en el análisis del art. 1, e 9 de la LPA y en particular del vocablo "reinciarán" allí utilizado, el cual es verdaderamente confuso (45). De todos modos y ante la duda, es preferible otorgar al particular un plazo amplio de prescripción de la acción para satisfacer el principio *in dubio pro actione*.

La segunda cuestión divide también a la doctrina ante la ausencia de un texto legal expreso que contemple el caso. Quienes optan por emplear analíticamente el plazo establecido en el art. 25 LPA, entienden sin mayor esfuerzo-- que luego de producido un acto administrativo que rechaza el recurso, corren 90 días hábiles judiciales para promover la demanda. Así lo han sostenido Marienhoff (46) y Silvestri González Arzac (47). Por el contrario, Pearson (48), Mairal (49) y Tawil (50), proponen que no es aplicable aquí el plazo indicado, pues rige el de prescripción de la acción. La cuestión, indudablemente, no es sencilla. Es cierto, por un lado, que cuando la Administración resuelve expresamente un reclamo previo, lo hace a través de un acto administrativo; luego, parece inevitable la aplicación sin más del art. 25, inc. a) LPA. Por otro lado, la ausencia de previsión legal específica contenida en los arts. 30, 31 y 32, puede inducirnos a la remisión automática al plazo de caducidad de 90 días. Pero al mismo tiempo no puede olvidarse que el art. 25, inc. a) contempla un condicionamiento importante para el acceso a la revisión judicial de los actos administrativos, el que debe ser interpretado en forma restrictiva. No parece ser una buena regla de hermenéutica extender analógicamente un plazo breve el que debe ser circunscripto al ámbito específico para el que ha sido creado, esto es, la vía recursiva y no la reclamativa. Finalmente, no tendría sentido que la ley dejara librada --por ausencia de norma expresa-- la interposición del reclamo al plazo de prescripción, para luego imponer una importante limitación temporal cuando el mismo ha sido resuelto. Por ello resulta constitucionalmente más correcto admitir que, luego de producido el acto administrativo que resuelve el recurso, el plazo para impugnarlo es el de dos años, que establece el art. 4030 del Cód. Civil para promover la acción de nulidad de los actos jurídicos, salvo que se tratare de la nulidad absoluta que es imprescindible (51).

Para completar el panorama del reclamo administrativo vale la pena, por último, establecer si constituye una regla del procedimiento administrativo o una excepción. Es indudable que ante la primera lectura de la LPA habremos de inclinarnos por la primera opción. La misma forma en que está redactada la norma induce a este criterio. Sin embargo a poco que se analicen más detenidamente las excepciones previstas legal o jurisprudencialmente, habremos de concluir en que el reclamo en sí mismo es la excepción y el libre acceso a la

justicia la regla. Ello se deduce de lo siguiente:

a. Renunciabilidad del reclamo: hay que recordar que desde el comienzo, la Corte ha sostenido que la exigencia del reclamo no es de orden público, de modo que el Poder Ejecutivo puede contestar la demanda sin oponer excepción de falta de agotamiento de la vía (52), criterio éste seguido por la doctrina (53).

b. Sujetos demandables sin necesidad de reclamo previo: a partir de la vigencia de la ley 21.686(54), no se exige el reclamo previo para demandar a los entes descentralizados, lo que lo limita al ámbito de la administración central.

c. Cuando una norma expresamente dispense de la exigencia del reclamo administrativo (art. 32, 1ª parte) (55).

d. Naturaleza de la acción a promover (art. 32, inc. d): sólo se requiere el reclamo cuando la futura acción tramite por vía ordinaria, mas no cuando se trata de un proceso sumario o sumarísimo.

e. El caso de los hechos administrativos: la LPA establece en su art. 25, inc. d) que rige el plazo de caducidad de 90 días para demandar a la Administración cuando se trata de hechos administrativos o vías de hecho. Algunos autores (56) sostienen --no exentos de razón-- que esta norma exime del reclamo administrativo pues producido el hecho o vía de hecho de la Administración, queda automáticamente habilitada la acción judicial.

Los demás casos previstos en el art. 32: acto dictado de oficio que pueda ser ejecutado antes del transcurso de los plazos de resolución del reclamo (inc. a); acto dictado de oficio luego de que el administrado presente una petición en contrario (inc. b); repeticiones de impuestos o de montos provenientes de una ejecución; cuando el reclamo constituya un ritualismo inútil por mediar una clara conducta del Estado en sentido contrario a la petición que vaya a formularse (inc. e).

### C. La vía recursiva

Cuando existe una decisión formal de la Administración que afecta los derechos del particular corresponde la interposición de un recurso como medio de obtener el agotamiento de la instancia administrativa para efectuar la posterior impugnación judicial. La LPA ha previsto dentro del sistema de la vía recursiva dos subsistemas de agotamiento de la vía administrativa según que se trate de actos de alcance individual o de actos de alcance general (reglamentos). Para los primeros rige el sistema recursivo previsto en el Título VIII del RLPA y para los segundos fue creado el reclamo previsto en el art. 24, inc. a) de la LPA, figura que ha merecido importantes desarrollos doctrinarios (57). A su vez, los actos de alcance individual que constituyan una aplicación de un acto general, son también impugnables por vía recursiva (art. 73, RLPA).

Antes de analizar estas dos vías recursivas interesa conocer --pues ello se relacione directamente con el objeto específico de este trabajo-- cual es el fundamento de los recursos administrativos. En este punto hay dos enfoques diferentes marcados por las opiniones de Marienhoff y García de Enterría Fernández. El primero entiende que el recurso planteado por el particular afectado "es una colaboración para la eficacia administrativa, entre el administrado y la Administración para lo cual no obsta que indirectamente se beneficie el interesado recurrente"(58). Los segundos, por el contrario, sostienen que "los recursos administrativos constituyen una garantía para los afectados por aquéllas (las resoluciones de la Administración) en la medida en que les aseguran la posibilidad de reaccionar contra ellas y, eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan"(59). Es indudable que resulta preferible el segundo de los criterios expuestos pues tiene la virtualidad de responder al objeto específico de cualquier recurso, esto es la defensa de los intereses del particular. Si bien es cierto que éste puede y tiene la obligación de colaborar con la administración --actitud que se aprecia especialmente en materia contractual (60)-- no lo es menos que en materia recursiva el objetivo principal del administrado es obtener el restablecimiento del derecho agraviado por el acto nulo o anulable y secundariamente, en todo caso, que ello traiga aparejada una colaboración con la Administración al permitirle restablecer la juridicidad de su obrar. Es por ello que coincido con Gordillo en cuanto señala que el recurso no sólo es un acto administrativo --tal como señala González Pérez (61)--, sino también un derecho del administrado y un medio defensa de sus derechos(62).

Aclaradas estas nociones preliminares, veamos como funciona cada subsistema.

#### 1. Actos de alcance individual

La cuestión está legislada --en primer término-- en el art. 23 de la LPA que establece las cuatro situaciones en las que puede ser impugnado por vía judicial un acto de alcance individual: (a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas; (b) cuando se trata de un acto interlocutorio pero que impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto; (c) cuando se produzca el silencio de la administración y (d) cuando la Administración: (d. 1) produzca una vía de hecho lesiva de un derecho o garantía constituional o (d.2) ejecute un acto cuyos efectos se hallan suspendidos, debido a la interposición de un recurso, en virtud de norma expresa que así lo disponga o que habiéndose resuelto no ha sido aún notificado.

Como puede verse la redacción de este artículo es defectuosa, pues si bien legisla sobre situaciones diferentes las trata, aparentemente, en forma igual. El primer problema que aparece --advertido muchas veces por la doctrina-- es que sólo en el primero de los supuestos mencionados la ley exige el agotamiento de la instancia administrativa. Ello ha provocado una interpretación divergente acerca de la extensión de tal exigencia a los supuestos previstos en (b) y (c). Mairal entiende que el agotamiento de la vía debe ser exigido también frente a los actos interlocutorios y al silencio de la Administración (63), en tanto que Hutchinson sostiene que no es necesario frente a los actos interlocutorios pero sí respecto del silencio cuando el mismo es producido por la inacción de un órgano inferior de la Administración(64). En segundo lugar la ley en el inc. d. habla de las vías de hecho producidas luego de la emisión de un acto administrativo (65). En este caso la ley no exige el agotamiento de la instancia administrativa --por vía recursiva-- como medio de asegurar mejor la defensa judicial de los interesados del administrado (66).

El resto de las previsiones normativas en materia recursiva están previstas --con excepción del recurso revisión contra actos firmes, contemplado en el art. 22 LPA-- en el Título VIII RLPA. Su estudio en forma muy sintética --pues los propósitos de este trabajo no requieren mayor extensión-- puede hacerse ateniendo: (a) a la naturaleza del acto; (b) al órgano emisor del mismo y (c) a la exigencia de su presentación. En punto a lo primero los actos pueden ser: (a, 1) interlocutorios o de mero trámite y (a.2) definitivos o interlocutorios con efectos de definitivo. En punto a lo segundo debe atenderse a si se trata de un órgano: (b.1) de la administración centralizada o (b.2) de la administración descentralizada. En punto a lo tercero los recursos son: (c.1) facultativos y (c.2) obligatorios. Los actos interlocutorios son objeto del recurso de reconsideración (art. 84, RLPA), el cual puede ser planteado contra la decisión de un órgano de la administración central o descentralizada y se trata siempre de un recurso facultativo. Los actos definitivos --o asimilables a tales-- pueden ser objeto del recurso de reconsideración --en la administración central y descentralizada-- y deben ser recurridos a través del recurso jerárquico si se trata de decisiones de la administración central (art. 89, RLPA) y del recurso de alzada si se trata de decisiones de la administración descentralizada (art. 94, RLPA), ahora bien mientras el recurso jerárquico es obligatorio para el agotamiento de la instancia administrativa, el de alzada no.

Veamos ahora --con ánimo de hacer más clara esta cuestión-- cuáles son los órganos de la administración cuyas decisiones producen el agotamiento de la instancia administrativa y cuáles son los recursos a través de los cuales se llega hasta ellos. Los mismos son: (a) ministros del Poder Ejecutivo; (b) secretarios de la Presidencia de la Nación; (c) Presidente de la Nación; (d) órganos superiores de los entes autárquicos y (e) jefe de gabinete.

a. Ministros del Poder Ejecutivo: contra un acto definitivo emanado de cualquier órgano de la administración central inferior al ministro, puede interponerse un recurso de reconsideración (art. 84, RLPA) que es optativo y lleva el jerárquico en subsidio (art. 88, RLPA) o bien plantearse directamente el recurso jerárquico ante el ministro (art. 89, RLPA). Si el recurso de reconsideración es resuelto en forma negativa ya sea expresamente o por vía de silencio, las actuaciones deben ser elevadas al ministro en el término de cinco días para resolver el recurso jerárquico en subsidio. En el primer caso la elevación debe ser de oficio en el segundo a petición de parte (art. 88, RLPA). El acto del ministro que resuelve el recurso jerárquico --expresamente o por vía de silencio-- agota la instancia administrativa (67). En caso que se produzca por vía de silencio no es preciso pedir pronto despacho para que obtener la habilitación judicial (art. 91, RLPA). A partir de allí el particular tiene expedita la vía judicial. Si se ha resuelto el recurso expresamente debe cumplirse con el plazo del art. 25 de la LPA, en cambio si se ha resuelto mediante silencio este plazo no corre y se aplica el de prescripción (68). De todos modos ante la resolución expresa del ministro, el particular puede articular un recurso de reconsideración el que si bien no es exigible para

el agotamiento de la vía administrativa, sí en cambio produce la suspensión del plazo del art. 25 LPA (art. 100, RLPA).

b. Secretarios de la Presidencia de la Nación: la reforma introducida en el RLPA por el dec. 1883/91, incorporó la figura de los secretarios de la Presidencia y los equiparó a los ministros a los efectos de la resolución de los recursos jerárquico y de alzada para aquellas actuaciones que se originan dentro del área de la presidencia, de modo que les son aplicables las consideraciones efectuadas dentro del párrafo anterior.

c. Presidente de la Nación: cuando el acto administrativo definitivo emana de un ministro o de un secretario de la Presidencia el recurso jerárquico debe ser resuelto --en principio (69)-- por el Poder Ejecutivo. En el caso se trata de actos dictados en forma originaria por aquellos funcionarios los que no tienen por sí solos la virtualidad de agotar la instancia administrativa. Ello se desprende --si bien con escasa claridad-- del art. 100, RLPA que establece que las decisiones del Poder Ejecutivo, de los ministros o de los secretarios de la Presidencia que se "dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos" serán susceptibles del recurso de reconsideración. Parece entonces que sólo se agota la instancia administrativa cuando la resolución se dicta como consecuencia de un recurso. Con ello se ha querido dar a la Administración una oportunidad de revisar su decisión antes de su impugnación en sede judicial. Surge así la duda de si un acto originario del Poder Ejecutivo es susceptible de agotar la instancia administrativa o si debe interponerse un recurso de reconsideración para lograr tal fin. Sobre este punto la doctrina no es concordante ya que Mairal (70) entiende que el recurso de reconsideración es necesario mientras que Gordillo (71) no lo cree así. Linares, por su lado, hace una distinción: cuando el acto es dictado de oficio se requiere el recurso en tanto que si ha sido dictado a pedido de parte no (72). Esta parece ser la mejor de las soluciones.

d. Organos superiores de los entes autárquicos: para que se produzca el agotamiento de la instancia en una actuación ante un ente autárquico es preciso que el acto definitivo --o el que se le equipare en sus efectos-- emane de su órgano superior. Ello surge claramente del art. 94, RLPA, el cual permite en este caso acudir en forma directa a la vía judicial o bien plantear el recurso de alzada. Si bien no está legislada la vía recursiva en que se llega hasta dicho órgano superior, es indudable que el informalismo administrativo en este caso permite la presentación de un recurso innominado. De todos modos la cuestión se encuentra contemplada en forma general en el art. 93, RLPA según el cual "[salvo norma expresa en contrario los recursos deducidos en el ámbito de los entes autárquicos se regirán por las normas generales que para los mismos se establezcan en esta reglamentación". A su vez ante la decisión del órgano superior puede plantearse en forma optativa el recurso de alzada para que sea resuelto por el ministro o secretario de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el ente.

e. Jefe de Gabinete: como dije más arriba la reforma constitucional ha incorporado (art. 100) la figura del Jefe de Gabinete y con ello se generan algunas dudas acerca de la tramitación en la vía recursiva. Básicamente el problema radica en determinar si corresponde al Jefe de Gabinete la resolución de los recursos jerárquicos interpuestos contra decisiones originarias de los Ministros o si ello sigue siendo del resorte del Poder Ejecutivo. Para resolver el problema creo que es preciso determinar la naturaleza de la relación entre esta nueva figura y el Poder Ejecutivo y los ministros. En primer lugar tal como expresa Cassagne (73) --con quien coincido-- la relación entre el Jefe de Gabinete y el Poder Ejecutivo es jerárquica (74). Más difícil resulta establecer --en segundo lugar-- la relación del Jefe de Gabinete con los ministros pues la Constitución habla del Jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo, lo que hace suponer que aquél es un ministro más con funciones de mera coordinación. Sin embargo no caben dudas --y en esto también coincido con Cassagne-- en que la relación en este caso también es jerárquica. En efecto, no tendría sentido pretender que el Jefe de Gabinete es un ministro más cuando la Constitución le ha encomendado ejercer la administración general del país (art. 100, inc. 1). Creo que esta norma es suficiente para establecer la relación jerárquica entre el Jefe de Gabinete y los ministros.

De lo dicho se sigue --en primer término-- que los actos administrativos definitivos emanados originariamente de este funcionario, también deben ser recurridos ante el Presidente de la Nación por medio del recurso jerárquico para agotar la vía administrativa. Ahora bien ¿qué pasa con los actos administrativos originarios de los ministros? ¿Puede en este caso resolverlos el Jefe de Gabinete o siguen siendo del resorte específico del Presidente de la Nación? No caben dudas de que de existir una delegación expresa el Jefe de Gabinete podrá resolverlos, pero éste no es el punto que interesa pues tal solución es obvia. La cuestión se torna importante en ausencia de un

delegación expresa. En este terreno --y hasta tanto se dicte una ley reglamentaria de las facultades del Jefe de Gabinete-- son dos las normas constitucionales que juegan: una es el art. 99, inc. 1 y la otra el art. 100, inc. 1. De acuerdo con la primera el Presidente es "el responsable político de la administración general del país"; de acuerdo con la segunda el Jefe de Gabinete tiene como misión "ejercer la administración general del país". Más allá de la intención de los constituyentes al establecer esta diferencia --que a la hora del análisis hermenéutico de la Constitución cuenta pero no es definitiva-- lo cierto es que el Jefe de Gabinete, de acuerdo con la segunda norma citada, es quien parece el más indicado para resolver los recursos jerárquicos interpuestos contra los actos administrativos originarios de los ministros. En efecto, existe ahora entre estos últimos y el Presidente un funcionario intermedio a quien se le ha encomendado el ejercicio de la administración general del país. Y me parece que una de las competencias esenciales del ejercicio de la administración general del país es la de resolver los recursos jerárquicos planteados contra las decisiones ministeriales. Asimismo no puede obligarse que la Constitución ahora ha incorporado como órgano de gobierno el Gabinete (75) --el que hasta ahora existía pero de hecho-- de modo que la Constitución ha creado un órgano desconcentrado de la Presidencia con funcionamiento propio. Lo natural entonces es que los actos de los ministros sean revisado por su jefe inmediato. ¿Pasa lo mismo con los actos originarios de los secretarios de la Presidencia? La cuestión en este caso no es tan simple pues los mismos están fuera del Gabinete y tienen una relación directa con el Poder Ejecutivo. En este caso creo que es necesario que el Presidente efectúe una delegación expresa a favor del Jefe de Gabinete; de lo contrario, los actos originarios de los secretarios de la Presidencia deberán ser recurridos ante el propio Poder Ejecutivo.

Fuera de los casos antes citados cabe preguntarse también qué pasa con el agotamiento de la instancia administrativa cuando se trata de la actuación de personas jurídicas públicas que no revisten el carácter de entes autárquicos, sea que tengan participación del capital privado o no. Bajo el régimen del dec. 1759/72 antes de su reforma por el dec. 1883/91, estos entes estaban incorporados al procedimiento administrativo a través del art. 98 bis --que preveía la posibilidad de interponer contra la decisión de sus órganos superiores el recurso de alzada--, pero ahora han dejado de estar --al menos expresamente-- regulados por dicho procedimiento. Por ello creo que ya ha desaparecido --si es que alguna vez la hubo-- toda regla sobre agotamiento de la instancia administrativa cuando se actúa ante estas formas jurídicas públicas o mixtas que no son entes autárquicos. El Estado ha decidido intervenir a través de ellas --en el campo que les compete-- en un pie de igualdad o de cuasiigualdad con los particulares, de modo tal que no puede prevalerse de una típica prerrogativa de poder público como es la exigencia del agotamiento(76).

