

**Congreso de Derecho Público para Estudiantes y Jóvenes Graduados:
“DEMOCRACIA Y DERECHOS”**

31 de mayo y 1 de junio de 2012

Facultad de Derecho

Universidad de Buenos Aires

Ponencia

El agotamiento de la vía administrativa, ¿debe mantenerse como requisito obligatorio para la demanda judicial contra el Estado?

Abstract

La regla del agotamiento de la vía administrativa vista como obstáculo para la habilitación de la vía judicial es un tema que ya está instalado y que ha causado y causa encendidos debates. El análisis del sentido de mantener la subsistencia de esta regla y la propuesta consistente en eliminar su obligatoriedad al tiempo de sugerir alternativas se vislumbra como un camino para recuperar el verdadero sentido de la vía administrativa y dar la adecuada protección a los derechos del administrado en un intento por combatir la desigualdad imperante entre Administración y administrados en el procedimiento administrativo.

Autora

Nombre y apellido: Silvia Amelia Canna Bórrega

DNI: 17.199.547

Condición: Graduada

**Detalles del título: expedido el 10 de agosto de 2010 por Facultad de Derecho –
Universidad de Buenos Aires**

Datos de contacto:

E-mail: silviacanna@uolsinectis.com.ar

Celular: (15) 61654373

El agotamiento de la vía administrativa, ¿debe mantenerse como requisito obligatorio para la demanda judicial contra el Estado?

I. Introducción

En el marco del Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “DEMOCRACIA Y DERECHOS” y luego de un cuidadoso examen de los variados ejes temáticos propuestos por el Comité Organizador, nos hemos encaminado en el análisis de la polémica que se cierne en torno del agotamiento de la vía administrativa como condición necesaria e ineludible para que los administrados puedan tener acceso a la justicia.

A nuestro modo de ver, nos adelantamos diciendo que la respuesta al interrogante planteado debe ser negativa. Ello, como se verá, sobre la base de opinión autorizada de prestigiosa doctrina, antecedentes jurisprudenciales recientes tanto nacionales como extranjeros, la realidad de la situación del administrado ante la Administración Pública en la actualidad y el escenario político actual con un Estado que, sólo en apariencia, se presenta como campeón de derechos y libertades pero que en realidad día a día nos sorprende con medidas que conculcan derechos inalienables de los administrados quienes, a la hora de verse compelidos a actuar a fin de que sus agravios sean oídos, en más de una oportunidad se encuentran luchando dentro de una suerte de camisa de fuerza que en muchos casos termina por agotarlos y por frustrarles su acceso a la tutela judicial efectiva.

II. La “raison d’être” de la vía administrativa

La Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (en adelante LPA) que vio la luz en 1972 dejó atrás legislación que había vencido el viejo postulado de la “indemandabilidad del Estado”. Nos referimos a la Ley 3952 y a la Ley 11.634 que prescribieron, en el orden nacional, el requisito de la reclamación administrativa previa y su denegatoria por parte de la Administración para poder acceder a la justicia.(1)

La LPA junto con su Reglamento, el Decreto 1759/72 consagró la regla del agotamiento de la vía administrativa reuniendo la vía reclamativa y la recursiva y se apoyó en el concepto de que la vía administrativa es justamente el camino que le permite a la Administración analizar y rever sus decisiones antes de pasar a la instancia judicial. Vale decir que, la LPA dio relevancia al principio general conforme al cual el Poder Judicial puede revisar la legitimidad de las decisiones administrativas siempre y cuando se haya agotado el camino procedimental establecido por ley. La habilitación de la instancia judicial es, entonces, la resultante del agotamiento de la instancia administrativa.(2)

Siendo esta la estructura que comenzó a regir y que aun rige conforme a la LPA y su reglamento, el fundamento que sostiene la importancia de agotar la vía administrativa radica en afirmar que esta vía, en especial la que viene dada por la interposición de recursos, constituye “una colaboración para la eficacia

administrativa entre el administrado y la Administración” (3) y “una garantía para los afectados por resoluciones de la Administración en la medida en que les aseguran la posibilidad de reaccionar contra ellas y, eventualmente, eliminar el perjuicio que comportan”(4)

