

¿NATURALEZA Y LÍMITES DE LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

FERNANDO GARCÍA PULLÉS
Profesor Titular de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1.Introducción. 2. Los recaudos exigidos para habilitar la instancia judicial en el ámbito federal. 3. Antecedentes de la habilitación de la instancia en el contencioso administrativo. 4. El tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia. 5. Las reformas a la Ley de Procedimiento Administrativo introducidas por la Ley de Bases. 6. Los requisitos de la habilitación de la instancia, continúan siendo presupuestos o se han transformado en defensas disponibles. 7. Los límites de los presupuestos de habilitación de la vía judicial. 8. A modo de epílogo.

I.INTRODUCCIÓN

La reforma que la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) introdujo a la regulación legal del Procedimiento y el Proceso Administrativo ha generado distintos escenarios, tanto por la modificación de aspectos centrales del procedimiento –legitimación, sistemas de silencio, vicios del acto administrativo, caracterización de las nulidades, prescripción– como por la creación de nuevas figuras en el ámbito de la habilitación de la instancia, la eventual transformación en un ritualismo inútil a los recursos de los contra-interesados afectados por un acto administrativo que genera derechos subjetivos que se están cumpliendo luego de su notificación¹, la ampliación de la legitimación para la impugnación directa de los actos de alcance general, la incorporación del amparo como causa de interrupción de los plazos para demandar y la procedencia de interponer recursos administrativos contra la resolución que resuelve el reclamo

1 Ver: GARCÍA PULLÉS, Fernando, “Los límites a la potestad revocatoria de la administración en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, *Revista Jurídica La Ley*, 4 de octubre de 2024.

administrativo previo, entre muchos otros². En estas reformas han quedado territorios oscuros que corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia aclarar.

Uno de esos ámbitos es el que debe ser asignado a la naturaleza que corresponde atribuir a los institutos de la habilitación de la instancia, pues pequeñas modificaciones –casi sutiles– en el texto de algunos artículos modificados por la Ley 27.742, podrían dar lugar a la reaparición de viejas concepciones que deben ser examinadas nuevamente. Tal el propósito de este trabajo.

2. LOS RECAUDOS EXIGIDOS PARA HABILITAR LA INSTANCIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO FEDERAL

En el sistema diseñado por la Constitución Argentina (CN) es claro que la última voluntad jurídica del Estado, en materia jurídica, ha sido otorgada al Poder Judicial. Ello ocurre en el ámbito de la jurisdicción federal, como también en el de la jurisdicción provincial³.

La jurisdicción en su acepción más estricta –porque también *dicen el derecho* el legislador cuando dicta las leyes, el administrador cuando resuelve que corresponde su aplicación en un caso dado y hasta los ciudadanos cuando celebran contratos que regulan sus conductas– ha sido otorgada por la CN al Poder Judicial de la Nación y por las provincias a sus respectivas organizaciones jurisdiccionales. Ello implica otorgar a ese poder la última voluntad jurídica del Estado nacional o provincial, porque la sentencia genera la sustitución de la voluntad de las partes del proceso que pasan a confundirse con la voluntad del juez, contenida en el fallo una vez firme. Esto no ocurre en la, a mi juicio mal llamada *jurisdicción administrativa*, pues los actos de tal naturaleza no producen esa sustitución si no fuera por el acuerdo del destinatario del acto administrativo, ya que a falta de ese acuerdo los ciudadanos podrán siempre acudir al control judicial, en los términos de los precedentes que han aclarado tal limitación a la actuación administrativa⁴.

Esta particular situación de la función jurisdiccional en la estructura republicana debía ser compatibilizado con el esquema de frenos y contrapesos que inspirara ese sistema de gobierno. Montesquieu elaboró su teoría de la separación

2 Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, “La habilitación de instancia en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, *Revista Jurídica La Ley*, 13 de noviembre de 2024.

3 Es necesario recordar que, según dispone el art. 14 de la Ley 48 los conflictos que se resuelven por aplicación de las leyes locales o las que el Congreso de la Nación dicta en los términos de las competencias atribuidas por el art. 75, inc. 12, fenecen en el ámbito de la jurisdicción local y solo permiten la apertura de la vía excepcional del recurso extraordinario cuando existe una cuestión federal (simple, compleja directa o compleja indirecta) que tenga relación directa con la solución del pleito y se haya resuelto de modo contrario a los derechos fundados en ella; y como última *ratio* (sentencia definitiva y tribunal superior).

4 Según resulta de los precedentes “Fernández Arias c/ Poggio” Fallos: 247:646 y, más recientemente “Anegl Estrada y Cia” Fallos: 328:651-, entre muchos otros.

de los poderes del Estado⁵ advirtiendo su conexión con la libertad, afirmando que cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente y que no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, porque si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador y si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

No dejo de considerar que vivimos tiempos de sociedades *líquidas* en que el apego a sistemas jurídicos meramente normativos se ha demostrado ineficiente⁶, pero es justamente esa liquidez la que corrobora aún más la importancia de la potestad atribuida a los jueces, porque la aplicación de principios, precedentes y doctrinas, que no se consagran literalmente en normas jurídicas escritas y hasta modulan su interpretación para la resolución de los conflictos, amplían el territorio de la discrecionalidad judicial, que ya no puede invocarse como limitada a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, sino en todo caso “la boca que establece cómo debe compatibilizarse el orden normativo con los principios de jerarquía superior que integran el sistema jurídico”⁷.

Aquel carácter sustitutivo de la jurisdicción, no me canso de repetirlo, tiene en el ámbito del contencioso-administrativo una valoración aún mayor. Porque en este territorio se produce, además de la típica sustitución procesal, otra de carácter institucional. La sentencia reemplaza la voluntad del Poder Legislativo cuando declara la inconstitucionalidad de una ley, tanto más en aquellos sistemas en que se admiten acciones de inconstitucionalidad *on its face* de las leyes⁸, como también la del poder administrador, cuando decide la nulidad por ilegitimidad de un acto administrativo de carácter general o particular.

Ese inmenso poder atribuido por el sistema republicano a la función jurisdiccional ha encontrado su quicio sometiendo su ejercicio a la existencia de ciertos presupuestos, sin cuya ocurrencia no es posible considerar la habilitación de tal función: la existencia de caso –jurídico, actual y concreto– planteado por

5 CHARLES DE SECONDAT, Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748.

6 Así lo ha explicado con claridad la profesora uruguaya Cristina Vázquez en las 50 Jornadas Nacionales e Internacionales de Derecho Administrativo celebradas en la ciudad de Santa Fe, en el mes de noviembre de 2024.