## 2. Actos de alcance general (77).

De acuerdo con el inc. a) del art. 24 de la LPA, el reglamento administrativo (acto de alcance general) no puede ser impugnado judicialmente en forma directa. Es necesario previamente haber formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y frente al resultado adverso, esto es el dictado de un acto administrativo individual que particularice el acto general, proceder de conformidad con el art. 25 de la LPA. Una vez más se ve aquí la diferencia entre el sistema de impugnación de las leyes o tratados internacionales --de raíz norteamericana-- y el de impugnación de disposiciones reglamentarias --de corte europeo continental-- ya que mientras en el primero no existe una acción autónoma y el planteo sólo puede efectuarse dentro de un caso judicial como defensa del particular, en el segundo sí existe una acción judicial autónoma la cual depende del reclamo previo que legisla el citado art. 24, inc. a) de la LPA. El sistema establecido parece --en general-- sencillo, pero surgen algunas cuestiones que es preciso resolver, producto de cierta insuficiencia legislativa en su tratamiento. Ellas son: (a) plazo para interponer el reclamo; (b) agotamiento de la instancia administrativa; (c) efectos de la impugnación del reglamento y (d) eventual divergencia entre el art. 24, inc. a) de la LPA y art. 73, RLPA. Veamos.

a. La ley no establece un plazo específico para interponer el reclamo, de modo que el particular puede hacerlo en cualquier momento. El sistema es lógico pues hasta que el reglamento no es aplicado a una persona ésta quizás ni tenga noticias de su existencia. El art. 24, inc. a) exige por otra parte que el reglamento afecte o pueda afectar los derechos del particular "en forma cierta e inminente" de modo que hasta ese momento no es exigible su impugnación(78).

b. En punto al agotamiento de la vía administrativa el art. 24 no establece expresamente que el reclamo interpuesto "ante la autoridad que lo dictó" produzca ese efecto, pero ello surge implícitamente del artículo en

cuestión pues el acto individual que surja como fruto del reclamo es impugnabile judicialmente. Por otra parte el art. 73, RLPA establece que el acto que resuelve el reclamo es irrecurrible. Estas normas merecen dos observaciones: en primer término, establecen una excepción a la regla general del agotamiento ya que, por ejemplo, un reglamento dictado por un secretario de Estado --autoridad cuyas decisiones de por sí no generan agotamiento-- puede ser motivo de un reclamo que el mismo secretario resuelva a través de un acto individual el que será inmediatamente revisable en sede judicial. Asimismo el carácter de irrecurrible que el art. 73 establece respecto de esta decisión, parece contrastar con la facultad establecida en el art. 100 de plantear contra actos que agotan la instancia un recurso de reconsideración. El problema que se plantea es si dicho recurso interpuesto contra el acto que resuelve el reclamo suspende o no el curso del plazo del art. 25 de la LPA. En mi opinión, y pese al carácter de irrecurrible que el art. 73, RLPA le confiere al acto, no caben dudas de que el recurso de reconsideración es susceptible de ser planteado con los efectos del art. 100, RLPA. A mayor abundamiento creo, incluso, que si el particular --en el ejemplo dado-- quisiera plantear un recurso jerárquico ante el ministro podría hacerlo y el plazo del art. 25 de la LPA quedaría igualmente suspendido hasta la resolución expresa de aquél. La segunda observación apunta a que mientras el art. 73 confiere carácter de irrecurribles a los actos dictados como consecuencia del reclamo, permite recurrir en cambio los actos de aplicación directa del reglamento. No tiene --al menos no la encuentro-- explicación esta diferente modalidad de tratamiento recursivo de uno y otro acto.

c. La doctrina discute si la estimación de la impugnación judicial del reglamento produce efectos erga omnes o inter partes. Mientras Bosch (79), seguido más modernamente por Cassagne(80), Hutchinson (81) y Grecco (82) optan por la primera solución; Mairal (83), luego seguido por Tawil (84), se inclinan por la segunda. En este punto ya me he pronunciado anteriormente a favor de los efectos inter partes de la sentencia(85), posición que mantengo.

d. Gordillo (86) encuentra una divergencia entre el art. 24 de la LPA y el art. 73, RLPA. Según su criterio la primera de la normas sólo permite que el reglamento sea impugnabile en sede administrativa --a través del reclamo-- para luego efectuar su impugnación judicial, en tanto que la segunda sí permite su impugnación administrativa a través de recursos administrativos cuando el reglamento ha tenido ejecución a través de actos individuales. En realidad se trata de supuestos diferentes y de allí la diferencia de tratamientos. En el primer caso lo que se impugna es el reglamento; en el segundo, son los actos individuales de aplicación de aquél.

D. ¿Cuál es la relación entre la vía reclamatorio y la vía recursiva?

Una cuestión que ha despertado controversia en la doctrina nacional es si una vez firme el acto administrativo, es posible reiterar la pretensión en sede de la Administración por vía del reclamo del art. 30. Esta pregunta encierra dos aspectos que deben ser considerados: (1) el acto ha quedado firme por expiración del plazo para recurrir en sede administrativa y (2) el acto ha quedado firme --luego de agotada la vía administrativa-- por expiración del plazo del art. 25 de la LPA para promover la acción judicial. Como todos sabemos este doble interrogante --en última instancia-- apunta a, si la vía recursiva es completamente independiente de la vía reclamatoria de modo que las dos constituyen formas diferentes de agotar el procedimiento en sede de la Administración o si, por el contrario, la segunda constituye el modo genérico de lograr este resultado y la segunda debe ser considerada una especie de aquélla. Me ocuparé seguidamente de cada uno de ellos.

1. El primer interrogante tiene solución legislativa en el art. 1, e), 6 de la LPA, según el cual "una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho". La LPA --al recoger la doctrina emanada de la Procuración del Tesoro de la Nación (87)-- consagro así la denuncia de ilegitimidad como medio de dotar la flexibilidad a la perentoriedad de los plazos para recurrir, lo que ha merecido el elogio de la doctrina (88). Aun así, otras voces muy autorizadas encuentran todavía en la brevedad de los plazos para recurrir ya las nefastas consecuencias que su incumplimiento acarrea para el administrado, la necesidad de replantear el sistema. La crítica --que en España viene de la mano de Santamaría Pastor (89) y García de Enterría Fernández (90) y en nuestro país ha sido formulada por Mairal (91) y Tawil (92)-- apunta a la denominada "procesalización" del procedimiento administrativo, que ha convertido lo que originariamente fue instituido como un sistema de



garantías a favor de los particulares en un privilegio a favor de la Administración. En otras palabras, un sistema --el de la perentoriedad de los plazos-- pensado para un procedimiento judicial conducido por un juez imparcial ajeno a los intereses de las partes, ha sido trasladado al procedimiento administrativo donde el juez es una de las partes --la Administración-- y cuya misión no es la de decir el derecho, sino la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados (93). De allí que algunos autores sostengan la no perentoriedad de los plazos para interponer recursos administrativos(94).

Ahora bien, instituida la denuncia de ilegitimidad como medio de evitar las consecuencias fatales de la no interposición oportuna de un recurso --propias del procedimiento judicial mas no del administrativo-- cabe preguntarnos qué ocurre con los pasos a seguir cuando la Administración tramita la denuncia de ilegitimidad y la rechaza. En otras palabras, ¿es susceptible de recurso administrativo o de impugnación judicial --en caso de haberse producido el agotamiento de la vía-- el acto que resuelve la denuncia? El silencio de la LPA sobre este punto abre una vez más el campo para el disenso doctrinario y jurisprudencial. Mientras Hutchinson sostiene que no, pues "la denuncia de ilegitimidad no es un resorte de concesión graciable o permisión generosa, sino una autoafirmación de una Administración, que se quiere jurisdicizar y que, sobre todo, puede y debe autojuridizarse"(95), otros autores --v. gr. Mairal (96) y Docobo (97)-- entienden que sí. Por su lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (98), se enrola en esta segunda alternativa, en tanto que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (99), opta por la primera. Una vez más puede apreciarse como juegan, en estas posturas contrarias, dos inteligencias diferentes acerca del sentido general de todo el procedimiento administrativo. Para quienes ven en él --esencialmente-- un mecanismo de control de la Administración que procura el respeto del bloque de legalidad, el resultado de la tramitación de la denuncia de ilegitimidad no debe expandir sus efectos fuera de aquélla. En otra palabras, la denuncia esta instituida en beneficio de la propia Administración y no de los particulares. Por el contrario, para aquellos que entiendan el procedimiento administrativo --esencialmente-- como un medio de protección de los derechos individuales, la denuncia de ilegitimidad es un vehículo que morigera el rigorismo formal y evita una traslación automática del sistema del procedimiento judicial al procedimiento administrativo.

No puedo ocultar que ante la disyuntiva, prefiero la solución más favorable a la amplitud de la revisión judicial de los actos administrativos. Creo --en coincidencia con los autores arriba citados-- que el procedimiento administrativo ha sido establecido en beneficio de los administrados y no como medio de hacer que la Administración obre con mayor juridicidad o eficacia. De ello es responsable la propia Administración a través de los medios de que dispone. De moto tal que si bien el recurso administrativo puede ser una forma más de colaboración entre el órgano o ente estatal y el particular, su misión esencial es la de constituir una garantía a favor de este último, como ya lo he señalado (100). Esta solución es, por lo demás, la que se impone ante el silencio de la ley. No me parece que la ausencia de previsión normativa en este punto debe ser ocasión para que se la interprete en sentido adverso a los derechos individuales, máxime cuando aún quienes se inclinan por la otra solución reconocen que "los distintos procedimientos administrativos deben ser siempre una garantía en favor del particular, quien se beneficia con el acierto, eficacia y legitimidad del accionar de la Administración"(101).

En síntesis y para concluir este primer interrogante, no creo que una vez agotado el plazo para recurrir un acto administrativo sea preciso acudir a la vía del reclamo administrativo, pues la LPA establece ante esta emergencia un remedio expreso del que no es necesario apartarse. Pero obviamente, para que el remedio obre debidamente y no sea necesario emplear resortes no previstos específicamente por la ley debe darse a esta una interpretación armónica con los principios que inspiran el remedio.

2. En lo atinente al segundo de los interrogantes, la doctrina --una vez más-- divide sus aguas profundamente. Mientras Linares (102), Cassagne(103), Gordillo (104), Mairal (105), Escola(106), de Estrada (107), Halperin Cattani (108), Dromi (109) y Tawil (110) admiten la posibilidad de rehabilitar el procedimiento administrativo por medio del reclamo luego de transcurrido el plazo del art. 25 de la LPA, otro grupo no menos nutrido que integran Marienhoff (111), Grau (112), Diez (113), Muñoz (114), Hutchinson (115), González Arzac (116) y Pearson (117), entienden que el transcurso del plazo citado es fatal e impide promover tanto la acción judicial como el reclamo administrativo.

Al igual que en otras ocasiones la cuestión aquí no es fácil de resolver ni permite acudir a soluciones drásticas.

Quienes opinan que se trata de dos vías separadas y rechazan, por ende, la posibilidad de plantear el reclamo administrativo una vez agotado el plazo del art. 25 de la LPA, lo hacen sin creer necesario acudir a un gran esfuerzo doctrinario. Entienden que se trata de vías separadas y ello es considerado suficientemente obvio como para afirmar la postura. Hutchinson dice por ejemplo: "Cierto es que la LNPA no decía expresamente --como entendemos que lo hace ahora, después de la reforma-- que eran dos vías diversas, pero no lo decía porque era obvio, por ser dos regímenes totalmente distintos y que contemplan supuestos diferenciados. Y las leyes no precisan referirse a situaciones obvias, que surjan del contexto y del sentido de las normas" (118). Díez se apoya en la firmeza del acto administrativo y la necesidad de impedir una recurribilidad permanente del acto que produzca inseguridad jurídica. "Es evidente --dice-- que los actos administrativos no pueden estar expuestos indefinidamente al riesgo de una revisión. Las exigencias del principio de irrecurribilidad (119) ceden aquí ante consideraciones que postulan el principio de la seguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta que del acto administrativo pueden haber surgido situaciones favorables a terceros (120).

Por el contrario, la construcción jurídica de quienes admiten la impugnación del acto firme por medio de un reclamo posterior ha tenido que ser más elaborada y se ensayan diversas soluciones. Cassagne, basa sus afirmaciones en el principio antiinformalista que rige en la interpretación del contencioso administrativo y en el postulado fundamental según el cual no sólo debe estarse a la interpretación que resulte más favorable al administrado sino que le está vedado a los jueces establecer cargas implícitas para que los administrados puedan hacer valer sus derechos. Sostiene, asimismo, que la acción de nulidad de un acto nulo, de nulidad absoluta es imprescriptible y tal imprescriptibilidad no puede ser suplantada por un breve plazo de caducidad, en ausencia de una norma que prescriba tal consecuencia (121). Gordillo --en la misma línea de pensamiento-- sostiene que "con esta interpretación se vuelve a dar coherencia al sistema y además se lo hace funcionar de manera congruente con la Constitución Nacional pues es obvio que los plazos del art. 25, si fueran absolutos constituyen un notorio debilitamiento de las posibilidades de defensa de los particulares y puesto que, además, deja de satisfacer unánimemente a la doctrina la idea de que los plazos de prescripción del Código Civil, fundados en experiencia milenaria, puedan sin más ser dejados sin efecto por una ley administrativa (122)". Tawil por su lado señala que "La aplicación de los plazos de caducidad en los supuestos de actos viciados de nulidad absoluta produce un resultado injustificable al que no se ha arribado siquiera en el propio sistema francés donde la jurisprudencia ha considerado que el plazo de caducidad no es aplicable en los supuestos de actos "nulos y de efectos nulos" en los que la acción se encuentra sujeta al plazo de prescripción. Y aun en los supuestos que resulta aplicable, ha incorporado una serie de exigencias que aseguran una adecuada custodia de los derechos de los administrados. Tales circunstancias han pasado, sin embargo, inadvertidas en nuestro país" (123).

Mairal, por último --otro de los propulsores de esta tendencia-- comienza preguntándose acerca de la conveniencia de establecer un plazo general de caducidad para demandar la nulidad de los actos administrativos y concluye en que la doctrina favorable a su constitucionalidad es peligrosa (124) pues limita la supervivencia de un derecho que ha nacido perfecto al cumplimiento de un plazo breve (125). Rechaza asimismo, que el plazo de caducidad sea beneficioso para la seguridad jurídica pues, en primer lugar, la anulación judicial de un acto administrativo no produce en nuestro sistema los efectos erga omnes que sí tiene en los sistemas que establecen plazos generales de caducidad (126) y, en segundo lugar, no hay razón para exigir un plazo de caducidad para promover la acción de nulidad de un acto administrativo, cuando el mismo no existe para plantear la inconstitucionalidad de una ley (127). Adhiere también a la doctrina de quienes postulan la inaplicabilidad del plazo de caducidad cuando se trata de la impugnación de actos nulos de nulidad absoluta (128) y, finalmente, con un ejemplo práctico demuestra lo inadecuado que resulta en algunos supuestos la aplicación rígida del plazo de caducidad. Un estudiante universitario que ha completado el plan de estudios de su carrera, pide que se le otorgue el diploma. La Universidad --sin base legal alguna-- se lo deniega y contra dicho acto no acciona en tiempo. ¿Qué solución legal puede dársele al infortunado en este caso? ¿Debe exigírsele que curse nuevamente toda la carrera para generar nuevamente el derecho a obtener su diploma? La solución parece a todas luces extrema y, sin embargo, es la que resultaría si se aplicara estrictamente el plazo de caducidad del artículo 25 de la LPA.

De lo dicho hasta aquí pueden extraerse algunas conclusiones. Se desprende del art. 25 --en primer lugar-- que, una vez producido un acto administrativo que causa estado, rige para su impugnación en sede judicial el

plazo de 90 días. Más allá de las críticas que esta norma reglamentaria del actual art. 116 de la Constitución pueda suscitar, como consecuencia de la limitación que impone el acceso a la justicia (129), lo cierto es que nuestros tribunales --Corte Suprema y Cámara en lo Contencioso administrativo-- han admitido su constitucionalidad (130). Forzoso es reconocer entonces --no de lege ferenda pero si de lege lata-- que se trata de la regla general en la materia (131) y no es posible, por tanto, reiniciar el procedimiento administrativo ya agotado, con un reclamo administrativo. Sin embargo --en segundo lugar-- no puede desconocerse la existencia de importantes excepciones al principio, las que permiten morigerar la crítica constitucional que el art. 25 suscita.

Sin pretender agotar, tales excepciones son las siguientes:

1 -- Actos administrativos producidos como consecuencia de la interposición de un reclamo administrativo previo. Ya dije más arriba (132) y allí me remito, que el art. 25 como norma restrictiva de derechos debe ser interpretado de modo tal que no expanda sus efectos fuera de los expresamente previstos por la ley.

2 -- Actos administrativos contractuales. Es bien conocida la disputa jurisprudencial que se trabó a mediados de los años '80 entre la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y la Corte Suprema en torno a la aplicación del art. 25 respecto de los actos administrativos emitidos durante la ejecución de los contratos administrativos. Mientras la primera sostuvo en el plenario Petracca (133) que el plazo debía respetarse respecto de cada acto administrativo que causara estado (134), la Corte en cambio, a través de Mevopal (135) y los fallos posteriores que siguieron sus aguas (136), entendió que el art. 25 no era aplicable a los actos administrativos contractuales (137). En mi opinión la solución de la Corte es la que considero correcta (138). Coincido así con lo que expuso Cassagne a poco de ser conocido Mevopal (139).

3 -- Actos administrativos dictados en el curso de un proceso licitatorio. Si bien el problema debatido en los fallos arriba citados se refería a los actos administrativos vinculados a un contrato, nada obsta a que el mismo se pudiera suscitar con relación a los que se producen durante un proceso licitatorio. Ya he analizado con anterioridad este problema y reitero aquí que considero excluido el art. 25 del ámbito de los actos administrativos dictados en tales procesos (140).

4 -- Actos nulos de nulidad absoluta: Ya señalé más arriba que parte de la doctrina sostiene que la acción de nulidad es imprescriptible cuando se trata de actos nulos de nulidad absoluta. Coincido con la afirmación de tales autores y creo por tanto que el plazo de caducidad del art. 25 no es aplicable en estos casos (141). Si bien es cierto que la LPA no distingue entre actos nulos y anulables a estos efectos, una vez más la interpretación debe ser favorable a la amplitud de las posibilidades de accionar judicialmente. Cuanto más estrechamos el acceso a la justicia, más ampliamos --proporcionalmente-- la brecha de la inconstitucionalidad del art. 25.

5 -- Actos dictados de oficio. En los casos en que la Administración dicta actos de oficio --cuando sean susceptibles de causar estado-- no parece razonable exigir el cumplimiento de un plazo de caducidad breve para accionar judicialmente. En este caso, de todos modos, será preciso examinar qué posibilidades de defensa ha tenido el particular en sede administrativa. Si las ha tenido y el procedimiento administrativo previo al dictado del acto no registra irregularidades, el art. 25 puede ser exigible. Si en cambio el acto de oficio no está precedido de un procedimiento en el que se haya asegurado el derecho de defensa del administrado, no puede imponerse el cumplimiento del plazo de caducidad.

6 -- Plazos especiales. Tampoco regiré, obviamente, el plazo general del art. 25 cuando existan plazos especiales --más extensos o más breves-- previstos en leyes especiales.

En síntesis y a modo de conclusión general acerca de la relación existente entre las vías recursiva y reparatoria, creo que la LPA ha establecido dos caminos diferentes para producir el agotamiento de la instancia administrativa. No me parece en consecuencia que en el sistema hoy vigente pueda sostenerse que, una vez finalizada la vía impugnatoria pueda restablecerse la instancia administrativa por la vía reparatoria. El camino a seguir es en este caso la acción judicial. Sin embargo y en consideración especial al plazo de caducidad que engendra la vía impugnatoria luego de su agotamiento la interpretación del art. 25 de la LPA debe ser restrictiva y no puede hacerse extensiva a situaciones que la ley no haya considerado en forma expresa.

