VOL. V Nº 3 | DICIEMBRE 2013 ISSN 2313-9285

CIDIJLIP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. AGOTAMIENTO DE LA VÍA. CADUCIDAD, COMPETENCIA. EXCEPCIONES PREVIAS. MEDIDAS CAUTELARES. RECURSO DE NULIDAD. RECURSO DE REVISIÓN. RECURSOS NO CONTEMPLADOS.

DOCTRINA

NICOLÁS EMANUEL OLIVARES. EN DEFENSA DE UN MODELO DIALÓGICO DELIBERATIVO DE CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

JOSÉ CARLOS MOSLARES. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS AUTONOMÍAS LOCALES

SERGIO J. DÍAZ. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO Y LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL EJECUTIVO DE ACEPTAR LA RENUNCIA DEL JUEZ ACUSADO. NECESIDAD DE UN CAMBIO LEGISLATIVO.

GUADALUPE MARTÍN DASSO. EL BOLETO DE COMPRAVENTA: SU OPONIBILIDAD AL CONCURSO O QUIEBRA.

DIEGO J. MAYORDOMO. LA TUTELA ANTICIPATORIA: HACIA UN "JUICIO JUSTO" EN LA PAMPA

VOL. V Nº 3 | DICIEMBRE 2013 ISSN 2313-9285

CDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el 15 de mayo de 2014 a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gov.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra "Times New Roman" tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección "publicaciones" de la web www.ccjlapampa.blogspot.com

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2013

Presidente

DR. VÍCTOR LUIS MENÉNDEZ

Ministros

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. TOMÁS ESTEBAN MUSTAPICH

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

ANAVELIA ÁLVAREZ

MERCEDES ANDREOTTI

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

PASAJE DEL SUPERIOR TRIBUNAL Nº 70

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

TELÉFONOS: 02954 451816 / 451864

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gov.ar

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN
NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

INDICE

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA: PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Acción Contencioso Administrativa, 12**. Agotamiento de la vía,** 24**. Caducidad,** 45**, Competencia,** 55**. Excepciones previas,** 74**. Medidas cautelares,** 76**. Recurso de Nulidad, 93. Recurso de Revisión,** 95**. Recursos no contemplados,** 98.

12

DOCTRINA

Nicolás Emanuel Olivares

En defensa de un modelo dialógico deliberativo de Control Judicial de Constitucionalidad.

105

José Carlos Moslares

El Control de Constitucionalidad y las Autonomías Locales

135

Sergio Javier Díaz

El jurado de enjuiciamiento y la atribución constitucional del Ejecutivo de aceptar la renuncia del juez acusado. Necesidad de un cambio legislativo.

147

Guadalupe Martín Dasso

El Boleto de Compraventa: su Oponibilidad al Concurso o quiebra.

163

Diego J. Mayordomo

La Tutela Anticipatoria: hacia un "Juicio Justo" en La Pampa.

179

Este dossier incluye extractos de sentencias e interlocutorios clasificados por voces. Aunque las transcripciones son siempre textuales, recomendamos el análisis de las sentencias completas para aprehender el contexto del extracto citado, las especificidades del caso y sus posibles aplicaciones a otros análogos.

Salvo que se especifique lo contrario, todos los fallos son del Superior Tribunal de Justicia, indicándose la Sala que intervino en la causa.

Los fallos citados pueden consultarse a texto completo en la web www.jusonline.gov.ar accediendo a la sección jurisprudencia.

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Demanda: requisitos generales.

[] 1.

Atento a que a través del proceso contencioso administrativo se canalizan impugnaciones contra actos del poder público, los cuales gozan de presunción de legitimidad, se exige a los interesados una marcada acentuación de la carga vinculada a la narración de los hechos e invocación del derecho aplicable, debiendo controvertir de manera idónea las decisiones impugnadas e indicar con precisión los vicios que las afectan, situación no lograda en estos obrados en donde la insuficiencia legal y técnica del escrito de fs. 9/12vto. impiden su subsanación en los términos del artículo 27 del mismo ordenamiento legal.

Como ya tiene resuelto la Sala A de este Superior Tribunal de Justicia, compartiendo jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires, “Si la demanda no resulta ajustada a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo, en tanto omite señalar en forma expresa el acto denegatorio de su reclamo ... ni se realiza en debida forma el relato de los fundamentos de hecho careciendo, además, de la exposición del derecho subjetivo de carácter administrativo que considera vulnerado, corresponde su rechazo ´in limine' ..." (S.C.B.A., B 52767, I 3/3/92, "Faliani, Soledad Elena c/Municipalidad de Ensenada s/demanda contencioso administrativa).

STARIK Roberto Omar c/ Municipalidad de Colonia Barón -- Sala B -- 18/8/2000 - Expte. Nº 423/00 [IA]

[] 2.

no basta que en la demanda se reclame la anulación de las resoluciones dictadas en sede administrativa, sino que, además, resulta imprescindible que el actor controvierta en forma adecuada los argumentos contenidos en la decisión. En tal sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que los fundamentos esenciales de la resolución administrativa que no han sido impugnados en la demanda, llegan firmes a la instancia judicial e

impiden revisar la decisión denegatoria cualquiera fuera la opinión que pudiera sustentarse en punto a su acierto o justicia intrínsecas (DJBA, t. 115, p. 305; t. 117, p. 326; t. 18, p. 177; t. 120, p. 165- t. 121, ps. 241 y 461; t. 126, p. 125. Más recientemente en las causas B. 54.464 "Armez", sent. 29/03/88 y B. 47.854 "Hotelería Río de La Plata", sent. del 8/5/90).-

CHEREQUE, Norma Susana c/Municipalidad de General Pico s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 10/5/1999 - Expte. Nº 217/96 [SA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Determinación de la legitimación pasiva.

[] 3.

"La legitimación pasiva la tendrá, en primer lugar, la administración que dictó el acto que se cuestiona; ...la determinación concreta de la Administración demandada por parte del actor generalmente no presenta inconvenientes, pues al constituir el agotamiento de la via admnistrativa previa un presupuesto procesal, se sabe quien es la autoridad que dictó el acto que puso fin a la vía recursiva en sede administrativa y dejó expedita la vía judicial" (La legitimación en el proceso contencioso administrativo", Julio Isidro Altamira Gigena, publicado en 'Derecho Administrativo – Obra en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff', pág 1209/ 1210)

EDIFICADORA SANTA ROSA c/ Provincia de la Pampa e IPAV s/ demanda contenciosos administrativa -- Sala B - 26/6/1998 - Expte. Nº 167/95 [SA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - El requisito de plantear la impugnación contra el "acto base".

[] 4.

Si bien le asiste razón al recurrente en el sentido de que las instancias administrativas están agotadas, se equivoca el quejoso al sostener que el acto administrativo que la agota -recurso jerárquico- es el único que debe impugnar.

Tanto la resolución que aplicó la sanción como la que desestima el recurso forman un todo, razón por la cual la impugnación en sede judicial debe comprender ambas, atento a que el reclamante debe hacerse cargo de todos los fundamentos que ellas exhiban; si esto no sucede éstos llegan firmes a la instancia contencioso administrativa e impiden revisar la resolución en tales condiciones.-

Como sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el trascendente fallo "Los Lagos S.A. c/Gobierno de la la Nación s/Nulidad de Decreto (Fallos 190:142) y como se dijera en la resolución recurrida, los jueces tienen prohibido declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo, situación que se plantearía si se hiciera lugar a las pretensiones de la parte actora, pronunciándose sobre resoluciones no impugnadas, en flagrante violación al principio de congruencia.-

COMBA, Maricel Alicia c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 11/6/1999 - Expte. Nº 339/98 [IA]

[] 5.

La normativa procesal contencioso administrativa impone el cumplimiento de dos requisitos ineludibles para la procedencia de la acción. El primero de ellos es que se formule contra "actos administrativos" definitivos, es decir, que causen estado. El segundo es el agotamiento de las instancias administrativas.-

Lo correcto es la impugnación tanto del "acto base" –que causa estado- como del que verifica el agotamiento de la vía administrativa; empero el objeto de revisión judicial es el primero de ellos. La acción deducida sólo contra el último no modifica lo resuelto en el primero.-

MANDRI, Juan Carlos c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 31/5/2006 - Expte. Nº 43/04 [SA]

SUAREZ, María Antonia c/ Instituto de Seguridad Social s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 25/11/2008 - Expte. Nº 42/06 [SA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - El requisito de plantearse contra un "acto definitivo" que "causa estado".

[] 6.

Como sostiene el Dr. Julio Rodolfo Comadira "El acto definitivo es aquel que resuelve directa o indirectamente la cuestión

planteada en un procedimiento reflejando la "voluntad" concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos queridos por ella acerca de dicha cuestión, y se opone conceptualmente, al acto preparatorio o de mero trámite, que ni contiene, ni expresa la voluntad de la Administración, ya que concurre meramente a formularla." (Procedimientos Administrativos, Tomo I pág. 444).-

PEREZ LETICIA EDIT c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 23/5/2007 - Expte. Nº 743/05 [SA]

[] 7.

Un acto es definitivo cuando decide, directa o indirectamente, sobre el fondo del asunto, por oposición al de mero trámite o interlocutorio. Su fin es el control o revisión judicial en una sola oportunidad por conflicto, ya que la demanda judicial puede englobar todas las cuestiones que agravien al administrado respecto de la decisión final en su contra.

PINCHEVSKY, Eduardo / Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 27/12/2006 - Expte. Nº 36/06 [IA]

[] 8.

El acto reviste calidad de definitivo cuando resuelve, directa o indirectamente, la cuestión de fondo planteada en un procedimiento, reflejando la voluntad concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos deseados por ella acerca de dicha cuestión, oponiéndose así al acto preparatorio o de mero trámite que, ni contiene, ni expresa, la voluntad de la Administración respecto de aquella cuestión sino que sólo la prepara o la hace posible (García de Entrerría y Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1995, T. I, pág. 546).

como segunda condición para el ejercicio de la acción que se pretende, señala la norma de rito que el acto administrativo debe haber agotado a su respecto la instancia administrativa previa a la judicial, es decir, prevé la existencia de un acto definitivo que "cause estado", siendo insusceptible de recurso alguno en dicha sede. Es, pues, el acto que se halla en "estado" aquel que puede ser impugnado ante la Justicia (Dromi, Procedimiento Administrativo Provincial, pp. 47 y 68; Cassagne, El Acto Administrativo, pág. 396; Fiorini, Manual de Derecho Administrativo, T. II, pp. 1052-1054), oponiéndose ello

conceptualmente, a aquél que es susceptible de recursos obligatorios en la vía administrativa y al que es firme por alguna de las causales de dicho efecto.-

HERNANDEZ, Miguel Angel c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 29/6/1999 - Expte. Nº 352/98 [IA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Falta de contestación de la demanda

[] 9.

Si bien la falta de contestación de la demanda en el proceso contencioso administrativo no obliga al Tribunal a tenerla como una presunción favorable a los reclamos del actor, sí autoriza a estimar el silencio como un reconocimiento de los hechos afirmados, siempre que tales aseveraciones no resulten desvirtuadas por prueba en contrario. Ello surge del artículo 35 del C.P.C.A. que, con relación a la contestación de la demanda, dice: "*El **silencio** o la contestación ambigua o evasiva **podrá considerarse** como reconocimiento de los hechos, de la autenticidad de los documentos y de su recepción*".-

VARGAS, Angel Alberto c/ MUNICIPALIDAD DE TELEN s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 13/10/2006 - Expte. Nº 690/04 [SA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – La pretensión procesal

[] 10.

Cabe recordar que: "En las causas contencioso administrativas, la pretensión procesal puede tender a dos fines esenciales, y de allí la clasificación de las llamadas pretensión de plena jurisdicción y pretensión de anulación. En la primera de ellas se solicita al Tribunal no sólo la anulación del acto sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, pidiendo que se restauren las cosas a su primitivo estado o, en su caso, se fije una indemnización para la parte cuyo derecho subjetivo ha sido vulnerado. En la pretensión de anulación, en cambio, se pretende que se anule por ilegal un acto y no hay reconocimiento de ninguna situación individualizada para el accionante." (Carlos R. Tribiño, "La demanda en el proceso

contencioso administrativo bonaerense", L.L. 1993-E, sección doctrina, pág. 791).

COOPERATIVA POPULAR DE ELECTRICIDAD Obras y Servicios Públicos de Santa Rosa Ltda. c/ MUNICIPALIDAD DE SANTA ROSA -- Sala B -- 7/11/2000 - Expte. Nº 383/99 [IA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Planteo de cuestiones constitucionales en los procesos contencioso administrativos

- El Código Procesal Contencioso Administrativo (artículo 16) habilita en forma expresa la introducción de cuestiones constitucionales en los procesos contencioso administrativos a condición de que las mismas sean conducentes a la acertada decisión del caso.-

[] 11.

Dicha norma permite que, cuando el acto se funda en una norma general que se califica de inconstitucional, esta tacha puede deducirse dentro del mismo proceso contencioso administrativo cuando se cumplen los restantes presupuestos de admisibilidad de la acción. Así lo ha resuelto este Tribunal antes de ahora, aunque con otra composición en los autos "Syncro Argentina S.A. v. Prov. de La Pampa" (27/03/89). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Mendoza en los autos "Martota c. Provincia de Mendoza" y "Saavedra, José M c. Provincia de Mendoza", publicadas en J.A. 1985-III-191 y L.L. 1991-D, 256, respectivamente.-

LOS ARCOS VIDAURRETA, María del Carmen Francisca c/ MUNICIPALIDAD DE SANTA ROSA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 16/10/2007 - Expte. Nº 726/05 [SA]

OZINO CALIGARIS, Alfredo Ricardo y JOFRE, Amelia Carmen c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 15/10/2008 - Expte. Nº 26/05 [SA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Presupuestos y límites de la competencia judicial de revisión de la actividad administrativa

[] 12.

Como ya se sostuvo en la causa Nº 339/98, reg. S.T.J. -compartiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Las Cajas S.A. c/Gobierno de la Nación s/nulidad de Decretos", Fallos: 190:142- cualquier pronunciamiento por parte del tribunal, acerca de la validez de resoluciones no impugnadas, constituiría una violación al principio de congruencia, e implicaría un fallo sobre cuestiones no propuestas, en transgresión al artículo 64 de la N.J.F. Nº 951, que prohibe a los jueces declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo.-

RODRÍGUEZ, Viviana Beatriz c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 27/3/2007 - Expte. Nº 761/06 [IC]

[] 13.

Enseña el Dr. Tomás Hutchinson que: "La pretensión debe limitarse, en principio, a las cuestiones que fueron debatidas previamente en las reclamaciones administrativas. Tal principio señalado por los códigos procesales -en el ordenamiento procesal administrativo pampeano receptado por el artículo 18-, se explica en el carácter prejudicial de la reclamación", agregando luego que: "Lo que se quiere es que ésta no exceda de aquella en virtud del carácter revisor de la actividad judicial" (Tomás Hutchinson, "La acción contencioso administrativa (Pretensiones - Plazos)", págs. 31/32, Edición 1981).

AROSTEGUICHAR, Sergio Florentino c/DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 6/7/2000 - Expte. Nº 317/98 [SA]

[] 14.

El Superior Tribunal ejerce una función estrictamente revisora de la resolución administrativa cuestionada, pudiendo sólo traerse a su conocimiento y decisión las cuestiones que fueron materia de petición

concreta y consecuente resolución administrativa (artículos 9 y 18 de la NJF nº 952).

ALCORTA Oscar Ignacio c/ Comisión de Fomento de Maisonnave -- 15/12/2000 - Expte. Nº 404/99 [SA]

[] 15.

El artículo 25 del Código Procesal Contencioso Administrativo fija taxativamente los requisitos de la demanda, estableciendo en el inciso c) "la individualización y contenido del acto impugnado, precisando en qué forma y por qué dicho acto agravia el derecho subjetivo, el interés legítimo o las prerrogativas de la parte actora".

Este requisito objetivo que ordena la invocación de la violación de una norma de carácter administrativo, caracteriza la materia en razón de la naturaleza del derecho administrativo conculcado, el cual surge de la norma administrativa que se impugna.

Como dice el codificador, el derecho vulnerado debe ser de naturaleza administrativa, reconoc ido al demandante por una disposición preexistente .

También la jurisprudencia ha sostenido: "Si en la demanda se han expuesto los hechos , se ha invocado el derecho aplicable al caso y se han cuestionado expresamente los actos administrativos que el actor considera violatorios de sus derechos, ... deben considerarse satisfechos los recaudos que hacen a su admisibilidad formal" (S.C.La Plata, 4-8-92, Causa 050086) .

En los presentes obrados se han cuestionado los hechos, se ha invocado el derecho aplicable (Leyes 952 y 643) pero no se ha individualizado ni cuestionado acto administrativo alguno.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, el contencioso administrativo se abre, bajo la forma del proceso de impugnación de validez de un acto administrativo. La existencia del acto previo (ya sea expreso o presunto) se convierte en presupuesto de la acción judicial .

El proceso contencioso administrativo, por su peculiar naturaleza, modela con caracteres propios la impugnación judicial de los actos administrativos, calificando como revisora esta actividad jurisdiccional con consecuencias muy distintas a las que concurren en el proceso civil.

Una de ellas es la necesidad de un acto "individualizado e impugnado" y que la Administración haya tenido que resolver en él las pretensiones que posteriormente se deduzcan ante la jurisdicción contenciosa. Si las ha resuelto o no es una cuestión distinta. Lo que interesa es que el actor (en los casos del artículo 2° del Código Procesal Contencioso Administrativo), debe recurrir en tiempo, y si la Administración no resuelve las pretensiones del mismo, mantiene una actitud silente, tal omisión culpable no puede perjudicar ni aparejar la pérdida de los posibles derechos materiales del administrado.

Así el particular no puede demandar directamente ante la justicia la impugnación de actos, o de sus defectos, sino después de haber, previamente, recurrido ante la Administración para que tome una decisión sobre lo que constituye el objeto del litigio, debiendo hacerlo asimismo dentro de un plazo: "30 días hábiles administrativos" (artículo 11 del Código Procesal Contencioso Administrativo) .

INDART DE BRODSKI, Zulema Elsa c/ Establecimiento Asistencial 'Dr. Enrique Pedro Julio Ferreti' y/o quien resulte responsable s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A - 13/4/1998 - Expte. Nº 216/96 [IA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Principio “in dubio pro actione”

[] 16.

A mayor abundamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A. se expidió en la causa “Narciso Palacios” precisamente respecto de la interposición de recursos administrativos y el agotamiento de la vía administrativa (Informe 105/99, causa nº 10.194, del 29/09/1999). La causa tramitó en instancia originaria ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, tribunal que, invocando el precedente “Lesiux”, rechazó in límine litis la demanda al exigir la interposición del recurso de revocatoria -reconsideración- como presupuesto insoslayable para articular la acción contencioso administrativa contra un acto emanado de la máxima autoridad municipal.-

La C.I.D.H. consideró que sorprender al particular con un requisito de admisibilidad no vigente o no previsto por la legislación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso

garantizados en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica. Textualmente dijo que dichas garantías "61...impiden que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares" e "...imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro-actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en sentido más favorable al acceso a la jurisdicción".-

Cabe acotar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentenciado que "frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, todos los jueces de cualquier jerarquía o fuero están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados, pues en esta materia la reglamentación legislativa no es requisito indispensable" (In re: "Acosta, Claudia B. y otros s/habeas corpus, sent. del 22/12/98; E.D. 185-340). No debemos olvidar que la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido incorporada a la Constitución Nacional y goza de su jerarquía conforme el artículo 75, inciso 22.-

RELINQUEO, Silvia Edit c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 13/10/2006 - Expte. Nº 692/04 [SA]

[] 17.

[...] en el derecho administrativo rige, efectivamente el principio "in dubio pro actíone", a través del cual cabe la habilitación de la vía jurisdiccional a efecto de no impedir, menoscabar, minorar, ni obstaculizar injustamente el acceso a la justicia que consagra nuestro sistema institucional desde el preámbulo de la Constitución Nacional.

BANCO RIO DE LA PLATA S.A. c/ PROVINCIA DE LA PAMPA -- Sala A -- 21/12/1998 - Expte. Nº 318/98 [IA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Admisibilidad.

[] 18.

La declaración de procedencia de la deamanda por razones extrínsecas es provisional y puede ser decidida posteriormente cuando

se hace necesario el desarrollo pleno de la acción para advertir la existencia o no de aquellos presupuestos procesales (Tomás Hutchinson; Procedimiento y Proceso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires, pág. 222). De modo que la primera decisión tomada respecto de la admisibilidad puede modificarse luego, sin que ello suponga que el Tribunal ha incurrido en contradicciones, en particular porque en los presentes actuados es la propia demandada (como lo requiere el citado artículo 31) la que vuelve a argumentar sobre el no agotamiento de la vía administrativa .

COTTPAL c/ Municipalidad de Santa Rosa – 26/12/1995 - Expte. Nº 105/94 [IA]

[] 19.

[El "pronunciamiento que declaró inadmisible el proceso" constituye] sentencia interlocutoria que ... no es susceptible de revocación por contrario imperio [*vía de impugnación, según precisa el STJ, prevista en el código de procedimiento civil y aplicable por remisión del art. 71 del C.P.C.A., para "providencias simples", "aquellas decisiones que resuelven cuestiones de mero trámite y tienden al desarrollo del proceso sin sustanciación alguna"*]

RANOCCHIA ONGARO, Vanessa c/ Colegio de Abogados de la Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 22/12/2005 - Expte. Nº 45/05 [IA]

ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Rechazo in limine.