7 Tal vez uno de los ejemplos más claros haya sido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)” Fallos: 342:459.

8 Sobre el sistema norteamericano de declaración de inconstitucionalidad ver BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Bs.As., Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, T. I, p. 345 y ss.

una parte legitimada, titular de un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo, individual o colectivo, según se trate.

No es casual que esta demarcación de los límites de la actuación del Poder Judicial haya aparecido en una de las primeras leyes de la República. El art. 2º de la Ley 27 establece que la jurisdicción “nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”.

No parece del caso discutir *in extenso* aquí la exactitud de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, que ha entendido que la existencia de caso presupone la de parte⁹. En mi opinión podría plantearse un caso justiciable por quien no estuviera legitimado (por ello las leyes adjetivas prevén la posibilidad de la excepción de falta de legitimación para obrar manifiesta), como también que alguien afectado en un interés jurídicamente protegido planteara al juez un caso abstracto o no actual (*mot case*), extremo que justifica la regulación procesal del rechazo *in limine* de la demanda.

Es imprescindible poner de relieve que estos presupuestos de la habilitación de la jurisdicción, en general, tienen sustento en el principio republicano de gobierno y, por tanto, jerarquía constitucional. La cuestión tiene efectos trascendentes, que se analizarán más tarde, y obliga a diferenciarlos de otros presupuestos que encuentran apoyatura solo en las leyes, tales como la exigencia de la mediación previa, en los casos no excepcionados por la Ley 26.589.

3. ANTECEDENTES DE LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El tema de la apertura de la jurisdicción en el ámbito de los juicios en que la Nación es parte demandada tiene una larga historia. Para no ahondar en ella, dígase que la doctrina más autorizada¹⁰ hubo de concluir que la jurisdicción que la CN argentina otorgaba al Poder Judicial, en los casos en que la Nación fuera parte demandada, no provenía de esa cima de la pirámide del derecho positivo en el orden jurídico nacional, sino de las leyes.

A esta conclusión se arribó a partir de la consideración de los antecedentes de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo art. III fue replicado en nuestra norma constitucional (hoy el art. 116 de la Ley Suprema Argentina). Las citas de El Federalista y de Story y de la Judiciary Act de 1789, en todos los casos respecto de los alcances del citado art. III de aquella Constitución, que indicaba –como lo hacía la norma originaria de nuestra Carta Magna y la actual– que la Justicia Federal tiene jurisdicción en los “asuntos en

9 Fallos: 346:970, 127 y 1387, entre muchos otros.

10 Dos publicaciones son de lectura obligatoria en este tema: GONDRA, Jorge M., *La justicia federal*, Buenos Aires, Revista Jurisprudencia Argentina, 1944; y MUÑOZ, Guillermo A., “El reclamo administrativo previo” de, publicado en MUÑOZ, Guillermo A. y GRECCO, Carlos M. en *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad hoc, 1999.

que la Confederación sea parte”, obligaban a concluir que debía interpretarse que la atribución de jurisdicción se limitaba a los casos en que la Confederación (aquí la Nación) fuera parte actora.

La base que presidía ese postulado surgía de una deformada traslación de un principio de derecho internacional público *pars in parem imperium non habet* que impide a un Estado –o a los ciudadanos de un Estado– arrastrar a otra nación a sus tribunales sin su consentimiento. He dicho que el principio aparecía deformado, porque es evidente que no se trata aquí de una relación entre Estados, sino de la trabada entre un Estado y sus propios ciudadanos, como también que la función jurisdiccional otorgada por las constituciones del estado a sus tribunales justificaba predicar que ello implicaba el sometimiento del poder a esas autoridades, sin que pudiera extenderse a tal sometimiento la idea de una relación de *pares*. Lo cierto es que, a raíz de aquella interpretación estadounidense originaria, fructificó la idea según la cual el Estado solo podía ser objeto de la *vocatio* jurisdiccional cuando prestara su conformidad expresa para ello, como si se tratara de exigir la obtención de una cláusula compromisoria arbitral.

Los precedentes de la Corte Suprema Argentina en los casos “Seste Seguich”¹¹ y “Gómez”¹² expusieron la línea de pensamiento que viene de exponerse, exigiendo que los conflictos fueran resueltos por el Congreso en ejercicio de su competencia para arreglar la deuda interna. Más tarde¹³, el Congreso sancionó una ley para autorizar al peticionante a iniciar una demanda en su contra ante la justicia federal. La venia legislativa así creada fue sustituida por una venia administrativa (el reclamo previo) en la Ley 3952.

Es especialmente importante advertir que la sanción de la Ley 3952, más tarde reformada por la Ley 11.634, en modo alguno significó abandonar la tesis de Gorostiaga sobre la inexistencia de una competencia otorgada por la Constitución Nacional al Poder Judicial de la Nación para entender en los casos en que la Nación fuese parte demandada. Tan es así, que el art. 7º de esa ley estableció que: “Las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda”, precepto absolutamente incompatible con el alcance de la función jurisdiccional otorgada por la Ley Suprema a los tribunales federales, que comprende, entre las facultades de los jueces, la *executio*, pues una norma legal no podría privar a los jueces de una de las facultades inherentes a su función jurisdiccional, si no fuera que esa función les fuera otorgada por una fuente distinta de la CN.

11 Fallos 1:317.

12 Fallos 2:36.

13 A partir de la Ley 675, en un reclamo de Aguirre Carranza y Compañía.

Muñoz¹⁴ recuerda que este criterio que quedó reflejado con total claridad en un fallo de la Cámara Federal de Tucumán¹⁵, en el que se indicó: “La jurisdicción de los tribunales federales no surge de la Constitución, sino de la Ley 3952, mediante la cual el propio Estado, por el órgano competente establece las condiciones en que acepta ser sometido a juicio”.

Este fundamento de la habilitación de la instancia, basado en la alegada inexistencia de una atribución constitucional directa de jurisdicción al Poder Judicial de la Nación en los casos en que la Nación fuera parte demandada, encuentra hasta el presente una explicación indirecta en la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la República en el ámbito de su jurisdicción originaria. En efecto, no es dudoso que el art. 117 de la Ley Suprema atribuya a la Corte la facultad de entender en forma originaria y exclusiva en algunos de los casos enumerados por su art. 116, entre los que no se encuentran los asuntos en que la Nación sea parte. Por el contrario, se trata de los casos de ciertos representantes diplomáticos y de los conflictos entre la Nación y las Provincias o de una Provincia contra vecinos de otra, cuando la materia está regida por el derecho federal o el civil y no por el derecho público provincial (aclaración que nació después de la doctrina de “Vadell”¹⁶ y que culminó en “Barreto”¹⁷).