De este modo, la vía administrativa debe ser vista como una instancia en la que tanto Administración como administrado se benefician puesto que la primera tiene la posibilidad de revisar su error, volver sobre sus pasos y corregirse mientras que el segundo puede “colaborar” con la Administración para limar diferencias y hacerle ver su error ya que, en este sentido, el administrado se encuentra mejor posicionado para advertir el error administrativo pues él es el damnificado que acude a la Administración para encontrar conjuntamente una solución a los diferendos, solución esta que puede consistir en un hacer o no hacer administrativo o bien la anulación, revocación o modificación de un acto. Todo ello en el marco de los principios del procedimiento administrativo enunciados en la LPA a través del artículo 1, incisos a), b) y c) y del debido proceso adjetivo plasmados en el mismo cuerpo legal en el artículo 1, incisos f.1), f.2) y f.3).

Desde esta óptica, el principio del agotamiento de la vía administrativa parece ser coherente porque se lo ve como el “principio rector de colaboración mutua que debe prevalecer como condición esencial y hasta existencial de la relación entre la Administración y el administrado.”(5)

III. Cuando la noción de “vía administrativa” se desdibuja y su “agotamiento” previo a la habilitación de la instancia judicial resulta cuestionable

Conforme a las ideas esbozadas hasta ahora, la llamada “vía administrativa” y su “agotamiento” debe ser vista como aquel espacio que se transita entre el procedimiento administrativo y el proceso administrativo” (6) con preponderante rol de los plazos a tener en cuenta por el administrado cuando este decide actuar, supuestamente, en franca colaboración con la Administración.

Sin embargo la realidad pinta un panorama muy diferente. Para empezar, la noción de “colaboración” que no deja de ser predicada por prestigiosos expertos del Derecho Administrativo se ha transformado a punto tal que hoy por hoy, lo que se practica es la “gimnasia de la confrontación”, forzada disciplina deportiva animada por “la idea del enfrentamiento entre la Administración y los administrados” (7) y alimentada por el principio del supuesto carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa según la cual “se requiere –como condición ineludible para la procedencia de la revisión judicial- la existencia de un acto previo de la Administración aun en los supuestos de inactividad” (8)

Si bien esta idea del supuesto carácter revisor es de antigua data y bien podría argumentarse que en nuestros días tiene atenuantes y morigeraciones, le realidad es que el cumplimiento a rajatabla de la regla del agotamiento de la vía administrativa para acceder a la justicia y de este modo demandar al Estado nos retrotrae a ese marco de concepciones en el que esta absolutamente vedado el acceso a la justicia en tanto y en cuanto no exista un acto emanado de autoridad administrativa competente que dé por concluida la vía administrativa y que además sea de alguna manera el “conductor” de la actividad judicial que haya de desarrollarse posteriormente. En suma, ese acto que el administrado debe conseguir arrancarle a la Administración a su vez se convierte en un “presupuesto del proceso contencioso-administrativo y en

el patrón al que necesariamente debe ajustar el juez su sentencia al resolver la causa.”
(9)

En verdad, lo que ha venido ocurriendo de un tiempo a esta parte es que poco de lo que ha sido concebido en la legislación tiene su justa aplicación. Nos referimos, más concretamente, a una situación en la que el verdadero propósito de la vía administrativa se ha dejado de lado y por el contrario parece haberse reemplazado por una cantidad de circunstancias que terminan por enervar los derechos del administrado, atentar contra el debido proceso adjetivo que emana del artículo 18 de nuestra Carta Magna, condicionar la función del Poder Judicial que en más de una oportunidad se encuentra “embretada” por la Administración que fija el valladar infranqueable del agotamiento de la vía y, por último conspirar contra los propios preceptos de la LPA. En efecto, los principios ya referidos que contiene el artículo 1 en sus incisos pertinentes de este cuerpo normativo se vuelven letra muerta porque la misma Administración actúa con total desapego a estos principios. Hoy por hoy, los administrados no se benefician con los ejes rectores tales como los de “legitimidad, verdad material, oficialidad, informalismo a favor del administrado, debido proceso adjetivo, colaboración, gratuidad y celeridad, economía y sencillez que distinguen nítidamente al proceso administrativo del proceso judicial y de cuya debida tutela y efectiva aplicación depende la propia razón de ser de la vía administrativa.” (10)