III. El problema en los Estados Unidos

Aun cuando el derecho administrativo en los Estados Unidos difiere del nuestro en muchos aspectos --lo que hace pensar a veces que su estudio carece de interés-- personalmente y en coincidencia con otros autores --Linares, Mairal, Tawil-- creo que la consulta a dicho sistema resulta indispensable no sólo en general, sino también para entender como ha sido organizado el agotamiento de la vía administrativa bajo una constitución que ha servido de antecedente a la nuestra (142).

A. ¿Existe una regla general sobre agotamiento de la vía administrativa?

Como primera cuestión he de señalar que, a diferencia de nuestro ordenamiento, en donde las reglas --sólo en apariencia-- son claras, en el derecho administrativo norteamericano el exhaustion of administrative remedies (agotamiento de la vía administrativa) carece de un principio legalmente establecido que determine no sólo si el agotamiento es la regla o la excepción, sino también en qué casos corresponde agotar la vía administrativa. Esto --que es consecuencia natural de un derecho construido sobre la base de casos más que de leyes-- divide a la doctrina al momento de formular las proposiciones iniciales. Mientras autores como Schwartz (143) y AmanMayton(144), basándose en lo dispuesto por la Corte en *McKart v. United States* (145), entienden que la regla general es el agotamiento previo, Davis en cambio, sostiene que no existe tal exigencia como regla general, sino que en todo caso la misma es empleada usualmente (146).

Más allá de esta discusión, de lo que sí podemos estar seguros es que el leading case en esta materia es todavía *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp* (147), autoridad que unánimemente se le reconoce a este fallo (148). De acuerdo con este precedente no one is entitled to judicial relief for a supposed or threatened injury until the prescribed administrative remedy has been exhausted (149), esto es: nadie puede acudir a una sede judicial para invocar un supuesto agravio actual o futuro sin haber agotado la vía administrativa (150). De modo que, aun cuando Davis sostiene que la regla del agotamiento depende en definitiva de la discrecionalidad de los jueces (151), lo cierto es que la tendencia jurisprudencial se inclina por el agotamiento previo como requisito de la instancia judicial (152), tendencia que se origina con *United States v. Sing Tuck* (153), caso en el cual la autoridad inmigratoria les había prohibido a los actores el ingreso a los Estados Unidos. De acuerdo con la reglamentación vigente esta decisión debía ser apelada ante el Secretario de Comercio y Trabajo pero en lugar de seguir esta vía, aquellos plantearon judicialmente la cuestión. La Corte, mediante el voto de Holmes, al rechazar el planteo, interpreto que ante la existencia de una vía administrativa legalmente establecida, ésta debía ser previamente agotada (154).

B. Agotamiento y jurisdicción primaria.

Antes de seguir adelante, creo que es preciso hacer una aclaración entre lo que en el derecho administrativo de los Estados Unidos se entiende por jurisdicción primaria (primary jurisdiction) y el agotamiento de la vía administrativa. Se trata de cuestiones similares --como señala Schwartz, son las diferentes caras de una misma moneda(155)-- y por ello pueden ser confundidas. La diferencia entre ambas explicada en su momento por la Corte Suprema (156), es que la jurisdicción primaria establece si le corresponde intervenir inicialmente a la administración o a los jueces, mientras que la regla del agotamiento permite determinar si la actividad en sede de la administración ha sido satisfecha de modo tal que un juez pueda intervenir.

C. Legislación vigente.

Desde el punto de vista de la legislación vigente, la cuestión está contenida en las secciones 702 y 704 de la Administrative Procedure Act (APA) (157) que establecen:

"Secc. 702: Derecho a la revisión judicial. Quienes sufran un daño como consecuencia del obrar de un ente administrativo o se vean afectados desfavorablemente o agraviados por una decisión administrativa --cuando los términos de una ley aplicable al caso lo autorice--, tendrán derecho a la revisión judicial del acto. Una acción en un tribunal de los Estados Unidos que no pretenda una indemnización dineraria y por medio de la cual se reclame, contra un ente administrativo o un funcionario público por no haber actuado dentro de su competencia o bajo la apariencia de legalidad, no podrá ser rechazada con fundamento en estar dirigida contra los Estados Unidos o porque los Estados Unidos sean parte indispensable en ella. Los Estados Unidos podrán actuar como parte demandada y ser condenados en una acción de este tipo siempre que: la decisión especifique el nombre o título de los funcionarios públicos y los de sus sucesores en el cargo que resulten personalmente responsables por haberle

dado cumplimiento. Nada de esto (1) afecta otras limitaciones a la revisión judicial o a la autoridad de los tribunales para rechazar una acción u otra pretensión procesal sobre la base de otros fundamentos legales o de equidad; u (2) otorga competencia para admitir el remedio requerido cuando otra ley --que permite demandar-- expresa o implícitamente prohíbe tal remedio".

"Secc. 704: Actos administrativos judicialmente revisables. Las decisiones de las agencias administrativas que, conforme a la ley, sean judicialmente revisables, y las decisiones finales de dichas agencias respecto de las cuales no exista otro remedio adecuado en un tribunal están sujetas a revisión judicial. Las decisiones administrativas de carácter preliminar, de procedimiento o interlocutorias, que no sean directamente revisables judicialmente, lo serán luego de haber sido revisadas por una decisión final de la agencia administrativa. Salvo que la ley lo disponga expresamente de otra forma, una decisión de una agencia administrativa normalmente considerada final será considerada tal, a los efectos de esta sección, en cualquier caso que se haya presentado o se haya ordenado presentar contra ella un recurso de reconsideración, a menos que se establezca que el acto administrativo está suspendido en sus efectos, pendiente una apelación ante la autoridad superior de la agencia"[\(158\)](#).

#### D. Excepciones a la regla.

La regla general así enunciada --establecida primero por la jurisprudencia y luego por vía legal-- tiene diversas excepciones. Ellas son:

##### 1. Cuando la vía administrativa es inadecuada. Ello puede ocurrir en dos supuestos:

a -- Cuando no existe plazo para que la Administración se expida. En este caso, tanto la Corte [\(159\)](#) como los tribunales federales inferiores[\(160\)](#) tienen dicho en forma reiterada que una persona no puede estar indefinidamente sometida a un procedimiento administrativo sin posibilidad de acudir a sede judicial [\(161\)](#). Un claro ejemplo de ello lo constituye el caso *Coit Independent Joint Venture v. FSLIC* [\(162\)](#);

b -- Cuando la vía administrativa es inútil y se convierte en un formalismo innecesario (nothing more than a formal step on the way to the courthouse)[\(163\)](#). Así lo decidió la Corte en *Bethesda Hospital Association v. Bowen* [\(164\)](#). También se da esta causal cuando la decisión administrativa seguramente será adversa a la pretensión del reclamante [\(165\)](#). La jurisprudencia ha dicho que en estos casos intentar el reclamo administrativo es como "querer extraer petróleo de un pozo seco" (to pump oil from a dry hole) [\(166\)](#). Así lo entendió la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en *Woff v. Selective Services Local Board* [\(167\)](#).

2. Cuando se presume que la decisión administrativa no será imparcial. Así lo decidió la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia en *Amos Treat and Co. v. SEC* [\(168\)](#) y más recientemente ha sido aceptado por la Corte Suprema en *Gibson v. Berryhill* [\(169\)](#). De todos modos no es suficiente la mera alegación de parcialidad de la Administración; debe estar involucrada en el caso una violación efectiva del debido proceso y el reclamo no debe depender del esclarecimiento de hechos controvertidos [\(170\)](#), de lo contrario se abrirá fácilmente una vía para evitar el agotamiento de la instancia administrativa [\(171\)](#).

3 -- Cuando se trata de acciones que involucran una cuestión constitucional. Como regla general, los tribunales del estado de Washington han establecido que no se requiere el agotamiento de la vía administrativa cuando lo que se cuestiona no es un acto administrativo en sí, sino la validez constitucional misma de la ley que la Administración debe aplicar [\(172\)](#). De todos modos, Schwartz apunta que en estos casos deben distinguirse dos situaciones: (a) cuando la inconstitucionalidad de la ley es manifiesta (facial unconstitutionality) y (b) cuando la misma depende de los hechos particulares del caso [\(173\)](#). Sólo en el primero de los casos corresponde eximir al accionante del agotamiento de la instancia administrativa, según ha sido resuelto en forma reiterada[\(174\)](#). Un ejemplo de la aplicación de esta excepción es el conocido caso *Moore v. City of East Cleveland* [\(175\)](#). Por el contrario, cuando la inconstitucionalidad depende de la forma en que la ley ha sido aplicada por la Administración, la vía administrativa debe ser agotada, según ha sido resuelto, por ejemplo, en *Du Bois Clubs v. Clark* [\(176\)](#).

4 -- Cuando se trata de acciones fundadas en la Ley de Derechos Civiles [\(177\)](#). Se trata de una derivación más amplia del principio establecido en el párrafo anterior ya que, cuando se trata de una acción promovida bajo la Ley de Derechos Civiles, no se efectúa --aparentemente-- la distinción apuntada más arriba. La Corte Suprema en

Patsy v. Board of Regents (178), caso en el que una mujer demandó a su empleador --una universidad estadual-- con fundamentos en que le habían sido denegadas oportunidades laborales debido a su sexo y raza exclusivamente, revocó el pronunciamiento de la corte de apelaciones que había desestimado la acción sobre la base de que la actora no había agotado la vía administrativa pues entendió que el agotamiento no era un requisito de la habilitación de la instancia judicial cuando se trata de tal tipo de acciones (179).

5 -- Cuando se trata de casos penales. Como regla general no se exige el agotamiento de la vía administrativa en casos penales. Sin embargo cabe preguntarse qué ocurre cuando se debe plantear judicialmente la nulidad de un acto administrativo cuya violación ha dado lugar a la acusación penal. ¿Puede en este caso una ley exigir el agotamiento de la vía administrativa contra dicho acto o bien debe permitir que el acusado plantee libremente la nulidad en sede judicial como medio de asegurar su derecho de defensa contenido en la Sexta Enmienda? La cuestión fue resuelta a favor de los derechos del acusado en McKart v. United States (180).

E. ¿Influye la decisión sobre el agotamiento respecto de la decisión de fondo planteada?

Otra cuestión que la jurisprudencia se plantea habitualmente es si influye o debe influir la decisión acerca del agotamiento respecto de la decisión de fondo. Sobre este particular, Davis(181) señala que existen tres soluciones posibles: (1) que el tribunal decida primero sobre el mérito de la causa y luego se expida sobre el agotamiento lo que priva a esta segunda cuestión de sentido; (2) que se resuelva previamente la cuestión del agotamiento lo que priva a esta segunda cuestión de fondo tenga algún grado de influencia sobre la solución de fondo.

El primer supuesto --que es excepcional, por cierto-- está ilustrado con el ya citado caso McKart v. United States (182) en el cual la Corte decidió primero la cuestión de fondo y luego la del agotamiento sin dar motivo alguno para ello (183). Igual temperamento adoptó el Tribunal en Greene v. United States (184). El segundo, en cambio, es aquél al que usualmente se acude. Ejemplo típico de ello es el leading case Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp. ya citado más arriba(185). La tercera posibilidad tiene lugar ocasionalmente. En general, los tribunales no mencionan que el fondo de la cuestión haya pesado en la decisión sobre el agotamiento, pero en algunas ocasiones sí lo hacen tal como ocurrió en West v. Bergland (186). De estas tres posibilidades Davis entiende que es preferible la segunda (187).

F. La revisión de decisiones interlocutorias.

Lo dicho hasta aquí permite diferenciar tres situaciones posibles del particular ante la Administración que son mencionadas por BreyerStewart(188): (1) plantear la revisión judicial de una cuestión no sometida previamente a la administración; (2) pedir la revisión de una cuestión cuando está pendiente de resolución el fondo de la cuestión (esto es requerir la revisión de decisiones interlocutorias) y (3) plantear en sede judicial cuestiones nuevas que no formaron parte del procedimiento administrativo una vez que éste está agotado. La primera de estas situaciones ha sido resuelta --en general-- dentro de los estándares del leading Myers ya citado (189), esto es, requiriendo el agotamiento de la vía administrativa. La tercera se parece mucho a la primera y le son, por ende aplicables sus principios (190). Existen excepciones sin embargo cuando debe prevalecer la defensa del acusado frente a los formalismo del agotamiento de la instancia administrativa. Tal es lo resuelto, por ejemplo, en el caso McKart v. United States ya citado (191).

La segunda de estas tres posibilidades es la que ofrece mayores dudas. La regla general es que las decisiones interlocutorias no son revisables y así lo ha entendido la Corte en casos tales como Federal Trade Commission v. Standard Oil Co. of California (192). Se trataba aquí de un procedimiento iniciado por la Comisión en el cual se alegaba que ocho grandes compañías petroleras --incluyendo la Standard Oil de California-- habían producido una escasez de petróleo a nivel nacional. La empresa argumentó que el proceso no tenía base, que era el resultado de presiones políticas y sostuvo además que la ley que regulaba el funcionamiento de la Comisión (Federal Trade Commission Act), le exigía tener "razones para creer que la violación (a la ley) había ocurrido"(193). La compañía entonces, solicitó a la Comisión el retiro de su acusación y, ante la negativa de ésta, promovió una acción de nulidad. La Corte de apelaciones del Noveno Circuito entendió que la decisión de la Comisión --según la cual existían razones para creer que la ley había sido violada-- era de carácter definitivo (final), mientras que la Corte Suprema --mediante el voto del juez Powell-- rechazó el planteo de la Standard Oil pues adujo que no existía tal decisión final aun y, por ende, no se había producido el agotamiento de la instancia administrativa. Con

este fallo, la Corte estableció el principio de que sólo son judicialmente revisables las decisiones finales y no las interlocutorias.

La doctrina, sin embargo, señala que la regla establecida en este fallo no es absoluta y admite que en algunos supuestos las decisiones interlocutorias pueden ser judicialmente revisables. *AmanMayton* (194) se apoyan para ello en lo prescripto por la Secc. 704 de la APA cuando dice que "Las decisiones ... interlocutorias, que no sean directamente revisables judicialmente, lo serán luego de haber sido revisadas por una decisión final de la agencia administrativa". Según su criterio, la propia letra de la ley admite la existencia de decisiones interlocutorias directamente revisables y citan como ejemplo el caso *Pepsi Co, Inc. v. Federal Trade Commission* (195), resuelto por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (196). *BreyerStewart*, por su lado afirman que la doctrina en contra del gradualismo en la revisión judicial (*piecemeal review*) no es aplicable cuando --en el caso-- se requiere que los tribunales de alzada tracen una rápida u oportuna línea directriz en el procedimiento administrativo(197). Así en *Mathews v. Eldridge* (198), la Corte admitió que podían establecerse ciertas excepciones a la regla de irrevisabilidad de las decisiones interlocutorias (199), doctrina que ha mantenido más recientemente en *Bowen v. City of New York* (200). También lo ha hecho en aquellos casos en que la autoridad administrativa excede manifiestamente al obrar su competencia legal o constitucional (201).

#### G. Plazos de caducidad o prescripción.

A diferencia del sistema argentino en donde se distingue entre caducidad y prescripción, en el derecho de los Estados Unidos se emplea unívocamente la expresión *statutes of limitations* para designar los plazos (de días o de años) dentro de los cuales un procedimiento (acción, recurso) debe ser ejercido (202). Los plazos, cuando han sido establecidos, son perentorios y su no ejercicio obsta al trámite intentado, sin importar el derecho del reclamante en cuanto al fondo de la cuestión (203). Si bien la APA, no establece ninguno, el llamado Código Judicial prevé dos plazos diferentes para promover acciones contra los Estados Unidos: (1) seis años en el caso de acciones civiles y (2) años para acciones de daños y perjuicios (*tort claim*) (204) y se han estatuido además, períodos más breves en leyes especiales(205), los que son respetados por los tribunales aun frente a las quejas de los litigantes (206).

#### H. Conclusiones.

El examen del derecho administrativo de los Estados Unidos en comparación con el nuestro, pone de manifiesto una vez más las diferencias existentes entre el sistema del *civillaw* y del *commonlaw*, aun cuando uno y otro actúen --aparentemente-- bajo el mismo sistema constitucional. Mientras entre nosotros la ley ha pretendido regular con bastante precisión todos los supuestos posibles, lo cual no excluye --ni podría hacerlo-- la necesaria interpretación judicial, en el sistema norteamericano, por el contrario, la regulación legal es muy poco precisa. Se limita tan solo a establecer por un lado el derecho a obtener la revisión judicial de los actos administrativos (secc. 702) y por el otro a exigir previo a ello el agotamiento de la vía administrativa (secc. 704). Pero en modo alguno se han fijado reglas específicas para las excepciones, ni plazos generales en el procedimiento administrativo o para la promoción de la acción contencioso administrativa. En definitiva todo el sistema sigue descansando en la discrecionalidad con que los jueces lo administran. Existen una regla general que es la del agotamiento establecida, primero por vía jurisprudencial en *Myers* y luego recogida en la APA, pero a partir de allí son los jueces los encargados de establecer las excepciones, y parecería, que han hecho con ellas un catálogo abierto, susceptible de ser ampliado o restringido cuando cada caso en particular lo requiera.

#### IV. Fundamentos del agotamiento de la vía administrativa

##### A. Los fundamentos expuestos hasta ahora.

Explicados los sistemas de agotamiento de la vía administrativa en los párrafos precedentes, me referiré ahora a los fundamentos de esta exigencia para demandar al Estado nacional y sus entes autárquicos. Tal como dije al comienzo de este trabajo, este esfuerzo tiene sentido --a pesar de las muchas explicaciones que ha recibido a lo largo de su existencia-- pues la Corte Suprema en forma relativamente reciente, se ha ocupado nuevamente de la cuestión desde una óptica poco explorada hasta el momento. Antes de entrar en el análisis de la sentencia veamos cuáles son los fundamentos que se han expuesto hasta el presente. Los mismos son:

(1) Es un privilegio a favor de la Administración. Así lo ha entendido tradicionalmente la Corte Suprema y buena parte de nuestra doctrina por lo que ésta puede ser considerada la tendencia predominante. La Corte estableció este criterio en *Agustín Roca c. Gobierno nacional* (207) en estos términos: "El requisito del reclamo administrativo previo no está impuesto por la razón constitucional y de fondo que determinó el establecimiento de la competencia federal para las demandas en que la Nación es parte. Es un privilegio de la administración pública establecido con el objeto de sustraer a la Nación, en una medida compatible con la integridad de todos los derechos, a la instancia judicial"(208), criterio que repitió luego en *Zenon Perezlindo c. Gobierno Nacional* (209). También se ha dicho que el Estado nacional tiene el privilegio de oponerse al progreso de la acción cuando no se han cumplido los recaudos de la ley 3952 (210). En la doctrina, Bielsa decía --a comienzos de la década de 1960-- que la reclamación administrativa es uno de los privilegios tradicionales establecidos en todas las legislaciones, que tenía fundamento cuando la Nación había obrado como poder público en el acto o hecho motivo del juicio (211). Este fundamento ha sido muy criticado por Fiorini, pues dice que pretende presentar al Estado como un ente que siempre actúa justamente y por ende debe limitarse la intervención del Poder Judicial sobre sus actos (212). En la actualidad Tawil también ve en el requisito del agotamiento un privilegio de la Administración que persigue "únicamente otorgar al Estado la posibilidad de evitar un litigio"(213).