Advierto sobre este extremo porque la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que: “El acceso a la jurisdicción originaria de la Corte no debe quedar subordinado, en los supuestos en que se basa en razón de la materia o de las personas, al cumplimiento de recaudos exigidos por las normas locales como en los concernientes al agotamiento de la vía administrativa o judicial que regulan esos preceptos”¹⁸.

Es interesante advertir que, ante una regulación suprallegal distinta, en la introducción que el Dr. Luis Varela realiza al primer Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires el 15 de septiembre de 1903, luego de realizar un análisis de los sistemas aplicables para el control contencioso de la Administración Pública, advierte que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires vigente en su momento sí otorga jurisdicción a la Suprema Corte Provincial para entender en las causas contencioso administrativas¹⁹, aunque su proyecto de Código exige no solo el recaudo previo del pronunciamiento de la autoridad competente, sino también la negativa a revocar el acto para tener por

14 MUÑOZ, Guillermo A., *El reclamo administrativo previo, en Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, Bs.As., Ad hoc, 1999, p. 583 y ss.

15 Publicado en la Revista Jurídica La Ley T. 44, p. 574 y ss.

16 Fallos: 306:2230.

17 Fallos: 329:759.

18 Fallos: 319:1934.

19 Ver el texto de la Ley Varela y su Introducción en Código de Procedimientos de lo Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires · Biblioteca Digital.

agotada la vía administrativa y habilitar la instancia judicial y establece un plazo de treinta días para promover la demanda, bajo apercibimiento de la pérdida del derecho²⁰, instituciones que fueron reconocidas por la jurisprudencia provincial y modelaron más tarde el sistema normativo federal.

Respecto de este último, dígase que la sanción del Decreto 7520/44 creó el recurso jerárquico y dio origen a la apertura de las vías impugnativa y reclamativa, pues rápidamente se advirtió que no resultaba admisible exigir a quien ya había recorrido el trámite del jerárquico acudir nuevamente a un reclamo administrativo previo para agotar la vía.

La cuestión quedó definitivamente zanjada por la sanción de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que concibió una vía impugnativa para actos administrativos de alcance particular y general –reglada en sus arts. 23 y 24–, un plazo de caducidad para iniciar la acción impugnatoria luego de agotada esa vía impugnativa –disciplinada en los arts. 25, 26 y 27– y una vía reclamativa, para agotar la instancia en los casos en que no se tratara de la impugnación de actos administrativos de alcance particular o general.

Quedaba así claro, en el diseño legal, que el plazo de caducidad para promover la acción, previsto en el art. 25, primera parte, solo estaba referido a la vía impugnativa²¹ y no podía extenderse a la vía reclamativa, extremo que hallaba –si se quiere– sustento en la pretensión de otorgar al acto administrativo, que recibía de la ley la presunción de legalidad, que resulta concreción de la autotutela declarativa, un término para que quedara firme²².

Las ingeniosas creaciones doctrinarias para escapar al plazo de caducidad establecido por el art. 25 generaron modificaciones en los textos de las normas. Una de aquellas creaciones se basó en predicar que una vez resuelto el recurso jerárquico, podría intentarse contra ese acto decisorio un reclamo administrativo

20 Ver los arts. 2º, 3º y 13 del Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires, prohijado por Luis Varela. La Corte Suprema hubo de declarar la constitucionalidad de este plazo de caducidad (Fallos: 209:526), según menciona LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1986, p. 412.

21 Ver LINARES, Juan Francisco, op. cit., p. 406.

22 Tal fue el fundamento considerado por la Corte Suprema de Justicia de la nación en la causa “Gypobras” (Fallos: 318:441) y por una jurisprudencia pacífica de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (vid por todos Sala II, 22 de mayo de 1997, in re “Almeida, Ascensión H. c/Ministerio de Educación”, en L.L. 1997-D, pág. 695) Puede verse, al respecto, CAPUTTI María Claudia y Estela B. SACRISTÁN, “La caducidad del artículo 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica”, *L.L.*, 1977-A, p. 79 y ss. En su capítulo II, ocasión en que las autoras sostienen que la caducidad solo podría ser declarada a pedido del Estado Nacional, haciendo mérito de la doctrina de la Corte en “NCR c/Caja de Ahorro y Cohen c/Instituto Nacional de Cinematografía”, cuya doctrina fuera dejada sin efecto más tarde por la Corte Suprema en el fallo “Gorordo de Kralj”, que aún no había sido emitido al redactarse aquel artículo.

previo (teniendo en cuenta que el reclamo no tenía plazo de interposición). A este intento vino a contestar la reforma a la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo introducida por la Ley 21.686, que introdujo en el tercer párrafo de su art. 30, el siguiente texto: “Recurrido un acto en todas las instancias administrativas correspondientes las cuestiones planteadas y resueltas expresamente en esa vía por la última instancia no podrán reiterarse por vía de reclamo; pero sí podrán reiterarse las no planteadas y resueltas y las planteadas y no resueltas”.

Sin embargo, el legislador consideró insuficiente esa reforma y la Ley 25.344 al modificar el primer párrafo de este art. 30 de la Ley 19.549, estableció: “El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, *salvo cuando se trate de los supuestos de los arts. 23 y 24*” (el destacado me pertenece).

Pero la mentada Ley 25.344 introdujo dos preceptos de trascendental importancia para el sistema de habilitación de la instancia, ambos incluidos en la reforma al art. 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo:

- a) Por una parte, se extendió el plazo de caducidad de la acción impugnatoria también a la vía reclamativa²³, extremo que oportunamente critiqué, porque no había aquí presunción de legalidad que resguardar²⁴;
- b) Por otro lado, ratificó el criterio de la jurisprudencia, que había sido cuestionado en dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁵ y restaurado en otros fallos posteriores²⁶, al disponer: “Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 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 art. 25 y en el presente”.

4. EL TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Un importante sector de la doctrina posterior a la sanción inicial de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo de 1972, hubo de sostener que tanto los plazos otorgados para agotar la vía impugnativa, como aquellos que

23 La deficiencia en la redacción del texto legal, que había dado origen a fallos que sostuvieran su inaplicabilidad a los casos de rechazo expreso del reclamo administrativo previo (ver C.N.Cont. Adm. Fed., Sala I, 7.9.2004, in re “Arias, José c/Estado Nacional -Ministerio de Defensa s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”) y su inconstitucionalidad si se pretendía aplicar a los casos en que mediara silencio frente al reclamo administrativo previo (ver C.N.Cont. Adm.Fed., sala III, 18.4.2011 in re “Biosystems S.A.”, cuestiones que resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al establecer como pauta interpretativa de esta norma que el plazo solo resultaba aplicable al supuesto de rechazo expreso del reclamo (ver Fallos 346:921, del 11 de febrero de 2014).