A los innumerables casos de maltrato de la Administración para con el administrado, los interminables peregrinajes estériles a las distintas dependencias administrativas, los irrazonables gastos de timbrados que atentan contra el principio de gratuidad ya aludido, se agrega la desprolijidad de la Administración que se vuelve en extremo puntillosa hacia el administrado pero que en su quehacer cual es el de cumplir con eficiencia y celeridad para corregir aquello que ha causado agravio al administrado procede como le place si es que procede porque bien sabido es que la Administración suele caracterizarse por su inactividad y su silencio, cosa que, en conjunción con el régimen de plazos que existe en la legislación vigente, termina por dar el golpe de gracia que diluye la ya comentada razón de ser de la vía administrativa bastardeándola y haciendo del procedimiento administrativo un verdadero sinsentido donde los derechos de los administrados están en juego y donde todo lo que parece encontrarse en el camino a la instancia judicial, si es que alguna vez en estas condiciones se llega a ella, es un tendal de obstáculos que torna inútil el echar mano a los instrumentos que por ley el administrado debe utilizar para procurar ser oído.

El tema de los plazos es, probablemente, uno de los más urticantes en este contexto tanto en la vía de los reclamos como de los recursos. (11) Y ello es así porque ha llevado y aun lleva a situaciones en las que la fugacidad y perentoriedad de estos plazos atentan contra el administrado que sabe que, según el ordenamiento vigente, tiene que recorrer un largo camino –vía administrativa- para llegar a la instancia judicial pero que, pese a sus esfuerzos, le hacen perder su derecho por expiración de estos plazos fatales, extremo a los que muchas veces se arriba por inactividad, inercia e inoperancia de la propia administración, cosa que torna al régimen actual en inútil y de muy complicada utilización.

En efecto, la LPA introdujo plazos de caducidad para demandar al Estado además de lo que se viene diciendo en esta ponencia, cual es la imposición de la regla del agotamiento de la vía administrativa lo que “constituye un requisito innecesario que alarga el trámite previo a la demandabilidad el Estado, demorando

consecuentemente los plazos para que los ciudadanos puedan obtener tutela efectiva de sus derechos.” (12) De modo que, por un lado, se cuenta con demoras injustificadas para acceder a la tutela judicial efectiva y, por el otro, se somete al administrado a estos exiguos plazos “que operan como verdaderos plazos de prescripción de los derechos de fondo cuando el particular no promueve la acción judicial.” (13)

La vuelta de tuerca que faltaba respecto de los plazos de caducidad para demandar al Estado se da con la reforma que introduce el artículo 12 de la Ley 25.344 de Emergencia Económico-Financiera en el 2000 modificando los artículos 30, 31 y 32 de la LPA. Esta modificación complicó el panorama aun más en cuanto a las posibilidades de demandar al Estado ya que se puso más énfasis en el recaudo del agotamiento de la vía administrativa para habilitar la instancia judicial “con la comprobación oficiosa de incumplimiento del recaudo del agotamiento que impide a los jueces dar curso a las demandas previstas en los artículos 23, 24 y 30 de la LPA.” (14)

Y la reacción del ámbito judicial en nuestro país durante años ha sido el de considerar inaccesible la vía judicial toda vez que no se hubiese producido el agotamiento de las vías administrativas previas, aunque afortunadamente, parece que se vislumbra la intención de cambiar el rumbo, como se aprecia en la acertada decisión del caso “Biosystems S.A.” (15) en el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 31 de la LPA. (16)

Como se puede apreciar, y como adelantáramos en la introducción, existen sobradas razones para dar una respuesta negativa al interrogante que propone el eje temático elegido. Lo que ahora interesa comentar gira en derredor de las nuevas tendencias frente a esta preocupante realidad y de las sugerencias posibles para contribuir a cambiar la situación actual.

