

El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense.

Carlos A. Botassi*

Resumen.

El natural rechazo de los gobernantes a toda forma de control ha hecho que se haya visto dificultado sobremanera el acceso al proceso contencioso administrativo. Si bien desde el dogma de la indemandabilidad del Estado hasta la situación actual se ha recorrido un largo camino, los obstáculos siguen presentes.

El Código de Varela que rigió entre 1906 y 2003, la Constitución de 1934, junto a la interpretación restrictiva de sus disposiciones, limitaron la citación a juicio de la Provincia y de sus municipalidades con base en el Derecho Público. La materia ceñida a la revisión de actos administrativos definitivos impuso la necesidad del reclamo previo al juicio y el agotamiento recursivo de la vía administrativa. Se establecieron plazos breves de caducidad de la acción y el *solve et repete* en materia tributaria. La “habilitación de la instancia” judicial se transformó en un “antejuicio” o examen previo de presupuestos procesales, en cuyos alambicados vericuetos sucumbieron numerosas acciones de los particulares. Para colmo la legitimación activa, hasta 1996, estuvo limitada a los titulares de derechos subjetivos, dejando sin acceso al Fuero a quienes invocaran intereses legítimos, difusos o colectivos.

El panorama ha mejorado con la reforma de 1994 -2003; los problemas se han morigerado pero no han desaparecido. La competencia en razón de la materia y la legitimación se han ensanchado notoriamente, pero el plazo de caducidad, el reclamo administrativo y el pago previo –aunque atemperados- mantienen su vigencia.

Ya no se discute que el acceso a la justicia constituye un derecho humano esencial. Resulta entonces imprescindible terminar, de una vez y para siempre, con las restricciones que lo dificultan.

Abstract.

The natural rejection of rulers to any form of control has made difficult the Access to administrative contentious processes. The obstacles are still present, in spite of the fact that a

* Director de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.
carlosbotassi@speedy.com.ar

long path has been followed starting from the dogma of the impossibility of filing a demand against the state up to the present day situation.

The Varela Code which was in force between 1906 and 2003, the 1934 Constitution, together with the restrictive interpretations of its sections, and Public Law have limited the summons to appear in court in the province or in any of its town halls. The subject, tied to the revision of definitive administrative acts imposed the need to present a claim prior to the trial and the exhaustion of the administrative channel. Short terms of termination of the action by lapse of time and the pay first and file a claim later in tax law.

This previous requisite has become a previous trial or previous examination of proceedings hypothesis in whose maze-like paths, various particular actions were extinguished. Worst of all, as the legitimacy of the action has been limited up to 1996 to the holders of subjective individual rights, has left outside the Court all those who claimed for legitimate vague or collective interests.

The situation has improved since the 1994-2003 Amendments to the Constitution, the problems have decreased but they have not disappeared completely. The jurisdiction and the legitimacy issues have been widened but the terms for the extinction of the action and the exhaustion of administrative channel and the previous payment- are still there as obstacles .

No one doubts that Access to Justice is an essential human right. Consequently, it is necessary to end once and for ever, with these restrictions.

El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense.

Carlos A. Botassi

1.- INTRODUCCIÓN

El derecho humano fundamental de acceso a la justicia constituye el pilar de la paz social en la medida que permite dirimir los conflictos personales sin apelar a la violencia. Al mismo tiempo, en el plano de las relaciones entre el ciudadano y el poder, se erige como sostén del Estado democrático de derecho. A través del juicio administrativo (tradicionalmente llamado contencioso administrativo) resulta posible acudir a los jueces para revisar la conducta de los funcionarios públicos, exigir que rindan cuentas de sus actos y anular sus decisiones ilegales. Desde este ángulo el acceso al sistema de prestación jurisdiccional posee un valor agregado que va más allá de la posibilidad de resolver pacíficamente una contienda entre particulares, erigiéndose en un mecanismo de control social contra la corrupción política y en favor del buen gobierno.