[] 20.

Reiterada y pacífica jurisprudencia sostiene que: "Si la demanda no resulta ajustada a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo, en tanto omite señalar en forma expresa el acto denegatorio de su reclamo ... ni se realiza en debida forma el relato de los fundamentos de hecho careciendo, además, de la exposición del derecho subjetivo de carácter administrativo que considera vulnerado, corresponde su rechazo 'in limine'" (Suprema Corte de Buenos Aires, B 52767, I 3/3/92, "Faliani, Soledad Elena c/ Municipalidad de Ensenada s/demanda contencioso administrativa) Y que: "Corresponde el rechazo in limine de la

demanda ... por no resultar ajustadas a las reglas establecidas por el C.P.C.A. para su promoción, en tanto se omite señalar de manera expresa los actos que se impugnan .... y no se realiza en debida forma el relato de los fundamentos de hecho, y además carecen de la exposición de los fundamentos de derecho" (Suprema Corte de Buenos Aires, B 53387, I 21/5/91, "Rotativos Venus San Juan S.A. c/Municipalidad de Florencio Varela s/demanda contencioso administrativa").-

COMBA, Maricel Alicia c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 18/3/1999 - Expte. Nº 339/98 [IA]

[] 21.

Por último, se considera que en el caso resulta útil la doctrina elaborada en torno al artículo 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en vigencia, norma igual a la establecida en el artículo 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia y que resulta aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 952 -Código Procesal Contencioso Administrativo-, por estimarse que la aceptación de la demanda de autos implicaría la realización de un proceso inconducente, razón por la cual habrá de disponerse el rechazo in límine de la misma, fundado en la improponibilidad objetiva de la pretensión expuesta en el libelo introductorio de la litis.

En efecto, "... cuando resulta manifiesto que los hechos en que se funda la pretensión, constitutivos de la causa petendi, considerados en abstracto no son idóneos para obtener una favorable decisión de mérito, cabe rechazarla de oficio a fin de evitar un dispendio tan inútil como vicioso de la actividad procesal (conf. CNCIV, Sala C, de marzo 14-968, LL 131-1110, S-17.748).

Es que cuando ab initio se tiene la certeza de que ni la causa ni el objeto de la pretensión revisten idoneidad para lograr los efectos jurídicos perseguidos, se justifica tal proceder a fin de impedir la sustanciación de un largo, costoso e innecesario proceso (conf. Palacio, Lino, en su nota LL. 1979-A-24)" E.D., T. 87-597.-

MUNICIPALIDAD DE SANTA ROSA c/PELLEGRINI, Héctor Carlos y OSORIO, Diego Carlos s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 19/2/2002 - Expte. Nº 509/02 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VIA

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Presupuesto de la acción contenciosa.

[] 22.

Manuel María DIEZ, expresa que "... antes de acudir a la vía judicial es necesario reclamar administrativamente hasta agotar la vía. Este es el requisito esencial para promover la acción contencioso administrativa .... la reclamación y la decisión administrativa previa son necesarias para poner de manifiesto la oposición entre las pretensiones del reclamante y de la Administración, quedando así planteados y definidos los términos de la contienda que ha de llevarse a conocimiento y fallo de los Tribunales." (Derecho Procesal Administrativo, ed. Plus Ultra, 1996, pág. 244).

GOMEZ, Raúl Ariel c/Municipalidad de Toay s/Demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 28/9/2007 - Expte. Nº 06/07 [IA]

[] 23.

Por mandato constitucional (art. 97 inciso d), el afectado por la actuación estatal debe acudir previamente ante la autoridad administrativa competente y obtener una denegación expresa o tácita, respecto de su pretensión. En ningún caso puede acudir directamente a la justicia llevando, a la instancia originaria pretensiones “ex novo”.-

El constituyente prescribió este presupuesto de admisibilidad de la demanda cuya justificación -y en esto es uniforme la doctrina- radica en: a) la apertura de una etapa conciliadora anterior al pleito; b) dar a la Administración la oportunidad de revisar el asunto; c) promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos de los órganos inferiores, según sea el caso; d) facilitar la tarea tribunalicia, al llevar a los jueces una situación contenciosa ya planteada; e) permitir una mejor defensa del interés público (Vallefín. Carlos, “Proceso Administrativo y Habilitación de Instancia”, Librería Editora Platense S.R.L. 1984, p. 10 y ss.).-

La exigencia constitucional de una decisión previa denegatoria se relaciona directamente con la función revisora de la jurisdicción contencioso administrativa. Se ha precisado que la instancia

contencioso administrativa se abre para revisar y no para resolver cuestiones que no han sido objeto de decisión en el procedimiento administrativo (S.C.B.A., Ac. y Sent. 1977-III, 168 y 236).-

RELINQUEO, Silvia Edit c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 13/10/2006 - Expte. Nº 692/04 [SA]

VALLEJOS, Ruperto c/MUNICIPALIDAD DE REALICO s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 7/6/2007 - Expte. Nº 784/06 [IC]

[] 24.

Asimismo, la Suprema Corte de Buenos Aires tiene resuelto que: " si de las actuaciones administrativas no surge que la actora haya efectuado el reclamo administrativo previo, requisito indispensable para agotar la vía administrativa y dejar expedita la acción judicial, corresponde desestimar la demanda interpuesta por su improcedencia formal, puesto que la procedencia formal de la misma está sujeta a la condición de que se impugne un acto administrativo definitivo y corresponde al accionante realizar las gestiones administrativas necesarias para su dictado, exigencia que ha sido impuesta por el codificador al reglamentar la cláusula constitucional que atribuye a esta Corte el conocimiento y decisión de las causas contencioso administrativas en instancia originaria y exclusiva ... previa denegación o retardación de la autoridad competente en reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada (art. 149 inc 3° Const. Prov.) y como tal instancia es esencialmente revisora, la reclamación y decisión previa son necesarias para poner de manifiesto la oposición de pretensiones del reclamante y la administración, quedando así planteados y definidos los términos de la contienda cuya solución se procurará ante la misma" (S.C. - La Plata, 26-05-93, Causa: 054035).

OSES, Hugo Néstor c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 12/12/1996 - Expte. Nº 161/95 [IA]

[] 25.

[Teniendo en cuenta que el art. 2º de la NJF 951 indica la aplicabilidad de la misma a la esfera de las autoridades municipales, el STJ ha considerado que una resolución definitiva dictada por la autoridad ejecutiva comunal, originariamente y de oficio (hipótesis del art. 100 del Decr. Reglamentario 1684)] “no causa estado, porque respecto a ella, correspondía necesariamente la interposición del

recurso de reposición, a efectos de agotar la instancia administrativa con el objeto de dejar expedita la acción contencioso administrativa".

CORREA, Concepción c/ Municipalidad de General Acha s/ Demanda contencios administrativa –- 8/9/1992 - Expte. Nº 2275/92 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Su articulación y decisión como excepción de previo y especial pronunciamiento.

[] 26.

Si bien el artículo 38 del Código Procesal Contencioso Administrativo no prevé expresamente la falta de agotamiento de la vía administrativa como una excepción de previo y especial pronunciamiento, en reiterada jurisprudencia ... hemos sostenido, atento la experiencia cotidiana y el principio de economía procesal, lo valioso que resulta resolver en forma previa la cuestión planteada en autos, principalmente para el Administrado, evitándose así el riesgo de transitar todas las etapas del proceso y en el momento de dictar sentencia rechazar la pretensión articulada por razones de inadmisibilidad y sin entrar a considerar el fondo de la cuestión.-

SIDERTEK S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 21/4/2003 - Expte. Nº 623/02 [IA]

VICTORIO AMERICO GUALTIERI S.A. VAGSA contra PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 13/12/2006 - Expte. Nº 461/01 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Finalidad.

[] 27.

Respecto a la necesidad de que, previamente, a la instancia judicial, exista una pretensión concreta del administrado al estado y ésta tenga relación directa con el objeto judicial, Carlos A. VALLEFIN, en "Proceso Administrativo y Habilitación de Instancia, Ed. Platense S.R.L., 1994, pág. 10, expresa que "... la finalidad ... es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la Administración la posibilidad de revisar el caso y salvar algún error; ...", asimismo "La necesidad de efectuar la reclamación administrativa previa se relaciona, de modo directo, con la función revisora que se le atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa ... [que] se abre para revisar

y no para resolver cuestiones que no han sido objeto de decisión en el procedimiento administrativo"

GHIGLIONE, Jorge Gonzalo c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 13/9/2007 - Expte. Nº 24/05 [SA]

[] 28.

La razón teleológica de la necesidad de ese agotamiento previo lo sintetiza Fernando García Pulles en un artículo "El agotamiento de la vía administrativa". La Ley 1993 A. Sec. doctrina, al expresar: "El agotamiento de la vía administrativa, como recaudo previo condicionante de la instancia judicial, aparece como una derivación propia de la estructura jerárquica del Poder Ejecutivo en nuestra Constitución"

"Se ha señalado, con criterio, que la finalidad de esa exigencia abarca di versos aspectos:":

"1) Promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos, por parte de los órganos superiores de la Administración, dando a esta última la oportunidad para revisar los criterios y revocar los errores en que se hubiera incurrido".

"2) Producir una etapa conciliadora anterior al pleito, que advierta a la Administración sobre la Naturaleza y alcances de los derechos en juego "

"3) Permitir una mejor defensa del interés público, a través del mejoramiento de los argumentos de los actos administrativos que podrán generar el reconocimiento y acatamiento de los administrados, con base en los mayores fundamentos que se expongan".

"4) Facilitar la tarea tribunalicia, al llevar ante los jueces controversias ya planteadas (Conf. Beatriz Silvestri y Rafael González Arzac – La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (Recursos y Reclamos) en E.D. 72.763: Juan F. Linares "Sistema de recursos y reclamos", núm. 5; Bartolomé Fiorini, "Derecho Administrativo". t. II, ps. 644/45, Miguel S. Marienhoff. "Ley nacional de procedimientos administrativos", ps. 439 .y sigs."

[En el caso, el STJ hace lugar al planteo esgrimido por el Estado que denunciaba la inconstitucionalidad del inciso e) del artículo 12 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en tanto permite interponer

la acción contencioso administrativa sin reclamo administrativo previo, cuando se reclaman daños y perjuicios contra la Provincia]

VILLEGAS, Félix c/ESTADO PROVINCIAL s/demanda contencioso administrativa - - Sala A -- 27/5/1996 - Expte. Nº 114/94 [SA]

[] 29.

Como expresa la doctrina, esta necesidad de no obviar la vía administrativa, mira el interés de la Administración de darle una oportunidad de corregir sus errores. La C.N. Cont. Administrativa Federal, Sala II, in re Musso c. Ministerio de Cultura y Educación, E.D. 97-342, en p.343, refiriéndose a este tópico, ha destacado "su múltiple finalidad en cuanto tiende a dar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y, eventualmente, revocar el error facilitando el control de legitimidad y conveniencia por parte de los órganos superiores, y de tal modo, asegurar una oportunidad para que defienda más eficazmente el interés público confiado a su custodia.

COTTPAL c/ Municipalidad de Santa Rosa – 18/4/1995 - Expte. Nº 105/94 [SA]

[] 30.

Tiene dicho la Sala A de este Superior Tribunal de Justicia que el requisito del agotamiento de la vía administrativa queda cumplido cuando se brinda a la Administración una oportunidad de evitar el litigio (Cfr. STJ, Sala A, "González", expte. n.° 937/09, 30/06/2011).-

ROLDÁN, Marcelo Abel contra Municipalidad de Toay sobre demanda contencioso administrativa" – Sala A – 21/06/2012 - Expte. n.º 939/10 [SA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - El recurso administrativo como único medio impugnatorio idóneo para habilitar la instancia contenciosa.

[] 31.

[La articulación de un reclamo no suple los *recursos* establecidos en el Título XIII del Cód. Procesal Contencioso

Administrativo, ni surte sus mismos efectos. En particular, el STJ descarta que aquel pueda hacer nacer “otra instancia litigioso administrativa” que pretende ubicar en el título XIV -de los reclamos- del Decreto n° 1684] “puesto que de la hermenéutica planteada por el legislador y/o el autor del proyecto no puede ni debe interpretarse que haya querido establecer una doble instancia o un doble proceso en sede administrativa.

IEZZI Mario Pascual c/Instituto de Seguridad Social s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 22/2/1996 - Expte. Nº 107/94 [SA]

[] 32.

El Decreto n° 1684/79, reglamentario de la Norma Jurídica de Pacto n° 951, prevé a favor del particular medios de protección para impugnar los actos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la Administración: los recursos administrativos que tienen por finalidad la revocación o reforma de un acto o la subsanación de una omisión. Ellos constituyen el presupuesto necesario para la posterior impugnación judicial.

Sostiene el doctor Tomás Hutchinson, en su libro "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos -Reglamentos de la Ley 19.549", Tomo II, págs. 275, 276 y 279, al comentar los procedimientos de impugnación previstos en el Reglamento, refiriéndose a los recursos en la normativa vigente en nuestra provincia que: "... creemos que una atenta lectura de las normas pampeanas lleva a la conclusión de que las vías recursivas y de reclamo son distintas y contemplan supuestos diversos. No son, pues, vías alternativas ni opcionales".

“... En los actos administrativos -en el concepto de la norma provincial- solo procede la vía recursiva. Es decir que el 'reclamo´ no procede cuando se trata de impugnar judicialmente 'actos administrativos´. ¿Para qué conductas es susceptible de proceder la reclamación? Pensamos que para peticionar la derogación o reemplazo de un reglamento que aún no tenga aplicación (art. 92), etcétera". Y en términos generales continua diciendo el autor que para todas las legislaciones provinciales: "La vía recursiva en las provincias es la vía idónea para cumplir el requisito necesario del 'previo reclamo o reclamación previa', que especifican las Constituciones provinciales".

"... Así, si la impugnación de un acto administrativo corresponde hacerla mediante un recurso -lo cual ocurre ordinariamente en las normas de procedimientos administrativos ...-,

cuando no se lo ataca en término, toma la calidad de firme; no puede, pues, volverse sobre él" .

"De las consideraciones doctrinarias precedentes se infiere que para ocurrir a la vía judicial, debió plantearse previamente alguno de los remedios, recursos, que el Decreto n° 1684/79 prevé en su Título XII (...)"

MARDUEL, José Antonio c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL de la PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 8/10/1996 - Expte. Nº 205/96 [IA]

[] 33.

El orgenamiento administrativo provincial ha eximido de la interposición de recursos en el artículo 14 de la NJF nº 952 y en el artículo 100 del Decreto nº 1684/79 en los casos expresamente previstos (contra la decisión que resuelve los recursos jerárquico y de alzada). La interpretación de estas normas es de carácter restrictivo, por cuanto consagra las excepciones en el entendimiento de que la cuestión ha sido suficientemente debatida en el transitar administrativo previo a dichos recursos.

En los demás casos, resulta siempre procedente articular los recursos pertinentes para tener por agotada la vía.

Tal es la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, particularmente respecto del recurso de reconsideración –llamado revocatoria en aquel ordenamiento provincial- que, en el caso "Lesieux", consagró la doctrina que aún mantiene [...]

AROSTEGUICHAR, Sergio Florentino c/DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 6/7/2000 - Expte. Nº 317/98 [SA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Excepciones.

[] 34.

Si bien es cierto que por mandato constitucional -art. 97 inc. 2) apartado d)- el afectado por la actuación estatal debe acudir previamente ante la autoridad administrativa competente y obtener una denegación expresa o tácita respecto de su pretensión -posición

asumida por este Tribunal, con otra composición, en diferentes pronunciamientos a los cuales hace referencia la excepcionante (**Causas Nº 114/94; Nº 317/98; Nº 349/98 entre otros**)- es de destacar, que este presupuesto de admisibilidad de la demanda introducido por el constituyente, tiene su justificación en la apertura de una etapa conciliatoria anterior al pleito y en dar a la Administración la oportunidad de revisar su decisión, dos justificaciones imposibles de concretar en sede administrativa, en el caso de autos, por cuanto el acto atacado se deriva del cumplimiento de una ley cuya constitucionalidad se cuestiona en la demanda.-

YORGOVAN, Alberto c/Instituto de Seguridad Social s/Demanda Contencioso Administrativa -- Sala A -- 27/2/2007 - Expte. Nº 764/06 [IC]

[] 35.

Esta exigencia del agotamiento de la vía administrativa, al ser ... de carácter constitucional, impide en nuestra ámbito y **en toda** circunstancia, tener en cuenta la doctrina y jurisprudencia de otras jurisdicciones, que se han basado en expresas disposiciones legales que consagran excepciones al principio general de la reclamación previa administrativa o bien en interpretaciones posibles de normas -no constitucionales- que regulan la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, mitigando lo que ha sido llamado, entre otras denominaciones similares, "un excesivo rigor formal innecesario" o un "injustificado ritualismo". (...)

(...)

Además, en similar sentido vertió opinión Tomás Hutchinson, quien al comentar un fallo de este Superior Tribunal, expresó con relación a las excepciones del citado inc. g), del art. 12 del CPCA. que "...pero en la provincia, [de La Pampa] el acto denegatorio es exigible, cualquiera sea el ente que actúe", agregando que, en caso contrario, "la decisión está en pugna con la Constitución" (Revista de Jurisprudencia Provincial. Febrero 1992 - Vol. III. nº 1 - pág. 22).

Es decir que, más allá de las doctrinas que pueden o no ser compartidas, queda claro que, mientras no sea modificada la Constitución Provincial, no nos será permitido apartarnos de su letra y correspondiendo al constituyente -si así lo considera adecuado- disponer las modificaciones que hagan viable dejar de lado la obligación de agotar las instancias administrativas, ante el órgano o

poder con capacidad suficiente para expresar la última voluntad del Estado.-

LACAVA, Rosa y otros c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- 10/6/2005 - Expte. Nº 349/98 [SA] (Del voto de mayoría del Dr. Victor Luis Menéndez, al que adhiere el ministro ad hoc Dr. José Miguel Camacho; en disidencia, Dr. Javier Horacio Florez)

[] 36.

Avala lo precedentemente señalado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al expresar que "Si a raíz de los reclamos administrativos ha existido etapa conciliatoria con intervención suficiente del administrado y antes de dictarse las resoluciones posteriores impugnadas en sede judicial hubo posibilidad de la entidad demandada de revisar algún error y efectuar el control de legitimidad y conveniencia, no es dable aceptar que la misma autoridad que concretó los actos impugnados modifique sus decisiones ante un eventual recurso de revocatoria; pretender que la actora interponga un nuevo recurso ante la autoridad administrativa superior previo a la instancia judicial, significaría someterla a un ritualismo estéril, incluso con inútil dispendio de actividad de la propia administración. ... La doctrina de la Corte Federal ha sido convalidada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ... . (CSN, 13/10/1988, Sacoar S.A. c/ Pcia. de Bs. As., ED 133-130) y (29/9/1999, Informe 105/99, caso 10.194, Palacios, Narciso, LL2000-F-594)" (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R., "Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia", Serie II, OBRAS, Número 32, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2007).-

CORONEL, Carlos Aníbal c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 2/6/2009 - Expte. Nº 99/08 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Exigibilidad de plantear o no el Recurso de Reconsideración a esos efectos.

[] 37.

[El STJ se pregunta si el recurso de reconsideración constituye "un trámite hábil para agotar la vía administrativa o si fue un trámite sobreabundante o erróneo con el cual la actora se habría distraído y, como consecuencia, perdido el tiempo para proceder por la vía judicial."]

Por de pronto, lo primero que hay que analizar, es cuándo se puede plantear un recurso de reconsideración en sede administrativa. Si contra cualquier resolución, de cualquier instancia administrativa, o sólo contra la resolución administrativa de la primera instancia de la administración, esto es, ante el órgano inferior.

De la lectura de los artículos 95 a 100 del Decreto Nº 1684/79, (reglamentario de la Ley 951/79) a primera vista la cuestión puede llamar a confusión en razón de que la lectura del artículo 98 resulta que denegado expresa o tácitamente el recurso de reconsideración, proceden dos recursos el de apelación ante el órgano inmediato superior o el recurso jerárquico (el que según el artículo 102 debe ser elevado para su tratamiento ante el Ministerio del cual depende jerárquicamente el órgano inferior emisor). Ello pareciera indicar que es sólo frente a resoluciones de los órganos más inferiores cuando procede el recurso de reconsideración. La única excepción resultaría del artículo 100: cuando el acto deriva en primera instancia del propio Poder Ejecutivo.

Sin embargo, de la lectura detenida del articulo 100, cuando se hace referencia a si es necesario plantear o no el recurso de reconsideración para recurrir a la vía Judicial (contencioso administrativa), se dice que "no es necesario" contra la decisión definitiva de los respectivos recursos Jerárquicos o de alzada que hubiere promovido el interesado.

Al decir que no son necesarios, ello implica decir también que pueden ser posibles y si el administrado, los planteó, recién tuvo agotada la vía administrativa al momento en que la autoridad decidió no hacer lugar a la reconsideración del recurso de alzada.

En materia de recursos judiciales (Código Procesal Civil y Comercial) en cambio, se dice expresamente que el recurso de reposición (similar al de reconsideración en sede administrativa) sólo procede ante la decisión de primera instancia y seria impensable plantearlo luego de un recurso de apelación denegado, o de un recurso extraordinario denegado.

Asimismo, en materia administrativa el legislador ha previsto que son posibles las reconsideraciones de las resoluciones de instancias superiores a la instancia inferior.

