

III.3. La habilitación de la instancia

La habilitación de la instancia constituye un trámite propio y específico de las causas contencioso administrativas y, por ello, es desconocido en el ámbito de los otros procesos judiciales²².

¿En qué consiste este trámite? Las personas que inicien un proceso judicial contra el Estado —proceso contencioso administrativo— deben cumplir con ciertas condiciones de admisibilidad. Por su parte, el juez debe verificar si se cumplieron estos recaudos²³.

Pero, ¿cuáles son los recaudos que el particular debe cumplir y el juez controlar? Los presupuestos que condicionan el acceso judicial, según el régimen jurídico vigente, son (1) el agotamiento de la vías administrativas por un lado, y (2) la interposición de la acción judicial dentro de un plazo perentorio por el otro²⁴.

En ciertos casos y en materia tributaria, el legislador también exige el pago previo como condición de inicio de la acción judicial. Sin embargo creemos que este privilegio es contrario a los derechos y garantías constitucionales, y con mayor claridad luego de la reforma de 1994.

Por lo tanto, el trámite previo de habilitación de las vías judiciales consiste en el cumplimiento y control de esos dos aspectos. Así, el particular interesado debe: a) interponer los recursos o reclamos administrativos respectivos ante el ejecutivo y hacerlo en término y, luego, b) iniciar la acción judicial dentro del plazo legal conocido como plazo de caducidad.

¿Cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento de cualquiera de estos recaudos? La ley entiende que las conductas estatales que no fueron recurridas en sede administrativa y judicial en los términos legales o reglamentarios están firmes y consentidas y, consecuentemente, ya no es posible impugnarlas.

Más claro aún: si el particular no agotó las vías administrativas de modo correcto y en el plazo debido entonces no es posible recurrir judicialmente. El juez sólo debe intervenir y dar curso al proceso si el particular cumplió con esos presupuestos. Es decir, las personas interesadas deben cumplir con ambos recaudos —el agotamiento de las vías y el plazo de caducidad— y no es posible saltarse ninguno de ellos.

Entendemos que es importante expresar y repetir este concepto con claridad —más allá de creerlo inconstitucional—. ¿Qué ocurre si el particular no

²² Otros de los aspectos de distinción con el proceso civil son los plazos para contestar demanda y oponer excepciones como luego veremos.

²³ REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, La Ley, 2000, p. 188.

²⁴ En particular, es necesario distinguir el plazo de caducidad, previsto como presupuesto de admisibilidad de la acción, del plazo genérico de prescripción según la acción de que se trate.

interpuso el recurso administrativo en término? ¿Qué sucede si el interesado no inició el proceso judicial en el plazo legal? Simplemente el acto está firme y no es posible recurrirlo.

Sin embargo existen excepciones. Así, según el marco jurídico vigente, cuando no es necesario agotar las vías administrativas o no es preciso impugnar judicialmente dentro del estrecho marco temporal de la caducidad de las acciones. En tales casos debe tenerse por habilitada la instancia judicial. Luego volveremos sobre estos extremos.

Veamos primero, ¿cuál es el procedimiento para la comprobación del cumplimiento de esos recaudos?

Es conveniente advertir que el punto más controvertido de este trámite fue durante muchos años si el juez podía o no controlar de oficio —sin pedimento de parte— el cumplimiento de los recaudos preliminares de admisión y avance del proceso. Este asunto no era un aspecto menor ya que muchas veces el Estado por su actitud procesal negligente no planteaba en el marco de sus defensas el incumplimiento de los recaudos procesales a cargo del particular recurrente y, consecuentemente, el juicio proseguía y el Estado era condenado. Sin embargo, en ciertos casos si el fiscal podía plantear el debate sobre esos presupuestos o el juez introducirlos por sí mismo —y no sólo por pedido de parte—, el proceso debía ser rechazado.

En el ordenamiento federal existía una laguna normativa porque el Código Procesal Civil y Comercial no tiene ninguna previsión respecto del trámite de habilitación del proceso. ¿Cómo integrar entonces este vacío legal? Es decir ¿podía el juez verificar de oficio, en el marco del proceso judicial, si la parte cumplió o no con los recaudos para la habilitación de la instancia? En otros términos, ¿podía el juez controlar por sí mismo si las partes cumplieron con los requisitos que surgen del Título IV de la ley 19.549, esto es, el agotamiento previo de las vías administrativas y la presentación de la acción dentro del plazo de caducidad, o —contrariamente— estas defensas sólo podían ser opuestas por el Estado?²⁵.

Obviamente se plantearon dos posiciones. Por un lado, el criterio que aceptó el control judicial de oficio y se apoyó en el argumento de que la habilitación de la instancia es un presupuesto de admisión de la acción, de modo que el juez debe necesariamente revisarla. Así, el tribunal debe determinar por sí mismo si la demanda es admisible y, en caso negativo, rechazarla

²⁵ A nivel nacional, la ley 19.549 establece en su título IV que para acceder a la vía judicial resulta necesario agotar previamente las instancias administrativas por resolución expresa o ficta de los recursos o reclamos pertinentes (impugnación de los actos administrativos de alcance particular - artículo 23- y general - artículo 24-). Asimismo, la acción debe interponerse en un plazo de caducidad de 90 o 30 días, según se trate de una acción o recurso directo (artículo 25). Cuando se trate de omisiones estatales, el agotamiento de la vía se produce en cambio con la resolución expresa o tácita del reclamo administrativo previo (artículo 30), sin perjuicio de las excepciones legales (artículo 32).

sin más trámite²⁶. La otra corriente de opinión sostuvo, en cambio, que la falta de habilitación de la instancia constituye una defensa procesal a favor de la Administración y que, como cualquier otro remedio defensivo, puede ser libremente renunciado. Así, en este último caso, no corresponde su verificación de oficio por el juez sino que tales defensas o excepciones sólo pueden ser introducidas por la parte que pretende valerse de ellas²⁷.

En síntesis, si la habilitación del proceso es un presupuesto de admisibilidad de las acciones, el juez debe controlar de oficio; mientras que, si se trata de un planteo defensivo, el juez no puede constatar su cumplimiento de oficio y, la parte, es decir el ejecutivo, puede plantearlo o no en el marco del proceso judicial y en su caso renunciar a esa defensa.

Ambas posturas están reflejadas, a lo largo del tiempo y en términos ambivalentes, en los fallos de los tribunales e incluso de la propia Corte²⁸. Veamos brevemente cuál ha sido el camino seguido por los jueces.

A partir de la vigencia de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo en el año 1972 y durante el período inicial de su aplicación es difícil rastrear precedentes. ¿Por qué? Porque en un principio los jueces no realizaron un control previo de la habilitación y fue raro —incluso— que los representantes del Estado o los fiscales invocasen —entre sus excepciones previas o defensas de fondo— la falta de habilitación del proceso, sin perjuicio de que el título IV de la ley 19.549 (Impugnación judicial de actos administrativos) introdujo mayores restricciones para acceder a la instancia judicial respecto del régimen que preveía anteriormente la ley 3952 sobre demandas contra la Nación. Vale recordar en este contexto que esta última ley sólo incluyó el *reclamo previo* ante el ejecutivo y su rechazo por parte de éste²⁹. Es decir, si bien el

²⁶ Sostienen esta postura, entre otros, GRAU, ARMANDO, *Habilitación de la instancia contenciosoadministrativa*, Ed. Platense, 1971, p. 68 y ss; MUÑOZ, GUILLERMO, *El enigma de la habilitación de la instancia*, Actualidad en Derecho Público, enero/abril 1996, p. 30 y ss.); y COMADIRA, JULIO, *El caso Gorordo: nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad*, ED, 181-960.