2 -- Conciliación previa entre Estado y particulares para evitar litigios. Esta era la vieja teoría sostenida por autores como Güenechea y Royo Vilanova (214). Así lo entiende más modernamente Grau (215) quien en general se expide a favor del agotamiento en términos elogiosos. Fiorini al comentar esta teoría hace ya treinta años sostenía que estaba destruida por la realidad judicial argentina que permite comprobar diariamente --decía-- que el Estado por medio de sus representantes actúa como cualquier particular y hasta sosteniendo tesis jurídicas perimidas o negando hechos notorios (216). Esta postura ha sido expuesta también más recientemente por Linares para quien "la razón que en nuestro derecho justifica la exigencia de un acto administrativo previo que cause estado o, por lo menos, una reclamación previa es la conveniencia política de filtrar las contiendas que lleguen a pleito, sea provocando una especie de conciliación administrativa, sea dando la oportunidad al Estado de reconsiderar el asunto (217). En igual sentido se expide Dromi quien reproduce textualmente este parecer (218).

3 -- Cuestiones técnico jurídicas. Esta teoría sostiene la necesidad del planteo de la reclamación administrativa previa como medio de obtener el dictado de un acto administrativo que posibilite el ejercicio de la función revisora del Poder Judicial (219).

4 -- Poder de la Administración para juzgar de sus propios actos: este fundamento ha sido expuesto por Grau (220) quien lo menciona junto al que indiqué en el punto (a) precedente. Agrega este autor que también tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en la esencia y fin de las potestades administrativas ejercidas en relación con el bien común.

5 -- Brindar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y eventualmente evitar un error; promover la especialización de las decisiones. Así lo entiende Mairal quien apunta que su función básica es la de brindar a la Administración una oportunidad de pronunciarse sobre la pretensión del particular antes de la intervención del Poder Judicial (221). Así lo entienden también en los Estados Unidos AmonMayton (222), quienes --con fundamento en las decisiones de los tribunales federales-- agregan que ello favorece la especialización de las decisiones (223). Todos estos argumentos han sido resumidos en general por la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito(224) en lo siguiente: 1) promover la eficiencia administrativa evitando la interferencia prematura en el procedimiento administrativo; 2) respetar la autonomía administrativa permitiendo al organismo administrativo la oportunidad de corregir sus propios errores; 3) facilitar la revisión judicial poniendo a disposición de los tribunales el beneficio de la experiencia y pericia del organismo administrativo; y 4) propender a la economía judicial haciendo que el organismo administrativo compile el registro de hechos en el expediente(225).

#### B. Los fundamentos del caso Serra.

Sin referirse a ninguno de estos fundamentos la Corte al fallar --26 de octubre de 1993-- la causa *Serra c. Municipalidad de Buenos Aires* citada más arriba (226), produjo un nuevo argumento en torno a la fundamentación del agotamiento de la instancia administrativa, basado esencialmente en la división de poderes del Estado (227). Antes de analizar este caso creo necesario recordar que en *Sindicato de Trabajadores de la*



Industria Lechera (228) esta cuestión ya estaba insinuada --muy embrionariamente-- en el dictamen del Procurador doctor Enrique Pertracchi, el que luego fue confirmado por la Corte. Sin dar mayores fundamentos el dictamen sostiene que, una sentencia que revoca el pronunciamiento emanado de un órgano inferior de la administración, sin haberse producido el agotamiento de la vía administrativa excede su competencia legal y vulnera la separación de poderes (229).

En Serra se trataba de un demanda promovida por un particular por cobro de honorarios por la dirección e inspección de una obra contratada por la Municipalidad que luego no fue ejecutada. En primera instancia la acción fue rechazada por considerarse que se había producido la caducidad de la instancia para accionar contra el municipio(230), sentencia que fue revocada por la Cámara de Apelaciones --con fundamento en la doctrina de Mevopal (231)-- pues el tribunal entendió que dado que se trataba de una relación contractual entre las partes, no eran aplicables las normas de la LPA relativas a los plazos de caducidad y al agotamiento de la vía administrativa(232). Contra esta decisión la Municipalidad planteó recurso extraordinario, de modo que el tribunal tenía ante sí --tal como el mismo fallo lo dice-- dos cuestiones a resolver: (a) si la sentencia que deniega la excepción de caducidad de la acción procesal administrativa asume la calidad de definitiva en orden a la intervención de la instancia extraordinaria y (b) si a la luz del principio de la división de poderes están reunidas las condiciones bajo las cuales el Estado puede ser llevado a juicio (233). Como puede apreciarse ya desde el comienzo de la sentencia, el problema del agotamiento de la instancia administrativa queda ubicado en el marco de la división de poderes.

En punto a la primera cuestión la Corte reconoce al comienzo de la sentencia que "el remedio federal es improcedente cuando se trata del rechazo de la excepción de prescripción [pues no se trata de una decisión final] calidad que no poseen las que están sometidas a un resolución ulterior que puede disipar el agravio que de ellas deriva". Reconoce asimismo que "las cuestiones de derecho público local --como es la ocurrente-- carecen por principio de entidad bastante para habilitar la intervención de esta instancia federal (234). Sin embargo en el considerando siguiente sostiene que "existe mérito suficiente para habilitar esta instancia a la luz de la interpretación dada de su oportunidad a los alcances de la reforma introducida al art. 280 del Cód. Procesal"(235). Agrega también que, si bien las razones por las que no debe ser revisada en instancia extraordinaria una sentencia que rechaza una excepción de prescripción (ausencia de decisión final) son extensibles a la que se refiere a la excepción de caducidad de la acción contenciosoadministrativa, "este instituto guarda, empero, particularidades que lo diferencian de la prescripción y que conducen a la necesidad de establecer si aquella doctrina es aplicable a situaciones como la que aquí se trata"(236). Sin resolver esta cuestión planteada --pues a partir de allí el fallo se dedica, a lo largo de doce considerandos, al problema del fundamento del agotamiento de la vía administrativa-- el tribunal vuelve sobre el problema hacia el final de la sentencia. Y dado que finca el problema en una cuestión de orden constitucional --la división de poderes-- establece a partir de allí sin más argumentación que "el rechazo de la excepción de caducidad asume para la Administración Pública ... el carácter de una resolución definitiva puesto que aparece gravamen suficiente a la luz de la Constitución Nacional para tomar procedente el recurso extraordinario, ya que se encuentra en juego la aplicación de un prerrogativa administrativa que, de resultar vigente para el caso, obstaculiza la habilitación de la competencia judicial revisora de los actos administrativos (237).

Establecida esta cuestión que le permite entrar en el fondo de la cuestión, la Corte sostiene que en el caso no era aplicable el plazo de caducidad de la acción contencioso administrativa pues "el derecho a accionar judicialmente para obtener el reconocimiento del crédito que invoca la actora nació [del] contrato que celebraron y no del acto administrativo que rechazó su petición en la medida en que ésta en nada afecta a los términos de la relación jurídica originalmente establecida entre los contrantes". De allí concluye en que "para dilucidar tal cuestión (el requerimiento de pago efectuado) será en todo caso el contrato y no la negativa de pago lo que deberá ser la guía principal para la decisión que en su momento tome el juez de la causa"(238). Por ello concluye en que no era necesario deducir la acción dentro del plazo de caducidad para la impugnación de los actos administrativos sino dentro del plazo de prescripción de la acción ordinaria (239). De tal suerte confirma la sentencia recurrida.

Votaron en disidencia --en un muy breve decisorio-- los jueces Belluscio y Petracchi. Consideraron sencillamente que el recurso extraordinario de la Municipalidad de Buenos Aires era improcedente por estar

dirigido contra una sentencia no definitiva. En mérito a lo que diré más abajo considero que ésta --de haber sido compartida por la mayoría-- hubiera sido la decisión más acertada y se habría evitado con ello la producción del extenso obiter que trasunta --en definitiva-- el fallo comentado. En mi opinión, el razonamiento expuesto para abrir el recurso extraordinario en este caso merece las siguientes observaciones:

a. El consid. 5° dice que es necesario establecer --a los efectos de la admisión del recurso extraordinario-- las particularidades que diferencian el pronunciamiento que resuelve una excepción de caducidad, del que resuelve una de prescripción, pero nunca llega a establecer dichas diferencias. El consid. 18 (240), que podría haber sido el lugar indicado para establecer esta cuestión no la menciona.

b. Las razones por las que se considera definitivo --en términos del recurso extraordinario-- el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones son dogmáticas y ajenas por completo a la cuestión eminentemente procesal que el problema encierra. En efecto, según la Corte el decisorio es definitivo "puesto que aparece gravamen suficiente a la luz de la Constitución Nacional... ya que se encuentra en juego una prerrogativa administrativa". Si mal no tengo entendido, una sentencia es definitiva a los efectos del recurso extraordinario cuando resuelve el fondo de la cuestión o cuando produce un gravamen no susceptible de reparación posterior (241). Asimismo la Corte, desde Jorge Antonio (242), ha suspendido la exigencia de este requisito cuando en el caso se da una cuestión de gravedad institucional que permite la flexibilización de los recaudos procesales del recurso.

Sin embargo, en el presente caso la Corte reconoce que no se trata de una sentencia definitiva en sentido propio, ni menciona tampoco que se halla producido con la decisión recurrida un gravamen insusceptible de reparación ulterior. Por el contrario, me pregunto, qué daño puede haber en abrir una instancia judicial a favor del administrado, si con ello sólo se procura el cumplimiento del principio in dubio pro actione de reconocida vigencia en el procedimiento de revisión judicial de los actos administrativos (243). Diferente es el caso en el cual la sentencia que resuelve la excepción de caducidad o prescripción lo hace a favor de éstas, pues aquí sí la decisión obstaculiza la prosecución de la acción y adquiere el carácter de definitiva como lo ha reconocido la Corte (244). Por ello no veo de qué manera el rechazo de la excepción de caducidad puede producir para la Administración un gravamen que requiera de la apertura de la instancia extraordinaria. El único resultado negativo para la Administración en este caso es tener que continuar con el proceso judicial hasta su finalización, lo cual en última instancia redundaría en beneficio de la defensa de los derechos del administrado.

Por último, y aun cuando fuera correcto que el problema del agotamiento de la vía administrativa fincara en la división de poderes, lo que pone el análisis en el plano constitucional, debo señalar que ello no le confiere carácter definitivo al decisorio. No confundamos una cuestión procesal --el carácter definitivo o interlocutorio de una sentencia-- con la necesidad de acudir a la interpretación de un punto de la Constitución. De lo contrario cada vez que apareciera el texto constitucional de por medio sería procedente el recurso extraordinario. Ello supondría el olvido de que para la procedencia de aquél hacen falta dos requisitos procesales, sentencia definitiva y superior del tribunal de la causa, y uno de fondo, la cuestión federal.

c. Para abrir el recurso se acude --en el consid. 4°-- a la interpretación que debe darse al mecanismo de rechazo discrecional del recurso extraordinario que la Corte puede emplear a tenor del art. 280 del Cód. Procesal, con cita de la opinión disidente de los jueces Moliné O'Connor y Petracchi en la causa Ekmekdjian. Lo curioso es que el juez Petracchi, en el fallo motivo de este comentario, voto en disidencia y propició el rechazo del recurso extraordinario.

Veamos ahora como establece la Corte el fundamento del agotamiento de la vía administrativa. Como ya señalé, lo primero que aparece con absoluta nitidez es que la Corte manifiesta desde el comienzo que dicho fundamento está en la división de poderes. Esto se advierte cuando dice que va a examinar "si a la luz del principio de la división de poderes... están reunidas las condiciones bajo las cuales el Estado puede ser llevado a juicio" (245). Tengo la impresión --pero ésta es meramente intuitiva-- que la Corte en realidad quería encontrar en la división de poderes el fundamento del agotamiento en la división de poderes. Y lo creo así por tres motivos: (a) por la estructura del razonamiento el cual parte de una premisa dada que luego se intenta demostrar a lo largo del fallo; (b) porque prácticamente todo el fallo es en definitiva un obiter que le permite a la Corte establecer este

fundamento. Lo más sencillo --ya que iba a confirmarse el fallo de la instancia anterior-- era sostener que el pronunciamiento no era definitivo --como que no lo era-- y rechazar el recurso. Sin embargo el tribunal fuerza la interpretación y abre el recurso. ¿Con qué objeto? Intuyo --insisto: sólo lo intuyo-- que con el objeto de producir su obiter y (c) porque no existe una sola cita de todos los fundamentos que anteriormente se han dado para explicar la necesidad del agotamiento.

Es curioso que una cuestión tan trabajada en la doctrina y jurisprudencia, no suscite en la Corte la necesidad de dedicarle un solo considerando al menos para rebatir la opiniones dadas.

Luego de efectuar su primer afirmación, la Corte dedica los consids. 7 a 17 para fundarla. Los argumentos que expone a tal fin son:

(a) Que los plazos de caducidad para promover la acción contencioso administrativo constituyen una prerrogativa propia de la Administración para que en virtud de los postulados del Estado de Derecho entre los que se encuentran la justiciabilidad del Estado y la división de poderes ella pueda estar en juicio [\(246\)](#).

(b) Que por derivación del principio de la división de poderes, la demandabilidad del Estado debe verificarse en condiciones tales que las funciones estatales no se vean afectadas por las demandas de los particulares pero que tampoco las garantías de los particulares se menoscaben por privilegios que se tornen írritos a la luz del texto constitucional [\(247\)](#).

(c) Que el sustento jurídico de los plazos de caducidad deriva del régimen exorbitante del derecho privado y se justifica por la necesidad de dar estabilidad a los actos administrativos [\(248\)](#).

(d) Que la habilitación de la instancia judicial para demandar al Estado aparece como el tributo que la propia Constitución en su art. 100 (actualmente el 116) confiere el órgano judicial para juzgar a los otros poderes [\(249\)](#).

(e) Que cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa la cuestión queda incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional [\(250\)](#).

(f) Que la actuación del Poder Judicial en situaciones donde se produjo la caducidad de la acción procesal administrativa violaría la división de poderes. Es aquí donde la Corte encuentra la diferencia entre la prescripción y la caducidad ya que producida esta última se impone al juez el especial mandato de no intervenir. De ello se deduce --a mi criterio-- que la primera a juicio del tribunal es renunciable por el Estado, mientras que la segunda no [\(251\)](#).

(g) Que nuestro sistema se basa en una amplia revisión judicial de los actos administrativos, pero la misma está sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción que permiten que sea la propia Administración quien resuelva --previamente-- sus conflictos jurídicos [\(252\)](#).

(h) Que esta finalidad lógica del sistema --basada en la división de poderes-- no se ve empañada por la eventual duración de la tramitación judicial [\(253\)](#).

(i) Que lo dicho anteriormente constituye una aplicación razonable de la división de poderes que opera sincrónicamente con el principio pro actione derivado del art. 18 de la Constitución [\(254\)](#).

(j) Que esta prerrogativa de la administración puede ser renunciada por ella expresa o tácitamente [\(255\)](#).

C. Crítica de estos argumentos.

No comparto lo afirmado por la Corte. De la argumentación expuesta se advierte --en forma inmediata-- una contradicción. Según el tribunal la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa y su consecuencia principal, esto es, la habilitación de la instancia judicial, constituye una prerrogativa de la Administración que deriva y se fundamenta en la división de poderes. Esto supone que la Corte entiende que la división de poderes establecida como garantía para proteger los derechos individuales, puede generar una prerrogativa de derecho público a favor de la Administración. Realmente no veo de qué manera una prerrogativa de la Administración puede fundarse en los postulados del Estado de Derecho. Por el contrario, esta prerrogativa constituye una de las excepciones a la regla general de la justiciabilidad del Estado.

Esta afirmación del tribunal se torna más contradictoria aun cuando se reconoce por un lado el carácter de privilegio que la prerrogativa puede tener (ver punto b) y por el otro que deriva del régimen exorbitante del

derecho privado (punto c). Esta prerrogativa privilegio de la Administración constituye un valladar --de mero rango legal-- establecido como medio de permitir a aquella la revisión de sus propias decisiones y funciona, precisamente, en contra de la división de poderes que tiene como finalidad evitar la concentración del poder en un solo órgano. Precisamente la división de poderes tiene como ratio que "todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de próceres o de los nobles o del pueblo ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares" [\(256\)](#).

Asimismo no parece acertado afirmar que la habilitación de la instancia judicial sea un "atributo" que la Constitución le confiera al Poder Judicial para juzgar a los otros poderes. No sólo no es un atributo del Poder Judicial, sino que es una limitación legal de su competencia constitucional. Tampoco es cierto que produzca la caducidad de la acción contencioso administrativa la pretensión quede incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes (punto e). La delimitación de la zona de reserva de la Administración no depende de la actividad que ejerzan los particulares. Ella constituye un conjunto de competencias propias de aquella que derivan directamente de la Constitución, respecto de la cual no existe injerencia de los otros poderes cuando actúan de oficio. Pero es indudable que cuando la Administración obre dentro de dicha zona y dicta por ejemplo un reglamento autónomo el mismo es revisable judicialmente. De modo tal que no puede confundirse zona de reserva con irrevisibilidad judicial por expiración del plazo de caducidad.

Por último lo indicado en los puntos (f) y (j) también es objetable. Se afirma primero que una de las diferencias fundamentales entre caducidad y prescripción es que una vez operada la primera el juez no puede intervenir pues de lo contrario violaría la división de poderes. Luego se dice que la excepción de caducidad es renunciable por la Administración. ¿Me pregunto si la caducidad está fundada en la división de poderes puede ser renunciable? Parece que no. Es cierto que es renunciable como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades [\(257\)](#) y la propia sentencia se encarga de recordarlo con cita de un caso reciente [\(258\)](#), pero tal carácter no puede derivar de una garantía constitucional establecida a favor de un particular --nadie puede renunciar a lo que no tiene establecido a su favor-- sino de la condición de prerrogativa a favor de la Administración que la caducidad posee.

D. Un viejo privilegio que sobrevive.

Para entender cuál ha sido y sigue siendo el fundamento del agotamiento de la instancia administrativa es necesario retrotraerse históricamente al momento de su nacimiento. La Constitución estableció originariamente en el art. 97, que corresponde a la justicia federal entender en los asuntos en que la Nación [\(259\)](#) sea parte, disposición ésta que luego se convirtió en el art. 100 con la reforma de 1860 y ha pasado a ser el 116 con la enmienda de 1994.

Quedó así establecido --desde el texto constitucional-- que el Estado podía intervenir en procesos judiciales. La primera duda que se planteó en este terreno fue si podía además actuar como demandado o sólo como actor. Este debate tuvo lugar con la sanción de la ley 48 (Adla, 1852 1880, 364) donde los diputados Gorostiaga y Elizalde sostuvieron la tesis de la indemandabilidad de la Nación frente a la tesis de la demandabilidad defendida por Vélez Sársfield y Zavalía [\(260\)](#). Si bien en el texto literal de la ley no triunfó expresamente ninguna de las posiciones enfrentadas [\(261\)](#), la Corte Suprema luego dio la razón a los primeros cuando estableció el requisito de la llamada "venia legislativa" para demandar a la Nación. Luego de un primer caso en el que aceptó tácitamente la demandabilidad del Estado [\(262\)](#) --aun cuando la demanda por el fondo de la cuestión fue rechazada [\(263\)](#)-- la Corte inmediatamente cambió de criterio [\(264\)](#) y estableció --en una causa en la que se reclamaban haberes por mayor tiempo de servicio en el Ejército-- la indemandabilidad del Estado sin su previo consentimiento fundada en la soberanía de aquél [\(265\)](#). Poco después fue confirmada esta doctrina [\(266\)](#) la que luego fue repetida en casos posteriores [\(267\)](#). Fue así convalidada jurisprudencialmente la doctrina de la necesidad de contar con la venia legislativa previa para demandar al Estado nacional.

