

CONSTITUCIONALIDAD DEL REGIMEN PROCESAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN INSTANCIA UNICA JUDICIAL?

*Efrain I. Quevedo Mendoza **

RESUMO

O articulista propõe que seja adotado, pelo direito provincial argentino, o princípio de conferir competência originária e exclusiva, nos contenciosos administrativos, ao Superior Tribunal de Ordenamento Judicial, com a criação de um foro específico, para as causas concernentes à Administração Pública.

1º INTRODUCCION

Muchas son las cuestiones que suscita consideración científica del procedimiento judicial que tiene por objeto causas de naturaleza administrativa. Siendo verdaderamente arduos los problemas referidos, creemos que la temática central a la que nos remite el procedimiento que nos ocupa es el de las complejas interferencias que surgen en el accionar institucional de dos funciones del Estado: la administración y la jurisdicción.

Observando el objeto desde ese ángulo, la tarea científica se orienta hacia lo que hoy constituye el centro de atención de las investigaciones en el campo del derecho procesal: la exacta configuración técnica de la función jurisdiccional del Estado y su perfecta identificación en el intrincado marco estructural del Estado.

Esta dirección que han asumido los estudios procesales se justifica plenamente en las deficiencias que el cientificismo procesal mostró en orden a una debida profundización del tema esencial de la jurisdicción,

**Prof. da Universidade Nacional de Mendoza, Argentina.*

del cual prefirió escrutar su aspecto orgánico y estructural, relegándose la esencia, ubicada en su funcionalidad institucional. Esto es causa de no pocas confusiones, en especial en orden al procedimiento que hoy nos convoca en esta prestigiosa ciudad santafesina.

La doctrina nacional no ha dejado de advertir sobre la necesidad de identificar la jurisdicción frente al resto del quehacer estatal. Precisamente, un procesalista cuyano de gran predicamento en Sudamérica, JOSE RAMIRO PODETTI, sostenía — refiriéndose a las distintas etapas que pueden distinguirse en la evolución del concepto de jurisdicción — que en el estado actual de la ciencia procesal “ha de integrarse y delimitarse la función de los jueces con el carácter de exclusiva y excluyente que se le ha atribuído”.

Para nosotros, mientras no se alcance tan elevado objetivo y se mantenga una cierta laxitud en los límites funcionales de la jurisdicción no podrá comprenderse en profundidad el fenómeno procesal ni distinguírsele esencialmente del procedimiento administrativo y legislativo.

Creo poder equiparar, parabólicamente, la situación de la ciencia con la que dice su propio objeto. En efecto, así como el proceso judicial debe promoverse con un acto de ejercicio de la acción para lograr su plenitud recién en la sentencia definitiva, la ciencia procesal que nació con los estudios acerca de la acción deberá buscar su acabamiento en la plena aprehensión de la jurisdicción.

No creo como es común, que la cuestión que proponemos es de aquellas abstractas que adquieren valor sólo en el ámbito académico. El procedimiento que tiene por objeto cuestiones de índole administrativa constituye todo un ejemplo de la necesidad y urgencia que tiene la sociedad de un esclarecimiento definitivo y concreto de los límites entre la jurisdicción y la administración, lo que supone una acabada configuración técnica de la primera.

El individuo, en su ámbito propio y en su proyección social, está clamando en nuestros días por fórmulas normativas que se adapten a los nuevos y completos intereses que ha generado este inasible mundo contemporáneo y fundamentalmente, por el hallazgo de un sistema eficaz de garantía de real concreción de esa tutela. A semejante clamor no se responde adecuadamente con soluciones apresuradas ni mucho menos con reformas grandilocuentes que no logran ocultar tras el boato publicitario sus carencias científicas. La transformación que reclama la

sociedad de hoy ha de llegar partiendo de las bases sólidas ya adquiridas por la ciencia procesal, lo que supone una cada vez mayor profundización de su significado perenne, y a través de un minucioso repensar que muestre con evidencia dónde se encuentran las deficiencias y las lagunas. De cualquier otro modo, las soluciones que se brindan conducirán a ahondar el desorden y la confusión, aumentando la angustia del único destinatario legítimo de cualquier preocupación científica y acción política: el justiciable, el administrado, el ciudadano, la persona.

Lo dicho podemos aplicarlo a muchas realidades de nuestros días; para esta oportunidad hemos seleccionado una que muestra descaradamente hasta qué punto el apresuramiento y la falta de un adecuado recorte de la función jurisdiccional, puede conducir a la privación de derechos individuales y a la creación de un ambiente de inseguridad. Me refiero a recientes leyes que han facultado al Poder Ejecutivo, quien para colmo se ha atribuido el ejercicio de funciones legislativas, a apropiarse de patrimonios privados, administrarlos y liquidarlos. Es necesario examinar científica y técnicamente estas situaciones, cosa que obviamente no podemos emprender aquí, para señalar la verdadera suma de poderes que se han reunido en cabeza de quien ejerce la función ejecutiva.

Una de las brechas por la que tiene que asomarse la respuesta a este tan serio y perentorio reclamo social es la del contencioso administrativo. De allí la trascendencia mayúscula que atribuímos al tratamiento de su problemática sustancial en este evento científico que reúne a tantas personalidades vinculadas con la técnica y la ciencia del proceso judicial.

De otro lado, cabe destacar el mérito de los organizadores, al rescatar para la ciencia procesal una temática abandonada a las tangenciales, aunque profundas, referencias de los administrativistas, que la ubican entre los sistemas de control del acto administrativo. Este abandono parece explicable en un contexto sistemático que se orienta hacia rumbos diferentes al que marcan las necesidades científicas y sociales señaladas, cayendo en una especie de indiferencia en relación a cuestiones trascendentes, que se manifiesta en la fácil admisión de fenómenos abstrusos, como son los del ejercicio de funciones jurisdiccionales por el poder administrador y de la naturaleza administrativa del proceso judicial, con excepción de las decisiones interlocutorias y la sentencia.

2º) LA ADMINISTRACION FRENTE AL ADMINISTRADO

La complejidad extrema que han adquirido las relaciones sociales, consecuencia más o menos directa de la expansión demográfica producida en los principales centros urbanos del orbe y la conseguida densidad de población, ha generado un enorme crecimiento de la actividad estatal, necesariamente orientada al bien común de cada grupo, que se vuelca fundamentalmente en la función ejecutiva, por razones que no podemos examinar aquí pero que no han dejado de señalarse por quienes han abordado el tema desde una perspectiva técnica.

Esto tiene una obvia repercusión en el ámbito de las relaciones jurídicas y, particularmente, en el de aquellas que vinculan al ciudadano con el Poder Ejecutivo.

El Estado en función ejecutiva, ha interrumpido en el campo de los negocios, invadiendo el entramado de vínculos intersubjetivos que dinamizan el ordenamiento jurídico. El poder público ha dejado de constituir, exclusivamente, una manifestación de la coacción jurídica para erigirse, además, en otro sujeto, aunque gigante, de las relaciones intersubjetivas.