Desde dicho enfoque *iuspublicista*, cabe recordar una vez más la denuncia de Montesquieu: quienes detentan el poder político tienden a acumularlo y a ejercitarlo abusivamente. Esa indiscutible verdad histórica, ratificada en todos los tiempos y bajo todos los sistemas de gobierno, puede complementarse –en lógico correlato- agregando que los gobernantes, inexorablemente, se muestran refractarios a toda forma de control. Y en este sentido el contencioso administrativo, además de dirimir conflictos entre partes involucra asuntos de interés colectivo, como lo son el combate contra la corrupción oficial y el reclamo de buen gobierno.

La idea medieval que hace provenir de Dios la prerrogativa de mando del monarca, aunque ya se había producido la transferencia conceptual de la soberanía al pueblo, hizo que en nuestro país la indemandabilidad del Estado Nacional rigiera hasta las primeras décadas del siglo XX. La venia legislativa (permiso que otorgaba el Congreso para accionar) rigió en materia de derecho público hasta 1932 cuando se reformó la Ley de Demandas contra la Nación 3.952 del año 1900. Su sucesor atemperado pero también funesto, el reclamo administrativo previo, aunque atacado por todos los flancos y en retirada, ha sobrevivido hasta nuestros días, en algunos casos frustrando y como mínimo dificultando el acceso a la justicia.

Hace casi dos décadas exteriorizábamos la misma preocupación que impulsan estas palabras (Botassi, 1993) y pasábamos revista a las trampas mortales opuestas por el legislador a quien litiga contra el Estado: las dificultades procesales recién mencionadas, inembargabilidad de bienes y rentas oficiales, suspensión de juicios en trámite, carácter “declarativo” de las

sentencias de condena al Fisco y la emergencia eterna con su secuela de automoratorias permanentes.

A pesar del tiempo transcurrido poco ha cambiado. Después de la larga noche de la dictadura surgió un auge libertario que parecía la bisagra entre dos épocas. Se reformaron las Constituciones de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, se sucedieron los gobiernos de distinto signo político y los superiores tribunales variaron su integración. En la Provincia de Buenos Aires en 2003 se puso en marcha un fuero especializado para juzgar los conflictos generados por el ejercicio de la función administrativa. Sin embargo se han mantenido los irritantes privilegios procesales que cobijan a los ocupantes transitorios de los despachos oficiales. Únicamente los juicios de apremio no registran demoras y poseen un aceitado mecanismo de traba de medidas cautelares ordenadas por funcionarios administrativos que usurpan funciones judiciales en franca violación del régimen republicano. A pesar de la creación del nuevo Fuero y de la reforma del proceso administrativo, las restricciones específicas en materia de pleitos de derecho público siguen siendo de significativa importancia, especialmente la existencia de plazos breves de caducidad y los presupuestos procesales del reclamo previo y el agotamiento recursivo de la vía administrativa (contracara de la habilitación de la instancia judicial). Tales cortapisas se suman a las también existentes en el proceso de derecho privado: tasa de justicia que debe pagarse al iniciar el pleito e insuficiente sistema de asistencia jurídica a carecientes. Resulta de toda evidencia que los sectores vulnerables de la sociedad, al no poder solventar los gastos causídicos carecen de la posibilidad de acceder al servicio jurisdiccional; preocupados por sobrevivir no consideran la posibilidad de demandar por sus derechos de tal forma que el sistema judicial aparece en sus vidas junto con las imputaciones penales propias o de sus familiares (ver la descripción de las realidades en la Capital bonaerense y en una provincia del interior en Salanueva, Olga L. y González, Manuela G., 2009 y Almirón, Sonia Beatriz, 2009, p. 169).

Afortunadamente, para quienes consideran la posibilidad de exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y pueden asumir los costos, algunas limitaciones de antaño se encuentran definitivamente relegadas: la irrevisibilidad de los actos de gobierno o actos institucionales, la legitimación activa restringida y la competencia en razón de la materia sumamente estrecha (juicio limitado a la revisión de decisiones formales de la Administración).