IEZZI y Cia. S.A. c/ DPV – 24/3/1995 - Expte. Nº 120/94 [IA]

[] 38.

El texto de los artículos 100 del Decreto n° 1684/79 y 14 de la N.J.F. 952 prescriben para tales casos, y a los efectos de tener por agotada la instancia administrativa, la interposición del recurso de reconsideración. Y esto es así en tanto y cuando el acto es dictado a instancia del propio Poder Ejecutivo, en este caso único competente para aplicar la medida sancionatoria, y el ordenamiento, a través de esta vía impugnatoria, le permite rever la decisión adoptada. Si así no fuera se verificaría un quebrantamiento en la filosofía que inspira la existencia del "agotamiento de la vía administrativa".

Como indica Héctor A. Mairal, el agotamiento de la vía administrativa persigue, distintos objetivos: "...el interés de la Administración (darle una oportunidad para corregir sus errores, promover el control de la actuación de sus órganos inferiores) y otros el interes del Poder Judicial (facilitar la tarea obligando a las partes a concretar la controversia antes de acceder a sus estrados)." (Héctor A. Mairal, Control Judicial de la Administración Pública, volumen 1, pág. 318/319). De ahí que el mismo autor considere que "... el requisito queda cumplido cuando se brinda lealmente a la Administración, en el nivel adecuado, una oportunidad de evitar el litigio acogiendo la pretensión del particular".

La manifestación de la voluntad que el particular efectúa ante la autoridad del reconocimiento de sus derechos, sólo es posible en un procedimiento como el de autos a través de los recursos. De no existir la norma que exige interposición previa del de reconsideración del acto dictado por el Poder Ejecutivo, ¿qué posibilidad procesal de revisión tiene el Organo Máximo de la administración, respecto del acto dictado originariamente por él y sin intervención ajena a la suya?

[Más adelante en este fallo el STJ aclara, en lo tocante a los términos del art. 14 de la ley 952, que "cabe acotar que el procedimiento previo no le quita el carácter ´de oficio´ al acto, como pretende la actora, pues su existencia resulta un requisito esencial que, en caso de ausencia, invalidaría su dictado por falta de causa antecedente" (en el caso se trataba de una cesantía)].

GUAYCOCHEA Héctor Eduardo c/ Municipalidad de Santa Rosa -- Sala B -- 30/9/1998 - Expte. Nº 126/94 [SA]

[] 39.

[El art. 14 "in fine" del Código Procesal Contencioso Administrativo] determina, en su parte pertinente, que el recurso de reconsideración es de interposición obligatoria, en el supuesto de que el acto cuestionado hubiese sido dictado "originariamente" y "de oficio" por la autoridad administrativa.

Coincidimos con la parte actora, en que dicha situación no resulta aplicable [cuando] el acto cuestionado (...) responde a un "Reclamo" deducido por su parte y no fue dictado de oficio, ni en forma originaria por la autoridad comunal.

Por el contrario, encuadra en el art. 114 del Decreto 1684, Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo n.' 951, que contempla la posibilidad de la deducción de un "Reclamo" administrativo, para perseguir la recomposición de un derecho subjetivo vulnerado o, incluso, para agotar la via administrativa y poder recurrir a la judicial.

[En el caso] la exigencia que establece el Código Procesal Contencioso Administrativo, en su art. 9, en el sentido de que los actos administrativos susceptibles de ser impugnados judicialmente, deben revestir la calidad de definitivos, queda cumplimentada. En efecto, la decisión comunal causó estado y la via administrativa se encuentra agotada. No existe en el plexo procesal aplicable, norma alguna que imponga la obligatoriedad de la formulación de un recurso de reconsideración ante una situación como la analizada en estas actuaciones.

GACCIO de SACKS, Gladis Noemí y otro c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 11/9/2009 - Expte. Nº 01/09 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Recurso de reconsideración: carácter necesario para los actos de alcance general.

[] 40.

Contra los actos de alcance general y a los efectos del agotamiento de la vía administrativa –como recaudo previo y condicionante de la instancia judicial- el artículo 100 del Drecreto 1684/79 y el art. 14 de la NJF 952 dispone “será necesario haber promovido el recurso de reconsideración”. Correspondiendo asimilar

ese recurso al reclamo del artículo 92 del Decreto nº 1684/79 para los actos de alcance general.

ARMAGNO Silvia Leonor y otros c/ Provincia de La Pampa -- 20/10/2000 - Expte. Nº 427/00 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Recurso de reconsideración: carácter optativo en casos de actos dictados "originariamente y de oficio por el Poder Ejecutivo".

[] 41.

El art. 95 y siguientes del Decreto Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo (Dec. nº 1684/79), instituye el recurso de reconsideración que se presenta ante el mismo órgano que dictó el acto a fin de que proceda a revocarlo o lo sustituya por contrario imperio.-

La doctrina es conteste respecto al carácter optativo del recurso de reconsideración (conf. Canosa, A., "Los Recursos Administrativos", Ed. Abaco 1996, p. 177) salvo prescripción expresa en contrario de la que surja la obligación de su articulación. Tal el caso del art. 100 del Decr. 1684/79 que exige como presupuesto procesal para iniciar la acción la interposición previa del recurso de reconsideración *"...si el acto individual* -impugnado en la instancia judicial- *hubiere sido dictado originariamente y de oficio por el Poder Ejecutivo*".-

RELINQUEO, Silvia Edit c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 13/10/2006 - Expte. Nº 692/04 [SA]

[] 42.

[El art. 14 "in fine" del Código Procesal Contencioso Administrativo ...] determina, en su parte pertinente, que el recurso de reconsideración es de interposición obligatoria, en el supuesto de que el acto cuestionado hubiese sido dictado "originariamente" y "de oficio" por la autoridad administrativa.-

[El fallo hace notar además que el recurso de reconsideración que se pretendía que el administrado articulara "encuadra en lo que se denomina el sometimiento a un ritualismo estéril, que incluso implica un dispendio de actividad para la propia administración"].

CORONEL, Carlos Aníbal c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 2/6/2009 - Expte. Nº 99/08 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Caso de los "hechos administrativos"

[] 43.

Dice Marienhoff en la Exposición de Motivos de la Norma Jurídica de Facto Nº 951 en relación al agotamiento de la vía administrativa: "Pero si bien la doctrina acepta que los "hechos administrativos" así caracterizados –actividad material de la Administración- den lugar a "recursos" administrativos dentro de la Administración, no se acepta que esos "hechos administrativos" den lugar directamente, por sí, a la acción procesal contencioso administrativa; ésta requiere el "acto administrativo propiamente dicho, el cual después podría ser objeto de impugnación mediante la acción de referencia".

RODRIGUEZ, Juan Carlos c/ Gobierno de la Provincia de La Pampa s/ Demanda conencioso administrativa -- 5/11/1992 - Expte. Nº 2339/92 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Caso de los Entes Autárquicos.

[] 44.

El artículo 95 y siguientes del Decreto Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo (Dec. nº 1684/79), instituye el recurso de reconsideración que se presenta ante el mismo órgano que dictó el acto a fin de que proceda a revocarlo o lo sustituya por contrario imperio.-

La doctrina es conteste respecto al carácter optativo del recurso de reconsideración (conf. Canosa, Armando, "Los Recursos Administrativos", Ed. Abaco 1996, p. 177), salvo prescripción expresa en contrario de la que surja la obligación de su articulación. Tal el caso del artículo 100 del Decreto nº 1684/79, que exige como presupuesto procesal para iniciar la acción, la interposición previa del recurso de reconsideración *"...si el acto individual* -impugnado en la instancia judicial- *hubiere sido dictado originariamente y de oficio por el Poder Ejecutivo*".-

El mismo carácter optativo detenta el recurso de alzada previsto en el artículo 106 y siguientes del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo provincial, cuando establece que "*Contra los* ***actos definitivos*** *o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado* ***-emanados del órgano superior de un ente autárquico- procederá a opción del interesado, el recurso administrativo de alzada o la acción judicial pertinente***" (lo destacado en negritas nos pertenece).-

[(...) Se ha agotado a su respecto la instancia administrativa, en tanto y en cuento los únicos recursos que la actora podía interponer en pos de su revocación ante el órgano máximo del ente autárquico -reconsideración y alzada-, detentan carácter opcional.-

Es contundente la conclusión del autor citado ut-supra cuando, coincidentemente con lo expuesto en el párrafo anterior, afirma que: "Si el acto administrativo emanó del órgano superior -de un ente autárquico-, se encuentra agotada la vía administrativa." (conf. Canosa, Armando, ob. cit., p. 198).-

RELINQUEO, Silvia Edit c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 13/10/2006 - Expte. Nº 692/04 [SA]

[] 45.

La existencia del recurso de alzada encuentra fundamento en la "tutela administrativa" que ejerce la administración central -Poder Ejecutivo sobre los órganos superiores de las entidades descentralizadas en cuanto ejerzan función administrativa. De ahí que ".. el recurso de alzada será aquel que permita a la administración central ejercer el control de tutela con los alcances detallados anteriormente, .." (solamente es posible, en principio, revisar la legalidad del acto, excluyendo la oportunidad, mérito o conveniencia y procede, únicamente, la revocación del acto cuyo control se ejerce), ".. a instancias del particular" (Armando N. Canosa, "Los Recursos Administrativos", pág. 207/208, Edit. Abaco, 1996).-

Con esta base el codificador ha estructurado el recurso de alzada en el Capítulo IV del Título XIII del Decreto nº 1684/79, prescribiendo que el control de tutela administrativa ".. sólo será procedente por razones relacionadas con la legitimidad del acto. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado, salvo que

excepcionalmente la ley de creación del ente autorice también un control sobre su oportunidad, mérito o conveniencia" (art. 111).-

Acotado así el ámbito cognositivo del recurso de alzada al análisis de legitimidad de los actos que lo motivan y preceden, corresponde a quien ejerce la tutela administrativa y, en tal sentido, el poder jerárquico, indagar si tales actos han sido dictados conforme al marco jurídico que los contiene.-

Y tal es, precisamente, la pretensión del administrado que acude, mediante este remedio -también denominado jerárquico "impropio"-, al órgano de la Administración Central en cuya jurisdicción actúa el ente autárquico y cuya actuación se intenta sea controlada y verificada.-

Corresponde a quien ejerce la tutela administrativa, indagar positivamente si el ente autárquico se ha sometido al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad.-

CONSTRUCTORA EMBALSE CASA DE PIEDRA S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 3/3/2000 - Expte. Nº 271/97 [SA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - La imposibilidad de plantear en sede judicial cuestiones que no fueron objeto del reclamo o recurso administrativo.

[] 46.

Es sabido que la necesidad de efectuar la reclamación administrativa previa –presupuesto de admisibilidad de la demanda– se relaciona directamente con la función revisora que se le atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa.-

En ese sentido, entonces, no cabe plantear en sede judicial cuestiones que no fueron sometidas a consideración de la autoridad administrativa ni resueltas por ésta. Ello ocurre porque la instancia contencioso administrativa se abre para revisar y no para resolver cuestiones que no han sido objeto de decisión en el procedimiento administrativo (Cfme. Carlos Vallefin, "Proceso administrativo y habilitación de instancia", Editora Platense, La Plata, 1994, págs. 11 y 12).-

Así lo establece expresamente el art. 18 del C.P.C.A. al disponer que "Las acciones procesales deberán limitarse a las cuestiones que

fueron debatidas previamente en las reclamaciones o recursos administrativos".-

JUÁREZ CÉSAR JOSÉ y OTROS c/PROVINCIA DE LA PAMPA S/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 3/11/2009 - Expte. Nº 839/08 [SA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Inconstitucionalidad del inciso e) del articulo 12 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

[] 47.

[Al pronunciar la inconstitucionalidad del inciso e) del articulo 12 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en tanto permite interponer la acción contencioso administrativa sin reclamo administrativo previo, cuando se reclaman daños y perjuicios contra la Provincia, el STJ hizo hincapié, entre otras consideraciones, en que] "tal precepto adjetivo no puede cohonestarse con la cláusula constitucional provincial del artículo 97 inciso 2, apartado d, la cual requiere un acto denegatorio o de retardo previo de la autoridad administrativa, como mecanismo procedimental que abra el carril contencioso administrativo".

VILLEGAS, Félix c/ESTADO PROVINCIAL s/demanda contencioso administrativa - - Sala A -- 27/5/1996 - Expte. Nº 114/94 [SA]

[] 48.

[Ratificando expresamente la doctrina de "Villegas", el STJ expone que] "los argumentos que sustentan la necesidad del reclamo administrativo previo han sido recogidos por el texto constitucional al concebir el acceso a la acción contencioso administrativa anteponiéndole la existencia de un acto denegatorio o retardo de la autoridad competente, recaudo que no puede ser soslayado por una ley de rango jerárquicamente inferior como lo es la NJF nº 952"

AROSTEGUICHAR, Sergio F. c/DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD -- Sala B - - 6/7/2000 - Expte. Nº 317/98 [SA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA- Su configuración por denegatoria tácita: fundamento del silencio positivo y del *pronto despacho.*

[] 49.

... para que las decisiones administrativas de contenido individual puedan ser cuestionadas mediante la acción contencioso administrativa, deben revestir la calidad de definitivas y haberse agotado a su respecto las instancias administrativas, existiendo, también, acto definitivo cuando transcurren los plazos y se producen las situacionesprevistas en la Ley de Procedimiento Administrativo para tener por configurada la voluntad tácita de la administración (artículos 9° y 10, N.J.F. n° 952), voluntad a la que el artículo 46 de la N.J.F. n° 951 asigna sentido negativo.

La intención básica del ordenamiento es, entonces, que quien se dirige a la Administración requiera una decisión concreta, expresa y fundada sobre la cuestión llevada a resolver, deber que no se excluye con la denegación presunta o silencio negativo que, más que una sanción para la Administración por su morosidad, resulta una garantía en favor del particular (S.C.Mendoza, Sala I, febrero 16-1998, "Díaz, Mercedes Vicente c. Municipalidad de Maipú s/A.P.A.", E.D., 20 de enero de 1999).

Así, el prestigioso Tribunal provincial cuyano, citando doctrina nacional y foránea, sostiene que "... el fundamento del silencio como expresión de voluntad consiste en evitar el estado de indefensión en que quedaría el particular frente a la inactividad de la Administración, ya que éste se encontraría imposibilitado de recurrir contra un no accionar carente de contenido (Conf. Zubiaur, Carlos, "Algunas consideraciones respecto del silencio positivo de la Administración", E.O., 143-325; Lima, Fernando, Juan y Sama , Miguel A., "El principio in dubio pro actione y la interpretación del instituto del silencio administrativo en un ajustado fallo de la Corte", E.D., 154-477).

Por eso, la figura del silencio negativo se conecta directamentecon la garantía constitucional del acceso a la justicia (Diez Sánchez, Juan J., "El Procedimiento Administrativo común y la doctrina constitucional", Madrid, Cívitas, 1992, pág. 283; Gabaldón López, José, "La defensa jurisdiccional del Administrado frente a la inactividad de la Administración ", en Administración local y Administración de Justicia, obra de autores varios del Instituto de Estudios de Administración local, Madrid 1977, pág. 261;...) " (Conf. Fallo citado).

HERBSOMMER Hugo Enrique c/ Provincia de La Pampa -- 27/11/2000 - Expte. Nº 340/98 [SA]

[] 50.

El segundo párrafo del artículo 46 de la Norma de Facto nº 951 prescribe: "Si las normas especiales no previenen un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta (30) días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración.".

MARENCHINO Hugo Roberto c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 9/6/1999 - Expte. Nº 333/98 [IA]

[] 51.

Si bien en los presentes obrados los actores manifiestan (...) que el silencio debe interpretarse en forma negativa y darle al mismo el sentido de un acto definitivo que agota la instancia administrativa, es de advertir que los mismos no han requerido "pronto despacho" y, en consecuencia, no puede considerarse que exista denegatoria tácita por silencio administrativo (artículo 46 de la Ley 951).

AGUILERA Cesario, FERNANDEZ Héctor Oscar, GIMENEZ Belisario c/ Municipalidad de General Pico -- Sala A -- 25/9/1998 - Expte. Nº 290/98 [IA]

[] 52.

Respecto al requerimiento de pronto despacho, este Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que "... el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo (N.J.F. 951) es el único medio que permite considerar, previo requerimiento de pronto despacho, que, transcurridos los términos allí mencionados existe silencio que habilita los pasos subsiguientes." y que si "... la actora no ha requerido 'pronto despacho' (...) no puede considerarse que exista denegatoria tácita por silencio administrativo..." ("CARABAJAL, Lilyan Teresa c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/Demanda Contencioso Administrativa", Expte. N° 269/97 reg. Sala B, S.T.J.).-

VALLEJOS, Ruperto c/MUNICIPALIDAD DE REALICO s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 7/6/2007 - Expte. Nº 784/06 [IC]

La cita corresponde a CARABAJAL, Lilyan Teresa c/ Provincia de la pampa s/ demanda contencioso administrtiva -- Sala B -- 25/2/1998 - Expte. Nº 269/97 [IA] donde se repite el dictamen del Procurador General dado en el caso "CISNEROS, María Beatríz, SHURT, Rubén Evaristo c/Comisión de Fomento de Carro Quemado s/demanda contencioso administrativa" (Expte. 152/95, resuelto en Sala B)

[] 53.

En este sentido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tiene resuelto: “El pedido de pronto despacho contra la demora en resolver el recurso, es un urgimiento que, junto con el transcurso de los plazos de ley, resulta indispensable para tener por configurada la retardación y habilitación de la acción contencioso administrativa” (Cura, Juan c. Dirección de Vialidad, D.J.B.A. 122-138).

AGUILERA Cesario, FERNANDEZ Héctor Oscar, GIMENEZ Belisario c/ Municipalidad de General Pico -- Sala A -- 25/9/1998 - Expte. Nº 290/98 [IA]

MARENCHINO Hugo Roberto c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 9/6/1999 - Expte. Nº 333/98 [IA]

VALLEJOS, Ruperto c/MUNICIPALIDAD DE REALICO s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 7/6/2007 - Expte. Nº 784/06 [IC]

[] 54.

La Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que: "El pedido de pronto despacho frente a la demora en resolver por parte de la autoridad administrativa, es un urgimiento que, junto con el transcurso de los plazos de ley, resulta indispensable para tener configurada la retardación y habilitación de la acción contencioso administrativa, tanto en caso de demora en pronunciar resolución definitiva, como cuando hay omisión de dictar providencias de trámites" (setiembre 26-989, "Gorchs, Jorge G. c. Municipalidad de La Plata", La Ley, 1991-E, 97) .

TAMBORNINO de HERRERA, Haydee Francisca c/MUNICIPALIDAD DE TELEN s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 2/5/1997 - Expte. Nº 228/97 [IA]

AGOTAMIENTO DE LA VÍA - Su no planteo por parte de la Administración, y la consecuente imposibilidad de que el Juez considere la defensa no invocada.

[] 55.

El agotamiento de la instancia administrativa, que debe cumplirse como requisito previo a la interposición de la demanda contencioso administrativa, tiene por finalidad promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos dando a la Administración la

oportunidad de revisar los criterios y revocar los errores en que se hubiera incurrido, producir una etapa conciliatoria anterior al pleito y permitir una mejor defensa del interés público. Se trata de un privilegio del Estado que de ninguna manera resulta irrenunciable.

La parte que se beneficia con la falta de agotamiento de la vía administrativa debe ser la interesada en esgrimirlo, salvo que considere oportuno entrar al debate de fondo de la acción. De no ser así, sería el juzgador quien, subrogándose en los derechos de las partes, pasaría a defender los intereses controvertidos en el pleito, convirtiendo las normas puestas a su disposición (son los litigantes quienes merituan la oportunidad y conveniencia en el ejercicio de su defensa), en normas de orden público.

Tampoco a través de la prerrogativa del *iura novil curia* se encuentra el juzgador habilitado para introducir defensas no invocadas. De no ser así se excedería del marco límite que la contiene, modificando la pretensión en sí misma y la estrategia de las partes en la litis, cuestiones todas ajenas a la órbita del Poder Judicial. De lo contrario la sentencia resultaría repugnante a los artículos 13 de la Constitución Provincial y 17 y 18 de la Constitución Nacional.

MARTINEZ Ricardo Esteban y ALCARAZ Néstor Roque – Sala A -- 26/10/1998 - Expte. Nº 163/95 [SA]

[] 56.

Si bien es cierto que el agotamiento de la vía administrativa es un recaudo previo condicionante de la instancia judicial, también es cierto que no corresponde, como lo sostiene reiterada jurisprudencia, '... declarar de oficio la improcedencia de la demanda contencioso administrativa por falta de agotamiento de la instancia administrativa previa, si la accionada -como en el caso que nos ocupa- no se opuso ni rechazó la traba de la litis y repele la pretensión por razones de fondo' (CNF Contencioso administrativa, Sala IV, diciembre 14-987 – Dulcamara S.A. c/Entel -, L.L. 1988-B, 461; D.J., 988-2-527)"

CISNEROS, María Beatríz; SHURT, Rubén Evaristo c/Comisión de Fomento de Carro Quemado s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 24/2/1997 - Expte. Nº 152/95 [SA]

MARTINEZ Ricardo Esteban y ALCARAZ Néstor Roque – Sala A -- 26/10/1998 - Expte. Nº 163/95 [SA]

GONZALEZ, Omar Joel y otros c/ENTE PROVINCIAL DEL RIO COLORADO y otros s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 19/5/2005 - Expte. Nº 493/01 [SA]

CADUCIDAD

CADUCIDAD - Generalidades y naturaleza del plazo.