En el siglo pasado era posible concebir al Ejecutivo replegado en el ámbito de la seguridad y de las relaciones exteriores, dejando más allá la actividad privada regida por las normas civiles y penales, que a él no le alcanzaban. El poder administrador aparecía, entonces, en sus relaciones con el administrado, como un sujeto absolutamente supraordinado, dotado de potestades cuyo ejercicio era irresistible para los particulares.

Nuestro tiempo sorprende al ciudadano "conviviendo" con el Estado, en el sentido que la relación de supraordinación, de sometimiento y hasta de tutela, ha venido agregarse un vínculo de naturaleza negocial; de modo que la sociedad de hoy se constituye no sólo con lazos sociales entre sus miembros, que requieren, imponen o generan la organización estatal, sino que ésta en el cumplimiento de sus fines origina nuevos vínculos que se superponen y hasta identifican con aquéllos.

El derecho, cuyo cometido es precisamente la regulación de las conductas intersubjetivas, debía terminar rigiendo tales vínculos, los que, a partir de ese momento, se transforman en el contenido de determinadas formas jurídicas.

En este lugar no podemos sino esquematizar dichas formas; esquema que, sin embargo, resultará necesario para aprehender acabadamente el planteamiento que formularemos en relación al procedimiento contencioso administrativo, ya que la doctrina se limita, generalmente, a señalar la contraposición del interés público y del interés privado como características de la "causa" administrativa. Por nuestra parte, creemos conveniente enumerar esquemáticamente las formas que puede adoptar dicha contraposición.

La primera hipótesis que mencionamos es la del Estado como sujeto activo de un interés frente al particular, la cual se resuelve, en el ámbito sustancial, con la mera obtención del interés por parte del poder público; el Estado, aun en función ejecutiva, goza del beneficio de "ejecutoriedad", que se resuelve en la posibilidad de obtener directamente el interés tutelado por la norma. Este principio sufre, sin embargo, algunas excepciones que es indispensable destacar. En razón de comprometer gravemente derechos subjetivos esenciales del individuo, ciertos intereses públicos atribuidos por la ley a la Administración deben realizarse, cuando resultan atacados por el sujeto subordinado, en el ámbito judicial, es lo que ocurre en materia impositiva. En otros casos, la potestad pública debe buscar realización, ineludiblemente, a través de la intervención judicial para obtener su eficacia jurídica; se trata del caso típico de la expropiación por causa de utilidad pública.

La segunda hipótesis nos muestra al particular en el extremo activo de la relación jurídica, en virtud de la tutela que directamente la brinda la ley o bien que ha sido constituída por un acto de la propia administración. La protección se resuelve aquí en una pretensión del particular contra la Administración dirigida a obtener el reconocimiento de la tutela o, en su defecto, su actuación coactiva. Cabe acotar que la actividad administrativa constitutiva del derecho puede ser unilateral o bilateral; el permiso y la concesión pueden graficar la primera forma, mientras que el contrato de obra pública y el de suministro son especies de la segunda.

En tercer lugar aparece el administrado en posición activa, pero no como titular de un derecho reconocido directamente por una norma, contra la Administración, sino en calidad de sujeto de un derecho de "reacción" — o mejor, de "impugnación" — contra una actividad que lesiona o agrede su derecho. Es éste un supuesto muy común, a raíz

del privilegio de "ejecutoriedad" de sus actos que el orden jurídico reconoce al poder administrador, privilegio al que nos referimos precedentemente. Aquí la Administración excede los límites impuestos a su accionar y vulnera el derecho individual; pero como el acto administrativo es "ejecutorio", cualidad que se sustenta en una "presunción de legitimidad", el particular afectado debe destruir esta eficacia, impugnándola. Destacamos que este derecho de "impugnación" nada tiene en común con la facultad de recurrir una decisión; el primero tutela un interés material de eliminar un acto viciado y equivale al derecho de pedir la nulidad de un acto jurídico regido por el ordenamiento civil; mientras que la segunda protege el interés de obtener la revisión de un acto de procedimiento.

La cuarta hipótesis se integra con una situación idéntica a la segunda, es decir, por el interés tutelado directamente frente a la Administración; pero se distingue de aquélla en la causa de la tutela, toda vez que proviene de un hecho que genera una responsabilidad del Estado frente al particular, que se resuelve en una sujeción a la sanción de resarcimiento o reparación del daño causado.

Por último, el quinto supuesto se refiere a una forma particular de "causa" administrativa. El interés público, que no depende del particular enfoque de los órganos estatales, puede resultar avasallado por la propia actividad administrativa y, normalmente, la Administración puede ejercitar directamente, como es corriente en la actividad estatal, su potestad impugnativa, procediendo a "revocar" el acto productor de efectos nocivos. Sin embargo, cuando el acto viciado ha creado un derecho individual o reconocido un interés de ese tipo, entonces aquella potestad se transforma en una pretensión de "impugnación" similar a la que tiene el particular frente al acto administrativo lesivo de su derecho.

Para cerrar estas reflexiones, advertimos que el derecho de impugnación del particular puede nacer no sólo de un interés directamente protegido sino, también, de una tutela indirecta del interés, considerado en relación al grupo. Incluso, en nuestros días pugnan por encontrar reconocimiento los intereses colectivos o "difusos", no garantizados directa ni indirectamente por la norma legal. Esto deja enunciado el tema del derecho subjetivo y su contraposición con el interés legítimo y el interés simple.

39) LA ADMINISTRACION FRENTE A LA LEY

Analicemos ahora las distintas situaciones en que puede encontrarse la Administración a raíz de la regulación legal de las diferentes hipótesis descriptas y las diversas formas de tutela que la norma confiere al interés público y al privado.

Tratándose de una cuestión eminentemente política, la concesión de tutela a determinados intereses depende, en principio, de la concepción acerca de los fundamentos y fines del Estado. De allí que no pueda sorprender que un enfoque absolutista no admita en ninguna de las situaciones que hemos descrito la prevalencia del interés particular ni la subordinación del interés público; el individuo respetado en su fuero personal y protegido en sus relaciones, se encuentra absolutamente subordinado al interés público, muchas veces confundido con el del Príncipe. No puede concebirse para esta mentalidad política, la subordinación del interés público, puesto que el Estado reunía para sí la totalidad del poder y ello impedía que se reconociera un poder superior.

Conviene recordar que aun en el Estado absoluto debió encontrarse una forma que, dejando a salvo el principio absolutista, limitara de alguna manera el poder público individual. Surge así la denominada "teoría del fisco", la cual, a través de la ficticia separación del Estado y su patrimonio, liberada al interés individual de las ataduras absolutistas, permitiendo la subruinación del interés patrimonial del Estado. Se inicia así una rápida y costosa evolución que culmina con el sometimiento del Estado al orden jurídico y su ubicación como sujeto de derecho. En el costo evolutivo deben computarse los grandes movimientos sociales que pugnarón por el obtener reconocimiento del derecho de sus miembros frente al poder estatal, y también los logros científicos que iban modificando la concepción política y jurídica predominantes. En este último terreno cabe destacar uno de los aportes del normativismo al lograr una descripción exacta del proceso de creación y ejecución en que se resuelve la dinámica del derecho positivo y poner así de manifiesto la función de concreción del derecho que realiza el administrador, la cual, dentro de esa dinámica, lo subordina a las normas generales que establecen el órgano, el procedimiento y en ocasiones, el contenido de la norma individual.