IV. Se avizoran nuevas tendencias y planteos

Con un entendimiento cabal del tema y con la consecuente lucidez para verter sus opiniones, calificados doctrinarios del Derecho Administrativo bregan por alertar sobre la necesidad de reflexionar acerca de un posible cambio en la legislación actual y en instrumentar mecanismos que consagren el intrínseco carácter “colaborativo” de la vía administrativa la cual debe ser un vehículo en el que Administración y administrados discutan sus diferencias en un ámbito donde no reine la remanida idea de confrontación que los presenta como desiguales contrincantes. No hay tal enfrentamiento ni tampoco tal desigualdad porque la Administración y el administrado en esta tarea de colaboración tienen deberes y obligaciones que bien podrían cumplirse con reglas claras y actitudes coherentes por parte de la Administración porque, de lo contrario, “el administrado se siente enfrentado al Estado que controvierde como si estuviera en una lucha permanente tal si fuera una batalla judicial” (17)

Algunos de estos eximios doctrinarios hasta han llegado a plantear la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de los plazos de caducidad para demandar al Estado (18) sobre la base de su análisis de aquello que resulta incongruente en la actual LPA (19).

Y más aún. En reciente trabajo doctrinario, el profesor Cassagne ha planteado la inconstitucionalidad de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa por encontrarla en franca contradicción con los preceptos de la Constitución de 1994 que ha dado rango constitucional a los Tratados Internacionales en su artículo 75.22 que expresamente defienden el derecho a la tutela judicial efectiva en todos los ámbitos incluido el administrativo (20).

Concluimos el acápite III con un fallo de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso-Administrativo, Sala III (caso “Biosystems S.A.”) que, como se comentó, echa un poco de luz a esta cuestión en el seno de la jurisprudencia nacional. Pero también contamos con otros antecedentes jurisprudenciales en nuestro país que parecen estar dando señales de que ha llegado la hora de, por lo menos, cuestionarse el sentido que tiene la infranqueabilidad de la vía administrativa como paso obligado para habilitar la instancia judicial. Nos estamos refiriendo al caso “Gaineddu” (21) en el que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires enfatiza los preceptos de los artículos 15 y 166 de la Constitución Provincial (22) y pone de relieve que la vía administrativa no tiene por qué agotarse necesariamente en todos los casos porque ello configura una palmaria denegación de justicia para el administrado.

En el plano internacional también existe jurisprudencia que da cuenta de lo inconveniente que resulta, en los tiempos que corren y habida cuenta de los cambios producidos en materia de protección de derechos, el apego a la regla del agotamiento de la vía administrativa. Claro ejemplo de ello es el caso resuelto por la Corte Suprema de Costa Rica (23).

Y, finalmente, como corolario de lo dicho hasta ahora y antes de pasar a nuestras conclusiones y sugerencias, vale la pena mencionar una nueva dimensión que se agrega a la ya mencionada tutela judicial efectiva. Se trata de la llamada “tutela administrativa efectiva” tratada con claridad por Ricardo Alberto Muñoz (h.) en un trabajo de reciente factura (24).

V. Conclusiones y sugerencias

Lo expuesto hasta ahora no hace más que confirmar la necesidad de cuestionarse el sentido de mantener vigente la valla infranqueable de la regla del agotamiento de la vía administrativa y, en nuestra opinión, reiteramos que la respuesta al interrogante planteado debe ser negativa.

Es verdad que la LPA incluye algunas salvaguardas, vale decir, algunas excepciones a esta regla pero así y todo hay quienes consideran que la LPA significó un retroceso en comparación a la legislación anterior que se consideraba de avanzada para su época (25).

Sin embargo, y más allá de estas opiniones, lo cierto es que existe una desnaturalización del procedimiento administrativo porque creemos que, a partir del análisis de la situación actual, lo que debe hacerse es pensar en alternativas que recuperen la verdadera razón de ser de la vía administrativa la que debe subsistir para facilitarle las cosas al administrado y no para ser obstáculo y así permitirle a la Administración arrogarse el rol de juez y parte negándole al administrado el derecho de acceder a la justicia con lo cual se pone en jaque una de las principales garantías constitucionales.

No compartimos ideas radicales que contemplen hacer tabula rasa, dar por tierra con el andamiaje normativo existente o, para ponerlo en términos más gráficos, “barajar las cartas y dar de nuevo”, porque en nada ayudaría esta actitud pendular a la que los argentinos ya estamos acostumbrados y que en más de una ocasión nos ha dado resultados verdaderamente nefastos.