Dado que este sistema --al multiplicarse los reclamos-- exigía una actividad legislativa adicional, el Congreso en 1900 dictó la ley 3952 de Demandas contra la Nación por medio de la cual, en definitiva, delegó en el Poder Ejecutivo la autorización para que el Estado actúe en juicio como demandado. No es frecuente --y tal vez inédito-- que se intente interpretar la sanción de la ley 3952 como un acto de delegación del Congreso en el Poder Ejecutivo, pero creo que esta construcción tiene un alto grado de certeza y ayuda a entender --no necesariamente a

justificar-- la doctrina de la soberanía como fundamento de la venia legislativa. Veamos.

El Estado nacional como ente dotado de inmunidad soberana --decía la teoría-- no puede ser demandado ni responsabilizado por sus actos o hechos. Pervivía aquí la confusión entre soberanía e impunidad del Estado (268), noción derivada en gran medida del derecho divino de los reyes (269) muy difundida hasta mediados del siglo XX (270) y que en materia expropiatoria tuvo fundamento en la doctrina del dominio eminente(271) aceptada por la jurisprudencia norteamericana(272). Sin embargo, la aplicación rígida de la citada inmunidad soberana habría quebrado el principio de Estado de Derecho haciendo del sistema republicano de la Constitución una monarquía absoluta. Era necesario entonces que alguno de los poderes del Estado descorriera el velo de aquélla para permitir el acceso de los particulares al litigio contra el Estado. De los tres poderes, evidentemente, el único que tenía posibilidad de hacerlo era el Congreso por su carácter de representante del pueblo (Cámara de Diputados) y de las provincias (Senado). Fue así que, en un estadio todavía primitivo de la cuestión, se recurrió al dictado de una ley para cada caso. Sin embargo --al igual que ha ocurrido en todos los casos en que se ha hecho presente la delegación-- la multiplicación de los reclamos hizo necesario que el Congreso, para no verse recargado con esa tarea, transfiera esa potestad a quien en realidad producía la mayor cantidad de litigios. Y lo hizo a través del dictado de una ley por medio de la cual, en definitiva, dictó una "venia legislativa general" que le permitió delegar en el Poder Ejecutivo el hacerse cargo del trámite de reclamo administrativo previo (273). Así, dictada esta venia general, quedó el Presidente autorizado para concederla en cada caso en particular.

Claro que la evolución y posterior abandono del principio de inmunidad soberana del Estado en otros campos no fue luego acompañado por la legislación procesal administrativa. Hoy día, por ejemplo, podemos comprobar la evolución que se ha operado en materia de responsabilidad del Estado donde hemos partido de un sistema de irresponsabilidad mantenido prácticamente hasta el caso Devoto en 1933 (274) y llegado a reconocimiento amplio de la misma (275). De haber seguido el procedimiento administrativo esta misma evolución habría eliminado --a fuerza de ser coherente-- la reclamación administrativa previa como regla. Sin embargo en 1972 fue dictada la LPA que, lejos de eliminarla la reinstauró en sus art. 30, 31 y 32, sin derogar el sistema de la ley 3952. Esta ley ha significado, en lo que al reclamo administrativo se refiere, una nueva delegación del mismo tenor que la operada con la ley 3952. Ello significa que en la actualidad y abandonado ya el principio de la inmunidad soberana del Estado, la exigencia del reclamo administrativo previo sobrevive tan sólo como un mero privilegio en favor de aquél, tal como lo han señalado muchos de los autores a los que me he referido más arriba. De allí que autores como Gordillo llegan a decir respecto del reclamo administrativo "que es inevitable enfrentarse con la verdad, en tanto requisito previo a la demanda es un ritualismo inútil en todos los casos de ineficacia cierta"(276).

De modo tal que la división de poderes lejos de constituir la razón de ser del agotamiento de la vía administrativa es su contracara, su excepción. Recordemos --pues ello parece necesario a esta altura-- que la división de poderes no es un sistema establecido a favor del Estado, es un principio del derecho constitucional destinado a la protección de los derechos individuales. No podemos extraer de ella --entonces-- ninguna prerrogativa a favor de la Administración. Las prerrogativas de esta última nacen de su condición de poder público algunos de cuyos límites están impuestos, precisamente, por la división de poderes. De modo tal que cuando un poder es incompetente para ejercitar una facultad que corresponde a otro, el impedimento no se genera en beneficio de este último sino que tiene como destinatario al individuo.

Muy diferente es el caso de la acción de lesividad que sí tiene a mi juicio fundamentos constitucionales evidentes en la división de poderes y en la garantía de defensa en juicio (277).

La Constitución ha establecido el principio de que los actos de los poderes ejecutivo y legislativo son revisables judicialmente. Como garantía de los derechos individuales los particulares tienen asegurado que un poder independiente será quien juzgue acerca de la validez de los actos de los otros poderes. Esta vieja conquista del constitucionalismo cuya raíces remotas llegan hasta el Bonham case de la Inglaterra de Isabel I (278) y son respetados por los actuales comentaristas de ese país (279), se han trasladado hasta nuestro días en forma universal. Precisamente una de las mayores prevenciones que provoca la autorrevisión que la Administración práctica de sus actos es el apartamiento de la regla *nemo iudex in causa sua* (a nadie puede reconocerse la condición de verdadero juez cuando decide sobre su propia causa). De allí que García de Enterría y Fernández, al recordar este principio, sostengan que los recursos administrativos son una garantía a favor del administrado pero

una garantía limitada pues la revisión judicial posterior es esencial (280). Por igual motivo la Corte, al declarar la validez constitucional de los tribunales administrativos, ha exigido como requisito un control judicial posterior suficiente, esto es, sobre los hechos y sobre el derecho (281). De modo pues que pretender que la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa tiene algún fundamento constitucional en la división de poderes es desconocer que el mismo fue establecido por vía legal como excepción a dicho principio. Se trata, como dije en párrafo anterior, de un viejo privilegio que ostenta la Administración, resabio de su ya abandonada inmunidad soberana la cual sobrevive en los Estados Unidos por virtud de una cláusula constitucional(282) que nunca fue incorporada a nuestro derecho (283). Es un viejo privilegio --perdón por la insistencia-- al cual hoy día se le han encontrado algunos beneficios --teóricos-- que permiten su mantenimiento (284).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Bien es sabido que la Corte Suprema ha establecido, a través de numerosos pronunciamientos, que la competencia de los tribunales federales se halla limitada a las causas que taxativamente establece el art. 100 (hoy 116). Las líneas directrices de este asunto arrancan en los Estados Unidos con el "leading Marbury vs. Madison", 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) donde fue establecida la imposibilidad de ampliar los casos de competencia originaria de la Corte. Se dijo que allí que si el Congreso pudiera ampliar los casos de jurisdicción federal, el art. III carecería de significado. Claro está que ello dependerá en gran medida de que el art. III sea considerado techo o piso de la jurisdicción federal. Esta cuestión también fue respondida en otro fallo donde se ratificó la interpretación estricta de la norma constitución en cuestión, cuando se prohibió que una ley federal diera competencia a los tribunales federales para entender en pleitos entre extranjeros, ya que el art. III sólo habla de pleitos entre ciudadanos y extranjeros, "Hodgson vs. Bowerbank", 9 U.S. (5 Cranch) 303 (1809). De todos modos, a pesar de que estas líneas directrices son claras --Tribe--, por ejemplo, las establece como una regla, si bien se hace cargo de la existencia del caso que analizaré más abajo (TRIBE, Laurence, "American Constitutional Law", 187/188 y nota 59, The Foundation Press, Inc., 2nd. ed., New York, 1988), hay un caso que en apariencia las oscurece. En la actualidad ya no se discute que, a los efectos de la jurisdicción federal, el Distrito de Columbia es considerado un estado más, como lo es también Puerto Rico (Ello está expresamente legislado, para ambas jurisdicciones, en la Sección 1332 (d) del Título 28 del USC) pero cuando el Congreso legisló esta cuestión por primera vez, se suscitó una controversia. El problema fue analizado en el conocido caso National Mutual Ins. Co. vs. Tidewater Transfer Co., 337 U.S. 582 (1949) nacido como consecuencia de que una ley del Congreso autorizó a los tribunales federales a intervenir en asuntos litigiosos entre los ciudadanos del Distrito de Columbia y los ciudadanos de otros estados. Como consecuencia de ello, ante un tribunal de distrito de Maryland se planteó una demanda --vinculada con un contrato de seguro-- entre una compañía con domicilio en el Distrito de Columbia y otra con domicilio en Virginia. En primera instancia el caso fue rechazado, al ser declarada inconstitucional esta ley ya que, según una antigua jurisprudencia establecida en Hepburn & Dundas vs. Ellezey, 6 U.S. (2 Cranch) 445 (1804) el Distrito de Columbia no es un estado, de modo tal que al haber autorizado el Congreso a los tribunales federales a intervenir en litigios que no se entablen entre ciudadanos de diferentes estados, habría ampliado el contenido del art. III de la Constitución. La Corte, en un fallo dirigido por el juez Jackson y por una mayoría compuesta de manera bastante particular, revocó la decisión de la corte de distrito, sin que llegara a haber un pronunciamiento mayoritario sobre la cuestión analizada. En la Argentina, hemos seguido una línea similar. La Corte, a través de jurisprudencia reiterada --la que ha sido recibida pacíficamente por la doctrina: véase por ejemplo, GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Derecho Constitucional Argentino", Ed. Lajouane & Cía., 3ª ed., t. III, p. 455, Buenos Aires, 1930; ZAVALIA, Clodomiro, "Derecho Federal", t. I, p. 298, Cía. Argentina de Editores, 3ª ed., Buenos Aires, 1941; ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. II, p. 499, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1957; BIELSA, Rafael, "Derecho Constitucional", p. 720, Ed. Depalma, 3ª ed., Buenos Aires, 1959; PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. II, p. 466, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987; BIDART CAMPOS, Germán J., "La jurisdicción federal", ED, 18-711, esp. p. 517 y "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", t. II, p. 377, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986; D'ALBORA, Francisco, "La justicia federal, su competencia penal", p. 37, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968; HARO, Ricardo, "La competencia federal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 90 --ha sostenido que la enumeración de

causas mencionada en el art. 116 (ex 100) es taxativa y no puede ser ampliada por ley. Ello emana del principio, reconocido desde siempre por la Corte Suprema, de que la competencia de los tribunales locales es ordinaria y se extiende a todos los casos que no se hallan comprendidos en la que ha sido delegada al Poder Ejecutivo de la Nación. Por consiguiente para separar a los tribunales locales del conocimiento de una causa y someterla al fuero de excepción, es condición indispensable que la competencia de aquellos se halle cumplidamente acreditada, pues de lo contrario se daría un caso de usurpación (Ferré c. Provincia de Corrientes, Fallos 1:364; 1864). En virtud de ello, se ha dicho también que, aunque la jurisdicción que corresponde a los tribunales de la Nación es privativa y excluyente de la de los juzgados de Provincia, en las causas que especifican los arts. 1, 2 y 3 de la ley 48, es también una jurisdicción especial que no puede por interpretación extenderse a casos que no están expresamente señalados (Banco de Londres y Río de la Plata del Rosario c. Rivadeneira, Fallos:10:134; 1871). En virtud de estos principios fue decidido, por ejemplo, el caso José Ventura Montaña, Fallos 9:382 (1870) en el cual la Corte expresó que la facultad conferida a los jueces locales por el art. 3 de la ley 48 para aprehender reos por delitos de jurisdicción federal cometidos en su propio territorio, convirtiéndolos así en agentes del gobierno de la Nación, no puede, sin embargo, ser análogamente extendida a los jueces nacionales, pues ello extralimitaría sus funciones fuera de la línea trazada por la Constitución "porque los de la Nación, no pueden ensanchar, bajo pretexto alguno, la esfera limitada que la Constitución les ha trazado". De igual modo fue entendido que el atentado perpetrado contra el Presidente Sarmiento en 1873 --siendo un delito que amenazaba la seguridad de la Nación--, no podía sin embargo ser juzgado por los tribunales federales, ya que no estaba contemplado dentro de los delitos enumerados en el inc. 3 del art. 3º de la ley 48 (Fallos 14:26; 1873. El procurador Francisco Pico, se había pronunciado, sin embargo, por la competencia de la Justicia Federal ver Fallos 14 en p. 29). Con un espíritu similar --aunque más correctamente a mi juicio-- al sancionarse la ley 7029 (de residencia de extranjeros o de defensa social), que atribuía a la jurisdicción federal delitos de diversa naturaleza, entre ellos algunos de carácter común, la Corte declaró competente la justicia local de la Capital, frente a una contienda negativa de competencia, para entender en un atentado perpetrado en el teatro Colón, ya que se trataba de un delito común (Fallos 113-263; 1910). "Que si hubiera de darse el art. 32 de la ley 7029 (Adla, 1889-1919, 787) --dice la Corte-- el alcance amplio de que todos los delitos reprimidos por ella, sin distinción de instituciones o de personas ofendidas, ni de lugares de ejecución, son de competencia de los jueces federales, se habría investido a éstos en la Capital Federal y provincias de una jurisdicción no más restringida, sino por el contrario más extensa de lo que el Congreso puede conferirle, desnaturalizando su misión, por el mismo hecho de convertirlos en jueces del fuero común". También, cuando apareció la ley 9688 de accidentes de trabajo (Adla, LI-D, 3914) si bien sus disposiciones no estaban comprendidas dentro de las facultades que al Congreso atribuye el art. 67, inc. 11, la Corte tuvo en claro que se trataba de una ley de derecho común y ajena, por ende a la aplicación por parte de los tribunales federales (Cía. de seguros La Inmobiliaria, Fallos: 126:325; 1917). Según expreso mandato de la Corte, en este caso, "las leyes que dicta el Honorable Congreso, no pueden acordar a los tribunales federales una jurisdicción más extensa que la conferida por la Constitución, pudiendo sí restringirla con arreglo a la cláusula pertinente del art. 101 de la misma". Más recientemente, se ha sostenido en concordancia con casos arriba citados, que la jurisdicción competente para entender en causas criminales derivadas de la aplicación de leyes especiales como el dec.-ley 788/63 y la ley 20.840 (Adla, XXIII-A, 58; XXXIII-C, 3611), denominada de Seguridad de la Nación es la local y no la federal, si el delito cometido no afecta la seguridad de la Nación (Incendio Finca Calle Morón 4050, Fallos: 256:317; 1963 y Enrique, José I. y otros, Fallos: 302:1209; 1980 --La Ley, 112-526; 1981-A; 414--).

(2)La conocida doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables" ha dado lugar en los Estados Unidos y aquí en la Argentina a un amplio debate. Para su tratamiento me remito al Capítulo IV de mi Control de Constitucionalidad (Ed. Abaco, Buenos Aires, 1992), sin perjuicio de otras muchas exposiciones sobre lo particular (e.g., MAIRAL, Héctor, "Control judicial de la administración pública", t. I, p. 461 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984; TAWIL, Guido, "Administración y justicia", t. II, p. 269 y sigtes. --La Ley, 112-526; 1981-A, 414--, ed. del autor, Buenos Aires, 1993; en los Estados Unidos puede verse el clásico trabajo de HENKIN Louis, "Is there a Political Question Doctrine?", 85 Yale Law Journal 597; 1976).

(3) Esta autorización al Congreso para imponer limitaciones al ejercicio de la competencia de los tribunales federales ha dado lugar a una compleja trama de relaciones, entre ambos poderes, de la que me he ocupado en un trabajo anterior: BIANCHI, Alberto B., "Los poderes del Congreso para crear y limitar la jurisdicción de los Tribunales Federales", LA LEY, 1992-A, p. 863.

(4) SERRA, Fernando H. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, S. 182.XXIV; 26/10/1993.

(5) Ya estaba insinuada en Sindicato de los Trabajadores de la Industria Lechera, Fallos 288:398 (1974). Ver "infra" punto IV-B, La Ley, 1975-A, 777-52111-S.

(6) La noción de acto administrativo que causa estado fue desarrollada --en una obra seminal sobre el tema-- por LINARES, Juan F., "Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación", p. 23 y 24, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1946, cuyos lineamientos han sido seguidos por nuestros más eminentes administrativistas, entre ellos CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo", p. 396, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974; y COMADIRA, Julio, "La anulación de oficio del acto administrativo", la denominada "cosa juzgada administrativa", p. 138, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981. De este último autor puede verse también: "Acto administrativo municipal", p. 136, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

(7) Ello ha generado diferentes interpretaciones doctrinales acerca de la relación que existe entre ambas vías, tema del cual me ocuparé en el punto II-D de este capítulo.

(8) Es bien conocida entre nosotros la crítica iniciada por Linares y seguida luego por Mairal --entre otros-- acerca del intento de incorporar a nuestro derecho público --regido por una constitución de inspiración norteamericana-- un sistema de raíces diferentes como es el derecho administrativo español. De ello me ocuparé más abajo (nota 142) cuando justifique el porqué del estudio en este trabajo del sistema estadounidense de agotamiento de la vía administrativa.

(9) Infra punto IV-A.

(10) R.N., 1900, t. III, p. 288; Adla, 1889-1919, 490.

(11) B.O., 17/10/1932; Adla, 1920-1940, 268.

(12) Recordemos que existía todavía la vieja doctrina de la doble personalidad del Estado cuya exposición continuaba siendo efectuada por Bielsa a mediados de este Siglo: BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, p. 112 y sigtes., Ed. El Ateneo, 4ª ed., Buenos Aires, 1947.

(13) Caben respecto de esta ley las mismas reflexiones efectuadas respecto de la ley 3952 acerca de la delegación.

(14) PEARSON, Marcelo M., "Reclamos administrativos. Otras vías administrativas", ED. 66-751.

(15) DIEZ, Manuel M., y HUTCHINSON, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo (lo contencioso



administrativo)", p. 100, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, posición luego reiterada por Hutchinson al sostener que la ley 3952 debe utilizarse para las acciones civiles contra el Estado, mientras que la LPA debe emplearse para las acciones y recursos administrativos como norma general (Ley Nac. de Procedimientos administrativos - Ley 19.549 Comentada Anotada y Concordada con las normas provinciales), t. I, p. 534, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985,

(16)Art. 32, inc. d), LPA.

(17)MAIRAL, "Control judicial", cit., t. I, p. 357; TAWIL, "Administración y justicia", cit., t. II, p. 154.

(18)"Las normas del procedimiento ... se aplicarán ante la administración pública nacional, centralizada y descentralizada inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad" (art. 1°).

(19)Decreto registrado bajo el n° 20.003 nacido como fruto de la persistente labor de Bielsa (conf. FIORINI, Bartolomé, "Procedimiento administrativo y recurso jerárquico", p. 111, Ed. Abeledo Perrot, 2ª ed., 1971.

(20)Como estudio de carácter histórico acerca de este recurso puede verse: BIELSA, Rafael, "El recurso jerárquico", 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1958.

(21)Conf. TAWIL, "Administración y Justicia", cit., t. II, p. 145.

(22)De esta cuestión me ocuparé específicamente al referirme al reclamo administrativo, "infra".

(23)TAWIL, cit., p. 146.

(24)Si lo hubiera el particular debe acudir a la vía impugnatoria. Ello genera algunas dudas acerca de la relación existente entre ambas vías, tema del que me ocuparé "infra" II-D.

(25)PEARSON, Marcelo M., "Manual de Procedimiento Administrativo", p. 130, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 4.2, Ed. Macchi, Buenos Aires. "Procedimiento y recursos administrativos", p. XII-37, 3ª ed.; MAIRAL, "Control ...", cit., t. I, p. 357; TAWIL, "Administración ...", cit., t. II, p. 161.

(26)La ley 3952 exige que el reclamo sea presentado ante el Poder Ejecutivo y resuelto por este. La LPA sancionada bajo el imperio de un gobierno militar dispuso que el reclamo debe ser presentado ante el ministerio o Comando en Jefe que corresponda, norma que ya no se aplica hoy día.