- El art. 23 del Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo dice que "La acción del administrado deberá promoverse dentro del plazo de treinta (30) días, computado desde el día siguiente al de la notificación de la decisión administrativa".

[] 57.

Un acto administrativo puede ser definitivo, es decir, resolver directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, causar estado y ser susceptible de revisión judicial o, por el contrario, encontrarse firme, consentido y ser irrevisable judicialmente. Ello depende de si el interesado lo ha impugnado o no dentro del plazo legal. La firmeza impide al interesado cuestionar el acto ante la justicia, caduca su derecho e imposibilita el progreso de la acción.-

OLIVER BORRAS, Juan c/ Instituto de Seguridad Social (L.P.) s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 26/4/2006 - Expte. Nº 37/04 [SA]

[] 58.

... tiene resuelto este Tribunal que el plazo para acceder a la revisión judicial del acto administrativo es un plazo de caducidad, caracterizado por lo perentorio, automático y fatal de sus efectos (expedientes nº 346/98, 354/99 y nº 412/00, entre otros).-

ROSON, Néstor Raúl c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL -S.E.M.P.R.E.- s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 16/3/2005 - Expte. Nº 688/04 [IA]

[] 59.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que este plazo breve de caducidad para accionar contra el Estado se justifica por la necesidad de otorgar seguridad jurídica y

estabilidad a los actos administrativos, con el fin de evitar la incertidumbre continua en la actividad administrativa y la afectación que de ella se derivaría para el principio constitucional de aquella seguridad, base fundamental de nuestro ordenamiento cuya tutela innegable compete a los jueces (CSJN, 5/4/95 "Gypobras", Fallos 318:441).

En consonancia con ello, este Tribunal ha dicho en reiteradas oportunidades que "...a los efectos de que los actos de la Administración no queden expuestos a la eventualidad de su revocación o anulación por tiempo indefinido y a fin de evitar una incertidumbre continúa en la vida administrativa, el Código Procesal Contencioso Administrativo fija un término perentorio, más allá del cual el interés del particular no puede hacerse valer." (expte. nº 688/04).

CASTRO, Verónica Elisa c/MUNICIPALIDAD DE CATRILÓ s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 4/4/2008 - Expte. Nº 779/06 [SA]

COPAC Sociedad de Responsabilidad Limitada c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 6/6/2008 - Expte. Nº 809/07 [IA]

[] 60.

Comadira ha precisado que "En la jurisprudencia se ha resuelto que el plazo para acceder a la revisión judicial del acto administrativo es un plazo de caducidad, caracterizado por lo perentorio, automático y fatal de sus efectos, desde que acarrea la imposibilidad de impugnar judicialmente el acto por no ejercer la acción en el tiempo establecido, produciendo, en consecuencia, la firmeza o convalidación del mismo, el que se convierte así en un acto válido, inatacable y eficaz." (Julio Rodolo Comadira, "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 478).

CASTRO, Verónica Elisa c/MUNICIPALIDAD DE CATRILÓ s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 4/4/2008 - Expte. Nº 779/06 [SA]

[] 61.

(...) se trata de un plazo procesal, no solo por la naturaleza del plexo normativo de donde surge, sino también por que así lo tiene definido la doctrina, sostiene José Roberto DROMI en su obra "PROCESO ADMINISTRATIVO PROVINCIAL", Ediciones IDEARIUM, 1977, pág. 127, "Estos plazos limitativos del término para ejercer la

acción procesal administrativa son de **caducidad** de la acción, tienen naturaleza **procesal**, se refieren a la interposición de la demanda.”.-

Nuestro Código Procesal Contencioso Administrativo ha dispuesto expresamente que los plazos procesales “se contarán por días hábiles judiciales” (Título IV, De los plazos procesales, Artículo 20).-

LACAVA, Rosa y otros c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 4/3/2003 - Expte. Nº 349/98 [IA] ***[Del voto del vocal ad hoc Javier Horacio Florez, al que adhiere el Ministro Víctor Luis Menéndez; en disidencia, el vocal ad hoc Raúl Horacio Biscay]***

[] 62.

[Refiriéndose al plazo para interponer el recuso de Revisión Judicial, que según el art. 23 de la Ley 952, es de 30 días computados desde el día siguiente al de la notificación de la cesación administrativa… el STJ cita jurisprudencia federal en la que ese requisito se caracteriza ...] por lo “perentorio, automático y fatal de sus efectos, desde que acarrea la imposibilidad de impugnar judicialmente el acto por no ejercer la acción en el tiempo establecido, produciendo, en consecuencia, la firmeza o convalidación del mismo, el que se convierte así en un acto válido, inatacable y eficaz” (García Acevedo, Heriberto R. c. Municipalidad de Buenos Aires, La Ley 1993-B-222; DJ 1993-2-693).

El régimen contencioso administrativo, por su naturaleza y finalidad, es distinto de cualquier otro régimen de prescripción de las acciones, incluso del fijado por el Código Civil, cuya eventual aplicación debe descontarse cuando el legislador ha sancionado un precepto específico de derecho público a regir en situaciones expresas .

El recurrente debió tener muy presente el plazo al interponer la acción y la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema. Jurisprudencia que ha hecho suya este Tribunal al sostener que cuando el recurso de reconsideración no analiza el fondo de la cuestión, no se abre vía alguna y el último acto administrativo válido para comenzar a contar los plazos que hagan viable la acción contencioso administrativa es el decreto, en este caso, de cesantía (Prot. Inter.. 1998: 16/21).

GENOVESIO SALDAÑO, Ricardo c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda contencioso administrativa -- Sala B - 15/5/1998 - Expte. Nº 257/97 [IA]

La referencia del último parrafo alude a "ZALDARRIAGA, Hugo Daniel s/ demanda contencioso administrativa" -- Sala A - 20/2/1998 - Expte. Nº 227/96 [IA]

CADUCIDAD - Cómputo del plazo y ampliación de la demanda.

[] 63.

Cabe destacar, como ya lo ha sostenido reiteradamente este Superior Tribunal (Fallos: 12/02 Sala B; 748/06 Sala A) [que] el Código Procesal Contencioso Administrativo no contiene una previsión específica en la que se regule la temática de la ampliación de la demanda, por lo que cabe preguntarse, si ante la laguna legislativa existente en el ordenamiento procesal provincial respecto al tema en estudio, es plausible, dada la naturaleza y características propias del plazo regulado para el ejercicio de la acción contencioso administrativa, remitirse a lo dispuesto por el Código Procesal Civil de aplicación supletoria por remisión al art. 71 del C.P.C.A.-

El art. 97 inc. 1 d) de la Constitución Provincial y 2º del C.P.C.A. disponen que el objeto del proceso contencioso administrativo es la pretensión de impugnación o anulación de actos o contratos administrativos. En otras palabras se demanda con la finalidad de dejar sin efecto la decisión de una determinada autoridad administrativa.-

Pero esa pretensión procesal debe reunir dos clases de requisitos: en primer término, los de admisibilidad y en un segundo término, los de fundabilidad. Dentro de los primeros se encuentra el regulado en el art. 23 del C.P.C.A. relacionado con el plazo legal de interposición de la demanda que dice: "La acción del administrado deberá promoverse dentro del plazo de treinta días, computados desde el día siguiente al de notificación de la decisión administrativa". Es cuando se sustancia el proceso por denegación expresa.-

Se trata de un típico plazo de caducidad, caracterizado por lo perentorio, automático y fatal de sus efectos, por lo cual, una vez vencido, el acto administrativo que se pretende cuestionar, adquiere firmeza extinguiéndose la acción contencioso administrativa.-

La situación varía en el caso de iniciarse la demanda por haberse configurado el supuesto de silencio administrativo, atento a que no rige el plazo de caducidad del art. 23 del C.P.C.A.-

También la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha entendido en forma invariable que en este tipo de controversia la ampliación de la demanda sólo procede si se la efectúa dentro del plazo de 30 días establecido en el Código de rito (Resolución del 20/2/90 en la causa: "Tidone, Leda D. c/Municipalidad de General Pueyrredon", B-51.142; Resolución 16/2/88 en la causa "Cisplatina S.A. y Fontana Nicastro S.A.C. contra Provincia de Buenos Aires (Dirección de Vialidad) Dem. Cont. Adm.").-

FIGUEROA, Claudio Fabián c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 12/3/2010 - Expte. Nº 914/09 [IA]

[] 64.

Si el plazo -conforme reiterada jurisprudencia- es fatal, perentorio, de orden público y no puede ni interrumpirse ni suspenderse, está demás señalar que la ampliación pretendida no es procedente, atento a que, existiendo una denegatoria expresa como se da en autos, la ampliación de la demanda sólo es procedente si se la efectúa dentro del plazo de 30 días establecido en el art. 23 del C.P.C.A., lo que claramente no ha acontecido.-

LITERINI, JULIO CESAR c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala A -- 7/11/2007 - Expte. Nº 748/06 [IA]

[] 65.

Por su parte también, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha entendido en forma invariable que en este tipo de controversia la ampliación de la demanda sólo es procedente si se la efectúa dentro del plazo de 30 días establecido en el código de rito (Resolución del 20/2/90 en la causa "Tidone, Leda D. c. Municipalidad de Gral Pueyrredon" B-51.142; Resolución 16/2/88 en la causa "Cisplatina S.A. y Fontana Nicastro S.A.C. contra Provincia de Buenos Aires (Dirección de Vialidad) Dem. Cont. Adm".-

LITERINI, JULIO CESAR c/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala A -- 7/11/2007 - Expte. Nº 748/06 [IA]

FIGUEROA, Claudio Fabián c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 12/3/2010 - Expte. Nº 914/09 [IA]

CADUCIDAD - Cómputo del plazo y efecto del recurso de reconsideración.

[] 66.

(El recurso de reconsideración administrativo interpuesto fuera de término) "resulta totalmente inoficioso, no útil para el actor y no utilizable la duración del trámite del recurso para impedir la caducidad del plazo para interponer acción contencioso administrativa".

IEZZI y Cia. S.A. c/ DPV – 24/3/1995 - Expte. Nº 120/94 [IA]

[] 67.

Numerosa doctrina y pacífica jurisprudencia tienen resuelto que, planteado un recurso de reconsideración tardiamente el mismo no reabre vía alguna, por resultar inhábil o inoficioso. Sólo cuando se resuelve sobre el fondo de la cuestión, se habilita la vía judicial.

ZALDARRIAGA, Hugo Daniel s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A - 20/2/1998 - Expte. Nº 227/96 [IA]

[] 68.

La particular situación de que la administración pública haya dado curso y resuelto un recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución que resolvió un recurso jerárquico, no revive el procedimiento y actualiza las fechas a los fines de la temporaneidad de la presentación de la acción contenciosa.

LEDESMA, Hugo Omar c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 19/5/2008 - Expte. Nº 86/07 [IA]

CADUCIDAD - Cómputo del plazo y efecto interruptivo de la demanda contenciosa ulteriormente concluida por perención.

[] 69.

Si bien es cierto que la caducidad de la instancia (...) no extingue la acción, permitiendo su articulación en un nuevo proceso

(conforme art. 297 de C.P.C.C. por remisión del art. 71 del C.P.C.A.), cabe preguntarnos ¿qué ocurre cuando han transcurrido los plazos de caducidad establecidos en la legislación procesal administrativa?.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han expedido al respecto. Juan Carlos Cassagne sostiene que "... cuando al momento de declararse la caducidad en el primer proceso el término de prescripción ya hubiera operado, rige en plenitud la norma contenida en el art. 3987 del Código Civil la que en forma expresa establece que 'la interrupción de la prescripción causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandado desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del Código de Procedimiento..." (Tratado de Derecho Procesal Administrativo T.II, pág. 79/80).-

Por su parte también la jurisprudencia, en análogo sentido, ha dicho que "Si bien es cierto que la caducidad de la instancia no extingue la pretensión contenida en la demanda, permitiendo su articulación en un nuevo proceso (conf. art. 318 del Código Procesal), tal situación sólo es viable en el supuesto que al momento de la caducidad no hubiese llegado a término el plazo prescriptivo." ("Heredia Buzzetti, Julio c/Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de la FFAA y de Seg.", Causa: 15.679/99 CNACAF, Sala I).-

Resulta importante efectuar algunas precisiones sobre aspectos liminares del proceso contencioso administrativo y para ello la causa "Petracca e Hijos S.A. y otros c/Gobierno Nacional-Ente Autárquico Mundial 78", destaca la sustantividad del Derecho administrativo al sostener que -ante la ausencia de normas expresas que indiquen el camino a seguir cuando interrumpido el plazo de promoción de una demanda contencioso administrativa luego se decreta la caducidad de instancia- debe acudirse primeramente a normas y principios del Derecho Administrativo y sólo en caso de que allí no se encuentre en forma expresa, o analógica, la solución del caso, se recurrirá a las normas y principios de otros ramas del Derecho (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en pleno, 24/04/1986, LL 1986-D, 10).-

Nuestra legislación provincial no contempla expresamente la cuestión planteada en autos, pero el Decreto Reglamentario N° 1684/79, reglamentario de la NJF. N° 951, prevé dos situaciones análogas: la enunciada en el art. 5° que dice "La interposición de los recursos administrativos interrumpe el curso de los plazos ..." y la del

art. 10 que establece que "Las actuaciones acerca de las cuales se disponga la caducidad, practicadas con intervención de órgano competente, producirá la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad".-

COPAC Sociedad de Responsabilidad Limitada c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 6/6/2008 - Expte. Nº 809/07 [IA]

[] 70.

Rodolfo Barra dice que "...el plazo del art. 25 L.P.A. debe ser tratado bajo los mismos principios jurídicos que los plazos de prescripción civiles, porque en definitiva, no se trata sino de un plazo de prescripción" y reitera "...El plazo del art. 25 LPA se interrumpe por la iniciación de la demanda judicial. La caducidad de esa instancia no afecta a la interrupción cumplida, por lo que el plazo de prescripción previsto en aquella norma se deberá computar desde el principio a partir de que quede firme la resolución judicial declarando la caducidad de la instancia" (D.J. 1987-II pág. 1).-

COPAC Sociedad de Responsabilidad Limitada c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 6/6/2008 - Expte. Nº 809/07 [IA]

CADUCIDAD - Cómputo del plazo y falta de ejercicio de la defensa por parte de la Administración.

[] 71.

Si la Administración ha guardado silencio, sobre el plazo de caducidad de la acción, que el ordenamiento pone a su disposición para su defensa, que no ejercitó, sólo cabe al juzgador entender que ha renunciado tácitamente a ella (C.S., 26/10/93 - Serra, Fernando Horacio y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires). De no ser así, la sentencia a dictarse resultaría repugnante a los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional y violatoria del principio de congruencia, quebrantando, a través de la interpretación de la voluntad implícita de una de las partes, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria.-

VELASCO Ariel Aldo c. Municipalidad de General Pico -- Sala B -- 16/10/1998 - Expte. Nº 239/97 [SA]

CADUCIDAD - Cómputo del plazo y principio *in dubio pro habilitate instantiae.*

[] 72.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha inclinado por el principio "*in dubio pro habilitate instantiae*" (Fallos 293:362; 296:691; 302:1611; 310:854 entre otros), con el fin de no impedir el acceso a la jurisdicción mediante exigencias rigurosamente formales.-

En el mismo sentido se expresa Carlos A. VALLEFIN, en su obra *Proceso administrativo y habilitación de Instancia*, Ed. La Plata, 1994, p. 91, al sostener que "Efectuada la notificación... ha de estarse a la fecha que se consigne en los instrumentos que dan cuenta de ella. Pero cuando no surge claramente cuándo fue efectuada, debe tenérsela por producida en la fecha en que el actor manifiesta conocer el acto que impugna. 'Acuerdos y Sentencias' 1990-II-407".-

[Si] resulta imposible computar el plazo para la interposición de la acción desde una fecha cierta y determinada, por lo tanto teniendo en cuenta el principio señalado, se debe aceptar aquella en la cual el actor manifiesta haberse notificado, pues las dudas existentes en torno a la fecha del anoticiamiento, derivadas de una notificación deficiente, no pueden perjudicarlo.-

VILLENA, Alexis c/ Municipalidad de Winifreda s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 24/5/2006 - Expte. Nº 8/06 [IA]

CADUCIDAD – Caso en donde la Administración no hace el planteo, con la consecuente imposibilidad de que el Juez considere una defensa no invocada.

[] 73.

No corresponde que la sentencia que dirime el litigio imponga a las partes una cuestión procesal no articulada por ellas. De esta afirmación resulta que "... es evidente que por muy importante que la cosa juzgada administrativa sea, la misma está instituida con mira a tutelar la seguridad, jurídica de la Administración, dándole firmeza a

sus actos, poniéndolos a cubierto de demandas extemporáneas, pero ello no autoriza a exagerar hasta el extremo de impedirle a ¡a administración beneficiaría de ese derecho de renunciarlo si así lo cree oportuno para entrar al debate de fondo de la acción entablada" (Alberto B. Bianchi, "La cosa juzgada administrativa como derecho renunciable", E.D. 128-619).

La falta de invocación de la defensa de caducidad, que el señor Procurador General propone se introduzca en este estadio, implicaría al juzgador subrogarse en la defensa de los intereses del Estado en el pleito, oponiendo excepciones no introducidas por las partes y convirtiendo una norma procesal puesta por el ordenamiento a disposición de las partes (quienes meritúan la conveniencia de ejercitarla o no) en una norma de orden público.-

Tampoco a través de la prerrogativa del *iura novit curia* estaría habilitado el juzgador para introducir una caducidad no articulada pues, de ser así, se excedería el marco límite que la contiene, y si bien el juez puede a través de este precepto modificar el derecho invocado por las partes, o cambiar el encuadre jurídico de la pretensión en pos de aplicar correctamente el ordenamiento legal, no puede modificar la pretensión en sí misma, inmiscuyéndose en la actividad y estrategia propias de las partes, totalmente ajenas a la órbita del Poder Judicial.

(...)

Si la Administración ha guardado silencio, sobre el plazo de caducidad de la acción, que el ordenamiento pone a su disposición para su defensa, que no ejercitó, sólo cabe al juzgador entender que ha renunciado tácitamente a ella (C.S., 26/10/93 -Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires). De no ser así, la sentencia a dictarse resultaría repugnante a los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional y violatoria del principio de congruencia, quebrantando, a través de la interpretación de la voluntad implícita de una de las partes, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte

VELASCO Ariel Aldo c. Municipalidad de General Pico -- Sala B -- 16/10/1998 - Expte. Nº 239/97 [SA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA)

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Generalidades

[] 74.

Es sabido que la competencia contencioso administrativa no se determina por el hecho de que se demande a la provincia o a un ente autárquico o que se discuta el alcance de un acto administrativo o lo resuelto en el marco de un procedimiento de esa índole, sino que además de ello se requiere que la pretensión del acto esté regida por normas de derecho administrativo.

CENTRO EMPLEADOS DE COMERCIO DE SANTA ROSA - LA PAMPA c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 8/6/2006 - Expte. Nº 730/05 [IA]

[] 75.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene resuelto que no todos los derechos vulnerados por actos del poder administrador son susceptibles de producir una acción contencioso administrativa. Para que esto ocurra, es indispensable que se vulnere un derecho de tal naturaleza (Piñeiro Genara y otra c/ Pcia. de Buenos Aires s/ amparo; B. 53.382).

SALVARO, Abel Ignacio c/MUNICIPALIDAD DE SANTA ISABEL s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 6/5/1996 - Expte. Nº 157/95 [IA]

[] 76.

"*(...) Allí donde se aplique Derecho Administrativo, allí donde exista un acto sujeto al Derecho Administrativo, los litigios que surjan de deberán someterse a la decisión del juez administrativo. Pero cuando no se aplique el Derecho Administrativo, cuando, aunque uno de los sujetos de la relación sea un ente público la norma jurídica sea civil, o mercantil o laboral ...; deberá acudirse al orden judicial al que se atribuye el*

conocimiento, de las pretensiones fundadas en el ordenamiento jurídico respectivo" (Conf. Jesús González Pérez, Fernando Garrido Falla, Miguel S. Marienhoff, Tomás Ramón Fernández: *El Contencioso Administrativo y la responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot 1988, pág. 35)."

ARABEL, Ricardo c/ Dirección provincial de vialidad s/ Laboral" –Sala A-- 23/08/1994--Expte. Nº 102/94 [SA]

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios - - Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

COMBUSTIBLES PAMPEANOS S.A. contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 15/12/2000 - Expte. Nº 436/00 [IA]

JORDANES HECTOR Y OTROS c/FUNDACIÓN NUESTROS PIBES Y OTRO s/COBRO DE HABERES -- Sala A -- 7/3/2006 - Expte. Nº 731/05 [IA]

CENTRO EMPLEADOS DE COMERCIO DE SANTA ROSA - LA PAMPA c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 8/6/2006 - Expte. Nº 730/05 [IA]

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

[] 77.

Una acción que protege un derecho público subjetivo es una acción de naturaleza pública, cuyo juzgamiento le corresponde a los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo. A la inversa, una acción que protege un derecho subjetivo privado, es una acción de naturaleza privada, cuyo juzgamiento le corresponde a los tribunales con competencia en derecho privado, o sea a los tribunales comunes u ordinarios con competencia en lo civil y comercial.

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios - - Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

RAUSCH, Juan Alberto c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 20/2/2008 - Expte. Nº 816/07 [IA]

[] 78.