Lo que venimos a sugerir, desde nuestro modesto punto de vista podría resumirse en este puñado de ítems:

- 1) revisar y modificar lo atinente a plazos en la actual LPA a fin de evitar los casos en que su perentoriedad conculca derechos de los administrados;
- 2) simplificar las vías por medio de las cuales los administrados deben actuar ante agravios provocados por el obrar de la Administración. En este sentido bien podría pensarse en simples trámites reclamatorios que, ante la indiferencia de la Administración, habiliten sin más la vía judicial. Ello conllevaría a la reflexión sobre la conveniencia y practicidad de sostener la convivencia entre los sistemas reclamativos y recursivos;
- 3) pensar las eventuales modificaciones normativas teniendo como norte la sencillez y las reglas claras tanto para los funcionarios de la Administración como para los administrados, evitando así que el Derecho Procedimental Administrativo se transforme en un verdadero galimatías, perfecto caldo de cultivo para que la Administración salga ganando y así se haga cada vez más evidente la posición de desigualdad que ocupa el administrado;
- 4) considerar la posibilidad de implementar instrumentos rápidos y sencillos para arribar a soluciones que restrinjan cada vez más la llegada a los estrados judiciales a fin de que se eviten largos y costosos procesos judiciales que a ningún administrado le interesa afrontar. En este sentido nos referimos a la utilización de técnicas de resolución de conflictos entre la Administración y los administrados y a la posibilidad del arbitraje para casos más complejos, en las que habría una mayor participación y se aprovecharía al máximo lo que en esta ponencia esbozamos como la razón de ser de la vía administrativa. De este modo, se consideraría el acceso a la justicia, si bien derecho consagrado en la Constitución, como una especie de “última ratio” a la que el administrado echaría mano como recurso final.

Estas sugerencias, que seguramente serán apenas algunas de las muchas otras que los expertos en la materia pueden hacer –este solamente ha pretendido ser un humilde aporte- claro está, deben encuadrarse dentro de límites que no desajusten el delicado equilibrio que ha de existir entre Administración y administrado cuyos derechos deben ser respetados al tiempo que sus obligaciones cumplidas en tiempo y forma. De allí que propendemos a un exhaustivo examen de la normativa actual a fin de retener y, de ser necesario, mejorar lo que tiene de bueno y armonizarlo con lo nuevo que ha de venir.

(1) CASSAGNE, Juan Carlos. “El acceso a la justicia administrativa”. LL, T. 2004-D, pág. 1228 y ss.

(2) BIANCHI, Alberto B. “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?” LL, T. 1995-A, pág. 399.

(3) MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, t. I, pág. 671, Ed. Abeledo Perrot, 4º edición, Buenos Aires, 1990 – citado en Bianchi, Alberto B., ob. cit., pág. 407.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”, t. II, pág. 436. Ed. Civitas, 2º edición. Madrid, 1988 – citado en Bianchi, Alberto B., ob. cit., pág. 407.

(5) TAWIL, Guido Santiago. “El principio de colaboración y su importancia en el proceso administrativo”. LL, T. 1985-E, págs. 953-954.

(6) CANOSA, Armando N. “Necesaria actualización del proceso administrativo nacional”. JA – Suplemento, 2011 – 1, pág. 73

(7) TAWIL, Guido Santiago. “El principio...” ob. cit, pág. 955

(8) TAWIL, Guido Santiago. “Administración y Justicia: alcance del control judicial de la actividad administrativa”, t. I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 154.

(9) TAWIL, Guido Santiago. “Administración...”, ob. cit, t. I, pág. 161

(10) TAWIL, Guido Santiago. “A propósito del 75 aniversario de La Ley, su influencia en nuestra especialidad y el futuro del procedimiento administrativo”. LL – Suplemento Administrativo 2010 (agosto), 88. Pág. 2

(11) CANOSA, Armando N. “Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa”. ED (1996) t. 166, págs. 988-1003. Ver su análisis en el apartado 3.A respecto del rol de los plazos y el agotamiento de la instancia administrativa en concordancia con la tutela judicial efectiva (págs. 994-997).