(27)MAIRAL, "Control ...", cit., t. I, p. 358; TAWIL, "Administración...", cit., t. II, p. 156/157 y la jurisprudencia citada por ambos: Solari c. UBA, CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, Rep., ED, 15-290, N° 3.

(28)Los autores que adhieren a los sistemas europeos en donde esta distinción es admitida (Francia, Italia), la

extrapolan a nuestro derecho. Así por ejemplo CASSAGNE ("Derecho Administrativo", t. II, p. 410, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982). Otros en cambio --más apegados a la unicidad existente en los Estados Unidos-- rechazan esta división. Entre ellos MAIRAL, "Control...", cit., t. I, p. 195 y sigtes.; BARRA, Rodolfo Carlos, "Principios de Derecho Administrativo", p. 260, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1980.

(29)GRAU, Armando Emilio, "Reclamación Administrativa previa" en: DIEZ y otros, "Acto y Procedimiento Administrativo", p. 185, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

(30)ESCOLA, Héctor Jorge, "Tratado General de Procedimiento Administrativo", p. 399, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

(31)Ley Nacional "...", cit., t. I, p. 538.

(32)"Administración...", cit., t. II, p. 157.

(33)"Tratado", cit., t. 4.2., p. XII-34/35.

(34)FIORINI, Bartolomé, "¿Qué es el contencioso?", p. 129, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

(35)Fiorini, por ejemplo, decía que mientras el reclamo administrativo se promueve por el titular de un interés legítimo, el recurso jerárquico se interpone contra actos que lesionan tanto un derecho subjetivo como un interés legítimo (obra citada en nota anterior, p. 129). Gordillo admite también la noción de interés legítimo como la situación jurídica de una persona tutelada en forma concurrente con la de otras que forman un círculo definido y delimitado ("Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, Parte general, p. XVI-5, Ed. Macchi, Buenos Aires).

(36)Si el pronto despacho se formulara antes de vencido el plazo de 90 días, podría tenerse por no habilitada la vía judicial (conf. MAIRAL, "Control ..." cit., t. I, p. 357, n° 157).

(37)Se cuestiona aquí si a partir del rechazo expreso del reclamo debe aplicarse o no el plazo de 90 días hábiles judiciales (art. 25, inc. a, LPA) para promover la acción judicial. De ello me ocuparé mas abajo.

(38)Ver por ejemplo los casos: Bateman, Fallos: 115-395 (1912); Insúa Dorrego, Fallos: 118-175 (1913); Sociedad de Crédito Territorial de Santa Fe, Fallos: 123:224 (1916).

(39)SILVESTRI, Beatriz y GONZALEZ ARZAC, Rafael, "La instancia administrativa previa a la judicial en la Ley 19.549", ED, 72-764, esp. p. 776.

(40)"Control...", cit., t. I, p. 363.

(41)"Tratado...", t. 4.2., cit., p. XII-42.

(42)"Administración...", t. II, p. 161/162.

(43)"Ley Nacional...", t. I, p. 544.

(44)Dictámenes 132-184, citado por GORDILLO, "Tratado...", p. XII-42.

(45)"Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que "se reiniciarán" a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad".

(46)MARIENHOFF, Miguel S., "Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimientos administrativos nacional", LA LEY, 1980-B, 779.

(47)La instancia administrativa previa, cit., p. 770.

(48)"Manual...", cit., p. 130.

(49)"Control...", t. I, p. 357.

(50)"Administración...", cit., t. II, p. 161.

(51)Lo ha establecido así la Corte en el "leading" Ganadera Los Lagos c. Gobierno Nacional, Fallos: 190:142, La Ley 23-251, 157, 158 (1941) y confirmado en Román de Seze c. Gobierno Nacional, Fallos:241:384, La Ley, 94-241, 396, 397 (1958). Ha sido admitido también por nuestra doctrina: MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, 1993, p. 560, Ed. Abeledo Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 1993; CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo", p. 247, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

(52)Si bien la Corte en un comienzo fue muy estricta en el cumplimiento de este requisito tal como queda de manifiesto por ejemplo en el caso Nuñez c. Gobierno nacional, Fallos: 12:227 (1872) exigencia que se mantuvo hasta los primeros años de este siglo en casos en que se admitió que el reclamo administrativo era de orden público, e. g. Jofré c. Gobierno Nacional, Fallos: 129:129 (1919), luego cambió su criterio y ya hacia mediados de siglo admitió que el Poder Ejecutivo podía contestar la demanda sin oponer excepción alguna sin que ello afectara la validez del procedimiento, e. g. Agustín Roca c. Gobierno nacional, Fallos: 200:196 (1944) para llegar más tarde a la conclusión de que el requisito no es de orden público en casos como Arturo Cajida c. Instituto Nac. de Acción Social, Fallos: 246-132 (1960) y Edward Marino c. Nación Argentina. Fallos: 252-326 (1962).

(53)FIORINI, ¿Qué es el contencioso?, cit. p. 132/133; GORDILLO, "Tratado...", t. 4.2., p. XII-6; TAWIL, "Administración...", cit., t. II, p. 155.

(54)B. O. 25/11/77, Adla, XXXVIII-A, 5.

(55)V. gr. el art. 39 de la ley de expropiación 21.499 (Adla, XXXVII-A, 84), que dispensa del reclamo en el caso de la retrocesión cuando no se ha dado destino alguno al bien.

(56)PEARSON, "Manual ....", cit. p. 125; GORDILLO, "Tratado...", cit. t. 4.2., p. XII-10.

(57)Entre otros véase: CASSAGNE, Juan Carlos, "La impugnación judicial de Reglamentos en el Orden Nacional", LA LEY, 1979-C, 721.

(58)MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, p. 671, Ed. Abeledo Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 1990.

(59)GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, p. 436, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1988.

(60)Bien sabido es que Marienhoff clasifica a los contratos administrativos --entre otras clasificaciones posibles-- en contratos de atribución y contratos de colaboración. Los primero son aquéllos en los que el particular recibe de la Administración una ayuda o ventaja (concesión de uso del dominio público), en los segundos el particular colabora con la administración en la consecución de sus fines (construcción de una obra). MARIENHOFF, "Tratado...", cit. t. III-A, 4ª ed., 1994, p. 113.

(61)GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la ley de procedimiento administrativo", p. 1991, Ed. Civitas, 4ª ed., Madrid, 1991.

(62)GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 4.1., p. III- 16/19.

(63)Según su criterio los supuestos legislados en los inc. b y c del art. 23 no son hipótesis autónomas del previsto en el inc. a; "Control...", cit., t. I, p. 322 y nº 69.

(64)HUTCHINSON, Tomás, "Ley nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada, Anotada y Concordada con las Normas Provinciales", t. I, p. 444, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985. Sostiene este autor que en el caso de actos interlocutorios es necesario abrir una vía rápida para quitar el obstáculo y permitir que se reanude el trámite administrativo para que el particular pueda agotar la instancia respecto del fondo de la cuestión.

(65)Obviamente tampoco sería exigible el agotamiento de la instancia frente a una vía de hecho que no esté precedida de un acto anterior, pero en este caso el supuesto estaría fuera del art. 23 que se refiere a la "impugnación judicial de un acto de alcance particular".

(66)Coinciden en ello MAIRAL ("Control...", cit., t. I, p. 323) y HUTCHINSON ("Ley...", cit., t. I, p. 445).

(67)El art. 90, párr. 2º, RLPA dice al respecto: "Los ministros y secretarios de la Presidencia de la Nación resolverán definitivamente el recurso...".

(68)Conf. GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 4.2. p. X-42/43; véase también la doctrina de la Corte Suprema en el caso Galián c. Provincia de Corrientes, Fallos: 300:1292 (1978), en el cual el tribunal estableció que frente a la inactividad de la Administración no puede establecerse legalmente un plazo para continuar la tramitación en otro expediente (consid. 8º).

(69) Digo en principio pues la reforma constitucional de 1994 al incorporar la figura del Jefe de Gabinete presenta ahora algunas dudas de las que me ocuparé en el punto (e) siguiente.

(70) "Control...", cit., t. I, p. 326.

(71) "Tratado...", cit., t. 4.2., p. IX-34

(72) LINARES, Juan F., "Fundamentos de Derecho Administrativo", ps. 421 y 422, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.

(73) CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno al jefe de gabinete", LA LEY, 1994-E, 1267.

(74) El autor citado enumera una serie de normas constitucionales que permiten sostener esta afirmación: art. 99, inc. 7 (el Presidente nombra por sí y remueve al Jefe de Gabinete); art. 99, inc. 2 (el Presidente conserva la facultad de dictar instrucciones reglamentarias); art. 100, inc. 2 y 4 (el Jefe de Gabinete recibe delegaciones del Presidente).

(75) Del art. 100 se desprende claramente que el Gabinete como órgano existe y puede sesionar aun en ausencia del Presidente. Anteriormente el Jefe de Gabinete era el Presidente pero ahora ese gabinete como órgano se ha independizado de la figura del Poder Ejecutivo y tiene funcionamiento propio a las órdenes de su jefe constitucional.

(76) En contra: MAIRAL, "Control...", cit., t. I, p. 328, aun cuando --preciso es señalarlo-- este autor exponía su opinión bajo la vigencia del art. 98 bis, RLPA.

(77) Acerca de este tema puede verse, además del trabajo de Cassagne citado en nota 71: GRECCO, Carlos, "Impugnación de disposiciones reglamentarias", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

(78) Conf. MAIRAL, "Control...", cit., t. I, p. 330.

(79) BOSCH, Jorge Tristán, "Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?", p. 133 y sigtes., Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1951.

(80) CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general", ED, 131-911.

(81) "Ley Nacional...", cit., t. I, p. 452.

(82) GRECCO, "Impugnación de disposiciones reglamentarias", p. 108/109.

(83) "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento", en Revista de Derecho

Administrativo, año I, N° 2, 1989, ps. 223/300.

(84)"Administración y justicia", cit., t. II, ps. 445 y 449/450.

(85)BIANCHI, Alberto, "Control de constitucionalidad", p. 244, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1990.

(86)GORDILLO, Agustín, "Acto, reglamento y contrato administrativo en la Ley 19.549", Revista Argentina de Derecho Administrativo (RADA), Buenos Aires, N° 3, p. 21.

(87)Véanse Dictámenes 59-308; 62-8; 71-346; 86-285; 90-74 y 350; 92-170; 119-151; 127-301, citados en: HUTCHINSON, Tomas, "Ley...", cit., t. I, p. 44, notas 83, 84 y 85.

(88)Hutchinson considera a la denuncia de ilegitimidad una de las más ponderables conquistas del derecho administrativo de nuestro país ("Ley Nacional...", cit., t. I., p. 43/44).

(89)SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, "El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo", Revista de Administración Pública (RAP), Madrid, N° 58, p. 185 en p. 194.

(90)GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, p. 435 y sigtes., Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1988.

(91)"Control...", cit., t. I, p. 339.

(92)"Administración...", cit., t. II, p. 186.

(93)"GARCIA de ENTERRIA-FERNANDEZ, "Curso...", cit., t. I, p. 438.

(94)GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 4.1., p. VIII-10.

(95)"Ley Nacional...", cit., t. I, p. 51. En igual sentido: ABAD HERNANDO, Jesús L., "La denuncia de ilegitimidad en el Derecho Administrativo Argentino", DJ, 1979-14-11.

(96)"Control...", cit., t. I, p. 342. En opinión de este autor ello ocurre tanto en el caso que el rechazo sea expreso como cuando se opera por vía de silencio.

(97)DOCOBO, Jorge, "Denuncia de ilegitimidad", DJ, 1979-8-9.

(98)JARAMILLO, SCA, Fallos: 295:276, 278 (1976), La Ley, 1976-C, 404; 1976-D, 118.

(99)BOLDT, 13/5/80, La Ley, 1980-D, 600 (causa 47.963), citada por Hutchinson ("Ley Nacional...", t. I, p. 50, n° 110).

- (100) Véase punto II-C.
- (101) HUTCHINSON, "Ley Nacional...", cit., t. I, p. 20.
- (102) LINARES, Juan Francisco, "Fundamentos de Derecho Administrativo", p. 418 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.
- (103) CASSAGNE, Juan Carlos, "La ley nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549", ED, 42-845; "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado nacional", ED, 45-829, esp. p. 832; "Cuestiones de Derecho Administrativo", Ed. Depalma, p. 271, Buenos Aires, 1987.
- (104) "Tratado...", cit., t. 4.2., p. XII-26.
- (105) "Control...", cit., t. I, p. 402.
- (106) ESCOLA, Héctor, "Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos", p. 467, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967.
- (107) ESTRADA Juan Ramón de, "Juicios contra el Estado Nacional. Plazos de interponer acciones o recursos", JA, 1977-III-689.
- (108) HALPERIN, David y CATTANI, Horacio, "Procedimiento Administrativo", en Revista Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, N° 6, p. 15.
- (109) DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", p. 667, Ed. Ciudad Argentina, 3ª ed., Buenos Aires, 1994.
- (110) "Administración y Justicia...", cit., t. II, p. 191/192.
- (111) MARIENHOFF, Miguel S., "Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional", LA LEY, 1980-B, 1024, esp. p. 1030.
- (112) GRAU, Armando E., "Habilitación de la instancia contencioso administrativa", p. 59, Librería Editora Platense, La Plata, 1971.
- (113) "Derecho Procesal Administrativo", cit., p. 40.
- (114) MUÑOZ, Guillermo, "Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos", Revista Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, N° 5, p. 42.
- (115) "Ley nacional de Procedimientos Administrativos, reglamento de la ley 19.549", t. II, p. 277/280, Ed.

Astrea, Buenos Aires.

(116)GONZALEZ ARZAC, Rafael M., "Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales," ED, 51-955; SILVESTRI-GONZALEZ ARZAC, "La instancia administrativa previa...", cit., p 768 y siguientes.

(117)"Manual de Procedimiento Administrativo", cit., p. 127.

(118)"Ley nacional...", cit., t. II, p. 278.

(119)La bastardilla me pertenece. Si bien la palabra utilizada es "irrecorribilidad" es claro que el autor se esta refiriendo en realidad a "recorribilidad", pues de lo contrario su posición sería contradictoria.

(120)"Derecho Procesal Administrativo", cit., p. 40.

(121)"Cuestiones de Derecho Administrativo", cit., p. 271.

(122)"Tratado...", cit., p. XII-27.

(123)Agrega luego: "La interpretación mencionada deriva, además en soluciones cuyo mérito podría cuestionarse en cualquier sistema jurídico. Basta advertir por ejemplo, que de administrarse ella, la obligación impuesta a la Administración por el art. 17 de la ley 19.549 de revocar en cualquier tiempo los actos administrativos irregulares traería aparejado que los actos nulos pueden considerarse firmes respecto de los particular, pero no de la administración quien puede en cualquier momento revisar su obra, tanto en sede administrativa como judicial, toda vez que el ordenamiento federal argentino, fiel a que esta idea que de los plazos de impugnación, existe sólo para particulares, no contempla plazo alguno para la iniciación de tal acción por parte de la Administración, a diferencia del ordenamiento que establece en el art. 58.5 de la L.J.C.A. un plazo de dos meses para que la administración utilice la vía contenciosa, a partir del día siguiente al que la resolución impugnada se declare lesiva para el interés público" ("Administración y Justicia", cit., t. II, ps. 188/189).

(124)"Control...", cit., t. I, p. 387.

(125)Ibídem, p. 380.

(126)Ibídem, p. 383. Ya es conocida --por otra parte-- la tesis de este autor acerca de este punto, la que ha sido explicada en detalle respecto de los reglamentos. Véase: "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento" en Revista de Derecho Administrativo, Ed. Depalma, Buenos Aires, setiembre-diciembre de 1989, N° 2, ps. 223/300.

(127)"Control...", cit., t. I, p. 384.

(128)Ibídem, p. 391.



(129) Pueden verse estas críticas en: TAWIL, Guido S., "Los plazos para accionar en la instancia contenciosoadministrativa, Régimen de la Administración Pública", N° 133, p. 11, en p. 16 y sigtes., Buenos Aires, 1989, reproducidas luego por este autor en "Administración y justicia", cit. t. II, p. 178 y siguientes.

(130) Véanse los fallos citados por TAWIL en "Administración y justicia", cit., t. II, p. 182, notas 752 y 753.

(131) Mairal por el contrario sostiene que es más valioso establecer una regla general favorable a la revisión judicial y exigir que las excepciones sean dispuestas expresamente por la ley o establecidas por la jurisprudencia en atención a las circunstancias del caso, que sentar una regla general restrictiva y obligar a la jurisprudencia a encontrar argumentos para excluir aquellos casos en que ella provoca resultados injustos ("Control Judicial...", cit., t. I, p. 403).

(132) Véase punto II-B.

(133) Petracca e hijos SA c. Estado nacional, LA LEY, 1986-A, 10.

(134) La doctrina plenaria establecida fue: "La impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos a) y b) del artículo 23 de la ley 19.549 dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su artículo 25".

(135) Mevopal S.A. c. Banco Hipotecario Nacional, Fallos 307-2216, 2220 (1985).

(136) OKS Hermanos y Cía. SACIF c. YMAD, 21/10/86, no publicado en Fallos; Schneider de Guelperin c. Municipalidad de Buenos Aires, S. 164.XXIII, 24/9/91.

(137) Dice la Corte en la parte pertinente del fallo: "los actos administrativos aún unilaterales, referentes 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 arts. 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su art. 25. La interpretación contraria llevaría a que durante la relación contractual y frente a la emisión por la administración de cualquier acto unilateral, el administrado tuviera que iniciar, en cada caso un juicio contra su contratante. Ello significaría un dispendio jurisdiccional inusitado y provocaría un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la Administración y quién ejecuta el contrato, como lo señaló el juez de primer grado".

(138) Si bien en su oportunidad y desde el punto de vista de la doctrina de los actos coligados expuesta por BARRA, Rodolfo, "Los actos administrativos contractuales, Teoría del acto coligado", Ed. Abaco, 1989, entendí que el plenario era admisible (BIANCHI, Alberto B.: "¿Es aplicable el plenario Petracca a los procesos licitatorios?", Boletín de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año XXXV, Segunda Epoca, N° 28, ps. 43/61), un reexamen de la cuestión me hace inclinar por la posición de la Corte, que es a mi juicio la que mejor facilita la relación entre el contratista y la Administración. Citar mi artículo con GT y MJPC.

(139) CASSAGNE, Juan Carlos, "El plazo de caducidad del artículo 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a

los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos", ED, 188-377, artículo reproducido en "Cuestiones de Derecho Administrativo", ps. 265/280, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

(140)Dije en su momento: "Rige, efectivamente, en la licitación la doctrina de la incorporación. Todos los actos administrativos integrantes de un proceso licitatorio están subordinados, en definitiva, a un acto final que es la adjudicación. Ninguno de los actos que preceden a la adjudicación tiene por sí valor definitivo. De tal suerte nos encontramos con una curiosidad. Si bien puede darse el caso que un acto administrativo dentro de una licitación (v. gr. el que admite una mejora de oferta) sea definitivo en cuanto a la cuestión que resuelve y aún --luego de sucesivas impugnaciones recursivas-- cause estado, no por ello ese acto podrá ser impugnado judicialmente. En efecto, debe notarse que para que un acto sea susceptible de ser impugnado ante la justicia, se requieren dos elementos: uno de forma y otro de fondo. En primer lugar es preciso que se hayan agotado respecto de él las instancias administrativas, es decir que cause estado. Pero en segundo lugar, es preciso también que trasunte respecto de la administración una decisión definitiva o final sobre la cuestión de fondo debatida" (art. citado en nota 138).