(...) en los casos en los que las normas objetivas que estén en juego pertenezcan, algunas al derecho administrativo y otras al privado, deberán prevalecer las que con mayor grado contribuyan a la solución del caso planteado; teniendo en cuenta lo expuesto en la última parte del párrafo anterior.

(...) lo expuesto ha de ser así por que la razón del ser del fuero contencioso-administrativo finca en la ventaja de someter el

conocimiento de esas causas a tribunales especializados en la materia; y esa especialización está referida al derecho objetivo y no al subjetivo.

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios - - Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

SUAREZ, Alicia Beatriz contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 9/8/2007 - Expte. Nº 805/07 [IA]

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 5/6/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA] (del voto de mayoría del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez; en disidencia, Fernández Mendía)

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

[] 79.

Si el derecho subjetivo que se intenta proteger no surge de norma administrativa o está protegido por ella, aunque la administración pública lo lesione no genera juicio contencioso administrativo; porque la contienda debe versar sobre la aplicabilidad de la norma administrativa (Ley, Decreto, Ordenanza) protectora de ese derecho-

En los casos en que las normas objetivas estén en juego, pertenezcan algunas al derecho administrativo y otras al privado, deberán prevalecer las que con mayor grado contribuyan a la solución del caso planteado.

Lo expuesto ha de ser así porque la razón del ser del fuero administrativo finca en la ventaja de someter el conocimiento de esas causas a tribunales especializados en la materia; y esa especialización está referida al derecho objetivo y no al subjetivo".-

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios - - Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

RAUSCH, Juan Alberto c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 20/2/2008 - Expte. Nº 816/07 [IA]

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 5/6/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

[] 80.

La competencia ordinaria y no la de excepción surge evidente (cuando no estamos en presencia de un derecho de índole administrativa sino sólo frente a una reclamación vinculada al derecho civil) no haciendo variar esta postura el hecho de que el juez de la causa deba necesariamente analizar normas administrativas para llegar a su decisión si la naturaleza de la cuestión planteada está estrechamente vinculada al derecho común. *(El STJ, remitiéndose al dictamen del Procurador).*

Instituto de Seguridad Social de la Provincia de La Pampa c/ Binagghi – 11/10/1995 - [IA]

[] 81.

[*El STJ entiende que las cuestiones de competencia no son impugnables por el recurso de nulidad previsto en el art. 56 inc. a) del Código Procesal Contencioso administrativo, con cita de la Suprema Corte de Justicia de la Povincia de Buenos Aires*]: en la causa B 52.718 “LOSCHINSKI Erika contra MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO sobre amparo -cuestión de competencia Art. 6 C.P.A.-", con fecha 10/12/91 ha resuelto que frente a sus decisiones en temas de competencia no procede el recurso de nulidad por no tratarse de una cuestión de fondo y aún cuando en el caso concreto se había reclamado la nulidad en un proceso contencioso administrativo.

INDART de BRODSKY, Zulema Elsa c/Establecimiento Asistencial 'Dr. Enrique Pedro Julio FERRETI' y/o quien resulte responsable s/demanda laboral -- Sala A -- 1/11/1996 - Expte. Nº 216/96 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Actos de personas públicas no estatales.

[] 82.

El ... art. 97, inc. d), de la Constitución Provincial ... atribuye competencia originaria y exclusiva al Superior Tribunal de Justicia para entender "... en los casos contenciosoadministrativos...", y la Ley de Procedimiento Administrativo -Nº 952-, determina -específicamente

en su art. 2- los supuestos de procedencia de la acción, y en su art. 3, los casos de improcedencia.

En tal sentido, se advierte que el art. 3º, inc. c), del ordenamiento mencionado, impone una falla infranqueable a la acción intentada, ya que imperativamente determina que la acción contencioso administrativa "no procederá" respecto de "actos ... celebrados por personas o entidades ... públicas no estatales .... aún cuando en las relaciones entre tales personas se hayan aplicado normas de derecho administrativo.".-

... resulta de suma importancia recordar, por considerarlo decisivo, lo expresado por el autor del Código contencioso provincial, Miguel S. Marienhoff, en la "Exposición de Motivos" de nuestro ordenamiento procesal, ya que trasunta su voluntad. Allí se descarta, específicamente, para la procedencia de la acción exclusiva y originaria, a los actos celebrados por las personas públicas no estatales.-

Manifiesta el autor citado que "... dichos actos no pueden servir de base para una acción contencioso-administrativa, porque está ausente la Administración Pública, propiamente tal, requisito, 'sine qua non' para la procedencia de esa acción. ... No es posible distorsionar ... la clásica teoría general del derecho administrativo, que debe ser transmitida en toda su pureza a través del tiempo. Ello no implica, en modo alguno, preconizar el estancamiento del derecho: solo trasunta respeto a los criterios rectores. ... la circunstancia de que personas ... públicas 'no' estatales invoquen normas de derecho administrativo no altera lo dicho, por cuanto lo decisivo en esta cuestión no es exclusivamente la naturaleza de la norma invocada, sino también y principalmente la índole de las personas o entidades intervinientes.".-

Congruente con ello, el mismo autor, en la redacción de la Ley 951 de "Procedimiento Administrativo" dispuso que la misma y su decreto reglamentario regirán los trámites administrativos de la Administración centralizada o la descentralizada burocrática o autárquicamente, sin incluir en su ámbito de aplicación a otros órganos dotados de potestades públicas que ejerzan funciones administrativas por delegación legal de dicha facultad. Ello por cuanto su postura respecto de los actos emitidos por personas públicas no estatales, es que no son actos administrativos, pues no está presente la

Administración Pública obrando como tal (conf. exposición de motivos de la Ley 951).-

Aclarando el STJ a continuación que

Si bien el Tribunal tiene conocimiento de los criterios actuales imperantes que, sobre el tema, sostienen tanto la doctrina como la jurisprudencia -los que han sido puestos de manifiesto por la actora-, el ingreso al tratamiento sustancial del tema, y el análisis para determinar si en el caso presente tal postura sería aplicable, se encuentra vedado por cuanto la presentante sólo peticiona la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 3/62, mas no del citado precepto adjetivo -art. 3, inc. c), de la Ley 952-, indispensable para iniciar esta instancia, en razón de lo expuesto precedentemente.-

RANOCCHIA ONGARO, Vanessa c/ Colegio de Abogados de la Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 6/12/2005 - Expte. Nº 45/05 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Carácter de "fuero de excepción".

[] 83.

"... el fuero contencioso-administrativo es un fuero de excepción y (...) en razón de ello la materia comprensiva del mismo debe limitarse restrictivamente ya que la ley reguladora de su alcance y procedimiento establece severas restricciones fundadas en las muy particulares características que lo revisten."

ARABEL, Ricardo c/ Dirección Provincial de Vialidad s/laboral" -- 23/8/1994 -- Expte. Nº 102/94

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios -- Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

COMBUSTIBLES PAMPEANOS S.A. contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 15/12/2000 - Expte. Nº 436/00 [IA]

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 5/6/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA]

[] 84.

Cabe destacar, siguiendo el criterio reiteradamente sostenido por este Tribunal, que "el contencioso administrativo es un fuero de

excepción" y, en virtud de ello, la materia comprensiva del mismo debe limitarse restrictivamente ya que la ley reguladora de su alcance y procedencia establece severas restricciones fundadas en las peculiares características del caso (Conf. Prot. Interlocutorios 1986: 42 y 43).-

COWES OLGA EDITH contra MINISTERIO DE BIENESTAR SOCIAL Y OTRO sobre DESPIDO -- Sala A -- 25/3/2009 - Expte. Nº 910/09 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Carácter de orden público.

[] 85.

Es dable recordar que la competencia en razón de la materia es una cuestión de orden público, razón por la cual nada autoriza al Tribunal a apartarse de las reglas que la facultan.

JORDANES HECTOR Y OTROS c/FUNDACIÓN NUESTROS PIBES Y OTRO s/COBRO DE HABERES -- Sala A -- 7/3/2006 - Expte. Nº 731/05 [IA]

[] 86.

La Suprema Corte de Buenos Aires tiene dicho que la competencia "ratione materia" es de orden público, no pudiendo alterarse ese principio o dejarse sin efecto por la voluntad de los particulares, debiendo velar los jueces por su estricto cumplimiento, aún de oficio (SCBA, B 56652 I 15-8-1995 -D.J.B.A., t. 123, p. 379).-

LASTIRI, María Luisa c/Instituto de Seguridad Social s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 10/9/2001 - Expte. Nº 442/00 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) - No incluye procesos de ejecución de sentencia.

[] 87.

Este Superior Tribunal [sigue] el criterio sostenido por el señor Procurador General, se ha pronunciado en autos "Bco. Río de la Plata S.A. c/ Provincia de La Pampa y/o quien resulte responsable s/

demanda contencioso administrativa", expte. 318/98, letra d.o., reg. Sala A, S.T.J.. Allí se sostuvo que no es esta instancia competente para entender en trámites de ejecución de sentencia, fuera de aquellos supuestos que expresamente consigna la Ley 952 (arts. 58 y siguientes) y que se compadece con la materia cuyo conocimiento asigna la Constitución Provincial, no resultando de aplicación lo normado por el Código Procesal Civil y Comercial, cuyas normas son supletoriamente válidas y aplicables en tanto no se "...desvirtúe o contradiga las decisiones del presente." (art. 71 C.P.C.A.).-

PEREZ, Marta Alicia s/ Beneficio de Litigar sin Gastos -- Sala B -- 17/5/2007 - Expte. Nº 41/05 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Demanda por daños y perjuicios: casos que competen a la jurisdicción contencioso administrativa del Superior Tribunal.

[] 88.

La norma del artículo 3 inciso o) de la Ley 952, interpretada a contrario sensu, determina que en los pleitos en que se reclama la reparación de daños ocasionados por agentes a la Administración Pública, que sucedan por incumplimiento o en relación con una vinculación especial de derecho público, son de jurisdicción contencioso administrativa, resultando de competencia de este Tribunal.

MUNICIPALIDAD DE VICTORICA c/GUZMAN, Máximo Eduardo s/daños y perjuicios -- Sala A -- 12/8/1996 - Expte. Nº 210/96 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Demanda por locaciones del Estado: competencia de la jurisdicción común.

[] 89.

... la competencia en materia contencioso administrativa se determina por la índole del derecho vulnerado y no por la naturaleza del órgano actuante. En el caso, el Poder Judicial, al celebrar ... contrato de locación con los actores -no obstante la finalidad pública

del acto: funcionamiento de dependencias judiciales- no ha hecho uso de sus prerrogativas de poder público, no ha desarrollado actividad administrativa, sino que se ha sometido a las normas de derecho común que rigen los contratos, razón por la cual se encuentra en un plano de igualdad con su cocontratante. Se debe agregar que el objeto de la contratación se encuentra sometido a las reglas del derecho privado, pues el Poder Judicial ha obrado como una mera persona privada y las cuestiones derivadas de ese proceder corresponde que sean de conocimiento de los tribunales encargados de resolver los pleitos entre particulares, es decir, el fuero ordinario.

A mayor abundamiento, uno de los requisitos para la existencia de causa contencioso administrativa es que el supuesto derecho vulnerado se encuentre protegido por una norma administrativa (ley, decreto u ordenanza), y no por el derecho común, como en el presente caso.-

BERTOLA, Raquel y Otros c/ Provincia de La Pampa s/ competencia -- Sala B -- 13/3/2006 - Expte. Nº 44/05 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) - No procede el fuero para la impugnación de ordenanzas municipales

[] 90.

Si las ordenanzas dictadas por los municipios autónomos de la provincia, dentro de la órbita de sus funciones conforme a la Constitución Provincial y a la Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento - Ley nº 1597 - constituyen “leyes” en sentido formal, en tanto expresión política del estado comunal a través de su órgano legislativo - Consejo Deliberante -, no configuran actos administrativos tal como los ha caracterizado y definido el ordenamiento administrativo provincial - N.J.F. nº 951 -, razón por la cual su impugnación resulta ajena a la materia contencioso administrativa (tal como ha sido planteada), máxime teniendo en cuenta la competencia excepcional y restrictiva de este Tribunal.-

PROVINCIA DE LA PAMPA en autos: 'Provincia de La Pampa c/Municipalidad de Victorica s/demanda contencioso administrativa s/solicita medida cautelar -- Sala A -- 23/1/2003 - Expte. Nº 632/02 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Demanda por responsabilidad extracontractual del Estado: casos que competen a la jurisdicción común.

[] 91.

(...) en el supuesto que nos ocupa –en el que como se expusiera se persigue el cobro de indemnización por daños y perjuicios- el derecho que se intenta proteger es un derecho subjetivo privado, de evidente y exclusivo contenido patrimonial, motivo por el cual la acción que intenta la actora es una acción de naturaleza privada cuyo juzgamiento le corresponde al juzgado con competencia civil en el que originariamente se radicó esta causa.

Coincide con esta postura BIELSA (Derecho Administrativo. To. V, pág. 180, parágrafo 1017), cuando se refiere a los actos excluidos de la jurisdicción y competencia contencioso-administrativa, y más específicamente en la p. 182, punto e), cuando expresa: "... Actos relativos a la propiedad privada y a la indemnización. En razón de la naturaleza del acto o de la cuestión contenciosa que el acto genere. el Poder administrador también se encuentra en doble situación. Puede el acto ser de la mayor importancia para la Administración, y sin embargo, ser completamente extraño a la competencia contencioso—administrativa, porque la cuestión en debate no es administrativa sino patrimonial".

Que si el derecho subjetivo que se intenta proteger no surge de norma administrativa o está protegido por ella, aunque la Administración pública lo lesione no genera juicio contencioso–administrativo; porque la contienda debe versar sobre la aplicabilidad de la norma administrativa (ley, decreto u ordenanza) protectora de ese derecho.

Que, no obstante lo expresado en los párrafos que anteceden con relación al contenido del Tratado de Derecho Adrninistrativo de MARIENHOFF (To. IV). ha de tenerse presente que la obra fue editada en el año 1973 y que nuestro Código Procesal Contencioso Administrativo fue aprobado varios años después –el 12 de septiembre de 1979– motivo por el cual la obra doctrinaria anterior no resulta necesariamente idónea para interpretar o aclarar el contenido del código posterior -aunque se trate del mismo autor— ya que éste bien

pudo haber cambiado o ampliado su doctrina, aunque más no sea en matices. (...)

Que no es necesario abundar demasiado en la lectura de los arts. 2° y 3° de la Ley 952, para advertir que allí se contemplan hipótesis en las que procede y en las que no es procedente la acción contencioso-administrativa, a las que el autor del proyecto de código no hizo referencia alguna en su Tratado.

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios - - Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 5/6/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA] (del voto de mayoría del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

[] 92.

(...) si existe aparente contradicción o confusión entre alguna de las hipótesis contempladas en el articulo 2° de la Ley 652, como regla de la competencia con los del artículo 3° como excepción a dicha regla, habrá de estarse a lo dispuesto por estas últimos..

(...) si existe confusión entre lo establecido en el inc. d) del art. 2° de la Ley 952 (a partir del cual la competencia seria contencioso-administrativa) y lo normado por el inciso ñ) del artículo 3°; o del inciso o) del mismo artículo -o de ambos- (a partir de los cuales la competencia sería civil; con la consecuente improcedencia de la contencioso-administrativa), habrá de estarse a lo dispuesto en las normas que excluyen la competencia contencioso-administrativa; entre otras razones por que la competencia civil y comercial es de carácter general y la contencioso-administrativa de especialización.

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios - - Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

SUAREZ, Alicia Beatriz contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 9/8/2007 - Expte. Nº 805/07 [IA]

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 5/6/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA] (del voto de mayoría del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez; en disidencia, Fernández Mendía)

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

[] 93.

Resulta oportuno resaltar que nuestro CPCA no requiere para éste inciso d) que tal responsabilidad deba ser resuelta con la aplicación sustancial del derecho público, sino que, sólo, el Estado haya actuado en el ámbito del derecho público, aspecto éste sobre el que volveré. Antes, conviene detenernos a reflexionar el cambio de criterio efectuado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, in re "Binzugna, Paula A. v. Provincia de Buenos Aires", fallado el 22-09-2004, con la firma de Delazzari, Roncoroni, Soria, Hitters y Genoud, en una situación análoga a la que examinamos. Tal como se desprende de la resolución de la Suprema Corte, la causa se promueve por el fallecimiento de la madre de las actoras, como consecuencia de un accidente de tránsito producido por un móvil policial.-

(...)

Deben considerarse como ejercicio de función administrativa, el mantener las cosas del dominio estatal, en condiciones de inocuidad, evitando deterioros o falta de funcionalidad que ocasionen daños a terceros. Las consecuencias perjudiciales que sean provocadas por la omisión de los órganos administrativos, en cuanto a estas obligaciones, serán competencia de los juzgados en lo contencioso administrativo.-

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 16/5/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA] ***(del voto en disidencia del juez Fernández Mendía; en el caso la mayoría se conforma con votos de los jueces Pelizzari y Vázquez).***

[] 94.

"(...) Si bien el actuar del Estado provincial ... lo fue dentro de la órbita del derecho público (lo que prima-facie haría suponer su encuadre en la regla general contenida en el Art. 2º Inc. d) del Código Procesal Contencioso Administrativo), lo que se reclama son las consecuencias de ese actuar, las que están regidas no por normas del derecho administrativo., sino por preceptos del derecho privado. Ello nos está indicando que el caso escapa a la regla del art. 2º, Inc. d) ya citado, para enmarcar en la excepción prevista por el supuesto

contemplado en el Inc. ñ) del Art. 3º de la Ley 952, toda vez que para dirimir el conflicto se aplicarán sustancialmente normas del derecho privado. Consecuentemente procede declarar la incompetencia de este Tribunal para entender y decidir en las presentes actuaciones y remitir las mismas a su procedencia."

ARABEL, Ricardo c/ Dirección Provincial de Vialidad s/laboral" -- 23/8/1994 -- Expte. Nº 102/94 [SA]

NARANJO, Adelina Clara c/ PROVINCIA DE LA PAMPA sobre daños y perjuicios - - Sala A -- 1/3/1996 - Expte. Nº 175/95 [IA]

COMBUSTIBLES PAMPEANOS S.A. contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 15/12/2000 - Expte. Nº 436/00 [IA]

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 5/6/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA]

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

[] 95.

En relación a ello, considero oportuno manifestar –y agregar- en esta oportunidad, que el criterio aplicado y sostenido hasta la fecha por este Superior Tribunal en la causa "NARANJO, Adelina Clara c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/Daños y Perjuicios" (expte. nº 175/95, reg. Sala A, del S.T.J.) -en el cual se sostuvo que una demanda de daños y perjuicios de exclusivo carácter patrimonial, sin pretensión alguna de nulidad de un acto administrativo, corresponde que sea dirimida por los jueces de primera instancia en lo civil y no por los jueces con competencia en lo contencioso administrativo-, debe mantenerse, pues no advierto que existan motivos justificantes que ameriten un cambio de postura con relación a la cuestión de competencia sobre la que este Cuerpo debe expedirse.

Sostengo que es función jurisdiccional de este Tribunal considerar a la seguridad jurídica como pilar fundamental, teniendo en cuenta que los criterios asumidos por este Cuerpo, son guía indispensable para las partes de un proceso. En tal sentido, los pronunciamientos deben resultar manifiestamente claros, a fin de poder ser seguidos en el futuro y, específicamente, respecto de la cuestión de competencia en análisis, no deben contener dudas sobre la instancia a la que deben acudir cuando el objeto de su pretensión se

encamina, única y exclusivamente, a un reclamo de daños y perjuicios, sin cuestionamiento de acto administrativo alguno, pues tal situación encuentra respuesta concreta en el art. 3, inc. ñ) del Código Procesal Contencioso Administrativo, mediante el cual se excluye la competencia contencioso administrativa, cuando la cuestión debe resolverse aplicando sustancialmente normas del derecho privado.

FERNÁNDEZ, Luis Mario c/ Provincia de La Pampa s/ COMPETENCIA -- Sala B -- 2/9/2008 - Expte. Nº 06/08 [SA] (del voto de la Dra. Vázquez, al que adhiere el Dr. Pelizzari; en disidencia, Dr. Fernández Mendía, todos ellos glosando sus respectivas opiniones incorporadas al caso "Blanco", IA-A837.08-05.06.2008)

[] 96.

Por otra parte, si lo pretendido por quien inicia la acción tiene fundamento en preceptos del derecho privado, la resolución del caso corresponde que también lo sea por las mismas normas, y los jueces competentes para ello son los de primera instancia en lo civil y no los que tienen la exclusividad del fuero contencioso administrativo, porque además, imponer lo contrario, implicaría quitarles a los accionantes posibilidades recursivas más amplias y que el fuero de especialización no contiene.

FERNÁNDEZ, Luis Mario c/ Provincia de La Pampa s/ COMPETENCIA -- Sala B -- 2/9/2008 - Expte. Nº 06/08 [SA] (del voto de la Dra. Vázquez, al que adhiere el Dr. Pelizzari; en disidencia, Dr. Fernández Mendía, todos ellos glosando sus respectivas opiniones incorporadas al caso "Blanco", IA-A837.08-05.06.2008)

[] 97.