Conviene, en consecuencia, repasar cómo estábamos, cómo estamos y –por si interesa- dejar noticia de cómo suponemos que deberíamos estar.

2.- EL VALLADAR OPUESTO POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1934, POR EL CÓDIGO VARELA Y POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

El Código Procesal Administrativo que rigió entre 1906 y 2003 estuvo inspirado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1888 y, por lógica consecuencia, sus aportes a la demandabilidad del Estado en el marco del Derecho Público respondieron a las creencias de la época y fueron limitados. Para colmo, como se verá a continuación, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires interpretó sus disposiciones en forma exageradamente restrictiva boicoteando en la medida de lo posible el acceso a la justicia.

2.1.- Materia limitada. Reclamo y agotamiento de la vía administrativa.

La Constitución de 1934, manteniendo la línea directriz decimonónica de las constituciones bonaerenses anteriores, ratificó el diseño del contencioso administrativo establecido en el Código de 1906, limitado a la revisión de actos previamente cuestionados sin éxito en sede administrativa. Se impuso al legislador la obligación de un plazo de caducidad, dejándolo en libertad para determinar su extensión.

Art. 149: “La Suprema Corte ... decide las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia y los demás procedimientos de este juicio”.

La necesidad de la denegatoria oficial impuso el presupuesto procesal del reclamo y el artículo 28 del Código Varela, al aludir a la decisión “definitiva” que no admita “recurso administrativo alguno contra ella”, dio el pie para que la Suprema Corte exigiera la articulación de todos los recursos posibles e imaginables. De tal forma si el particular se consideraba con derecho a obtener alguna prestación del Fisco debía reclamarlo y luego, ante el primer acto denegatorio, articular los recursos administrativos previstos en la legislación procedimental. Naturalmente, si el diferendo surgía como consecuencia de una resolución adoptada oficiosamente no habría reclamo alguno y el agotamiento de la vía administrativa se obtenía interponiendo los recursos del caso.

La Suprema Corte llevó el sistema a su apoteosis cuando exigió la interposición del recurso de revocatoria contra los actos de los niveles superiores y decisorios de la Administración, es decir respecto de decisiones del Gobernador, sus ministros o intendentes municipales (sentencia

Lesieux, 1986). El criterio el Tribunal local fue revocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Sacoar*, fallada en 1987.

Como bien se sabe los recursos administrativos nunca prosperan y los reclamos en pocas oportunidades son respondidos afirmativamente; de tal suerte que el tránsito obligatorio por las oficinas administrativas con carácter de ineludible presupuesto procesal constituye un ritualismo estéril, solamente útil para desalentar al interesado, diluyendo en el tiempo la respuesta a su pesares y colocándolo en peligro cierto de padecer el vencimiento de un plazo fatal y la consecuente frustración de sus derechos sustanciales.

Resulta evidente que nadie en sus cabales va a acudir directamente al juicio (asumiendo sus costos y sus demoras) cuando abriga la esperanza de ser satisfecho extrajudicialmente. Si se desea consagrar realmente un acceso irrestricto a la justicia contencioso administrativa, como manda el artículo 15 de la Carta local, reclamo y recurso deben ser considerados medios optativos de dirigirse a las autoridades y nunca recaudos obligatorios cuya omisión, demora o improcedencia formal puede hacer sucumbir al derecho de fondo.

2.2.- Legitimación activa.

Aunque el artículo 1° del Código Varela, permitía accionar a quienes vieran vulnerados “*un derecho de carácter administrativo*”, definición destinada a ajustar la legitimación a la competencia en razón de la materia, con exclusión de los titulares de derechos “*de carácter*” civil, comercial o laboral, el Tribunal entendió que la norma tenía por objeto restringir la legitimación activa a los titulares de “*derechos subjetivos administrativos*”. De esta manera quedaron sin alcanzar su día en el juzgado millares de ciudadanos que vieron conculcados sus intereses legítimos y sus derechos colectivos o difusos.