Claro que el excesivo formalismo de la doctrina citada, unido al hecho histórico de que las funciones legislativas y judicial han debido ser desprendidas del poder real o monárquico y una cierta sinuosidad en la línea de separación entre las diversas funciones que la doctrina de la "división de poderes" asigna a cada órgano del trípode estatal, han provocado algunos equívocos en relación a las diversas situaciones en que puede encontrarse la Administración frente a la ley. Esta comprobación nos ha movido a introducir aquí algunas breves reflexiones sobre el tema, con el objeto de ayudar al entendimiento del enfoque que proponemos para la adecuada comprensión de nuestro tema.

Es indispensable, en primer lugar, agrupar en una especie particular de actividad administrativa, la que despliega la Administración en ejercicio de la potestad reglamentaria, habida cuenta que, con relación a la función legislativa, aquélla se encuentra en una situación de colaboración, de complementación. La actividad administrativa produce normas jurídicas generales y abstractas que se injertan en el ordenamiento legal con carácter de obligatorias y cumplen un paso en el avance del derecho hacia su individualización completa. El valor de esta actividad equivale al de la que cumple como función propia el órgano legislativo.

En segundo término, ubicamos la actividad administrativa dirigida a decidir acerca de la existencia de derechos individuales y a aplicar sanciones. Tratándose ésta de una actividad de raíz jurisdiccional a la que haremos especial referencia más adelante, nos limitamos aquí a mencionarla.

Por último y casi por exclusión, llegamos a la genuina y propia función administrativa, que se dirige concreta e inmediatamente a la satisfacción de necesidades colectivas, se orienta directamente a la consecución del bien común. Aquí el ordenamiento legal es el marco dentro del cual se desenvuelve la actividad de la Administración. La ley opera como un límite que encierra el accionar del Estado en su constante peregrinar en busca del bien común. La norma legal, en otros casos, describe la conducta de la Administración, la que aparece como sujeto de un interés subordinado o subordinante. Kelsen ha descrito con precisión y en términos normativos esta última situación, al caracterizar la función administrativa como aquella en la que el Estado cumple actos que son "contenido de normas secundarias" y estos actos como aquellos que "constituyen una parte de las condiciones a que las normas jurídicas

generales enlazan sanciones”, asimilándolos, desde este punto de vista, a las “transacciones jurídicas privadas”.

Frente a este breve esquema de las situaciones en que la Administración se encuentra en relación a la ley, nos resta sólo una reflexión: la común afirmación que el Estado, en función administrativa, “interpreta” y “aplica” la ley, puede admitirse si va acompañada de la advertencia que ella es válida en un plano estrictamente formal, que mira exclusivamente el proceso de creación y ejecución de normas jurídicas dentro de un ordenamiento nacional. Pero si nos desplazamos al ámbito material, considerando el contenido de la actividad, aquel dato es insuficiente para caracterizar la particular situación de la Administración en el ordenamiento legal. Desde esta perspectiva hay que agregar que la propia y genuina actividad administrativa, dejando de lado la potestad reglamentaria y decisoria, muestra al Estado como sujeto de la situación normativa, en actitud valorativa en relación a la norma, pero sólo como uno de los factores que lo determinarán a actuar de uno u otro modo en la búsqueda ineludible del bien común.

49) LA ADMINISTRACION FRENTE A LA JURISDICCION

Con estos elementos podemos abordar el espinoso tema de las relaciones entre la Administración y la Jurisdicción, lo cual nos introduce a nuestra problemática específica.

La conquista, social y científica, del principio de legalidad, que implica el sometimiento de la Administración a la ley en calidad de sujeto de la imputación normativa, encierra para nosotros algo más: el sometimiento de la Administración a la potestad jurisdiccional ejercida por el órgano judicial. Esta afirmación es sumamente controvertida en la doctrina, sin embargo, tiene para nosotros una explicación muy sencilla, que nos reconduce a la raíz institucional de la función jurisdiccional del Estado. Veamos:

La ley material en cuanto contiene normas de conducta general y abstractas, encierra un mandato imperfecto, incapaz de operar por sí frente al incumplimiento del precepto y de desenvolver las consecuencias que ella misma preve para el supuesto de violación. La actividad estatal que tiene por objeto la producción de normas generales y abstractas requiere, entonces, por la naturaleza misma de la función que

se le asigna en el contexto institucional, de una actividad ulterior que, continuando la total misión estatal, compruebe la existencia de conductas previstas por las normas que produce la actividad legislativa y haga operativas en concreto las consecuencias predispuestas.

Por otra parte, hay previsiones normativas que por su naturaleza o por disposición expresa, no pueden operar sino cuando un órgano estatal comprueba con fuerza vinculante la existencia de los supuestos legales. Es el caso de las normas penales, de ciertos tipos de normas civiles (divorcio) y también, de normas que regulan la actividad administrativa (expropiación).

De tal modo queda demostrado que el sometimiento a la ley nada significa si no va acompañado de un sometimiento a la jurisdicción, es decir, a aquella actividad continuadora de la legislación que tiene la misión de aplicar los mandatos generales y abstractos producidos por ésta.

Debe hacerse explícito, entonces, el reconocimiento de que la señalada conquista por la humanidad del sometimiento de la actividad estatal a la ley (Estado de derecho) conlleva natural y necesariamente la sujeción del Estado a la potestad jurisdiccional. Esto es lo que, en definitiva, deja planteado el problema del contencioso administrativo.

En este punto, paradójicamente, comienzan las penurias del procedimiento sobre cuestiones administrativas, y ello por cuanto La Administración — al par que se conoce sometida al orden legal — resiste el sometimiento al órgano judicial y, por lo tanto, según veremos, al poder jurisdiccional, amparándose en una particular interpretación del principio de separación de funciones que, desde la Revolución francesa, rige al Estado moderno.

Se llega a ese punto partiendo de la distinción entre la administración directa e indirecta o administración activa y jurisdiccional, y adjudicando ambas funciones al órgano administrativo, ora por razones históricas, ora por razones de conveniencia, ora para salvar el orden institucional fundado en la separación de las funciones. Termina entonces por admitirse, lisa y llanamente, la promiscuidad de ambas funciones estatales en el ámbito del órgano administrativo.

La doctrina nacional, tanto en el campo del derecho procesal (PALACIO) como en el del derecho administrativo (MARIENHOFF), ha

admitido sin reparos aquel planteamiento, aunque hay que señalar, en ambos lados, algunas excepciones (FIORINI; CLEMENTE DIAZ).

Nuestra Corte Suprema también ha acogido aquella concepción, al admitir formalmente recursos extraordinarios de inconstitucionalidad contra decisiones administrativas y reconocer validez a leyes que asignan funciones jurisdiccionales al órgano ejecutivo. Sin embargo, el Alto Tribunal ha tenido el recato de exigir la previsión de una vía impugnativa ante el órgano judicial, para eludir la prohibición contenida en el artículo noventa y cinco de la Constitución Nacional.