Para dirimir la cuestión que nos ocupa, la herramienta de análisis inicial debe ser el propio ordenamiento procesal local, es decir, el Código Contencioso Administrativo provincial (Ley 952) [...] y, subsidiariamente, el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación. También, debe ser la primera herramienta a analizar, porque en esta Provincia se encuentra vigente un código que, para beneficio de la seguridad jurídica, establece en el artículo 2º un listado no taxativo de casos en los que procede la acción contenciosoadministrativa y en el artículo 3º un listado de los casos excluidos de dicha competencia. Ante esta referencia normativa no parece atinado, o al menos debería procederse con extremada cautela, cuando, para sustentar decisiones locales en las que está en juego el derecho administrativo, se recurra a jurisprudencia –inclusive de la

Corte Suprema de Justicia de La Nación- generada en otras jurisdicciones y sobre la base de otras legislaciones, por el evidente riesgo de error que ello llevaría implícito, o a doctrinas no pocas veces contrapuestas o divergentes motivadas también por la diferente legislación o por cuestiones académicas. De no se así podríamos encontrarnos ante situaciones en las que se estuviera de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJN pero en franca violación a la legislación local (obviamente no cuestionada en su constitucionalidad) y lo mismo ocurriría si se siguiera alguna doctrina que no resultara congruente con el derecho positivo local.

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 16/5/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez; en disidencia, el Dr. Fernández Mendía sostuvo la procedencia de la competencia contenciosa del STJ para entender en reclamos de daños y perjuicios entabladas contra el Estado)

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

[] 98.

No coincido con mi colega [se alude a la disidencia del Dr. Fernández Mendía] en cuanto a que algunos de los incisos del artículo 3º de la Ley 952, que establecen casos de improcedencia de la acción contencioso-administrativa, como por ejemplo el inciso ñ) que prescribe que la acción contenciosoadministrativa no procederá respecto "de los juicios que deban resolverse aplicando sustancialmente normas de derecho privado o de trabajo", resultan superabundantes porque si no hubieran estado consignados se llegaría a la misma solución a la que él arriba. Como la imprevisión del legislador no debe presumirse me cuesta admitir que en nuestro código contencioso-administrativo se hayan plasmado normas claras y de esa naturaleza, tendientes a reconocer, implícitamente, la existencia de reglas de atribución de competencia a los demás ordenamientos procesales que se encuentran fuera del Código Procesal Contencioso Administrativo. Cuando el artículo 3º del referido Código de esta Provincia dice: "La acción contenciosoadministrativa no procederá respecto: Inc. ñ)- de los juicios que deban resolverse aplicando substancialmente normas de derecho privado o del trabajo"; partiendo del principio que indica que la primer fuente de interpretación es la

letra de la ley, no puedo sino concluir que si, como en este caso, se está: a)- ante un juicio; b)- que, conforme a la exposición de los hechos que la actora hace en su demanda, deberá resolverse aplicando sustancialmente (y tal vez exclusivamente) normas de derecho privado; la acción contencioso-administrativa no procede. Y no me parece que ese sea un razonamiento absurdo o arbitrario. Por otra parte, no obsta a tal conclusión el hecho de que el artículo 2º, Inc. d) del mismo código ritual prescriba que: "*La acción contenciosoadministrativa procederá.... Inc. d)- para entender en demandas por responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, en tanto éste haya actuado en el ámbito del derecho público*"; porque ello será así siempre que, en el caso, no se concrete el supuesto legislado a posteriori en el art. 3, inc. ñ), que hace improcedente la aludida competencia contencioso-administrativa.

Conforme a lo expresado por Marienhoff, ob. cit., parágrafo Nº 1687, todo lo que expuso en el parágrafo anterior (nº 1686), es obvio corolario del principio en cuyo mérito las acciones participan de la naturaleza del derecho que con ellas se protege. Se trata de un criterio objetivo o material a partir del cual la competencia contencioso administrativa está determinada en la medida en que la naturaleza jurídica de la acción entablada y el derecho objetivo aplicable están sometidos básicamente a las normas de derecho administrativo (...)-

BLANCO, Juan Miguel contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios en autos: 'Blanco, Juan Miguel s/Beneficio de Litigar sin Gastos' -- Sala A -- 16/5/2008 - Expte. Nº 837/08 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

OCHOA RAUL ALBERTO contra PROVINCIA DE LA PAMPA sobre Daños y Perjuicios -- Sala A -- 13/10/2009 - Expte. Nº 922/09 [IA] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere el Dr. Mustapich; en disidencia, Dr. Fernández Mendía)

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) – Nulidad de cláusulas de prórroga de jurisdicción

[] 99.

"(...) la competencia, por ser de orden publico, no es materia que pueda atribuirse por contrato. Si el contrato es de puro derecho privado, aún cuando se haya pactado la jurisdicción administrativa, será de la competencia civil o comercial. Si el contrato es de derecho

administrativo, aungue se haya pactado la jurisdicción de los jueces civiles o comerciales, será de competencia de los tribunales administrativos si ellos existen". (Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág . 192)-

La competencia material es de orden público y por lo tanto las convenciones que efectúen las partes contratantes carecen de validez para desplazarla; vale decir que la competencia es improrrogable.

En tal sentido, se ha expedido la Suprema Corte de Buenos Aires expresando: "Son nulas las cláusulas contractuales que prorroguen la jurisdicción de la competencia originaria y exclusiva que la Suprema Corte tiene atribuida respecto de las cuestiones suscitadas en torno a la ejecución o interpretación de contratos administrativos" (Suprema Corte, La Plata, 20/10/92, causa 054502) .

RECURSOS HUMANOS S.R.L. c/MUNICIPALIDAD DE GENERAL PICO s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 31/3/1997 - Expte. Nº 218/96 [IA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) - Oportunidad para pronunciarse sobre la competencia originaria.

[] 100.

La competencia originaria puede ser declarada en cualquier estado del juicio, ya sea de oficio o a petición de parte, y (...) –más aún- la resolución que admitiera la competencia originaria del Superior Tribunal de Justicia podría también ser revisada de oficio o a pedido de parte, antes de ser dictada la sentencia definitiva.

DIAZ Elsa c. Municipalidad de Telén – 8/9/1995 - Expte. Nº 119/94 [SA]

COMPETENCIA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) - Revisión judicial de las resoluciones tomadas por el Superior Tribunal en ejercicio de sus potestades de superintendencia

[] 101.

Es doctrina reiterada de la Corte Suprema de la Nación que las resoluciones adoptadas por los tribunales provinciales, en el ejercicio de las atribuciones de superintendencia disciplinaria, no es cuestión judiciable, como también que la actuación de tal facultad no comporta la de imponer penas, ni puede revisarse, alegando la garantía constitucional del derecho de defensa (Conf. Fallos 244:361, 247-312, 251-10 y otros).

PERDIGUES, Carlos Guillermo y otros c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa – Sala A - 28/7/2000 - Expte. Nº 424/00 [IA]

PERDIGUES, Carlos Guillermo y otros c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa – Sala B-- 22/11/2000 - Expte. Nº 435/00 [IA]

ROSALES, Manuela en autos: 'ROSALES, Manuela contra Provincia de La Pampa sobre demanda contencioso administrativa' s/Incidente de Recusación -- Sala A -- 10/12/2008 - Expte. Nº 903/08 [IA]

[] 102.

Atento lo expresado en el caso que nos ocupa no existe cuestión contencioso administrativa tal como lo prevé el art. 2º del Código Procesal Contencioso Administrativo y el art. 97 inc. 2º de la Constitución Provincial, ya que el ejercicio natural del poder de superintendencia de raíz constitucional sólo autoriza a interponer el recurso de reconsideración previsto en el art. 24 de la Ley Nº 1675 Orgánica del Poder Judicial.

(...) resolver lo contrario alteraría la organización misma del Poder Judicial permitiendo que mediante la integración circunstancial de un tribunal ad hoc, se autorice a revisar las medidas adoptadas en el ejercicio de facultades que son propias del órgano superior del gobierno y superintendencia del Poder Judicial de la Provincia.-

ROSALES, Manuela en autos: 'ROSALES, Manuela contra Provincia de La Pampa sobre demanda contencioso administrativa' s/Incidente de Recusación -- Sala A -- 10/12/2008 - Expte. Nº 903/08 [IA]

[] 103.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de las atribuciones de Superintendencia y específicamente sobre el ejercicio de la facultad disciplinaria, tiene declarado que "aún cuando las correcciones disciplinarias no importen el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer "penas, no cabe olvidar que las sanciones de esa índole

requieren para su validez la observancia del principio de legalidad, de defensa y de la indispensable intervención de un Tribunal Judicial. Por ello cuando tales funciones jurisdiccionales administrativas son ejercidas por órganos que no integran el Poder Judicial se requiere garantizar una posterior instancia de revisión del mismo carácter judicial, lo cual no es exigible si las facultades de referencia son ejercidas por Tribunales de Justicia (Fallos: 3127:2152 con remisión a Fallos: 21:343; 281:211).

(...)

Como expresara la S.C. de Buenos Aires a través del voto del Dr. Pera Ocampo, in re "Labandat, Juan C. y otros c/ Provincia de Buenos Aires, Poder Judicial" (B. 50.452). "Debe insistirse en que al aplicar las sanciones que motivan la promoción de las presentes actuaciones, la Suprema Corte ha procedido en el ejercicio de facultades que le son propias como órgano superior del gobierno, y superintendencia del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires por lo cual no puede permitirse que, con el indebido desplazamiento de sus jueces naturales, se investiguen las medidas adoptadas sometiéndolas a la posibilidad de un enjuiciamiento improcedente por parte del tribunal integrado circunstancialmente" (C.S., L.L., 137-711).

PERDIGUES, Carlos Guillermo y otros c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa – Sala A - 28/7/2000 - Expte. Nº 424/00 [IA]

PERDIGUES, Carlos Guillermo y otros c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa – Sala B-- 22/11/2000 - Expte. Nº 435/00 [IA]

- La doctrina que surge de lo reseñado ut supra es la que sostiene consistentemente el Superior Tribunal. Sin embargo, distinto criterio se aplicó alguna vez en una causa singular, fallada por juces subrogantes (Dres. Forastieri y Maza):

[] 104.

[...] todo ciudadano tiene derecho a acceso a los tribunales, se admite en estos casos la procedencia de la vía contencioso-administrativa.

Conteste con ese criterio, no puede evitarse entender que cuando el máximo órgano judicial ejerce las facultades disciplinarias o de superintendencia que le asigna la Ley Orgánica del Poder Judicial,

actúa como órgano administrativo y no judicial, desde que ese tipo de materia es la que resuelve y en la que está entonces inmerso, y es garantía del justiciable, agente judicial, tener tantas instancias para el debate de sus derechos, como las que la ley asigna al común de los ciudadanos.

De no ser así se negaría a empleados y magistrados del Poder Judicial la revisión judicial de las decisiones meramente administrativas de su máximo organismo, lo que significaría sin más una desigualdad ante la ley, reñida con la más rancia doctrina constitucional.

RODRIGUEZ Juan Francisco c/ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA s/ demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 20/11/2000 - Expte. Nº 385/99 [SA]

EXCEPCIONES PREVIAS

EXCEPCIONES PREVIAS - Falta de personería.

[] 105.

La norma legal (artículo 38 inciso d) señala a la excepción planteada como de previo y especial pronunciamiento y de carácter dilatorio, brindando el mismo ordenamiento legal la solución en su artículo 42 (C.P.C.A.). La claridad de la normativa legal, es tal que no admite dudas, atento a que la caducidad de la acción promovida se producirá recién en el caso de incumplimiento de la carga procesal de subsanación de las diferencias.-

BANCO RIO DE LA PLATA S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 19/4/1999 - Expte. Nº 318/98 [IA]

EXCEPCIONES PREVIAS - No inclusión de la excepción de defecto legal.

[] 106.

Es de destacar que la norma legal prevista por el codificador en el art. 38 del Código Procesal Contencioso Administrativo prevé de

manera taxativa y limitada una serie de excepciones de cuya enumeración no surge incorporada la de defecto legal. Esta modalidad asumida en la redacción nos impide recurrir a la situación contemplada por el art. 71 que dispone la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial para "... todo lo no previsto y en cuanto no desvirtúe o contradiga las decisiones del presente".-

VICTORIO AMERICO GUALTIERI S.A. VAGSA contra PROVINCIA DE LA PAMPA -- Sala A -- 13/12/2006 - Expte. Nº 461/01 [IA]

EXCEPCIONES PREVIAS - No inclusión de la excepción de falta de legitimación.

[] 107.

(...) el artículo 38 del Código Procesal Contencioso Administrativo dice que: "el demandado podré oponer las siguientes excepciones como de previo y especial pronunciamiento "... d) falta de legitimación procesal o de personería en cualquiera de los litigantes o en quienes los representen", tal como lo hace ver la Procuración General en su dictamen.

No cita la norma del Código Procesal Contencioso Administrativo como excepción la falta de legitimación "ad causam" o falta de legitimación para obrar , que es evidentemente a la que está haciendo referencia el excepcíonante y que sí, en cambio, es una de las excepciones que autoriza al procedimiento civil y comercial.

[Entendiendo que esa enumeración de excepciones es de carácter taxativo, el STJ desestimó la de falta de legitimación interpuesta por la demandada; al respecto, ver la voz "Excepciones previas – Falta de legitimación y falta de personería".*]*

EDIFICADORA SANTA ROSA c/PROVINCIA DE LA PAMPA a/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 23/8/1996 - Expte. Nº 167/95 [IA]

SALTO Roberto Juan c. Provincia de La Pampa -- Sala A -- 20/11/1998 - Expte. Nº 255/97 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES

MEDIDAS CAUTELARES – Criterios para su procedencia.

- El artículo 62 del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley Provincial nº 952) prescribe "Al promoverse la acción contencioso-administrativa podrá solicitarse la suspensión del acto o contrato administrativo objeto de esa acción. Dicha suspensión podrá pedirse como medida precautelar o como objeto sustancial de la acción promovida. La procedencia o improcedencia de la suspensión que se solicitare como medida precautelar, se resolverá con el criterio expuesto en el artículo 55 de la ley sobre procedimiento administrativo".

[] 108.

El art. 55 [C.P.C.A.] establece dos posibilidades para que proceda la suspensión de un acto administrativo:-

1) que su cumplimiento o ejecución causare o pudiere causar graves daños al particular y siempre que de ello no resulte un perjuicio para el interés público. De ello se desprende que los presupuestos que debe acreditar el actor son: el peligro de que se produzcan graves e inminentes daños y que la suspensión del acto no afecte el interés público y;-

2) que el acto en cuestión apareje una ilegalidad manifiesta, lo que debe quedar demostrado suficientemente. Esta puntual circunstancia no se suple con la sola alegación de una nulidad absoluta, con la intención de enervar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, sino que debe tenerse presente que por afectar el principio de ejecutoriedad, la suspensión procede sólo excepcionalmente.-

VILLENA, Alexis c/ Municipalidad de Winifreda s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 24/5/2006 - Expte. Nº 8/06 [IA]

[] 109.

La medida precautelar (artículo 62 del Código Procesal Contencioso Administrativo) debe resolverse o no, conforme el criterio del artículo 55 de la Ley 951/79.

La referida norma alude a dos supuestos: a) Cuando la ejecución o cumplimiento de un acto administrativo causare o pudiere causar graves daños al administrado, la Administración Pública, a pedido de aquél, podrá suspender la ejecución del acto, en tanto de ello no resulte perjuicio para el interés público y b) Cuando el acto aparejare una ilegalidad manifiesta, la Administración Pública, a pedido de parte interesada, deberá suspender su ejecución o cumplimiento.

Respecto al primer supuesto, es necesario acreditar: 1) la gravedad de los daños que sufriera el administrado y 2) que, en el caso de resolverse la suspensión, ello no generará perjuicio para el interés público.

En el segundo supuesto previsto en el artículo 55, la suspensión procederá ante la demostración de ilegalidad manifiesta.

Si bien el actor ha pretendido demostrar los daños ocasionados a su patrimonio, nada ha dicho acerca de la falta de perjuicio para el interés público y, por otro lado, si bien hace referencia a la ilegalidad del acto administrativo, entrar en su análisis sería adelantar opinión sobre el fondo de la cuestión que se debate en el expediente principal.

ARMAGNO, Juan Carlos en autos: 'Armagno, Juan Carlos c/ Instuituto de Seguridad Social s/ demanda contencioso administrativa' s/ incidente medida cautelar -- Sala B -- 3/7/1998 - Expte. Nº 312/98 [IA]

[] 110.

Debe tenerse presente que "... Por afectar el 'principío de ejecutoriedad' del acto administrativo, la ´suspensión' sólo procede excepcionalmente...", y que para dirimir cuándo se producen esos casos de excepción existen dos criterios: el del "daño" y el de la "ilegalidad"; los que no son excluyentes entre sí y tienen vigencia tanto para el ámbito judicial, cuanto en el administrativo. (Conf. MARIENHOFF, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo, To. I, pag. 628). Recuérdase que el autor del Tratado citado fue también autor de los proyectos de: Ley de Procedimiento Administrativo y del Código Procesal Contencioso Administrativo, que a posteriori se

plasmaron en las Leyes 951/79 y 952/79, respectivamente, vigentes en esta Provincia de La Pampa.

En cuanto al criterio basado en el "daño", descartada la postura doctrinaria que exigía que para que operara la suspensión del acto administrativo debía acreditarse la "irreparabilidad" del daño, considérase que "... es suficiente, a los efectos de la suspensión del acto adminístrativo, que el daño que derivaría de la ejecucíón de dicho acto sea manifiestamente mayor que el que derívaría de la suspensión del mismo. La valoración de todo esto es materia circunstancial, que debe determinarse en cada caso partícular...". Pero " ... No todo acto administrativo que cause un perjuicio al administrado recurrente es susceptible de suspensión. Así no deberán suspenderse los actos que afecten el interés públíco en forma inmediata...". (Conf. MARIENHOFF, ob. cit., págs. 629/630 y 632/633).

Y si del criterio de la "ilegalidad" se trata, "... así como el acto adminístratívo portador de una 'ilegalidad manífiesta' corresponde suspenderle, del mismo modo el acto admínistrativo de 'manifiesta o aparente legalidad´ no debe ser suspendido en sus efectos. Especialmente los miembros del Poder Judicial deben proceder con harta cautela o prudencia en esta materia, so pena de incurrir en una víolacíón del principio constítucional de separación de los poderes estatales ...'". (Conf. MARIENHOFF, ob. cit., pág. 631, (326).

COOPERATIVA POPULAR. DE ELECTRICIDAD, OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS DE SANTA ROSA LIMITADA -C.P.E.- c/MUNICIPALIDAD DE SANTA ROSA s/MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 17/6/1997 - Expte. Nº 251/97 [IA]

[] 111.

En situaciones como la presente, la Corte Suprema de Justicia de La Nación a sostenido que "... aceptar [la medida cautelar] generaría, tanto en la órbita de los intereses que pretende la actora como en los de la Provincia ..., las mismas consecuencias que en su caso traería aparejado que se hiciese lugar a la demanda. Tal situación determina que el pedido deba ser rechazado, ya que de conformidad con lo resuelto por este Tribunal en otras oportunidades corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable más no lograr el fin perseguido anticipadamente ..." (CSJN, "COTO Centro Integral de Comercialización S.A. c/ Entre Ríos,

Provincia de s/ Inconstitucionalidad", de fecha 10/10/02). Tal criterio es compartido plenamente por este Tribunal.-

JUAREZ, César José y Otros s/ Incidente de suspensión de Ejecución -- Sala B -- 11/3/2009 - Expte. Nº 78/08 [IA]

[] 112.

Dado que los actos de la administración gozan de la presunción de legitimidad y son ejecutorios, para que proceda la suspensión es necesario acreditar la arbitrariedad del acto administrativo y la falta de afectación del interés público, a fin de hacer caer la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad del acto, circunstancia no acreditada en autos.-

EL SOL S.R.L. c/Provincia de La Pampa y/o Dirección General de Rentas y/o quien resulte responsable s/Medida Precautelar o Medida de No Innovar -- Sala A -- 30/5/2002 - Expte. Nº 608/02 [IA]

[] 113.

En materia de medidas cautelares la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que -como regla- debe procederse con un criterio amplio para evitar posibles frustraciones de los derechos de las partes. Pero respecto de decisiones de la Administración Pública la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional y debe realizarse con criterio estricto, habida cuenta de la presunción de legitimidad y de la fuerza ejecutoria de la que gozan, como principio, dichos actos.-

NUEVAS RUTAS S.A.C.V. c/Provincia de La Pampa s/Incidente Medida Cautelar -- Sala A -- 10/3/2003 - Expte. Nº 629/02 [IA]

CENTRO DE EMPLEADOS DE COMERCIO c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 7/11/2005 - Expte. Nº 736/05 [IA]

MEDANITO S.A. en autos 'MEDANITO S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' sobre INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 5/10/2010 - Expte. Nº 941/10 [IA]

[] 114.

"si bien la mayoría de la jurisprudencia en materia de medidas cautelares, trata con un criterio amplio el tema para evitar posibles frustraciones de los derechos de las partes, en cambio, respecto a las decisiones de la Administración Pública, la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional debido a la presunción de

legitimidad del Acto Administrativo, dado que la prevalencia del interés público debe ser cuidadosamente resguardado". (Fassi – Yañez, 'Código Procesal Civil y Comercial, T° 2, pág. 199, N° 15)

ARMAGNO, Juan Carlos en autos: 'Armagno, Juan Carlos c/ Instuituto de Seguridad Social s/ demanda contencioso administrativa' s/ incidente medida cautelar -- Sala B -- 3/7/1998 - Expte. Nº 312/98 [IA]

EL SOL S.R.L. c/Provincia de La Pampa y/o Dirección General de Rentas y/o quien resulte responsable s/Medida Precautelar o Medida de No Innovar -- Sala A -- 30/5/2002 - Expte. Nº 608/02 [IA]

TOSSONI, Rubén Antonio c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' s/INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 26/4/2004 - Expte. Nº 678/04 [IA]

RODRIGUEZ, Juan Manuel, en autos: 'RODRIGUEZ, Juan Manuel c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' s/Incidente de Medida Cautelar -- Sala A -- 25/4/2008 - Expte. Nº 823/07 [IA]

[] 115.

