

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO DE CÓRDOBA

Domingo Juan SESIN¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Tutela judicial efectiva y proceso contencioso administrativo.* III. *Amplitud del control. No solo de legalidad sino de juridicidad.* IV. *Momento en que se analizan y resuelven los requisitos procesales relacionados con la materia contenciosa administrativa.* V. *El objeto del proceso contencioso administrativo.* VI. *El agotamiento de la vía administrativa.* VII. *Rechazo de la vía administrativa por razones formales.* VIII. *Acto base objeto de la demanda.* IX. *Reiteración de acto que reproduce una misma voluntad firme y consentida.* X. *Cambio de nominación de la acción.* XI. *Emisión del acto administrativo por un órgano o ente dotado de potestad pública en ejercicio de una función administrativa.* XII. *Preexistencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.* XIII. *Garantías de impugnación.* XIV. *Cuestiones pertenecientes al Derecho Privado o del Trabajo.* XV. *Cuestión de responsabilidad extracontractual de la Administración por acto ilegítimo.* XVI. *Solve et repete.* XVII. *Ejercicio de un poder discrecional y la admi-*

¹ Domingo Juan Sesin es abogado y notario (U.N.C.). Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y realizó la especialidad en Derecho Administrativo en la Universidad de Roma, Italia. Obtuvo premios como joven jurista en 1989, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Actualmente es Profesor Titular de Cátedra por concurso de Derecho Procesal Administrativo, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. También es profesor de posgrado de la Universidad Austral y de otras prestigiosas universidades del país. Ha sido invitado a disertar en más de ciento sesenta conferencias en nuestro país y en el extranjero. Es autor de numerosas publicaciones. Actualmente, es Juez del Tribunal Superior de Justicia y Presidente de su Sala Contencioso Administrativa. Integra la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Es Miembro Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

sibilidad del proceso. XVIII. Actos políticos de fuente directamente constitucional. XIX. Errónea elección de la vía procesal recursiva. XX. Colofón. XXI. Fuentes de información.

RESUMEN

En Córdoba Argentina existe un Código Contencioso Administrativo de avanzada que tutela tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos.

Sin embargo, la aplicación concreta de la normativa a las situaciones particulares ha ido perfilando una doctrina legal acorde a los nuevos postulados constitucionales y convencionales que se apartan de una interpretación literal y sesgada de letra de la ley y que pregonan la realización efectiva del ideario de justicia y seguridad jurídica propio de todo ordenamiento jurídico.

Este trabajo pretende repasar la jurisprudencia local que ha clarificado de manera definitiva la problemática concerniente al análisis de los distintos aspectos que subyacen en el control del cumplimiento de los requisitos procesales que condicionan la admisión de una demanda contenciosa administrativa.

PALABRAS CLAVE

Justicia administrativa. Requisitos procesales. Interpretación de la ley. Tutela judicial efectiva. Procedimiento contencioso administrativo.

ABSTRACT

In Córdoba Argentina there is an advanced Administrative Contentious Code that protects both subjective rights and legitimate interests.

However, the concrete application of the regulations to particular situations has been outlining a legal doctrine according to the new constitutional and conventional postulates that depart from a literal and biased interpretation of the letter of the law and that proclaim the effective implementation of the ideology of justice and legal certainty of any legal system.

This work tries to review the local jurisprudence that has definitively clarified the problems concerning the analysis of the different aspects that underlie the compliance control of the procedural requirements that condition the admission of a contentious administrative demand.

KEY WORDS

Administrative justice. Procedural requirements. Interpretation of the law. Effective judicial protection. Administrative contentious procedure.

I. INTRODUCCIÓN

En Córdoba existe desde 1941 un Código Contencioso Administrativo de avanzada que tutela tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos. El originario

fue modificado mediante la Ley 7182 que entró en vigor a partir de 1986 junto con la creación de las Cámaras en lo Contencioso Administrativo como Tribunales de primera instancia en la materia. Y, en lo que siguió, tuvo ulteriores modificaciones legislativas.

Sin embargo, la aplicación concreta de la normativa a las situaciones particulares ha ido perfilando una doctrina legal acorde a los nuevos postulados constitucionales y convencionales que se apartan de una interpretación literal y sesgada de letra de la ley y que pregonan la realización efectiva del ideario de justicia y seguridad jurídica propio de todo ordenamiento jurídico en un Estado Social de Derecho.

Con esa proyección, se pretende repasar la jurisprudencia local que ha clarificado de manera definitiva la problemática concerniente al análisis de los distintos aspectos que subyacen en el control del cumplimiento de los requisitos procesales que condicionan la admisión de una demanda contenciosa administrativa, a partir de uniformes pronunciamientos dictados por las Cámaras en lo Contencioso Administrativo, como así también por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

II. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bien sabemos todos, siguiendo a juristas como González Pérez o Sabino Casesse, que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta en esencia garantizar precisamente que podamos llevar la cuestión a un tribunal imparcial e independiente dentro del Poder Judicial, a que la sustanciación de esta causa respete las reglas, la prueba, que tenga un tratamiento regular, que dure un plazo razonable, y que posteriormente —de tener una petición fundada— la misma se cumpla.

En esto, precisamente hay acuerdos que la receptan también. No cabe ninguna duda que nuestro país a partir de la incorporación de los tratados internacionales en el marco del Artículo 75, inciso 22 de la Constitución, tanto en el Pacto de San José de Costa Rica en sus Artículos 8o. y 25 y, el resto de los tratados internacionales, pasan a ser la fuente directa de aplicación y, por lo tanto, se refuerza esto que nosotros tradicionalmente conocíamos como debido proceso en el marco de los Artículos 18, 33 y 109 de la Constitución Nacional. También se ha afianzado en muchas provincias argentinas, a través de normas constitucionales en donde se utilizan incluso las expresiones de la tutela judicial efectiva o bien la idea de la subordinación de la Administración al orden jurídico.

Cabe puntualizar que han habido constituciones como la italiana, la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución española, que se han preocupado encendidamente por incorporar con toda claridad este derecho a la tutela judicial efectiva por un tribunal imparcial, independiente, que es —entre nosotros— el Poder Judicial —más allá de las características que puede tener alguno que otro ordenamiento— y de cristalizar principios de amplitud de tutela a derechos subjetivos, intereses legítimos y otras situaciones jurídicas determinadas, tratando de impedir que haya algún tipo de ámbitos que escapen al control judicial. Tema, este último que también intentaremos abordar en estas breves reflexiones.

Desde tal perspectiva, es dable preguntarse: ¿Cómo se concilia este derecho a la tutela judicial efectiva tan generosamente resguardado por las normas locales e internacionales con lo que llamamos admisibilidad del proceso?; cómo se concilia con estos requisitos nominados procesales, aunque muchas veces estén regulados en normas que hacen a la ley de procedimiento administrativo, en definitiva, con esto de preparar el control judicial suficiente.

Al respecto, sobre estos requisitos de admisibilidad, la doctrina distingue cuatro, entre otros, los objetivos, subjetivos, temporales y materiales.

A la razón, cuando el juez declara la inadmisibilidad —de entrada— de una pretensión, ¿se está salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva?

En esto tenemos colección de pronunciamientos de la Corte Constitucional alemana, italiana, del Tribunal Supremo español, entre otros, que dicen que sí, que efectivamente se puede salvaguardar la tutela judicial efectiva en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos: primero que exista una norma legal que haya previsto de antemano cuáles son los requisitos y que obviamente en caso de incumplimiento, el control judicial termina allí, con la declaración de inadmisibilidad. En segundo lugar, que haya una decisión justa y razonada —motivada— por parte del tribunal que así lo declara, que aplica la norma.

Entonces, como advertimos, el derecho a la tutela judicial efectiva no significa que tengamos, necesariamente, que obtener una sentencia que resuelva el fondo de la cuestión, sino que también se satisface con un pronunciamiento que declare la inadmisibilidad en la medida en que sea fundado, que sea motivado y que sea la derivación razonada de una norma expresa que así lo haya permitido. Y podemos agregarle algo más, salvo un rigorismo formal excesivo, poco razona-

ble, en cuyo caso siempre existe la posibilidad de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad de esa norma.

El Tribunal Supremo español ha dicho varias veces que es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una causa que de entrada es inadmisibile formalmente. Es decir que la misma cuestión de inadmisibilidat ya nos lleva a saber cuál va a ser la solución, o cuál va a ser la declaración. Por ese motivo, es de fundamental importancia que conozcamos estos requisitos de admisibilidat, que veamos cuál es su alcance y cuál es la morigeración de estos principios a la luz de estos tratados que tan generosamente subordinan hoy a los tres Poderes del Estado a un orden jurídico mucho más sofisticado que el que teníamos mucho tiempo atrás. Hoy, un abogado no debe hacer un análisis aislado de la norma legal o reglamentaria, sino atenerse o mirar mucho más arriba comenzando con la primacía del orden jurídico que parte de la Constitución y de los tratados internacionales. La interpretación es, entonces, más que literal, contextual.

III. AMPLITUD DEL CONTROL.

NO SOLO DE LEGALIDAD SINO DE JURIDICIDAD

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (Art. 20, ap. 3§), la Constitución italiana de 1948 (Art. 97) y la Constitución española (Arts. 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Administración Pública hoy no solo se sujeta a la ley sino también al Derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que, como la de Córdoba, subordinan la Administración al "orden jurídico" (Art. 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto a la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo se debe hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso, "legitimidad" o "legalidad" podría

entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera, también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, lo ilógico manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad e irracional entre otros.

Con esa proyección, el Tribunal Superior ha declarado la invalidez de ordenanzas municipales por entender que afectaban el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos en la observancia y el respeto de las situaciones jurídicas derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, susceptibles de ser lesionadas por la incertidumbre y la falta de previsibilidad de las reglas jurídicas en juego en materia de inversión, gestión y realización de cometidos públicos².

En otro caso resolvió, de conformidad con tales principios, que una modificación normativa no podía alcanzar una situación consolidada por una normativa anterior, por cuanto la nueva norma no puede tener efectos retroactivos, salvo que se invoquen motivos técnicos, vicios legales o razones de interés público para que en el caso concreto se justifique la aplicación de esta última a una situación ya consolidada. Estas circunstancias no habían sido invocadas en el caso, razón por la cual declaró inaplicable la nueva normativa que había sido cuestionada³.

Del mismo modo, en otro antecedente, declaró la inconstitucionalidad de una norma municipal por entender que se había invadido la esfera de competencia del Congreso de la Nación (Art. 75, inciso 12, CN) y el principio de supremacía constitucional (Arts. 31, CN, y 161, CP), al dictar normas vinculadas al Derecho del Trabajo. Fue así como interpretó que lo dispuesto por la ordenanza agravaba la seguridad jurídica, al haber cambiado las reglas de juego para los supermercados y negocios que se habían abierto sin aquella limitación —referida a la obligatoriedad del descanso dominical para todos los trabajadores en relación de dependencia

² Sala Electoral y de Competencia Originaria en Pleno, Sent. Nro. 5 del 25/8/2005 “Caminos de las Sierras S.A. v. Municipalidad de Córdoba, Acción declarativa de inconstitucionalidad”.

³ Sala Electoral y de Competencia Originaria en Pleno, Sent. Nro. 12, del 12/08/2004, “Dinosaurio S.A. v. Municipalidad de Córdoba, Acción de inconstitucionalidad”.

con empresas comerciales de venta de artículos de consumo masivo— y que, en definitiva, perjudicaba a la sociedad en su conjunto⁴.

En definitiva, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base solo de la ley sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico. Este es el criterio que adopta el Tribunal Superior de Justicia en sus pronunciamientos.

IV. MOMENTO EN QUE SE ANALIZAN Y RESUELVEN LOS REQUISITOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Vamos a comenzar analizando en qué momento del proceso tiene que verificarse el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y es que, ha sido una práctica muy recurrente, en años anteriores y en muchas provincias argentinas, que después de tramitado todo el proceso, el juez en la sentencia declare la inadmisibilidad porque no se agotó bien la vía administrativa, con una pérdida de tiempo por parte de la Administración y del propio Poder Judicial.

Los nuevos códigos contenciosos y criterios jurisprudenciales van orientando a que esto se defina en la primera parte del proceso. En tal sentido, Gutiérrez Colantuono⁵, analiza el control contencioso administrativo de la Provincia de Neuquén, en donde estas cuestiones de admisibilidad terminan en la primera etapa del proceso, cuando el juez de oficio o con dictamen del Fiscal se pronuncia sobre la competencia o incompetencia del tribunal. Cuando hablamos de competencia o incompetencia estamos hablando en un sentido genérico referido al análisis de las principales cuestiones de inadmisibilidad. O bien, cuando se interpongan las excepciones de previo especial pronunciamiento con la intervención de las partes pertinentes, que es lo mejor, pues en caso de duda el tribunal debería precisamente escuchar las partes antes de declarar la inadmisibilidad del proceso, como principio general.

Luego, esa es la última etapa en la cual hay que tratar los problemas que se vinculan con la admisibilidad del proceso. Esto lo hemos dicho reiteradamente en

⁴ Sala Electoral y de Competencia Originaria en Pleno, Sent. Nro. 8, del 15/08/2006, "Super Imperio s.A. v. Municipalidad de Río Cuarto, Acción de inconstitucionalidad".

⁵ Gutiérrez Colantuono, Pablo (coord.), *El control judicial de la actividad administrativa en Neuquén*, General Roca Río Negro, PubliFadecs, 2005.

la jurisprudencia de Córdoba y creemos que es el camino apropiado para evitar los defectos que hemos aludido precedentemente.

Sabido es que, como paso previo a la dilucidación del fondo de la cuestión es presupuesto procesal inexcusable el análisis de determinadas circunstancias relacionadas con la admisibilidad del proceso.

Así entonces, la pretensión contenciosa administrativa debe analizarse por parte del Tribunal competente desde una doble perspectiva: primero su admisibilidad y recién entonces la viabilidad de la pretensión sustancial susceptible de motivar una sentencia denegatoria o favorable. Como dice el Tribunal Supremo español:

Es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una pretensión cuyo planteamiento no puede legalmente admitirse. La misma naturaleza de la decisión de inadmisibilidad excluye entrar en otras consideraciones. Si no concurren alguno de los requisitos procesales no debe emplearse la expresión desestimar sino declarar inadmisibile.

Todo ello, por cuanto es bien sabido que la competencia del tribunal es de orden público, por lo que es deber insoslayable del mismo averiguar si se han cumplido los presupuestos procesales que lo hacen viable.

Como lo ha sustentado reiteradamente González Pérez⁶, el derecho a la tutela judicial efectiva debe considerarse satisfecho con la obtención de una resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión por algún motivo formal cuando concurra alguna causal legal y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada de la misma. En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁷.

Tal como se adelantó, los requisitos de admisibilidad pueden clasificarse en objetivos, subjetivos, temporales y materiales.

Aun cuando la doctrina discute si debe hablarse de requisitos de admisibilidad de la acción o de la pretensión, ratifico la postura de Vivancos, compartida

⁶ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 30 y ss.

⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 18/1996 "Theaux de D'Intino..."; Sent. Nro. 14/2002 "Agüero, Raúl Jesús c/ E.P.O.S". Doctrina mantenida y recientemente ratificada, en Auto Nro. 86/2017 "Borda, Norma Irene...", entre muchas otros.

incluso por Hutchinson, en el sentido de que la inadmisibilidad es susceptible de recaer sobre la pretensión. Sin entrar en disquisiciones doctrinarias, la acción existe con independencia de los fundamentos de la pretensión; es un derecho autónomo. La pretensión es una manifestación de voluntad cuya realización y ejecución están condicionados por las apreciaciones del órgano jurisdiccional. La ley nos da la acción para que podamos formular pretensiones. La pretensión es la vertiente interna del designio de las partes⁸.

Los requisitos objetivos se relacionan con la materia, es decir con la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo regido por una normativa de Derecho Administrativo y esencialmente con la naturaleza administrativa del acto impugnado, según el énfasis que pongan al respecto los diversos códigos procesales de la materia.

Los requisitos subjetivos se relacionan con la competencia del tribunal que debe dirimir el conflicto y con la capacidad de las partes según las leyes de fondo.

Los requisitos temporales se refieren a los diversos plazos estipulados por los códigos respectivos, la demanda interpuesta en forma prematura o extemporánea.

Mientras que los requisitos materiales se relacionan con el agotamiento de la vía administrativa impuesta como paso previo de inexorable cumplimiento, el pronto despacho y, en definitiva, como se genera el acto que causa estado o la presunción denegatoria. También puede relacionarse con otros requisitos como el *solve et repete*.

Al amparo del nuevo Código de Procedimiento Contencioso Administrativo —Ley 7182—, la jurisprudencia local ha clarificado definitivamente la problemática concerniente al momento en que el tribunal debe analizar tales aspectos, con uniformes pronunciamientos de ambas Cámaras en lo Contencioso Administrativo, como así también del Tribunal Superior de Justicia⁹.

⁸ Vivancos, Eduardo, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo*, Barcelona, Bosch, 1963, pp. 127 a 130.

⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 4/1996 "Tejeda c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 55/1996 "Ezequielian de Ferrazano"; Sent. Nro. 59/1996 "Costa, Roberto y ots..."; Sent. Nro. 86/1998 "Stanich, Ana Luisa"; Sent. Nro. 58/1999 "Albertinazzi, Eder R."; Sent. Nro. 52/2000 "Cesano, Alfredo Faustino..."; Sent. Nro. 27/2001 "Velázquez Martínez, Cristina del Valle"; Sent. Nro. 13/2002 "Leal, Emilio y O...."; entre otras.

Tal cuestión debe quedar dilucidada en la primera etapa del proceso, es decir en el momento en que el tribunal establece de oficio si la competencia corresponde a la jurisdicción, con audiencia de su Fiscal, conforme al Artículo 11, como en la oportunidad de resolverse la excepción que pudiera hacer la parte como de previo y especial pronunciamiento.

El sistema normativo establece solo dos momentos para su análisis y resolución, siempre dentro de la primera etapa: a) cuando habilita la pretensión al establecer si corresponde o no la competencia del tribunal previo dictamen del Fiscal de las Cámaras; b) cuando sin perjuicio de lo que haya establecido en la habilitación, resuelve las excepciones de previo y especial pronunciamiento. A partir de allí, la competencia del Tribunal queda radicada en forma definitiva no pudiendo volver a tratar ningún requisito de admisibilidad al momento de emitir la sentencia, salvo algunos supuestos de menor importancia condensados en los incisos 2, 3 y 4 del Artículo 24 del Código.

En consecuencia, conforme al Artículo 26 del c.p.c.a, las excepciones que se fundan en el término de la presentación de la demanda y las de incompetencia, deberán oponerse siempre en forma de artículo previo. Los requisitos de admisibilidad más importantes siguen esta suerte ya que se encuentran enmarcados en el amplio horizonte de las cuestiones de "competencia" salvo en lo que respecta a la falta de capacidad o de personería de los litigantes o de quienes los representan, el defecto legal y la litis pendencia, que podrían ser motivo de una excepción dilatoria y ser finalmente desestimados en la sentencia (Arts. 24, incisos 2, 3 y 4 en concordancia con el 26).

Ello significa que los requisitos procesales esenciales susceptibles de determinar la incompetencia del tribunal no pueden ser introducidos como excepciones dilatorias al momento de contestar la demanda.

La jurisprudencia antes citada, que ha clarificado definitivamente la cuestión en base al sistema normativo vigente, ha señalado que:

En virtud de lo dispuesto por el Art. 11 en concordancia con los Artículos 24 y 26 del c.p.c.a Ley 7182, en principio, una vez admitida la demanda y resuelta las excepciones de artículo previo si las hubiere, la competencia de la Cámara Contencioso Administrativa queda radicada en forma definitiva (a diferencia del sistema anterior que era "*prima facie*"). En consecuencia

no es dable la consideración de la problemática acerca de la admisibilidad referenciada por la demandada (al contestar la demanda como en el alegato) sobre la carencia de uno de los presupuestos procesales inexcusables para la admisibilidad de la jurisdicción contenciosa administrativa como es la falta de agotamiento de la vía administrativa en tiempo y forma, por cuanto no fue opuesta como excepción de incompetencia en forma de Artículo previo de acuerdo al Art. 26 del C.P.C.A. Ha precluido, entonces la posibilidad de su discusión y decisión posterior”.

En definitiva, el sistema de Córdoba es contundente al establecer que las cuestiones vinculadas a la admisibilidad del proceso —con especial referencia a lo normado en los Artículos 1o. y 2o. de la Ley 7182—, dichas cuestiones deben quedar dirimidas en la primera etapa del proceso, no pudiendo introducirse con posterioridad y tratarse juntamente con el fondo de la cuestión.

La razón de ello reside en que esto último podría perpetuar el abuso que se daba en épocas anteriores, donde el juez en la sentencia podría declarar la inadmisibilidad del proceso, como ocurría en Córdoba —antes de 1986— y aún hoy sigue ocurriendo en algunas provincias argentinas. Por ejemplo, qué sucedería si las partes en el momento de alegar dijeran que el acto sujeto a revisión se encuentra firme y consentido o que se trata de un acto institucional.

V. EL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Otro de los problemas que se plantea es, determinar cuál es el objeto del proceso administrativo o del contencioso administrativo; ¿sigue siendo el proceso al acto o en estos últimos tiempos ha habido una maduración por llamar proceso a la pretensión contenciosa administrativa? Voy a explicar brevemente lo que me parece más importante desde el punto de vista práctico.