Este modo de plantear la separación de las funciones administrativa y jurisdiccional ha influido en la concepción del contencioso administrativo en dos sentidos. Por una parte, alimentando la tesis de que es la propia Administración la que debe juzgar la validez de sus propios actos, para no romper el equilibrio de los poderes, lo cual viene a justificar absolutamente el sistema administrativista en Francia. Por otra parte, originando la creencia, en algunos casos casi inconsciente, que la intervención judicial en las causas administrativas tiene el significado de una "instancia" de contralor que tiene por objeto la revisión de la decisión, de naturaleza jurisdiccional, emitida por la Administración, promovida por el ejercicio de un derecho procesal o formal de impugnación. Por nuestra parte, creemos erróneo tanto el planteo como la consecuencia que de él se deriva. La crítica podemos emprenderla aquí, pero en forma sintética.

Nuestro punto de partida está en la naturaleza eminentemente técnica de la función jurisdiccional, lo que conduce a contraponerla con las otras dos funciones estatales (legislación y administración), en cuanto priva en ellas un carácter esencialmente político o de dirección de la actividad del Estado hacia sus fines esenciales. Salimos del campo puramente formal, en que ubica el normativismo al enfoque jurídico del Estado, para trasladarnos al aspecto material de la funcionalidad estatal, es decir, al contenido de cada función. Adviértase, que no abandonamos el punto de vista formal ni negamos en absoluto su utilidad, pero señalamos su insuficiencia notoria para distinguir claramente las funciones del Estado. No podemos negar que ateniéndonos a la forma en que se ejercita cada función, puede identificarse administración y jurisdicción, en cuanto actividades de "ejecución" de normas generales y abstractas y de "creación" de normas individuales. Pero, si nos

quedamos allí, pasamos por alto que la ejecución de la norma legal en función administrativa equivale a "cumplimiento" de la misma, en el sentido que dejamos explicado, con la finalidad de obtener inmediatamente un interés público; mientras que la ejecución de la norma legal en función jurisdiccional equivale a actuación de la propia voluntad legal con el objeto de obtener la adecuación de la realidad a sus prescripciones. En el primer caso estamos en un terreno político, movido por intereses materiales de naturaleza pública; en el segundo, la actividad estatal se mueve en un campo puramente técnico jurídico, movido por el sólo interés de concretar la voluntad legislativa.

El carácter eminentemente técnico de la jurisdicción es lo que impone su atribución, en forma exclusiva y excluyente, a un órgano independiente del Estado. La atribución debe ser exclusiva, en cuanto no puede admitirse el ejercicio de la potestad jurisdiccional por otros órganos estatales; mucho menos, cuando se invocan para ello razones históricas o de mera conveniencia. La atribución debe ser excluyente, en cuanto no admite el ejercicio simultáneo de otras funciones, de naturaleza política, veda la figura del juez-legislador y, también, la del juez-administrador.

Para nosotros, la independencia funcional que reconoce con tanta claridad el artículo noventa y cinco de la Constitución Nacional al Poder Judicial es sólo una consecuencia institucional de la sustancia técnico jurídica que caracteriza a la función de su consideración abstracta. La función técnica, distinta y separada de la función política del Estado, reclama para su ejercicio un órgano independiente por aquello, tan vulgar como elemental, de la imposibilidad de desenvolver al unísono la actividad de "juez" y de "parte", que expresa la absoluta incompatibilidad psicológica de resolver objetivamente una "causa propia". La independencia del órgano nos es la que transmite la calidad funcional, como debe terminar afirmando el formalismo, sino a la inversa: el carácter técnico jurídico de la función es lo que impone la independencia del órgano.

Tan cierto es lo que decimos que los propios promotores de la administración indirecta y del reconocimientos del ejercicio de la función jurisdiccional por la Administración, han debido reconocer que cuando ésta "juzga" debe adoptar "la misma organización y el mismo procedimiento que los tribunales" (KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", trad. García Máynez, México 1979, pág. 330),

con lo cual la cuestión viene a derivar en un mero juego de fórmulas verbales e institucionales. Con razón se ha dicho que la cuestión no puede reducirse a un problema de "ubicación" del órgano, sino que debe profundizarse en la distinción de las funciones atribuidas a ese órgano, a efectos que éste se adecue a aquellas (FIORINI).

Con esto creemos haber dado los fundamentos de nuestra afirmación inicial; el sometimiento de la Administración a la ley debe derivar, sin más, en un sometimiento al poder jurisdiccional; y también, de su consecuente: estando atribuido el poder jurisdiccional en forma exclusiva y excluyente al órgano judicial, la Administración no puede actuar la ley en las causas que se originan en su propia actividad y debe sujetarse al juicio del órgano judicial.

5º) EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL ADMINISTRATIVO

A esta altura podemos entrar directamente al tratamiento de los tópicos que conciernen al contencioso administrativo, tal como han sido regulados por el derecho público provincial argentino, que adoptó el sistema judicial de instancia única.

Comenzaremos por aquello que, en nuestro concepto, constituye el motivo claro de la especialidad del proceso administrativo: el objeto procesal, es decir, aquello sobre lo que versa la actividad regulada por la ley de rito.

Los administrativistas suelen sostener que la "materia del contencioso administrativo es una decisión emanada de la Administración que lesiona o desconoce un derecho subjetivo o interés legítimo, perteneciente al administrado. Esta común opinión contribuye, creemos, a retacear el sometimiento de la actividad administrativa al Poder Judicial y complica innecesariamente el itinerario que debe seguir el administrado para la obtención del reconocimiento de su derecho.

Hemos señalado precedentemente que el interés individual encuentra, en ocasiones, una tutela directa frente al Estado, imponiendo a éste una prestación en favor de aquél. En tales supuestos carece de sentido exigir, como condición de procedibilidad, la existencia de una "decisión" administrativa que expresamente desconozca la tutela concedida directamente por el ordenamiento legal al interés individual.

Se observa en el transcurso de la concepción que criticamos, la idea — ya combatida por nosotros — que el proceso administrativo recae sobre una actividad de sustancia jurisdiccional, a efectos de "revisar" o "controlar" su legitimidad. En definitiva, es la misma idea que predominó durante mucho tiempo en el ámbito procesal administrativo y que todavía no logra eliminarse por completo, que vé detrás de la actividad del promotor del proceso un derecho formal de impugnación que se dirige contra actos administrativos y se viabiliza a través de un "recurso".

En aquellos sistemas en que el contencioso está en manos del órgano administrativo (FRANCIA), la concepción descripta aparece desembosada. Efectivamente, allí el particular cuenta con un derecho, meramente formal, de impugnación contra la actividad administrativa contraria al derecho subjetivo o interés legítimo, a efectos de lograr la remoción de la decisión que le provoca ese daño jurídico. El objeto del procedimiento es la propia actividad de la Administración, del mismo modo que el objeto de la impugnación judicial es la actividad procesal, y en ambos casos la causa es un agravio proveniente de una decisión contraria al derecho cuyo reconocimiento persigue el particular.