En igual sentido se ha expresado el autor de nuestro Código al sostener que "especialmente los miembros del Poder Judicial deben proceder con harta cautela o prudencia en esta materia, so pena de incurrir en una violación del principio constitucional de separación de los poderes estatales..." (Conf. Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 628).-

RODRIGUEZ, Juan Manuel, en autos: 'RODRIGUEZ, Juan Manuel c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' s/Incidente de Medida Cautelar -- Sala A -- 25/4/2008 - Expte. Nº 823/07 [IA]

WALLACE Martín en autos: 'WALLACE, MARTÍN c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/Acción declarativa de inconstitucionalidad' s/MEDIDA CAUTELAR -- 19/6/2009 - Expte. Nº 920/09 [II]

[] 116.

La suspensión del acto administrativo sólo sería procedente si éste causara un grave daño a los intereses públicos o tuviere una ilegalidad manifiesta.

(...) Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, las medidas cautelares como la peticionada justifican una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, por alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos 316:1833 y 319:1069 entre otros).

Las [medidas cautelares] sólo resultarían procedentes en caso de que surja en forma prístina la arbitrariedad del acto que se impugna o la violación palmaria de la ley (...).

Al respecto ha dicho la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal que: "Las medidas cautelares fundadas en la inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones que regulan la actividad de los órganos del estado, deben ser concedidas con carácter restrictivo, en tanto importan un anticipo de jurisdicción favorable al particular sobre la base de la manifiesta o palmaria ilegitimidad de las normas atacadas (conf. Esta sala, causas 366/04 del 6.9.05; 16.642/04 del 8.9.05; Sala 3, causa 1585/04 del 7.6.05). La declaración de inconstitucionalidad de una ley o un decreto es un acto de suma gravedad que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (conf. Fallos: 295:850; 311:394 y 312:1437, entre otros; esta sala, causas 4442 del 22.12.92; 619 del 10.2.94; 11470 del 27.2.96; y 3720/92 del 19.3.98; Sala 2, causas 9066 del 17.3.92; y 8872 del 30.4.93; Sala 3, causas 3265 y 3383 del 13.5.85 y 5762 del 7.9.88); Asimismo, que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad (conf. Art. 12 de la ley 19.549 y fallos: 310:2682 y 322:2275) y también las leyes cuando fueron dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la constitución nacional (conf. Fallos: 314:424 y 319:178; sala 3, causa 1585/04 citada). Desde esta perspectiva, el tribunal entiende que no resulta factible tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocado con las constancias de la causa, en la medida suficiente que justifique acceder a la cautelar impetrada, al margen del juicio de valor que oportunamente se adopte respecto de las normas cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue." (Autos: "REGUERA CASCALLARA BASILISA Y OTRO C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ AMPARO" - Cámara: Sala 1.- Magistrados: Dra. María Susana NAJURIETA - Dr. Francisco DE LAS CARRERAS.- Fecha: 29/11/2005 - Nro. Sent.: Causa N° 12.340/04.- Nro. Expte.: 12.340/04.- Tipo de sentencia: INTERLOCUTORIO. Jur. Lex Doctor).

Al respecto también ha dicho el Superior Tribunal de Chubut que: "La procedencia de medidas cautelares en las Acciones Declarativas de Inconstitucionalidad, no es pacíficamente admitida, aún con el carácter restrictivo que en general ostentan para cuando alcanzan decisiones de los poderes públicos. La sola tacha de inconstitucionalidad -se ha dicho- no alcanza en absoluto para cumplimentar el recaudo de verosimilitud del derecho, y, en principio, se ha negado su admisión cuando se ataca la presunción de validez de

que están investidos prima facie los ordenamientos legales. Aun cuando se plantee la inconstitucionalidad de una ley -o como en el caso de un acto municipal de sustancia legislativa- no puede en principio destruirse la legitimidad de que gozan los actos del poder político." ("Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad" -Medida Cautelar de No Innovar- I STU0 RA 000C 000051 18/08/2000 CSJN, Fallos: 250:154, 251:336, 307:1702, LL 1993-B-264, 1993-E-629, STJCH S.I. n° 26-93, 11-94, 58-SCA-97 Fallos 306:2060; 314:711, 318:1077 CSJN, Fallos 318:1077 Reimundin, "La suspensión del acto administrativo como medida de no innovar", JA 1967 - IV, pág. 280 Jur. Lex Doctor).

[CCSR2]RODRÍGUEZ, Walter N.-29.11.2011

[] 117.

[Refiriéndose al art. 55 de la Ley 951 de Procedimiento Administrativo, se explaya que ...] "esa norma alude a dos supuestos: a), que la ejecución o cumplimiento de un acto administrativo causare o pudiere causar graves daños al administrado, en cuyo caso la Administración Pública -a pedido de aquél- podrá suspender la ejecución del mismo, en tanto de ello no resulte perjuicio para el interés público.; b), que el acto aparejase una ilegalidad manifiesta, en cuyo caso la Administración Pública -a pedido de parte interesada- deberá suspender su ejecución o cumplimiento."

"Para que se concrete la primera hipótesis será necesaria la acreditación de: los graves daños que sufriría el administrado como consecuencia de la ejecución o cumplimiento del acto administrativo cuya suspensión se persigue; y que, de resolverse la suspensión ello no generará perjuicio para el interés público.- Respecto de la segunda hipótesis, la suspensión operará frente a la ilegalidad manifiesta.-"

COOPERATIVA OBRERA DE TRANSORTE DE PASAJEROS POR AUTOMOTOR LTDA. (C.O.T.T.P.A.L.) c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ Demanda Contencioso Administrativa s/ Medida Cautelar – 16/5/1994 - Expte. Nº 106/94 [IA]

VIGLIANCO, Daniela Fabiana en autos: 'VIGLIANCO, Daniela Fabiana c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' s/INCIDENTE MEDIDA PRECAUTELAR -- Sala A -- 23/10/2000 - Expte. Nº 432/00 [IA]

NUEVAS RUTAS S.A.C.V. c/Provincia de La Pampa s/Incidente Medida Cautelar -- Sala A -- 10/3/2003 - Expte. Nº 629/02 [IA]

[] 118.

Así la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "... la doctrina auspicia la suspensión del acto administrativo cuando, de su ejecución o cumplimiento los perjuicios que se derivarían serían mayores que los beneficios y, sobre todo, cuando la suspensión del acto no causa lesión al interés público ...", sosteniendo también que "... la facultad de suspender la ejecutoriedad de un acto administrativo debe ejercerse con mucha cautela y sólo en casos excepcionales. Debe existir por lo tanto una razón verdadera que justifique la suspensión, sin afectar el interés público" (Conf. Colección dictámenes T. 88:157).-

SIDERTEK S.A. c/Provincia de La Pampa s/Medida Precautelar -- Sala A -- 7/10/2002 - Expte. Nº 624/02 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Ausencia de identidad con el objeto de la demanda principal.

[] 119.

Es requisito ineludible para la procedencia de la suspensión de un acto administrativo –en el marco procesal determinado por la Ley 952- la ausencia de identidad entre el objeto de la demanda principal y el de la incidencia formulada.-

VILLENA, Alexis c/ Municipalidad de Winifreda s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 24/5/2006 - Expte. Nº 8/06 [IA]

[] 120.

Si se tiene en cuenta que la finalidad de la suspensión de un acto administrativo consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva, la coincidencia con el objeto de la pretensión de fondo impide su procedencia, pues desvirtúa la naturaleza instrumental del instituto cautelar, al convertirla en un medio para llegar, precozmente, a un resultado al que sólo podría accederse con el dictado de una sentencia.-

(...) En situaciones como la presente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "... aceptar [la medida

precautelar] generaría, tanto en la órbita de los intereses que pretende la actora como en los de la Provincia ..., las mismas consecuencias que en su caso traería aparejado que se hiciese lugar a la demanda. Tal situación determina que el pedido deba ser rechazado, ya que de conformidad con lo resuelto por este Tribunal en otras oportunidades corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable mas no lograr el fin perseguido anticipadamente... " (CSJN, "Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ Entre Ríos, Provincia de s/ Inconstitucionalidad", de fecha 10/10/02). Tal criterio es compartido plenamente por este Tribunal.-

PETROBRAS ENERGIA S.A. s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 21/3/2006 - Expte. Nº 51/05 [IA]

VILLENA, Alexis c/ Municipalidad de Winifreda s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 24/5/2006 - Expte. Nº 8/06 [IA]

LEDESMA, Hugo Omar s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 5/3/2008 - Expte. Nº 90/07 [IA]

[] 121.

Al respecto, se advierte que en ambos procesos [administrativo y concencioso] el actor persigue lo mismo: levantar la clausura dispuesta por el municipio. En el presente, como medida cautelar; en el principal, mediante la declaración de nulidad de la resolución que la dispuso. Así, se observa claramente que el fin perseguido en ambas reclamaciones es el mismo.-

VILLENA, Alexis c/ Municipalidad de Winifreda s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 24/5/2006 - Expte. Nº 8/06 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Medidas cautelares: carácter de “accesoriedad” de la medida.

[] 122.

Como presupuesto ineludible, debe existir un acto administrativo impugnado mediante una acción contencioso-administrativa, atento a que en nuestro ordenamiento legal uno de los caracteres de las medidas cautelares es su accesoriedad. No tienen un fin en sí mismas sino que dependen de un proceso principal.-

Por otra parte, el (...) art. 62 del C.P.C.A. sólo alude a la "suspensión del acto impugnado", y remite en cuanto a su procedencia o improcedencia, al art. 55 de la N.J.F. Nº 951 de procedimiento administrativo. Ello presupone que la suspensión y, por ende, la impugnación del acto, ya han sido solicitadas en sede administrativa y su denegatoria habilitó la vía contenciosa.-

(...) No parece sobreabundante reiterar que el art. 62 del Código Procesal Contencioso Administrativo indica como única posibilidad para concretarla "... al promover la acción..." y el art. 187 del Código Procesal Civil y Comercial establece que las medidas cautelares podrán ser solicitadas "... antes o después de deducida la demanda..."; y si bien el art. 71 del C.P.C.A., prevé la aplicación supletoria del C.P.C. y C., también aclara que lo es para todo lo no previsto específicamente en ese Código.-

Si bien en algunos ordenamientos provinciales el instituto procesal que nos ocupa ha sido regulado de diversos modos, como por ejemplo, en los Códigos de Córdoba, Corrientes, Mendoza, entre otros, en donde se lo autoriza incluso antes de la interposición de la demanda, en nuestra provincia sólo es posible hacer el requerimiento suspensivo con la interposición de la misma.-

PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 10/3/2008 - Expte. Nº 840/08 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Limitación legal a la medida de "suspensión del acto impugnado".

[] 123.

Para la dilucidación de las pretensiones y defensas esgrimidas por las partes resulta de aplicación la Ley 952/79 (Código Procesal Contencioso Administrativo). La precitada normativa legal no hace referencia en parte alguna a la "prohibición de innovar", ni a la "medida cautelar innovativa". Sólo alude -en el título XII, artículos 62 y 63- a la "suspensión del acto impugnado".

ARMAGNO, Juan Carlos en autos: 'Armagno, Juan Carlos c/ Instuituto de Seguridad Social s/ demanda contencioso administrativa' s/ incidente medida cautelar -- Sala B -- 3/7/1998 - Expte. Nº 312/98 [IA]

[] 124.

El Código Procesal Contencioso Administrativo no contiene regulación respecto de "la prohibición de innovar" ni refiere a las "medidas cautelares genéricas" –arts. 22 y 224 del C.P.C. y C.-, cuya aplicación reclama el actor. Tal ordenamiento sólo menciona a la "suspensión del acto objeto de la acción" –art. 62-, por lo que analizar la situación de conformidad con lo que se plantea, resultaría legalmente imposible, ni siquiera teniendo en cuenta que el art. 71 del C.P.C.A. expresa que para todo lo no previsto en esa norma, resulta de aplicación el Código Procesal Civil y Comercial, por cuanto ello procede siempre que no se desvirtúen o contradigan las previsiones del proceso contencioso o cuando no tuviere una regulación determinada.-

VILLENA, Alexis c/ Municipalidad de Winifreda s/ Medida Cautelar -- Sala B -- 24/5/2006 - Expte. Nº 8/06 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – No se configura "peligro en la demora" si los perjuicios invocados son fundamentalmente económicos.

[] 125.

Debe tenerse en cuenta además que si los perjuicios invocados son fundamentalmente económicos, no se configura el peligro en la demora pues tales perjuicios pueden encontrar satisfacción en un adecuado resarcimiento.

MEDANITO S.A. en autos 'MEDANITO S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' sobre INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 5/10/2010 - Expte. Nº 941/10 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Ponderación del resguardo del "interés público".

[] 126.

Se ha sostenido que para el otorgamiento de la medida cautelar, resulta necesario resguardar el interés público comprometido en el acto administrativo sobre el que recae la medida.-

Ahora bien, la expresión "interés público" es irremediablemente vaga y también lo es cualquier explicación que no apunte a un caso concreto. La jurisprudencia no suministra un criterio general orientador, por lo que el tema puede ser presentado sólo a través de la casuística, aunque existen áreas específicas –por ejemplo, salud pública o la recaudación impositiva– en que los criterios aparecen más definidos (Fallos 312:1010, 313:1420).-

En la búsqueda de alguna pauta, y luego del análisis de distintos pronunciamientos, Carlos A. Vallefín advierte que ciertos principios que gobiernan la doctrina de la gravedad institucional –desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ámbito del recurso extraordinario federal– son aplicados por los tribunales cuando deciden en materia de medidas cautelares. Así, aquélla y éstos utilizan la misma expresión: **la cuestión excede el mero interés individual de las partes y afecta de modo directo al de la comunidad** enunciado que, si bien puede decirse que es igualmente vago, puede constituir una guía en la materia examinada, máxime si se considera el desarrollo jurisprudencial y doctrinario con que cuenta la teoría de la gravedad institucional (Vallefín, Carlos A. Protección cautelar frente al Estado, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, pág. 110, 111).-

MEDANITO S.A. en autos 'MEDANITO S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' sobre INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 5/10/2010 - Expte. Nº 941/10 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Para su procedencia no siempre es necesario que el daño sea "irreparable"

[] 127.

Para que proceda la suspensión de un acto administrativo "... no siempre es necesario que el daño sea 'irreparable' ... La valoración ... es materia circunstancial, que debe determinarse en cada caso particular. ... para valorar esta dimensión de los daños no sólo deben considerarse principios de derecho estricto, sino también los principios de equidad que rodeen al caso concreto....". (conf.: Miguel S. MARIEHNOFF, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, Quinta Edición, Ed. Abeledo Perrot, pág. 682).-

LOPEZ, María de los Angeles s/ Incidente de Suspensión del Acto Administrativo –Sala B—18/10/2012- Inc. n.º 21/10 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Diferencias entre la suspensión dadas por criterios de "daño" o "ilegalidad".

[] 128.

[...] para resolver cuándo se dan los casos de excepción, según Miguel S. MARIENHOFF, en Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, ed. Abeledo Perrot, 2000, pág. 679/685, existen dos criterios: el del "daño" y el de la "ilegalidad", que a su vez no son excluyentes entre sí.-

Para que una suspensión sea posible, basada en el criterio del "daño" "... es suficiente ... que el daño que derivaría de la ejecución de dicho acto sea manifiestamente mayor que el que derivaría de la suspensión del mismo. La valoración de todo esto es materia circunstancial, que debe determinarse en cada caso particular..." siempre que "... de tal suspensión no resulte lesión para el interés público.".-

En lo que respecta al criterio de la "ilegalidad", la misma debe ser "'manifiesta', que surja del propio acto. Comprobada tal ilegalidad, corresponderá hacer lugar a la suspensión del acto, pues dicha ilegalidad quiebra la ejecutoriedad del acto, que es una consecuencia de la presunción de legitimidad que asiste a todo acto administrativo.".-

JUAREZ, César José y Otros s/ Incidente de suspensión de Ejecución -- Sala B -- 11/3/2009 - Expte. Nº 78/08 [IA]

[] 129.

La suspensión del acto por ilegalidad manifiesta no tiene límite alguno, es absoluta; demostrada la ilegalidad, procede la suspensión. Ello así, por cuanto en un Estado de Derecho es inconcebible que la Administración Pública actúe al margen de la legalidad pues, como función estatal, su actividad es siempre sub-legal.-

Distinta situación se plantea cuando la suspensión se solicita en base a los posibles perjuicios que pueda causar la ejecución del acto. Este tipo de suspensión es tan sólo facultativo para la Administración, contrariamente a lo que sucede en el supuesto de

ilegalidad manifiesta, en el que, como ya se indicó, la suspensión del acto es un deber jurídico de la Administración.-

Por ello, no todo acto administrativo que cause un perjuicio al administrado recurrente es susceptible de suspensión. Así, no deberán suspenderse los actos que afecten el interés público en forma inmediata: por ejemplo, demolición de edificios que amenacen ruina, sacrificio de animales afectados de enfermedades contagiosas, etc. (cfme. Marienhoff, op. cit. págs. 629 y sgtes).-

MEDANITO S.A. en autos 'MEDANITO S.A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' sobre INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 5/10/2010 - Expte. Nº 941/10 [IA]

[] 130.

Doctrinariamente, Miguel S. Marienhoff, en su obra: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 628, dice: "... por afectar el principio de ejecutoriedad del acto administrativo la suspensión sólo procede excepcionalmente ..." y que, para dirimir cuándo se producen esos casos de excepción existen dos criterios: el del "daño" y el de la "ilegalidad", los que no son excluyentes entre sí y tiene vigencia tanto en el ámbito judicial, como en el administrativo.-

En cuanto hace al criterio basado en el daño considérase que "... es suficiente, a los efectos de la suspensión del acto administrativo, que el daño que derivaría de la ejecución de dicho acto sea manifiestamente mayor que el que derivaría de la suspensión del mismo. La valoración de todo esto es materia circunstancial, que debe determinarse en cada caso particular ...".-

Pero "... no todo acto administrativo que cause perjuicio al administrado recurrente es susceptible de suspensión. Así no deberán suspenderse los actos que afecten el interés público en forma inmediata ..." (Conf. Marienhoff, ob. citada, págs. 629/630 y 632/633).-

En relación al criterio de la "ilegalidad": "... así como el acto administrativo portador de una ilegalidad manifiesta corresponde suspender, del mismo modo el acto administrativo de manifiesta o aparente legalidad no debe ser suspendido en sus efectos. Especialmente los miembros del Poder Judicial deben proceder con bastante cautela o prudencia en esta materia so pena de incurrir en

una violación del principio constitucional de separación de los poderes estatales ...” (Conf. ob. citada, pág. 631/636).-

COOPERATIVA OBRERA DE TRANSORTE DE PASAJEROS POR AUTOMOTOR LTDA. (C.O.T.T.P.A.L.) c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ Demanda Contencioso Administrativa s/ Medida Cautelar – 16/5/1994 - Expte. Nº 106/94 [IA]

VIGLIANCO, Daniela Fabiana en autos: 'VIGLIANCO, Daniela Fabiana c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' s/INCIDENTE MEDIDA PRECAUTELAR -- Sala A -- 23/10/2000 - Expte. Nº 432/00 [IA]

SIDERTEK S.A. c/Provincia de La Pampa s/Medida Precautelar -- Sala A -- 7/10/2002 - Expte. Nº 624/02 [IA]

IMPRESORA INTERNACIONAL DE VALORES S.A.I.C. c/Instituto de Seguridad Social de La Pampa s/Incidente de Medida Cautelar -- Sala A -- 3/6/2003 - Expte. Nº 644/03 [IA]

MENENDEZ, Ana María, en autos 'MENENDEZ, Ana María c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/ Demanda contencioso administrativa' s/ Incidente -- Sala A -- 7/1/2004 - Expte. Nº 662/03 [IA]

[] 131.

El artículo 55 [de la ley 952] en su última parte dice: “*... si el acto aparejase un ilegalidad manifiesta, la Administración Pública, a pedido de parte interesada, deberá suspender su ejecución o cumplimiento*”. Compartiendo los conceptos del autor de nuestro Código, entendemos que “*... así como el acto administrativo portador de una ‘ilegalidad manifiesta’ corresponde suspenderle, del mismo modo el acto administrativo de ‘manifiesta o aparente legalidad’ no debe ser suspendido en sus efectos. Especialmente los miembros del Poder Judicial deben proceder con harta cautela o prudencia en esta materia, so pena de incurrir en una violación del principio de constitucionalidad de separación de los poderes estatales ...*” (Conf. Marienhoff, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 631).-

Como criterio general la doctrina auspicia “*... la suspensión del acto administrativo cuando de su ejecución o cumplimiento, los perjuicios que se derivan son mayores que los beneficios y, sobre todo, cuando la suspensión del acto no cause lesión al interés público ...* “ (Conf. Escola, Héctor J., “Tratado General de Procedimiento Administrativo”, Buenos Aires 1973, pág. 285/6; Gordillo, Agustín, “Procedimiento y Recursos Administrativos”, pág. 104 y ss.; Miguel S. Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 629/630 y 632/633) Edición Abeledo Perrot, 1965). También se ha dicho que “*la facultad de suspender la ejecutoriedad de un acto administrativo ... debe ejercerse con*

mucha cautela y sólo en casos excepcionales" (Conf. Marienhoff, obra citada, pág. 628).-

TOSSONI, Rubén Antonio c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa' s/INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 26/4/2004 - Expte. Nº 678/04 [IA]

[] 132.