Por un lado, este apego al acto actualmente sigue funcionando. Sin embargo, lo tenemos que ir flexibilizando, apostando al acceso a la jurisdicción. Concretamente: es cierto que cuando se realiza la demanda contenciosa administrativa se cuestiona la antijuridicidad ese acto, pero no cabe ninguna duda, que es factible aportar nuevos elementos de juicio que no presentados al momento de agotar la vía administrativa o aportar nuevos argumentos jurídicos o elementos probatorios. Es posible incluso atacar directamente en el proceso cuestiones nuevas que introdujo la Administración al momento de agotar la vía administrativa. Su-

pónganse que yo me voy por una cesantía, pero el último acto que agota la vía administrativa me habla de cesantía, pero también de inhabilitación para ejercer la profesión o el oficio; es claro que yo no necesito agotar de nuevo la vía administrativa con respecto a este agregado que hace la Administración, sino que es posible impugnar todo en el proceso.

Supónganse que la Administración, cuando yo interpongo un recurso o un reclamo, en los que preciso el objeto de lo que quiero, me responde parcialmente: ¿tengo, por una parte, que impugnar expresamente y la otra por silencio? No; se debe cuestionar todo directamente. De igual modo, toda la problemática del cuestionamiento de los reglamentos, en esto ya se ha avanzado, se efectúa a través de la impugnación del reglamento directamente por la publicación o bien con motivo del acto particular y concreto, tengo dos formas de hacerlo.

Y el cuestionamiento de los hechos: o voy directamente, como a veces permite el Código de Neuquén, o bien a través de una reclamación previa en la cual motivo que la Administración se expida. Si la Administración se expide interpretando normas de Derecho Administrativo, muy bien, me voy al contencioso administrativo; si la Administración se pronuncia interpretando normas de Derecho Civil, salvo en Neuquén, en el resto de las provincias argentinas —la mayor parte— me voy al fuero civil. En definitiva, podemos notar que no es solo el proceso al acto, sino que se va ampliando un abanico de posibilidades con respecto a las soluciones de la Administración.

En relación con el silencio administrativo el ordenamiento jurídico brinda hoy una doble herramienta, que es el amparo por mora, para operar con certeza, o bien hacer uso del silencio.

Al respecto, entiendo que esas posibilidades son optativas para el particular, lo cual obsta a que se sostenga que se presume que la Administración ya se pronunció por silencio, pero si usted dejó vencer el plazo de la denegatoria tácita puede interponer amparo por mora. La denegación presunta solo beneficia al administrado y este solamente puede invocarlo en su beneficio. La Administración no puede decir que se pronunció por silencio para frenar el amparo por mora.

El Artículo 1o. de la Ley 7182 establece: “Corresponde la jurisdicción contenciosa administrativa a las causas que se promuevan por parte legítima, impugnando los actos administrativos”

La parte legítima no es solo el administrado que demanda al Estado sino también la propia Administración cuando articula la acción de lesividad.

Pero, lo relevante es que el objeto de la revisión es esencialmente el “acto administrativo”, tanto expreso como presunto. De allí que la jurisdicción contenciosa administrativa es revisora de lo actuado en vía administrativa en cuanto requiere la existencia previa de un acto administrativo. Debe quedar en claro que lo que pretende salvaguardar este principio es que en sede judicial no se varíen las pretensiones formuladas en sede administrativa, pero nada impide que en el proceso se agreguen nuevas pruebas o se amplíen los fundamentos jurídicos.

Vale decir que, la esencia de la jurisdicción revisora reside en que no pueden introducirse nuevas pretensiones, pero cuando la Administración resuelva agregando cuestiones nuevas, no es necesario agotar independientemente por ello, otra vez, la vía administrativa, sino directamente en el juicio esgrimir lo necesario para su defensa. A su vez, en aquellos casos en que la Administración contesta parcialmente, el accionante inicia el juicio con su pretensión originaria, es decir, incluyendo también lo no tratado por la Administración.

La exigencia de impugnación de un acto administrativo no significa, empero, asumir una concepción de la jurisdicción revisora ceñida a un proceso objetivo contra el acto, pues al propio tiempo se analizan las pretensiones de las partes, lo que importa pasar de un proceso objetivo a uno subjetivo. Sobre el particular, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha destacado que el sistema contencioso administrativo —Ley 7182— ha establecido un verdadero proceso, en el que la materia de la acción ante la justicia es la pretensión¹⁰.

Esto significa que de un proceso contencioso administrativo objetivo entendido como un proceso al acto, se pasa a un proceso subjetivo donde se atiende a las pretensiones deducidas contra el acto, lo que significa que el control judicial de la Administración está dirigido a la protección de los derechos e intereses de los particulares enfrentados a las potestades de la Administración.

¹⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 76/2000 “Bencivenga c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”; Sent. Nro. 122/2000 “Suárez c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”; Sent. Nro. 86/2004 “Lotería de Cba. (S.E.) c/ Municipalidad de Córdoba”; Sent. Nro. 46/2005 “CIDEM S.R.L. c/ Municipalidad de Córdoba”, entre otros.

Esta definición legal y jurisprudencial de los alcances de los poderes del tribunal con motivo del control de legalidad de un acto administrativo lesivo de un derecho subjetivo, por vía de una acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción, encuentra acogimiento favorable en destacada doctrina y legislación comparada. Así, García de Enterría¹¹ postula que, "... la justicia administrativa no es ya, por tanto, un sistema de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la Administración, según la tradición, ya definitivamente claudicante, del exceso de poder, sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, tutela plenaria".

Esta doctrina amplia propugnada es la más adecuada al grado de desarrollo del Derecho Administrativo que, como una manifestación concreta del Estado de Derecho, se ubica y consolida en su hacer permanente en pos del interés general, porque a esa mayor potestad y penetrabilidad del comportamiento estatal, debe adecuarse la tutela de los administrados con todas las garantías que les corresponden¹².

Nos queda otra gama de cuestiones en la cual este proceso al acto no brinda una respuesta satisfactoria; de allí estos avances de la nueva normativa del contencioso administrativo de España, que nos habla precisamente, de ir, ya no a una justicia sobre el acto, sino a una justicia sobre la pretensión en lo contencioso administrativo. Y pondré un ejemplo para que sea más diáfano:

En Córdoba se discutía la incapacidad de un empleado público, la Caja sostenía que no alcanzaba al sesenta y seis (66%) de incapacidad, el administrado obviamente aducía padecer más que ese grado de incapacidad. Cuando se tramita el contencioso, las pericias logran demostrar que el accionante tenía más del sesenta y seis (66%) de la total obrera, pero, en realidad, este presupuesto fáctico fue fehacientemente acreditado mediante las pericias que se realizaron durante el proceso judicial. En la última pericia de la Administración Pública no estaba bien claro si el actor alcanzaba más del sesenta y seis por ciento (66%) de la T.O. Entonces, ajustados rigurosamente al principio de la revisión del "acto" administrativo se tendría que haber ratificado la denegatoria del beneficio, pues al momento del dictado del acto administrativo base, no estaba bien probado que el administrado

¹¹ García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, p. 69 y ss.

¹² Abad Hernando, Jesús, *Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción: sentido y alcance en el Código de la Prov. de Córdoba*, con nota al fallo "Porvarchik, c/ Municipalidad de Córdoba", 30/03/1973.

alcanzara el porcentaje de incapacidad exigido por la ley para ser titular del derecho previsional a la jubilación por invalidez.

Pero habría sido objeto de críticas por un excesivo rigor formal rechazar la acción contenciosa administrativa por esa razón, cuando en la etapa judicial, en forma contundente, se acreditó que el demandante padecía más del sesenta y seis por ciento (66%) de la T.O. de la incapacidad laboral.

Consecuentemente, hicimos toda la interpretación del ordenamiento de Córdoba, en el sentido de que si bien el Código nos habla de la "revisión al acto", implícitamente quiere decir, a la luz de los principios constitucionales emergentes, que la "revisión es a la pretensión" contenciosa administrativa, e indudablemente terminamos haciendo lugar a la demanda, pero en lugar de retrotraer los efectos a la emisión del acto impugnado, condenamos a la Administración para que le otorgue la jubilación a partir de la fecha correspondiente. Ustedes ven cómo, en forma práctica, podemos aplicar este principio de la jurisdicción revisora que se hizo efectiva en el citado precedente "Bencivenga".

En particular, podemos analizar como *objeto* del proceso contencioso administrativo a:

- a) Hechos: Si en el sistema de Córdoba la revisión judicial recae sobre los actos administrativos, los hechos quedan en principio excluidos, a diferencia de Corrientes y Mendoza, por ejemplo. Empero, bien sabemos que aún en nuestro ámbito provincial por vía indirecta también podemos llegar a enjuiciar los hechos en base a la siguiente estrategia: cuando estamos frente a un hecho se debe provocar la emisión del acto. Así, por ejemplo, si se ha omitido encasillar a un empleado debe pedirse que se lo haga y, ante el acto denegatorio expreso o presunto, se debe promover la vía recursiva prevista como paso previo al proceso. Hay determinados hechos que provocan actos sujetos a la revisión civil (reclamo de indemnización de daños por inundación de una casa generada por la Municipalidad) y hay otros, que generan el control contencioso administrativo (petición de pago de un adicional del sueldo cuando el acto que lo rechaza interpreta normas de Derecho Administrativo).
- b) Reglamentos: Los reglamentos también pueden ser objeto de revisión, directa o indirectamente a través de los actos particulares, siempre que

produzcan la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de carácter administrativo. Aunque los preceptos normativos aplicables no son demasiado claros al respecto, tanto en la Nación como en las Provincias debe tenerse presente que el reglamento es un acto administrativo de carácter general y como tal, se enmarca en el sistema recursivo administrativo y de contralor judicial en paridad de condiciones que las de un acto administrativo particular.

En la causa “Martínez Luque”¹³ el Tribunal Superior permitió la revisión directa de los reglamentos, en la medida que éstos no sean de naturaleza legislativa. Esta doctrina legal ha sido ratificada sucesivamente *in re*: “Sovero, Margarita y otros c/ Provincia de Córdoba”¹⁴, en “Serman Amelia c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”¹⁵.

En la causa “Manzotti, Norma Teresita c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”¹⁶, se mantuvo la regla general de revisión directa de los actos reglamentarios y la exigencia de impugnación de los actos individuales de aplicación, so riesgo de que estos adquieran firmeza por preclusión.

Cabe advertir que, recientemente, en oportunidad de resolver la causa “Cestafé, Rodrigo Javier c/ Provincia de Córdoba”¹⁷, este Tribunal Superior recalcó que la doctrina legal vigente vinculada con el consentimiento o firmeza de las ordenes o mandamientos de pago, está relacionada con la existencia de una ley o norma previa que agravia al administrado y que se ejecuta mediante ese acto particular de pago en tanto que concreta la voluntad del Legislador o del administrador.

En este supuesto, se aclaró que el agraviado tiene, al menos, tres alternativas: a) cuestionar directamente la inconstitucionalidad de la norma; b) interponer —si correspondiera— la acción de amparo y c) esperar el mandamiento de pago, impugnándolo en la sede administrativa en tiem-

¹³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 60/1985.

¹⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm. Sent. Nro. 118/2002.

¹⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. 52/2004.

¹⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 51/2005, confirmada en Auto 48/2006 “Romero, Patricia...”, Auto Nro. 10/2009 “Romero, Patricia...”

¹⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 184/2017.

po y forma, previo a la vía judicial contencioso administrativa. No cuestionar la ley temporalmente o, en su caso, no recurrir el primer mes de sueldo, puede —en principio— generar la firmeza de la situación jurídica subjetiva, por haber consentido el administrado tanto la regla como su acto de ejecución¹⁸.

Pero, distinto es cuando la norma general no se ve reflejada en el mandamiento particular, es decir, no se ha producido un cambio en la situación jurídica del particular, pues tal situación lo habilita a formular un reclamo administrativo solicitando su ejecución o aplicación particular, sin perjuicio de su procedencia jurídica y sustantiva que deberá resolver la Administración y que eventualmente habilitará que agote la vía administrativa previa a la instancia judicial.

Es que, si en el acto no está explicitada la ejecución normativa de la Administración, no se trata de una norma general anterior que se ejecuta en un acto individual particular.

- c) Contratos administrativos: Con relación a los contratos administrativos, es bien sabido que la revisión se hace mediante los actos particulares que, como consecuencia de estos, se dictan con motivo de la celebración, ejecución y finalización del contrato. Es decir que la problemática suscitada por la interpretación, modificación o extinción del contrato se explicita a través de los actos individuales susceptibles de revisión (adjudicación, rechazo de intereses por mora, reclamo de mayores costos, incidencias por la recepción de la obra, gastos improductivos, rescisión, etc.)¹⁹.

VI. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

El agotamiento de la vía administrativa es otro de los focos en los cuales uno puede preguntarse —y muchos se preguntan—, ¿conspira con lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva? Y me voy a permitir ser contundente en este aspecto: analizando la evolución del Derecho comparado, hubo épocas, diría hasta los años

¹⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 87/1998 "Gallardo, Rafael Nicolás c/".

¹⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 88/2008 "Empresa Britos..."; Nro. 112/2014 "Marinelli S.A...." y Nro. 249/2015 "CIAR S.A....", entre muchas otras.

ochenta, ochenta y cinco, en donde había posturas que combatían enfáticamente esta obligación del administrado de agotar la vía administrativa que, en cierta forma, en muchos ámbitos de la Administración Pública no deja de ser una carrera de obstáculos que tiene que superar el administrado.

En esa época se comenzaron a suprimir y a facilitar el agotamiento de la vía administrativa haciéndolo facultativo. Eso se dio especialmente en Europa, en donde en algunos Congresos, especialmente de profesores italianos y alemanes, se dieron cuenta que haber suprimido la necesidad de agotar la vía administrativa había generado una sobrecarga de la jurisdicción tan espantosa y grande, que los procesos que en Alemania duraban dos años, pasaron a durar cinco años.

Consecuencia de ello a nivel internacional, a partir de la década del noventa, comenzaron a poner más acento en los tribunales administrativos y en tribunales fiscales como es el caso de Francia o una Comisión encargada por un juez para tratar de resolver consensualmente las demandas judiciales pecuniarias contra la Administración Pública.

Es decir que, se empezó a poner énfasis nuevamente en el agotamiento de la vía administrativa, pero con la siguiente característica: que sea a través de un procedimiento ágil y rápido, que al menos la Administración tenga la oportunidad de pronunciarse una vez. Esto es sumamente valioso, especialmente para que la cúspide de la Administración que después va a tener que soportar las consecuencias de una demanda judicial y una sentencia a lo mejor adversa, pueda dar más fundamentos en el supuesto caso que tenga razón y —de esa forma— con el último acto que agota la vía administrativa automáticamente está redactando la contestación de la demanda que va a hacer el Estado. Por otro lado, ello permite percibir que si tiene la razón el administrado esa es la oportunidad para dar marcha atrás y evitarse un proceso judicial adverso. En mi criterio, la tendencia es que al menos exista un recurso para darle oportunidad a la Administración pública a pronunciarse antes de la vía judicial.

También merece algún tipo de reflexión que, más allá que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido vacilante en relación con lo necesario o no del recurso de reconsideración, cierto es que en los países más desarrollados la tendencia es mantener al menos un recurso obligatorio y eso no violenta para nada

lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva que, a lo sumo, puede demorarse un poco más, solo eso.

Ello deriva en la recomendación de que no hay que denegar por denegar el recurso, que hay que fundamentar muy bien la denegatoria y que hay que, además, aceptar cuando asiste razón en derecho al administrado.

Otro de los puntos planteados es lo innecesario del agotamiento de la vía cuando ello configura un ritualismo inútil. Se dice —y la jurisprudencia así también lo ha consagrado— que cuando ya hay cien reclamos o recursos en donde la Administración ha dicho que no, ¿para qué volver de nuevo a intentar agotar la vía administrativa? Al respecto, cabe aclarar que hay que evitar en el sistema recursivo administrativo la discrecionalidad de la Administración y también del juez en la subsiguiente etapa judicial.

Son preferibles pautas claras, términos amplios, generosos, para agotar la vía administrativa, pero no aquellos sistemas que instalan denuncias de ilegitimidad y que, de acuerdo con el capricho jurisprudencial, en un caso puedo ir con el fondo de la cuestión a la vía judicial y en otros no. O sistemas que hablen de ritualismos inútiles en donde de acuerdo con el criterio mágico del administrador o del juez —en su caso— incurro en un ritualismo inútil o no.

No es que se prejuzgue, porque entiendo que cada día la justicia en la Argentina va a ir dando pautas de mayor eficiencia, pero sí creo que hablar del ritualismo inútil obliga a fijar claramente su alcance en la ley, no dejar un concepto jurídico indeterminado al libre albedrío del juez de turno. Estas son cuestiones muy importantes, por eso si hablo de ritualismo debo indicar en qué casos se configura, para todos por igual, no para un sector o para alguien privilegiadamente. Entonces, cuidado con este tipo de institutos que a veces se ponen de moda pero que generan alguna suerte de incertidumbre y falta de seguridad jurídica.

El Artículo 1o. citado del Código de Córdoba, cuando impone como presupuesto procesal que se impugne un acto administrativo, exige en el inciso a) que el mismo cause estado por haberse agotado a su respecto las instancias administrativas.

El acto que causa estado es un acto administrativo definitivo (Art. 77 L.P.A.) contra el cual se han interpuesto en tiempo y forma los recursos administrativos a fin de agotar la vía administrativa, cumplimentando de tal forma con el Artículo 178 de la Constitución Provincial.

El acto definitivo es el que resuelve el fondo de la cuestión, a diferencia de los actos interlocutorios o de trámite que solo resuelven las medidas procedimentales. Como es sabido, excepcionalmente estos últimos pueden asimilarse a los definitivos cuando impiden totalmente la tramitación de la cuestión que interesa al administrado (archivo, caducidad de instancia, etc.).

En el caso “Ortíz Arévalo c/ Tribunal de Disciplina de Abogados”, la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba, dijo:

Que es sabida la relevante función del Tribunal de Disciplina de Abogados en pro del correcto ejercicio de la profesión resguardando el interés público en juego. Como tal ejerce la función administrativa conforme a la ley de la materia pudiendo dictar: a) actos administrativos sancionatorios que de por sí sean susceptibles de agraviar derechos subjetivos o intereses legítimos, o bien b) medidas cautelares provisionales estrechamente vinculadas a un sumario administrativo o a un proceso penal. Estas últimas no constituyen el acto administrativo definitivo idóneo para hacer posible el control contencioso administrativo...

Más adelante agrega que: “.. Resolver sobre el fondo de la cuestión implica pronunciarse sobre la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo o interés legítimo tutelado”.

El Tribunal Superior de Justicia, en una causa donde se impugnó la resolución ministerial y su confirmatoria que dio por finalizada la investigación administrativa previa y ordenó, como consecuencia de ella, la apertura de un sumario de carácter disciplinario señaló que tal resolución no es susceptible de lesionar un derecho subjetivo administrativo, pues no es un acto definitivo sino preparatorio de la futura voluntad de la Administración que surgirá cuando se termine el sumario respectivo. Aclaró además que, dicha resolución no es idónea para hacer posible el control contencioso administrativo, ya que no es susceptible de lesionar un derecho subjetivo o interés legítimo pues produce efectos jurídicos directos, pero solo sobre el trámite del sumario administrativo, no sobre el fondo del asunto²⁰. En dicha causa se argumentó que:

²⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 148/2000, “Marcoletta, Juan Carlos c/ Provincia de Córdoba”.

La decisión de la Administración que tras llevar adelante una investigación administrativa previa, ordena la sustanciación de un sumario, que no es susceptible de lesionar el derecho al buen nombre y honor, en razón que es precisamente el principio de inocencia el que, en la sustanciación del sumario, despliega sus efectos protectores para garantía de los derechos del ciudadano, y en tanto no medie una resolución definitiva, absolutoria o condenatoria, no puede oponerse, con base objetiva, una lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo.

Por lo demás, la diferencia entre el acto que causa estado con el firme o consentido es, que en el primero, el agotamiento de la vía administrativa se produjo en tiempo y forma, en cambio en el segundo, o se han vencido los términos o no se lo hizo conforme a las normas en vigor. Los actos firmes o consentidos no pueden, como es obvio, ser revisados en sede judicial, ya que un requisito procesal inexcusable es que el acto sea definitivo y que haya causado estado. Tampoco puede iniciarse la vía ordinaria porque el presunto acto causante del daño sigue amparado por la presunción de legalidad. Solo después de la declaración de ilegitimidad del acto podrá pensarse en su reparación. Esto ha menester subrayarlo, porque a veces sucede que quienes han consentido la validez del acto, pretenden “inocentemente” por vía ordinaria civil, reclamar daños y perjuicios. Ello es incorrecto y el juez que lo recepte está invalidando implícitamente un acto administrativo que solo la jurisdicción contenciosa administrativa puede anular.

En el sistema de Córdoba, al igual que en el resto del país, en todos los casos debe procurarse el agotamiento de la vía administrativa hasta llegar a la autoridad con facultad para resolver en última instancia. Su objeto es responsabilizar a los órganos superiores que en definitiva son los primeros responsables de las consecuencias ulteriores. Estos últimos pueden evitar la revisión judicial haciendo lugar a los recursos cuando corresponda ejercitando un verdadero control de juridicidad, o fundar mejor los actos denegatorios susceptibles de control jurisdiccional. En principio, el custodio máximo de la organización o su nivel inmediato inferior, deben tener la posibilidad de evitar el pleito o al menos tener conocimiento de su interposición.

Tal conclusión no enerva la premisa de que el requisito del agotamiento debe ser útil a la pretensión del particular, la condición de que debe estar regulada

de manera clara y simple, a fin de que no llegue a traducir en un retardo o denegación de justicia. Vale decir que, en su previsión se deben modular los mecanismos o instrumentos procedimentales que se estimen necesarios a fin de que se asegure el equilibrio entre los intereses comprometidos y que la regla logre cumplir el fin que la justifica.

