

EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO  
DE JURIDICIDAD (LEGALIDAD ADMINISTRATIVA).  
LOS INTERESES A PROTEGER

Julio Rodolfo COMADIRA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Juridicidad e intereses en la protección cautelar*. III. *Juridicidad e intereses en la valoración de los presupuestos de admisibilidad del proceso*. IV. *Juridicidad e intereses en la ejecución de sentencias condenatorias*.

I. INTRODUCCIÓN

Procuraré en estas breves reflexiones exponer mi punto de vista sobre la actitud que cabe esperar del juez con competencia en lo contencioso administrativo, en tanto órgano estatal instituido para decidir con independencia e imparcialidad los conflictos de intereses entre partes, regidos por el derecho administrativo.

Habré de precisar, entonces, en primer lugar, cuál es el contenido que asigno al principio de juridicidad y dentro de él a la juridicidad específicamente administrativa, marco normativo para el ejercicio de la justicia administrativa.

Así pues, el principio de juridicidad expresa no sólo la ley jurídico teórica —a la que se refería Merkl—<sup>1</sup> según la cual no es posible atribuir conducta alguna al Estado, excepto que una norma efectúe esa imputación, sino, también, la exigencia de que todo el accionar de aquél se someta al ordenamiento jurídico considerado como un todo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Merkl, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editorial Nacional, 1980, p. 212.

<sup>2</sup> En el expediente S-2867/92 Superintendencia, autos núm. 51.XXIV “Naveiro de la Serna de López, Helena María c/Bahuoffer Martha Beatriz (recurso de hecho)”, fallos 315:2771, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de establecer que: “3o. es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada

En Argentina, el ordenamiento, considerado como un sistema, comprende, desde los principios generales del derecho,<sup>3</sup> hasta los simples precedentes en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad,<sup>4</sup> pasando por la Constitución nacional, los principios que emergen

conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos... 5o. Que el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso, como lo ha señalado esta Corte (entre otros: C.437.XXIII «Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/acción de amparo», del 23 de junio de 1992, fallos 315:1361; «Amelia Sesto de Leiva c/Pcia. de Catamarca», fallos 312:1686, voto del ministro Belluscio; G.21.XXIII «González Vilar, Carmen c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires», del 18 de junio de 1991, fallos 314:625, disidencia de los jueces Levene *h*) y Moliné O' Connor...». El principio de legalidad ha sido también afirmado por el alto tribunal en materia de contratación pública, en tanto idóneo para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes al someter la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (CSJN, “Espacio S. A. c. Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos”, fallos 316:3157). En la doctrina peruana, en este mismo sentido, Morón Urbina, Juan Carlos, “Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2001, p. 28.

<sup>3</sup> Aquellos que, como ha señalado Alfonso Santiago: *h*) derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas (Santiago, Alfonso, “Relación entre el derecho natural y el derecho positivo en el sistema jurídico argentino”, *LL*, 1997-D, 1099). Los principios generales del derecho son el origen o fundamento de las normas y, en definitiva, la causa misma del derecho positivo (Cassagne, Juan C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988, p. 29). Y se debe tener en cuenta que, como afirma Coviello, el ordenamiento jurídico parte, en primer lugar, del derecho natural, que es participación de la ley eterna; luego se concretiza en el derecho humano positivo, el cual se asienta en una ley fundamental que se denomina Constitución (Coviello, Pedro J. J., “Concepción cristiana del Estado de derecho”, *ED*, pp. 129-923).

<sup>4</sup> La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido, sin embargo, que el precedente no es fuente de derecho administrativo y no impone, por tanto, resolver cuestiones idénticas de igual manera, sino cuando el derecho objetivo así los autoriza (dictámenes 168:94). Por eso, en principio, el precedente no integra el “bloque de la juridicidad”, aun cuando él no debe ser ignorado si gravita, para su seguimiento, la garantía de la igualdad. Ésta, sin embargo, no está demás aclararlo, no puede esgrimirse para pretender una reiteración de la ilegalidad, porque el precedente ilegal conduce no a la igualdad ante la ley

de ella, los tratados internacionales —algunos con jerarquía constitucional limitada,<sup>5</sup> y todos con rango supralegal—,<sup>6</sup> las leyes formales, los reglamentos<sup>7</sup> y, eventualmente, ciertos contratos administrativos.<sup>8</sup>

Ahora bien, el derecho administrativo, en tanto porción del ordenamiento positivo, se presenta como el conjunto de normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y los límites a ella derivados del control judicial.<sup>9</sup> El derecho administrativo es el derecho común de la administración pública,<sup>10</sup> y bien disponen en ese sentido los

sino a la igualdad fuera de la ley (López Rodó, Laureano, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RAP*, núm. 100-102, vol. 1, p. 338).

<sup>5</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, pp. 189-197.

<sup>6</sup> La prelación jerárquica de los tratados sobre las leyes formales, ahora consagrado explícitamente por la Constitución reformada (artículo 75, incisos 22 y 24), había sido reconocida ya con anterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema (CSJN, 7/07/92, “Ekmekdjian”, fallos 315:1492 y en J. A. 1992-III-199; 7/07/93, “Fibraza”, fallos 316:1669; 22/12/93, “Hagelin, Ragnar”, fallos 316:3219).

<sup>7</sup> El concepto *reglamentos* lo utilizamos en un sentido bien amplio y genérico. Incluimos en él, por tanto, no sólo a los reglamentos en sentido estricto (de ejecución, delegados, de necesidad y urgencia y autónomos), sino también a los *internos* de la administración que se traduzcan en la exigibilidad de conductas obligatorias para los agentes en relación con el contenido de los actos administrativos para cuyo dictado tengan competencia. Es más, la propia orden individual referida al contenido de un acto podría también incluirse por extensión conceptual. Alberto Bianchi y Hernán Celorrio han puntualizado que el reglamento es la fuente principal del derecho administrativo (Bianchi, Alberto B., “La potestad reglamentaria de los entes reguladores”, *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2002, pp. 589 y 590; y Celorrio, Hernán, “Las perspectivas futuras del procedimiento administrativo”, *Procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 538); pero hay que tomar en cuenta que no todas las leyes son reglamentables, pues en principio sólo corresponde reglamentar aquella que habrá de ser aplicada por la administración (Lapierre, José, “Los reglamentos ejecutivos”, *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 568) y hay leyes cuya reglamentación está vedada constitucionalmente (artículo 75, inciso 2o., 4o. párrafo CN).

<sup>8</sup> Grau, Armando E., “Legalidad”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, incluye a los contratos administrativos en el “bloqueo de legalidad”.

<sup>9</sup> Gordillo define al derecho administrativo como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta” (Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. I, p. V-19).