24 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 742 y ss.

25 Los fallos “NCR c/Caja de Ahorro” y “Cohen” a los que me referiré luego.

26 “Gorordo de Kralj” y “Resch”.

estableciera el art. 25 para promover la acción judicial, constituían plazos de caducidad²⁷, como también que los recaudos de agotamiento de la vía y plazo constituían presupuestos para la habilitación de la instancia jurisdiccional que podían y debían ser controlados oficiosamente²⁸.

Julio Rodolfo Comadira explicaba que aún antes de la sanción de la Ley 19.549 la habilitación de la instancia, como presupuesto, fue tratada en la Quinta Conferencia Nacional de Abogados reunida en Santa Fe en 1940, oportunidad en el que el profesor Salvador Dana Montaña puso de relieve la irrenunciabilidad de los requisitos de habilitación y que instituciones similares deben hallarse en los *juicios de admisibilidad* del derecho español o el despacho de saneamiento del derecho brasileño²⁹.

La jurisprudencia no solo respaldó el criterio de reconocer carácter de presupuestos de admisibilidad de la acción a los requisitos especiales exigidos por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, sino que hasta creó un procedimiento previo y especial, que dio en llamarse de *habilitación de la instancia*, en el que –aún hoy– intervienen la parte actora, el Ministerio Público Fiscal y el Magistrado interviniente, en el que se debate exclusivamente si la instancia se encuentra habilitada; esto es si se han reunido los recaudos de agotamiento de la vía administrativa y el plazo en el que debe interponerse la acción.

Este procedimiento concluye con una verdadera sentencia interlocutoria del Magistrado –que debe considerarse así no solo porque se decide luego del locutorio entre actora y ministerio público, sino también porque supone un juicio de valoración del magistrado sobre las circunstancias del caso– que decide si la instancia se encuentra habilitada. Dicha sentencia puede aún ser objeto de cuestionamiento por el demandado (regularmente el Estado Nacional) al tiempo de contestar el traslado de la demanda, ocasión en que puede reponer la cuestión para su tratamiento por el Juez de la causa y, en su caso, apelar de la decisión que éste adopte para su resolución por el Tribunal de Segunda Instancia.

El carácter de estos institutos quedó finalmente reflejado en el fallo plenario “Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I y otros c/Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial 78 s/Cobro de Pesos” emanado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que fuera más tarde controvertido

27 Ver MARIENHOFF, Miguel S., “Demandas contra el Estado Nacional. Los arts. 25 y 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional”, *Revista Jurídica La Ley*, 1980-B, p. 1024, citado por MARCER, Ernesto Alberto, *Demandas contra el Estado*, Bs.As., Ad hoc, 2004, p. 166.

28 Ver GAUNA, Juan Octavio, *Derecho Administrativo (luces y sombras)*, Bs.As., Ediciones RAP, 2018, p. 213 *in fine*.

29 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo, Acto administrativo, Procedimiento administrativo, otros estudios*, Bs.As., Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, p. 469, con cita de GRAU, Armando, *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa*, La Plata, Ed. Platense, 1971.

por dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Caja de Ahorro c/NCR s/cobro de pesos”³⁰ y “Cohen, Rafael c/Instituto Nacional de Cinematografía”³¹.

Guillermo Muñoz también explicó, con la claridad que lo distinguiera, aún a despecho de lo expuesto en los fallos de la Corte Suprema recién citados, que los requisitos de la habilitación de la instancia constituían presupuestos procesales especiales de admisibilidad y que solo después de verificar su ocurrencia podía el juez darle curso y notificar y emplazar al demandado, dando cuenta de lo “desconcertante” de la doctrina elaborada por el más Alto Tribunal, especialmente en el fallo “Cohen”, al indicar: “Si para ordenar el traslado de la demanda es preciso resolver previamente el incidente de habilitación y si este tramita sin la intervención de la otra parte, afirmar que sólo puede denegarse la habilitación cuando haya intervenido la demandada parece encerrar un contrasentido [...] La solución es, pues, difícil de compartir. También lo son los fundamentos en que se basa”³².

El cambio de la doctrina de la Corte en los casos “NCR” y “Cohen” exige algunas explicaciones para advertir sus diferencias esenciales y de qué modo ellos quedarían revertidos por la jurisprudencia posterior del más Alto Tribunal.

En el caso “NCR” el Juez de Primera Instancia había resuelto declarar habilitada la instancia judicial, luego de comprobar la reunión de los requisitos especiales de admisibilidad. Esa resolución no fue apelada por el Ministerio Público Fiscal, como tampoco fue objetada por la Caja de Ahorro y Seguro al tiempo de contestar el traslado de la reconvenición que, contra su demanda de cobro de pesos, había deducido la firma NCR.

La sentencia de Primera Instancia había rechazado la pretensión contenida en la demanda de la Caja de Ahorro y admitido la incluida en la reconvenición de NCR. Por ello, la Caja de Ahorro recurrió del fallo cuestionando exclusivamente la atendibilidad dada a una pericia producida en la causa, que fuera utilizada para hacer lugar al reclamo de la reconviniendo.

Sin embargo, al tiempo de ingresar el Tribunal de Segunda Instancia al examen del proceso, como consecuencia de aquella apelación limitada que la actora y reconvenida hiciera de la sentencia, oficiosamente declaró que la acción de NCR había sido deducida después de vencido el plazo establecido por el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, extremo que dio lugar al recurso extraordinario de NCR que habilitó la instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

30 Fallos: 310:2709.

31 Fallos: 313:228.

32 MUÑOZ, Guillermo, “El enigma de la habilitación de la instancia” en *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 573 y ss.

En su fallo el más Alto Tribunal hizo suyos los argumentos del dictamen producido por la Procuración General de la Nación, que sostuvo que la decisión de la Cámara había violado el principio de congruencia por cuanto resolvía cuestiones que no habían sido introducidas por las partes en la conformación de la litis y, solo a mayor abundamiento, que la Cámara había ingresado en una cuestión de carácter patrimonial claramente disponible por la actora, que no había interpuesto oportunamente la caducidad de la acción impugnatoria.