VII. RECHAZO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA POR RAZONES FORMALES

Qué sucede si la Administración rechaza el o los recursos interpuestos a fin de agotar la vía administrativa por inadmisibilidad formal. Antes, era necesario iniciar un primer contencioso administrativo por ilegitimidad y, en caso de ganarlo el administrado, se condenaba a la Administración a emitir un nuevo acto entrando al fondo de la cuestión; recién entonces podía incoar otro contencioso administrativo.

Por suerte, este anacrónico criterio ha sido a todas luces superado (causa "Grau y Cerrito", C.C.A.C., 1o. Nom) y hoy se exige que el administrado explicité en la primera parte de la demanda las razones formales que justifican el correcto agotamiento de la vía y la ilegalidad de la Administración al desestimar formalmente el recurso. Una vez explicado tal aspecto y su agravio, ingresa recién a desarrollar los argumentos de fondo²¹.

Es indudable que esto podrá ser materia de tratamiento por el tribunal tanto al momento de establecer si corresponde declarar la habilitación de la causa como en la oportunidad de interponerse las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Otro supuesto, en el que no procede la inadmisión del proceso contencioso administrativo tiene lugar cuando la Administración, al resolver las impugnaciones administrativas deducidas por el administrado al agotar la vía administrativa, entra al fondo de la cuestión sin poner de manifiesto en esa oportunidad deficiencias formales en el agotamiento de la vía administrativa que no le habrían permitido resolver sobre el fondo (por ejemplo, extemporaneidad del recurso, incompetencia material del órgano, existencia de actos anteriores firmes y consentidos sobre idéntica petición, etc.).

²¹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 56/2005 "Bertona, Jorge Héctor c/ Empresa Provincial de Energía de Córdoba".

En ese caso, la jurisprudencia local²², ha juzgado que el tribunal, con audiencia de su Fiscal, al resolver si la causa correspondía a la jurisdicción contenciosa administrativa (Art. 11, Ley 7182), no podía excluir de la revisión judicial a los actos administrativos impugnados “aduciendo motivos formales que en ellos no se expresaron”, como es el de la existencia de actos administrativos precedentes producidos en presencia de idéntica petición, fundada en idénticos hechos y derecho, que habían adquirido la calidad de definitivos, firmes y consentidos por falta de impugnación. Si la Administración al denegar el recurso de reconsideración en forma expresa obvió el aspecto formal y se pronunció sobre el fondo del planteo, resulta improcedente que el tribunal impida el acceso a esta jurisdicción en función de cuestiones formales que a la propia Administración le hubiesen impedido pronunciarse por el fondo de la cuestión planteada²³.

Lo contrario, vulnera el derecho de defensa de la actora, quien al demandar no atacó un argumento formal que no había sido esgrimido por la propia Administración en el acto expreso enjuiciado.

VIII. ACTO BASE OBJETO DE LA DEMANDA

Debe tenerse presente que el objeto de la revisión judicial es esencialmente el acto base contra el cual se han interpuesto los recursos administrativos. Con ello dejamos atrás la equivocada costumbre de impugnar solo en la demanda el último acto administrativo que cierra la instancia administrativa. Lo ideal es cuestionar los fundamentos de ambos.

Así lo ha remarcado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba²⁴, al señalar que el objeto de la revisión judicial es el “acto base”, es decir, el que produjo el agravio primigenio y contra el cual se han interpuesto los recursos administrativos. Deberían cuestionarse ambos, empero, lo esencial es que se impugne el primero y se acredite el agotamiento de la vía recursiva en tiempo y forma.

²² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 10/1995 “Buena Luque, Sara c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”.

²³ González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 444.

²⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 86/1998 “Stanich, Ana Luisa c/ Municipalidad de Córdoba”.

IX. REITERACIÓN DE ACTO QUE REPRODUCE UNA MISMA VOLUNTAD FIRME Y CONSENTIDA

El Máximo Tribunal local²⁵ se ha pronunciado sobre si es dable admitir la posibilidad de un nuevo planteo por la administrada referido a la interpretación de la norma que regla sobre la modalidad de pago de las prestaciones periódicas que integran el beneficio acordado, cuando como acontece en la especie, media un reclamo anterior en el mismo sentido, que ya fue resuelto por la Administración sin impugnación de la interesada y, sin que se haya invocado cambio alguno en la situación del titular del beneficio que importe una modificación o alteración con relación a las circunstancias de hecho o de derecho que fueron consideradas por la demandada al momento de denegar el primer reclamo; y que en su caso habilitarían un nuevo tratamiento de la cuestión planteada. Aquí se sostuvo que:

La firmeza de un acto administrativo no puede ser destruida más tarde por el ejercicio del derecho de petición, ya que este no puede tener la virtud de abrir la reconsideración de actos definitivos y firmes, y menos aún de posibilitar el acceso a la revisión jurisdiccional después de haber consentido por largo tiempo la resolución administrativa que reproduce la misma declaración de voluntad que la de los actos impugnados.

La afirmación de la recurrente, en el sentido de que sus peticiones difieren por tratarse de tiempos distintos, en modo alguno viabiliza un nuevo examen... desde que el acto que denegó análogos períodos al actual contiene una conclusión legal comprensiva no solo de las diferencias reclamadas en aquella oportunidad, sino de las que eventualmente se produjesen en el futuro. Consentida esa resolución, su eficacia incluye dicha interpretación legal, sobre la cual el órgano jurisdiccional no puede volver sin violentar la necesaria estabilidad de las relaciones entre el administrador y el administrado.

Empero, se dejó en claro que distinto es el razonamiento cuando se discute el "derecho al beneficio" atento a renunciar que postulan los preceptos constitucionales, ya que ello puede justificar un trato diferente. Esto no acaece en el caso comentado ya que su problemática recayó sobre "la prestación" que integra el

²⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 18/1996 "Theaux de D'Intino..."; ratificada sucesivamente en Sentencias Números 107/2000 "Ceballos, Ramón..."; 133/2000 "Acuña, Néstor..."; 122/2001 "Cuello de Vélez..."; 54/2002 "Herrera, Sergio..."; 72/2002 "Camiletti, Humberto..."; 74/2002 "Hernández de Beletti..."; entre muchas otras.

beneficio, la cual es naturaleza económica, y que se traduce en el cobro periódico de una suma de dinero, de carácter disponible y renunciable, además, sujeta a prescripción por expreso mandato legal. Este criterio concuerda con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y con lo establecido en la Ley de Jubilaciones de la Provincia²⁶.

X. CAMBIO DE NOMINACIÓN DE LA ACCIÓN

El Artículo 16 de la Ley 7182 exige, como condición de admisibilidad de la demanda contenciosa administrativa, cumplimentar la obligación de nominar el proceso que se deduce. La jurisprudencia de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia ha morigerado esta exigencia al señalar que no existe óbice procesal o sustancial para no admitir el cambio de acción propuesto por la parte interesada, cuando aún no ha mediado un resolutorio judicial firme sobre la habilitación del proceso contencioso administrativo y la diversidad de la regulación adjetiva de las diferentes acciones se refiere, precisamente, a momentos del proceso posteriores a la admisión formal de la acción²⁷.

De ese modo, el Tribunal Superior de Justicia ratificó la doctrina sustentada como Vocal integrante de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, *in re*: "Álvarez Igarzábal, Matías Benigno Héctor c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba"²⁸, precedente en el cual, antes de que quedara firme la decisión de no admitir la acción por error del accionante en la nominación de la misma y en la invocación de la situación jurídico-subjetiva base de la demanda (se había invocado un derecho subjetivo de carácter administrativo cuando correspondía una situación jurídico-subjetiva de interés legítimo), el accionante cambió su acción reconduciéndola como de ilegitimidad al momento de interponer el recurso de reposición. Se admitió que en la etapa del Artículo 11 de la Ley 7182, era posible el cambio de la acción hasta que quede firme la habilitación de la demanda por el Tribunal, lo que a mi juicio significó que el actor podía solicitar dicho cambio antes del vencimiento del mencionado plazo.

²⁶ C.S.J.N. Fallos 307:582 del 14-01-1986, "Costa, Juan Francisco" y su cita, y Fallos 312:1340; en idéntico sentido Art. 40 de la Ley 5846 y 44 de la Ley 8024 (T.O. Dec. Nro. 40/2009).

²⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 85/2002 "Telefónica Comunicaciones Personales S.A. c/ Municipalidad de Colonia Caroya".

²⁸ Auto Interlocutorio Número 282/1994.

Es decir que los litigantes podrán reconducir la acción de plena jurisdicción como de ilegitimidad o bien a la inversa, siempre que no adquiera firmeza la decisión adoptada por la Cámara *a quo* en la etapa de habilitación de la instancia, contra la cual, el Código de la Provincia admite su revisión por ante el Tribunal Superior.

Con posterioridad a dicho precedente, se ha ratificado dicha doctrina al admitir la reconducción de acciones que habían sido erróneamente denominadas como de plena jurisdicción y que fueron corregidas como de ilegitimidad —o a la inversa, según el caso— antes de adquirir firmeza la resolución que no habilitó la instancia por ese motivo²⁹.

XI. EMISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR UN ÓRGANO O ENTE DOTADO DE POTESTAD PÚBLICA EN EJERCICIO DE UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Siguiendo con el análisis de nuestro Código Procesal Contencioso Administrativo, continúa diciendo el Artículo 1o. que deben impugnarse:

... Los actos administrativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial del Estado Provincial, del Tribunal de Cuentas de la Provincia; de las entidades descentralizadas autárquicas, de las Municipalidades, y de cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública, con facultad para decidir en última instancia administrativa.

Este amplio marco concuerda con el Artículo 1o. de la Ley de Procedimiento Administrativo (T.O. Ley 6658). En definitiva, consiente que cualquier órgano público o privado dotado de potestad pública en ejercicio de la función administrativa puede estar en juicio por sus actos administrativos. Esta modalidad es quizás uno de los grandes avances de nuestro contencioso administrativo cordobés, que podemos exhibir con orgullo, tanto respecto de las otras Provincias Argentinas como en el concierto internacional.

²⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 34/2005 "Peirone, Norma Alicia y otros c/..."; Sent. Nro. 53/2006 "Transporte Barbero S.R.L. c/ Municipalidad de Bell Ville..."; Sent. Nro. 57/2006 "Guzmán, Ricardo Alberto c/..."; Sent. Nro. 078/2011 "Marún, María Alejandra c/ Provincia de Córdoba..."; A. Nro. 14/2003 "Rodríguez Amuchástegui María B. c/ Provincia de Córdoba"; A. Nro. 15/2003 "Caeiro de Cima, Eugenia c/ Sup. Gob. de la Provincia de Córdoba"; A. Nro. 89/2007 "De Lamo, Raquel c/..."; A. Nro. 299/2011 "Ferrarini Inmobiliaria y Financiera S.A. c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba..." y A. Nro. 140/2017 "Monsanto Argentina SAIC c/ Municipalidad de Río Cuarto"

De allí que, el alcance del control contencioso administrativo es respecto de los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, incluido el Ministerio Público y demás órganos extra-poderes creados constitucionalmente, siempre que ellos ejerzan una función administrativa.

En este marco se encuentran los actos administrativos de la Defensoría del Pueblo³⁰ y Consejo de la Magistratura³¹, respecto los cuales el Tribunal Superior ha trazado los lineamientos que habilitan una revisión judicial siempre que se satisfagan los demás requisitos que hacen a la admisibilidad de la demanda.

Por su parte, los conflictos derivados entre las diversas personas públicas no estatales, cuando ambas ejercen la potestad pública, deben dirimirse como si fuese un conflicto entre dos entes descentralizados tal como ocurre con lo previsto para tal fin en la Ley de Procedimiento Administrativo. En efecto, tanto el sistema recursivo administrativo como el proceso contencioso presuponen una relación jurídico-pública Administración-administrado, no así entre dos que ejercen al mismo tiempo la potestad jurídico-pública. De allí la aplicación analógica citada y la inadmisibilidad formal de tales planteos.

En particular, si entendemos por función legislativa como toda norma general, objetiva y abstracta que mediante el procedimiento constitucional de formación y sanción de las leyes produce el llamado Poder Legislativo, es indudable que todas sus otras funciones, excepto el juicio político, conforman una función administrativa y sus actos pueden ser objeto de revisión contenciosa administrativa: cesantía, sanciones, adjudicación de obras, etc.

Aún el juicio político es susceptible de parcial revisión judicial cuando se ha alterado el procedimiento o violado el derecho de defensa.

En Córdoba, no ha existido dificultad alguna en el juzgamiento de tales actos conforme el citado plexo normativo³². Sin embargo, no sucede lo mismo en

³⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 100/2014 "Roggia, Walter Rubén y otros c/ Provincia de Córdoba, Plena Jurisdicción, Recurso de Apelación".

³¹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Auto Nro. 51/08 "Valles..."; Sent. Nro. 101/2014 "Mancini, Carlos Luis c/ Provincia de Córdoba, Ilegitimidad, Recurso de Apelación".

³² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 39/1996 "Maza, Víctor c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 34/1998 "Díaz, María c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 55/1998 "Fredizzi, Luis c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 50/1998 "Huerta, José c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 105/2000 "Asís de Carillo Ana c/ Provincia de Córdoba", entre muchas.

otras Provincias Argentinas. Así, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, su Máximo Tribunal interpretó en numerosos precedentes que las decisiones administrativas del Poder Legislativo no son impugnables en sede contenciosa por no ser autoridad administrativa. Por suerte, la Corte Suprema Nacional, a partir del caso "Persoglia"³³, continuando con otros casos en 1989, 1993 y 1994, revocó las sentencias del Tribunal Superior bonaerense que habían desestimado *in limine* las demandas. En la actualidad, el control es posible atento la vigencia de un nuevo Código Procesal Administrativo modelo que amplía el alcance de la revisión.

Si entendemos por función judicial toda resolución de una controversia con autoridad de verdad legal por una autoridad imparcial e independiente, es indudable que todas las otras tareas del Poder Judicial conforman función administrativa. Por lo tanto, sus actos pueden ser objeto de revisión contenciosa administrativa (sanciones, adjudicación de obras o suministros, etc.).

La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial a través del sistema contencioso administrativo funcionó en Córdoba hasta principios de 1995 en que el entonces Tribunal Superior, mediante el Acuerdo N° 10/95 ("Cech", reiterado en octubre de 1995 en el caso "Álvarez") hizo saber al entonces Presidente de la Cámara Contencioso Administrativa que debía abstenerse de actuar en una demanda interpuesta contra una sanción aplicada por el Tribunal Superior de Justicia por cuanto la materia de los mismos es de exclusiva y excluyente competencia del Máximo Tribunal.

El Tribunal Superior aplicando jurisprudencia de la Corte Nacional y en base a una diversa interpretación de la Constitución Provincial consideró que el recurso de reconsideración deber ser tenido como control judicial suficiente y, por ende, contra su denegatoria no correspondía ningún control judicial posterior, salvo el recurso extraordinario federal. En consecuencia, consideró que el trámite administrativo de la Ley 5350, como el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo —Ley 7182—, carecían de vigencia respecto del régimen disciplinario, adoleciendo de nulidad absoluta e insanable la pretendida revisión de tales decisiones.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo, previo dictamen del Fiscal de las Cámaras sustentó la plena revisión de tales actos, elevando al Tribunal Superior las actuaciones a fin de que mediante conjuces dirima un conflicto de compe-

³³ Fallos 311:260 del 10/03/1988.

tencias en el marco del Artículo 12 de la Ley 7182. Esto fue, resuelto con nueva integración del Tribunal a fines de 1996³⁴, y se retornó a la jurisprudencia anterior sustentando la plena revisión judicial de los actos sancionatorios emitidos por el Poder Judicial. En consecuencia, después de agotarse la vía administrativa ante el propio Tribunal Superior de Justicia se inicia la acción contenciosa administrativa ante las Cámara del Fuero. En segunda instancia, interviene el Tribunal Superior con integración de los otros miembros o de conjuces atento que los anteriores han ejercido la función administrativa³⁵.

Con relación a los actos dictados por personas públicas no estatales, los avances más notorios a nivel jurisprudencial en Córdoba se relacionan con la revisión judicial a través del fuero contencioso de las funciones administrativas ejercidas por los colegios profesionales —encargados de la matrícula— y de las sanciones aplicadas por los mismos o sus Tribunales de Disciplina.

En este sentido, se ha aceptado pacíficamente la aplicación de este sistema al margen de lo que establezcan las disposiciones específicas de cada Colegio por considerar de aplicación primigenia lo normado por el Código Procesal Administrativo en cuanto se trata de función administrativa al amparo de un régimen de Derecho Administrativo³⁶.

En los autos “Maghini c/Tribunal de Disciplina de Abogados”, la Cámara Contencioso Administrativa de 1o. Nominación, resolvió al interponerse una excepción de incompetencia por falta de acción —dado que el Art. 87 de la Ley 5805 señala lo inapelable de la sanción de apercibimiento público— que atento el actual desarrollo del Estado de Derecho y la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 19, inciso 9 Const. y Arts. 18 y 95 Const. Nac. de 1853), es inconcebible la existencia de normas que consagren la irreversibilidad judicial de actos administrativos susceptibles de agraviar la situación jurídica de los administrados.

³⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 62/1996 “Cech Vilma c/ Provincia de Córdoba”.

³⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 23/1997 “Álvarez Norma c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 203/1999 “Rius, Guillermo c/ Provincia de Córdoba”.

³⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 85/2000 “Becerra Amanda Rosa c/ Colegio de Arquitectos de la Provincia de Córdoba...”; Nro. 112/2001 “Carranza, Pablo y otra C/ Colegio Médico Veterinario de la Provincia de Córdoba...”; Nro. 186/2009 “Costamagna, Victor y otros c/ Colegio de Médicos de la Provincia de Córdoba...”, entre muchas otras.

También allí se dijo que todo acto sancionatorio debe estar precedido del respeto al derecho de defensa mediante el sumario respectivo o del descargo si la sanción fuere menor.

Respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria, en el precedente “Esteban, Elsa c/ Provincia de Córdoba”³⁷, en el cual, por no cumplir la docente sugerencias y guías dadas por el personal directivo en reiteradas oportunidades, se hizo pasible a la docente de las siguientes medidas disciplinarias: a) observación en privado y b) apercibimiento por escrito con anotación en el legajo de actuación profesional, todo sin emitirse el acto administrativo pertinente, el Tribunal Superior enfáticamente ha precisado los siguientes principios:

1. Nuestro orden jurídico no acepta la imposición de sanciones implícitas o solapadas. Solo deben imponerse las que encuentren taxativamente señaladas por la normativa estatutaria aplicable. En consecuencia, no pueden incorporarse en el legajo personal, inconductas menores no aplicadas en legal forma, susceptibles de desmerecer la carrera administrativa del agente³⁸.
2. Las sanciones solo pueden imponerse mediante un acto administrativo que así lo disponga, cumpliendo las formalidades impuestas por los requisitos legales y constitucionales. Esta es la única forma de expresar la voluntad del Estado.
3. Debe respetarse el debido proceso previo a la sanción (descargo o sumario según el caso). La circunstancia de que las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores sin sumario previo en los casos de fácil acreditación objetiva de la falta imputada o de leves infracciones, no empecé la irrenunciable obligación de resguardar el derecho de defensa a través del descargo, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que aún en ausencia de ella, el debido proceso constituye un principio de obligatorio acatamiento. El debido proceso previo mediante el descargo no fue cumplimentado en la especie por lo que el Tribunal decidió que tal transgresión fulmina la juridicidad del acto, por cuanto se

³⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 12/1996.

³⁸ En el tema particular del ejercicio de la potestad disciplinaria por los entes deontológicos, ver Sent. Nro. 17/2006 “Méndez Casariego, Guillermo c/ Provincia de Córdoba”.

ha contrariado el orden jurídico vigente por violación de los procedimientos que informan el procedimiento para su dictado.

4. Los recursos posteriores a la sanción no convalidan la omisión del debido proceso previo. De aceptarse esta postura como su subsanación en el proceso judicial, se colocaría al administrado en una verdadera indefensión, puesto que se le privaría de la posibilidad de destruir en el momento oportuno, las falsas imputaciones que le pudieron hacer, convirtiendo de esa forma en ilusorias, las garantías de acierto y encuadramiento de la sanción a dictarse. Lo que pretende el debido proceso es el respeto de su contenido con anterioridad a la sanción misma. De allí que la Constitución y las normas dicen “sumario previo” antes de la sanción.

En definitiva, en la justicia de Córdoba solamente cuestiones que sean insignificantes podrían subsanarse en el proceso judicial, de lo contrario el acto es nulo de nulidad absoluta, a diferencia de las soluciones que se ha adoptado en el orden nacional o en otras justicias provinciales.

XII. PREEXISTENCIA DE UN DERECHO SUBJETIVO O DE UN INTERÉS LEGÍTIMO

Otro problema por dilucidar es, ¿qué cosa tutelamos? Por regla general, los derechos subjetivos plenos y derechos subjetivos debilitados incorporados a nivel jurisprudencial de Córdoba para aquellos casos en que la propia norma le otorgue el derecho subjetivo pero debilitado en función de razones de interés público. Respecto de los intereses legítimos o de los intereses difusos, notamos que normalmente en el procedimiento administrativo y contencioso administrativo no se habla de su protección. Sin embargo, no parece que su protección concierna solo al amparo, pues no se advierte razón para no abrir la tutela a los intereses difusos, más allá de lo que dice la norma. La ley de procedimiento administrativo norteamericana habla de la existencia de un agravio jurídico y ya en el año 1970, en el caso de *Data Processing*³⁹, se admitió la apertura también a los intereses difusos.

En consecuencia, el amparo siempre será para una cuestión urgente, inmediata, pero si no hay una cuestión urgente, ¿por qué no se puede intentar la acción contenciosa administrativa demostrando la legitimación como asociación?

³⁹USSC, “Associaton of Data Processing Service Organization, Inc. v. Camp”, 397 u.s. 150, 1970.