(12) CASSAGNE, Juan Carlos. “El acceso...”, ob. cit, pág. 1229

(13) HUTCHINSON, Tomás. “Proceso Administrativo”, t. I, pág. 20. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, considera innecesario establecer plazos fugaces de caducidad para acceder a la justicia y propone una reforma legislativa que consagre plazos más amplios – citado en Cassagne, Juan Carlos, “El acceso...”, ob. cit, pág. 1229.

(14) AGUILAR VALDÉZ, Oscar R. “El agotamiento de la vía administrativa”, pág. 81, en Tawil, Guido Santiago (Director) “Procedimiento Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. Pág. 73 y ss.

(15) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 2011/04/18 – “Biosystems S.A. c. E.N.-Mº Salud-Hospital Posadas s/ contrato administrativo. LL, T. 2012-A, pág. 378 y ss. En este caso, una sociedad anónima formuló un reclamo administrativo ante el Ministerio de Salud a fin de obtener el cobro de facturas adeudadas. Luego de haber requerido el pronto despacho y no obtener pronunciamiento expreso, interpuso demanda judicial contra el Estado Nacional. El a quo declaró no habilitada la instancia judicial por haber vencido el plazo de

caducidad previsto en el artículo 25 de la LPA. El administrado apeló la sentencia y planteó la inconstitucionalidad del artículo 31 de la LPA. La Cámara admitió el planteo y dijo que el artículo 31 de la LPA es inconstitucional en cuanto exige que el reclamo judicial frente al silencio de la Administración sea impetrado dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 25 de la Ley citada –una vez vencido el plazo del pedido de pronto despacho-, pues ello condiciona el acceso a la justicia, ya que dicho plazo perentorio sólo resulta razonable aplicar frente a la impugnación de un acto expreso y no cuando lo que se persigue es el reconocimiento de una situación jurídica preexistente a través del dictado de una resolución que así lo disponga o, en caso de omisión, mediante la declaración judicial.

(16) Ver comentario al fallo “Biosystems S.A.”, bajo el título “Caso Biosystems S.A.: un avance en la defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria” por Marcelo A. Bruno Dos Santos (LL., LL, T. 2012-A, pág. 379 y ss.) donde el autor explica y fundamenta su elogio a esta decisión judicial.

(17) GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “La defensa procesal del administrado y el acceso a la justicia”. DJ1989-2, 545.

(18) CASSAGNE, Juan Carlos. “El acceso...” ob. cit., pág. 1229. En este trabajo, el autor reflexiona sobre los plazos de caducidad y afirma que “sólo serían constitucionales si no impiden después deducir una reclamación administrativa previa, ya que, en estos supuestos, el particular evidencia su voluntad de promover la acción judicial, pero carece de sentido aplicarlos a partir de cualquier decisión que resuelva la clausura del estado administrativo, dado que, en estos supuestos, se afecta la tutela judicial efectiva al bloquearse el acceso del particular a la justicia interpretando que su voluntad es la de renunciar a este derecho. Por ello, los plazos de caducidad para accionar contra el Estado debieran reputarse inconstitucionales en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva. (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional y arts. 8 y 25 del pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna).”

(19) CASSAGNE, Juan Carlos. “El acceso...” ob. Cit., pág. 1230. “La LPA pretendió combinar dos técnicas procesales que responden a principios diversos y que resultan incompatibles en su funcionamiento como consecuencia de mantener simultáneamente la regla del agotamiento de la vía administrativa con la institución del reclamo administrativo previo. Como la regla del agotamiento estaba conectada con plazos de caducidad para acceder a la justicia (a través de la denominada vía impugnatoria) mientras que la acción judicial promovida después de haber interpuesto un reclamo administrativo previo (llamada vía reclamatoria) sólo estaba alcanzada por los plazos de prescripción, surgieron una serie de conflictos que llevaron a la jurisprudencia por la supremacía de la acción impugnatoria (con plazos de caducidad), exigiéndose (por ejemplo en materia de los actos dictados durante la ejecución de contratos administrativos) el agotamiento de la vía administrativa y la promoción de la demanda judicial dentro de unos breves plazos de caducidad. O sea que, mediante una técnica formal, el acceso a la justicia resulta denegado por los jueces cuando los particulares no cumplen estrictamente con la carga procesal de promover las acciones judiciales dentro de los perentorios y cortos términos que establecen las leyes, sin importar la sustancia ni la estabilidad de los derechos de los ciudadanos afectados por actos de los poderes públicos.