²⁷ Ver, entre otros, REJTMAN FARAH, MARIO, *Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada habilitación de instancia*, La Ley, 1999-E, 185; GORDILLO, AGUSTÍN, *El incumplimiento del plazo del art. 25 no puede resolverse de oficio*, La Ley, 1997-E, 549; y BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Rechazar de oficio la habilitación de la instancia judicial produce indefensión*, ED, 138-317.

²⁸ La falta de normativa específica confirió especial trascendencia a los fallos dictado por la Corte. Es verdad que el artículo 1° de la ley 3952 disponía que “los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales, conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste.” Sin embargo, entendemos que no es posible deducir de este precepto la obligación de los jueces de controlar de oficio el agotamiento de la vía administrativa (reclamo en los términos del artículo 2° de la ley 3952).

²⁹ Por su parte el artículo 2 de la ley 3952 disponía que “si la resolución de la administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos”.

agotamiento de las vías administrativas ya estaba previsto en el sistema de impugnación de la ley 3952 —en términos más simples y sencillos—, el modelo de la ley 19.549 introdujo además el plazo de caducidad. Sigamos avanzando.

En 1987, la Corte dictó sentencia en el precedente “*Caja Nacional de Ahorro y Seguro*”³⁰. Allí, surge con claridad que el tribunal consideró que la falta de habilitación de la instancia es una defensa procesal a favor de la Administración y que, como tal, no es susceptible de verificación de oficio ya que el Estado puede renunciar libremente³¹. Además, la Corte agregó otro argumento, el juez no puede sustituir a las partes porque ello es incompatible con los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional y con el principio de igualdad y equilibrio en el marco del proceso judicial.

Luego, en la caso “*Construcciones Taddía*” los jueces adhirieron al antecedente antes mencionado y pusieron especial énfasis en el argumento de que el examen de oficio sobre el cumplimiento de los requisitos es incompatible con el carácter disponible de estas defensas³². Además, en este caso —puntualmente—, resultó relevante el criterio del tribunal con relación a la actuación de los fiscales, en el sentido de que su intervención no es susceptible de reemplazar el planteo de las partes³³.

³⁰ CSJN, “*Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/N.C.R. Argentina S.A.I.C. s/recursos de hecho*”, sent. del 15-12-87, Fallos, 310:2709.

³¹ Posteriormente, en la causa “*Cohen*” (La Ley, 1990-C, 317), la Corte ratificó la doctrina comentada precedentemente. El tribunal consideró que la falta de habilitación de la instancia es una defensa renunciante y que la actitud del juez de primera instancia, al haber introducido de oficio tal defensa, suplió indebidamente la actividad de las partes con grave desmedro de la garantía de defensa, ello así porque “existía la posibilidad de que el Estado hubiera optado por renunciar a oponer la citada defensa”. En efecto “si el derecho de fondo que se esgrime -estrictamente patrimonial- es renunciante la Administración pudo, en ejercicio discrecional de sus defensas, acudir temporáneamente -o no hacerlo en absoluto- a la caducidad que consagra el artículo 25 de la ley 19.549.” A su vez, agregó un nuevo argumento, al sostener que “no compete al Poder Judicial, la disposición en forma expresa o tácita de bienes cuya gestión voluntaria corresponde a los restantes poderes; la adopción de una posición contraria puede implicar no sólo un menoscabo a los derechos de propiedad y defensa en juicio de las partes, sino también al principio de separación de poderes, propios de nuestro sistema republicano de gobierno”. La Corte concluyó que “la denegación de la habilitación de la instancia sólo resulta admisible en aquellos supuestos en que el incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisibilidad de la acción sea planteado por la demandada, dentro de los términos y por la vía que a tal efecto dispone el ordenamiento formal”. Mas allá de los argumentos transcriptos, este fallo reviste singular importancia porque en este caso fue un magistrado de primera instancia y no el tribunal de alzada -como ocurrió en el caso “*Caja Nacional*”, quien introdujo de oficio la falta de habilitación de la instancia. Al no tratarse de un supuesto de preclusión, la Corte sentó por primera vez su opinión adversa a reconocer, aún respecto de los jueces de grado y en el inicio del proceso, la posibilidad de introducir de oficio la falta agotamiento de las vías administrativas o el incumplimiento del plazo de caducidad de las acciones.

³² CSJN, “*Construcciones Taddía S.C.A. c/Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia) s/cobro*”, sent. del 06-10-92, Fallos, 315:2217.

³³ En la causa “*Serra*”, el tribunal sostuvo que “cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa, la cuestión queda incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional... la actuación del Poder Judicial en situaciones donde se produjo la caducidad de la acción procesal administrativa, violaría el principio de la división de poderes. Es la señalada precisamente, una de las características fundamentales que diferencian la caducidad de la acción contencioso administrativa de la prescripción: el especial mandato de no intervención dirigido al juez cuando ella se ha operado”.

Finalmente, en la causa "Gorordo" y en un fallo dividido, la Corte modificó la doctrina que había sostenido en los pronunciamientos citados anteriormente y admitió la posibilidad de revisar de oficio el cumplimiento de los recaudos de admisión de las acciones contra el Estado. Los jueces expresaron —en el voto mayoritario— que "para que el órgano pueda examinar en cuanto al fondo de la pretensión que ante él se deduce, es preciso que concurren ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos o presupuestos procesales. El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no sólo a requerimiento de la demandada, sino también dada su naturaleza, en una etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda (art. 337 Cód. Procesal) sin que por ello se convierta en intérprete de la voluntad implícita de una de las partes ni se altere el equilibrio procesal entre los litigantes en desmedro de la parte contraria"³⁴. Es decir, este criterio interpretativo, según el parecer del tribunal, no destruye el derecho de defensa y la igualdad procesal entre las partes.

Así, el tribunal entendió que los recaudos para habilitar la instancia judicial en los procesos contencioso administrativos no son simples defensas procesales a favor de la Administración sino condiciones de admisión del proceso —es decir, presupuestos procesales que condicionan el curso de las demandas— y, consecuentemente, el Estado no puede renunciarlos.

En este contexto, corresponde que los jueces controlen de oficio el cumplimiento de estos recaudos, igual que el resto de los presupuestos procesales de admisión previstos por los artículos 330 y otros del Código Procesal Civil y Comercial. En caso de no encontrarse habilitada la instancia por incumplimiento de esos presupuestos, sólo procede el rechazo *in limine* de las acciones.