El dictamen recogido por la Corte Suprema acumulaba algunos aciertos con fallas en criterios esenciales y típicos del derecho administrativo y aún de la organización republicana que no pueden dejar de tratarse separadamente. Por un lado, parece claro que si el Ministerio Público no había cuestionado la falta de habilitación de la instancia, en oportunidad de considerar la reconvencción, que el Juez había resuelto que esa instancia estaba habilitada y que la Caja de Ahorro no había planteado la cuestión al contestar el traslado de la reconvencción ni apelado la sentencia de fondo del proceso por la cuestión de la habilitación, existía un evidente exceso en la jurisdicción asumida por la Cámara, que más que atentar contra el principio de congruencia, lo hacía contra el derecho surgido de una sentencia –aunque fuera interlocutoria o aún se calificara como providencia simple: la de habilitación de la instancia– que había pasado en autoridad de cosa juzgada.

De allí que ese exceso jurisdiccional no estaba en modo alguno calificado por la renunciabilidad de derechos patrimoniales por parte del representante del Estado (en el caso la Caja de Ahorro) sino porque la cuestión de la habilitación había quedado zanjada definitivamente en la resolución que declarara habilitada la instancia, cuando ella no fue repuesta por la Caja de Ahorro al contestar el traslado de la reconvencción. No estaba en juego el derecho de debido proceso de NCR, sino su derecho de propiedad, en los términos de la doctrina “Bourdieu”.

El desacierto contenido en la referencia a la disponibilidad de los derechos patrimoniales en el proceso es manifiesto, porque no es legítimo predicar tal facultad como propia de los representantes del Estado Nacional, en el caso de la Caja de Ahorro. Por cierto, al establecer la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo que las acciones impugnatorias debían iniciarse en el plazo de noventa días hábiles judiciales desde agotada la vía administrativa, tal manda legal no pudo quedar a disposición del representante judicial, ni aún del titular de la entidad u organismo estatal competente, porque de otro modo se facultaría a estos a incumplir la ley, según su criterio discrecional, oponiéndose o no a la habilitación.

Es preciso recordar que para la época del fallo ahora en comentario, la entonces vigente Ley de Contabilidad, en su art. 142 establecía –no ya para el caso de un presupuesto, como lo era el del art. 25 de la Ley 19.549, sino para la defensa de prescripción– que: “Las dependencias y las entidades descentralizadas del Estado no harán lugar por sí a las reclamaciones en que la acción de los recurrentes

se hallare prescripta. El Poder Ejecutivo podrá, no obstante, teniendo en cuenta la modalidad de cada caso, por previo y especial pronunciamiento, reconocer esos derechos”. Pero aún en ese limitado marco, en forma más cercana en el tiempo al fallo ahora en tratamiento, la Procuración del Tesoro de la Nación había destacado que “...a través de la circular S.G.P.N. n° 1/88, el Primer Magistrado instruyó expresamente a las áreas de su dependencia, comprendidas o no en la Ley de Contabilidad, para que den ‘...cumplimiento integral al principio contenido en el art. 142, parte inicial del primer párrafo de la citada ley, oponiéndose invariablemente, en consecuencia, la defensa o excepción de prescripción...’, como así también para que se abstengan ‘...de proponer al Poder Ejecutivo Nacional medidas que contengan cláusulas de renuncia a la misma...’”³³, de modo que la pretensión de invocar o suponer la existencia o el ejercicio de una facultad de renunciar a la prescripción –tanto más a la caducidad– por parte del Poder Ejecutivo resultaba improbable como método interpretativo.

La gravedad del cambio de criterio hizo su máxima expresión en el caso “Cohen”, haciendo verdadero aquello de que las grandes invasiones se inician a paso de paloma. Porque en este fallo pretendió replicarse el criterio de NCR pero en circunstancias muy distintas, porque la decisión que anuló la Corte había sido adoptada al inicio del proceso y en el trámite de *habilitación de la instancia* por parte del Magistrado interviniente. Fue en este precedente en que el Tribunal hizo especial hincapié en el carácter de defensa y no de presupuesto que implicaba la norma establecida en el art. 25 de la Ley 19.549.

Sin embargo, estas afirmaciones empezaron a conmovirse poco tiempo después, cuando se mantuvo el criterio de la mayoría en la causa “Construcciones Taddia”. Allí el rechazo de la *habilitación* había sido dispuesto en Primera Instancia con base en la extemporaneidad de los recursos interpuestos en sede administrativa y el vencimiento del plazo previsto en el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Al respecto, el Tribunal mantuvo el criterio expuesto en el caso “Cohen” pero, en su disidencia, el Dr. Fayt sostuvo que no podía suplir el Poder Judicial la falta de indispensables formalidades exigidas por el ordenamiento para la cesión, renuncia o disposición por cualquier otro título de bienes que se incorporaron al patrimonio estatal, advirtiendo que conforme la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional la disposición de dicho patrimonio reviste particular gravedad, que solo puede dispensar de aquellas formalidades en casos realmente excepcionales que no se daban en esta especie.

33 Ver por todos Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 198:86 y Circular 1/88 de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación.

El criterio expuesto en esa disidencia terminó haciéndose mayoría en el fallo “Gorordo de Kralj”³⁴. Allí se abandonó expresamente el criterio anterior, al sostenerse: “Que si bien este Tribunal en los casos “Cohen” (Fallos: 313:228) y “Construcciones Taddia S.A.”(Fallos: 315:2217) se pronunció contra la posibilidad de revisar de oficio o a instancia de los fiscales el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa con anterioridad a la traba de la litis, un nuevo examen de esta delicada y trascendente cuestión conduce a esta Corte a modificar dicho criterio y a concluir en sentido opuesto al antes referido “... sustentando ese cambio de criterio en el reconocimiento del carácter de “presupuestos procesales” de los requisitos de agotamiento de la vía administrativa o del plazo para promover la demanda, que el juez está obligado a comprobar de oficio *in limine litis*. Con tal presupuesto, el Tribunal afirmó: “Que teniendo presente lo expuesto corresponde decidir que dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la Ley 19.549 el juez de primera instancia estaba facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario *in limine* la pretensión”, invocando para ello el art. 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (rechazo *in limine* de la demanda), pues la falta de tales recaudos no requiere de la oposición expresa del demandado.

Allí también se contestó al argumento del supuesto agravio al derecho de defensa de la demandante, señalándose que: “La garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable (Fallos: 287:145; 290:99; 306:195, entre otros)”.

La cuestión pareció reponerse en el caso “Resch”³⁵, aunque aquí se discutía nuevamente si resultaban aplicables los recaudos de agotamiento de vía y el plazo del art. 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos en el marco del procedimiento seguido en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, decidiendo el Tribunal que no podían extenderse tales requisitos, aunque la minoría –en los votos de los Dres. Boggiano y Maqueda– reiteró, en lo sustancial, los conceptos vertidos en “Tajes” y en “Gorordo de Kralj”. Algo similar ocurrió en la causa “Daus”³⁶.