Aun en sistemas judicialistas, que difieren el conocimiento y decisión de las causas contencioso administrativas al Supremo Tribunal de la Organización Judicial, vigente en la mayoría de las provincias argentinas, la idea del proceso administrativo como instancia superior recursiva no ha sido absolutamente eliminada pese a los esfuerzos doctrinarios para demostrar lo contrario.

La exigencia que contienen todas las legislaciones que se agrupan en este sistema, que la "materia" del proceso judicial se formalice en una decisión del órgano administrativo contraria al derecho subjetivo o interés legítimo, constituye suficiente demostración de nuestro aserto. El artículo cuarto de la ley 4.106 de la Provincia de Santa Fe es un claro ejemplo de lo que decimos, ya que hasta en el lenguaje se ha filtrado la idea que examinamos; dispone la norma citada: "Los recursos que este Código autoriza solo podrán ejercerse contra las resoluciones denegatorias del derecho invocado... "Otras legislaciones, que han cuidado el uso de ciertos vocablos, dejan al descubierto, sin embargo, el mismo equívoco; así, el Código de la Provincia de Buenos Aires (ley 2961), que no usa el sustantivo "recurso" empleando en su lugar

la expresión "causa administrativa" y el más adecuado sustantivo "demanda", prescribe que el reclamo del particular debe dirigirse "contra una resolución definitiva" (artículo 19) y más adelante, dispone que la demanda deberá dirigirse "contra... resoluciones administrativas" definitivas y que vulneren un derecho de carácter administrativo. Algo similar ocurre con el moderno Código de Mendoza (ley 3918), que reconoce como fuente nada menos que el Proyecto de Fiorini, que habla, en su artículo segundo, de los actos administrativos "impugnables por las vías que este Código establece" y que, en el artículo quinto, condiciona la procedencia de "las acciones" a la "existencia de una decisión administrativa definitiva y que cause estado". Las legislaciones examinadas parten, con mayor o menor explicitación, de la idea que la pretensión que nace de una "causa administrativa" se resuelve en un derecho formal de impugnación.

De ese error inicial se derivan algunos equívocos, de los cuales interesa señalar sólo los que nos parecen principales, a fin de poner de manifiesto los graves problemas que ocasiona, sobre todo para el sistema judicialista, el desenfoque del objeto procesal, como así, los inconvenientes que acarrea para el difícil trance que le toca atravesar al particular accionante.

Tomamos conjuntamente el caso de los reglamentos y de los contratos administrativos, por suscitar, en orden al problema que nos ocupa, cuestiones idénticas. En efecto, es corriente la afirmación de que los reglamentos y los contratos administrativos son "impugnables", en sede judicial, "indirectamente", con lo que se quiere decir que lo "impugnable" es el acto administrativo que se funda en uno u otro para subordinar el interés particular. Esto es lo que dispone el Código de la Provincia de Buenos Aires en sus artículos segundo y tercero. Entendido el objeto del proceso administrativo como una pretensión formal de impugnación dirigida contra un acto administrativo, puede hablarse de impugnación indirecta o de objeto indirecto. Bien mirado el objeto procesal, se advierte que el reglamento o el contrato constituyen siempre objeto de proceso en cuanto la pretensión del administrado se apoyará en tales elementos normativos para perseguir la declaración de ilegitimidad del acto administrativo que lesiona su derecho o bien se dirigirá a obtener una declaración de nulidad o invalidez del contrato o reglamento, respectivamente, como medio de conseguir la declaración de ilegitimidad

del acto administrativo que se sustenta en aquellos. En ambos casos, el contrato y el reglamento conforman la "materia" procesal habida cuenta que la actividad de los sujetos del proceso recae, necesariamente, sobre ellos.

En el otro extremo se encuentran los hechos y operaciones administrativas. En relación a ellos muchas legislaciones provinciales disponen, explícita (vgr.: MENDOZA, artículo 7º) o implícitamente (STA. FE), artículo 4º), que los hechos y operaciones no generarán por sí mismos pretensiones administrativas y el interesado debe formular su exigencia ante la Administración para obtener la "decisión impugnabile". El error se muestra aquí con toda evidencia. No cabe duda que la pretensión del administrado emerge del hecho o de la operación, legitimando a éste para perseguir del Estado el monto resarcitorio. La decisión administrativa que desestima el reclamo directo del administrado no es, en modo alguno, "impugnabile", en cuanto, por un lado, no lesiona el derecho individual y por otro, encierra el ejercicio de protestas absolutamente discrecionales de la Administración en cuanto ésta no aparece determinada por reglas preestablecidas para la evaluación jurídica de los hechos. Es muy claro, que esta decisión administrativa no es objeto del proceso en ningún caso: no puede tener otro sentido que dejar expedito el camino para el ejercicio de la pretensión ante el órgano judicial.

Para nosotros el objeto del proceso administrativo no difiere del de cualquier proceso judicial sino en cuanto los hechos que lo integran, en forma de hipótesis formuladas por las partes en los actos constitutivos del proceso, se proyectan en el ámbito de la Administración y de alguna manera comprometen el interés público que se desenvuelve con la actividad administrativa. En la mayoría de los casos aquel objeto encerrará una contraposición de intereses entre la Administración y el particular y la creencia que invariablemente ello es así da origen a la denominación de "contencioso-administrativo". Sin embargo, no siempre el proceso administrativo versa sobre una real contraposición de intereses; pensamos que el juicio expropiatorio es uno de los casos que sale de aquella regla general.

La mayoría de las legislaciones provinciales exigen que el proceso que nos ocupa verse sobre hechos jurídicos regidos por normas del derecho administrativo, con lo cual viene a limitarse excesivamente el ob-

objeto procesal y a reeditar, de alguna manera, la separación entre actos de gestión y actos de imperio que tantas dificultades trajo para la doctrina y la jurisprudencia. Creemos que la sola presencia del interés público portado por la actividad administrativa, aun cuando el supuesto aparezca regido por normas de derecho privado, debe determinar la aptitud del objeto para recibir la aplicación de la estructura del procedimiento contencioso administrativo.

Para terminar este punto, destacamos, a modo de conclusión, que el acto de decisión administrativa integra sin duda el objeto procesal y le imprime individualidad frente a otros objetos, pero no son más que un aspecto de aquel, que se completa con otra serie de elementos fáctico-jurídicos sobre los que también versa la actividad procesal.

6º) EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La cuestión referida al órgano que debe conocer y decidir las causas administrativas y a su competencia, ha originado la división entre administrativistas y judicialistas, a la que ya hicimos referencia. No volveremos, entonces, sobre el tema, limitando nuestro análisis al sistema judicialista adoptado por el derecho público provincial argentino y tomado de la legislación española. Las provincias han contemplado el punto en sus respectivas Cartas Fundamentales, en donde incluyen normas que expresamente asignan competencias originaria y exclusiva al Órgano Supremo de la estructura judicial.

El precedente histórico se remonta a la Constitución bonaerense de 1854 y a la ley sancionada en 1857, que atribuyeron a la Suprema Corte el pleno conocimiento en las "causas contenciosas de hacienda y las que nacen de los contratos entre particulares y el Gobierno", las que venían a través de un recurso de apelación dirigido contra la decisión administrativa, en el que, incluso, ingresaba todo el material de conocimiento reunido en el trámite administrativo.