Más allá de estas idas y vueltas judiciales, el régimen cambió con la sanción de la ley 25.344 —del año 2000— sobre el estado de emergencia económico y financiero del Estado Nacional que —en el marco del capítulo sobre "los juicios contra el Estado nacional"— estableció con detalle las reglas que deben cumplirse.

El texto de la ley 25.344 —que modificó parcialmente la ley 19.549 (LPA)— exige claramente que los jueces controlen de oficio si, en el marco del proceso judicial, las partes cumplieron con los presupuestos de habilitación. A su vez, la ley fijó el trámite que debe seguir el juez³⁵.

Veamos entonces puntualmente cómo es el trámite:

1. el juez debe remitir copia de la demanda y la prueba documental que se hubiere acompañado —por oficio—, a la Procuración del Tesoro;

³⁴ CSJN, "Gorordo Allaria de Krajl, Haydée c/ministerio de Cultura y Educación", sent. del 04-02-99, La Ley, 1999-D, 714.

³⁵ B.O. del 21/11/00.

2. el juez debe, luego, correr vista al fiscal para que se expida sobre la competencia del tribunal y la procedencia de la acción;
3. luego de contestada la vista por el fiscal —dictamen—, el juez debe expedirse sobre su competencia y si la instancia judicial está o no habilitada;
4. si el juez cree que es competente, pero no se cumplieron los presupuestos de habilitación de la instancia judicial, debe rechazar la acción;
5. por el contrario, si el juez entiende que el proceso está debidamente habilitado, entonces debe correr traslado al Estado —poder ejecutivo— “por el plazo de treinta días o el mayor que corresponda, para que se opongán todas las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar la demanda”.

La Corte se expidió sobre la constitucionalidad de este trámite en los autos “*Cohen Arazi*” cuyo objeto de debate fue “determinar si, tal como resolvió la Cámara, el deber de comunicar a la Procuración del Tesoro de la Nación la promoción de un juicio contra el Estado, en los términos del artículo 8 de la ley 25.344 y 12, anexo III, del decreto 1116/2000 que aprueba la reglamentación de aquélla, resultan violatorios de principios constitucionales (defensa en juicio e igualdad, entre otros) o si, por el contrario, esa obligación sólo importa una prerrogativa más de la Administración, propia del régimen de derecho administrativo”. Vale recordar que el decreto 1116/2000 dispone que la remisión de las piezas procesales a la Procuración es “al solo efecto de su conocimiento” y que “no se correrá traslado de la demanda hasta que conste en autos en forma fehaciente el diligenciamiento del oficio requerido”. El tribunal declaró su constitucionalidad básicamente porque el hecho de que “el Estado tenga más tiempo que antes de la sanción de la ley 25.344 para organizar sus defensas (o, como dice la parte actora: permitir al Procurador estudiar mejor el caso, dar instrucciones sobre las defensas que deben articularse o, incluso patrocinar el juicio él mismo), en nada compromete la efectiva tutela de los derechos a la igualdad ante la ley y de defensa en juicio que invoca el actor como sustento de su planteo de inconstitucionalidad”³⁶.

³⁶ CSJN, “*Cohen Arazi, Eduardo c/ PEN Jefatura de Gabinete s/ empleo público*”, sent. del 11 de diciembre de 2007. “Además, nada en la argumentación de la actora o del tribunal a quo demuestra que, aún si la consecuencia de la ley fuese dar más tiempo al gobierno para preparar su defensa, ello implique conceder una ventaja injusta al gobierno sobre su contraparte. No se ha alegado que la comunicación a la Procuración del Tesoro ocasione una dilación o demora excesiva del proceso. Tampoco que la notificación anticipada lo irroque, en principio, un gasto de tal magnitud que impida o torne demasiado oneroso su acceso a la justicia. En otras palabras, no se comprende cuál sería el perjuicio que le provoca al demandante comunicar al Estado que ha iniciado un juicio en su contra y acompañar la prueba documental, antes de que se corra traslado de la demanda y mientras se sustancia el procedimiento de habilitación de la instancia judicial.”

Cabe aclarar en este estado de nuestro análisis que —según el Código Procesal Civil y Comercial— el plazo para comparecer y contestar demanda, cuando la parte demandada es el Estado Nacional, es de sesenta días y, a su vez, el plazo para oponer las excepciones previas era de veinte días³⁷. Por su parte, la ley 25.344 —como ya dijimos— agregó que el plazo para oponer las defensas y excepciones es de “de treinta días o el mayor que corresponda”.

¿Cómo debemos compatibilizar ambos plazos? Es decir, más puntualmente cabe preguntarse ¿el plazo para contestar el traslado de la demanda es de treinta o sesenta días?, y ¿cuál es el plazo para que el Estado oponga las excepciones del caso? La Corte, por su parte, dictó la Acordada 34/2000 con el objeto de aclarar este entuerto jurídico. Por nuestro lado, creemos que las respuestas ante estos interrogantes son relativamente simples.

Veamos, *en primer lugar*, el plazo en el marco del proceso contencioso administrativo para que el Estado conteste el traslado de la demanda es de sesenta días hábiles judiciales, tal como surge del Código Procesal. Este precepto no fue modificado y sigue en pie. *En segundo lugar*, el plazo de treinta días que incorporó la ley 25.344 es, según nuestro criterio, el término procesal para oponer las defensas y excepciones previas de que intente valerse el Estado. ¿Por qué? Porque el texto del artículo 9 de la ley 25.344 es claro ya que, por un lado, el plazo de treinta días está relacionado con “las defensas y excepciones” y no con las defensas de fondo y, por el otro, ese plazo está enmarcado según el texto literal de la ley “dentro del plazo para contestar la demanda” o sea que el término de treinta días no es el plazo para contestar el traslado de la demanda sino simplemente el término para oponer las excepciones previas y contado dentro de aquél plazo.

De modo que —en síntesis y según nuestro criterio— los plazos para oponer excepciones y contestar demanda son distintos. Así, el plazo de que dispone el Estado para contestar demanda es de sesenta días hábiles judiciales, y el plazo para oponer las excepciones previas es de treinta días hábiles judiciales dentro de ese plazo de sesenta días.

Sin embargo, más adelante, la ley de reforma del Código Procesal Civil y Comercial unificó el término para oponer excepciones y contestar demanda³⁸.

Entonces, ¿qué régimen debemos aplicar en relación con el plazo para oponer excepciones: la ley 25.344 o el Código Procesal? Creemos que en el marco de los procesos judiciales contencioso administrativos debe aplicarse la ley especial, es decir la ley 25.344. De modo que el cuadro sigue en pie, esto

³⁷ Artículos 338, 346 y 358 CPCC.

³⁸ El artículo 346 del Código Procesal -modificado por la ley 25.488 publicada el 22 de noviembre del 2001 dispone que “las excepciones que se mencionan en el artículo siguiente se opondrán únicamente como de previo y especial pronunciamiento en un solo escrito juntamente con la contestación de demanda o la reconvencción”.

es, treinta y sesenta días para oponer excepciones y contestar demanda, respectivamente.

Cabe señalar que otros operadores entienden que el Código derogó el plazo de treinta días para oponer excepciones y, consecuentemente, el Estado tiene el plazo común de sesenta días para oponer excepciones y contestar demanda³⁹. Este es el criterio mayoritario.