(20) CASSAGNE, Juan Carlos. “Subsistencia de la regla de agotamiento de la vía administrativa”. LL, T. 2011-D, pág. 1137 y ss. Véase su posición frente a la aplicación de esta regla a través de los siguientes extractos: [...] “pensamos que la regla se encuentra en pugna con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que vinculan nuestro ordenamiento constitucional con el derecho supranacional. Más que la fugacidad de los plazos, lo que se halla en crisis es el propio sistema recursivo montado, de un modo un tanto inexplicable e injustificado sobre el esquema del derecho procesal civil.” [...] “De ese modo, el acceso a la justicia se ha convertido en una formidable carrera de obstáculos que, tras la máscara de la seguridad jurídica, le división de poderes, la conveniencia que la Administración pueda enmendar sus errores e ilegalidades, ha transformado el régimen procesal administrativo en un conjunto desordenado e ilógico de ritualismos inútiles.” [...] “En efecto, la regla del agotamiento esta asociada a una serie de dogmas y teorías que terminan por aniquilar la tutela administrativa y judicial efectiva que instituye la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8.1 y 25, preceptos que no sólo forman parte de nuestra Constitución (art. 75.22) sino que poseen una jerarquía superior, aun cuando no puedan afectar las garantías de la primera parte. Entre esas concepciones, se encuentran el dogma revisor, la teoría de los actos consentidos y los plazos de caducidad establecidos para promover la acción judicial contra el Estado que, al circunscribir su aplicación únicamente a este último, transgrede la justicia e igualdad. [...] “la cruda realidad indica que la Administración no hace lugar casi nunca a los recursos jerárquicos ni a los reclamos previos. ¿Para qué entonces obligar a interponerlos?” [...]”En el estado constitucional de derecho ha surgido un nuevo paradigma configurado como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, que se proyecta también a la protección administrativa de los derechos individuales y colectivos. Ese nuevo paradigma surge de los tratados internacionales de derechos humanos, en particular de los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de san José de Costa Rica) y art. 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, que consagran como principio general, el acceso a la justicia en forma efectiva e irrestricta. [...] “Como la Convención Constituyente de 1994 consagró la jerarquía constitucional preferente de los tratados sobre las leyes y como determinados tratados de derechos humanos integran el entramado constitucional, sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución (art. 75.22), es evidente que la regla del agotamiento de la vía administrativa –en su concepción absoluta- ha devenido inconstitucional, por impedir el acceso irrestricto a la justicia.” [...]”Un conjunto de principios de rango supranacional tornan imperativa la hermenéutica de la Constitución que se deja expuesta. Es que ella resulta vinculante en virtud de los principios *pro homine*, *pro libertate* y *pro accione*, que mandan, sucesivamente, que los ordenamientos nacionales respeten los derechos humanos de las personas, no traben sus libertades ni obstaculicen la realización de la justicia, permitiendo y favoreciendo el acceso irrestricto de los ciudadanos a los tribunales judiciales.”

(21) In re “Gaineddú, Juan Daniel c. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda Contencioso Administrativa”, 23/04/2003. JA, 2003-III-252. Mencionado por Cassagne, Juan Carlos en “Subsistencia de la regla...”, ob. cit. En el considerando 4 se deja en claro que [...] “Resulta inocultable el cambio paradigmático que introduce el nuevo texto constitucional, en cuanto persigue extender el enjuiciamiento de las contiendas administrativas y vigorizar el control de la Administración, favoreciendo el acceso a los tribunales contencioso administrativos. Se deduce, entonces, de aquella norma y de la explícita

consagración de la eficaz tutela judicial (art. 15, Const. Pcial.) la superación del formalismo extremo que caracterizó, a veces como una rémora inconducente para la obtención de una solución judicial de los conflictos, a ciertos institutos correspondientes al régimen de admisibilidad del proceso en la legislación adjetiva gestada en el anterior sistema.