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. Sabido es que la legitimación es la situación especial en la que se encuentran las partes respecto del objeto de la pretensión procesal, y que la ley garantiza solo a quienes están en esa posición, el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión⁴⁰.

Afirma el prestigioso norteamericano Juez Scalia sobre la doctrina constitucional del “*standing to sue*” (*The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, 17 Suffolk U. L Rev. 881, 1983) que, “la doctrina judicial del standing es un crucial e inseparable elemento de la División de Poderes cuyo desconocimiento producirá inevitablemente la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno. No hay caso o controversia donde no hay partes adversarias con interés personal en el asunto.

Más adelante, nos recuerda el famoso caso “*Marbury v. Madison*” cuando afirma que las potestades de la Corte son solamente para decidir sobre derechos de los individuos, no para analizar cómo el ejecutivo o los oficiales del ejecutivo, desarrollan sus deberes sobre los cuales ellos tienen discreción.

El *standing* requiere un daño diferenciado, un agravio distintivo no participativo por el resto del cuerpo social⁴¹.

En el caso “*Rothingham vs. Mellon*”⁴², la Corte norteamericana ya subrayaba que la parte no solo debe poder probar la invalidez sino también que le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo como resultado de su aplicación y no meramente que lo sufre en forma indefinida en común con el resto de la gente.

El criterio aludido también se aplicó en el caso “*United States vs. Richardson*”⁴³, en virtud del cual un ciudadano pretendía que se declarara la inconstitucionalidad de la ley de la CIA (Central de Inteligencia Americana) por infringir el Artículo 1o. de la Constitución, en cuanto la norma permitía a la CIA no publicar sus casos.

⁴⁰ Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943, t. I, p. 122.

⁴¹ C.s., casos *United States v. Richardson*; *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*, 1974.

⁴² Corte Suprema de Estados Unidos, 262, u.s., 447, 1923.

⁴³ Corte Suprema de Estados Unidos, 418, u.s., 166, 1974.

La Corte desestimó la acción aduciendo que el actor carecía de *standing to sue*⁴⁴.

Ello concuerda plenamente con los principios liminares de la División de Poderes en Argentina, que garantiza el acceso a la justicia a quien sea parte en una controversia concreta (Art. 116 y conc. c. n.). Como es sabido, "parte" es quien tiene un interés controvertido con otro sujeto de derecho, perteneciente a su propia esfera jurídica, quien en definitiva tiene algo que perder o ganar con motivo de la decisión judicial a dictarse.

Marienhoff⁴⁵ explicaba que la exclusión de la acción popular del orden jurídico argentino surge del Artículo 22 de la Constitución Nacional, en virtud del cual el pueblo solo delibera y gobierna por medio de sus representantes; y lo dispuesto por el Artículo 1o. de la Ley Fundamental en cuanto dispone que el gobierno de nuestro país es "representativo". En este sentido, afirma: "*No existiendo ni pudiendo existir válidamente en nuestro país la acción popular, porque lo prohíbe la Constitución, ninguna persona del pueblo puede objetar o impugnar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, del accionante*". Es obvio que tampoco puede cuestionar los actos políticos en las condiciones descriptas.

La reforma constitucional de 1994 consagró una sustantiva innovación en relación con los derechos de "incidencia colectiva". Esta normativa vino a rellenar la amplitud conceptual del Artículo 33 de la Constitución Nacional que en forma genérica e indeterminada tutela los "*derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*".

Dispone el segundo apartado del Artículo 43 de la Carta Magna Nacional que la acción de amparo en materia de "derechos de incidencia colectiva en general" otorga legitimación solo a quienes acrediten encontrarse en alguna de estas tres hipótesis: a) el propio afectado; b) el defensor del pueblo; y c) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Si quien interpone el amparo es el "afectado" y pretende tutelar incluso derechos de incidencia colectiva, la legitimación para accionar solo está asignada

⁴⁴ Gunther, Gerald, y Sullivan, Kathleen M., *Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2007, p. 1544 y ss; Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992, p. 128.

⁴⁵ Marienhoff, Miguel, "La acción popular", *La Ley*, t. 1993-D-683 y ss.

a quien acredite la preexistencia de un derecho subjetivo, esto es de un agravio propio, directo y concreto de un derecho o garantía constitucional.

Quiroga Lavie⁴⁶ sostiene, con relación a la legitimación procesal para interponer el amparo colectivo que:

Se tomó en cuenta el proyecto del convencional Barra, sostenido por él personalmente, de forma tal que fueran solamente el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva) quienes estuvieran legitimados para ello. Dicha propuesta fue enriquecida, en proponerse que también estuviera legitimado procesalmente "el afectado".

Ha señalado Barra⁴⁷ que:

El primer legitimado es el afectado, es decir el mismo que se encuentra legitimado en el párraf. 1o. del Art. 43, tal como ocurre con el afectado del Art. 5o. de la ley 16.986. Se trata del discriminado, del usuario o consumidor defraudado, de la empresa que no puede competir. Estos tienen un interés personal y directo, es decir un verdadero derecho subjetivo en la terminología tradicional —en realidad un derecho a secas— el que genera las únicas pretensiones que se pueden hacer valer en juicio. Se trata del agravio concreto, específico, personalizado.

En los casos en que no aparece un afectado individualizado, solo pueden interponer el amparo, los otros dos legitimados especiales creados por la Constituyente: el defensor de pueblo y las asociaciones.

Este tradicional criterio doctrinario y jurisprudencial ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en "Polino" y "Dromi"⁴⁸. Con motivo de la privatización de Aerolíneas Argentinas, en este último caso, el amparo fue interpuesto por un diputado nacional "por sí y en el carácter de representante del pueblo" a fin de que se ordenara al Estado Nacional que la forma societaria que adoptara Aerolíneas se enmarcara en uno de los tipos societarios. Al respecto, la

⁴⁶ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de La Nación Argentina comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996, p. 236.

⁴⁷ Barra, Rodolfo, "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", E.D. 22/10/1996, ratificando su mismo criterio sustentado en: "La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar", *La Ley*, 1994-E.

⁴⁸ C.S.J.N. 06/09/1990, publ. en *La Ley* 1990 E, 97.

Corte dijo que la condición de ciudadano sustentada por el actor: “... no es apta... para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite en el caso, tener configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida”.

Idéntico criterio fue adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la causa “González”⁴⁹, donde se discutía si miembros del Consejo Deliberante en el carácter de tales o simples ciudadanos podían impetrar la exhibición de documentación relativa al pago de viáticos de funcionarios municipales a través del amparo. En el referido pronunciamiento se sostuvo que ser concejal no es título suficiente para otorgarle legitimación para accionar, como tampoco lo es ser habitante o ciudadano de la nación argentina:

Los actores no acreditan el daño diferenciado o el agravio distintivo con relación a cualquier miembro de la colectividad. La averiguación de los datos solicitados por los actores en nada mejora o perjudica su esfera de derechos y garantías que tutela el orden constitucional, que viabiliza el amparo. No se advierte cuál es la lesión o restricción que repercute en su esfera interna; no hay parte en sentido jurídico estricto. Desde otra perspectiva es importante destacar que el amparo incoado contra todo acto u omisión de autoridades públicas no puede ser interpuesto por quien también ejerza funciones públicas como sucede en la especie, al pretender los actores actuar en el carácter de concejales. La norma constitucional presupone una relación jurídico-pública Administración-administrado, donde la primera actúa investida de potestad pública y el segundo impetra la nulidad del acto u omisión lesiva a fin de tutelar su derecho o garantía constitucional, lesionado, restringido, alterado o amenazado, en su calidad de ciudadano o administrado. De admitirse la legitimación activa de quien está dotado de potestad pública contra quien también ejerza la función administrativa o de gobierno, implicaría desconocer el principio liminar señalado, por cuanto en esta hipótesis no habría una relación Administración-administrado, sino una vinculación Administración-Administración, es decir, interorgánica, regulada en este caso, por principios y normas constitucionales. Carece entonces de legitimación el peticionante

⁴⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 50/1996, “González, Guillermo y otro c/ Pérez. Amparo”

para estar en juicio. En efecto, tal discrepancia se resuelve muchas veces, si correspondiere y tuviere la envergadura necesaria, mediante el procedimiento del conflicto de competencias, o directamente a través de los controles y responsabilidades fijados por el derecho constitucional.

Similar criterio se ha sustentado en España con otros fundamentos. Así, el Tribunal Supremo⁵⁰ sostiene que la falta de respuesta o falta considerada incorrecta de un Gobierno a la solicitud de información de un parlamentario es acto no fiscalizable por la jurisdicción contenciosa administrativa, porque no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político parlamentario. También se ha señalado que:

... Los informes o documentos que, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, pueden recabar los Diputados a la Administración Pública, por conducto de la Presidencia de la Asamblea Regional de Cantabria... y el deber que pesa sobre el Consejo de Gobierno y sus miembros de proporcionar a dicha Asamblea la información o ayuda que precise del mismo o de estos, se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma. Por ello los actos que se producen en el seno de estas relaciones no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los Tribunales sin desplazar a estos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político parlamentario, por cuanto afecta a las relaciones institucionales entre la Cámara y el Ejecutivo, relaciones que no guardan afinidad con las que surgen como consecuencia de un acto administrativo... Se trata, más bien de un acto político, o si se quiere, político parlamentario, pero nunca administrativo, y por ello no residenciable ante los Tribunales de este orden jurisdiccional⁵¹.

Por supuesto, son temas absolutamente opinables, yo propongo la amplitud de control, pero limitada. Limitada al justo punto de nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, el Código de Procedimiento en análisis —Ley 7182— en su Artículo 1o., inciso c, que dice:

⁵⁰ TS español, Sentencia del 09/06/1987, Ar. 3778.

⁵¹ TS español, Sentencia del 15/11/1988 y comentario de Embid Irujo, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, p. 2723.

[Exige como presupuesto procesal que el acto administrativo] ... vulnere o lesione un derecho subjetivo de carácter administrativo o afecte un interés legítimo establecidos o reconocidos con anterioridad a favor del demandante, en situaciones jurídico-subjetivas creadas o reconocidas por la Constitución, o por la ley, reglamento, ordenanza, concesión o permiso, contrato administrativo u otro acto administrativo que sean preexistentes.

En Córdoba, desde 1941, se tutela tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo mediante dos acciones diferenciadas: la de plena jurisdicción y la de ilegitimidad.

El derecho subjetivo presupone una norma que predetermine la conducta administrativa debida con relación a un sujeto de derecho que se encuentra en situación personal directa y exclusiva respecto de la Administración. En cambio, el interés legítimo presupone una normativa que regula la conducta debida con relación a una persona que no se encuentra en situación de "exclusividad" sino de manera personal, directa y concurrente.

Es fundamental clarificar que conforme al Artículo 16 inciso "b" de la Ley 7182 el actor debe acompañar los documentos que acrediten la posesión de la situación jurídico-subjetiva que reclama⁵². Es decir que, como requisito de admisibilidad, basta acreditar la norma constitucional, legislativa, reglamentaria, acto o contrato preexistente, juntamente con el acto lesivo. Todo ello, al margen de si sustantivamente asiste razón o no al demandante.

No obstante, a veces deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la preexistencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que en caso de duda debe dirimirse con el fondo al momento de la sentencia. Así se ha pronunciado la Cámara Contencioso Administrativa de 1o. Nominación en los autos "Fernández Gez c/ Provincia de Córdoba" (18/11/1987) y, en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia en los autos "Torres, Sergio F. c/ Provincia de Córdoba"⁵³.

⁵² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 91/1998 "Cividanes, Adolfo y otros c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba..." y Nro. 23/1998 "Águila de Oro y otra c/ Provincia de Córdoba"

⁵³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 07/1996. Criterio reiterado en sucesivos pronunciamientos: Sent. Nro. 23/1998 "Águila de Oro y otra c/..."; Sent. Nro. 62/1998 "Quevedo, Miguel Ángel c/..."; Sent. Nro. 94/2000 "Ballatore, María Ester y otras c/..."; Sent. Nro. 133/2002 "Perrone, Carlos Enrique c/..."; Sent. Nro. 28/2004 "Cuello, Claudio Reginaldo c/..."; Sent. Nro. 31/2004 "Gusella, Rubén Alcides c/..." entre otros.

Aquí se sostuvo que la carencia de la situación jurídica esgrimida solo debe declararse cuando la misma surja en forma clara, evidente y ostensible, correspondiendo en caso de duda aplicar el criterio *in dubio pro habilitate instantiae*.

Con sustento en tales premisas, en la causa “Gómez, Graciela Beatriz y otros”⁵⁴, el Tribunal Superior dejó sin efecto la inhabilitación de instancia decidida por Cámara respecto del reclamo de reconocimiento y pago de diferencias de haberes producidas en el período en el que los actores se habían desempeñado como “personal contratado” por considerar que no habían acreditado la situación jurídica subjetiva invocada, habilitando la jurisdicción solo parcialmente con relación a las diferencias devengadas a partir de sus designaciones en planta transitoria. De esta manera, se habilitó la instancia respecto de todas las pretensiones deducidas por los accionantes. Este criterio ha sido mantenido en los fallos que le sucedieron sobre la misma problemática⁵⁵.

A la vez que, la excepción de incompetencia del Tribunal fundada en la inexistencia de la preexistencia de alguna de las situaciones jurídicas tuteladas solo debe ser tratada como de artículo previo; esto evita los efectos nocivos de la tramitación de la casi totalidad del pleito para recién en el momento de la sentencia pronunciarse por la inadmisibilidad de la situación jurídica invocada.

En suma, con el objeto de reafirmar este criterio es menester que los códigos de la materia dispongan expresamente, que cuando este requisito procesal está íntimamente vinculado a la cuestión de fondo, no corresponde al tribunal pronunciarse en la primera etapa de consideración de la admisibilidad: dicho análisis ha de trasladarse al momento de la emisión de la sentencia como problemática de fondo.

XIII. GARANTÍAS DE IMPUGNACIÓN

Otro problema es el concierne a los depósitos que tienen que presentarse cuando hay una impugnación a una licitación pública o a la preadjudicación o a la adjudicación, en donde hay cláusulas que dicen que en el caso de que el recurso sea infundado, el administrado pierde el depósito en garantía que hizo, que presentó para impugnar o el depósito para impugnar.

⁵⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 101/2011.

⁵⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 82/2012 “Sanchez...”; Sent. Nro. 010/2013 “Arguello...”; Sent. 84/2014 “Piccolo...”

En estos supuestos es dable suprimir el rigorismo formal excesivo que muchas normativas parecen consagrar con montos exagerados o interpretaciones inadecuadas de la Administración.

Así, en los autos “Mayorista Libertad S.R.L. c/ Municipalidad de Córdoba”⁵⁶ se resolvió acerca de la invalidación de la incautación del depósito de garantía de la impugnación, constituido por la firma actora. En el antecedente, se explicó que:

... De fundamental importancia para la interpretación del sub examine reviste lo preceptuado por el Art. 176 de la Constitución Provincial cuando dispone que la Administración Pública Provincial y Municipal sujeta su actuación a la determinación oficiosa de la verdad con celeridad, economía, sencillez en su trámite, determinación de plazos para expedirse y participación de quienes puedan verse afectados en sus intereses, mediante procedimiento público e informal para los administrados.

De allí entonces la prevalencia de tales principios a fin de evitar todo tipo de medidas restrictivas que limiten la participación de quienes resulten afectados en el trámite administrativo, ya que es obligación garantizar un procedimiento público e informal, sujeto a la determinación de la verdad jurídico-objetiva, con celeridad, economía y sencillez en su trámite. Esta interpretación amplia a fin de permitir a los interesados el control ante la Administración de los actos estatales se relaciona con lo dispuesto por el Art. 49 de la Constitución cuando también garantiza un amplio acceso a la justicia al expresar que no puede limitarse su intervención por razones económicas.

... La interpretación del sentido y alcance de este cuadro normativo, nos permite inferir con claridad, que el rechazo de una impugnación por la Administración no implica la pérdida automática del depósito referido, por cuanto es necesario evaluar a priori si la misma resulta “totalmente infundada”. Para ello la Administración debe fundamentar, es decir motivar explícitamente, las razones por las que considera “totalmente infundada” la impugnación presentada por el interesado...

... La literalidad de la norma y su principología en el nuevo marco constitucional postulan una interpretación estricta. En consecuencia, su automaticidad no es tal, es decir que no es derivación directa del rechazo de la impugnación, por lo que es inexorable su motivación autónoma.

⁵⁶ C.C.A.C., 1º Nom., Sent. Nro. 61/1995.

... El concepto jurídico indeterminado “totalmente infundado”; significa en el contexto aplicable que el basamento de la impugnación sea notoriamente carente de sustento, con meras intenciones obstruccionistas, dilatorias, entre otros aspectos. En consecuencia, el sentido de la norma es desalentar la presentación de aquellas impugnaciones que sin un fundamento verdadero tiendan a obstaculizar el procedimiento de selección, perjudicando de tal forma al interés público. Es por ello que, para la norma no basta que la impugnación solo sea “infundada” sino que es necesario su “total” falta de fundamentación. Este último requisito en modo alguno acaece cuando como sucedió en autos se pretendió defender la oferta más ventajosa económicamente, que aún adoleciendo del incumplimiento de algunos requisitos reglados, no obstante era apta para cumplimentar el interés público específico (ya que la leche ofertada servía para el consumo). Si bien la Administración pudo tener correctas razones para rechazar la impugnación, no alcanzan para reputar infundada la misma, menos aún considerarla totalmente infundada.

No compartir un razonamiento determinado no implica automáticamente considerarlo “infundado”; ya que bien puede estar “fundado” aunque no se comparta.

Este criterio que ha sido receptado y reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Superior al decidir en la causa “Sideco Americana S.A...”⁵⁷ y otras en sentido análogo, permite concluir que aceptar la tesis de la automaticidad de la pérdida del depósito con el rechazo de la impugnación, implicaría desalentar la presentación de cuestionamientos que muchas veces sirve para promover una auténtica juridicidad administrativa detectando posibles vicios que la Administración está a tiempo de corregir. Téngase presente que la “preadjudicación” es un mero acto preparatorio de la Administración y que las observaciones que presenten los administrados en tal etapa comportan en general una real colaboración a fin de poner en evidencia posibles deficiencias legales, administrativas o técnicas, que la autoridad no haya advertido.

En consecuencia, facilitar el acceso a la revisión y control, además de cumplimentar un principio constitucional, constituye una política de buena administración en pro de resguardar aún más la transparencia y eficiencia del accionar administrativo.

⁵⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 14/2007 “Sideco Americana S.A.”

La impugnación que para una normativa puede resultar totalmente infundada, constituye un concepto jurídico indeterminado que, en definitiva, tiene que necesariamente ser *motivado* con argumentos propios. Es que, la pérdida del depósito no es derivación directa del rechazo de la impugnación, requiere de una motivación autónoma en la que la Administración explicita fundadamente las razones que justifican la no devolución de los depósitos⁵⁸, no siendo suficiente a los fines de satisfacer el requisito la sola enunciación de la facultad de dictar el acto desestimatorio de la impugnación. Y, frente a situaciones altamente temerarias, recursos que no tienen ningún sentido —que no es el caso comentado, porque era la oferta más conveniente y el producto era apto para el consumo—, son también cuestiones que irritan a lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva. Que ponen obstáculos al acceso a la jurisdicción. Que contradicen ese famoso caso *Cantos* contra Argentina resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁹. Hay que demoler estos obstáculos exagerados que impiden el acceso liso y llano a un tribunal imparcial e independiente.

XIV. CUESTIONES PERTENECIENTES AL DERECHO PRIVADO O DEL TRABAJO

Continuando con el análisis de admisibilidad de la acción judicial, el Artículo 2o., inciso c) de la Ley 7182 excluye del proceso contencioso administrativo las cuestiones que deben resolverse aplicando *exclusivamente* normas del Derecho Privado o del Trabajo.

Anteriormente se hablaba de la doble personalidad del Estado como persona del Derecho Público y persona del Derecho Privado. Hoy la personalidad del Estado es única, aunque puede actuar en el campo del Derecho Público o en el campo del Derecho Privado; en otras palabras, como sujeto de una relación jurídico-pública o jurídico-privada.

La clave de la cuestión es que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativo no solo cuando se ejerce la función administrativa sino cuando se aplica además un régimen de Derecho Administrativo.

No siempre es fácil determinar tales aspectos e incluso en una misma cuestión puede ser posible la derivación de una parte de la cuestión a la justicia civil y

⁵⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 109/2008 "Internacional Dina s.A."

⁵⁹ CIDH, "Caso Cantos vs. Argentina", Sentencia del 28/11/2002.

otra a la administrativa. Por ejemplo, en un contrato de locación, el objeto contractual se regulará por las normas de la ley de locaciones y, por lo tanto, su problemática se dirimirá por ante la jurisdicción civil; empero, si se discute la competencia del órgano emisor o el procedimiento licitatorio respectivo, al regularse tales aspectos por normas de Derecho Administrativo es indudable la competencia contenciosa administrativa.

Repasemos un poco la evolución de la jurisprudencia en ciertos temas de gran relevancia.

1. *Cuestiones derivadas o conexas a la aplicación de un régimen de contratación pública*

En una época, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia sostuvo en "Astec c/ D.P.A"⁶⁰ que, al no agravarse la actora de la lesión de un derecho subjetivo administrativo por violación de los términos de la relación contractual, sino de la frustración de sus expectativas económicas con respecto a los resultados de la aplicación de la cláusula convenida de ajuste de *mayores costos*, se excede el marco de legitimación jurídico-subjetiva impuesto por el Artículo 1o., inciso c) del C.P.C.A.