Recién en el año 1996, al sentenciar el caso B-55.392, *Rusconi* (Publicado en La Ley, Supl. de Der. Adm. del 27.5.96), la Suprema Corte varió su interpretación del texto legal y legitimó a los titulares de intereses legítimos. Nadie se hizo cargo de los casos precedentes cuyas demandas fueron rechazadas *in limine litis* por no presentarse el supuesto del derecho subjetivo vulnerado.

3.- LA REFORMA DE 1994/2003.

La morigeración del sistema restrictivo comenzó en agosto de 1994 con la reforma constitucional y se consolidó en diciembre de 2003 al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Administrativo aprobado por Ley 12.008 de 1997.

Como lo hemos señalado en otra oportunidad (Botassi, 2010), la puesta en marcha del Fuero Contencioso Administrativo y la aplicación de las nuevas reglas procesales, provocaron un giro muy significativo en nuestro tema. Si bien todavía no puede considerarse logrado el *desideratum* del acceso irrestricto, no es menos cierto que la reforma constituye un cambio positivo en el régimen de juzgamiento de aquellos casos vinculados con la función administrativa del Estado.

3.1.- La distribución geográfica de los juzgados.

Antes del cambio las causas contencioso administrativas eran sustanciadas en instancia única y originaria ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Debido a que la sede del Alto Tribunal se encuentra en la ciudad de La Plata, los justiciables que residían en ciudades muy distantes debían otorgar poder a letrados con estudios en la capital provincial, encareciendo los trámites y desalentando la promoción de demandas de menor cuantía pero de carácter alimentario (como por ejemplo, asuntos previsionales y de empleo público).

El nuevo artículo 166 de la Carta Provincial, reglamentado mediante la Ley 12.074 de 1997 y sus modificatorias, autorizó la creación de juzgados departamentales que facilitan la intermediación y permiten un mejor acceso al servicio de justicia.

Art. 166: “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

Cada uno de los 18 departamentos judiciales cuenta, como mínimo, con un juez especializado. Según sus índices de litigiosidad existen departamentos con 2 y hasta 3 juzgados. La proximidad geográfica entre el magistrado y el litigante reviste esencial importancia y facilita, por razones obvias, el acceso a la justicia.

3.2.- La materia justiciable y el agotamiento de la vía administrativa.

Como lo señaláramos en el capítulo precedente el contencioso constreñido a la revisión de la legalidad de actos administrativos pre-existentes fue consecuencia del régimen vigente entre 1906 y 2003 y resultó aceptado de buen grado por la Suprema Corte, en tanto gestó una jurisprudencia todavía más restrictiva, haciendo que durante casi un siglo este proceso estuviera lejos de constituir una efectiva herramienta para la efectiva defensa de los derechos e intereses individuales.

Por fortuna las cosas han cambiado. Actualmente el objeto litigioso ya no se limita a la anulación de una decisión específica del Estado provincial o municipal (esto es un acto administrativo reglado, preexistente y generador de derechos subjetivos), sino cualquier causa, caso, pleito o diferendo jurídico, originado por el ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los tres Poderes del Estado (y aún de personas públicas no estatales). Los conflictos a considerar no siempre estarán referidos al cuestionamiento de la legitimidad de actos administrativos. La competencia de los jueces contencioso administrativos en razón de la materia se ha ensanchado de manera, conforme resulta del texto legal:

Cód. Procesal Administrativo (ley 12.008 y sus modificatorias), art. 2: *“Casos incluidos en la materia contencioso - administrativa. La competencia contencioso - administrativa comprende las siguientes controversias:*