¿Qué ocurre en aquellos casos en que no es necesario habilitar la instancia judicial, es decir cuando no es necesario agotar las vías administrativas o, en su caso, interponer la acción judicial en el plazo de caducidad?

La ley 25.344 dice que en tales casos “se cursará de igual forma y manera la notificación a la Procuración del Tesoro de la Nación con una anticipación no menor de treinta días hábiles judiciales al traslado de la demanda que se curse al organismo pertinente”.

El esquema de la ley es, según nuestro parecer, el siguiente:

- a) el juez debe analizar si corresponde o no habilitar la instancia judicial. Si fuese necesario hacerlo, debe primero comunicar a la Procuración del Tesoro, dar vista al fiscal y luego resolver si el proceso debe o no continuar —es decir, ordenar o no el traslado de la demanda—, y
- b) si no fuese necesario habilitar la instancia judicial, el juez debe comunicar a la Procuración y sólo luego de transcurridos treinta días hábiles desde aquella notificación, ordenar el traslado de la demanda.

En ambas hipótesis, es obvio que el Estado, además del plazo de sesenta días que prevé el Código para contestar el escrito de demanda, tiene un plazo mayor para el estudio del caso desde el momento en que se produce la comunicación de la demanda —y de la prueba documental acompañada— a la Procuración del Tesoro.

Aclaremos que, en primer lugar, el juez pone en conocimiento el escrito de demanda ante la Procuración del Tesoro y, luego, ordena la notificación de la demanda ante el organismo competente y sólo a partir de allí comienza a correr el plazo para oponer las excepciones y contestar la demanda. Así, en el caso que no fuese necesario habilitar la instancia judicial, los abogados del Estado, es decir la Procuración del Tesoro, conoce el proceso al menos treinta días hábiles judiciales antes del acto de la notificación de la demanda y, en caso que fuese necesario habilitar las vías judiciales, entonces la Procuración conoce el proceso antes de la notificación de la demanda pero, ¿cuánto tiem-

³⁹ GARCIA PULLES, FERNANDO, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, tomo II, Hammurabi, 2004, p. 651. La Corte en el caso “*Víctor Contreras c/ Provincia de Catamarca s/ cobro de pesos*”, sent. del 16 de noviembre del 2004, sostuvo que, según el artículo 9 de la ley 25.344, el Estado debe oponer las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar demanda (Acordada CSJN 34/2000).

po antes? El tiempo que demande la vista al fiscal y la resolución judicial sobre el cumplimiento de los recaudos de habilitación del proceso.

La ley agrega también que si el traslado de la demanda se hace a otro ministerio o secretaría entonces "los plazos de contestación sólo comenzarán a correr desde la efectiva recepción del oficio por el organismo competente, acreditada mediante el sello de su mesa de entradas". Sin embargo, el legislador no previó en qué plazo el órgano receptor debe remitir las piezas procesales al órgano competente.

Sigamos con el análisis del trámite. A saber, ¿puede el fiscal apelar la resolución del juez sobre la habilitación del proceso? Entendemos que sí y que los jueces de Cámara, en tal contexto, deben expedirse sobre el cumplimiento de los requisitos de admisión de las acciones. De modo que puede ocurrir razonablemente que el fiscal dictamine, el juez resuelva y el tribunal de Alzada confirme.

Cabe preguntarnos si el Estado —poder ejecutivo—, luego que el juez resolvió que la instancia está debidamente habilitada, puede intentar por vía de las excepciones previas replantear el supuesto incumplimiento de los recaudos procesales —agotamiento de las vías administrativas y plazo de caducidad—. Creemos que sí porque el Estado, sin perjuicio de la comunicación preliminar del proceso a la Procuración del Tesoro, no tuvo oportunidad procesal —antes de la notificación de la demanda— de expresar sus argumentos sobre este punto. Consecuentemente el juez debe revisar y en su caso revocar su decisión sobre la habilitación del proceso judicial. En tal caso no existe cosa juzgada sobre la habilitación del proceso, ni tampoco cabe interpretar que la etapa procesal precluyó porque las disposiciones del Código deben interpretarse de modo que no vulneren en ningún caso el derecho de defensa de las partes. De todos modos es conveniente aclarar que en la práctica los jueces sólo se expiden sobre la habilitación de la instancia luego del traslado y contestación de la demanda por el Estado.

En síntesis, hemos dicho que una vez interpuesta la demanda corresponde llevar a cabo dos actos procesales, por un lado, remitir copia de la demanda y de la prueba documental a la Procuración del Tesoro de la Nación y, por el otro, dar vista al fiscal para que éste dictamine respecto de la competencia del juez y la procedencia de la acción⁴⁰. Luego, el juez debe expedirse sobre estas cuestiones⁴¹.

⁴⁰ Al respecto, el artículo 8° establece que "en todos los casos, promovida una acción contra los organismos mencionados en el art. 6, cualquiera sea la jurisdicción que corresponda, se remitirá por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación copia de la demanda, con toda la prueba documental acompañada y se procederá, cumplido este acto, a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal".

⁴¹ El art. 9 establece que "admitido el curso de la acción, se correrá traslado por el plazo de 30 días o el mayor que corresponda, para que se opongan todas las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar demanda. El traslado se efectuará por oficio dirigido al Ministerio, Secretaría de Presidencia de la Nación o entidad autárquica pertinente. Cuando la notificación se cursara a Ministerio o Secretaría de la Presidencia diversa al que legalmente corresponde, los plazos de contestación sólo comenzarán a correr desde la efectiva recepción del oficio por el organismo competente, acreditada mediante el sello de su mesa de entradas".

Por otro lado, la ley dice que este trámite (ley 25.344) no es aplicable respecto de los procesos de amparo y sumarísimos. Antes de avanzar, quizás conviene recordar que el orden jurídico vigente prevé procesos judiciales ordinarios y otros no ordinarios, entre éstos últimos es posible mencionar: el proceso sumarísimo, el amparo, las acciones declarativas de certeza —sumarísimo— y los recursos directos. Los procesos ordinarios, sumarísimos y declarativos están regulados en el Código Procesal, en tanto el amparo está reglado en el propio texto constitucional y en la ley 16.986. Por último, los recursos directos están previstos y regulados en las leyes específicas.

En general el proceso que se sigue contra el Estado nacional es el proceso ordinario, salvo los casos de excepción.

Ahora sí, luego de este paréntesis, volvamos a los procesos de amparo y sumarísimos que están excluidos expresamente del trámite de los artículos 8°, 9° y 10 de la ley 25.344 antes estudiados. En el primer supuesto ello es claro y razonable toda vez que en el caso del amparo judicial no deben agotarse las vías administrativas. ¿Por qué? La ley 16.986 —sumamente restrictiva del camino del amparo— dice que éste no procede cuando “existen recursos o remedios judiciales o *administrativos* que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trata”. A partir de este texto normativo es posible, quizás y con cierto esfuerzo, interpretar que el amparo sólo procede si previamente el interesado agotó las instancias administrativas. De todos modos este criterio hermenéutico es irrazonable e inconstitucional.