<sup>10</sup> Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, comentada y anotada con jurisprudencia de la Corte Suprema de*

códigos procesales administrativos más modernos cuando determinan que la actividad desarrollada por la administración se presume regida por el derecho administrativo, aun cuando para resolver las causas se apliquen por analogía principios generales del derecho o normas de derecho privado.<sup>11</sup>

Cabe entonces, a esta altura, preguntar cuál es la nota que distingue, caracteriza, a esta rama del derecho. Y en este sentido no parece existir hasta ahora locución más representativa que la de considerar al derecho administrativo como un régimen *exorbitante*.<sup>12</sup>

Claro está que, en la actualidad, la exorbitancia no significa sino la búsqueda permanente de un equilibrio, de una armonía entre las exigencias del interés público, traducidas en la prerrogativa,<sup>13</sup> y las provenientes del interés individual, plasmadas en la garantía. Prerrogativas sustanciales y procesales y, correlativamente, garantías sustanciales y procesales, conforman el régimen administrativo en cuya observancia se reconoce la existencia de una administración ajustada al derecho que le es propio.<sup>14</sup>

Justicia de la Nación, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación), Buenos Aires, La Ley, 2002, t. I; con la colaboración de la doctora Laura Monti, p. 3; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 8a. ed., Madrid, Civitas, 1997, t. I, pp. 38 y 39.

<sup>11</sup> Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (artículo 1o.) y Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la República Argentina (artículo 3o.), elaborado por el Ministerio de Justicia de la Nación, aprobado por el honorable Senado de la nación en 1999.

<sup>12</sup> Comadira, Julio R., "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2004, pp. 17 y ss.

<sup>13</sup> Las prerrogativas, en tanto potestades de actuación exorbitante o "escudo de resistencia frente a una actuación de terceros" (García Trevijano Fos, José, "Tratado de derecho administrativo", *Revista de Derecho Privado*, 3a. ed., edición actualizada, Madrid, 1974, t. I, p. 476), son especies de la figura que Santi Romano dio en llamar poderes jurídicos (Romano Santi, *Fragments de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 332) y, en cuanto tales, participan de su calidad de irrenunciables (*Ibidem*, p. 342).

<sup>14</sup> Aun cuando escapa al objeto de este trabajo examinar las características que definen dicho régimen, se pueden enunciar como prerrogativas sustanciales propias de la administración pública las siguientes: la potestad de crear, unilateralmente, vínculos obligatorios para los administrados; presunción de legitimidad de sus actos; ejecutoriedad de éstos; potestad de volver sobre ellos por razones de ilegitimidad o inoportunidad; régimen privilegiado de los contratos y bienes. Las prerrogativas procesales habitualmente

En cualquier caso, esa búsqueda supone como referencia hermenéutica la consideración del interés público como estándar de interpretación de la relación jurídico administrativa, en la inteligencia de que ese interés, gestionado vicarialmente por la administración, engloba los intereses de cada ciudadano, de modo que, paradójicamente, el interés público que, en apariencia, es el interés de una de las partes (la administración), integra, en rigor, el interés de la otra parte (el administrado), con la cual parece estar en oposición. Hacer prevalecer un interés (el público) sobre otro (el privado) es, por eso, consagrar y proteger el propio interés que se sacrifica formalmente.<sup>15</sup>

El interés público como criterio especial de interpretación deriva de la consideración que él merece en tanto fin rector de la actividad administrativa y, en rigor, no necesita de positivización, aun cuando en Argentina él puede estimarse recogido en la Ley núm. 25.188 de Ética Pública, cuyo artículo 2o., inciso c, impone a los funcionarios públicos atender en sus actos al interés del Estado, esto es, al general por sobre el individual.<sup>16</sup>

reconocidas son: agotamiento de la instancia administrativa previa a la demanda judicial; plazos breves de caducidad para accionar judicialmente contra el Estado; mayor plazo para el cumplimiento de ciertas cargas procesales; incomparecencia personal de determinados funcionarios en el juicio contencioso administrativo; efectos declarativos de la sentencia; régimen especial de ejecución de las sentencias condenatorias a dar sumas de dinero o que resuelven de ese modo; posibilidad de demandar la invalidez de sus actos. Garantías sustanciales del administrado son: el principio de juridicidad; la igualdad; la propiedad; la razonabilidad del actuar administrativo; la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y el acceso a la justicia a través de un concepto amplio de legitimación; y procesales: el informalismo en favor del administrado y el debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo (Barra, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 266-283; Casagne, Juan C., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, t. II, pp. 18-37; Comadira, Julio R. y Escola, Héctor J., *Derecho administrativo argentino*, México, UNAM-Porrúa, 2005).

<sup>15</sup> Garrido Falla, Fernando, *Las transformaciones del régimen administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1962, pp. 86 y 87. Esta pauta hermenéutica ha sido tradicional en los administrativistas argentinos (véase, por todos, Fiorini, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 73; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., actualizada, t. I, p. 272). Como sostiene Medrano (“Ética y política: formulación general y problemas actuales”, *Revista Prudentia Iuris*, vol. 2, p. 40) cuando se abandona el bien común y se le antepone el bien particular, aparece la corrupción política.

<sup>16</sup> Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, 2a. ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexos-Abeledo Perrot, 2003, pp. 587 y 588.

El juez contencioso, llamado a decir el derecho administrativo en los conflictos, debe, por tanto, guardar imparcialidad, neutralidad frente a los intereses en juego. Y lo hará en la medida en que respete el estándar interpretativo indicado, es decir, el interés público; pues éste y el individual no son, como antes recordé, antagónicos.

Esta actitud del juez es esperable tanto en el campo de la regulación administrativa sustancial como en el de la estrictamente procesal, sea ésta contencioso administrativa o, simplemente, administrativa.

La temática fijada limita el análisis al aspecto específicamente contencioso administrativo, y el tiempo me lleva, a su vez, a escoger para la exposición sólo tres aspectos: la protección cautelar, la valoración de los presupuestos de admisibilidad del proceso y la ejecución de la sentencia.

## II. JURIDICIDAD E INTERESES EN LA PROTECCIÓN CAUTELAR

En Argentina, en el ámbito federal, existe una justicia especializada (el fuero contencioso administrativo), pero se carece de un Código Procesal Administrativo, motivo por el cual la justicia administrativa es administrada por jueces especializados que aplican, en el plano adjetivo, y en lo pertinente, las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, destinado, naturalmente, a regular la actuación procesal en los conflictos privados.

Esta realidad, que es mirada con simpatía por quienes descreen de la necesidad y conveniencia de una disciplina autónoma para el actuar de la administración, es, sin embargo, motivo de frustración para quienes pensamos que sólo a partir del derecho administrativo es posible brindar una respuesta adecuada y, por ende, justa a los intereses que gravitan en la relación jurídico administrativa, tanto sustancial como procesal.