1. *Las que tengan por objeto la impugnación de actos administrativos, de alcance particular o general, y de ordenanzas municipales. Quedan incluidas en este inciso las impugnaciones que se deduzcan en contra de las resoluciones emanadas del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Fiscal y de cualquier otro Tribunal de la Administración Pública, así como las que se deduzcan en contra de actos sancionatorios dispuestos en el ejercicio de la policía administrativa - a excepción de aquéllas sujetas al control del órgano judicial previsto en los artículos 166, segundo párrafo, 172 y 216 de la Constitución de la Provincia y 24 inciso 3) de la Ley 11.922.*
- 2.- *Las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentren regidas por el derecho administrativo.*
- 3.- *Aquéllas en las que sea parte una persona pública no estatal, cuando actúe en el ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo.*
4. *Las que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el derecho público, aún cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado.*
5. *Las relacionadas con la aplicación de tributos provinciales o municipales.*
6. *Las relativas a los contratos administrativos.*
7. *Las que promuevan los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el derecho administrativo.*
8. *Las relacionadas con la ejecución de tributos provinciales.*
9. *Las que versen sobre limitaciones al dominio por razones de interés público, servidumbres administrativas y expropiaciones.*

La enunciación anterior es meramente ejemplificativa. No implica la exclusión del conocimiento por los tribunales contencioso-administrativos de otros casos regidos por el derecho administrativo”.

Por añadidura el catalogo de pretensiones se ha ensanchado de manera significativa:

C.P.A., art. 12º: *“Pretensiones. En el proceso contencioso-administrativo podrán articularse pretensiones con el objeto de obtener:*

1. *La anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general.*
2. *El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados.*
3. *El resarcimiento de los daños y perjuicios causados.*
4. *La declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regida por el derecho administrativo. La pretensión respectiva tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial.*
5. *La cesación de una vía de hecho administrativa.*
6. *Se libre orden judicial de pronto despacho, en los términos previstos en el Capítulo IV del Título I” (se refiere al juicio de amparo por mora).*

De esta manera, casi un siglo después de la entrada en vigencia del Código Varela, se terminó con el limitado *juicio al acto* y, aunque demorado, fue alumbrado un nuevo proceso cuya

materia es la resolución de *casos* vinculados con la conducta activa u omisiva de los funcionarios y agentes estatales, cuando desarrollan la función administrativa del Estado. Se incluyen, asimismo, los diferendos regidos por el Derecho Público en los que no intervengan sujetos estatales (art. 2 in c. 2° del C.P.A.) y hasta el propio Fisco puede asumir el rol de accionante (art. 2 inc. 7°). Numerosas situaciones que antes no permitían el acceso a la justicia de los afectados, hoy día pueden residenciarse ante el Fuero Contencioso Administrativo.

3.3.- Legitimación activa.

Respecto de la legitimación procesal activa el cambio ha sido de extraordinaria relevancia. El artículo 13 del Código aprobado por Ley 12.008 dispone:

“Legitimación activa: Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”.

De manera que pueden actuar como parte demandante no solo los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino también quienes invoquen intereses simples y derechos de incidencia colectiva ya que, claramente, se encuentran tutelados por los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.

4.- LAS LIMITACIONES QUE PERDURAN.

A pesar de la evolución antes señalada el acceso al juicio administrativo sigue padeciendo restricciones de diversa índole, todas ellas absolutamente injustificadas o, si se prefiere, explicadas por la señalada repulsa al control que padecen los gobernantes.

4.1.- El agotamiento de la vía administrativa.

La necesidad de transitar el largo derrotero (casi siempre inútil) del procedimiento administrativo previo al proceso judicial resulta –como dijimos y lamentablemente- de consolidada tradición en nuestro Derecho. Cuando se trata de una opción libremente seleccionada por el interesado no cabe oponer objeción alguna ya que, en definitiva, resulta de toda lógica intentar un acuerdo extrajudicial antes de acometer el costoso y extenso camino del pleito. En cambio cuando se lo exige en todos los casos, aun cuando el interesado descuenta que sus pretensiones no serán satisfechas, configura un ritualismo estéril que dificulta sobremanera el acceso a la justicia.

Las casi unánimes críticas de la doctrina (ver por todos Perrino, 1999, cap. III y nota 21; D'Argenio, 2003, p. 37) parecieron inicialmente receptadas por el legislador al sancionarse en 1997 el nuevo Código Procesal Administrativo, que en su redacción original estableció la necesidad de agotar la vía administrativa en una serie de situaciones vinculadas exclusivamente a la pretensión anulatoria de actos administrativos, consagrando la demandabilidad directa como principio general. Fue así que dispuso:

C.P.A., art. 14 s/ Ley 12.008: “... *será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos:...*”.