Luego, la Constitución de 1994 incorporó el amparo, en el aspecto que es de interés en nuestro análisis, en los siguientes términos “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo” y excluyó el siguiente texto “existen recursos o remedios ... administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trata”.

Así, en el marco del amparo es irrelevante e innecesario el agotamiento de las instancias administrativas por los propios caracteres de este proceso —instrumento rápido y expedito de acceso judicial— y además —claramente— por el nuevo texto constitucional.

En el segundo supuesto, esto es el proceso sumarísimo, no debe cumplirse con el trámite descrito en la ley 25.344, pero el juez debe constatar si se cumplió o no con los presupuestos procesales de admisión del proceso judicial.

Finalmente y a título de **conclusión** cabe señalar que la reforma introducida establece la obligación del juez de verificar de oficio el cumplimiento del agotamiento de las vías administrativas y el plazo de caducidad⁴². Así, el artículo 31 último párrafo de la LPA dice que “los jueces no

⁴² El art. 12 reza así: “Sustitúyense los artículos 30, 31 y 32 de la ley 19.549 por los siguientes: ... artículo 31 ... los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente...”. Por último, es oportuno señalar que el precepto transcrito también ha modificado sustancialmente el régimen del reclamo administrativo previo.

podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente”.

Dijimos ya que cuando no es necesario —según el régimen jurídico vigente— agotar las vías administrativas ni interponer la acción judicial en el plazo de caducidad, entonces debe tenerse por habilitada la instancia judicial⁴³.

La habilitación de la instancia judicial comprende básicamente la comprobación del cumplimiento de dos recaudos: 1- el agotamiento de la instancia administrativa, y 2- la interposición de la acción dentro del plazo de caducidad. Estudiémoslos por separado.

III.3.1. El agotamiento de la vía administrativa

Las personas deben recurrir primero ante el propio ejecutivo y, sólo luego, ante el poder judicial. Este trámite es conocido técnicamente como el agotamiento de las vías administrativas.

¿Cuál es el fundamento de este instituto? Entre otros argumentos, se ha dicho que:

- a) es un privilegio estatal;
- b) constituye una etapa de conciliación entre las partes;
- c) permite hacer cierto el control del órgano jerárquico superior sobre las decisiones del inferior, y
- d) constituye un trámite que permite mejorar la defensa del Estado ante un eventual proceso judicial⁴⁴.

Por nuestro lado, creemos que es claramente un privilegio estatal y que, consecuentemente, debe interpretarse con alcance restrictivo.

⁴³ Pero ¿qué ocurre respecto de los actos del Estado cuyo objeto está regido por el derecho privado? ¿Es necesario, en tal caso, agotar las vías administrativas y, luego, recurrir judicialmente dentro del plazo de caducidad? Creemos que en tales casos, la administración prescinde de sus prerrogativas y se rige parcialmente por las normas comunes, es decir, el Estado se somete en parte a las normas jurídicas que regulan las relaciones entre particulares. Sin embargo entendemos que se trata de actos administrativos y que consecuentemente -en principio- resultan de aplicación los presupuestos de admisión que se detallan en el presente capítulo para acudir antes los tribunales. Sin embargo, los actos estatales alcanzados parcialmente por el derecho privado se rigen por la LPA siempre que ello no limite derechos. En otros términos, en el marco de los actos estatales regulados en parte por el derecho privado y, en parte, por el derecho público, éste sólo vale en aquellos aspectos que amplíen el campo de los derechos y sus garantías, y no cuando limiten este escenario. En conclusión, las personas no deben agotar las vías administrativas y no existe plazo de caducidad.

⁴⁴ CSJN, “Gasparri y Cía. S.A.”, Fallos 314:725.

¿Cómo hacer para agotar las vías administrativas y cumplir así con este trámite de carácter previo y necesario? La LPA y su decreto reglamentario establecen diversas vías según el objeto de impugnación. Este bloque normativo prevé los remedios con el propósito, insistimos, de agotar las vías en el ámbito administrativo.

¿Cuáles son esos remedios? Hemos contestado este interrogante en el capítulo anterior, pero quizás convenga repetir los conceptos. El cuadro esquemáticamente es el siguiente.

1. Históricamente es posible reconstruir dos vías de impugnación de las decisiones estatales —obviamente con muchos matices— según se trate de cuestionar actos estatales o reclamar daños y perjuicios contra el Estado. Así, el modelo procesal clásico prevé cauces específicos en relación con estos planteos. Por un lado, las *vías de anulación* contra los actos ilegítimos y por el otro la *vía de plena jurisdicción* con el objeto de reclamar la reparación estatal por daños y perjuicios.

Pero, tras estos criterios encontramos otros. ¿Cuáles? El acceso al proceso judicial. Así, en el marco de las vías de anulación, cuyo objeto es la invalidez del acto por violación del principio objetivo de legalidad, los recurrentes —titulares de intereses legítimos— sólo pueden reclamar ante la Administración y los efectos de la decisión son de alcance absoluto. Por el contrario, en el caso de las reparaciones pecuniarias —vías de plena jurisdicción—, las personas —titulares de derechos subjetivos— pueden reclamar también en el ámbito judicial y —a su vez— el efecto del decisorio es relativo. ¿Es posible trasladar este modelo y ubicarlo en el cuadro jurídico de nuestro país? Creemos que no.

Pero, ¿por qué este modelo es irrazonable entre nosotros? Entendemos que, al menos, por dos razones. *Primero*, los objetos de ambas vías pueden cruzarse, por caso, cuando las personas impugnan actos ilegítimos y —a su vez— exigen reparación por los daños y perjuicios. Entonces ¿cuál de las dos vías debemos elegir? *Segundo*, el concepto de legitimación en nuestro ordenamiento tiene matices y caracteres propios.

Por eso, aún cuando por hipótesis aceptásemos que el legislador que dictó la LPA siguió el modelo propio del Derecho Europeo o de otros derechos, sólo es posible avanzar en ese proceso de identificación en sus formas —es decir el molde—, pero no en el fondo. Descartado, entonces, este criterio sobre el origen del esquema de impugnación de las decisiones estatales en otros sistemas jurídicos, cabe volver decididamente sobre nuestro texto legal.

2. En este contexto —LPA— el principio es claramente, más allá de nuestro parecer, el agotamiento de las vías administrativas (artículo 30 LPA) mediante el reclamo administrativo previo. Sin embargo, este trámite tiene varias excepciones. Básicamente:

- 2.1. la impugnación de los actos administrativos de alcance particular (ver primer párrafo del artículo 30 que remite expresamente al artículo 23 LPA);
- 2.2. la impugnación de los actos administrativos de alcance general (ver primer párrafo del artículo 30 por remisión al artículo 24 LPA);
- 2.3. las excepciones que establece el artículo 32 LPA;
- 2.4. las vías de hecho (ver artículo 25 LPA, inciso d) y, por último,
- 2.5. el silencio administrativo (ver artículo 26 LPA)⁴⁵.

Las primeras tres excepciones al principio del reclamo administrativo previo están previstas en el propio texto del artículo 30 LPA, en tanto las otras dos surgen de la interpretación armónica de ese precepto con los otros artículos de la ley.