En lo que se vincula, entonces, con la protección cautelar y, en especial, con la suspensión de los efectos del acto administrativo, cabe consignar que ella es, en general, valorada y concedida, en la jurisdicción nacional, con arreglo a los requisitos que contempla el Código ritual citado (artículos 230 y ss.), de modo que supone, por tanto, la concurrencia de los dos siguientes recaudos básicos: la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible

(*periculum in mora*), a los cuales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales que integran el fuero contencioso administrativo ha incorporado la consideración del interés público,<sup>17</sup> en especial cuando se trata de conceder medidas cautelares que comprometan la continuidad de obras públicas,<sup>18</sup> la percepción de rentas fiscales<sup>19</sup> o el ejercicio del poder de policía.<sup>20</sup>

En ese orden de ideas, se puede considerar como práctica común la valoración de la procedencia de la cautela con arreglo al siguiente criterio: a mayor verosimilitud del derecho, exigencia de menor peligro en la demora; y a la inversa: a menor verosimilitud, exigencia de mayor peligro en la demora.<sup>21</sup> La existencia de la verosimilitud, a su vez, se ha refe-

<sup>17</sup> CSJN, 28/11/85, “Arizu”, fallos 307:2267; 6/10/91, “Astilleros Alianza”, fallos 314:1202; 10/12/97, “Garre, Alfredo”, fallos 320:2697; CNCAF, Sala III, 08/09/83, “Herrera de Noble” y 11/11/83, “Baiter”, entre otros.

<sup>18</sup> Verbigracia, “Astilleros Alianza”, fallos 314:1202.

<sup>19</sup> CSJN, 11/12/90, “Firestone de la Argentina SAIC”, fallos 313:1420; 27/04/93, “Video Cable Comunicación S. A.”, fallos 316:766; 9/12/93, “Massalin Particulares”, fallos 316:2922; 23/11/95, “Grinbank”, fallos 318:2431 y 25/06/96, “Pérez Cuesta”, fallos 319:1069. En igual sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 17/10/94, *in re* “Controladuría General Comunal c/ MCBA s/ Amparo”, R. 157.240. Dijo la Cámara Civil: “...la medida dispuesta importa en los hechos y hasta que recaiga decisión final en el amparo, la paralización de la capacidad recaudadora de la demandada —indispensable para el sostén de la sociedad—. Por lo que, frente a la disyuntiva de tener que optar entre el interés de los potenciales afectados —por más que se admita que éstos representen una importante cantidad— debe primar el interés general”.

<sup>20</sup> Poder de policía financiero: CSJN, “Carlés”, fallos 312:409; “Profin Cía. Financiera”, del 19 de mayo de 1992. Poder de policía relativo a la salubridad, seguridad y promoción de los intereses económicos: CSJN, “Roque Coluccio”, del 17 de octubre de 1985; “Arizu”, del 28 de noviembre de 1985, fallos 307:2267.

<sup>21</sup> CNFed., Sala Contencioso Administrativo, “Banco Popular de La Plata c. Banco Central de la Rep. Argentina”, 18/10/65, LL 120-764; CNac. Civ. y Com. Fed., Sala II, “Luz y Fuerza c. Hoteles de Turismo”, JA-1984-418; CNac. Fed. Cont. Adm., Sala II, “CAS T. V. S. A. y otras c/Estado Nacional (PEN) y otro s/ nulidad y medida de no innovar”; Sala I, “El expreso ciudad de Posadas c. Estado Nacional” (Ministerio de Obras y Servicios Públicos), LL, 1993-B-424; CNCAF, Sala II, 9/4/92, “Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago” —“Los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar”— y Sala IV, 16/4/98, “Arte Radiotelevisivo Argentino S. A.” —“a los fines de la procedencia de una medida cautelar a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente con la demostración del peligro en la demora y viceversa, pero ello es posible cuando, de existir realmente tal verosimili-

rido, en general, a la configuración de vicios evidentes o notorios en el acto que afecten su presunción de legitimidad o, en su caso, a su impugnación sobre bases *prima facie* verosímiles.<sup>22</sup>

tud, se haya probado en forma mínima el peligro en la demora mencionada”—. Los Códigos Procesales de Mendoza (artículo 23), Neuquén (artículo 22) y Formosa (artículo 22) condicionan la suspensión a la nulidad *prima facie* del acto, o, en su defecto, a la irreparabilidad o gravedad del daño, respectivamente, si la resolución aparece como anulable. Al comentar el sistema anteriormente vigente del régimen contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, Juan J. Martiarena consideró que en atención a la presunción de legitimidad del acto administrativo, la medida cautelar de suspensión de efectos de éste —única prevista expresamente por el referido régimen— no requiere como requisito de su otorgamiento la verosimilitud del derecho que funda la pretensión del reclamante (“Avance jurisprudencial en materia de medidas cautelares en el proceso administrativo bonaerense”, *LL, Suplemento de Derecho Administrativo*, 6 de abril de 1998). Carlos Vallefn, en cambio, en un artículo también relativo al mencionado régimen cautelar de la provincia de Buenos Aires, considera que la verosimilitud del derecho es un recaudo común para todas las medidas cautelares (“La suspensión judicial de actos administrativos en el proceso administrativo provincial”, *JA*, 1992-I-906). Al comentar el nuevo Código Contencioso de la Provincia de Buenos Aires, Logar sostiene que si la nulidad del acto es *manifiesta* el tribunal debe restablecer la legalidad administrativa, suspendiendo los efectos del acto viciado, aun a falta de acreditación concluyente del peligro en la demora, siempre que exista interés suficiente para instar la actuación judicial (“Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, *LL*, Buenos Aires, año 5, núm. 10, pp. 1151 y ss.).

<sup>22</sup> CSJN, 1961, “Cía. Argentina de Teléfonos, S. A. c/ Prov. de Santiago del Estero”, fallos 250:154; 1961, “Nación c/ Provincia de Mendoza”, fallos 251:336; 1985, “Nación Argentina c/ Provincia de Santiago del Estero”, fallos 307:1702; 22/12/1992, “Iribarren, Casiano R. c/ Provincia de Santa Fe”, fallos 315:2956; 8/09/1992, “Seery, Daniel J. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, fallos 315:2040; 23/11/1995, “Líneas de Transmisión del Litoral S. A. (LITSA)”, fallos 318:2374; ello, sin embargo, no le ha impedido afirmar al alto tribunal que la resolución que emana regularmente de la dirección general impositiva goza de presunción de legitimidad, lo cual autoriza a afirmar que en el reducido ámbito cognoscitivo en el que deben dictarse las medidas cautelares no resulta fundado admitir siquiera *prima facie* que la decisión adoptada por la nombrada haya respondido a un obrar injustificado o abusivo (CSJN, 23/11/95, “Grinbank”, fallos 318:2431). Respecto de este requisito la CNCAF ha sostenido que: a) Cuando la pretensión se intenta frente a la administración pública, es necesario que se acredite *prima facie* y sin que esto suponga prejuzgamiento de la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Ello es así porque los actos de aquélla gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los recursos administrativos, ni las acciones judiciales mediante las cuales se discute la validez de éstos, suspenden su ejecución (CNCAF, Sala IV, 14/5/92, “Playas Subterráneas S. A.”; 18/9/86, “Incidente: Subppga SACIC”, D.J. 987-I-810; 19/9/91, “Joyart S. A.”; 19/6/98, “Aranda

No comparto totalmente con esta visualización de la jurisprudencia, porque a mi juicio los aspectos que deben valorarse para decidir la procedencia de la protección cautelar son más complejos. En mi opinión, la procedencia de una medida cautelar contra la administración pública de-