Por su parte, la Cámara Contencioso Administrativa de 1o. Nominación, en los autos "Late c/ E.P.E.C." (17/08/1990), resolvió la excepción de incompetencia de jurisdicción donde se discutía si la existencia de *caso fortuito o fuerza mayor* ocasionados en la demora incurrida por su proveedor para suministrarle elementos que se había obligado contractualmente a entregar a E.P.E.C. en un plazo determinado, daba lugar a un proceso contencioso administrativo o no.

Se sustentó que el orden jurídico administrativo muchas veces se integra con normas administrativas análogas o incluso con principios generales del derecho que pueden encontrarse en la Constitución o en el Código Civil (irretroactividad de la ley, caso fortuito, mora, imprevisión, etc.). Que la determinación o no del supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, constituyen como principio general derivaciones directas de un contrato administrativo, no puesto en duda por las partes, que ha menester la revisión de lo actuado a la luz del orden jurídico administrativo con la amplitud de criterio.

⁶⁰ T.S.J. Córdoba, Auto Nro. 52/1984.

Se ha clarificado la problemática en otro caso donde se discutía el carácter de *fiador* de la empresa accionante, cuyo análisis debía efectuarse en el marco del contrato de obra pública, como así también en las etapas previas que le dieron origen: licitación, presentación y aceptación de ofertas y adjudicación de esta. En la ocasión, se enfatizó que:

... La problemática de la fianza debatida en el sub lite, constituye como principio general una derivación directa de un contrato administrativo, no puesto en duda por las partes, que ha menester la revisión de lo actuado a la luz del orden jurídico administrativo con la amplitud de criterio, pudiendo acudirse a la norma de fondo mediante la analogía y/o supletoriedad. Es decir, que toda interpretación de principios y normas emergentes de un indudable contrato administrativo corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo excepcionalmente cuando algún aspecto esté regulado exclusivamente por el derecho civil... Si bien el demandante remite con su impugnación al instituto de la fianza regulado por la normativa de derecho privado, no se evidencia la aplicación "exclusiva" de este ordenamiento jurídico. Ello es así, en razón que, al cuestionar la formación de la voluntad contractual en orden a la cláusula decimonovena del contrato de obra pública, el demandante desplaza la materia controvertida hacia el campo de dicho contrato, siendo el mismo regulado específicamente por normas del derecho administrativo...⁶¹

Esta resolución fue ulteriormente ratificada⁶². El criterio, hoy imperante, admite en la jurisdicción todas aquellas cuestiones que resulten conexas a una contratación pública. Así ha sido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia en los autos "Cajal, Roberto Adolfo c/ Municipalidad de La Calera..."⁶³, al revocar la sentencia de la Cámara que había denegado la jurisdicción a una solicitud de pago de un certificado de obra y de los daños y perjuicios ocasionados por la *mora* en dicho pago por trabajos adicionales encomendados al actor por la Municipalidad demandada en el marco de un contrato de obra pública.

La Cámara había declarado que se trataba de una cuestión estrictamente patrimonial, una suma líquida no controvertida y, por lo tanto, la cuestión debía resolverse exclusivamente aplicando normas de Derecho Civil.

⁶¹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 132/1998, "Ormas S.A.I.C.I.C. c/ E.P.E.C. y Estado Provincial".

⁶² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 92/2001 "Ormas S.A.I.C.I.C. c/ E.P.E.C.:"

⁶³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 29/2012.

Sin embargo, el Tribunal Superior, teniendo en cuenta el régimen jurídico que era aplicable al caso para dirimir la razón de la solicitante (Decreto Nro. 273, Pliego General de Condiciones —Cap. 12— y las Leyes 8102 y 8614 de Obras Públicas) —que era de innegable naturaleza pública—, reiteró el criterio descrito, señalando que la naturaleza de la *litis* determinaba la competencia del fuero contencioso administrativo al tratarse de una omisión por parte de la Municipalidad, en ejercicio de función administrativa y que era consecuencia directa derivada de la ejecución de un contrato administrativo.

En suma, toda interpretación de principios y normas emergentes de un indudable contrato administrativo corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo cuando excepcionalmente algún aspecto está regulado específicamente y solo se invoquen normas del Derecho Civil.

2. Las cuestiones vinculadas a la interpretación de una normativa de carácter privado corresponden a la jurisdicción ordinaria

Con relación a la problemática proveniente del Registro de la Propiedad con motivo de la aplicación de la Ley 14.394, el mismo Tribunal, en el caso “Quarti” de agosto de 1991, consideró que la competencia de la Cámara Contencioso Administrativa presupone la revisión de un acto administrativo emitido por un órgano público o privado que ejerza la función administrativa y que interprete un régimen jurídico administrativo. Estimó que el caso de autos configura una problemática excepcional donde si bien hay función administrativa, sin embargo, una porción de su régimen jurídico es regulado por el derecho privado por cuanto para resolver el caso debe interpretarse una norma de fondo como lo es la Ley nacional citada.

En la sede del Tribunal Superior en la causa “Cooperativa de Obras y Servicios Públicos y Sociales de Los Surgentes Ltda. c/ Provincia de Córdoba”⁶⁴, se estableció que todo lo relativo a la interpretación y aplicación del régimen estatutario de las cooperativas corresponde a la jurisdicción ordinaria común (Ac. Regl. TSJ Nro. 157/88).

En el caso, se cuestionaba el ejercicio de las facultades de fiscalización por infracción a una norma estatutaria (Ley de Cooperativas N° 20.337, Arts. 100 inciso 9), ejercida en el caso por el Subsecretario de Cooperativas y Mutuales del

⁶⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 77/2014.

Ministerio de Desarrollo Social que declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos un punto del Orden del Día de la Asamblea General Ordinaria realizada en la Cooperativa y la emplazó para realizar una Asamblea General Extraordinaria en el término de treinta días, a fin de efectuar la renovación de los Consejeros y Sindicatura. Tal decisión fue la cuestionada por la actora.

En ambos casos, se declaró que la causa no correspondía a la jurisdicción contenciosa administrativo por ser de la jurisdicción ordinaria la exclusiva interpretación de una normativa de Derecho Privado establecida en la regulación nacional.

En un asunto donde se había impugnado la distribución y el descuento de los gastos y honorarios devengados que correspondían percibir a una Procuradora Municipal, se estableció que se debía resolver aplicando las reglas del *contrato de mandato* (Arts. 1869 y cc. del Código Civil), razón por la cual, el litigio no correspondía a la jurisdicción especial por ser una materia propia de la aplicación exclusiva de normas de Derecho Privado⁶⁵.

3. *La aplicación e interpretación de normativa de Derecho Laboral*

Criterio excluyente similar se ha seguido con relación a las multas aplicadas por el Ministerio de Trabajo con motivo del nuevo Código de Procedimiento Laboral, donde se dijo que, si bien se trata del ejercicio de una función administrativa, sin embargo, en el caso, el objeto esencial de lo discutido se regula por las *normas del Derecho Laboral*.

Es decir que se mantiene ajeno a la jurisdicción todo asunto que implique la necesidad de interpretar las leyes o regulaciones laborales. Así, en la causa "Furlani, Marta Beatriz"⁶⁶, donde en función de una pensión derivada de un trabajador dependiente del Boletín Oficial de la Provincia se pretendía la liquidación y pago de remuneraciones básicas regidas por una Convención Colectiva de Trabajo (Ley 6485, CCT. 52/89, Resol. Nro. 260/03 del MTE y ss) se sostuvo que, en la medida que en el pleito no está en juego la calificación de la relación de empleo público o la determinación de los derechos subjetivos de carácter administrativo nacidos a

⁶⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Auto Nro. 114/2009 "Menvielle Sánchez, Marta c/ Municipalidad de Córdoba, Ilegitimidad, Recurso de Casación".

⁶⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 24/2010. Idéntica solución se adoptó en la Sent. Nro. 28/2010 "Vázquez, Elba Nicolasa y otros...". Criterio coincidente, Sala Laboral Sent. Nro. 82/2005 "Oliva", entre otras.

su amparo, no se configura una materia contenciosa administrativa y, por lo tanto, corresponde a extraña jurisdicción.

Tal criterio ha sido sostenido en reiterados pronunciamientos en donde la naturaleza de la *litis* se determinada por la interpretación y alcances de una normativa de carácter laboral⁶⁷. Vale decir que, el objeto esencial de la cuestión solo podía resolverse a la luz de los principios y preceptos del Derecho Laboral a la vez que resolver la pretensión deducida no requiere inexcusablemente que el juez laboral deje sin efecto un acto administrativo.

4. *Cuestiones relativas al dominio público del Estado y dominio privado de los particulares*

En la causa “Finocchietti, Enrique Augusto c/ Municipalidad de Córdoba”⁶⁸, el Tribunal Superior Provincial decidió que la cuestión debía resolverse aplicando normas de Derecho Administrativo y Público y, por lo tanto, declaró la competencia de la jurisdicción para intervenir.

En el caso, el actor solicitaba el cese de la ocupación por parte de particulares de la traza que —según el loteo original— poseía una de las calles del barrio a fin de poder tener acceso a una calle pública. Ocurrió que una sucesión de aprobación de loteos con superposición de dominio público y privado afectó la traza original de una calle pública y, por ende, el derecho de propiedad del actor.

Esta problemática, que involucraba una cuestión atinente al ejercicio del poder de policía edilicio y de urbanismo por parte del Municipio, a tenor de la naturaleza de la pretensión formulada, el alcance de los hechos y la condena pretendida, justificaban la decisión a favor de la jurisdicción específica.

Con un criterio flexible que habilitaba la aplicación del principio *pro actione*, se dejó sin efecto la decisión de la Cámara que había excluido el asunto de la competencia contenciosa administrativa.

Sin embargo, distinto asunto fue controvertido en el caso “Al Ganar s.a. c/ Provincia de Córdoba”⁶⁹, donde se confirmó la declaración de inhabilitación de la instancia porque la actora no acreditaba ser titular de un derecho subjetivo de

⁶⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias. Nro. 54/2005, “Correa”; Nro. 121/2007 “Armand”; Nro. 12/2007 “Shell Gas s.a...” y Nro. 105/2008 “Prosegur”.

⁶⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 126/2007.

⁶⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 37/2012.

carácter administrativo y la cuestión a dilucidar se resolvía mediante la aplicación de un régimen preponderantemente de Derecho Privado [Arts. 1o., inciso c) y 2o., inciso c) de la Ley 7182], sin que resultara posible aplicar el principio de *in dubio pro habilitate instantie*, desde que no se configuraba un supuesto de duda razonable en cuanto a la situación fáctica debatida.

En la especie, la Dirección Provincial de Vialidad había intimado a la actora para que remueva los obstáculos que impedían el libre tránsito por el camino que atravesaba su propiedad. La actora sostenía que el camino no era de dominio público sino de dominio privado. Debido a ello, se entendió que en el asunto se dirimía la extensión del dominio público con relación a la propiedad privada de la actora, lo que debía ser resuelto aplicando normativa exclusiva de regulación privatista.

En otra causa más reciente, “El Potrerillo de Larreta Country Club s.A. c/ Provincia de Córdoba...”⁷⁰ se excluyó el fuero el asunto por entender que la actora carecía de un derecho subjetivo de carácter administrativo, toda vez que la pretensión era susceptible de otra acción o recurso de distinta jurisdicción (Art. 2o., incisos c y d de la Ley 7182).

Así, se declaró la competencia de los tribunales civiles para resolver la presente causa, aun cuando a primera vista la cuestión podría se ubicaba entre los confines entre el derecho de propiedad y el dominio público (Arts. 2577 y 2340 c.c.v.s.). Sobre el particular, se señaló que:

... el hecho de que la actora cuestione la validez de actos administrativos que pueden traducir el ejercicio del poder de policía, no alcanza para disponer la habilitación de la instancia contenciosa administrativa si, como ocurre en el sub lite, el derecho por cuya defensa acude a esta jurisdicción es de neto carácter civil y no administrativo. Se trata en definitiva de demarcar los alcances de la exclusividad de su propiedad, frente al hecho natural de un bien de dominio público que atraviesa su derecho real de dominio... Es que ... si lo controvertido es la extensión del dominio público y su incidencia en la determinación del límite al derecho de propiedad privada de la actora, la litis se dirime a tenor de lo establecido en las normas del Código Civil y mediante las acciones previstas en los Artículos 2508 y 2516 *ib.*...

⁷⁰ T.s.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 51/2013.

Vale decir que, si lo controvertido es precisamente la extensión del derecho de propiedad privada frente a la extensión del dominio público o, a la inversa, esto es, los alcances del dominio público sobre la propiedad privada, la cuestión es extraña a la jurisdicción especial y corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Por su parte, en la causa "Manzanares"⁷¹, el Tribunal Superior provincial admitió la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa al ponderar especialmente que las pretensiones sobre enriquecimiento injusto sean admitidas en la medida que exista conexión con relaciones jurídico-administrativas. Asimismo, a través de la Sala Contencioso Administrativa ha acogido favorablemente numerosas acciones contenciosas administrativas fundadas en el principio del enriquecimiento sin causa⁷², tal como se verá a continuación.

XV. CUESTIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

LA ADMINISTRACIÓN POR ACTO ILEGÍTIMO

A partir de la vigencia de la Ley 7182, la jurisprudencia local ha sido coherente con el objeto de la reforma legislativa operada con su sanción y, merced a la nueva normativa ha declarado la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer y decidir sobre pretensiones que persiguen el restablecimiento integral de la situación jurídico subjetiva lesionada por la actividad administrativa ilegítima, productora de los daños y perjuicios, sin necesidad de acudir al fuero civil⁷³.

Ello se relaciona especialmente con los caracteres y alcances de la acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción a los que he aludido precedentemente, entendida como un proceso plenario que atiende a una pretensión integral en la que se demanda la ilegitimidad del acto, y los daños y perjuicios que de ese actuar ilegítimo pudieran derivarse para el administrado.

De ese modo se evita el desgaste jurisdiccional que ocurría en el marco de la Ley 3897, que obligaba a los administrados a acudir al proceso contencioso administrativo para obtener la declaración de ilegitimidad de los actos administra-

⁷¹ T.S.J. Córdoba, Sala Civ. y Com., A.I. Nro. 27/2001, "Manzanares, Norma Beatriz y Otros c/ Provincia de Córdoba, Demanda, Recurso Directo".

⁷² Cfr. Sentencias Nros. 58/2000 "Pochetino de Collado, Catalina R. c/ Provincia de Córdoba"; 62/2000 "De Francesco, Gladys Elizabeth c/ Provincia de Córdoba"; 75/2000 "Berrotaran, Gabriela c/ Provincia de Córdoba" y 162/2000 "Castro, Enrique Manuel c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba", entre muchas otras.

⁷³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., "Moreno, José E. c/ Provincia de Córdoba" Sent. Nro. 11/1994; "Ighina..." Sent. Nro. 42/1996, entre muchas.

tivos y, recién después de obtener una sentencia estimatoria de su acción contenciosa administrativa, podía plantear la acción por los daños y perjuicios en la jurisdicción común.

Además de la problemática de los daños y perjuicios, es importante destacar que también ingresan como cuestiones propias de la materia contenciosa administrativa, especialmente vinculadas con la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio de la función administrativa, las pretensiones de los administrados vinculadas al principio del enriquecimiento sin causa o indebido.

Tal, es lo que ha resuelto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en un precedente donde los actores invocaron la condición de funcionarios de facto, por haber prestado servicios como empleados públicos, aún sin serlo, sosteniendo ser acreedores de una compensación por esa prestación⁷⁴.

El Tribunal valoró que esa relación jurídica entre los actores y la administración (la de funcionarios de facto) es de Derecho Público, no de Derecho Privado, desde que en ella el Estado se asume como autoridad frente al administrado y debido a que los servicios prestados son los propios del empleo público. Tan así es, que los actores tarifican el crédito pretendido en función del salario que corresponde a los empleados públicos, conforme a la categoría que el respectivo estatuto regula.

En ese contexto, se juzgó que tanto los hechos en que la demanda se funda, cuanto la condena pretendida, tipifican la acción como de Derecho Administrativo. No obsta a esa conclusión el hecho de que el reclamo se sustente en el principio de enriquecimiento sin causa, desde que este no es ajeno a las relaciones de Derecho Público. La competencia contenciosa administrativa queda excluida ante "*cuestiones que deban resolverse aplicando exclusivamente normas de Derecho Privado o del Trabajo*" (Art. 2, inciso c, Ley 7182) pero no cuando las normas de Derecho Privado juegan juntamente con las de Derecho Público.

Tal es un principio general receptado favorablemente por la doctrina, en relación a las pretensiones sobre enriquecimiento injusto, en orden a las cuales se admite "*... la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo cuando existe conexión con relaciones jurídico-administrativas*"⁷⁵, concordante

⁷⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Civil y Comercial, Auto Nro. 27/2001 (ver nota 64).

⁷⁵ González Pérez, Jesús, "Justicia administrativa", en Clavero Arévalo, Manuel, F. (coord.), *El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997, p. 389.

con la doctrina del Tribunal Supremo español que ha tenido numerosas oportunidades de fundar sus pronunciamientos en materia contenciosa administrativa en el principio de enriquecimiento sin causa.

En base a esos argumentos la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba declaró que en función de la naturaleza de la acción intentada (Art. 5, c.P.C. y c.) la demanda así deducida era ajena a la competencia civil y comercial, por corresponder al fuero contencioso administrativo. Señaló que:

... Aun cuando los actores dicen no pretender la revocación de las resoluciones que en sede administrativa rechazaron su pretensión, lo cierto es que de hecho no es así. Del escrito de demanda se desprende que antes de ocurrir a los Tribunales civiles los accionantes formularon un reclamo en sede administrativa exigiendo el pago de los haberes correspondientes al lapso de tiempo durante el cual trabajaron para la Provincia, el que les fue rechazado por la Administración Pública mediante las resoluciones n° 685, 955, 1215 y 1242, cuyas copias autenticadas se acompañan como parte integrante de la demanda... Se observa asimismo que en tales resoluciones el Poder Ejecutivo se negó a reconocer los derechos invocados por los peticionantes aduciendo que ellos no habían sido designados en los cargos que ocuparon con arreglo a lo dispuesto en la ley 7625, que contiene el régimen del personal del equipo de salud humana, y en su decreto reglamentario 5640/88 (fs. 8/9, principal). Vale decir que la Provincia resolvió el planteo deducido haciendo interpretación y aplicación de principios y normas de estricto derecho público, lo que reviste a tal disposición de la naturaleza de un verdadero acto administrativo, con las consecuencias correspondientes en orden al régimen jurídico a que debe quedar sometido. Siendo así, la legalidad de esa resolución sólo puede controlarse a través de las formas y procedimientos especiales establecidos por las leyes específicas de derecho administrativo.

El fallo comentado reparó en la circunstancia que los interesados debían agotar la vía administrativa prevista por la ley articulando el recurso pertinente, orientado a conseguir el reconocimiento de sus derechos por la propia Administración Pública. Y, en caso de que ese trámite les fuese desfavorable, promover una acción contenciosa administrativa ante los Tribunales con competencia en la materia a fin de obtener en sede judicial la anulación del acto administrativo y el definitivo restablecimiento de los derechos vulnerados (Arts. 1o., 2o., inciso c, y 6o., Ley 7182).

Si bien en la demanda se reclamaba el pago de tales haberes conceptuándoselos como una indemnización de daños y perjuicios y se invocaban al efecto principios y normas del derecho común, entre ellos, los atinentes al enriquecimiento sin causa, no puede dejar de advertirse que el acogimiento de la pretensión así formulada requeriría inexcusablemente que el juez civil dejara sin efecto el acto administrativo dictado por la Provincia que negó el derecho esgrimido, sin lo cual no podría condenar al Estado a pagar la suma de dinero reclamada.

Ello era determinante para postular la competencia del fuero contencioso administrativo pues de acuerdo con las normas especiales de la Ley 7182, el contralor jurisdiccional y la eventual anulación de esa resolución incumbe exclusivamente a los jueces de ese fuero y no a los jueces civiles, en atención al señalado carácter administrativo que ese acto ostenta. Asimismo, el Tribunal Superior precisó además que:

... no obstante que en la demanda se presenta la pretensión como si fuera de naturaleza común, utilizándose conceptos e invocándose normas inherentes a esa rama del derecho, apenas se ahonda el examen se aprecia de inmediato que la naturaleza de la litis es en realidad de derecho administrativo, porque para decidirla en el sentido que se reclama en la pretensión sería menester anular el acto administrativo emitido por la Provincia, aquél por el cual se negó el derecho subjetivo haciendo aplicación de un régimen normativo de derecho administrativo. De donde se sigue que el conocimiento de esta clase de causas incumbe a los Tribunales Contencioso Administrativos con exclusión del fuero civil.

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en los autos “Vicario, Nancy del Rosario c/ Provincia de Córdoba, Daños y Perjuicios, Recurso de Casación”, consideró que:

... no obstante que en la demanda se presenta la pretensión como si fuera de naturaleza común, utilizándose conceptos e invocándose normas inherentes a esa rama del derecho, apenas se ahonda el examen se aprecia de inmediato que la naturaleza de la litis es en realidad de derecho administrativo, porque para decidirla en el sentido que se reclama en la pretensión sería menester anular el acto administrativo emitido por la Provincia, aquél por el cual se negó el derecho subjetivo haciendo aplicación de un régimen normativo de derecho administrativo. De donde se sigue que el conocimiento de esta

clase de causas incumbe a los Tribunales Contencioso Administrativos con exclusión del fuero civil⁷⁶.

Como es sabido, no todos los asuntos jurídicos en los que se ve implicada la Administración Pública tienen carácter administrativo. Lo decisivo para determinar el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa no es tanto identificar una actuación de la Administración, como observar la naturaleza jurídica del asunto litigioso ya que la actuación administrativa ha de estar sujeta preponderantemente al Derecho Administrativo⁷⁷.