El criterio afirmado por la Corte Suprema en el caso “Gorordo de Kralj” fue finalmente ratificado para los procesos contencioso administrativos en general –fuera del ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad– en los precedentes

34 Fallos: 322:73.

35 Fallos: 327:4681.

36 Fallos: 329:2886.

“Ruiz”³⁷ y “Sánchez Granel, Eduardo c/BCRA”³⁸, sin que pueda dejar de advertirse que la Ley 25.344 incluyó en el art. 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, según ya se mencionara más arriba, la obligación de los jueces de controlar de oficio los recaudos de habilitación, extremo que parecía haber agotado el debate al respecto.

5. LAS REFORMAS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INTRODUCIDAS POR LA LEY DE BASES

El examen de las modificaciones introducidas a la Ley 19.549 por su similar 27.742 no puede realizarse sin un examen integral del texto, en su redacción final, toda vez que algunas pequeñas modificaciones en determinados preceptos podrían calificarse como resultado de una tarea legislativa tendiente a evitar la redundancia o bien como verdaderos intentos de modificar el espíritu que gobernaría el sistema hasta esa reforma.

5.1. En tal orden de ideas, corresponde iniciar el examen por la consideración del art. 1 *bis*, incisos *g*), *h*), e *i*) del nuevo texto. Allí se prevé: (*i*) que los plazos serán obligatorios para los administrados y para la Administración; (*ii*) que una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales (las que en ningún caso podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto), se entienda que medió abandono voluntario del derecho; (*iii*) que la interposición de reclamos o recursos administrativo, así como recursos y acciones judiciales interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente...”.

Solo para advertir sobre la inteligencia de la reforma en este aspecto, señálese que esta última norma (el inciso *i*), superó la vieja divergencia sobre el momento en que habría de cesar la interrupción causada por los recursos (pues la frase “sin perjuicio de la prescripción” permanece en el art. 24 *in fine* y el texto del art. 31), al establecer que el efecto interruptivo permanecerá “...hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (*a*) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (*b*) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (*c*) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho”.

37 Fallos: 333:2001.

38 Fallos: 335:742.

Es del caso destacar que el precepto contenido en el inciso *j*) del art. 1 *bis* solo puede considerarse aplicable al ámbito del procedimiento administrativo y no al trámite de una demanda judicial, en especial habida cuenta de la remisión que allí se hace al instituto de la caducidad del procedimiento establecida en el inciso *k*) inmediatamente posterior. También es imprescindible escindir dos institutos particularmente diversos, aunque calificados por el mismo sustantivo, pues la caducidad del “acto administrativo”, normada por el art. 21 no guarda relación con los efectos que podría producir la no interposición de la demanda en el plazo reglado por el art. 25 de la Ley, pues se trata de materias sustancialmente distintas y de procedimientos disímiles, para ser aplicadas también en ámbitos diferentes. En el caso de la caducidad del acto administrativo, se trata de su extinción por incumplimiento del “cargo” al que fue sometido su preservación en el orden jurídico. En cambio, la caducidad del derecho a impugnar el acto, que resulta de la aplicación del art. 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo en modo alguno supone la extinción del acto impugnado sino justamente su inalterabilidad. Es cierto que en ambos casos se produce la extinción de derechos, pero no lo es menos que las situaciones jurídicas son particularmente disímiles.

5.2. En materia de agotamiento de la vía respecto de actos administrativos de alcance particular, el art. 23, inciso *b*) estableció para los actos que revistan carácter definitivo o impidan totalmente la tramitación de la pretensión interpuesta aunque no resuelvan sobre el fondo del asunto que “...será requisito previo a la impugnación judicial el agotamiento de la vía administrativa salvo que: (i) La impugnación se basare exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal o superior que el acto impugnado aplica; (ii) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil; (iii) Se interpusiere una acción de amparo u otro proceso urgente; o (iv) Se tratara de actos que fueren dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme, advirtiéndose respecto de estos últimos que serían impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia, en tanto contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, en cuyo caso no tendrán efecto jurídico alguno.

El artículo en comentario agrega dos incisos de particular importancia para interpretar la naturaleza del requisito.

El primero de ellos, su inciso *d*), dispone que: “El plazo para la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa no podrá ser inferior a treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna”, extremo que reenvía claramente al art. 1 *bis*, inciso *h*) en cuanto dispone que vencido el plazo se perderá el derecho de articular el recurso y, por tanto, solo podría acudir a la denuncia de ilegitimidad, agregándose (en

el inciso *i* de dicha norma) que vencidos ciento ochenta (180) días desde su notificación se presumirá *iuris et de iure*, porque se sustituyó el “podrá presumir” por “se presumirá” que medió abandono voluntario del derecho.

El segundo, su inciso *e*) prevé que: “Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso *a*) del art. 1º, que el contratista haya cuestionado, en forma expresa, dentro de los treinta (30) días de serle notificados, serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan. Al efecto no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, o la de la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento, durante dicha ejecución”.

Esta última norma es clara no solo en cuanto a la exigencia de una impugnación inicial –dentro de los 30 días de la notificación del acto contractual– sino también en la carga de plantear la impugnación judicial *hasta* ciento ochenta (180) días contados desde la extinción del contrato, extremo que obliga a colegir que toda acción judicial iniciada después de ese plazo debe considerarse inadmisibles, pues es la propia ley la que fija el término.

El esquema se completa con el inciso *b*) del art. 24, al regular la impugnación indirecta de los actos de alcance general, exigiendo el agotamiento de la vía administrativa, postulación que obviamente remite a lo previsto en el art. 23, inc. *b*) ya descripto. No obstante, es importante advertir que, respecto de la citada impugnación indirecta, se establece que “...la falta de impugnación de los actos de alcance particular que apliquen un acto de alcance general, o su eventual desestimación, tampoco impedirán la impugnación de éste, sin perjuicio de los efectos propios de los actos de alcance particular que se encuentren firmes...”, permitiendo concluir que de no cumplirse con los plazos para articular los recursos contra tales actos de aplicación ellos adquirirán la firmeza que impide su cuestionamiento judicial posterior, aunque permanezca el derecho de impugnar el acto de alcance general, para evitar otras aplicaciones posteriores.

Es evidente, por lo expuesto, que la ley estableció en el art. 23 que el agotamiento de la vía en la impugnación de actos de alcance particular debía ser entendido como un presupuesto de la habilitación de la instancia y no como una defensa que pudiera ser opuesta o no por el representante estatal.