Otra cuestión sumamente importante es que en el supuesto de las vías de hecho, el silencio y las excepciones del artículo 32 LPA no es necesario agotar las vías administrativas.

Sin embargo, tratándose de las excepciones de los actos administrativos particulares o de alcance general, la ley nos conduce hacia otros modos de agotamiento. ¿Cuáles son esos otros caminos? En el caso de los actos de alcance particular: los recursos; en el supuesto de los actos de alcance general: el reclamo impropio del inciso a) del artículo 24 LPA.

En este cuadro sólo falta quizás preguntarnos cuál es el alcance del principio del artículo 30 LPA, luego de describir sus excepciones. Creemos que, tal como explicamos en el capítulo anterior, el reclamo administrativo previo sólo comprende las omisiones estatales.

III.3.2. El plazo de caducidad

Hemos dicho que el particular sólo puede acceder ante el juez si cumple con dos requisitos, esto es, el agotamiento de las vías administrativas y, luego, la presentación de la acción judicial dentro del plazo que prevé la ley —plazo de caducidad—. ¿Cuál es ese término? Dice el artículo 25 de la LPA que “**la acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa días hábiles judiciales**”.

⁴⁵ Respecto del hecho administrativo y el agotamiento de las instancias administrativas (artículo 25, inciso d) y 32 LPA) nos remitimos al capítulo anterior en cuyo contexto hemos distinguido entre el hecho contractual y extracontractual en relación con el plazo de caducidad ante el reclamo por daños, no siendo necesario -en ningún caso- transitar por las vías administrativas.

¿El plazo del artículo 25 LPA es un plazo de caducidad o prescripción? Sabemos que, por un lado, el Código Civil establece plazos de prescripción de las acciones, es decir que —más allá del derecho de las personas— éstas deben hacer sus planteos judicialmente en un plazo determinado por razones de seguridad jurídica. En tal sentido, el Libro IV, Sección III del Código Civil cuyo título es “De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo” establece en su Título II (“De la prescripción de las acciones en particular” —artículos 4020 al 4041 CC—), el plazo de prescripción de las acciones. En particular, el artículo 4023 del Código dice que “toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial”. Claro que —luego— el propio codificador estableció otros tantos plazos especiales de prescripción de ciertas acciones.

Por su parte, en el derecho público, el legislador nacional reguló en ciertos casos el plazo de prescripción de las acciones, por ejemplo, en el ámbito de la expropiación y la repetición de los tributos. Sin embargo existe claramente un vacío normativo que debe ser cubierto por extensión de las normas del derecho público ya citadas o por aplicación analógica del derecho civil —esto es, los mandatos de los artículos 4020 al 4041 CC—.

Sin embargo, antes de avanzar surge un interrogante previo que es de interés en este punto de nuestro desarrollo argumental : ¿cuál es el sentido del plazo de prescripción en el ámbito del derecho público si las acciones contra el Estado deben iniciarse en el término de noventa días, según el artículo 25 LPA? En otros términos, ¿cuál es la relación entre el plazo de caducidad del artículo 25 LPA y el plazo de prescripción? Reforcemos este razonamiento, ¿cuál es la razón de aplicar un plazo de prescripción de dos o diez años, si luego de transcurrido el término de noventa días el acto ya está firme y no es posible impugnarlo? En este contexto parece ser que el plazo de prescripción es irrelevante en términos jurídicos.

El interrogante debe resolverse en estos términos: **el plazo de caducidad y su cumplimiento es el principio general mientras que el plazo de prescripción es sólo excepcional**. Así, en el marco de las excepciones no corre el plazo de caducidad sino el de prescripción. Es decir, cuando no es necesario cumplir con el plazo de caducidad, entonces, nace el plazo de prescripción de las acciones.

También cabe preguntarse si el plazo de caducidad es distinto del de prescripción en su esencia y más allá del término de cada uno de ellos. Creemos que no existen diferencias sustanciales entre ambos institutos procesales en el campo del derecho público porque los dos constituyen plazos que deben cumplirse para la iniciación de las acciones judiciales.

Entonces, el plazo para iniciar las acciones judiciales contra el Estado debe regirse por la ley de procedimiento administrativo y su decreto reglamentario. Este bloque normativo contiene —entre otros capítulos— el régi-

men de **suspensión o interrupción** de ese plazo. Por su parte, el Código Civil —como ya sabemos— debe aplicarse en casos de excepción. Pero, ¿con qué alcance? Es decir, ¿debemos aplicar por ejemplo los institutos de suspensión e interrupción propios del derecho civil?

Veamos, *en primer término*, cuáles son las **disposiciones del Código Civil sobre suspensión e interrupción del plazo de prescripción**. Cabe recordar que el Código distingue entre estos dos institutos. Por un lado, en el caso de suspensión de los plazos “aprovecha para la prescripción no sólo el tiempo posterior a la cesación de la suspensión, sino también el tiempo anterior en que ella se produjo”, de modo que su efecto es “inutilizar ... el tiempo por el cual ella ha durado”. Por el otro, en el supuesto de interrupción “queda como no sucedida la posesión que le ha precedido ..”⁴⁶.

¿Cuáles son básicamente y entre otras las **causales de suspensión** que prevé el Código Civil? Dos casos: *primero*, cuando por razón de las dificultades, imposibilidad de hecho o maniobras dolosas del deudor, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, en cuyo caso los jueces están autorizados a liberar al acreedor o al propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses⁴⁷. *Segundo*, cuando la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, en cuyo caso se suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento por los daños. A su vez, el Código agrega que en tal caso debe cesar la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela.

Por otro lado, ¿cuáles son las **causales de interrupción** que prevé el Código Civil? Veamos. La prescripción se interrumpe por demanda judicial, aunque sea interpuesta ante juez incompetente, fuere defectuosa o el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio. A su vez, en este caso, la interrupción se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, si ha tenido lugar la deserción de la instancia o si el demandado es absuelto definitivamente⁴⁸.

***En segundo término*, recordemos en qué casos el plazo de caducidad debe interrumpirse o suspenderse según las normas propias del derecho público.**

⁴⁶ Ver artículos 3983 y 3998 del Código Civil.

⁴⁷ A su vez, el artículo 3980 CC agrega que “si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquella, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo”.

⁴⁸ Cabe agregar también como nota relevante que el Código Civil dispone que “siendo indivisible la obligación, o el objeto de la prescripción, la interrupción de ésta, hecha por uno solo de los interesados, aprovecha y puede oponerse a los otros.” A su vez, el legislador establece, entre otros conceptos, que “la prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción.” (artículo 3986, segundo párrafo). Ver artículos 3984 a 3998 inclusive del Código Civil.

La LPA dice que “la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable” (artículo 1º, inciso e, apartado 7).

Por su parte, el decreto reglamentario establece que “si a los efectos de articular un recurso administrativo, la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir ... En igual forma a lo estipulado en el párrafo anterior se suspenderán los plazos previstos en el artículo 25 de la ley de procedimientos administrativos” (artículo 76).