Esta manera de organizar la justicia de la Administración, constituye, según nuestro particular punto de vista, otra forma de retacear el sometimiento de la actividad administrativa a los órganos judiciales ordinarios. En definitiva, responde a la concepción según la cual el poder administrador juzga de sus propios actos a través de la "administración

jurisdiccional" y la ulterior intervención del órgano judicial solo cumple la función de revisar el acto administrativo, verificando su legimitidad. Así planteado el contencioso administrativo es obvio que debe confiarse a un órgano institucionalmente "superior" o al menos, que se encuentre en idéntico nivel político: este órgano no puede ser otro que el que se encuentra en el máximo grado de la organización judicial. Queda satisfecho así el pudor de la Administración para ser juzgada por jueces ordinarios, considerados inferiores en la jerarquía institucional.

Con razón se ha señalado que semejante criterio mantiene al contencioso administrativo en el plano de "jurisdicción revisora", es decir, con la mera función de "revisar" un pronunciamiento administrativo emitido en relación a materias de la propia competencia de la Administración (GARRIDO FALLA).

En definitiva, la organización de la estructura orgánica que desempeñará la delicada función de juzgar y la propia atribución de competencia, vienen a significar un nuevo privilegio de la Administración, que se agrega a aquellos que provienen de su situación material, exteriorizado en las valoraciones políticas, institucionales y técnicas que determinan la elección del órgano y la fijación de su competencia, las que sólo contemplan la situación de la Administración y prescinden en absoluto de las necesidades del administrado y de su particular posición frente a la administración.

La organización y competencia del órgano judicial debe responder, ante todo, a la finalidad esencial y objetivo del proceso, que no es otro que la de impartir justicia en el caso concreto, obedeciendo, luego, a la singular situación de las partes, y por último, contemplando las necesidades del objeto procesal. La sola estimación de la situación de una de las partes para la organización y competencia de los órganos judiciales, rompe la igualdad ante la ley y crea un verdadero privilegio. Esto es así, aunque la parte favorecida sea portadora de un interés público.

El derecho público provincial argentino debe buscar un equilibrio entre los dos interesados que, contrapuestos o no, siempre se encuentran comprometidos en la "causa" administrativa. A manera de colaboración con la ardua tarea de hallar dicho equilibrio, exponemos las reflexiones que siguen.

a) La intervención del Superior Tribunal, en calidad de único órgano de decisión, atenta contra una de las bases jurídicas del contencio-

soadministrativo, que es la de especialización del juzgador. La estructura orgánica y la funcionalidad de los Superiores Tribunales, dentro de nuestro contexto institucional, no permite que pueda lograrse en momento alguno el ideal de la especialización que sustenta el contencioso judicial. Esto es motivo de infinidad de inconvenientes que se presentan a diario en el procedimiento que nos ocupa.

b) La situación institucional del órgano judicial supremo, por la amplitud de materias que comprende su esfera de competencia, la limitación funcional de la misma y su necesaria identificación con la administración del propio órgano judicial, imposibilita la consecución del ideal de "unidad de jurisdicción" para las cuestiones vinculadas con la Administración. Mientras subsista en manos de los órganos superiores la competencia contenciosoadministrativa, resultará imposible abrir esa órbita material a todas las causas que comprometan el interés público administrativo, por cuanto ello desbordaría la capacidad orgánica de aquella especie de órgano judicial. Este puede ser uno de los motivos por los que la legislación mantiene la criticada distinción entre los actos cumplidos "iure imperii" y "iure gestionis".

c) La mixta situación institucional señalada determina otra dispersión de la competencia material en relación a las causas administrativas. En efecto, gran parte de la materia fiscal resulta absolutamente inadecuada a la funcionalidad del tribunal supremo; me refiero al juicio de apremio, cuyo conocimiento debe ser atribuido a órganos comunes o especiales, de la justicia ordinaria, habida cuenta que se trata de procedimientos ejecutivos, cuya estructura no admite la intervención del Superior Tribunal. Siendo aquella una clásica especie de proceso administrativo, la circunstancia que deba asignarse a una especie orgánica distinta a la que tiene competencia para entender en el núcleo de causas contenciosas, provoca una atomización de éstas que perturba la situación del administrado que debe enfrentar a la Administración para obtener la tutela legal o defender su patrimonio. Se encuentra aquel ante el laberinto de la línea separatoria entre causas contenciosoadministrativas, cuyo conocimiento se difiere al Superior Tribunal, causas privadas que comprometen la Administración, pertenecientes a la competencia de los tribunales ordinarios, causas administrativas específicamente remitidas a la órbita de estos últimos (proceso expropiatorio) y causas fiscales, asignadas, en algunas legislaciones, a un fuero especial.

Estas reflexiones, expresadas en la forma sintética que aconseja la ocasión, nos mueven a propiciar una reforma del sistema seguido por el derecho público provincial argentino, eliminando la competencia de los Superiores Tribunales en las causas contenciosas. Pensamos que deben seguirse los pasos de la Constitución Nacional, que ninguna referencia hizo al régimen del contencioso-administrativo, dejando prudentemente en manos del legislador la elección del mejor sistema de juzgamiento de las causas en que se encuentra comprometido el interés administrativo (artículos 67, incisos 17 y 94) y limitándose a someter al Poder Judicial de la Nación todas las causas en que la "Nación sea parte". Esta impecable técnica constitucional debió ser imitada por las provincias argentinas.

El camino de la reforma no puede ser otro que el de la sustitución de las cláusulas constitucionales, las que, indudablemente, se han dictado dentro de la esfera de competencia reservada por las provincias en los artículos 105 y 106 de la Constitución Nacional y conforme la condición impuesta por el Gobierno Federal en el artículo quinto de la misma Ley Fundamental. En el ejercicio de esa potestad reservada no parece que las provincias hayan transpuesto los límites infranqueables de los derechos y garantías que se derivan de la Constitución Nacional, atendiendo a la reiterada jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal en el sentido de la validez de aquellas normas, aun legales, que imponen la instancia única para el juzgamiento de casos judiciales.

7º) LA REGULACION DEL PROCEDIMIENTO PARA LAS CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

Completamos nuestro análisis con una referencia, necesariamente comprimida, a aquellos aspectos del procedimiento que han recibido una defectuosa regulación por parte de la mayoría de las legislaciones vigentes en el país, contribuyendo a justificar el pesimismo de aquellos que hablan de "crisis" en el proceso administrativo y buscan la solución en un retorno a la esfera de la Administración para la decisión de las causas administrativas, a través de la creación de órganos especializados sometidos a procedimientos informales de gran celeridad.

Por nuestra parte creemos que, lejos de abandonar el sistema judicial, es necesario profundizarlo, desarraigando definitivamente la idea

de que la intervención del órgano jurisdiccional constituye una mera instancia revisora y con ello eliminar todos los resabios que aun permanecen intactos en el procedimiento, contribuyendo a mantener todavía, en el plano procesal, los privilegios que la Administración tiene en el ámbito sustancial, en donde se justifican por la situación de preeminencia que le otorga la titularidad de un poder dirigido a la realización del bien común.