En otras palabras, es necesario que la cuestión debatida tenga naturaleza jurídico-administrativa. Lo decisivo es la existencia de un "asunto jurídico" que, por su naturaleza, deba ser conocido por la jurisdicción contenciosa administrativa, pues la naturaleza jurídica del asunto litigioso es el dato determinante a efectos de delimitar el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa en función de las normas aplicables.

En sentido análogo, en el caso "Morra, Victoria c/ Provincia de Córdoba"⁷⁸, el Máximo Tribunal Provincial resolvió que si la accionante primero promovió el proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos generadores de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por acto ilegítimo, para obtener la declaración de nulidad por la jurisdicción especial y luego, instó un nuevo proceso contencioso administrativo pretendiendo en concreto el resarcimiento de los daños y perjuicios directamente derivados de esa misma e idéntica actividad administrativa, para lo cual ahora impugnaba los actos administrativos denegatorios de ese resarcimiento, esta segunda acción también correspondía a la jurisdicción especializada.

Ello es así, en razón que la actora, en la primera acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción en la que impugnó el acto administrativo base que dispuso su baja y que es la causa generadora de los pretendidos daños y perjuicios que demanda en el segundo proceso, no acumuló a la nulidad de aquel acto la pretensión por la reparación integral y el restablecimiento del derecho subjetivo

⁷⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Civil y Com., A.I. Nro. 181/2006.

⁷⁷ González-Varas Ibáñez, Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 91.

⁷⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 16/2008.

de carácter administrativo afectado, tal como lo autorizaba el Artículo 38 de la Ley 7182 y la doctrina judicial a partir del precedente "Moreno..."⁷⁹ ya citado.

En consecuencia, la pretensión de contenido patrimonial que traía mediante esa segunda acción no es *autónoma*, si los hechos en los que se funda son los mismos y es la consecuencia de aquella declaración de nulidad de los actos que se invocaban como causa eficiente y productora del daño posible.

La causa generadora del daño en esta nueva acción se relaciona a una actividad administrativa precedente que fue juzgada ilegítima por el fuero especializado, mediante una decisión judicial firme y, son las proyecciones de los hechos determinantes de esa sentencia definitiva, los que deberán ser nuevamente valorados y juzgados por la jurisdicción especial exclusivamente para dirimir la pretensión resarcitoria y juzgar la atribución de la responsabilidad pública estatal.

Es que, si la Administración denegó el reclamo resarcitorio intentado por el administrado una vez concluido el primer proceso contencioso administrativo que, al declarar la ilegitimidad de los actos allí enjuiciados, se convierte en la *causa petendi* de los daños posibles que integran el objeto de esta nueva acción y, además, la interesada interpuso un reclamo y agotó la vía mediante los recursos necesarios, nada obsta a la admisión de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de una pretensión accesorio que bien pudo ser acumulada a la acción contenciosa administrativa principal.

Por esto, la procedencia de la nueva acción debía ser juzgada sustancialmente mediante la aplicación de los principios y normas de Derecho Público que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado Provincial por los actos administrativos declarados ilegítimos.

Y entonces, el pago de los haberes caídos como consecuencia de una relación jurídica de empleo público se subordina al orden jurídico administrativo, integrado por las normas presupuestarias y las que surja expresa o implícitamente del estatuto del empleado público y las normas del Código Civil vinculadas a la responsabilidad por daño, deben tomarse como principios generales que son aplicables a cualquier rama del derecho, o bien como normas análogas (Art. 16 del c.c.) que se integran a un bloque jurídico administrativo.

⁷⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 11/1994 (Ver nota 66).

Tal como se adelantó en párrafos anteriores, una cuestión no se torna en “civil” cuando por vía supletoria o analógica se aplica el Código Civil a las consecuencias ineludibles de una relación jurídico-administrativa. La cuestión sigue siendo administrativa en el amplio marco del orden jurídico administrativo.

En el caso, la actora invocaba su condición de docente, quien fue dada de baja ilegítimamente en horas cátedras. Esa relación jurídica entre la actora y la Administración es de Derecho Público, no de Derecho Privado. Tan así es, que relaciona el daño posible en función del salario correspondiente.

Resulta claro, que la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda no está determinada por el derecho que la actora invoque. La acción corresponde al fuero contencioso administrativo, pues tanto los hechos en que la demanda se funda, cuanto la condena pretendida, tipifican la acción como de Derecho Administrativo. Y, no obsta a esa conclusión el hecho de que el reclamo se sustente en la responsabilidad extracontractual del Estado, desde que esta tiene sus antecedentes en una relación de derecho público.

De allí que se deba atender de modo principal a la exposición de los hechos que se efectúa en la demanda y después, solo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión⁸⁰.

La identificación de la pretensión que provee de contenido a la acción es un requisito procesal primario e ineludible a los efectos de determinar los preceptos adjetivos y sustantivos aplicables.

Nada obsta que ante la ausencia de normas propias del Derecho Público que regulen la materia, se apliquen subsidiariamente disposiciones del Derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de Derecho Administrativo en el que, *prima facie*, se encuadraba el presente caso⁸¹.

Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

... El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional (Art. 19, c.n.) y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho

⁸⁰ Doctrina de Fallos 319:218; 323:470; 324:4495, entre muchos otros.

⁸¹ Fallos 320:1999, 25/09/1997, “Lew, Benjamín Jorge y otro”; Fallos del 27/02/2007 “Jara, Luis Reynaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”.

privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas...⁸²

Luego —se dijo— la decisión de no habilitar la instancia contenciosa administrativa no puede autosustentarse en las prescripciones del precitado Artículo 2o., inciso c) de la Ley 7182 cuya teleología alcanza, precisamente, aquellos supuestos en los que la resolución del conflicto de intereses está condicionada *exclusiva y excluyentemente* a la aplicación de normas del Derecho Privado. En la medida que concurren el orden jurídico público y privado, pues las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que tiene cobertura constitucional, se rige por principios que son de naturaleza pública, sin perjuicio de su regulación en algunos aspectos en las normas del Código Civil.

En suma, tanto la cuestión principal y accesoria debían dirimirse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que la demanda se dirigía a obtener una reparación integral por los daños y perjuicios pretendidamente producidos a una típica situación jurídico subjetiva de Derecho Administrativo, derivados de un acto administrativo declarado ilegítimo, para cuya resolución se deben aplicar, de manera sustancial, principios propios del Derecho Público, atento a que debe examinarse la responsabilidad extracontractual del Estado Provincial en el ejercicio de la función administrativa⁸³.

De igual manera, tal como se ha expuesto precedentemente, sobre el fundamento de resoluciones judiciales dado en el principio de enriquecimiento sin causa, el conocimiento de acciones contenciosas administrativas, que encierran en sustancia un litigio de índole administrativa, corresponde a la magistratura especializada organizada por la Ley 7182, a pesar de fundarse la demanda en principios y normas del derecho común.

Tal como se puntualizó en el caso “Moreno”, no puede soslayarse que el derecho subjetivo de carácter administrativo que es lesionado por el actuar ilegítimo de la Administración y en el cual aparecen configurados los elementos esenciales

⁸² Fallos 308:1118, “Gunther, Fernando Raúl”; Fallos 308:1160, “Santa Coloma, Luis Federico y otros”.

⁸³ Fallos 320:1999 y sus citas.

de todo derecho, tiene siempre un contenido patrimonial, constituyendo así una especie del derecho de propiedad, cuya reparación reclama el administrado⁸⁴.

Las más modernas legislaciones, como la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de España, Ley 29/1998, en su Artículo 2.e) expresamente consagra el orden jurisdiccional contencioso administrativo para el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con "*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*"⁸⁵, procurando de ese modo unificar los criterios referidos al régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin discriminar su actuación en régimen de Derecho Público o Privado y en concordancia con la unidad del fuero.

En el mismo sentido, se orientan las nóveles legislaciones provinciales que con base en preceptos expresos habilitan sin cortapisas la jurisdicción especializada para las cuestiones patrimoniales derivadas de las relaciones jurídico sustanciales de carácter administrativo (*vid. verbigracia Ley 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, cuyo Artículo 2o., inciso cuarto que establece que están incluidas en la competencia contenciosa administrativa las controversias que " versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1º, regidas por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado..."*⁸⁶; la Ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Artículo 4o. establece: "*Daños y perjuicios. No puede demandarse autónomamente la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por actos administrativos que se reputen ilegítimos sin haberse impugnado, en tiempo y en forma, el acto que se pretende lesivo. Cuando se pretenda hacer efectiva la responsabilidad*

⁸⁴ Abad Hernando, J. L., "Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción", J.A. Secc. Doc. t. 19, p. 712 y ss.; Argañaraz, Manuel, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1955, p. 16 y ss.; Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 55.

⁸⁵ González-Varas Ibáñez, Santiago, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 81.

⁸⁶ Cassagne, Juan Carlos, y Perrino, Pablo, *El contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Lexis Nexis, 2006, p. 77.

*extracontractual de la autoridad administrativa derivada de un hecho ilícito, el/la afectado/a tiene opción para efectuar un reclamo administrativo previo, o acudir directamente ante la justicia contenciosa administrativa de la Ciudad de Buenos Aires*⁸⁷; y Ley 1305, Código Procesal Administrativo de la Provincia de Neuquén, Art. 2o. inciso cuarto).

También lo ha admitido la jurisprudencia que ha debido resolver cuestiones en las que se requería la intervención de la jurisdicción contenciosa administrativa y que admitían considerar los reclamos de daños y perjuicios derivados de la actuación de la administración en ejercicio de la función administrativa⁸⁸.

En particular, se ha juzgado que:

... Es competencia del fuero contencioso administrativo entender y resolver en las controversias suscitadas por la actuación o la omisión en el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos mencionados en el Art. 166 de la Constitución Provincial. En particular, le corresponde decidir las que versen sobre responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el Art. 1o., regidas por el derecho público, cuando actúan en ejercicio de la función administrativa, aún cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado (*Cfr.* Arts. 166 *in fine* de la Constitución Provincial; 1o., inciso 1 y 2 y 2o. inciso 4 de la Ley 12.008 —texto según Ley 13.101—)...⁸⁹

Como corolario de todo lo expuesto, las acciones fundadas en principios y normas del Derecho Civil, en tanto tengan como presupuesto la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo, encierran en sustancia un litigio de índole administrativa, razón por la cual no corresponden a los tribunales civiles sino a la magistratura especializada organizada por la Ley 7182, aún cuando la demanda se fundamente en principios y normas del Derecho común.

⁸⁷ Balbín, Carlos F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, p. 54.

⁸⁸ SCBA, Causa B 54034 I del 04/08/1992 "Montclar S.A. y otro c/ Municip. de Florencio Varela s/ Daños y perjuicios".

⁸⁹ SCBA, A 68249 I 8-6-2005, "Guida, María de los Ángeles c/ Godoy Biagini, Ramiro G. y otros s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia Art. 7o. inc. 1o., Ley 12.008".

XVI. SOLVE ET REPETE

La jurisprudencia de Córdoba y la jurisprudencia nacional admiten que este principio del pago previo no tiene vigencia cuando vamos a cobrar multas, recargos o intereses, pero sí sigue teniendo vida cuando vamos a cobrar un tributo porque hace al sostenimiento y a la continuación del Estado, aunque con la siguiente aclaración: si ese requisito del pago previo puede implicar en la práctica que una empresa se vaya a la quiebra, el mismo debe ceder. Al respecto, las garantías de los tratados internacionales no solamente protegen a los individuos sino también que tiene vigencia cuando se trata de personas jurídicas.

Asimismo, cuando la parte invoque que realmente es gravoso el cumplimiento de la exigencia, que no solamente puede ir a la quiebra, sino que al menos pone en situación difícil a la empresa o al individuo; en este caso, sí puede el juez lograr una aminoración del monto del depósito o bien que no se efectúe. Aquí hay una cuestión que habrá que analizar caso por caso y en función de las probanzas respectivas, pero ello que no significa que se haya eliminado rotundamente el requisito. Ningún precepto del ordenamiento internacional obliga a suprimir la regla de *solve et repete*; sino que se trata de eliminar obstáculos de acceso a la jurisdicción, razón por la cual puede aminorarse o morigerarse, pero no puede dispensarlo totalmente, salvo para casos puntuales en donde así se amerite.

La Constitución de Córdoba garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva en el Artículo 19, inciso 9 y el Artículo 49 dispone que en ningún caso puede resultar limitado el acceso a la justicia por razones económicas. Sin embargo, el Artículo 71, quinto párrafo, relacionado con los tributos, preceptúa que "... la ley determina el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos y tasas".

A su vez, el Artículo 178, segundo párrafo de la Constitución de la Provincia prescribe que la actuación del Estado en ejercicio de su función administrativa queda sometida al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa.

En esta importante temática sigue vigente el criterio sentado por el entonces Tribunal Superior de Justicia en la causa "Expreso Parmigiani s.A. c/ Provincia de Córdoba"⁹⁰. Allí, se señaló que el Constituyente reservó a la ley de la materia el

⁹⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 04/1994.

establecimiento de las condiciones para demandar al Estado elevando asimismo el rango de exigencia constitucional el agotamiento de la vía administrativa.

Se ha precisado también que el requisito del pago previo ha quedado en definitiva librado a la voluntad del Legislador, quien será el encargado de reglamentar el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos.

La cláusula transitoria duodécima de la actual Constitución Provincial prescribe que hasta tanto se dicten las leyes reglamentarias, subsisten los actuales regímenes legales. Esta norma es la que justifica la vigencia del Artículo 9o. de la Ley 7182 que postula el requisito del pago previo de los tributos, con excepción de las multas, recargos o intereses. Así se declaró inaplicable el *solve et repete* en un caso, señalando que lo sujeto a revisión no era un tributo sino una multa en ejercicio del poder sancionador⁹¹.

En la causa "Lacino S.A. c/ Municipalidad de Unquillo"⁹², admitida la validez constitucional de la regla del *solve et repete*, en función de las directrices que emergen de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente "Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A."⁹³, entre muchos otros, se resolvió que para que se admita la demanda propuesta, la actora debía satisfacer la exigencia del Artículo 9o. de la Ley 7182 en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de que adquiriera firmeza el pronunciamiento judicial.

El Tribunal fijó ese plazo en razón que, independientemente de si el cumplimiento de la regla del *solve et repete* constituye un requisito de la acción o de la demanda, resulta posible su subsanación en la etapa de habilitación de instancia en la cual se encuentra el proceso, en tanto su cumplimiento se reduce al abono de una suma de dinero.

Máxime, cuando como ocurría en esta causa, la demanda interpuesta se promovió impugnando un acto administrativo de determinación tributaria, practicado por una Municipalidad de la Provincia, respecto del cual se habían agotado los recursos que prevé el procedimiento para obtener una decisión de la autoridad

⁹¹ C.C.A.C. 1º Nom., A.I. Nro. 33/1999 "Rega c/ Municipalidad de Tanti".

⁹² T.S.J. Córdoba, en Pleno, Sent. Nro. 10/2004.

⁹³ Fallos 312:2490, 21/12/1989.

con facultad para resolver en la última instancia, faltando solamente el cumplimiento del depósito previo.

La solución así propiciada lo fue al efecto de afianzar la justicia y la seguridad jurídica, evitando situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si se considera que las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último al que estos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho⁹⁴.

Con tal criterio, el Tribunal ha atemperado las exigencias del cumplimiento del requisito cuando en el caso particular existen elementos objetivos que habilitan flexibilizar las condiciones de cumplimiento, sean temporales o mediante la constitución de garantías sustitutivas, o una dispensa total o parcial del monto mandado a pagar, entre otros casos particulares.

Desde la postura más protectoria de la situación del particular, en la causa “Cucco, Ricardo Rubén c/ Provincia de Córdoba y otros...”⁹⁵, se interpretó integralmente la exigencia con lo establecido en la ley tributaria —por entonces vigente, el Artículo 115 de la Ley 9068 C.T.P.—, desde que de acuerdo al dispositivo se habilitaba la constitución de medios de garantías (derecho real de hipoteca sobre un bien del contribuyente o de un tercero, póliza de seguro de caución otorgada por compañía de seguros calificada o aval bancario) a los fines de garantizar el cumplimiento de pago del monto demandado. Allí, se dijo que lo normado importaba “... una morigeración de la exigencia de la acreditación del pago previo del tributo, sus intereses y recargos, al brindar la opción al contribuyente de su sustitución por los medios de afianzamiento que autoriza la ley”.

No obstante, la regla que así quedaba definida, en el caso se concluyó que de acuerdo con los elementos de prueba incorporados existían circunstancias fácticas excepcionalísimas —estado patrimonial de insolvencia o indisponibilidad económica total— que revelan concretas dificultades económicas para afrontar el pago previo del tributo como así también, de obtener un medio de afianzamiento de los legalmente autorizados por la normativa tributaria. Razón por la cual, se eximió al actor del cumplimiento de la regla del *solve* y se declaró la habilitación de la instancia.

⁹⁴ C.S.J.N., Fallos 306:738, 26/06/1984, “Canseco, Humberto y otros c/ E.L.M.A. S.A.”

⁹⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro 50/2004.

En otro precedente, se recurrió a la aplicación de los medios de sustitución —Artículo 9o. de la Ley 7182 modificado por el Artículo 19, Ley 9874, B.O. 30/12/2010— cuando en una normativa municipal no había solución al respecto y se había exigido el cumplimiento de la garantía en efectivo para poder acceder a la jurisdicción revisora⁹⁶.

En el caso especial, un contribuyente municipal solicitó sustituir el pago previo por constitución de una de las garantías autorizadas por la ley. La Cámara consideró que no era procedente la solicitud, al tratarse de un tributo municipal en el marco del régimen jurídico vigente (Art. 120 C.T.P.).

Sin embargo, se tuvo en cuenta que, dado el cambio legislativo, objetivo ocurrido por vía de la modificación del Artículo 19 de la Ley 9874, la posibilidad contenida en la norma era de aplicación inmediata y alcanzaba la situación del contribuyente, razón por la cual, cabía autorizar la sustitución solicitada debiendo emplazar el cumplimiento de tal recaudo en los términos de la nueva norma.

En suma, el Tribunal al momento de juzgar debe arbitrar una solución que concilie los valores jurídicos en juego, a punto tal que, bajo ciertas condiciones, puede habilitar de manera excepcionalísima una dispensa total del cumplimiento de la regla del *solve et repete*, respetando los valores supremos que aseguran las Constituciones Nacional y Provincial de acceso al control judicial de la legalidad de un acto de determinación tributaria —por una parte— y de no menoscabar los fines públicos que subyacen en la necesidad de asegurar la regular percepción de los recursos públicos —por la otra—, nada obsta para que, en otros supuestos, pueda morigerar el *quantum* de las sumas que el contribuyente debe satisfacer como condición de acceso a la jurisdicción, ponderando su concreta capacidad contributiva⁹⁷.

Cabe señalar que la exigencia del pago previo como requisito de admisibilidad de la demanda judicial debe ser reinterpretada a la luz de un adecuado balanceo de los derechos que se hallan en juego y, por ello, no resulta contraria —en sí misma— a los derechos de igualdad, defensa en juicio y acceso a la jurisdicción.

⁹⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 43/2011 “Warbel S.A. c/ Municipalidad de Córdoba...”

⁹⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 34/2008 “Panedile...”; Sent. Nro. 77/2012 “Asesores Industriales S.R.L....”; Sent. Nro. 13/2013 “Servicios Médicos S.R.L....”

En atención a ello es que, en el sistema legal vigente en la Provincia de Córdoba, el Artículo 19 de la Ley 9874 (B.O.P. 30/12/2010), que amplió el texto original del Artículo 9o. del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo (Ley 7182, B.O.P. 27/11/1984), lejos de eliminar la obligación del pago previo, ratificó las sucesivas modificaciones introducidas en los Códigos Tributarios Provinciales (Ley 6006, art. 115, T.O. Dec. 778/2003, posteriormente arts. 120, T.O. Dec. 270/2004; 131, T.O. Dec. 574/2012 y art. 135, T.O. Dec. 400/2015), estableciendo de manera definitiva la posibilidad de que el contribuyente pueda ofrecer un medio de garantía sustitutiva del pago cuando no lo puede afrontar de manera efectiva.

Así ha expresado recientemente el Tribunal Superior que:

... Si bien es dable admitir la posibilidad de atenuar el rigorismo del principio *solve et repete* (Arts. 135, Ley 6006, T.O. Dec. 400/2015 y 9o., Ley 7182 modif. por Art. 19, Ley 9874) en eventuales supuestos de excepción que involucren situaciones patrimoniales concretas de los obligados, a fin de evitar que el pago previo se traduzca en un real menoscabo de las garantías que cuentan con protección constitucional (conf. doctrina de la Sala a partir de la Sent. Nro. 50/2004 "Cucco..."; ratificada en la Sent. Nro. 86/2007 "Canillas..."), ello es a condición de que el interesado, además de alegar la desproporción del monto intimado o la falta inculpable de los medios necesarios para afrontar el pago del tributo y aportar los elementos precisos de juicio que revelen su estado patrimonial particular, acredite haber satisfecho las distintas alternativas de cumplimiento de la obligación que el sistema legal vigente establece, tal como es la posibilidad de una garantía sustitutiva de afianzamiento⁹⁸.

De acuerdo con ello, y de conformidad a la doctrina legal vigente, se asumió que las pruebas existentes en la causa si bien traducían una insuficiencia financiera para cumplir con el pago total del depósito previo, al mismo tiempo revelaban una capacidad de pago o sustitución del cumplimiento parcial de la garantía mediante la posibilidad de que el contribuyente pague o afiance hasta un monto equivalente al valor de las propiedades registradas a nombre del socio gerente. De tal manera el Tribunal puede morigerar las exigencias adecuándolas para la razonable funcionalidad del ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción.

⁹⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 111/2017 "Zube s.R.L. y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba..."