5.3. El tratamiento de la impugnación directa del acto de alcance general, contenido en el art. 24, inc. *a*) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo reitera la regla anterior sobre la inexistencia de plazo para su impugnación en sede administrativa, aunque parece claro que esa impugnación –por vía de reclamo– se constituye en un requisito necesario para acceder a la habilitación de la

instancia judicial, constituyéndose de tal modo en un presupuesto que también debe ser controlado oficiosamente.

5.4. Pero resulta indudable que el núcleo de la cuestión que se debate en este trabajo está centrada en las modificaciones introducidas a los arts. 25 y 31 de la Ley 19.549.

En el primero de los casos se establece ahora que “la acción judicial de impugnación contra el Estado o sus entes autárquicos prevista en los dos artículos anteriores deberá deducirse dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales...”, que se computarán desde que se encuentre agotada la vía administrativa.

El art. 31, en su versión actual y en lo que concierne a la especie dispone: “La demanda judicial deberá ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales de notificada dicha denegatoria expresa o, en su caso, de notificada la denegatoria expresa del recurso administrativo que hubiera intentado contra aquél...”.

Las nuevas normas siguieron sustancialmente el contenido de sus antecedentes, aunque suprimieron el calificativo de “perentorio” que ellas daban a los plazos en cuestión –los que fueron ampliados–, generando una cuestión interpretativa trascendente, a saber, si esos plazos continúan siendo perentorios, por la sola condición de tratarse de plazos procesales, o si la supresión de tal término de su texto los ha convertido en “plazos ordenatorios”.

La importancia del debate se agrava en el texto del nuevo art. 31, no solo porque se eliminó de él la frase según la cual: “Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 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 art. 25 y en el presente”, sino porque tampoco calificó como perentorio al plazo de 180 días allí fijado para acudir a la sede judicial desde el rechazo expreso del reclamo administrativo previo.

6. LOS REQUISITOS DE LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA, CONTINÚAN SIENDO PRESUPUESTOS O SE HAN TRANSFORMADO EN DEFENSAS DISPONIBLES

Ante la supresión del término “perentorio” del inicio del art. 25 y en el art. 31, con más la eliminación del párrafo al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, podría pensarse que el vencimiento de los plazos previstos en esas normas no generan la pérdida del derecho, de modo que los jueces no podrían comprobar más de oficio su ocurrencia como condición de la habilitación de la instancia, sino únicamente cuando la cuestión fuera planteada por el Estado o sus entes, al contestar su citación a juicio. Es decir, postularse que se ha

transformado el presupuesto en una defensa renunciable por los representantes judiciales del Estado.

Varias razones me llevan a considerar que tal conclusión debe ser rechazada.

Dígame, en primer término, que la materia implicaría una división de aguas entre el recaudo del agotamiento de la vía administrativa y el del plazo para demandar, porque las normas que disciplinan el primero de esos requisitos establecen con claridad que no podría iniciarse la demanda sin agotar previamente la vía, extremo que sitúa a tal recaudo como un claro presupuesto para habilitar la instancia judicial.

Esta hermenéutica generaría un resultado absurdo, porque mientras el plazo de treinta días para deducir los recursos que agotan la vía deberían considerarse perentorios, aun cuando no estén calificados como tales expresamente por el legislador en las normas que disciplinan esos recursos, ya que el art. 1 *bis*, inciso *h*) prevé que una vez vencidos los plazos para deducir ese recurso se perderá el derecho para articularlo, quedando en consecuencia cerrada la vía judicial, el plazo para demandar del art. 25 recibiría otra calificación por vía interpretativa.

La primera conclusión –esto es el carácter perentorio de los plazos para interponer los recursos que agotan la vía– se ve ratificada cuando se advierte que la regulación de la denuncia de ilegitimidad se inicia con la frase “...una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales (las que en ningún caso podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto), se entienda que medió abandono voluntario del derecho”.

La regulación pareciera congruente con considerar un plazo de caducidad al contenido en el art. 25 porque la ley establece que la denuncia de ilegitimidad debe ser desechada por entenderse que medió abandono voluntario del derecho justamente una vez vencidos ciento ochenta (180) días desde la notificación del acto, plazo que sugestivamente coincide en su extensión (aunque no con el modo de su cómputo) con el que establece ahora el art. 25 de la Ley 19.549.

En este sentido, es preciso recordar que la inconsecuencia o falta de previsión no puede presumirse en el legislador como método de hermenéutica, de modo que no es posible siquiera pensar que la Ley 27.742, al modificar los textos recién citados no tuviera en cuenta la pacífica jurisprudencia que estableciera que la denuncia de ilegitimidad no permite la reapertura de la vía judicial.

Por otro lado, no parece tampoco posible dejar de tener en cuenta que el inciso *i*) del art. 1° *bis* recién citado dispone que la interposición de recursos, reclamos y acciones judiciales interrumpirá todos los plazos, aún los de “prescripción

y caducidad”, extremo que obligaría a concluir que existen plazos de caducidad disciplinados por la ley, pareciendo evidente que los contenidos en los arts. 25 y 31 constituyen ejemplos concretos de esa especie, en especial porque es posible presumir que aquella previsión está enderezada justamente a la suspensión de los plazos para demandar ante la jurisdicción judicial, sin perjuicio de su eventual aplicación al ámbito de la caducidad de los procedimientos administrativos, en el cual ninguna relevancia tendría aludir a los recursos y acciones judiciales, salvo que solo estuviera en juego el interés privado y no los intereses públicos en mantener la juridicidad de los actos o conductas de la Administración.

Además, el legislador no pareciera haber pretendido dar a estos plazos carácter meramente ordenatorio, toda vez que: (i) tanto en el art. 25 como en el art. 31 utiliza el verbo *deberá* para describir la obligación que impone a los ciudadanos de iniciar la demanda, aclarando que tal obligación tiene que ser cumplida *dentro* de los plazos que allí se establecen; (ii) no existe una autorización legislativa para dispensar el incumplimiento de tal obligación, extremo que permitiría reiterar aquí la tesis del Dr. Fayt, pues no pareciera posible que el representante del Estado pudiera soslayar ese mandato del legislador y decidir que aunque el ciudadano debe iniciar la acción en un plazo fijado por la ley, pueda él disponer el incumplimiento de la norma por su sola discrecionalidad, en particular cuando se trata de la disposición del patrimonio estatal.

Todavía debería tenerse en cuenta que el último párrafo del art. 25, ahora en examen, establece: “La falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción”, extremo que obliga a concluir, a contrario imperio, que esa impugnación ya no puede hacerse por vía directa sino como reflejo de una acción de la Administración tendiente a la ejecución del acto nulo.