De tal manera, hay que comenzar por establecer claramente la diferencia sustancial que media entre la situación que debe reconocerse a la Administración frente a los administrados y aquella en que debe colocársela frente al órgano judicial. En el primer caso, se trata de obtener un interés público y por tanto, su portador debe encontrarse revestido de un poder que le brinde una amplia posibilidad de desenvolvimiento, sin obstáculos provenientes de meros intereses privados; de allí los privilegios de la Administración en el terreno de las relaciones intersubjetivas. En el segundo caso, se trata de hacer justicia a través de la concreta verificación del sometimiento efectivo de la Administración al orden jurídico; y en este plano superior, que sobrepasa tanto el interés privado como el público (administrativo), no hay razón para privilegiar a la Administración; por el contrario, se impone un esfuerzo legislativo para igualar la posición de aquella con la del administrado, frente al juez.

Atentan contra esta idea básica algunos institutos que se empeñan en mantener las leyes que regulan el contencioso y que examinaremos sintéticamente a continuación:

a) La reclamación previa:

La totalidad de las legislaciones provinciales exige como dijimos, que medie un pronunciamiento de la Administración en relación con el derecho subjetivo o interés legítimo que se pretenda violado, lo cual constituye para ellas la materia o el objeto del proceso contencioso. Corresponde señalar ahora que para tales legislaciones no resulta suficiente la existencia de una decisión administrativa, sino que es necesario, además, que la misma se encuentre revestida de las calidades de "definitividad" y haya agotado la vía recursiva que se preve en la legislación que regula el procedimiento en sede administrativa. Esta exigencia se encuentra prevista en numerosos textos constitucionales.

Se la justifica invocando razones técnicas y de conveniencia. Las primeras se vinculaban a la doctrina que hemos criticado y que ve en el

procedimiento sobre cuestiones administrativas una especie de actividad impugnativa contra decisiones de la administración. La segunda, mira la necesidad de brindar a la Administración la oportunidad de reexaminar sus actos y formar la voluntad estatal luego de un adecuado análisis de los intereses comprometidos y afectados.

Descalificado el primero de los fundamentos expuestos, queda en pie el segundo, que muestra descarnadamente la situación de privilegio en que se coloca a la Administración y la intención de desalentar las pretensiones particulares. Por eso ha dicho un gran privilegio en que se coloca a la Administración y la intención de desalentar las pretensiones particulares. Por eso ha dicho un gran rosarino, que mucho me place recordar aquí, que el verdadero fundamento de la reclamación previa es un privilegio de la Administración pública" (BIELSA, Rafael, "Sobre lo Contenciosoadministrativo", tercera edición, SANTA FÉ, 1964 página 172).

La exigencia que comentamos genera el problema de los efectos que corresponde asignar al silencio de la Administración, cuestión resuelta, también, por las diversas legislaciones provinciales, con un criterio netamente favorable a la Administración y restrictivo del derecho individual en su relación con el interés público.

Algunas Constituciones y, en general, las legislaciones, asignan eficacia negativa al silencio administrativo, cuando se prolonga más allá de los plazos que la ley impone a la Administración para pronunciarse acerca del derecho del particular. Se le exige al administrado que ejercite su pretensión dentro del lapso que le marca la ley, contando desde el vencimiento infructuoso del plazo impuesto a la Administración.

Este mecanismo, a más de complicar enormemente la ya compleja tarea que debe desplegar el administrado que quiere promover la actividad judicial contra la Administración, invierte las reglas fundamentales que rigen el silencio en el ámbito estatal. En efecto, la omisión de una actividad debida no puede generar consecuencia alguna a cargo del administrado ni mucho menos hacer presumir una voluntad administrativa contraria al derecho subjetivo o interés legítimo. Cuanto más, podrá otorgar el "derecho" al administrado de "considerar" desestimada su pretensión y ejercitar los medios legales para hacer efectivo el interés tutelado que estima lesionado por la autoridad administrativa.

Estas simples consideraciones demuestran que el requisito de la "reclamación previa", tal como lo han regulado las legislaciones pro-

vinciales, debe ser revisado cuidadosamente, a efecto de reducir su ámbito a límites tan precisos como estrechos.

La exigencia se justificará sólo cuando sea necesario recorrer la línea jerárquica de la Administración para llegar al órgano competente para expresar la voluntad estatal. Una vez formada la voluntad administrativa o producido el hecho generador del perjuicio, debe facultarse al particular a dirigirse directamente a la Justicia o continuar la vía jerárquica hasta su agotamiento.

No se crea que nuestra propuesta es novedosa, puesto que responde a la tendencia actual en las legislaciones europeas, que busca eliminar del proceso administrativo las vallas formales que dificultan el libre acceso del administrado a la justicia.

b) El pago previo:

Otro de los llamados presupuestos de admisibilidad de la demanda, es la obligación que se impone al accionante de pagar las sumas de dinero requeridas por el acto administrativo lesivo. La legislación bonaerense prevé este requisito en el artículo treinta, mientras que la santafesina hace lo propio en su artículo octavo.

Las críticas dirigidas a esta llamada "condición de procedibilidad", provocado en algunas legislaciones su repliegue al ámbito impositivo, en donde, se dice, aparece plenamente justificada por el principio de regularidad de la gestión fiscal.

La confusión entre la situación privilegiada de la Administración en el terreno sustancial y su posición en el proceso judicial, se hace aquí patente.

El administrado no puede acceder a la Justicia si carece de medios económicos para solventar la obligación dineraria que le impone la propia Administración. Mientras, aquellos que pueden disponer de medios suficientes, cosa rara en estos tiempos, tienen a su disposición el aparato judicial y pueden gozar del servicio público. El atentado a elementales garantías constitucionales es aquí evidentes y la doctrina lo ha venido destacando desde mucho tiempo atrás.

Por encima de cualquier tipo de críticas y siguiendo un invariable criterio fiscalista, las legislaciones se empeñan en mantener este genuino privilegio administrativo y castigo a la pobreza.

c) El juicio de "admisión" del proceso:

Otro de los obstáculos que se colocan a la rápida tramitación del proceso administrativo es la etapa que las legislaciones denominan de "admisión del proceso", integrada por una decisión del Tribunal, que debe pronunciarse inmediatamente de interpuesta la demanda o de remitidas las actuaciones administrativas cuando se hubieren considerado indispensables, y que se expida acerca de los requisitos que condicionan la procedencia de la acción (Véase, Código de Buenos Aires: artículo 29; de Corrientes: artículo 67; de Misiones: artículo 23; de Mendoza: artículos 37 y 41; de Salta: artículo 27 y de Santa Fe: artículo 25).

Se compara esta etapa con el despacho saneador del derecho brasileño y el juicio de admisibilidad del derecho español, asignándosele un valor trascendente para la depuración del proceso y su ulterior avance lineal, sin incidencias sobre cuestiones puramente rituales, hacia la sentencia definitiva.

Creemos que tal razonamiento oculta el principal sentido de la norma y destaca, exclusivamente, su fundamento secundario. Extraemos nuestra creencia de dos notas que caracterizan la regulación de esta etapa procesal y que la distinguen nítidamente de sus proclamados equivalentes brasileño y español.