Giusani”; 22/6/99, “Nestlé Argentina S. A.”; Sala V, 8/9/99, “Defensor del Pueblo de la Nación”; 12/7/99, “Rutas Pampeanas S. A.”); b) Si bien en una medida cautelar se debe apreciar si el derecho del peticionante *prima facie* aparece como verosímil, ello no se debe hacer con extrema superficialidad que deje sin efecto un principio legal de tanta trascendencia como el de la presunción de legitimidad del acto administrativo (CNCAF, Sala IV, 14/5/85, “Coelho, Guillermo”; 6/8/85, “Rodríguez, Roberto”, J.A. 1986-I-Síntesis); c) No resulta verosímil el derecho opuesto por la actora cuando los actos atacados no adolecen de manifiesta ilegitimidad, en tanto han sido dictados *prima facie*, por la autoridad con competencia para ello (CNCAF, Sala I, 3/7/86, “Incidente sobre medida cautelar en los autos: Román Marítima S. A.”); d) La presunción de validez de los actos administrativos impide disponer por vía de una medida cautelar la suspensión de sus efectos sin una estricta apreciación de los requisitos de admisión, de los que surja, *prima facie*, la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto, debiendo resguardarse, asimismo, el interés público comprometido (Documento de CNCAF, Sala II, 12/1/89, “Industrias Termoplásticas Argentinas SAICF”; CNCiv., Sala G, 5/8/91, “Trinidad, Juan”); e) La verosimilitud del derecho invocado en la demanda y en la que se debe fundar la concesión de la medida cautelar debe guardar necesaria relación con el objeto tanto de la pretensión de fondo como de la precautoria impetrada (CNCAF, Sala IV, 13/6/91, “Metalúrgica Bellucci S. A.”); f) La prohibición de innovar supone un remedio procesal que debe ser aplicado con carácter restrictivo, principio que adquiere mayor vigor en los litigios contra la administración pública o sus empresas, en virtud de la presunción de que están investidos *prima facie* los actos de los poderes públicos (CNCAF, Sala IV, 15/4/92, “Inc. s/rec. de apelación en efecto devolutivo en los autos: Belt S. A. y otros”; 30/4/99, “Orbis Merting S. A.”); g) A partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos y su correlativa ejecutoriedad, es requisito ineludible para admitir la pertinencia de medidas cautelares contra tales decisiones, la comprobación de su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad (CNCAF, Sala I, 15/10/92, “Inofar S. A.”); h) Si bien la prohibición de innovar es procedente en litigios contra la administración pública, media un agravamiento o acentuación de la carga de demostrar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la ausencia de todo otro medio de protección. Ello así, porque los actos de los poderes públicos gozan de una presunción de validez que, precisamente, el interesado deberá desvirtuar al momento de reunir aquellos extremos, en especial el que atañe a la apariencia de su derecho. Siguiendo esta línea de pensamiento se ha dicho que la viabilidad de la medida debe ser apreciada con criterio restrictivo, siendo necesario *prima facie* acreditar la arbitrariedad del acto recurrido o, con el mismo alcance, la violación de la ley para hacer caer la presunción de legalidad de que éste goza y, por tanto, su ejecutoriedad (CNCiv., Sala I, 28/5/93, “Catastros y Relevamientos S. A.”); i) A partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos —y su correlativa ejecutoriedad— es requisito fundamental para admitir la pertinencia de las medidas cautelares contra tales declaraciones, la comprobación de su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, pues sólo

bería, en general, hacer mérito de los siguientes elementos: la índole del interés público comprometido en la actuación administrativa y la gravedad de su afectación; la verosimilitud del derecho invocado y su incidencia en la presunción de legitimidad del accionar administrativo y la gravedad del perjuicio implicado en la demora.<sup>23</sup>

Si el estándar de interpretación de la relación jurídico administrativa es, como dije, el interés público, también él debe ser un interés primario a tomar en cuenta en la esfera procesal y, dentro de ella, en lo relativo a la protección cautelar.

Por eso entiendo que, como primera valoración, el juez debe determinar el interés público comprometido en la ejecución del acto administrativo,

concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la recordada presunción (CNCAF, Sala IV, 6/12/93, “Frigorífico Lafayette S. A.”); *j*) Uno de los principales recaudos para habilitar la procedencia de medidas cautelares contra los actos de la administración pública es la presencia de la verosimilitud del derecho pretendido, a fin de hacer caer la presunción de validez que ostentan los actos de los poderes públicos (CNCAF, Sala I, 23/4/98, “Filipuzzi”, *LL*, 1998 E, 530); *k*) Para que proceda la prohibición de innovar o la medida innovativa es menester que aparezca palmariamente configurada la arbitrariedad manifiesta del acto recurrido o la violación de la ley para hacer caer la presunción de legalidad con la que cuentan los actos de la administración (CNCAF, Sala V, 19/7/96, “Transportadora de Gas del Sur S. A.”); *l*) El recaudo de verosimilitud del derecho se debe entender como la posibilidad de que aquél exista y no como una incontrastable realidad, la cual sólo se puede alcanzar al tiempo del pronunciamiento de la sentencia de mérito (CNCAF, Sala V, 17/3/99, “Sanguinetti, Ricardo”; 24/11/99, “Green”); *m*) Toda vez que la medida de no innovar interpuesta contra un acto administrativo debe aplicarse con carácter restrictivo, quien la solicita debe demostrar, *prima facie*, la ilegitimidad de ese acto o la violación del orden jurídico, lo cual permite hacer caer la presunción de legitimidad de la que gozan tales actos (CNCAF, Sala IV, 30/4/99, “Orbis Merting S. A.”). En una postura aparentemente más laxa, la CNCiv. y Com. Fed. ha sostenido que si bien los actos administrativos resultan por ley presuntamente legítimos, de cuyo carácter se desprende su fuerza ejecutoria, no se puede inferir que, en forma dogmática, devenga imposible el dictado de una medida de no innovar a su respecto, ni extremar el criterio de admisibilidad a punto tal que se exija un verdadero juicio de certeza del derecho invocado y no su mera verosimilitud, propio —por otra parte— de las medidas cautelares. Por lo tanto, concluyó en que era admisible que a la presunción de legitimidad de los actos administrativos se les opusiera un derecho verosímil, máxime cuando se los impugna sobre bases *prima facie* ciertas (CNCiv y Com. Fed., Sala I, 7/5/99, “Miranda” y sus numerosas citas; 17/6/99, “Grillo, Víctor”; 21/10/99, “Burghard Bohn”; Sala III, 17/6/99, “SOES-GYPE”; 14/10/99, “Grant Prideco Inc.”; 16/11/99, “LAPA S. A.”; 23/3/00, “Byk Argentina S. A.”).

<sup>23</sup> Comadira, Julio R. y S. A. Martino, Patricio M. E., “Medidas cautelares e interés público”, *Revista de Derecho Público*, t. 2002-1, Buenos Aires, pp. 327 y ss.; y Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos*, cit., nota 10, pp. 246 y ss.

deslindando el interés colectivo primario de la comunidad de otros intereses que, aunque públicos, no dejan de ser secundarios.<sup>24</sup> No es igual, en ese sentido, el interés público involucrado en la contratación de medicamentos para asistir a la población afectada por una epidemia, que el implicado en el acto que decide el cese de un agente público, aun cuando éste sea un funcionario jerarquizado.