En este contexto, supuesta la efectiva configuración de un caso (art. 166, *in fine*, Const. Pcial.), para cuya ocurrencia en ocasiones puede ser menester la articulación de un pedimento ante la entidad administrativa, el tránsito por vías administrativas -ora la reclamación ante la autoridad ora el procedimiento recursivo en la misma sede- han de tener cabida, como excepción a la directa demandabilidad estatal, en aquellas hipótesis expresamente requeridas por un enunciado normativo de rango legal. Regulación de la cual la carga de acudir ante la administración ha de ser una expresa y razonable consecuencia, a fin de no contrariar el principio de accesibilidad irrestricta a la jurisdicción (art. 15, Const. Pcial.).

(22) Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994)

Artículo 15.- La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

Artículo 166.- La Legislatura establecerá tribunales de justicia determinando los límites de su competencia territorial, los fueros, las materias y, en su caso, la cuantía. Organizará la Policía Judicial.

Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales.

Podrá disponer la supresión o transformación de tribunales, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 176 y la creación de un cuerpo de magistrados suplentes, designados conforme al artículo 175 de esta Constitución, del que dispondrá la Suprema Corte de Justicia para cubrir vacantes transitorias.

La ley establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia.

Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.

(23) In re “Fonzeca Ledezma, William”. Corte Suprema de Costa Rica – 15/03/2006. Mencionado por Cassagne, Juan Carlos en “Subsistencia de la regla...” ob. cit. Considerando IV: “En la concepción clásica del Derecho Administrativo sustancial y formal, las administraciones públicas, en cuanto procuran y atienden los intereses públicos o la satisfacción de las necesidades colectivas, deben estar provistas de una serie de prerrogativas extraordinarias. Así, en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo, tradicionalmente, se admitió como un privilegio de carácter formal el agotamiento preceptivo de la vía administrativa o la vía gubernativa previa, esto es, que los administrados que se estiman lesionados o agraviados por un acto administrativo deben, de previo a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes contra el mismo en sede administrativa. Consecuentemente, el agotamiento de la vía administrativa, se

convierte en un requisito de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo en su versión objetiva o revisora clásica y tradicional.” [...] “De esta forma, en la vía administrativa la administración pública se convierte, al mismo tiempo, en juez y parte, puesto que, debe atender las solicitudes o pedimentos formulados por los administrados y resolver los recursos administrativos ordinarios que procedan contra el acto final que ella misma dicte.” [...] “Modernamente las administraciones públicas deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de Derecho más del ordenamiento jurídico, de modo que resulta repugnante para el Derecho de la Constitución la asimetría o desigualdad crónica que campea en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa entre el administrado o el ciudadano y el respectivo ente público.” / Considerando V: “Actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida [...] y con el principio de igualdad, puesto que, sólo en el proceso contencioso-administrativo –y no así en el resto de las jurisdicciones- se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes. La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición –entendido este último como el recurso horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo-, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado; b) es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; c) la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía” [...] “En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los ordenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. [...] “las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados.” / Considerando VI: “La interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales de los administrados a una justicia pronta y cumplida y a la igualdad, impone replantearse cualitativamente el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa

impuesto por el legislador. En efecto, debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes. (Los subrayados nos pertenecen)

(24) MUÑOZ, Ricardo Alberto (h.) “La tutela administrativa efectiva”. Revista Jurídica Argentina La Ley. Año LXXVI, N° 61, de fecha 29/03/2012. En su extenso artículo, este autor sostiene que “en un entorno de relaciones entre la Administración Pública y los particulares, debemos ubicar el principio de tutela administrativa efectiva como un principio propio del procedimiento administrativo y, como tal, continente de garantías que asisten a los particulares y cauce formal de toda la actividad administrativa. Por ello, la tutela administrativa efectiva se extiende a todas las vertientes y etapas del procedimiento administrativo alcanzando toda la instrumentalización que los órganos públicos quisieran hacer de su función administrativa.”

(25) CASSAGNE, Juan Carlos. “El acceso...” ob. Cot., pág. 1228 y ss.