En el caso de los recursos optativos su interposición —según el texto de la ley— suspende pero no interrumpe el plazo del artículo 25 de la LPA (artículos 99 y 100 del decreto reglamentario), otro tanto ocurre con las “actuaciones practicadas con intervención de órgano competente”. Es decir, en este último caso los plazos legales y reglamentarios deben suspenderse, “inclusive los relativos a la prescripción” (artículo 1º, inciso e, apartado 9).

Finalmente, debemos tener presente que en los otros casos antes mencionados, esto es, los artículos 1º, —inciso e, apartado 7— de la ley y 76, 99 y 100 del decreto reglamentario, el régimen de suspensión o interrupción no comprende en términos literales el plazo de prescripción de las acciones, sino simplemente el plazo del artículo 25 LPA —plazo de caducidad—.

Expuesto el cuadro normativo vigente y ubicados en el campo del derecho público cabe hacerse entonces dos preguntas sustanciales:

- (A) **¿las causales de suspensión e interrupción de los plazos son aquellas de la LPA y su decreto reglamentario o las del Código Civil?** En otros términos, ¿cabe aplicar las causales y el régimen de suspensión e interrupción del Código Civil a los plazos de caducidad que prevé el artículo 25 de la LPA y otras leyes especiales del derecho público? y, por otro lado,
- (B) ¿debemos distinguir entre suspensión e interrupción o, por el contrario, en el marco del derecho público estamos ante un mismo instituto?

Contestemos estos interrogantes por separado:

(A) Creemos que no debemos aplicar las causales de suspensión o interrupción de los plazos de prescripción propios del Código Civil porque el régimen propio y específico del derecho público desplaza a aquél.

De todos modos, es importante señalar y agregar que la interposición de la demanda judicial contra el Estado interrumpe los plazos —salvo, obviamente, que el plazo ya esté cumplido— por aplicación supletoria del Código Civil. Cualquier otro camino interpretativo trae consigo un resultado ilógico y absurdo. Por ejemplo, cuando el particular interpuso las acciones judiciales

pero no agotó las vías administrativas, el plazo para interponer los recursos o reclamos debe interrumpirse. Pensemos que en tal caso el interesado debe volver sobre el camino administrativo, transitarlo y luego ir nuevamente a la vía judicial.

Sin perjuicio de contestar el interrogante en el párrafo anterior, subsiste el siguiente planteo, ¿en aquellos casos en que debe aplicarse el plazo de prescripción por disposición de la LPA —y no caducidad—, debemos aplicar las causales de suspensión e interrupción de la LPA, el Código Civil o ambos regímenes?

Entendemos que sólo debe aplicarse la LPA porque el modelo básico es justamente el de la LPA y su decreto reglamentario, de modo que las disposiciones del Código Civil revisten simplemente carácter supletorio. Por ejemplo en relación con la interrupción de los plazos por interposición de las demandas judiciales.

(B) Por otro lado, si legislador en el marco de la LPA y su decreto reglamentario —derecho público— distinguió textualmente entre suspensión e interrupción —y más aún tratándose de dos conceptos claramente delineados en el derecho civil— no es razonable presumir o concluir que utilizó de modo indistinto estos institutos procesales.

Hemos dicho que el principio es el plazo de caducidad y estudiamos también cuáles son los supuestos de suspensión e interrupción de éste. Sin embargo en ciertos casos —excepción— no rige el plazo de caducidad y —entonces— surge el plazo de prescripción de las acciones.

Pues bien, en este contexto es importante recordar **en qué casos no rige el plazo de caducidad** de la acción.

En primer lugar, cuando la ley —LPA— prevé expresamente excepciones respecto del plazo de caducidad. Así, el artículo 32 LPA no exige el agotamiento de las vías administrativas ni tampoco el cumplimiento del plazo de caducidad. Pero, ¿qué ocurre cuando el particular interpone el reclamo previo y éste no es obligatorio? ¿En tal caso, corre o no el plazo de caducidad? Entendemos que no porque la ley es clara en el sentido de que no es necesario agotar las vías administrativas y, consecuentemente, cumplir con el plazo de caducidad.

Otro ejemplo: el plazo de caducidad no corre en el supuesto de silencio de la Administración. El texto del artículo 26 de la LPA dice que “la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

Una aclaración importante: el plazo de caducidad no debe aplicarse en caso de **silencio** en los recursos administrativos. Este postulado es claramente razonable toda vez que el particular —en el caso de silencio del Estado y, consecuentemente, rechazo tácito de su pretensión— no sabe de modo feh-

ciente cuál es el comienzo del plazo de caducidad. Distinto es el caso del rechazo expreso ya que aquí las personas conocen de modo claro y cierto desde cuando debe contarse el plazo de caducidad. Esta verdad casi inmovible comienza a derrumbarse, lamentablemente, con la sanción de la ley 25.344. ¿Por qué? Porque la ley, según una interpretación literal, y así es seguida por muchos operadores sin perjuicio de su rechazo absoluto respecto del texto de la ley, exige que, aún en el caso de silencio en el marco del reclamo administrativo previo, el interesado deba interponer la acción judicial en el plazo de noventa días hábiles judiciales. Así, el plazo de caducidad corre aún en caso de silencio en el reclamo administrativo previo.

Creemos conveniente transcribir ese párrafo de la ley con el propósito de avanzar en su análisis e intentar otro camino interpretativo según los principios generales. El artículo 31 de la LPA, modificado por la ley 25.344, dice que “el pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción”. De tal modo, una vez presentado el pronto despacho y transcurrido el término de cuarenta y cinco días, el interesado debe comenzar a contar el plazo de caducidad de noventa días hábiles judiciales con el objeto de iniciar la acción judicial antes de su vencimiento. Quizás es importante recordar también que la ley, antes de la reforma introducida por la ley 25.344, no preveía plazo alguno —en el marco del reclamo administrativo previo— para iniciar las acciones judiciales contra el Estado. En cambio, luego de la reforma, la ley incorporó el plazo de caducidad.

De todas maneras, es posible interpretar el reclamo del artículo 30 de la LPA, en conjunción con el artículo 26 LPA, en los siguientes términos: en caso de rechazo expreso, el plazo de caducidad es de 90 días hábiles judiciales; mientras que si el rechazo es tácito, entonces, el plazo es el de prescripción. Este camino interpretativo logra salvar las inconsistencias del nuevo texto legal, es decir que en caso de silencio el plazo de extinción de las acciones judiciales es el de prescripción y no caducidad.

Cierto es que **en otros supuestos, el legislador no requiere el agotamiento de las vías en sede administrativa, pero sí exige el cumplimiento del plazo de caducidad**, por ejemplo las vías de hecho (artículo 25 LPA) y el acto administrativo dictado por el órgano superior.

Volvamos sobre el plazo de caducidad y en particular intentemos contestar el siguiente interrogante, **¿cómo debemos computar el plazo?** ¿Cuál es el punto de partida, es decir, el inicio del plazo? Veamos los diferentes casos.