Las Construcciones de la doctrina italiana (Alessi,<sup>25</sup> Giannini<sup>26</sup>), seguidas entre nosotros por Fiorini,<sup>27</sup> acerca de la diversa intensidad y gradación de los intereses públicos, revisten en este punto singular importancia.

De ahí que, en el marco de la valoración propia de un procedimiento cautelar, el juez concluyera, con certeza, que la concesión de la protección peticionada afectaría, grave y evidentemente, un interés público primario, la protección no debería, en principio, ser acordada, incluso cuando concurriera cierta verosimilitud —que podría denominarse *simple*— no neutralizadora de la presunción de legitimidad del accionar administrativo y aunque el riesgo de daño por la demora fuera grave.<sup>28</sup> Ello es así no porque se pretenda afirmar la gestión implacable del interés público a costa de la juridicidad;<sup>29</sup> tal proposición importa, simplemente, resolver provisoriamente a favor del interés público, la tensión dialéctica generada entre las exigencias derivadas, por un lado, de la afectación *cierta, grave y evidente* de aquel interés, y las provenientes, por el otro, de la mera *probabilidad* de derecho y de peligro para el interés del administrado.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, traducción de la 3a. ed. italiana, 1970, t. I, pp. 184 y ss.

<sup>25</sup> Alessi, Renato, *op. cit.*, nota anterior, pp. 183 y ss.

<sup>26</sup> Giannini, Massimo S., *Derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 132-134.

<sup>27</sup> Fiorini, Bartolomé A., *op. cit.*, nota 15, pp. 73-75.

<sup>28</sup> Comadira, Julio R. y S. A. Martino, Patricio M. E., *op. cit.*, nota 23, pp. 333-338; asimismo, Comadira, *Derecho administrativo, cit.*, nota 16, nota 1162 de la p. 458.

<sup>29</sup> No se trata, ciertamente, de afirmar la prevalencia de ese interés en cualquier caso, aun cuando en doctrina se ha sostenido la imposibilidad de descartar que sea así, según las circunstancias de la situación concreta y se ha admitido, incluso, que ese interés determine, precisamente, la adopción de la medida cautelar (Chinchilla Marín, Carmen, “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”, *RAP*, núm. 131, Buenos Aires, p. 178; *Idem*, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 44 y 185). En contra de esta última idea, se puede ver García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 2a. ed., ampliada, Madrid, Civitas, 1992, p. 215.

<sup>30</sup> En esta orientación se ha afirmado que en los procesos contencioso administrativos, la procedencia de la medida de no innovar exige tener en cuenta que el interés públi-

Si la verosimilitud invocada tuviera, sin embargo, entidad suficiente para enervar la presunción de legitimidad del accionar administrativo (condición de la ejecución del acto y derivación del principio de juridicidad) a causa de la exteriorización de un vicio grave y manifiesto en el acto o, en su caso, de una notoria, evidente ausencia de derecho revelada por el silencio o inactividad administrativa o las *vías de hecho* de la administración, y, a su vez, el riesgo de peligro por la demora se refiriera a un daño grave, la protección cautelar se debería acordar.<sup>31</sup> La juridicidad del accionar administrativo es, en un Estado de derecho, un interés público primario de la colectividad, pues en el respeto al ordenamiento se resume la preeminencia de los valores y principios que le dan fundamento, de modo que, siendo así, no es concebible que él pueda ser sacrificado para atender, en apariencia, a algún otro interés.<sup>32</sup>

Distinto es el tratamiento que corresponde asignar a las situaciones en las cuales el interés público comprometido, pese a ser primario, no es afectado con certeza, gravedad y evidencia, o asume la condición de público secundario, como puede ocurrir, por ejemplo, con el propio de la administración en tanto sujeto o *aparato* organizativo.

co no resulte afectado por ella (CNCAF, Sala IV, 14/05/85, “Coelho, Guillermo”; 31/05/91, “Banco de la Provincia de Buenos Aires”, LL 1992-A, 211; 13/06/91, “Metalúrgica Bellucci S. A.”).

<sup>31</sup> Sin perjuicio de lo expuesto respecto de la preponderancia que en la materia tiene la protección del interés público comprometido en el accionar de la administración, debe destacarse también que el requisito de la verosimilitud del derecho adquiere, en el proceso cautelar administrativo, importancia capital y excluyente, al punto de que puede llegar a justificar, en ciertos casos, por sí solo, la procedencia de la cautelar (Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, cit., nota 16, pp. 451 y 452).

<sup>32</sup> El interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, de insoslayable valoración no sólo en la providencia cautelar, sino, además, en la sentencia de mérito, impone acordar la protección a quien, por su sola legitimación, la invoca. Por eso, me parecen encomiables normas como las contenidas en el artículo 12 del Código de Corrientes, en tanto exime de la acreditación del perjuicio irreparable a los casos de nulidad manifiesta, o las previstas en los artículos 29 de la Provincia del Chaco, 31 de Jujuy, 29 de Misiones, 14 de Santa Fe, y 30 de Santiago del Estero que habilitan la suspensión frente a resoluciones en principio nulas por incompetencia o violación manifiesta de la ley, limitando la exigencia de la irreparabilidad del perjuicio a los casos en que concurriendo *prima facie* la ilegalidad, ésta pueda no derivar de los supuestos enunciados. En este sentido, bien destacan Gambier y Zubiaur que el fundamento primario de la tutela cautelar administrativa radica en asegurar el cumplimiento oportuno del principio de legalidad (Gambier, Beltrán y Zubiaur, Carlos A., “Las medidas cautelares contra la administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19549”, LL, 1993-D-690).

Si la verosimilitud invocada careciera de entidad como para comprometer la presunción de legitimidad del accionar administrativo, pero evidenciara, *prima facie*, cierta probabilidad de derecho, y el peligro argumentado fuera grave, el juez debería conceder la protección cautelar. La escasa gravedad de la afectación al interés público o la índole de éste no justificarían, en este caso, la afirmación de ellos frente a una actuación u omisión administrativa, desprovista, probablemente, de legitimidad, y determinante, eventualmente, de un perjuicio grave. La tensión, por un lado, entre la *certeza* de la afectación *no grave* del interés público primario, o en su caso, el compromiso, incluso grave, del interés público *secundario*, y, por el otro, la *apariencia* de legalidad y *riesgo* de perjuicio *grave*, se resuelve a favor de éstas. La legalidad, reitero, es un interés colectivo primario y, como tal, no puede ceder frente a intereses que, aunque públicos, son de menor jerarquía.

Y si la verosimilitud invocada, neutralizara, enervara la presunción de legitimidad del accionar administrativo aun cuando el peligro en la demora se refiriera a un daño menor, la protección también debería ser acordada, pues ni siquiera ese perjuicio debería sufrirse frente a un interés público primario que no parece gravemente afectado o un interés público que no luce como primario y a una legalidad administrativa que ni siquiera es aparente.

Interés público comprometido, verosimilitud del derecho y presunción de legitimidad del accionar administrativo y gravedad del daño, son, pues, los elementos condicionantes a ponderar equilibradamente por el juez para otorgar la protección cautelar.