Lamentablemente la buena noticia tuvo solamente impacto virtual. Antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, mediante el artículo 9 de la Ley 13.101 de 2003 se reemplazó la norma por su opuesta:

C.P.A. art. 14 s/ Ley 13101: “...*será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión en todos los casos*”, excepto en los determinados supuestos que allí se especifican.

La modificación del art. 14 originario antes de su entrada en vigencia colisiona con la letra y el espíritu del transcripto artículo 166 de la Carta local en tanto reza que la ley “*establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa*”, indicando al legislador que la regla general no es otra que la demandabilidad directa. Interpretada esta disposición específica de consuno con el artículo 15 de la Constitución Provincial, que “*asegura la tutela judicial continua y efectiva (y) el acceso irrestricto a la justicia*”, cabe concluir que la generalización del presupuesto del agotamiento de la vía administrativa, por atentar contra dichos valores, deviene inconstitucional. El legislador debió puntualizar “*los supuestos*” que, por su especial naturaleza ameritaban recorrer el extenso e inútil camino del procedimiento administrativo, sobre todo cuando al fallar la causas B-64-745, “*Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca*” y B-64.553, “*Gaineddu Juan Daniel*”, ambas en abril de 2003 (antes de la entrada en vigencia del nuevo Código), la Suprema Corte de Justicia bonaerense hizo aplicación directa del artículo 166 de la Constitución Provincial. El Superior Tribunal expresó “*que habiendo sido derogado por la reforma de 1994 (arg. art. 220) el art. 149 inc. 3° de la Constitución Provincial de 1934, la atribución de la competencia contencioso administrativa debe responder al mandato constitucional enunciado en el art. 166, in fine*”, explicando “*que el anterior criterio, en tanto difería la vigencia de los contenidos estructurales de dicha reforma, no guardaba correspondencia con la evolución jurisprudencial de la Suprema Corte que parcialmente la había superado, ni se conciliaba ya con la tutela judicial continua y efectiva (art. 15, Constitución Provincial)*”.

A contramano de la historia, de los textos constitucionales y de la doctrina jurisprudencial recién recordada, la Ley 13.101 invirtió los términos, generalizó la obligación de reclamar y describió los casos de excepción en los cuales aquel agotamiento no resulta necesario.

4.2.- El plazo de caducidad.

El Código Varela estableció en 30 días, naturalmente hábiles judiciales, el plazo de caducidad para demandar la anulación de un acto administrativo (art. 13).

Aunque hubiera sido preferible eliminar totalmente semejante limitación y dejar que la acción se extinga en el plazo de prescripción de 2 años (art. 4030 del Código Civil), el nuevo Código estiró el lapso fatal a 90 días (art. 18), sin perjuicio de la existencia de plazos menores para el caso de procesos especiales.

4.3.- El pago previo.

En el Código de 1906 la tradicional prerrogativa fiscal del *solve et repete* no admitía excepciones.

En el nuevo régimen de 2003 se establece que el pago previo no será exigible cuando su imposición configurase un supuesto de denegación de justicia o se deduzca una pretensión meramente declarativa; aunque en este supuesto la autoridad provincial o municipal tendrá derecho a promover contra el demandante el correspondiente juicio de apremio. De esta forma, si el contribuyente-accionante acredita la imposibilidad financiera de cumplir con el *solve* el juez deberá correr traslado de la demanda.

5.- LA CUESTIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

El efectivo e irrestricto acceso a la justicia de nada sirve cuando, después de años de litigio, el daño provocado por la conducta estatal es irreparable o la sentencia que acoge la demanda resulta de cumplimiento imposible. La plena vigencia y funcionamiento de un sistema eficaz de medidas cautelares contra el Fisco resulta entonces una cuestión esencialmente vinculada al tema que nos ocupa. Si esa protección cautelar no es eficaz el acceso a la justicia y la propia garantía de defensa constituye otro ejemplo de derecho simbólico, el sistema defeciona y el justiciable asume la frustrante sensación de sentirse parte de una farsa teatralizada por abogados y jueces.