(141)En contra: HUTCHINSON, "Ley Nacional...", cit., t. I, p. 495.

(142)Acerca de este punto me remito a lo dicho en mi obra "Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ps. 399-402, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1989.

(143)Comienza diciendo este autor que la doctrina del agotamiento esta bien establecida en la jurisprudencia administrativa y esta prescribe que nadie puede acudir a una sede judicial hasta tanto no se hayan agotado los remedios administrativos existentes (SCHWARTZ, Bernard, "Administrative Law", p. 541, Little Brown and Company, 3rd. edition, Boston, 1991.

(144)AMAN, Alfred and MAYTON, William, "Administrative Law", p. 404, West Publishing Company, Minnesota, 1993.

(145)395 U.S. 185, 193 (1969).

(146)DAVIS, Kenneth C., "Administrative Law Treatise", vol. IV, p. 414, 2nd. edition, K. C. Davis Publishing Co., University of San Diego, 1983; del mismo autor: "Administrative Law of the Eighties", 1989 Supplement to Administrative Law Treatise, K. C. Davis Pub. C., University of San Diego, 1989, p. 434.

(147)303 U.S. 41 (1938). Voto del juez Louis D. Brandeis.

(148)Así lo entienden, además de los autores arriba citados, GELLHORN, W. - BYSE, C. - STRAUSS, P. - RAKOFF, T. and SCHOTLAND, R., "Administrative Law, Cases and Comments", p. 1084, The Foundation Press, Inc. New York, 1987.

(149)303 U. S. 41, 50/51.

(150)La cuestión planteada en este caso era si un tribunal de distrito tenía jurisdicción de equidad para impedir que el Consejo Nacional de Relaciones Laborales "National Labour Relations Board" llevara acabo una

audiencia en una denuncia efectuada contra un empleador acusado de llevar a cabo prácticas laborales antirreglamentarias. La razón invocada por el denunciado para oponerse a la audiencia en sede administrativa era que el NLRB carecía de competencia en el caso pues las actividades desarrolladas por la empresa no involucraban el comercio interestatal ni exterior.

(151)"Administrative Law of the Eighties...", cit., p. 434.

(152)*Aircraft & Diesel Corp. v. Hirsch*, 331 U. S. 752, 767 (1947).

(153)194 U.S. 161 (1904).

(154)Tal como señala Schwartz ("Administrative Law", cit., p. 551), existe una importante diferencia entre *Sing Tuck* y *Myers*. En el primero, la actividad de la Administración ya ha sido desarrollada, al menos en una instancia no definitiva todavía, mientras que en el segundo dicha actividad no ha sido cumplida ni siquiera en sus primeras etapas. De ello deduce este autor que en ningún caso puede impedirse a un ente administrativo ejercer su competencia en un estadio preliminar.

(155)"Administrative Law", cit., p. 425.

(156)*United States v. Western Pacific Railroad*, 352 U.S. 59 (1956).

(157)USC, Título 28, Capítulo 7.

(158)En inglés: Sec. 702. "Right of review. A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof. An action in a court of the United States seeking relief other than money damages and stating a claim that an agency or an officer or employee thereof acted or failed to act in an official capacity or under color of legal authority shall not be dismissed nor relief therein be denied on the ground that it is against the United States or that the United States is an indispensable party. The United States may be named as a defendant in any such action, and a judgment or decree may be entered against the United States: Provided, That any mandatory or injunctive decree shall specify the Federal officer or officers (by name or by title), and their successors in office, personally responsible for compliance. Nothing herein (1) affects other limitations on judicial review or the power of duty of the court to dismiss any action or deny relief on any other appropriate legal or equitable ground; or (2) confers authority to grant relief if any other statute that grants consent to suit expressly or impliedly forbids the relief which is sought".

Sec. 704. "Actions reviewable. Agency action made reviewable by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in a court are subject to judicial review. A preliminary, procedural, or intermediate agency action or ruling not directly reviewable is subject to review on the review of the final agency action. Except as otherwise expressly required by statute, agency action otherwise final is final for the purposes of this section whether or not there has been presented or determined an application for a declaratory order, for any form of reconsideration, or unless the agency otherwise requires by rule and provides that the action meanwhile is inoperative, for an appeal to superior agency authority".

(159)Smith v. Illinois Bell Telephone Co., 270 U.S. 587, 591, 592 (1926); Walker v. Souther Ry, 385 U.S. 196 (1966).

(160)Roberts v. Chemlawn Corp., 716 Federal Supplement 364 (1989); Palmer v. State, 787 Pacific Reporters Second Series 803; Allen v. State, 769 Pacific Reporters Second Series 1302.

(161)Puede inferirse de lo dicho, que en el derecho norteamericano no existe, como en el nuestro, la regla del silencio de la Administración.

(162)109 Supreme Court 1361 (1989). Aquí los accionantes eran acreedores de una empresa de ahorro y préstamo fallida. Las decisiones de esta debían ser apeladas ante la "Federal Savings and Loan Insurance Corporation" pero los reclamos ante ésta carecía de un plazo claro y razonable para ser resueltos. La ausencia del mismo obligaba a los afectados a estar sometidos a un procedimiento administrativo en forma indefinida mientras corría el plazo de prescripción de la acción judicial. Ello sumado a que, ordinariamente, la FSLIC es el principal acreedor en los procesos de quiebra de estas entidades financieras, lo que podía inducirla a dilatar el proceso, determinó a la Corte a establecer que el procedimiento administrativo establecido era inadecuado.

(163)Turner v. Lansing Township, 310 North Western Reporter Second Series 287, 290 (1981). Se trata de una causal de excepción muy similar a la contenida en el inc. e) del art. 32 LPA.

(164)485 U.S. 399 (1988). El caso se presentó así: de acuerdo con la regulación establecida para las empresas que proveen servicios médicos, éstas obtienen sus reembolsos de las empresas de seguros, quienes actúan en este caso como agentes intermediarios del Secretario de Salud y Servicios Humanos ("Secretary of Health and Human Services") cuyas decisiones pueden ser apeladas ante el Consejo de Revisión de la Provisión de Reembolsos ("Provider Reimbursement Review Board"). Los accionantes habían pedido el reembolso --ante el agente respectivo-- de las primas de los seguros por mala praxis, pero existía una reglamentación de la citada Secretaría que no autorizaba a efectuar tales reembolsos. En lugar de plantear la nulidad de dicha regulación ante el intermediario, la empresa lo hizo ante el PRRB quien lo rechazó en atención a que el caso debió haber sido planteado ante el intermediario. La Corte sin embargo, sostuvo que el PRRB tenía jurisdicción para entender en el asunto pues el intermediario debía constreñirse a la aplicación de la reglamentación vigente, sin poder cuestionar su validez, lo que tornaba inútil toda exigencia de plantear el caso ante aquél. En otras palabras el procedimiento así planteado se tornaba un mero paso formal y sin consecuencias útiles.

(165)Se trata, como puede verse, de un caso muy similar al que prevé el inc. b) del art. 32 LPA.

(166)Según la expresión utilizada por los tribunales del Estado de Washington en Orion Corp. v. State, 693 Pacific Resorts, Second Series 1369, 1378 (1985).

(167)372 Federal Reporter, Second Series 817 (1967). En esta caso se trataba de un grupo de estudiantes que habían efectuado manifestaciones en contra de la Guerra de Vietnam en virtud de lo cual la autoridad educativa los había reclasificado en una categoría que los identificaba como tales. El tribunal no exigió en este casos el agotamiento de la vía administrativa previa a la demanda de nulidad de tal decisión, pues planteos similares ya habían sido rechazados con anterioridad. En igual sentido puede verse Atlantic Richfield Corp. v. Department of Energy, 769 Federal Reporter, Second Series 771, 782 (1984) Luna v. Bowen, 641 Federal Supplement 1109 (1986).

(168)306 Federal Reports, Second Series 260 (1962). El caso se planteó con motivo del sumario incoado a un agente de bolsa por una Comisión de Títulos y Valores ("Securities and Exchange Commission") con el objeto de revocar su autorización para operar como tal. Al impugnar el procedimiento, el afectado recusó a uno de los miembros del directorio de la Comisión por haber pertenecido previamente a la división de aquella que había tenido a su cargo la investigación preliminar del caso y haber llegado a integrar el directorio una vez que el sumario estaba iniciado. Si bien no es frecuente que en casos de esta naturaleza los tribunales permitan obviar el agotamiento de la vía administrativa [Touche Ross & Co. v. SEC, 609 Federal Reports, Second Series 570 (1979); Christensen v. Civil Rights Commission, 292 North Western Reporters, Second Series 429 (1980)], en este caso la excepción fue admitida en mérito a la violación del debido proceso en que la Comisión había incurrido.

(169)411 U.S. 564 (1973). En este caso se trataba de una entidad administrativa integrada por funcionarios vinculados a la industria regulada por aquella y con intereses pecuniarios en la decisión del caso. La Corte sostuvo entonces que la integración de la entidad administrativa era inconstitucional lo que hacía innecesario el agotamiento de la vía administrativa previa.

(170)SEC v. R.A. Holman & Co., 323 Federal Reports, Second Series 284 (1963).

(171)Schwartz, "Administrative Law", cit., p. 547.

(172)Bare v. Gorton, 526 Pacific Reporter, Second Series 379 381 (1974).

(173)Schwartz, "Administrative Law", cit., p. 558.

(174)Richardson v. Morris, 409 U.S. 464 (1973); Metcalf v. Swank, 444 Federal Reporter, Second Series 1353 (7mo. Circuito 1971); Georgia Hospital Association v. Department of Medical Assistance, 528 Federal Supplement 1348 (1982).

(175)432 U.S. 494 (1977). Aquí se cuestionó la validez de una ordenanza municipal que --en aras de proteger el carácter residencial de ciertos barrios-- había dispuesto que en cada unidad sólo podía vivir una familia, la que había sido definida como un grupo integrado solamente por los parientes más próximos. Una abuela que vivía con sus dos nietos --primos entre sí-- fue entonces obligada a separarse de ellos. Sin agotar la vía administrativa la actora planteó judicialmente la nulidad de la ordenanza y la Corte --con disidencia del Chief Justice Burger-- admitió formalmente la demanda.

(176)389 U.S. 309 (1967). En este caso el Attorney General requirió al Consejo de Control de Actividades Subversivas (Subversive Activities Control Board) que registran a una asociación política como una coalición comunista. Esta última sin esperar la decisión administrativa, promovió una medida cautelar en sede judicial sobre la base de que la mera iniciación del procedimiento de registración le causaba un daño irreparable a sus derechos constitucionales. La Corte, sin embargo, rechazó la medida solicitada por no haberse agotado previamente la vía administrativa.

(177)Esta ley sancionada originariamente en 1871 está contenida en la actualidad en el Título 42, secc. 1983 del USC.

(178)457 U.S. 496 (1982).

(179)El fallo merece la crítica de Schwartz ("Administrative Law", cit., p. 548) por dos motivos. En primer lugar porque, para fundar la exención del agotamiento, se sostiene que el mismo no está exigido en la Ley de Derechos Civiles de 1871, cuando en realidad en aquella época no existía todavía la obligación de agotar previamente la instancia administrativa, de modo tal que era imposible que dicha ley lo exigiera. En segundo lugar apunta este autor, que la regla establecida en el caso no debe aplicarse ampliamente, sino tan solo limitada a los casos de inconstitucionalidad manifiesta de la ley cuestionada.

(180)395 U.S. (1969). Se trataba de un ciudadano que no se había presentado al servicio militar por ser el único hijo sobreviviente de su familia (sus otros hermanos habían muerto en acción). Al rechazar su petición el gobierno lo convocó al servicio activo y promovió una acción penal en su contra. Ello motivó el planteo de nulidad en sede judicial de la decisión de convocatoria al servicio militar, planteo éste al que se opuso la falta de agotamiento de la vía administrativa. La Corte entendió que la excepción opuesta no era procedente basándose para ello en las necesidades de preservar el derecho de defensa del acusado.

(181)DAVIS, "Administrative Law Treatise", cit., Vol. 4, p. 417.

(182)Véase su explicación en nota 180.

(183)En la parte I de la sentencia explica los hechos del caso, en la parte II resuelve el fondo del problema y recién en la parte III dice que no corresponde exigir al peticionante que agote la vía administrativa.

(184)376 U.S. 149 (1964). El caso es curioso. Greene reclamaba una compensación económica y la autoridad administrativa sostuvo que la pagaría en la medida que el reclamante probara ciertos hechos. Sin intentar demostrar estos últimos Greene acudió a sede judicial y la Corte Suprema, finalmente, resolvió a su favor sin exigirle la demostración de tales hechos. Luego de resolver la cuestión de fondo la sentencia sostuvo que no era necesario pronunciarse sobre el agotamiento de la vía administrativa.

(185)Véase nota 147.

(186)611 Federal Reporter, Second Series 710 (8vo. Circuito 1979); cert. denegado 449 U.S. 821 (1980). West había sido acusada de soborno a un funcionario y trató de evitar la producción de una audiencia en sede administrativa, fundándose en la invalidez de la reglamentación aplicable. El tribunal luego de referirse a los pro y contras del agotamiento de la vía administrativa dijo que la regulación impugnada era claramente válida lo que hacía innecesario exigir la producción de aquél.

(187)"Administrative Law Treatise", cit., vol. 4, p. 419.

(188)BREYER, Stephen G. and STEWART, Richard B., "Administrative Law and Regulatory Policy-Problems, Text and Cases", Little Brown and Co., 3rd. edition, p. 1115, Boston, 1992.

(189)Véase nota 147.

(190) Así por ejemplo en *McGee v. United States*, 402 U.S. 479 (1972), fue rechazada la demanda de quien alegaba objeciones de conciencia para su incorporación a las fuerzas armadas, por no haber agotado previamente las instancias administrativas.

(191) Véase nota 145.

(192) 449 U.S. 232 (1980)

(193) USC Tit. 15, secc. 45 (b)

(194) "Administrative Law", cit., p. 412.

(195) 472 Federal Reporter, Second Series 179 (Segundo Circuito, 1972). En este caso la Comisión acusó a la Pepsi Cola de haber restringido la competencia por impedir a sus embotelladoras la venta del producto fuera de las áreas geográficas determinadas. En el trámite del procedimiento ante la Comisión la empresa requirió que la Comisión citara a las embotelladoras presuntamente afectadas y ante la negativa de aquélla promovió una acción de nulidad. En primera instancia la acción fue rechazada por tratarse de una decisión interlocutoria, pero la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revocó el pronunciamiento y sostuvo que la decisión de la Comisión era judicialmente revisable.

(196) Como conclusión de los dos casos citados, parecería que los tribunales de Circuito (en estos casos el Segundo y el Noveno) tienen un criterio más amplio para revisar judicialmente las decisiones administrativas interlocutorias que el empleado por la Corte Suprema.

(197) "Administrative Law and Regulatory Policy", cit., p. 1121.

(198) 424 U.S. 319 (1976).

(199) En este caso se trataba de un reclamo para obtener beneficios del sistema de seguridad social y la Corte dividió el problema del agotamiento de la vía administrativa en dos aspectos: (1) el reclamo de beneficios sociales debe ser presentado necesariamente en sede administrativa, sin embargo (2) no es un requisito indispensable el agotar los procedimientos en sede administrativa.

(200) 476 U.S. (1986). En este caso un grupo de beneficiarios del sistema de seguridad social que tenía pendientes varios reclamos en sede administrativa se presentaron ante una corte de distrito para pedir que la Administración cambiara el concepto de "enfermedad mental" empleado pues era muy restrictivo. La Corte admitió el reclamo sobre la base de considerar que el criterio empleado por la Secretaría estaba previamente fijado y era concordante con el que se usaba también en el sistema federal de seguridad social, lo que convertía al reclamo administrativo en un formalismo innecesario.

(201) *Skinner & Eddy Corp. v. United States*, 249 U.S. 557, 562-563 (1919); *Allen v. Grand Central Aircraft Co.*, 347 U.S. 535 (1954).

(202)Conf. Black's Law Dictionary, p. 927, West Publishing Co., 6th. edition, St. Paul, 1990.

(203)SCHWARTZ, "Administrative Law", cit., p. 474. Sunnyview Village v. State Department of Administration, 311 North Western Reporters, Second Series 632, 634 (1981).

(204)Tit. 28 USC, secc. 2401 (a) y (b) y secc. 2501).

(205)En la legislación de Nueva York, por ejemplo, toda acción de revisión debe ser entablada dentro de los cuatro meses y existen plazos más breves aún; tales por ejemplo, el de la Ley de la Comisión de Comercio Federal (Federal Trade Commission Act) que establece 60 días para promover la acción o el de la Ley de Control de Precios de Emergencia de 1942 (Emergency Price Control Act) que impone 30 días solamente.

(206)SCHWARTZ, "Administrative Law", cit., p. 474.

(207)Fallos: 200:196 (1944).

(208)Fallos: 200: 212.

(209)Fallos: 233:106 (1955), La Ley, 83-22.

(210)Enrique Meyer Cervecería Córdoba S.A., Fallos: 247:517 (1960).

(211)BIELSA, Rafael, "Sobre lo contencioso administrativo", ps. 158/159, Ed. Castellvi, Santa Fe, 1964, pp. 158/159.

(212)"¿Qué es el contencioso?", cit., p. 127.

(213)"Administración...", cit., t. II, p. 156.

(214)GÜENECHEA, "Derecho Administrativo", t. II, p. 847, 1915 y ROYO VILANOVA, "Elementos de Derecho Administrativo", p. 808, 12 ed., ambos citados por ARGAÑARAZ, Manuel J., "Tratado de lo Contencioso Administrativo", p. 33, Ed. Lex, La Plata, --reimpresión--, 1988.

(215)GRAU, Armando E., "Habilitación de la instancia contencioso administrativa", p. 86/87 Ed. Platense, La Plata, 1971.

(216)"¿Qué es el contencioso?", cit., p. 126.

(217)LINARES, "Fundamentos de Derecho Administrativo", cit., p. 416.



(218)DROMI, "Derecho Administrativo", cit., p. 697, 3ª ed.

(219)FIORINI, "¿Qué es el contencioso?", cit., p. 127.

(220)"Habilitación de la instancia", cit., p. 86.

(221)"Control...", cit., t. I, p. 321.

(222)"Administrative Law", cit., p. 404.

(223)Securities and Exchange Commission v. G. C. George Securities, Inc. 637 Federal Reporter Second Series 685 Noveno 9th. Circuit (1981); Ciba-Geigy Corp. v. U.S. EPA, 801 Federal Reporter, Second Series 430, 434, D.C. Circuit (1986).

(224)Cerro Metal Products v. Marshall, 620 Federal Reporter, Second Series 964, 3rd. Cir. (1980).

(225)Citado por MAIRAL, "Control...", cit., t. I, p. 308.

(226)Ver nota 4.

(227)El fallo se pronuncia con una mayoría de 6-2, integrada por los jueces Levene, Barra, Boggiano, Fayt, Cavagna Martínez y Nazareno. Votaron en disidencia los jueces Belluscio y Petracchi.

(228)Fallos: 288:398 (1974) La Ley, 1975-A, 777 - 52.III-S.

(229)Fallos: 288:399 y 400.

(230)Consid. 1º.

(231)Fallos: 307:2216 (1985).

(232)Consid. 2º.

(233)Consid. 6º.

(234)Consid. 3º.