### III. JURIDICIDAD E INTERESES EN LA VALORACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DEL PROCESO

Como regla, en el ámbito nacional de Argentina el accionar judicial contra el Estado está sujeto a las siguientes dos exigencias: *a)* el agotamiento previo de la vía administrativa, es decir, el tránsito recursivo o de reclamo hasta el órgano con competencia definitiva para resolver, y *b)* la interposición de la demanda, o, en su caso, del recurso eventualmente contemplado por alguna norma especial, después de producido ese agotamiento, dentro de plazos breves de caducidad.

Se trata de prerrogativas procesales reconocidas a la administración, cuyo fundamento se ha derivado de exigencias propias del interés público.<sup>33</sup>

Abrir una etapa conciliatoria previa al pleito; dar a la administración la posibilidad de corregir un error; evitar el escándalo que significaría colocar a la autoridad administrativa ante una acción indefendible; fortalecer el procedimiento administrativo como instrumento de autocontrol administrativo, son, entre otras, las razones expuestas para justificar el requerimiento del agotamiento previo, clara manifestación de exorbitancia administrativa.<sup>34</sup>

Por otro lado, someter las acciones contra el Estado a plazos breves de caducidad, excluyendo los propios de la prescripción aplicables entre particulares es, también, una inequívoca exteriorización de supremacía administrativa fundada en la necesidad de dar rápida estabilidad y certeza a las relaciones jurídico administrativas.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Las prerrogativas citadas son, en la terminología de García Trevijano Fos, “privilegios hacia adentro” de la administración pública (García Trevijano Fos, José, *op. cit.*, nota 13, pp. 458 y ss.). Véase también, Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos...*, *op. cit.*, nota 10, pp. 419-428; Barra, Rodolfo C., *op. cit.*, nota 14, t. I, pp. 277 y 278; y Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo, cit.*, nota 16, t. II, pp. 22 y 23. Al carácter de “prerrogativa” se hizo referencia en la sentencia recaída en la causa “Serra”, del 26 de octubre de 1993, fallos 316:2454, con nota de Alberto B. Bianchi en *LL*, 1995-A, 401.

<sup>34</sup> Guastavino, Elías, *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 260. Se ha puntualizado en la doctrina española que la casi totalidad de ella conviene en erigir al carácter autocompositivo del agotamiento previo como su principal fundamento y sustancial justificación (Sendra, Vicente Gimeno *et al.*, *Derecho procesal administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 328).

<sup>35</sup> En nuestro país se ha indicado que cualquier interpretación que conduzca a excluir la impugnación judicial de actos administrativos por particulares, de la sujeción a los plazos fijados por el artículo 25, resulta en principio contraria a una pauta interpretativa capital, la de dar pleno efecto a la voluntad del legislador (CNCAF, en Pleno, 24/4/86, “Petracca e hijos Sacifi y otros c/Estado Nacional-Ente Autárquico Mundial 78”, en Gustavo Carattini, Marcelo (recopilación, supervisión y anotación), *Fallos Plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*, Buenos Aires, 1997, p. 194). La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en reiteradas oportunidades la constitucionalidad de los plazos de caducidad fijados por las legislaciones procesales administrativas provinciales (CSJN, 1944, “Shell Mex Argentina Limitada S. A. c/ Poder Ejecutivo de Mendoza”, fallos 200:444; CSJN, 1947, “Compañía de Electricidad del Sud Argentino c/ Municipalidad de Mercedes”, fallos 209:526) e hizo lo propio respecto del plazo de caducidad establecido por el artículo 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo (CSJN, 5/4/1995, “Gypobras S. A. c. Estado Nacional”, fallos 318:441, considerandos 8o. y 9o.). Ha señalado Tomás Hutchinson que al tiempo de la sanción de la LNPA el plazo por ésta fijado era de menor extensión que el generalmente establecido en las legislaciones provinciales (*Régimen de procedimientos administrativos*,

En la actualidad, la legislación vigente impone que el juez, de oficio, verifique antes de dar traslado de la demanda si las referidas exigencias, presupuestos de admisibilidad del proceso contencioso administrativo, han sido debidamente cumplidas. El artículo 31 de la LNPA —modificado por la Ley núm. 25.344—<sup>36</sup> dispone, en efecto, que los jueces no pueden dar curso a las impugnaciones judiciales que se deduzcan contra los actos de alcance particular o general, o cuando se demandare al Estado fuera de esos supuestos, sin comprobar, de oficio, en forma previa, el cumplimiento de la exigencia del agotamiento recursivo o de reclamo y de los plazos fijados para el accionar judicial.

La norma vino a consagrar, así, la exigencia de la decisión judicial que, en doctrina, se ha dado en llamar *habilitación de la instancia*, conceptualizable como el juicio previo que realiza el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo, respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales especiales de admisibilidad de la acción, emparentado con el juicio de admisibilidad de los derechos español o uruguayo o con el denominado “despacho de saneamiento” brasileño.<sup>37</sup>

Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 168). Sobre la exigencia de esta clase de plazos en el derecho comparado puede verse Barnes Vázquez, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1994; Alemania: Sommermann, Karl Meter, *La justicia administrativa alemana*, pp. 69 y ss., en especial pp. 78, 84, 86, 91 y 94; Italia: Falcon, Giandomenico, *La justicia administrativa*, pp. 225 y 226; Francia: Moderne, Frank, *La justicia administrativa en Francia*, p. 313; Gran Bretaña: Himsworth, C. M. G., *Judicial Review de los actos administrativos en el Reino Unido*, p. 527. Acerca del sistema francés puede consultarse, asimismo, De Laubadere, André *et al.*, *Traité de Droit Administratif*, 13a. ed., París, 1994, t. I, pp. 441 y ss. y 485 y ss. Respecto de los plazos para impugnar judicialmente la actividad administrativa en los Estados Unidos, véase Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Toronto, Boston, 1976, pp. 432 y ss. y 438 y ss.; Pierce Jr., Richard J. *et al.*, *Administrative Law and Process*, Nueva York, 1992, pp. 120 y ss. Carlos Tribiño explica que la doctrina ha señalado que este tipo de limitaciones temporales establecidas por el legislador tienen por finalidad impedir que los actos de la administración queden expuestos a la eventualidad de su revocación o anulación por tiempo indefinido. Se trata —agrega— de evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de ese ámbito estatal. El fundamento jurídico de esas normas es que la ejecutoriedad y la presunción de legitimidad de los actos administrativos, al igual que la naturaleza de los intereses en juego justifican que la interposición de la demanda contencioso-administrativa se deba efectuar en un término urgente, inmediato y breve (“El plazo de extinción de la acción contencioso-administrativa en la provincia de Buenos Aires”, *LL*, 1990-D, sección doctrina, p. 784).

<sup>36</sup> Boletín Oficial del 21 de noviembre de 2000.