En suma, así como se ha admitido que no existen óbices formales para que los mismos elementos objetivos de prueba ofrecidos para la sustanciación de otros procesos —vgr. incidente para acceder al beneficio de litigar sin gastos, concursos preventivos o quiebra, etc.— puedan resultar en determinados casos conducentes para acreditar una imposibilidad de pago o de afianzamiento de la pretensión tributaria, es requisito indispensable que los mismos acrediten extremos fácticos de fehaciente relevancia y excepción —aun cuando con finalidades claramente diferentes— que justifiquen una atenuación con carácter excepcionalísima del cumplimiento del requisito de admisión de la acción, en aras a evitar un menoscabo a la garantía constitucional de la defensa y de acceso a la jurisdicción, como única posibilidad de promover el control judicial de la juridicidad de la pretensión tributaria que pesa sobre el demandante⁹⁹.

Es que, el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del cual se inserta el derecho de defensa, constituyen valores superiores que proscriben una interpretación jurídica de las normas adjetivas que conduzcan a la exigencia a ultranza de condicionamientos que denieguen el acceso a la jurisdicción y, con él, a la verdad jurídico-objetiva, por motivos de excesivo ritualismo formal, que pueden ser superados sin quebranto para la estructura y configuración legal del proceso contencioso administrativo reglado en la Ley 7182, como así también de la seguridad y la certeza jurídica en las relaciones procesales nacidas al amparo de ese cuerpo legal¹⁰⁰.

XVII. EJERCICIO DE UN PODER DISCRECIONAL Y LA ADMISIBILIDAD DEL PROCESO

La problemática discrecional no es más una cuestión que se vincule con la admisibilidad del proceso, sino que tiene que ser analizada por el juez, juntamente con el fondo de la cuestión y no puede ser motivo ni siquiera de una excepción de previo especial pronunciamiento. Esta es una cuestión que tiene que resolver el juez, ¿por qué motivo? Porque ha ido mutando el concepto de lo discrecional, en donde no es más aquello que estaba fuera del Derecho, como aquello que lisa

⁹⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 79/2005 “Presal...”; Nro. 65/2007 “Servicios Médicos”; Nro. 86/2007 “Canillas...”; Nro. 19/2008 “Pensur...”; entre muchas otras.

¹⁰⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. N° 85/2002.

y llanamente no era motivo de contencioso administrativo. ¿Y por qué? Porque ahora siendo que el aparato público se subordina al orden jurídico, la discrecionalidad vive dentro del propio ordenamiento jurídico que va a establecer expresa o implícitamente cuándo hay discrecionalidad.

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que, al estar en presencia de la actividad libre o no regulada, lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido en favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico-subjetiva vulnerada, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad en favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que solo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un *minimun* de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechaza *in limine*, decían los primeros códigos de la materia.

En una segunda etapa, fue el Consejo de Estado Francés el que comenzó a incursionar en los límites de la discrecionalidad y en general, después en nuestro país comienza a rechazarse la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando se discutían vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aún derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los Códigos que comenzaron a surgir a partir de los años setenta hasta nuestros días, solo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. O sea, ya no se habla de acto discrecional o acto reglado, puesto que los tiempos modernos reconocen solo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En definitiva, los códigos actuales, si bien no hablan de acto discrecional, sin embargo, establecen que no son impugnables los actos dictados en ejercicio de

facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. Ergo, dicha facultad bien puede ser motivo de inadmisibilidad.

Pero, lo cierto es que ni siquiera esa porción de discrecionalidad puede ser motivo de inadmisibilidad en la primera etapa del proceso, de oficio por el tribunal como al momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento. La discrecionalidad no puede ser motivo de exclusión ni comporta un requisito procesal. Es decir, que no puede dar lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento que pudiera justificar la inadmisibilidad.

Efectivamente, la discrecionalidad debe ser tratada como un *posterius* recién al momento de la sentencia con el fondo de la cuestión. Puesto que si ella forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita, es indudable que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene solo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Tal como se ha dicho, si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si, en efecto, ha sido correctamente ejercida “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su “ejercicio”¹⁰¹.

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico. Este es el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en reiterados pronunciamientos¹⁰².

¹⁰¹ Sesin, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª. ed., Bs. As, Lexis Nexis, 2004, p. 277.

¹⁰² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 19/1996 “Saleme, Gabriel c/ Superior Gobierno de la Provincia”; Sent. Nro. 32/1997 “Miranda, Margarita Esther y otras c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 196/1999 “Perafan, Juan Zenón

Debe postularse en definitiva el control de cualquier clase de acto administrativo en ejercicio de una actividad reglada o discrecional, debiendo el juez solo efectuar un control de juridicidad, en sentido amplio, respetando el núcleo o esencia de lo discrecional: “selección entre dos o más alternativas válidas”, incluso debe extenderse al control pleno de las reglas técnicas o científicas de universal consenso y un control de tolerancia frente a aspectos técnicos o científicos que trasuntan solo una verdad relativa.

En consecuencia, si se advierte que lo discrecional está dentro del ordenamiento jurídico, ¿qué se debe hacer como juez? Bueno, si está dentro del ámbito jurídico no se va a hablar del control de la discrecionalidad —porque eso es subvertir y apoderarse de cuestiones que hacen a la Administración, invadir su *zona de reserva*— sino que se va a hablar de control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Como juez, cuando se llegue al fondo de la cuestión —por ejemplo, si se trata de un concurso y la norma dispone que se va a elegir a uno de los tres primeros— se va a controlar que se haya realizado el concurso, que se respetaron los principios generales, el material del concurso, las normas y simplemente se controlará que se eligió una de las alternativas igualmente válidas porque se seleccionó uno de los tres y, en consecuencia, la discrecionalidad no fue mal ejercida.

En los autos “Miranda Margarita c/ Provincia de Córdoba”¹⁰³ se discutía la pertinencia del adicional por riesgo que impetraba el personal de un hospital psiquiátrico provincial. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa.

En esta hipótesis, no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse solo una solución como consecuencia de la aplica-

c/ Estado Provincial”; Sent. Nro. 73/2000 “Almada, Miguel Angel c/ Banco Social de Córdoba”; Sent. Nro. 170/2000 “Badra de Canovas, Rosario c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 136/2000 “Ball, Miguel Angel c/ Estado Provincial”; Sent. Nro. 117/2001 “Abrahin, Carlos Eduardo c/ Dirección Provincial de Vialidad”, entre muchas otras.

¹⁰³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 32/1997; doctrina reiterada en Sent. Nro. 100/2008 “Sammartino...”; Sent. Nro. 106/2008, “Reyna...” y Sent. Nro. 101/2014 “Mancini...” entre muchos otros.

ción de una regla o faceta universal, objetiva y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado.

En cambio, no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del “porcentaje” que deberá establecer el Poder Ejecutivo cuanto al adicional ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el cincuenta por ciento (50%) del sueldo. Ha menester entonces, reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el juez analiza la pretensión entrando al fondo de la cuestión mediante la aplicación de principios y reglas jurídicas, que es el control que prescribe la Constitución. Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración ultrajando la División de Poderes.

También analizando el fondo de la cuestión, en el caso “Guerberoff, Eduardo c/ Provincia de Córdoba”¹⁰⁴ el Máximo Tribunal local trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirmaba que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí, se discutían las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de la falta. El Tribunal manifestó que en el ejercicio de la potestad disciplinaria es dable señalar las siguientes etapas: a) la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) el encuadramiento o calificación jurídica; c) la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta y, d) la elección de la sanción.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio, en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración y, la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aun cuando exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución únicamente incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más re-

¹⁰⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 34/1997.

ducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos, para declarar la antijuridicidad del acto sancionador, la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso analizado, se consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva, por lo que su irrazonabilidad e incongruencia eran evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no habían sido ejercidos por la Administración dentro de la juridicidad.

Estos son algunos de los primeros precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del derecho ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o códigos y en los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado.

Lo mismo cabe decir respecto de las cuestiones técnicas. Hay autores, como Desdentado Daroca, que afirman que las cuestiones técnicas pertenecen a los técnicos, que no tienen por qué ser objeto de control judicial. Sin embargo, correspondería desdoblarse esta problemática en tres supuestos determinados: cuando las reglas técnicas, los estándares de conducta o las normas de experiencia sean aceptadas pacíficamente por el mundo técnico-científico se crea indiscutible que dos más dos es cuatro, eso pasa a formar parte del mundo jurídico y, por lo tanto, es perfectamente controlable por el juez.

Cuando existan varias técnicas posibles y, la Administración eligió una, el juez no puede sustituir una por otra porque se invade la División de Poderes; no se puede decir que gusta más esta técnica que la otra, pues en la elección ha habido varias alternativas igualmente válidas, ha habido porcentajes de discrecionalidad.

Cuando sean cuestiones muy complejas técnicamente, cuando sean de imposible reproducción probatoria como un examen oral de un profesor en un concurso, cuando sean realmente cuestiones muy confusas, en ese supuesto va a haber control, pero un control de tolerancia, un control de plausibilidad.

En suma, ni el juez ni el administrador van a poder llegar a la verdad absoluta, entonces, ¿por qué le vamos a pedir al juez que realmente él sea el dotado para llegar a la verdad absoluta? Si la respuesta de la Administración es medianamente razonable, supónganse que estamos discutiendo por qué le puso un nueve en lugar de un diez en un examen, si era tan opinable un nueve como un diez, esa

discrecionalidad vinculada con lo técnico, dejémoselo a la Administración, porque como jueces vamos a controlar si al menos está motivado razonado o justificado y, si hay pequeños porcentajes, el caso se deja a la Administración.

En Europa, hoy se habla de sustentabilidad, de sostenibilidad en Alemania, entre nosotros de razonabilidad, en Estados Unidos se habla de deferencia. Pero, en definitiva, tales cuestiones no pueden ser una materia que esté excluida totalmente del control judicial.

XVIII. ACTOS POLÍTICOS DE FUENTE DIRECTAMENTE CONSTITUCIONAL

Tal como se ha dicho anteriormente, el Artículo 2o. de la Ley 7182 explicita las causales de exclusión de la revisión contenciosa administrativa. En rigor, estas también son motivos susceptibles de generar la inadmisibilidad del proceso. Se vinculan incluso con la materia contenciosa administrativa, razón por la cual en general deben plantearse y resolverse en la primera etapa del proceso.

Ahora bien, la sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes.

No hay derecho sin juez, dice elocuentemente García de Enterría¹⁰⁵. Ello comporta una conquista del Estado de Derecho que demandó siglos de complejas dificultades, por lo que ha menester resguardar y fortalecer para salvaguardar la esencia de la División de Poderes y el sistema democrático.

Si la actividad política se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de la función pública condice con el orden jurídico vigente. Precisamente, una de las problemáticas más complejas del Derecho Público contemporáneo es indagar la verdadera intensidad del control.

En posturas avanzadas, la legislación española propicia un control pleno en la moderna Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. En su exposición de motivos expresa que:

¹⁰⁵ García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Navarra, Civitas, 2009, p. 31 y ss.

... la ley no recoge ya, entre otras exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos... Sobre este último aspecto conviene hacer alguna precisión. La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de gobierno, o de dirección política— excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contenciosa administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de acto político se halla hoy en franca retirada en el Derecho Público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder regido solo por el derecho constitucional, y exento del control... resulta inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la ley señala —en términos positivos— una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la acción gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes...”

El Tribunal Supremo español, antes de la citada reforma a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que:

... tras aprobarse la Constitución y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los Artículos 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos son susceptibles de control jurisdiccional...¹⁰⁶

¹⁰⁶ TS español, Sentencia del 22 de enero 1993, Aranzadi A 57. Ponente: Baena del Alcázar.

Para el Alto Cuerpo español, ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad, ya que es obligación para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo, se da ese contenido político no controlable¹⁰⁷.

Como se ha sustentado en otras oportunidades, no se comparte la opinión de quienes propugnan un control total, sustituyendo la discrecionalidad política por la judicial, porque sus principios postulan en esencia, la politización de la justicia en lugar de la juridicidad de la política. El exceso de control es susceptible de paralizar la actividad estatal y sustituir las decisiones del gobierno democráticamente elegido por la voluntad de los jueces. Empero tampoco es posible propiciar un control escaso, pues ello es pernicioso para el Estado de Derecho y las garantías de los ciudadanos.

Es necesario buscar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

En definitiva, si el acto institucional o político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si, en efecto, ha sido correctamente ejercido dentro de ese universo de derecho, solo cuando es susceptible de agraviar situaciones jurídicas subjetivas (derechos adquiridos, intereses legítimos y difusos) de fuente directamente constitucional. Ello no implica revisar su esencia o núcleo interno, sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. Consecuentemente, el control se extiende sobre los aspectos reglados, legal o constitucionalmente, la competencia, el procedimiento, la forma, la motivación, la causa, la finalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otros aspectos.

Lo que no puede revisar ni sustituir el juez, es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad, merito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la División de Poderes y su zona de reserva.

De allí que, conceptualmente, en lugar de utilizar la expresión control de los actos políticos, resulte más adecuado hablar de control del procedimiento de conformación del acto político dentro de la juridicidad constitucional.

¹⁰⁷ *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, julio-septiembre de 1997, p. 437.

En el ámbito de las zonas de reserva que constitucionalmente le corresponde a cada Poder, cada uno obra bajo su propia responsabilidad. Ella puede ser cuestionada desde la perspectiva política, pero no puede ser sustituida o asumida por otro poder del Estado¹⁰⁸.

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. A veces la lucha política sale de lo que debe ser su ámbito funcional, que aún siendo muy amplio en oportunidades se escapa de sus contornos y pretende desplazarse a los tribunales. Sin embargo, las herramientas judiciales tienen sus límites.

Para Marienhoff¹⁰⁹ el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son parte en el mismo, careciendo entonces de acción para cuestionarlo.

Puede ser discutible y aún razonable, que no corresponda el control judicial cuando el acto institucional o político no se vincula inmediata o directamente con los particulares, pero es indiscutible que por más acto político o institucional que sea, cuando el mismo es susceptible de agraviar una situación jurídico-subjetiva tutelada por el ordenamiento constitucional en forma personal y directa, el control judicial es insoslayable. Debe ser ejercido y no pueden existir retaceos en honor a la majestad de la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, a veces en una misma problemática se presenta un doble objeto de análisis y resolución por ser una controlable y otra incontrolable: Así, por ejemplo, no es cuestionable judicialmente el cambio del valor de la moneda porque entra dentro de la zona de reserva de la Administración el establecimiento de la política monetaria con arreglo a pautas de mérito, oportunidad y conveniencia, repercutiendo en general sobre la totalidad de la población. Empero, nada impide que, en un caso concreto, puedan repararse las consecuencias patrimoniales

¹⁰⁸ Embid, Irujo, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno", *op. cit.*, p. 2739.

¹⁰⁹ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003. t. II, p. 755 y ss.

en función del agravio acreditado y la justeza de este; y aun pueda declararse su inaplicabilidad o inconstitucionalidad solo para ese agravio o perjuicio individualizado por la parte debidamente legitimada. La declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo no altera la vigencia de la norma pues el juez debe circunscribirse a declararla inaplicable en el caso concreto.

Las otras doctrinas que justificaban la exclusión del control judicial de las cuestiones políticas como una manifestación de las inmunidades del poder, hoy han quedado en desuso frente a los enfáticos preceptos constitucionales de las Leyes Supremas de nuestro país. En efecto, se ha reforzado y ampliado el derecho de defensa en el marco de la tutela judicial efectiva con una mayor accesibilidad, incluso respecto de la legitimación para ser parte en una causa judicial (derechos subjetivos, intereses legítimos, derechos difusos y derechos colectivos, intereses individuales homogéneos). Asimismo, se ha ampliado el principio de juridicidad que exige el pleno sometimiento de los poderes del Estado a la ley y al derecho¹¹⁰.

En concreto, pueden plantearse tres situaciones diversas: a) actos políticos o de gobierno susceptibles de ser controlados judicialmente cuando en un caso concreto afecten situaciones jurídicas subjetivas; b) actos políticos o de gobierno que no pueden ser anulados por trasuntar una medida de alta política relevante para el Gobierno. En caso de producir perjuicios concretos, estos solo pueden ser indemnizados; c) actos políticos o de gobierno que no inciden en situaciones individualizadas, sino que repercuten genéricamente sobre la población, en cuyo caso no son controlables judicialmente.

Ni siquiera el procedimiento de reforma de la Constitución escapa a esta orientación conceptual. Como es sabido, el poder constituyente derivado está sujeto: a las reglas que establece la Constitución vigente para la reforma, a los preceptos y principios de la Constitución Nacional, cuando se trata de una revisión provincial, a lo dispuesto por los tratados internacionales a los que la nación se ha adherido y a los derechos fundamentales del hombre, entre otros aspectos. Espe-

¹¹⁰ *Cfr.* Artículos 18, 43, 116, 31, 75 inc. 22 y concordantes de la Constitución Nacional; Artículos. 18, 19 inc. 9, 20, 48, 161, 165 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Córdoba; Artículos 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y 8o., 9o. y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Artículo 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

cial cuidado revisten los derechos adquiridos bajo la vigencia del anterior régimen constitucional¹¹¹. Dice al respecto Rubio Llorente¹¹² que:

... El cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino solo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera solo *ex nunc* y no deroga en absoluto las normas producidas validamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay mas normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas la que fueran conforme al sistema anterior...

El Derecho extranjero más encumbrado aconseja regular para el futuro respetando los derechos adquiridos preexistentes, y excepcionalmente, en caso contrario se analiza su eventual reparabilidad.

Ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el caso "García"¹¹³ citado supra que:

... Reducir el mandato de los legisladores, mas allá de la decisión final que se adopte, conforme a la postura que en su caso se recepte en función de las características y vicisitudes que predeterminan un momento histórico dado, es susceptible de agravar un interés personal y directo, diferenciado del resto de la sociedad, por lo que ha menester la admisibilidad de la revisión judicial"

Los agravios que sufran quienes efectivamente vean acortados sus mandatos en base a las nuevas disposiciones constitucionales, no se encuentran en el carácter de meros ciudadanos a quienes el orden jurídico no les otorga legitimación alguna..."

¹¹¹ Este criterio amplio de control judicial dentro de los límites de la juridicidad ha sido sustentado por el Tribunal Superior de Córdoba en los casos resueltos en la Sentencia Número 08/2001 "García Eduardo José y otra, s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"; A.I. 52, del 13/09/2001 "Sesma, Laura J. y otros/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y A.I. 54 del 17/09/2001 "Sesma Laura J. y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Ver interesante comentario de Chiacchiera Castro, Paulina, "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la Provincia de Córdoba. Breve análisis de los casos 'García' y 'Sesma' del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", *La Ley, Suplemento Constitucional*, 02/12/2002, p. 63 y ss.

¹¹² Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47.

¹¹³ T.S.J., en Pleno Sent. Nro. 08 del 17/08/2001, "García Eduardo José y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Publicado en LLC, 2001-1111.

Mientras, en el caso “Sesma”¹¹⁴, también citado supra, se sostuvo que:

... toda reforma de la Ley Fundamental de la Provincia puede ser declarada inconstitucional, si contraviene normas de superior jerarquía (Constitución Nacional o Leyes Nacionales, Art. 31 Const. Nacional), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura Provincial (Art. 196 Const. Pcial.), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la Provincia, de aplicación prevalente...

... De lo expuesto se concluye que la Constitución de la Provincia está, como todo el ordenamiento legal, sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial... Una reforma constitucional conforme a la citada orientación conceptual también debe enmarcarse en la juridicidad, debiendo señalarse que aun cuando el control judicial es posible y necesario para salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia del sistema democrático, sin embargo, tal control debe ejercerse con la prudencia necesaria...

(Y continúa) ... En el subexamine, el constituyente dispuso la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores (Cláusula Transitoria Primera) y admitió una eventual reparación si así correspondiere. Al hilo de los principios y frente a esta cuestión, se ofrecen dos posibilidades: la primera conduce a reglar para el futuro con el consiguiente respeto a los actuales mandatos. Una vez finalizados los mismos, recién entra en vigencia el nuevo orden normativo. La segunda, de carácter excepcional, emerge cuando por razones de interés general, oportunidad, mérito o conveniencia debidamente justificados, se modifica el derecho objetivo con el trazo del nuevo diseño organizacional que se ha resuelto y que debe entrar en vigencia en forma inmediata. En este último supuesto resultan de aplicación los principios relacionados con la revocación de los actos estatales por razones de mérito y aún la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Su fundamento es el principio general con base en la igualdad de las cargas públicas dispuesto por el Artículo 16 de la Constitución Nacional, que lo ha reconocido como un trascendente principio de derecho natural. La responsabilidad del Estado es objetiva, pues deriva de un acto legítimo del mismo. Cabe resaltar también que el fundamento de la reducción de los mandatos presenta analogía con la expropiación, donde el interés público prevalece respecto del privado por razones de interés público,

¹¹⁴ T.S.J. en Pleno, A.I. 54, 17/9/2001 “Sesma Laura J. y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, LLC, 2002-201.

dando origen a la obligación de indemnizar el menoscabo patrimonial pertinente. Este es el camino elegido por el constituyente de la reciente reforma en el marco de la Cláusula Transitoria Primera, que brinda la alternativa de una eventual reparación pecuniaria, si correspondiere...