- a) En el marco de los actos administrativos de alcance particular: el plazo de caducidad debe contarse desde la notificación del acto que agotó las vías administrativas;

- b) en el caso de los actos administrativos de alcance general: el plazo debe computarse desde que se notificó el acto de rechazo del reclamo contra el acto de alcance general;
- c) tratándose de actos administrativos de alcance general cuestionados por medio de actos individuales de aplicación: el plazo comienza a contarse a partir del día siguiente al de la notificación del acto que agotó las vías administrativas;
- d) en el caso de las vías de hecho: el plazo se computa desde que el comportamiento fue conocido por el interesado;
- e) en el marco de las omisiones: el término debe computarse desde el día posterior al de la notificación del rechazo expreso o, según el criterio literal de la ley, desde el día siguiente al del vencimiento del plazo para resolver, es decir, noventa días, pronto despacho, más cuarenta y cinco días y, por último,
- f) cuando el particular impugna un acto administrativo ilegítimo y, luego, una vez finalizado el proceso judicial, resuelve reclamar la reparación por los daños y perjuicios: ¿cuál es el plazo de caducidad para iniciar la acción judicial de indemnización por los daños y perjuicios? No existe plazo, sin perjuicio claro del plazo de prescripción.

Cabe agregar que en caso de silencio en cualquiera de los apartados a), b) y c) del párrafo anterior, no corre el plazo de caducidad sino sólo de prescripción. En el supuesto que prevé el punto e) —silencio estatal en el marco del reclamo— creemos que tampoco corre el plazo de caducidad, sin embargo el *texto* de la ley sigue otro camino.

La ley agrega que en el caso de los recursos judiciales directos —es decir, las acciones que deben plantearse directamente ante la Cámara de Apelaciones y no ante el juez de primera instancia—, el plazo es de treinta días hábiles judiciales —y no noventa días— contados “desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas”.

Por último, cabe recordar que las leyes especiales establecen muchas veces plazos especiales de caducidad, vale citar simplemente como ejemplo:

1. la ley marco de regulación del empleo público nacional, cuyo artículo 40 dispone que “el recurso judicial directo deberá interponerse ante el Tribunal dentro de los noventa días de notificada la sanción”;
2. la ley sobre el régimen de la energía eléctrica que en su artículo 81 establece que “las sanciones aplicadas por el ente podrán impugnarse ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los treinta días hábiles judiciales posteriores a su notificación” y, por su parte,

3. la ley marco de regulación del gas dice que “las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince días de notificada la resolución”.

Una cuestión relevante a debatir es si el plazo de caducidad es o no constitucional —más allá de su análisis normativo y el criterio judicial—.

Creemos que el plazo que prevé la LPA y las normas especiales no es razonable y consecuentemente, debe ser tachado de inconstitucional. Así, el legislador debe ampliar los plazos por varias razones:

- a) el régimen vigente impone pesadas restricciones en el acceso de las personas al poder judicial porque exige el agotamiento de las vías administrativas en plazos breves y con graves consecuencias en caso de incumplimiento, esto es, la pérdida del derecho de recurrir y ejercer su defensa;
- b) el plazo de caducidad es excesivamente corto y, por último,
- c) la desigualdad entre las partes es evidente, excesiva y desproporcionada porque las personas deben impugnar —como ya sabemos— en el término de noventa días hábiles, mientras que el Estado puede, en principio, revocar o iniciar las acciones del caso sin plazos de caducidad —sin perjuicio de los plazos de prescripción—⁴⁹.

Sin embargo, es importante aclarar que este no es el criterio de la Corte quien reconoció expresamente la constitucionalidad del plazo de caducidad en el precedente “Serra”. Allí, el tribunal sostuvo que “los plazos de caducidad previstos para la habilitación de la instancia contencioso administrativa ... constituyen una prerrogativa propia de la Administración Pública, para que, en virtud de los postulados del Estado de Derecho —entre los que se encuentran la justiciabilidad del Estado y la división de poderes— ella pueda estar en juicio ...”.

Los jueces agregaron más adelante “que ese especial tratamiento que el ordenamiento confiere a la Administración Pública, consecuencia, a su vez, del denominado régimen exorbitante del derecho privado (Fallos 308:731) que impera en la relación iusadministrativa, da sustento a la institución de los plazos de caducidad, cuya brevedad —acorde, claro está, con la razonabilidad— se justifica por la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos, buscando siempre que esos dos extremos prece-

⁴⁹ El artículo 27 de la LPA dice que “no habrá plazos para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”. Ver el excelente trabajo de GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, *Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa*, Derecho Constitucional Administrativo, editorial Ad-Hoc. 2007.

dentemente señalados —prerrogativa estatal y garantías en particular— encuentren su armónico equilibrio constitucional”⁵⁰.

En síntesis y más allá de nuestro criterio adverso, cierto es que el plazo de caducidad está previsto legalmente y ha sido declarado constitucional por la Corte.

III.4. Las medidas cautelares

Entre el inicio del proceso judicial y la resolución del conflicto llevado por las partes ante el juez, transcurre necesariamente un tiempo durante el cual las pretensiones pueden tornarse de difícil o imposible cumplimiento por distintas circunstancias. De modo que aún cuando el juez finalmente reconozca el planteo del recurrente, éste puede ser imposible de cumplir.

Con el objeto de evitar este escenario sin valor y absurdo, el ordenamiento procesal reconoce a los jueces el poder y, al mismo tiempo, el deber de proteger con carácter preventivo los derechos bajo debate. Ese poder es ejercido por medio del instituto de las medidas previas o también llamadas cautelares que sólo procede por pedido de las partes⁵¹. En otros términos, las medidas cautelares permiten preservar el objeto del proceso y su cumplimiento. Es que, en caso contrario, el objeto puede tornarse ilusorio.

Así, el derecho de protección cautelar, esto es, la garantía de realización del decisorio judicial y el carácter útil de éste, constituye un derecho instrumental que se desprende del derecho de defensa y tutela judicial en términos ciertos y reales⁵². Es decir, el derecho de defensa —acceso y tutela judicial— debe completarse con el derecho instrumental de lograr protección eficaz y esto sólo es plausible por medio de medidas de protección previas dictadas en el marco del proceso. Mas aún, el proceso cautelar tiene un sentido fundamental en los procesos contencioso administrativos puesto que permite lograr el equilibrio entre las prerrogativas del Estado, es decir el denominado régimen exorbitante —en el caso particular el carácter ejecutorio de sus actos— y las garantías y derechos de las personas⁵³.

⁵⁰ CSJN, “Serra, Feranando y otro c/ Municipalidad de Buenos Aires”, sent. del 26 de octubre de 1993; y CSJN, “Gypobras”, Fallos 318:441.

⁵¹ CHINCHILLA MARIN, CARMEN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitis, Madrid, p. 57.

⁵² El derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico por su recepción expresa -entre otros- en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de New York (artículo 2) que integran el derecho positivo de acuerdo al artículo 75 inciso 22, CN.

⁵³ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, La Ley, Suplemento de Actualidad del 28-03-01, p. 2. En efecto, la medida cautelar constituye una garantía que presenta un doble aspecto, por un lado, preserva la eficacia de la resolución final evitando la desaparición de los medios necesarios para la ejecución de la sentencia y, por el otro, tutela la integridad del derecho cuyo reconocimiento o restablecimiento se pretende obtener a través del fallo judicial.