<sup>37</sup> Grau, Armando, *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa*, La Plata, Editorial Platense, 1971, p. 124. La ley española de la Jurisdicción Contenciosa Adminis-

Con esta norma se supera la situación pendular históricamente configurada en el ámbito federal argentino, por la existencia de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que denegaban o admitían la renunciabilidad estatal de tales prerrogativas y, correlativamente, aceptaban, o no, el control oficioso del juez, respecto de la admisibilidad del proceso, antes de dar el pertinente traslado de la demanda.<sup>38</sup>

La norma recoge, ahora, la buena doctrina y otorga al juez el papel protagónico que en verdad le corresponde, como custodio imparcial de los intereses que protegen las prerrogativas estatales y de las garantías individuales.<sup>39</sup>

Un papel que, en rigor, le es también exigible aun en ausencia de norma expresa que le acuerde la función que la norma actualmente le reconoce, porque si el agotamiento y el plazo de caducidad son prerrogativas fundadas en el interés público, no se comprende cómo ellas pueden ser renunciadas ante la mirada impotente del juez. Si éste puede, con independencia de la estrategia de las partes, declarar de oficio la inconstitucionali-

trativa de 1956 contemplaba ya la obligación del tribunal de declarar la inadmisión del proceso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto la firmeza del acto impugnado por no haberse interpuesto los recursos correspondientes en sede administrativa o por la caducidad del plazo de impugnación judicial —artículo 62, inciso 1), apartados b) y d)—. Sobre el tema, véase Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *Derecho procesal administrativo*, *cit.*, nota 34, pp. 130, 405 y ss.; asimismo, González Pérez, Jesús, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1992, pp. 215, 216, 304 y 305. La actual Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conserva la obligación del juez o tribunal de declarar la inadmisibilidad del recurso cuando constare de modo manifiesto e inequívoco que él fue interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación o habiendo caducado el plazo de interposición —artículo 51, inciso 1), apartados c) y d)—. Véase sobre el tema Arnaldo Alcubilla, Enrique y Fernández Valverde, Rafael (coords.), *Jurisdicción contencioso administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)*, Madrid, 1998, pp. 677 y ss.; y González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, del 13 de julio)*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1998, t. II, pp. 1013 y ss.

<sup>38</sup> CSJN., 13/03/90, “Cohen, Rafael”, fallos 313:228, considerando 7o.; 06/10/92, “Construcciones Taddia S. A.”, fallos 315:2217; 04/02/99, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María”, fallos 322:74; 31/03/99, “Tajes, Raúl Eduardo”, fallos 322:555. En el mismo sentido de los dos últimos precedentes citados: CNCAF, en Pleno, 15/04/99, “Romero, Gerardo”, J. A., 1999-III-122. Un análisis pormenorizado de la evolución jurisprudencial en la materia puede verse en Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos...*, *op. cit.*, nota 10, pp. 408 y ss.

<sup>39</sup> Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos...*, *op. cit.*, nota 10, p. 419.

dad de una ley,<sup>40</sup> o la nulidad de un acto administrativo,<sup>41</sup> ¿por qué no habrá de estar autorizado para rechazar *in limine* una pretensión que se intenta introducir en infracción a los requisitos que el legislador ha fijado para hacer posible el enjuiciamiento estatal? ¿No es ésta también una porción de juridicidad indisponible?

Como siempre ocurre con las construcciones jurídico administrativas, el sentido de ellas no se agota en la protección unidimensional de un solo interés; y es por eso que aquí también sea de valoración necesaria el interés individual, de modo que el público comprometido en el cumplimiento de aquellas exigencias no se traduzca en un sacrificio injusto de aquél.

Por eso, a la hora de valorar el cumplimiento de estas exigencias el juez deberá velar por la justa protección del interés individual; y así, no podrá no excluir de esta exigencia a los reclamos o peticiones precedidas de reiteradas denegaciones similares anteriores; o a los casos en los que la autoridad administrativa está inhibida de acoger en virtud de normas de rango superior a las cuales no puede inaplicar o, en general, cuando concurren circunstancias que hacen del agotamiento un ritualismo inútil.<sup>42</sup>

E igual temperamento relativizador procederá adoptar respecto a los plazos breves de caducidad para accionar contra el Estado, cuando la ad-

<sup>40</sup> CSJN, 27/09/01, “Mill de Pereyra”, fallos 324:3219 y ED, *Suplemento de Derecho Administrativo*, serie especial, 28 de diciembre de 2001, con nota de Comadira, Julio R. y Canda, Fabián, “¿Control de constitucionalidad de oficio de las normas? (Un análisis del caso «Mill de Pereyra» resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”.

<sup>41</sup> CSJN, 19/08/04, “Banco Comercial de Finanzas S. A.”, ED, *Suplemento de Derecho Administrativo*, serie especial, 2 de septiembre de 2004. He tenido oportunidad de comentar el citado fallo, junto con Fabián Canda, en Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., “La CS reafirma el control judicial de oficio de las normas. «Banco Comercial de Finanzas», un fallo en línea con «Mill de Pereyra»”, ED, *Suplemento de Derecho Administrativo*, serie especial, 1o. de noviembre de 2004, pp. 1 y ss.

<sup>42</sup> La jurisprudencia ha decidido que la exigencia del reclamo previo previsto en el artículo 24, inciso a) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos núm. 19.549, contra ciertas normas reglamentarias, constituiría un ritualismo inútil en el caso de que la conducta desplegada por el Estado al contestar la demanda y en gran cantidad de causas que tramitaron ante el fuero por el mismo objeto que el examinado, demostrara su postura irreductible en cuanto a la constitucionalidad de los decretos impugnados y al consecuente rechazo de las pretensiones de los actores, razón por la cual, exigir a éstos la interposición de un reclamo administrativo previo en los términos del artículo citado impugnando los referidos decretos, implicaría un inconducente y excesivo rigor formal, frustratorio de la garantía de la defensa en juicio (argumento del artículo 32, inciso e), de la ley, texto anterior a la reforma por la Ley 25.344, aplicado por analogía, *in re* “Díaz, Ramona”, CNCAF, Sala IV, 8/0795).

ministración pretenda, incluso al amparo de normas legales, rechazar pretensiones judiciales acudiendo a incumplimientos temporales del administrado causados en situaciones de silencio administrativo.<sup>43</sup>

Las soluciones generales se matizan, aquí también, por la ponderación de los intereses en juego.<sup>44</sup>

#### IV. JURIDICIDAD E INTERESES EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONDENATORIAS

Ha dicho González Pérez que la ejecución de las sentencias es la hora de la verdad en el control jurisdiccional de la administración pública.<sup>45</sup> Y, en verdad, una justicia administrativa sin ejecución de sentencias es como una bomba de agua actuando en el vacío: funciona que en apariencia no cumple con su misión y deja sin contenido la sed de justicia del ciudadano.