Sin embargo, en este fallo se puntualizaron adecuadamente los límites del control judicial respetando el núcleo discrecional cuya ponderación solo compete a los órganos políticos pertinentes. Así, se recalcó que:

... Pertenecen a la zona de reserva político-discrecional, que solo compete al Constituyente, las razones de oportunidad y conveniencia que fundamentan el inmediato acortamiento de los mandatos, por lo tanto, el ejercicio de tales potestades queda excluido del control de los jueces quienes no pueden revisar ni sustituir dicha cuestión, más aún, reiteramos, cuando en el mismo texto normativo esta prevista su eventual reparabilidad... La debida justificación de estas razones que atañen a la sociedad y son de interés público y su racionalidad, se encuentra sólidamente acreditada por cuanto la caducidad de los mandatos no responde a un propósito o finalidad arbitrarios de remover a quienes ejercen el cargo en la actualidad, sino que obedece a una reestructuración organizacional que consiste, en esencia, en una disminución del número de integrantes del Poder Legislativo, basada en criterios de austeridad y economía en el gasto público y en procura de una mayor eficiencia funcional...

De igual manera, la evolución jurisprudencial en favor del control judicial también se ha perfilado en el proceso de formación y sanción de las leyes, tradicionalmente considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como una cuestión política no justiciable¹¹⁵ a los fines de preservar la División de Poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica.

Empero, el cambio de criterio se dio en el caso "Nobleza Piccardo"¹¹⁶, solo para el supuesto excepcional que demuestre la falta de requisitos mínimos e in-

¹¹⁵ C.S.J.N., Fallos 149:271, "Compañía Azucarera CHA c. Pica. de Tucumán"; Fallos 210:855 "Petrus S.A. c. Nación Argentina"; Fallos 256:556 "Soria Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta S.A."

¹¹⁶ C.S.J.N., Fallos 321:3487, 15/12/1998, "Nobleza Piccardo SAIC y F c. Estado Nacional. DGI"; comentado por Bianchi Alberto, "Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes"; Suplemento Der. Adm, La Ley, 27/05/1999.

dispensables que condicionan la creación de aquellas sustentando que “... no hubo acuerdo entre la Cámara de Diputados y el Senado acerca del momento que fenecería el restablecimiento de la vigencia de las normas a que se refiere el Artículo 37 de la Ley 23.763, es indudable entonces que ha mediado una manifiesta inobservancia de los aludidos requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley, ya que al no haber sido aprobado el proyecto por ambas Cámaras, no pudo haber pasado al Poder Ejecutivo...”

En el caso referido, la actora acreditaba la legitimación pertinente ya que reclamaba la repetición de sumas abonadas por las ventas de cigarrillos ingresadas al denominado Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales.

No obstante, es deber de los jueces valorar las consecuencias que puede provocar la declaración de inconstitucionalidad por razones de forma, tal como lo advierte Bianchi¹¹⁷, ya que la decisión tiene efectos expansivos susceptibles de ir más allá del caso concreto. En tales supuestos, ha menester que los jueces actúen con máxima prudencia priorizando el principio de conservación de la ley, salvo que en forma manifiesta y ostensible no se cumplimenten los requisitos mínimos y esenciales para su creación, como lo dijo la Corte Suprema y originariamente, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en el caso comentado). Aún en este último supuesto, los jueces deben ponderar, en función de las circunstancias de cada caso, si existe la posibilidad de evitar los efectos de inconstitucionalidad general o total de la norma, a fin de eliminar solo su parte nula.

En una causa de admisión de la acción, el Tribunal Superior, al resolver el caso “Valles María Laura c/ Provincia de Córdoba...”¹¹⁸, si bien hizo lugar a la excepción de incompetencia opuesta por el Señor Fiscal de Cámaras (Art. 24, inciso 1, segundo supuesto, Ley 7182) —como lo había declarado la Cámara por mayoría—, por considerar que la actora había dejado transcurrir con creces el término para la interposición de la demanda (Art. 8 ib.) analizó la impugnabilidad de los actos emanados por el Consejo de la Magistratura de la Provincia, en virtud de la materia que era objeto de discusión —valoración de los antecedentes de la postulante a un cargo—.

¹¹⁷ Bianchi, Alberto, *op. cit.* ult.; del mismo autor, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992, p. 331 y ss.

¹¹⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Auto Nro. 57/2008.

Se estableció que la actividad del Consejo de la Magistratura se enmarca en la juridicidad, razón por la cual corresponde a la potestad de los jueces controlar si el ejercicio de su función condice o no con el orden jurídico vigente, ratificando una vez más el criterio de revisión de los actos de los órganos constitucionales dentro de ciertos límites.

Es que, incluso el acto político no puede desarrollarse fuera del orden jurídico, sino que debe provenir del mismo, el que expresa o implícitamente autoriza esta modalidad de ejercicio del poder¹¹⁹. De esta manera:

... los diversos aspectos que atañen a la valoración de las calidades de los candidatos, tanto en la faz profesional como personal, como hombres y mujeres formados en el derecho y en los valores de la República, deben quedar reservados, en principio, a la ponderación exclusiva y final del órgano investido con la competencia para la selección e inmunes a la injerencia judicial. Éste constituye el primer, definido y esencial límite que los jueces no pueden superar, so pena de invadir la esfera de atribuciones propia del órgano al que el constituyente encomendó de manera específica tan delicada misión, infringiendo así el mandato constitucional que pesa sobre el Poder Judicial. Sólo cuando se verifique una transgresión nítida y grave del ordenamiento jurídico o, en especial, de las disposiciones que rigen el procedimiento de selección, o en los supuestos excepcionales en los que lo decidido traduzca un ejercicio indisimulablemente irrazonable de aquellas atribuciones al punto de que se observe una parodia del concurso que exigen las normas constitucionales e infraconstitucionales en juego, se tornará viable el examen judicial de los actos impugnados al solo efecto de privarlos de validez y sin avanzar sobre las decisiones finales que en ejercicio de la atribución en examen continúan siendo función insustituible del Consejo de la Magistratura.

Vale decir que, solo cabe hablar de control del procedimiento de conformación de tales actos dentro de la juridicidad constitucional. Téngase presente, que en general los códigos contenciosos administrativos (de nuestro país como del extranjero) excluyen el control de los actos políticos o de gobierno de fuente directamente constitucional. Nada dicen si se refieren a los actos susceptibles de producir un agravio concreto o, simplemente, al modo de los institucionales,

¹¹⁹ Sesin, Domingo, "Un caso concreto de revisión judicial de la actividad política del Poder Legislativo," *E.D.*, año XLV, núm. 11.831, 31-08-2007.

inciden genéricamente sobre el total de la población. No obstante, existen otras vías procesales, como la acción directa de inconstitucionalidad o hipotéticamente el amparo, cuando tales actos lesionen un derecho o garantía constitucional

Los que no pueden ser controlados judicialmente son los actos que la doctrina llama institucionales (relación entre los poderes u órganos constitucionales, intervención federal, relaciones internacionales, estado de sitio, límites interprovinciales, declaración de guerra, entre otros) que no inciden en forma directa o inmediata sobre los administrados, sino en forma genérica sobre la totalidad de la población. En los demás casos, cuando se afecten situaciones jurídicas subjetivas tuteladas diferenciadamente por el ordenamiento, el control podría tener analogía con el que se realiza para los demás actos estatales sujetos al Derecho Público.

La misión del jurista revela una nostálgica belleza: la de preparar los caminos para el advenimiento del reino de las valoraciones (apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia del accionar de la Administración Pública), sin que le sea permitido entrar en sus dominios, tal como Moisés, el Legislador que guió a su pueblo hacia los límites de la tierra prometida sin que le fuera dable penetrar en ella.

Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un Tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.

No obstante, el juez no es un *dominus* de la sociedad y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo su marco de acción en virtud de la libre apreciación, como fueron las propiciadas por la Escuela realista norteamericana y algunos filósofos italianos¹²⁰.

Con razón se afirma que una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia.

La problemática de todos los tiempos referida a los confines del Derecho y la política plantea una cuestión irresuelta: si es posible reconducir las materias

¹²⁰ Chierchia Merola, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978, p. 10 y ss.

discrecionales, que solo competen a los órganos políticos, al campo jurídico, con parámetros objetivos.

Una respuesta positiva implica reflotar la consabida tesis del “gobierno de los jueces”, que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales¹²¹.

La extralimitación de los jueces fue ya advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado “darwinismo jurídico”, se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etc. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas¹²². Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del *New Deal*.

El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado.

Normalmente se asigna al juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del derecho. Su razonamiento es absolutamente jurídico, estándole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en estas sus votos porque tal cometido compete exclusivamente a la Administración Pública o al Legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

Sin embargo, excepcionalmente el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver el conflicto. La graduación de la pena, la determinación del monto justo de una indemnización expropiatoria, la fijación de un plazo inexistente para el cumplimiento de una obligación, son ejemplos fieles. Su contenido será rellenado con los principios inmanentes

¹²¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 168 y ss.

¹²² Schwartz, Bernard, *Le droit aux Etats - Unis, une création permanente*, París, Economica, 1979, p. 125.

del orden jurídico, las convicciones sociales y, en definitiva, las valoraciones de lo que es “justo”, todo esto dentro del estilo del sistema jurídico vigente. Ello ocurre porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico para rellenar el concepto.

La legitimidad de los jueces no solo proviene de la idoneidad exigida para ocupar el cargo (generalmente mediante concursos públicos), sino esencialmente del mismo derecho que tienen la obligación de aplicar; su independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le deben absoluta subordinación. Su cometido no es crear normas legislativas ni ejercer el poder político o discrecional también creativo para satisfacer de la mejor forma los intereses sociales.

Una eventual elección a través del sufragio o una duración limitada en su función podrían afectar seriamente la División de Poderes, la independencia, la imparcialidad, la neutralidad política, la competencia e idoneidad, porque el Poder Judicial no está capacitado para gobernar sino para dar efectividad al derecho. No le es dable sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la Administración a la ley y al derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados¹²³.

En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y solo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Su campo de acción en aquel ámbito es mucho más reducido que el de la época del “pretor romano” y del “canciller inglés”, quienes —atento a las transformaciones sociales y el escaso perfeccionamiento del Derecho— actuaban con mayor libertad¹²⁴.

Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto tiene una herramienta de la que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).

Cuando se trata de aplicar una potestad reglada, la Administración utiliza la misma metodología que emplea el juez, esto es, la hermenéutica interpretativa.

¹²³ García de Enterría, E., *Democracia... op. cit.*, p. 34.

¹²⁴ Pound, R., *An Introduction to the philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1959, cap. III.

Si en cambio el ordenamiento otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones igualmente válidas para el derecho, la Administración utiliza la discrecionalidad, en función de lo mejor o más útil para el interés público.

En otras palabras, cuando el sistema jurídico encarga a la Administración Pública la emisión del acto particular, reglando su conducta en forma expresa o implícita, hay interpretación en su concreción. En cambio, cuando le atribuye una facultad de opción, la “zona de reserva” debe integrarse creativamente con valoraciones de oportunidad y conveniencia.

En síntesis, el contenido administrativo se integra: a) con pautas objetivas cuando sea posible (actividad reglada); b) con criterios técnicos o estándares tolerables en casos difíciles o complejos; c) con modalidades discrecionales ante varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

El control judicial es total en la hipótesis a); casi total en b), pudiendo en este caso controlar la razonabilidad, pero no sustituir un criterio técnico opinable de sustentabilidad relativa por otro también dubitable; y es escaso en c), controlando solo el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad sin penetrar en el núcleo discrecional interno.

Recapitulando, la estrategia para el control de los actos políticos guarda cierta analogía con el control del ejercicio de la discrecionalidad. Es intenso con relación a los requisitos de juridicidad y respetuoso del núcleo interno político discrecional. Dicha cuestión, tal como se ha dicho no puede constituir en modo alguno un elemento excluyente del asunto de la jurisdicción contenciosa administrativa. Antes bien, corresponde a un análisis consustancial de la cuestión definitiva que resuelva la pretensión subjetiva del accionante entablada ante los tribunales del fuero.

XIX. ERRÓNEA ELECCIÓN DE LA VÍA PROCESAL RECURSIVA

Como es sabido, en el sistema recursivo del proceso contencioso administrativo (Ley 7182) se ha receptado una distinción de vías procesales según el proceso sea de doble instancia o única instancia, dependiente de que la Provincia sea parte demandada o no.

En el primer supuesto, el *régimen taxativo* (Art. 41 ib.) establece el Recurso de Apelación (Arts. 43 y 44 ib.) señalándose las resoluciones susceptibles de ser

impugnadas por esta vía —autos interlocutorios que declaran la inhabilitación de la instancia o que resuelvan una excepción de incompetencia; o que declaren la perención de instancia y sentencias definitivas—, y en segundo lugar, se prevé el Recurso de Casación (Art. 45 ib.) indicándose los motivos que habilitan la vía extraordinaria y el trámite del recurso —de conformidad a la abrogación del último párrafo del citado dispositivo y de los Artículos 46 y 47 del c.M.C.A., con excepción de la intervención del señor Fiscal General— de acuerdo a lo sentado en la causa “Baldassi...”¹²⁵.

Se explica que el deslinde entre la dualidad de procesos esta dado en una razón de origen histórico y fundamento constitucional, esto es, lo preceptuado en la Constitución Provincial de 1923 —Artículos 123, incs. 3) y 4) y 155—, vigente al momento de sancionarse las Leyes 3897 y 7182, al residenciar las causas contenciosas administrativas directamente ante el Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo, la derogación constitucional por las Convenciones Constituyentes provinciales de 1987 y 2001, privan de sustento a la obligación de desdoblar el sistema recursivo en el procedimiento contencioso administrativo, debiendo primar un principio rector, el principio de igualdad (Art. 16, c.N.); el que en materia procesal se traduce en una igualdad de armas procesales.

Con sustento en ese fundamento, el Tribunal Superior de Justicia en la causa “Ferrocarril Córdoba Central S.A. c/ Provincia de Córdoba, Plena Jurisdicción y su acumulado Ferrocarril Córdoba Central s.A. c/ Provincia de Córdoba, Plena Jurisdicción 02/05 Recurso Directo”¹²⁶, se admitió la vía procesal elegida por el accionante —había interpuesto un recurso de casación y según la ley correspondía una apelación— a fin de asegurar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. A tal fin, se hizo lugar al Recurso Directo y se ordenó dar trámite al recurso extraordinario local en la misma sede, atento al rechazo *in limine* decidido por la Cámara *a quo* y por razones de economía procesal.

En el precedente, se destacó que lo decidido no implica un apartamiento de la doctrina del recurso indiferente, sino que se procura evitar una restricción del derecho de defensa debido a que el criterio de deslinde de vías procesales se fundamentó —a más de las razones constitucionales históricas— exclusivamente

¹²⁵ T.S.J. Sala Cont. Adm. Auto Nro. 423/1996.

¹²⁶ T.S.J. de Cba., Sala Cont. Adm., Auto Nro. 297/2011.

en la calidad subjetiva de uno de los sujetos procesales, según lo establecido en el Artículo 10 de la Ley 7182, al decir: “la provincia parte”. Esto ha sido sostenido en reiterados decisorios del Alto Tribunal Provincial¹²⁷.

XX. COLOFÓN

A la luz de todo lo expuesto, es dable concluir que las características más sobresalientes del régimen contencioso administrativo en la Provincia de Córdoba, de conformidad a la normativa específica de la Ley 7182 —y sus modificaciones legislativas— junto a los avances de la jurisprudencia provincial de estos últimos años, con relación a la materia contenciosa administrativa, son los siguientes:

a) En lugar de un simple control de legalidad del acto o pretensión administrativa se realiza un control judicial mucho más amplio, de juridicidad. Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los preceptos constitucionales, los tratados internacionales pertinentes, los cuales junto a la ley pasan a constituir el orden jurídico aplicable, esto es, el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa y objeto del control judicial.

b) Se ha abandonado el limitado marco de revisión de los actos administrativos que solo pertenecen al Poder Ejecutivo. En la actualidad, cualquier órgano público o privado dotado de potestad pública en ejercicio de la función administrativa puede estar en juicio por sus actos administrativos en nuestro fuero contencioso administrativo.

c) La tutela judicial efectiva también es amplia. Alcanza tanto a los derechos subjetivos, derechos subjetivos debilitados, intereses legítimos e intereses difusos (por parte de la entidad representativa).

d) El momento en el que se analiza y resuelve la admisibilidad de proceso relacionado con la materia contenciosa administrativa es en la primera etapa del proceso, es decir en el momento en que el tribunal establece de oficio si la competencia corresponde a la jurisdicción, con audiencia de su Fiscal, como en la oportunidad de resolverse la excepción que pudiera hacer la parte como de previo y especial pronunciamiento. Anteriormente, el juez en la sentencia podía declarar

¹²⁷ T.S.J. de Cba., Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 115/2013 “Salvucci, Nelo Benedito...”; Auto Nro. 216/2013 “González, Carlos Adolfo c/...”

la incompetencia del Tribunal (por ejemplo y entre otras causales por no haberse agotado la vía administrativa, de acuerdo con las normas en vigor). Ello generaba un desgaste inútil a la jurisdicción, como la pérdida de tiempo y cansancio en los administrados, obstáculos que hoy están superados.

e) De un proceso contencioso administrativo objetivo entendido como un proceso al acto, se va pasando a un proceso subjetivo donde se atiende a las pretensiones deducidas contra el acto. Es decir, que se amplía notoriamente el objeto de la pretensión.

f) Ya no es necesario iniciar el contencioso administrativo para impetrar la ilegalidad del acto, y recién después ir a la vía civil para pedir la indemnización de los daños y perjuicios. En la actualidad el proceso contencioso administrativo revisa no solo la juridicidad del acto cuestionado sino el pleno restablecimiento de la situación jurídica vulnerada pudiendo comprender la reparación pecuniaria respectiva.

g) La denegatoria presunta es interpretada solo en favor del administrado. Asimismo, puede el administrado optar entre demandar por denegatoria presunta o bien provocar la resolución expresa mediante el amparo por mora de la Administración.

h) La jurisprudencia ha morigerado la exigencia de nominar el proceso que se deduce, pudiendo admitirse el cambio de acción con anterioridad al momento de la habilitación del proceso contencioso administrativo mediante resolución judicial firme.

i) A veces deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la preexistencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que en caso de duda debe dirimirse con el fondo al momento de la sentencia. De tal manera la jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la admisión del control judicial.

j) La exigencia del pago previo como requisito de admisibilidad de la demanda judicial debe ser reinterpretedada a la luz de un adecuado balanceo de los derechos que se hallan en juego y, por ello, no resulta contraria —en sí misma— a los derechos de igualdad, defensa en juicio y acceso a la jurisdicción, siempre que su cumplimiento no vulnere la situación concreta del contribuyente. Pues ello habilita al juez a meritar soluciones concretas que permitan atemperar o moderar el cum-

plimiento del requisito de admisión de la demanda cuando existan elementos de justificación de la situación excepcional.

k) Jurisprudencialmente se considera que el control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad es una problemática que se vincula con el fondo de la cuestión. Es decir que se ha ampliado el control a cualquier clase de actos, en ejercicio de una actividad reglada o discrecional, debiendo el juez efectuar un control de juridicidad amplio, respetando el núcleo o esencia de lo discrecional: selección entre dos o más alternativas válidas. Incluso debe extenderse el control pleno de las reglas técnicas o científicas de universal consenso y un control de tolerancia frente a aspectos técnicos o científicos que trasuntan solo una verdad relativa.

l) Por vía de la acción de inconstitucionalidad se ha admitido el control de los actos políticos solo cuando afecten en forma personal y directa situaciones jurídicas subjetivas tuteladas, admitiendo exclusivamente la revisión judicial en los aspectos reglados por el orden jurídico, respetándose el núcleo interno de carácter político discrecional.

m) No implica un apartamiento de la doctrina del recurso indiferente la admisión de que el criterio del deslinde de vías recursivas procesales previsto originariamente en la Ley 7182 según que la "Provincia sea parte" o no, ha perdido su razón de ser; y la admisión de la vía de la casación en tales procesos contencioso administrativos se vincula hoy con la necesidad de evitar una restricción del derecho de defensa y asegurar el debido proceso legal de los litigantes a la luz de los textos constitucionales y convencionales hoy vigentes.

XXI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ARGAÑARAZ, Manuel, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1955.
- BALBÍN, Carlos F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003.
- BARRA, Rodolfo, "La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar", *La Ley*, 1994-E.
- BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992.
- CASSAGNE, Juan Carlos, y PERRINO, Pablo, *El contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Lexis Nexis, 2006.
- CHIERCHIA MEROLA, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978.
- EMBED IRUJO, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- FIORINI, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª. ed., Navarra, Civitas, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Justicia administrativa", en CLAVERO ARÉVALO, Manuel, F. (coord.), *El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943, t. I.
- GUNTHER, Gerald, y SULLIVAN, Kathleen M., *Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2007.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo (coord.), *El control judicial de la actividad administrativa en Neuquén*, General Roca Río Negro, PubliFadecs, 2005.
- MARIENHOFF, Miguel, "La acción popular", *La Ley*, t. 1993-D-683.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003. t. II.
- POUND, R., *An Introduction to the philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1959.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de La Nación Argentina comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- SCHWARTZ, Bernard, *Le droit aux Etats - Unis, une création permanente*, París, Economica, 1979.
- SESIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª. ed., Bs. As, Lexis Nexis, 2004.
- SESIN, Domingo, "Un caso concreto de revisión judicial de la actividad política del Poder Legislativo", *E.D.*, año XLV, núm. 11.831, 31-08-2007.
- VIVANCOS, Eduardo, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo*, Barcelona, Bosch, 1963.

2. Otras

- ABAD HERNANDO, Jesús, *Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción: sentido y alcance en el Código de la Prov. de Córdoba*, con nota al fallo "Porvarchik, c/ Municipalidad de Córdoba", 30/03/1973.

CÁMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA, *Sentencias*,
C.C.A.C.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencias*, CIDH.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*, C.S.J.N.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Casos*,
SCBA.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA, *Sentencias*, T.S.J. Córdoba.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑA, *Sentencias*, TS.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, "Associaton of Data Processing
Service Organization, Inc. v. Camp", ussc, 397 u.s. 150, 1970.