Existe en la especie un desarrollo cronológico muy ilustrativo. La ley 12.008 diseñó un régimen amplio de medidas cautelares que, sin renegar de la lógica exigencia de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, exigió que “*la medida requerida no*

afectare gravemente el interés público. La doctrina que se ocupó del tema elogió con entusiasmo a la nueva normativa (ver por todos Logar, 2000).

Aquellas “garantías” no resultaron suficientes para la Autoridad y, mediante la reaccionaria e inconstitucional Ley 13.101 de 2003, se dispuso que “*para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante*” (art. 25 inc. 2°). De esta manera, incorporando una exigencia inútil y retardataria, se produjo un giro copernicano en la cuestión ya que la norma originaria era absolutamente la opuesta.

Este cambio –una nueva “prerrogativa” procesal a favor de las autoridades públicas- tampoco satisfizo al Gobierno. El 25 de agosto de 2004 el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el Proyecto de Ley A-23 “*disponiendo que las medidas cautelares que se dicten en cualquier fuero y proceso judicial sean apelables directamente ante el tribunal de alzada*”. De esta manera, el artículo 1 del proyecto propiciaba que, en una especie de *per saltum* claramente agravante para el juez de la primera instancia, cualquier medida cautelar pudiera ser recurrida mediante presentación directa ante las Cámaras Contencioso Administrativas sobre la base de argumentaciones de extraordinaria latitud: cuando generen erogaciones significativas o comprometa el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado y, naturalmente, la sempiterna muletilla en caso de que “*provoquen perjuicio al interés público*”, casi siempre confundido con el interés de los funcionarios, de algún sector de la economía y/o del partido gobernante.

Por supuesto que se preveía con pavorosa precisión que “*la presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada*” (art. 2 del proyecto).

La idea resultaba tan escandalosamente antijurídica y agravante del Estado de Derecho que provocó una reacción opuesta entre quienes prestaron atención al asunto. Así se hicieron públicos sendos dictámenes severamente críticos del Director y del Secretario del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P., Roberto Berizonce y Pablo Grillo Ciochini; del Subdirector del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Depto. Judicial de La Plata, Miguel H. E. Oroz; de docentes universitarios y de una cantidad verdaderamente impresionante de entidades preocupadas por la juridicidad en la Argentina entre las que se destacan “Poder Ciudadano” y “Autoconvocados por el Derecho y la Justicia” (Dichos documentos pueden verse en J.A. Suplemento de Der. Adm. del 3.11.04, pág.85; tomo 2004-IV).

Afortunadamente el engendro quedó abortado.

Pero no así la embestida contra las cautelares. El Poder Ejecutivo y sus legisladores verticalmente disciplinados no tuvieron necesidad de insistir con el proyecto. La Cámara Contencioso Administrativa de La Plata –que entiende en la casi totalidad de los juicios contra la Provincia en razón de su competencia territorial- derogó lisa y llanamente el sistema de los artículos 22 y siguientes del Código de la materia. No existen estadísticas oficiales; pero indagaciones personales permiten afirmar que el 90% de las sentencias cautelares resultan revocadas afirmándose la ausencia de verosimilitud del derecho. De tal suerte media docena de páginas de la sentencia originaria que fundamentan el *fumus bonus iuris* quedan superadas con la mínima afirmación dogmática de la ausencia del referido recaudo.

Como se sabe, por no tratarse de sentencias definitivas, resulta excepcional que la Suprema Corte revise los fallos de Cámara por vía de los recursos extraordinarios del artículo 60 del Cód. Proc. Adm. Las medidas cautelares ordenadas en la primera instancia, como en un trámite rutinario, quedan para siempre sin efecto al ser apeladas. Un nuevo intento conduce inexorablemente a una nueva frustración. La verosimilitud del derecho que la Cámara no vio en el pedido originario no será advertida más tarde ya que la venda de paño grueso que cubre los ojos de la Justicia se encuentra bien atada.