Desde 1900 rige en Argentina el artículo 7o. de la Ley 3952 —aunque actualmente se discute su vigencia—,<sup>46</sup> el cual dispone que las sentencias

<sup>43</sup> En fallos 316:2478, “Colegio Bioquímico del Chaco”, del 4 de noviembre de 1993, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, con fundamento en que “...en el *sub examine* la actora luego de efectuar su reclamo, prolija y diligentemente puso —en dos oportunidades— en conocimiento de la demandada que aquél no había sido resuelto. En estas condiciones, la conclusión del *a quo* de considerar que se había operado el plazo de caducidad frente al silencio del Instituto de Previsión, constituye una decisión de injustificado rigor formal y comporta una inteligencia de las reglas aplicables contraria al principio *in dubio pro actione*, rector en la materia y destacado reiteradamente por esta Corte (fallos 312:1306...). Ello es así, no sólo porque la mecánica aplicación del plazo previsto en el citado artículo 11 de la Ley 848 efectuada por el tribunal local omite valorar la puntual conducta puesta de manifiesto por la actora, sino porque —además— premia la actitud negligente de la administración y hace jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituida, claramente, en su favor” (considerando 8o.).

<sup>44</sup> Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos...*, *op. cit.*, nota 10, p. 427.

<sup>45</sup> González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, p. 387.

<sup>46</sup> Bianchi entiende que se ha producido la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 7o. de la ley citada (Bianchi, Alberto B., “Inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 7o. de la Ley de Demandas contra la Nación”, *ED*, 118-827). Aberastury, por su parte, afirma que el artículo en cuestión ha quedado derogado (Aberastury, Pedro, “La ejecución de sentencias contra el Estado”, en Cassagne, Juan C. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II, p. 1707, libro en homenaje a Jesús González Pérez). A su turno, la Procuración del Tesoro de la Nación sostiene la plena vigencia del artículo 7o. de la Ley núm. 3952 (Resolución PTN núm. 84/00). Por el contrario, Muratorio entiende que ha operado una derogación institucional u orgánica de aquél,

contra el Estado tienen efecto declarativo y se limitan al “reconocimiento del derecho que se pretende”.

A lo largo del siglo XX, y en lo que corre del presente siglo XXI, se sucedieron, además, diversas leyes generadas en las distintas emergencias económicas, financieras y sociales que padeció el país, las que impusieron la suspensión transitoria —durante lapsos de extensión variable— de la ejecución de sentencias condenatorias a dar sumas de dinero o que se resolvieran de ese modo, y que devinieron, en la actualidad, en la instrumentación de un sistema permanente y diferenciado de ejecución de esa clase de sentencias caracterizado por un tiempo de espera legal, que no puede superar los tres ejercicios fiscales, durante el cual no procede la ejecución ni las medidas cautelares.<sup>47</sup>

Sólo consideraré aquí lo relativo al principio vigente durante tantos años, referido al efecto declarativo de las sentencias, en general, proclamado por el citado artículo 7o. de la Ley 3952.

No es dudoso que una interpretación apegada a la letra de la norma hubiera llevado a una conclusión injusta y sólo explicable al amparo de una concepción autoritaria del derecho administrativo. Y, por otro lado, no es menos dudoso que la descalificación lisa y llana del precepto, basada también en su literalidad, hubiera, a su vez, consagrado un criterio insolidario de hermenéutica administrativa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación supo dar un contenido adecuado a la ley al exceptuar de su alcance, entre otras, a las sentencias recaídas en las expropiaciones<sup>48</sup> o en los interdictos posesorios.<sup>49</sup>

Pero además, definió con prudencia el sentido del efecto declarativo fijado legalmente al señalar que, con él, no se había perseguido otro pro-

en virtud de lo regulado por los artículos 22 de la Ley núm. 23.982 (Consolidación de pasivos estatales); 19, 20, 21 y 59 de la Ley núm. 24.624 (Ley de Presupuesto para 1996, artículos luego incorporados a la Ley núm. 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto); 94, 95 y 96 de la Ley núm. 25.401 (Presupuesto 2001) y 39 de la Ley núm. 25.565 (Presupuesto 2002, modificatorio de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto) (Muratorio, Jorge I., “Ejecución de sentencias contra el Estado”, *Control de la administración pública*, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2003, pp. 796, 801 y ss.). Un completo y actualizado estudio sobre el tema de ejecución de sentencias contra el Estado nacional puede verse en García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II, capítulo XIV.

<sup>47</sup> Muratorio, Jorge I., *op. cit.*, nota anterior, pp. 802-805.

<sup>48</sup> CSJN, “Bianchi”, fallos 186:151.

<sup>49</sup> CSJN, “La Editorial S. A.”, fallos 247:190.

pósito que el de evitar que, por efecto de un mandato judicial perentorio, la administración pública se encontrara en situación de no poder satisfacer el requerimiento jurisdiccional por falta de fondos presupuestarios, o bien por la perturbación que el cumplimiento de la sentencia podría producir en la marcha normal de la administración.<sup>50</sup>

Con base en esa interpretación el alto tribunal consideró, entonces, que condenada la nación a desalojar un inmueble correspondía intimarla para que dentro del plazo perentorio de diez días manifestara la fecha en que habría de desalojar la propiedad en cuestión, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, aquel sería fijado judicialmente.<sup>51</sup>

La norma jurídica protectora del interés público comprometido en la continuidad de la ejecución de la acción administrativa aparece sometida, como se ve, a una razonable interpretación que preserva, por un lado, el normal funcionamiento de la administración pública y evita, por otro, colocar al Estado fuera del orden jurídico.<sup>52</sup>

El interés público es, como siempre, la puerta de entrada a la interpretación de la relación jurídico administrativa, y es también la de salida, pero ella no se cierra con justicia si la interpretación acuñada no guarda la protección justa del interés individual.

<sup>50</sup> CSJN, 7/9/66, “Pietranera”, fallos 265:291. Al referirse a este precedente, Laura Monti señala que “...el alto tribunal no se limitó a «interpretar» la norma sino que la volvió a escribir, erigiéndose en legislador, toda vez que de sus términos no podía surgir la conclusión a que se accedió en el fallo” (Monti, Laura, “La ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado”, Cassagne, Juan C. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, cit., nota 46, p. 1719). Por su parte, García Pullés interpreta que el caso citado no es sino una derivación de la línea de los precedentes “Bianchi” y “La Editorial”, ya citados, y de los votos en disidencia de los jueces Aberastury y Zavala Rodríguez en la causa “Novaro de Lanús” (1965, fallos 263:554), resuelta un año antes que “Pietranera” (García Pullés, Fernando R., *op. cit.*, nota 46, pp. 849-851).

<sup>51</sup> CSJN, “Pietranera”, cit., nota anterior, considerando 8o.

<sup>52</sup> CSJN, “Pietranera”, cit., nota 50, considerando 5o.; 16/9/99, “Giovagnoli”, fallos 322:2132 (considerando 6o.). El mantenimiento del principio del carácter declarativo de las sentencias contra el Estado, aun con las limitaciones jurisprudenciales referidas, ha sido cuestionado por un sector de la doctrina que se pregunta si ello se justifica a esta altura del desarrollo del derecho, y si no sería más compatible con las garantías constitucionales disponer que la sentencia condenatoria contra la nación fijara el plazo en que ella debe cumplirse en atención a las circunstancias del caso. En este sentido, se afirma que la experiencia recogida en materia de amparo (Ley núm. 16.986, artículo 12), donde no rige aquel principio, debería ser suficiente demostración de la posibilidad de aplicar la regla propuesta (Mairal, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. II, p. 913. En igual sentido, Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, pp. 477 y 478).