Por las razones expuestas, entiendo que los requisitos de agotamiento de la vía administrativa y el plazo para demandar continúan siendo presupuestos que pueden y deben ser controlados oficiosamente por los Magistrados, aunque advirtiendo que ello solo puede hacerse en la etapa inicial del proceso –en el incidente de habilitación de instancia o cuando el Estado replantee la cuestión al acudir a la *litis*– porque una vez resuelta por el Magistrado la habilitación, en caso de no ser cuestionada por los representantes estatales, la sentencia así recaída pasará en autoridad de cosa juzgada y la cuestión no podría ya reponerse.

Adviértase que, en este supuesto, no existiría la disposición discrecional del representante del mandato legal o el patrimonio estatal, porque la habilitación –en sus dos institutos– fue controlada por el Juez competente y medió una decisión judicial que declaró reunidos los recaudos para resolver su apertura. Tampoco podría hablarse de un exceso del plazo razonable para el reconocimiento o

desconocimiento de los derechos comprometidos, pues ello debería ser resuelto definitivamente en la primera etapa de la *litis*.

Tengo precisamente en cuenta que las modificaciones introducidas al texto de los arts. 25 y 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo darán lugar a interpretaciones diversas. Sin embargo, entiendo que el único modo de mantener los fundamentos que dieron origen a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que se hiciera mayoría en “Gorordo de Kralj”, “Ruiz” y “Sánchez Granel” citados más arriba, requiere mantener la calidad de presupuestos para los requisitos de agotamiento de la vía administrativa y el plazo para promover la acción judicial, ahora debidamente extendido a ciento ochenta (180) días hábiles judiciales, plazo que es –cuando menos– seis veces mayor al de treinta (30) días previsto para el recurso jerárquico, cuya falta de interposición hace también perder el derecho al acceso a la vía judicial.

7. LOS LÍMITES DE LOS PRESUPUESTOS DE HABILITACIÓN DE LA VÍA JUDICIAL

Se ha dicho, más arriba, que los recaudos para la habilitación general de la instancia judicial contemplados por el art. 2 de la Ley 27 (caso jurídico, actual y concreto y parte legitimada), constituían presupuestos de base constitucional, pues hacían a la división de poderes propia del régimen republicano.

También que, a diferencia de ellos, los presupuestos para la apertura de la instancia en el contencioso-administrativo tienen fundamento exclusivamente legal.

Con esa base y a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha decidido reiteradamente que La garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable³⁹, es necesario aún establecer el presupuesto que gobierna estos institutos.

Por cierto, no es posible soslayar que la pérdida del derecho por falta de interposición temporánea de los recursos o vías para agotar la instancia, como también por el vencimiento del plazo para deducir la acción se sustentan en la presunción de renuncia del derecho.

Este aspecto, unido al sustento meramente legal de estos institutos, obliga a advertir que esa presunción no podrá ser aplicable cuando la Administración se enfrente a derechos constitucionalmente indisponibles o a casos en que la renuncia no puede ser presupuesta.

Es cierto que, regularmente, la norma se aplicará a derechos patrimoniales de los particulares, en que la disponibilidad es la regla –en la medida de su actuación como personas capaces o a través de sus representantes legales–, pero no lo

39 Fallos: 287:145; 290:99; 306:195, entre otros.

es menos que otras especies de derechos suelen estar en juego en la impugnación de actos administrativos o conductas activas u omisivas de la Administración Pública. En tales casos deberá evaluarse singularmente si es posible y compatible con las normas de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que una norma legal establezca como presupuesto la renuncia de un derecho que esas fuentes califican como irrenunciable.

8. A MODO DE EPÍLOGO

La reforma de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo ha de generar nuevos debates y, seguramente, suscitará fallos en diverso sentido. Por ahora, sería oportuno alguna aclaración legislativa para restablecer la seguridad jurídica a los ciudadanos que deben enfrentar el inicio de acciones judiciales contra la Administración Pública, de modo que puedan conocer, fehacientemente, cómo y cuándo deben actuar para mantener la vigencia de sus derechos.

No se me oculta que, tras el parapeto de alegar que se facilite el acceso a la justicia, se alzarán voces solicitando la transformación de estos presupuestos de habilitación de la instancia contencioso administrativo en defensas que los representantes del Estado puedan o no deducir, excluyendo a los jueces de decidir oficiosamente sobre la materia. No obstante, creo que el agotamiento de la vía resulta absolutamente imprescindible para hacer posible el principio de organización jerárquica de la Administración y el control preventivo de juridicidad de los actos antes de someterlos a otro poder y que la extensión del plazo del art. 25 a 180 días hábiles judiciales echa por tierra la idea de someter a los ciudadanos a plazos angustiosos para decidir si accionarán o no.

La sustitución de la naturaleza de presupuestos por su caracterización como defensas producirá consecuencias no previstas, como en el cuento de Borges de la cámara de las estatuas, en el cual un hombre malvado que se adueñara del poder intentó derribar una vieja tradición que estableciera el cierre de una puerta del castillo con el fallecimiento de cada rey. Decidió por ello abrir una a una todas las puertas. Cuando llegaron a la séptima la sala a la que ingresaron "...les pareció vacía y era tan larga que el más hábil de los arqueros hubiera disparado una flecha desde la puerta sin conseguir clavarla en el fondo. En la pared final vieron grabada una inscripción terrible. El rey la examinó y la comprendió, y decía de esta suerte: Si alguna mano abre la puerta de este castillo, los guerreros de carne que se parecen a los guerreros de metal de la entrada se adueñarán del reino'. Estas cosas acontecieron el año 89 de la Hégira. Antes que tocara a su fin, Tárik se apoderó de esa fortaleza y derrotó a ese rey y vendió a sus mujeres y a sus hijos y desoló sus tierras. Así se fueron dilatando los árabes por el reino de Andalucía, con sus higueras y praderas regadas en las que no se sufre de sed. En cuanto a

los tesoros, es fama que Tárik, hijo de Zaid, los remitió al califa su señor, que los guardó en una pirámide”⁴⁰.

FERNANDO GARCÍA PULLÉS

Es Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y de posgrado en esa misma Facultad. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires y de Derecho Procesal Constitucional y Control Judicial de la Administración Pública en el Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA) y vocal de su Comité Ejecutivo. Socio de García Pullés & Calatrava Abogados. Fue Subprocurador del Tesoro de la Nación y estuvo a cargo del organismo por decisión del Poder Ejecutivo. Conjuez de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

40 BORGES, Jorge Luis, “La cámara de las estatuas” en *Obras Completas*, Bs.As., Emece, 1992.

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Jóvenes y Legales Argentinos de la
Facultad de Derecho



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**