En primer término, destacamos la ubicación de esta etapa en la concreta estructura procesal. Todas las legislaciones provinciales la instalan inmediatamente después de la demanda y antes del traslado a la Administración. Esto nos indica que el propósito del legislador no ha sido el de depurar el proceso sino la demanda, instalando una etapa al comienzo de aquél, aun antes de formalizarse la controversia, que cumple la función de "filtrar" todas aquellas pretensiones que no se ajustan solemnemente, a las condiciones formales impuestas al penoso peregrinar del administrado.

Es tan manifiesto el propósito que denunciarnos, que la decisión del Tribunal no logra ni siquiera evitar la etapa de excepciones previas, que las legislaciones conservan con una extensión y trámite muy similar al del proceso civil ordinario. No ha querido descartarse un segundo filtro que reasegure la "pureza" de la pretensión privada.

En segundo término, llamamos la atención acerca del contenido de la potestad judicial cuyo ejercicio se impone en el momento inicial del proceso administrativo. Ella se dirige, fundamentalmente, a comprobar la existencia de los presupuestos materiales de la pretensión, con lo

cual se anticipa un pronunciamiento sobre el fondo. Así, por ejemplo, la inidoneidad del acto para ser pasible de "revisión judicial" perjudica la misma pretensión individual y no sólo la posibilidad de hacerla valer ante la justicia. El presupuesto procesal cuya existencia cabe comprobar en esta oportunidad, la competencia, ha recibido tal extensión en algunos casos por la jurisprudencia que también ha alcanzado una laxitud excesiva. Como la competencia contenciosoadministrativa adquiere su "ratio" de la materia, una interpretación amplia de aquellos preceptos que autorizan al Tribunal a declarar su incompetencia inmediatamente de promovida la demanda, conduce fácilmente a ocultar un pronunciamiento sobre el fondo tras la apariencia de un auto de incompetencia. Esto es lo que ha ocurrido en algunas provincias por virtud de un criterio excesivamente "fiscalista", no demasiado extraño a las especies tribunalicias a las que se atribuye la competencia contenciosoadministrativa.

Aconsejamos, en consecuencia, una modificación de las legislaciones vigentes, que imponga una regulación adecuada de esta etapa procesal, despojándola de su propósito fiscalista y orientándola hacia un genuino y franco destino depurador del proceso. Para ello es necesario ubicarla inmediatamente después de contestada la demanda, imprimiéndole un contenido más amplio, referido a la limitación de la controversia y a la futura actividad probatoria.

d) Plazos de caducidad:

La limitación de la facultad privada de accionar contra la Administración se patentiza cuando las legislaciones provinciales condicionan el ejercicio de la pretensión a lapsos brevísimos, conminando con la pérdida de la facultad respectiva.

Vuelve a manifestarse aquí la concepción, combatida desde distintos ángulos en esta exposición, que considera el proceso administrativo como una especie de actividad recursiva dirigida a obtener la revocación, modificación ó anulación de un acto administrativo.

La caducidad opera fundamentalmente en el ámbito procesal, habida cuenta que se refiere a determinadas facultades que, al extinguirlas, impiden el ejercicio de los derechos. Mientras que la prescripción tiene su ámbito propio en el derecho sustancial, produciendo la muerte de la tutela concedida a un determinado interés.

Sujetar el ejercicio de las pretensiones contra la Administración a angustiosos plazos de caducidad, de complicado cómputo, puede brindar,

sin duda, firmeza a la actividad administrativa, pero este único fundamento viene a demostrar, por otro lado, que también en la regulación del ejercicio de la pretensión el legislador atiende con exclusividad el interés de la Administración y relega cuantas veces puede el ya vapuleado derecho individual. La ley sigue privilegiando a la Administración aun en el ámbito procesal, incurriendo machaconamente en la confusión que ya señalamos con la situación de privilegio que debe reconocérsele en el campo de las relaciones materiales.

Y es ese legítimo privilegio de la Administración, precisamente, el que priva de todo fundamento a la caducidad de la pretensión individual regulada por las legislaciones provinciales. En efecto, la ejecutoriedad de los actos administrativos, esa posibilidad de realizar directamente los intereses públicos tutelados, que legítimamente se reconoce a la Administración, es lo que hace que la actividad administrativa no necesite de una trampa que se tienda al administrado para adquirir firmeza y seguridad. Estas cualidades ya la tiene aquella actividad por provenir de un órgano del Estado y por así disponerlo la ley.

Los prazos de caducidad quedan perfilados como un resabio más de la vieja idea del derecho o facultad formal de impugnación como contenido del proceso administrativo, subsistentes aún por esa también vieja tendencia legislativa a reconocer privilegios a la Administración aún en el terreno del proceso judicial.

e) Contenido de la sentencia:

El último reducto de la situación privilegiada de la Administración en el proceso administrativo es el del contenido de la sentencia con la que termina el proceso.

La extrema complejidad del tema y la exagerada extensión que ha adquirido esta exposición, nos obliga a dejar planteadas las cuestiones que se suscitan en relación a aquel, en medida suficiente para mostrar de qué manera también en este punto se manifiesta la concepción que combatimos provocando situaciones de desigualdad entre las partes.

La primera manifestación la encontramos en la limitación del contenido sancionatorio de la sentencia. En mínima medida se mantiene el antiguo criterio que vedaba toda posibilidad de condenar al Estado, sosteniendo que las decisiones contrarias a éste tenían siempre eficacia únicamente declarativa. Demostrada la absurdidad de semejante privilegio, el criterio fiscalista se repliega pero no abandona en absoluto su tesone-

ra lucha y aparece en las modernas legislaciones limitando de alguna forma la posibilidad que el órgano judicial emita un mandato ampliamente vinculante para el interés público. En tal sentido las normas legales y en ausencia de éstas, la jurisprudencia, reducen el contenido sancionatorio de la sentencia de condena a la anulación del acto administrativo "impugnado" (Véase: artículo 43, Código de Buenos Aires; artículo 59, Código de Mendoza y artículo 73, Código de Santa Fe), vedando toda posibilidad que el órgano judicial emita una norma individual vinculante para la Administración.

La segunda manifestación de aquella concepción se verifica en el terreno de la eficacia ejecutiva de la condena de la Administración a dar sumas de dinero. Aún mantienen vigencia, en algunas provincias argentinas, aquellas normas que condicionan la ejecución forzada a tantas actividades previas, que parecen perseguir con más ahinco el desaliento del administrado que la realización del mandato judicial.

8º PONENCIA:

1) El régimen procesal en lo contencioso administrativo debe despojarse de todo resabio de la concepción que considera al procedimiento como una especie de actividad impugnativa (recurso).

2) Las leyes de procedimiento deben eliminar toda especie de privilegio procesal de la Administración: procurando, por el contrario, una absoluta igualdad de las partes ante el órgano jurisdiccional.

3) El derecho público provincial argentino debe modificar su arraigada tradición de conferir competencia originaria y exclusiva en las causas contencioso administrativas al Superior Tribunal del ordenamiento judicial.

4) Es aconsejable la creación de un fuero específico para las causas concernientes a la Administración Pública (unidad de jurisdicción).