(235)Consid. 4º. Se refiere aquí el tribunal al llamado "certiorari" positivo. Acerca de esta modalidad de empleo del art. 280 me remito a: BIANCHI, Alberto B. y LEGARRE, Santiago, "El certiorari en acción (Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia)", La Ley, 1993-C, 841. Allí dijimos: "A pesar de que la

norma (art. 280) no prevé lo que podría llamarse un "certiorari positivo", diversos fallos han ensayado una interpretación también mutativa --mucho más, podría decirse, que la estudiaba en el punto anterior-- que se ha desarrollado en dos direcciones. Por un lado, se ha entendido que el art. 280 sirve como sustento normativo para que la Corte pueda prescindir de obstáculos formales --v. gr.: falta de interposición oportuna de la cuestión federal-- que le impedirían la consideración de un recurso en el que se plantean cuestiones trascendentes. Así, en el voto en disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor en *Ekmekdjian c. Sofovich*, Causa E. 64.XXIII, del 7 de julio de 1992 (La Ley, 1992-C, 543), se dijo que el art. 280 "no debe ser entendido como un medio que sólo consienta la desestimación de los recursos que no superen sus estándares. Si, como ha quedado asentado, aquél constituye una herramienta de selección dirigida a que la Corte posea un marco adjetivo que le haga posible un acabado y concentrado desarrollo de su papel institucional, deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales, a efectos de que el rito de los procedimientos no se vuelva un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desenvolverse". Por otra parte, se afirmó --con cita de un sinnúmero de precedentes de la Corte-- que esta interpretación era adecuada a la consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales por lo eventuales óbices procesales que puedan obstaculizarlos. En el caso, se obvió la falta de fundamentación autónoma del recurso de queja. En segundo lugar, existe otro matiz interpretativo en torno del art. 280, que también significa una aplicación positiva de él --no para rechazar cuestiones, sino para resolverlas--, aunque en un sentido muy diverso del primero. El mismo aparece en los consid. 2° y 3° del fallo recaído en autos *López, Antonio M. c. Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.* (L.44.XXIV. *López, Antonio M. c. Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/accidente-acción civil*", del 10 de junio de 1992 --La Ley, 1992-E, 48--) suscripto por los jueces Levene (h.), Cavagna Martínez, Barra, Fayt y Boggiano, los que transcribimos: "2°) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que remite a la interpretación de la ley 23.928 y su reglamentación (Adla, LI-B, 1752). Las normas de la ley citada, en tanto establecen el valor de la moneda y vedan --a partir del 1° de abril de 1991-- el cómputo de la actualización monetaria, tienen indudable carácter federal, desde que han sido dictadas por el Congreso en uso de atribuciones previstas en el art. 67, inc. 10 de la Constitución Nacional... 3°) Que la determinación de la tasa reviste significativa trascendencia para el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica y corresponde, en consecuencia que esta Corte resuelva el fondo del asunto en uso de la facultad que le confiere el art. 16 de la ley 48, a fin de poner un necesario quietus en la evolución de las encontradas tendencias jurisprudenciales que conspiran contra la requerida certeza del tráfico en la materia (art. 280, Cód. Procesal)".

(236)Consid. 5°

(237)Consid. 18. Aunque ello es un error meramente material, destaco que la sentencia posee dos considerandos 18, el que acabo de transcribir parcialmente y el siguiente.

(238)Consid. 21.

(239)Consid. 22. Con citas de *OKS Hermanos y Cía. c. YMAD* y de *Schneider c. Municipalidad de Buenos Aires*, sentencias ya referidas "supra" (136).

(240)Me refiero al segundo de ellos (véase nota 237).

(241)Fallos: 214:587; 242:29, 460; 245:204; 254:282; 257:187; 266:47; 268:301; 271:406; 272: 188; 275:18; 276:257; 280:228; 292:202; 293:439, 443, 534; 294:293, 313; 295:152, 701; 303:1040; 1104, 1291; 304:429, 1202; 305:307; 306:1312, 1670; 307:282, 1114; etc., La Ley, 96-124; 98-697-4322-S; 110-313;

135-1188-21.443-S; 133-414; 139-822-24.504-S; 141-669; 147-738-29.270-S; 1976-B, 435-33.512-S; 1976-C, 386; 1984-D, 467; 1985-A, 296).

(242)Fallos: 248:189 (1960), La Ley, 101-835.

(243)GARCIA de ENTERRIA-FERNANDEZ, "Curso...", cit., t. II, p. 400.

(244)En materia de prescripción puede verse por ejemplo: Giuliani c Estado nacional, Fallos: 311-696, 699 (1988); O.S.N. c. Colombo, LA LEY, 1991-B, 414 (1990). Asimismo en materia de habilitación de instancia judicial se ha dicho que es sentencia definitiva aquella que deniega la habilitación y ordena realizar el reclamo administrativo previo de la ley 3952, Transportadora Automotriz S.A. c. Gobierno nacional, Fallos: 223:353, 357 (1952).

(245)Véase el consid. 6°.

(246)Consid. 7°.

(247)Consid. 8°.

(248)Consid. 9°.

(249)Consid. 10.

(250)Consid. 11.

(251)Consid. 13.

(252)Consid. 14.

(253)Consid. 15.

(254)Consid. 16.

(255)Consid. 17.

(256)MONTESQUIEU, "El espíritu de las leyes", Libro XI, Cap. VI "De la Constitución de Inglaterra".

(257)Ver nota 52.

(258)Construcciones Taddia S. A c. Estado nacional; C. 160.XXIII, sentencia del 6/10/92.

(259)El texto de 1853 decía "Confederación".

(260)Sesión del 31/7/1863; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, t. I, p. 301 y siguientes.

(261)La norma en discusión era el inc. 6° del art. 2 que dispuso "Los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: ...inc. 6°: En general todas aquellas causa en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte". Como puede verse no se aclaraba si podía ser parte actora solamente o también demandada.

(262)Bates y Stokes y Cía. c. Gobierno nacional, Fallos: 1:259 (1864).

(263)La compañía actora había reclamado intereses por el pago en mora de una indemnización pagada por la Aduana con motivo de la inundación de un depósito fiscal que había perjudicado mercaderías y efectos de propiedad de la actora.

(264)Seste y Serguich c. Gobierno nacional, Fallos: 1:137 (1864).

(265)"Que es uno de los atributos de la soberanía --dice el Tribunal-- reconocido universalmente que el que la inviste no puede ser arrastrado ante tribunales de otro fuero sin su expreso consentimiento por particulares a responder de sus actos y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle..." (consid. 2°) Fallos: 1: 319/320.

(266)Gómez c. Gobierno nacional, Fallos:2:36 (1865).

(267)Véase por ejemplo Aguirre Carranza y Cía. c. Gobierno nacional, Fallos: 22:385 (1880).

(268)Véase la crítica del Profesor MARIENHOFF, Miguel S., a este respecto en, "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV, p. 659, Ed. Abeledo-Perrot, 5ª ed., Buenos Aires.

(269)De acuerdo con ella "the King can do no wrong" (el Rey no puede equivocarse), lo que suponía la infalibilidad real explicada ya por Blackstone quien sostenía que se trataba de un principio necesaria y fundamental de la constitución inglesa (BLACKSTONE, William, "Commentaries on the Laws of England --a facsimile of the first edition of 1765-1769-- the University of Chicago Press", 1979, Vol III, p. 254 y ss).

(270)En Inglaterra se mantuvo prácticamente hasta la sanción de la Crown Proceedings Act de 1947 (véase: WADE, William, "Administrative Law", p. 751, Clarendon Press, Oxford, 6th. ed., 1988). En los Estados Unidos el juez Frankfurter en su disidencia en *Kennecott Copper Corp. v. Tax Commission*, 327 U.S. 573, 580 (1946), dijo "que se trataba de un resabio anacrónico de un privilegio monárquico".

(271)Véase: LEGON, Fernando, "Tratado integral de la Expropiación Pública", prólogo de Agustín N. Matienzo, p. 95 y sigtes., Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1934.

(272)La teoría del dominio eminente es una creación de Hugo Grocio quien creía que el Estado podía expropiar o destruir la propiedad privada en aras de la utilidad pública (De Jure Belli et Pacis, Lib. III, Cap. 20 VII 1 [1625], citado por: ROTUNDA, Ronald and NOWAK, John, "Treatise on Constitutional Law", Vol II, p. 481, West Publishing Co., Minnesota, 1992) y fue admitida por la Corte de Estados Unidos en West River Bridge Company v. Dix, 47 U.S. 507 (1848) a favor de los estados y en Kolh vs. United States, 91 U. S. 367 (1875), a favor de los Estados Unidos, Entre los comentaristas que se refieren al tema, puede verse: NICHOLS, P., "The Law of Eminent Domain" (1974), citado por TRIBE, Laurence, "American Constitutional Law", p. 588, n° 2, The Foundation Press, 2nd. ed., New York, 1988.

(273)Es significativa en este caso, la analogía entre esta delegación y la que ha ocurrido en materia expropiatoria. Todos sabemos que la Constitución (art. 17) exige que la calificación de utilidad pública de un bien a los efectos de su posterior expropiación se haga por ley. Ello no significa sin embargo que cada bien que el Estado necesita expropiar requiera del dictado de una ley en particular. Ello sería especialmente molesto para el Congreso cuando se trata de expropiaciones masivas que abarcan un número indeterminado de bienes, como son por ejemplo las que involucran el trazado de una nueva autopista o de una vía férrea. Es por ello que desde hace muchísimos años la Corte ha admitido que el Congreso dicte leyes generales de calificación de la utilidad pública de bienes que quedan eventualmente afectados a utilidad pública y luego son los entes administrativos encargados de llevar adelante la expropiación quienes toman a su cargo la determinación de cada bien en particular. Sobre este tema me remito a la jurisprudencia que he citado en "Delegación Legislativa, Teoría de los Reglamentos Delegados en la Administración Pública", p. 177 y sigtes., Ed. Abaco, Buenos Aires, 1990.

(274)Tomás Devoto y Cía. c. Gobierno nacional, Fallos: 169:111 (1933).

(275)Ello se observa en el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante en casos como Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c. DNV, Fallos: 306:1409 (1984), La Ley, 1984-D, 501. Jucalán Forestal S.A. c. Provincia de Buenos Aires, Fallos: 312:2266 (1989).

(276)"Tratado...", cit., t. 4.2., p. XII-20.

(277)De acuerdo con lo que expresa el art. 17 de la ley nacional de procedimientos administrativos, el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad en sede administrativa. No obstante --continúa diciendo la norma-- si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad. Así está estatuida en nuestro derecho procesal-administrativo, la llamada acción de lesividad, cuya finalidad es entonces, poner un valladar a la potestad de la Administración en la revocación de sus propios actos, como medio de defensa de los intereses de los administrados beneficiarios de los mismos. Este impedimento no es sin embargo absoluto, pues el art. 17 se complementa con el siguiente, que establece que el acto podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa en tres supuestos: a) si el interesado hubiere conocido el vicio, b) si la revocación, modificación o sustitución lo favorece sin causar prejuicios a terceros y c) si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. Naturalmente que como en una y otra norma se habla de nulidades distintas, en tanto que el 17 alude a los actos afectados de nulidad absoluta, mientras que el 18, se refiere a los llamados actos administrativos regulares, es decir los que padecen de vicios insustanciales, cabe la duda de si la prohibición asentada en éste último, proyecta sus efectos hacia el primero. Creo que no hay dudas que así es efectivamente. En primer lugar es regla de hermenéutica jurídica, reiterada hasta el cansancio por los pronunciamientos de la Corte Suprema, que las leyes deben ser interpretadas en su conjunto y no aisladamente, de

modo que no debemos contemplar ambas normas como compartimentos estancos. En segundo lugar no tendría sentido que se estableciera tal prohibición respecto de actos regulares, y se la omitiese en relación con los nullos de nulidad absoluta. Pues lo que interesa a la Administración es expurgar los actos gravemente viciados en homenaje a la legalidad de su obrar y sólo constituyen un impedimento para ello los derechos adquiridos de los administrados. De modo tal que si ellos han conocido el vicio, se benefician con la nulidad o sólo poseen un derecho precario, no hay motivo que sustente una inhabilitación administrativa para ejercer la potestad revocatoria. Ahora bien el fundamento de la acción de lesividad ha sido la llamada estabilidad del acto administrativo, nacida en la jurisprudencia de la corte con el "leading case" Carman de Canton (Fallos: 175:368), donde se estableció la denominada cosa juzgada administrativa. Interesa determinar entonces si la acción de lesividad tiene fundamento supralegal, es decir si podemos hallarlo directamente en la Constitución. Desde este punto de vista es posible sostener que el fundamento constitucional de la acción de lesividad está apoyado en un trípode constituido en primer lugar por el respeto al debido proceso, en segundo lugar por el respeto al derecho de propiedad y en tercer lugar por el principio de división de poderes. De estos tres el primero constituye el eje central de la cuestión. La acción de lesividad pretende evitar que la Administración se arroge la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporado ya al patrimonio del administrado. Creo importante destacar que en este caso no importa que se trate de la Administración pública en sentido orgánico o del Poder Judicial. Lo que cuenta realmente es que la actividad sea materialmente administrativa. Parecería que cuando en sede administrativa ha concluido una tramitación y la misma ha dado como resultado la concesión de una prestación que genera derechos subjetivos y los mismos se están cumpliendo, toda revocación que por razones de ilegitimidad se intente debe acudir al Poder Judicial en la medida que la misma puede afectar el patrimonio del administrado. De allí que la raíz constitucional de la acción de lesividad está en el art. 18 de la Constitución. El administrado ha logrado obtener luego de una tramitación en la que ha sido parte y por consiguiente ha podido aportar pruebas, descargos, etc., una prestación de la Administración. Resulta lógico entonces que si esa prestación debe ser eliminada por errores cometidos por aquélla, a los cuales es ajeno el administrado, se le den a aquél todas las posibilidades de defender con amplitud de prueba y debate la validez del acto cuestionado. Dicha amplitud de prueba y debate debe ser ejercida además ante un órgano imparcial, pues de lo contrario, quien ha emitido el acto, está siendo juez y parte de la situación. Contra estos argumentos quienes critican la acción de lesividad, por ejemplo Estrada y Comadira (COMADIRA), "La anulación...", cit., p. 192. ESTRADA, Juan Ramón de, "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular. El artículo 17 de la ley nacional de procedimientos administrativos", LA LEY, 1978-D, 821) entienden que obligar a la Administración a litigar carece de fundamento práctico, y que no se corresponde con la gestión de los intereses públicos a cargo de aquélla. Con la revocación por razones de legitimidad no se discute una causa de utilidad pública, como ocurre con la expropiación, que se decreta por el Congreso inaudita parte, o como tiene lugar con la revocación por razones de oportunidad mérito y conveniencia. En estos casos el administrado no puede discutir (salvo casos de arbitrariedad), el proceder administrativo, pues el mismo no es reglado. Sólo puede discutir, judicial y administrativamente, el monto de su indemnización. La potestad administrativa en estos casos se presume legítima y también es legítimo y no se discute el derecho del administrado, el cual cede frente a razones de orden colectivo. Como vemos en este caso no hace falta un proceso en el que se asegure al administrado una defensa que no necesita (salvo en lo atinente a la discusión acerca del monto indemnizatorio, en el cual el requisito de acceso a la Justicia tiene rango constitucional). Muy distinta es la revocación por razones de legitimidad, en la cual si bien también está presente el fin público y la legalidad del obrar administrativo (como en toda gestión estatal), la cuestión no es tan simple, pues está en discusión, primero si la Administración emitió un acto conforme a derecho y segundo si tal acto pudo producir efectos respecto del administrado. Esto constituye un juicio de valor, un procedimiento de naturaleza jurisdiccional que la Administración (en sentido orgánico o material), no puede realizar sin audiencia del interesado. De lo contrario, se vería seriamente resentido el principio de defensa tutelado por el art. 18 de la Constitución. Por otra parte decidir la revocación de un acto administrativo que ha producido efectos sobre el patrimonio de un individuo produce consecuencias sobre su derecho de propiedad tutelado por el art. 17 de aquélla. Ello obliga por ende a la intervención de un órgano judicial que actúe como tal, es decir a través de un mecanismo en el que ambas partes discutan en un pie de igualdad y frente a un tercero imparcial, con amplitud de prueba y debate la legitimidad del acto cuestionado. Como vemos hasta el

presente la acción de lesividad había sido fundamentada en razones intrínsecas del acto administrativo. En razones de orden legal. Estas breves reflexiones pretenden demostrar que el verdadero sujeto protegido por la misma es el administrado beneficiario del acto materia de eventual anulación y como tal su fundamento no es sólo legal sino constitucional.

(278) Thomas Bonham, médico, egresado de la Universidad de Cambridge, había ejercido su profesión en la ciudad de Londres sin la correspondiente autorización del Real Colegio de Médicos. En abril de 1606, Bonham fue emplazado para comparecer ante el Presidente y los Censores del Real Colegio. Encontrándolo deficiente en sus aptitudes profesionales, la corporación le impuso una multa de 100 chelines y le prohibió, bajo pena de prisión, ejercer la profesión hasta tanto fuere admitido por el Real Colegio. Ello no obstante, Bonham continuó ejerciendo y en octubre fue nuevamente emplazado. No concurrió a la citación y en su ausencia fue condenado a una multa de 10 libras, ordenándose asimismo su detención. En noviembre se presentó ante el Real Colegio, rehusándose a ser reexaminado, alegando que era Doctor en Medicina por la Universidad de Cambridge y que el Real Colegio carecía de jurisdicción sobre él. Por lo tanto fue enviado a prisión. Bonham demandó entonces al Real Colegio por encarcelamiento ilegítimo. En su alegato, los demandados invocaron un estatuto sancionado bajo Enrique VIII que les permitía ejercer este poder de policía sobre la profesión, autorizándolos, al mismo tiempo, a imponer multas, cuyo monto se dividía entre el Rey y el Colegio. El caso provocó una larga disputa entre los jueces mismos del common Pleas y, mientras uno de ellos, Walmesley, defendía ardientemente la causa del Colegio, Coke lo hizo en favor del doctor Bonham, concurriendo con él los jueces Warburton y Daniel. De los varios argumentos que Coke empleó en la sentencia, uno de ellos es el que más trascendencia ha tenido para el control de constitucionalidad. De acuerdo con los estatutos vigentes, el Colegio percibía la mitad de las multas cobradas, ello a juicio de Coke convertía al Colegio en juez y parte de la situación, lo que era contrario al "common law", ya que de acuerdo con los principios de éste nadie puede ser juez de su propio caso. "Aparece en nuestros libros --sostuvo Coke-- que en muchos casos, el 'common law' controlará a las leyes del Parlamento y en algunos casos juzgará que son totalmente nulas cuando estén en contra de la razón o del derecho o sean de imposible cumplimiento". Coke inauguraba así el control de legitimidad de un estatuto por ser contrario a los principios del "common law" (Para un análisis más completo de este caso me remito a BIANCHI, "Control de constitucionalidad", cit., ps. 52/58).

(279) Vid. WADE, "Administrative Law", cit., p. 473.

(280) "Curso...", cit., t. II, ps. 436/437.

(281) FERNANDEZ ARIAS c. Poggio, Fallos: 247:646 (1960), La Ley, 100-63.

(282) La Enmienda XI establece la inmunidad jurisdiccional de los estados respecto de los particulares. Esta enmienda nació a partir de que la Corte en *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793) admitió una demanda contra el estado de Georgia por deudas anteriores a la independencia. Puede verse un análisis de la enmienda en ORTH, John V., "The Judicial Power of the United States". *The Eleventh Amendment in United States History*, Oxford University Press, 1987.

(283) La Corte Suprema rechazó expresamente la aplicación de la Enmienda XI en nuestro derecho constitucional en *Avegno c. Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 14:425 (1874).

(284) Véase el punto A. 5 de este Capítulo.