6.- CONCLUSIÓN.

El repaso histórico del proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires constituye una muestra fundamental de la inacaba lucha por lograr un acceso irrestricto a la justicia que, aunque proclamada en las constituciones y en las leyes, dista de lucir en plenitud en el plano de la realidad. Naturalmente que, como ocurre con todas las disciplinas jurídicas, el Derecho Procesal Administrativo ha evolucionado. Como hemos visto, algunas limitaciones concretas opuestas al enjuiciamiento de la conducta de los funcionarios fueron removidas como las restricciones en materia de legitimación, o amortiguadas como en los casos la competencia en razón de la materia, el agotamiento de la vía y el plazo de caducidad.

De todos modos, para hacer realidad el acceso irrestricto al servicio jurisdiccional que impone a la Provincia de Buenos Aires el artículo 15 de su Constitución queda un largo trecho por recorrer. El Derecho internacional de los derechos humanos, marca desde hace mucho tiempo el camino correcto. Así por ejemplo la exigencia de interponer todos los recursos administrativos posibles para habilitar la instancia judicial, haciendo caer el derecho de fondo ante el más mínimo error procedimental y otorgando aplicación retroactiva a los cambios jurisprudenciales restrictivos, mereció el repudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 105 del 29.9.1999, caso *Palacios contra Argentina*, publicado en la

Ley 2000-F-595, con nuestra nota *Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*. Sostuvo entonces la Comisión que “*el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, imponen una interpretación más justa y beneficiosa de los requisitos de admisión a la justicia, y por el principio pro actione deben interpretarse en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción*”. Al resolver el caso *Cantos c/ Argentina*, en el año 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que el derecho de acceso a la justicia encuentra fundamento en el derecho a ser oído (art. 8 de la Convención), junto al derecho a la protección judicial (art. 25). La consideración del derecho de acceso al servicio jurisdiccional como un derecho humano amparado por el sistema interamericano, vincula la regla jurídica con su fundamento axiológico de equidad (Garate, 2009, p. 40) e impone a legisladores y jueces el deber de asegurar por todos los medios a su alcance el acceso a la justicia en el proceso administrativo. La cuestión no admite reparos ya que el efectivo ejercicio de este derecho fundamental debe ser garantizado por los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22° de la Constitución Nacional), sumándose como indubitable fuente local lo establecido en los artículos 15 y 166 de la Constitución Provincial.

7.- BIBLIOGRAFÍA.

Almirón, Sonia Beatriz, *Acceder a la Justicia. El estado actual de la problemática en la provincia de Tucumán*, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Fac. de Cs. Jurídicas y Soc. de la UNLP, n° 2 , 2009, p. 161.

Botassi, Carlos A., *El incumplimiento de las sentencias contra el Estado como evidencia de la crisis del Estado de Derecho*, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* n° 53 (marzo de 1993), pág. 239.

Botassi, Carlos A., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos* (nota al Informe 105/99 de la Com.I.D.H.), La ley 2000-F-594.

Botassi, Carlos A., *Breve historia del derecho público bonaerense*, en *Anales* (Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP), año 7 n° 40 (2009/2010), p. 63.

D'Argenio, Inés: *La Justicia Administrativa en Argentina*, F.D.A., 2003.

Garate, Rubén Marcelo, *Los derechos humanos como fundamento del discurso jurídico*, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Fac. de Cs. Jurídicas y Soc. de la UNLP, n° 2 , 2009, p. 39.

Logar, Ana C., *Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, en VV.AA., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2000, pág. 383, especialmente págs.386, 389, 397/399 y 459.

Perrino, Pablo E.: *El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo Bonaerense*, E.D. Administrativo del 28.9.99.

Salanueva, Olga L. y González, Manuela G., *Una relación problemática: el acceso a la justicia y la gestión política*, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Fac. de Cs. Jurídicas y Soc. de la UNLP, n° 2 , 2009, p. 143.