Mientras no se destruya eficientemente la presunción de legitimidad de la que por imperio de la ley gozan [los actos administrativos] no existe la necesaria verosimilitud que torne viable la cautela solicitada.-

IMPRESORA INTERNACIONAL DE VALORES S.A.I.C. c/Instituto de Seguridad Social de La Pampa s/Incidente de Medida Cautelar -- Sala A -- 3/6/2003 - Expte. Nº 644/03 [IA]

MENENDEZ, Ana María, en autos 'MENENDEZ, Ana María c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/ Demanda contencioso administrativa' s/ Incidente -- Sala A -- 7/1/2004 - Expte. Nº 662/03 [IA]

[] 133.

Aunque la fundabilidad de la pretensión cautelar no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, el peticionante debe demostrar la verosimilitud del derecho del que intenta valerse y los graves daños o peligro en la demora que los actos administrativos le ocasionarían, circunstancia no demostrada fehacientemente por el incidentista.-

CENTRO DE EMPLEADOS DE COMERCIO c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/MEDIDA CAUTELAR -- Sala A -- 7/11/2005 - Expte. Nº 736/05 [IA]

PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. EN AUTOS 'PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. c/PCIA. DE LA PAMPA S/DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA' (Expte. 782/06) s/INCIDENTE DE MEDIDA PRECAUTELAR -- Sala A -- 9/4/2007 - Expte. Nº 783/06 [IC]

[] 134.

Para la procedencia de la suspensión de un acto administrativo se debe verificar suficientemente la verosimilitud de la ilegitimidad que se alega, como así también que el perjuicio que deriva de la continuidad de la ejecución del acto es mayor que el que devendría de su suspensión.

BAJO, Rodrigo Martín y otros c/ Provincia de La Pampa s/ MEDIDA CAUTELAR -- Sala B -- 7/9/2006 - Expte. Nº 27/06 [IA]

[] 135.

Cuando se pretende la suspensión de un acto administrativo corresponde al interesado el cumplimiento de una carga específica, cual es, no sólo demostrar que la ejecutoriedad del acto le ocasionaría un perjuicio o daño irreparrable, sino explicar con claridad en qué consiste la verosimilitud de su derecho.-

MENENDEZ, Ana María, en autos 'MENENDEZ, Ana María c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/ Demanda contencioso administrativa' s/ Incidente -- Sala A -- 7/1/2004 - Expte. Nº 662/03 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Requisito del planteo de la suspensión de los efectos del acto juntamente con la impugnación en sede administrativa (el sentido de la remisión al art. 55 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

[] 136.

.. el art. 62 [C.P.C.A.] en parte alguna menciona la medida cautelar de "no innovar", sino que sólo alude a la "suspensión del acto impugnado", y remite, en cuanto a su procedencia o improcedencia, al art. 55 de la N.J.F, n° 951 de procedimiento administrativo. Ello presupone que la suspensión y, por ende, la impugnación del acto, ya han sido solicitadas en sede administrativa y su denegatoria habilitó la vía contenciosa.-

PETROBRAS ENERGÍA S.A. s/ MEDIDA CAUTELAR -- Sala B -- 27/5/2005 - Expte. Nº 15/05 [IA]

MEDIDAS CAUTELARES – Tempestividad de la medida (su deducción simultánea con la acción contenciosa).

[] 137.

Como presupuesto ineludible, debe existir un acto administrativo impugnado mediante una acción contencioso-administrativa y que, tempestivamente con la misma, puede solicitarse la "suspensión del acto administrativo" cuestionado.

El art . 62 [C.P.C.A.] indica como única oportunidad para concretarla "*... al promoverse la acción ...*". En este caso, la norma difiere del criterio del art. 187 del C.P.C. y C., que establece que las medidas cautelares podrán ser solicitadas "*... antes o después de deducida la demanda ...*", y si bien el art. 71 del C.P.C. A., prevé la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial, se refiere a todo lo no previsto específicamente en aquel ordenamiento adjetívo .

PETROBRAS ENERGÍA S.A. s/ MEDIDA CAUTELAR -- Sala B -- 27/5/2005 - Expte. Nº 15/05 [IA]

RECURSO DE NULIDAD

RECURSO DE NULIDAD – Fallo que resuelve en forma contradictoria (causal del art. 56 Cod. Procesal CAdm) – Extremos a probar

[] 138.

La crítica concreta y razonada del fallo debe consistir en la indicación detallada de las contradicciones o “cuestiones antitéticas” en los considerandos, en el resuelvo, o entre considerandos y resuelvo. Cualquier otra cuestión que no tenga que ver con la demostración de las contradicciones entre las diferentes partes de una sentencia, las que deben ser indicadas en forma clara y precisa, no tienen ninguna relación con el recurso invocado.

FELIX Jorge Luis c/ Pcia. de La Pampa – 22/8/1995 [IA]

[] 139.

“El artículo 56 del Código Proceso Contencioso Administrativo prescribe que el recurso de nulidad procederá: a) cuando el fallo resuelva cosas o cuestiones que son antitéticas, disponga en la parte resolutiva lo contrario a lo que expresa en los considerandos y estos incurriera en contradicciones.-

El diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición, dispone que lo antitético es aquello que denota o implica antítesis, oposición o contradicción de dos juicios o afirmaciones.-

BOLDT S.A. C/ INSTITUTO de SEGURIDAD SOCIAL de la Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 15/12/1997 - Expte. Nº 207/96 [IA]

RECURSO DE NULIDAD – Finalidad y limitaciones

[] 140.

El artículo 56, inciso a), del Código Procesal Contencioso Administrativo, dice: "El recurso de nulidad ... procederá: a) Cuando el fallo resuelva cosas o cuestiones que son antitéticas, disponga en la parte resolutiva lo contrario de lo que expresa en los considerandos o en éstos incurra en contradicciones".

[...] La normativa legal precitada exige que las contradicciones o las cuestiones antitéticas deben resultar del propio fallo, en otras palabras, que los juicios o afirmaciones de la parte resolutiva sean contrarios a lo que se expresa en los considerandos. [En el caso, el STJ hace hincapié luego en que "las contradicciones no deben surgir de la invocación de pruebas o piezas procesales ajenas al texto de la sentencia"]

GARCIA, José Emiliano c/Instituto de Seguridad Social de la Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 14/11/2000 - Expte. Nº 309/98 [IA]

[] 141.

Pretender una vez conocido el fallo, ampararse en un recurso de nulidad sin encuadrarlo correctamente en los motivos previstos en el inciso a) del artículo 56 del Código Procesal Contencioso Administrativo, limitándose a exponer su discrepancia con la decisión del sentenciante, reiterando manifestaciones interpuestas en la demanda, resulta a todas luces improcedente ...

AVENDAÑO, Ramón Oracio contra PROVINCIA DE LA PAMPA y/o ENTE PROVINCIAL DEL RIO COLORADO sobre demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 24/2/2003 - Expte. Nº 453/01 [IA]

RECURSO DE REVISION

RECURSO DE REVISION – Finalidad y limitaciones

- El art. 55 del Código Procesal Contencioso Administrativo (NJF 952) dice que "El recurso de revisión procederá: a) Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración; b) cuando, después de dictada la sentencia, se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no pudieron ser presentados como prueba por razones de fuerza mayor o por obra de tercero; c) cuando la sentencia hubiere sido dictada basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere producido después de emanado el acto; d) cuando la sentencia hubiere sido dictada mediante cohecho, prevaricato, violencia, maquinación o grave irregularidad comprobada". En su segundo párrafo, agrega: "El recurso deberá ser interpuesto dentro de los diez (10) días de notificada la sentencia, cuando se trate del supuesto contemplado por el inciso a); en los demás casos, podrá promoverse la revisión dentro de los treinta (30) días de recobrarse o hallarse los documentos o de haber cesado la fuerza mayor u obra de tercero, o de comprobarse en legal forma los hechos indicados en los incisos c) y d)."

[] 142.

El recurso de revisión, como remedio procesal previsto en el artículo 55 del Código Procesal Contencioso Administrativo, tiene por finalidad la revocación de una sentencia por parte del mismo Tribunal que la dictó. Sin embargo, muy graves deben ser las circunstancias a acreditar para que tal revocación se produzca ya que, de los incisos del texto que lo prevé, se infiere que supone habitualmente el engaño al que han sido sometidos y el error al que fueran inducidos los miembros del Tribunal.

TIBERIO Mónica Beatriz c/INSTITÜTO previsional PROVINCIA DE LA PAMPA -- Sala B -- 30/9/1996 - Expte. Nº 142/95 [IA]

[] 143.

El recurso de revisión, por su carácter excepcional, es de aplicación restrictiva y de formalidad rigurosa, debiendo

circunscribirse a los casos taxativamente señalados en la ley. No es lícito ampliarlo, ni en su número ni significado, por consideraciones de contenido predominantemente subjetivas.

TIBERIO Mónica Beatriz c/INSTITÜTO previsional PROVINCIA DE LA PAMPA -- Sala B -- 30/9/1996 - Expte. Nº 142/95 [IA]

AROSTEGUICHAR Sergio Florentino c. DPV -- Sala B -- 12/10/2000 - Expte. Nº 317/98 [IA]

[] 144.

Debe advertirse que el recurso de revisión es el remedio procesal que permite al tribunal que dictó la sentencia, retractarse al revelarse la comisión de un error a través de los fundamentos vertidos por quien se siente agraviado por el fallo. Sin embargo, muy graves deben ser las circunstancias a acreditar para que se produzca la revocación.

Del carácter de excepcionalidad que se infiere en el recurso de revisión, es que el codificador estableció taxativamente las causales y en el escrito de la agraviada, ninguna de ellas se ha mencionado, por lo que la indicación genérica del remedio intentado sólo refleja una mera discrepancia con la sentencia que ataca.

La Corte Suprema tiene resuelto que: improcedente el recurso si los argumentos recursivos sólo constituyen una nueva reedición de las objeciones formuladas en las instancias anteriores o, en el mejor de los casos, simples discrepancias con el criterio del sentenciante, pero distan de contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos que informan la sentencia" (abril 21-1992, Cazarre, Juan F. c. Golf Club Argentino) .

MARDUEL, José Antonio c/INSTITUTO de SEGURIDAD SOCIAL de la PROVINCIA de LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- Sala A -- 16/12/1996 - Expte. Nº 205/95 [IA]

[] 145.

El recurso de revisión se interpone "... contra las sentencias dictadas en contradicción con otra dictada sobre la misma cuestión;..." (conf.: FIORINI, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", T.II, Ed. AbeledoPerrot, 1997, pág. 713). Asimismo, "Es también susceptible de recurso de revisión el supuesto en que se hubieran dictado dos o más sentencias contradictorias en causas seguidas por las mismas partes y

con idénticos fines, aunque sobre actos y hechos administrativos distintos. ...” (conf.: DIEZ, Manuel María, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Plus Ultra, 1996, pág. 184).

PLATNER Claudio Roberto c/ Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B -- 19/5/2008 - Expte. Nº 31/05 [IA]

RECURSO DE REVISION – Requisitos y fundamentación.

[] 146.

Como sostiene Manuel María Diez, para que sea posible interponer recurso de revisión, basándose en la existencia de documentos decisivos, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos: 1) Que se trate de un documento decisivo, documento que haya sido sido hallado después de dictada la sentencia, ya que, si se hubiera encontrado antes de dictarse la misma podría haberse agregado a la documentación que figuraba en autos.- 2) Que esos documentos hayan sido recobrados o descubiertos por el recurrente. Recobrados en el sentido de haber encontrado los documentos que antes poseía y que se le extraviaron. O readquiridos si le habían sido sustraídos o habían pasado a manos de terceros que los tuvieran en su poder. Descubiertos, quiere decir que el recurrente ignoraba su anterior existencia.- 3) Que la imposibilidad de su oportuna presentación se deba a fuerza mayor o por obra de aquel en cuyo favor se dictó el acto. Se trataría de documentos retenidos por fuerza mayor si la Administración, sabiendo el lugar donde se encontraban, dejó de remitirlos al Tribunal para que se apreciara su alcance. No ocurriría lo mismo si los documentos se extraviaran, porque en este caso no existiría fuerza mayor ni tampoco se podría probar que el documento ocultado lo fue por obra de la parte contraria (el subrayado nos pertenece) (pág. 184, 185, Derecho Procesal Administrativo) .

De lo reseñado precedentemente resulta que el recurso de revisión tiende a reparar un error derivado de la falta de agregación oportuna de un documento decisivo que tenga relación directa con la causa e importancia esencial para la decisión y que no fue agregado por ignorancia del interesado, fuerza mayor u obra de la parte vencedora en el juicio.

ZALDARRIAGA, Hugo Daniel s/ demanda contencioso administrativa -- Sala A - 28/4/1998 - Expte. Nº 227/96 [IA]

[] 147.

El recurso en cuestión es, por su excepcionalidad, de aplicación restrictiva y formalidad rigurosa, debiendo circunscribirse a los casos taxativamente señalados en la ley. Es por ello que corresponde al recurrente expresar, en forma clara y precisa, en cuál de las causales de procedencia, contenidas en los incisos a), b), c) o d) del texto normativo, radica su agravio.-

GRANADA, María Teresita c/Instituto de Seguridad Social de la Provincia s/ demanda contencioso administrativa -- Sala B -- 26/2/2001 - Expte. Nº 379/99 [IA]

RECURSO DE REVISION – Supuestos no habilitados: revisión de la denegatoria de cautelar suspensiva, fundada en la existencia de un juicio de apremio derivado de la ejecutoriedad del acto administrativo controvertido judicialmente.

[] 148.

El ... inicio de un juicio de apremio, era una posibilidad cierta con la que contaba la recurrente frente a la ejecutoriedad de la sentencia del Tribunal de Cuentas, por lo que no cumple con el requisito de documento habido después de dictado el rechazo de la suspensión peticionada o cuya existencia se ignoraba, tampoco cumple con la rechazo de la exigencia legal de demostrar que la imposibilidad de fundar su precautelar en la circunstancia de un oportuno juicio ejecutivo, se debió a fuerza mayor o por obra de un tercero.

PARADA, Zoraida s/ Suspensión de Acto Administrativo -- Sala B -- 3/11/2009 - Expte. Nº i25/09 [IA]

RECURSOS NO CONTEMPLADOS

RECURSOS NO CONTEMPLADOS – Recurso de revocatoria

[] 149.

el agraviado equivoca el camino al interponer recurso de revocatoria contra la resolución de fs. 89/89vto., atento a que la normativa legal del Código Procesal Contencioso Administrativo, no

prevé el precitado recurso, y que, en ningún régimen procesal la cuestión planteada encuentra remedio por esa vía. Otra podría haber sido la solución si el agravio planteado se hubiera canalizado por el andamiaje procesal correspondiente. Que este Superior Tribunal de Justicia excedería su competencia y facultades si se pronunciara de modo distinto a como lo hace en esta oportunidad.

TECNO ACCION S.A. en 'Tecno Acción S.A. c/ Instituto de Seguridad Social de la provincia de la Pampa s/ demanda contencioso administrativa' s/ Incidente de medida cautelar -- Sala A -- 12/3/1998 - Expte. Nº 214/96 [IA]

[] 150.

Con el recurso de reposición "in extremis" se persigue cancelar (total o parcialmente) la eficacia de una resolución de mérito (sentencia o auto interlocutorio) removiendo una injusticia grave, palmaria y un agravio trascendente derivado de la comisión de un tipo especial de errores judiciales.-

Independientemente de que el instituto en análisis cuenta con el aval de la doctrina y la fuerza persuasiva de algunos antecedentes judiciales, no es materia codificada en nuestra provincia, además de ser un recurso de procedencia excepcional y subsidiario, cuya interposición exitosa presupone que se lo ha hecho valer respecto de una decisión que no ha adquirido firmeza.-

El propio Jorge W. Peyrano, citado por el recurrente, destaca "Si hubiera adquirido firmeza una resolución dada, no nos seduce la posibilidad de hacer valer en su contra una reposición 'in extremis' que vendría a dar por tierra con corolarios caros al insoslayable principio de preclusión procesal" (*Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición "in extremis"*, L.L. T. 1997, pág. 1164).-

SIDERTEK S.A. s/ Beneficio de litigar s/ gastos -- Sala A -- 20/9/2007 - Expte. Nº 625/02 [IA]

RECURSOS NO CONTEMPLADOS – Apelación y planteo de doble instancia

[] 151.

en el punto X del escrito de inicio, plantean la inconstitucionalidad del art. 53 de la Ley nº 952, que prevé únicamente

como recursos contra la sentencia definitiva el de aclaratoria, revisión y nulidad y no el de apelación con la valoración de otro tribunal a efectos de la doble instancia, pretendiendo que se les garantice a los actores, mediante la designación de un Tribunal "ad –hoc", la instancia plural provincial, pues consideran que ello no se suple con el recurso extraordinario federal.-

El planteo señalado fue someramente introducido, los actores no constatan ni demuestran cuál es el menoscabo constitucional de la disposición normativa inferior bajo examen -en el caso, los recursos previstos en el Código Contencioso Administrativo- con el precepto constitucional considerado vulnerado y cual es el sentido y alcance de tal norma en el caso concreto, pues no basta la simple enunciación de que una disposición procesal no les garantiza la doble instancia, sino se la refuta suficientemente y se la confronta con el bloque de constitucionalidad provincial y federal, más aún en los casos contenciosos administrativos, cuya instancia única, originaria y exclusiva surge explícita de la Carta Magna Provincial –cuya constitucionalidad no fue objetada-, habiéndose regulado el proceso para cumplimentar el mandato constitucional mediante el Código Procesal Contencioso Administrativo, que estipula tres posibilidades recursivas, con sus diferentes alcances y una cuarta a través de la vía federal.-

Asimismo, la pretensión de la designación de un tribunal "ad-hoc" excede las atribuciones y facultades de este tribunal, al que le corresponde interpretar y aplicar las leyes vigentes y no puede hacer innovaciones legislativas, por ser ello competencia de otro poder del estado.

MORALES, Raúl y otros c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- Sala B – 30/09/2013 - Expte. Nº 18/10

Doctrina

EN DEFENSA DE UN MODELO DIALÓGICO DELIBERATIVO DE CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Nicolás Emanuel Olivares •

Introducción

¿Es legítimo el control judicial de constitucionalidad de las leyes desde una perspectiva democrática deliberativa? Numerosos teóricos iberoamericanos en derecho constitucional y filosofía política identificados con dicha perspectiva han concebido importantes desarrollos conceptuales en búsqueda de una adecuada respuesta a aquel interrogante[1]. Sin embargo, ¿cuál de dichas posturas resulta la más adecuada?

En este trabajo defenderé lo que denomino un diseño democrático deliberativo *dialógico* de Control Judicial de Constitucionalidad. A los fines de justificar esta hipótesis, procederé de la siguiente manera: a) Primero reconstruiré los presupuestos conceptuales y normativos de los enfoques más destacados en dicha área geográfica; b) Luego contrastaré y evaluaré someramente dichas propuestas teóricas; y finalmente, c) Ensayaré algunas razones de peso en defensa de la superioridad normativa de aquel diseño dialógico.

• Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Doctorando en Derecho y Cs Sc (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET, Beca Tipo I. Adscripto en las asignaturas Derecho Constitucional (UNC), y Ética (UNC). Lugar de Trabajo: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Casilla de E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com Agradezco al Dr. Guillermo Lariguet, Prof. Gustavo Arballo, Ab. Gastón Puccetti, así como a los Integrantes del Seminario de Lectura en Teoría Constitucional del CIJS-UNC, por los generosos comentarios efectuados a una versión preliminar de este trabajo. Sin lugar a dudas, sus aportes han sido de gran valía. Trabajo concluido el 10/11/13.

[1] Entre ellos destacan: Carlos Santiago Nino, Roberto Gargarella, José Luis Martí, Sebastián Linares y Lucas Arrimada.

1. Modelos, objeciones, y respuestas

1.1. Una respuesta de tipo lógica-deductiva

Desde el comienzo de su implementación, a principios del siglo XIX, numerosos filósofos políticos y teóricos constitucionales han discutido fervientemente sobre la validez del control judicial de constitucionalidad (CJC)[2]. Ante tal interrogante genérico, el Juez Marshall, en el célebre fallo *Marbury vs. Madison,* construyó originariamente una primera respuesta específica de tipo lógica/conceptual bajo la forma de un razonamiento deductivo.

El término válido fue interpretado por Marshall como sinónimo de necesario, es decir, lógica y conceptualmente necesario[3]. Sus premisas pretendían sentar los presupuestos conceptuales de todo sistema judicial de control de constitucionalidad de las leyes. Aquel silogismo deductivo señalaba lo siguiente:

P1) Los jueces deben aplicar las leyes;

P2) La constitución nacional es la ley suprema de una nación y determina la validez de las normas infra-constitucionales;

P3) Puede darse el caso de que una norma Infra-constitucional contradiga la constitución nacional en cuyo caso aquella es considerada inválida;

P4) Una norma inválida es aquella que carece de fuerza obligatoria. Luego C= Toda norma Infra-constitucional que contradice la constitución nacional carece de fuerza obligatoria, y por ende no debe ser aplicada por los jueces[4].

---

[2] Siendo Estados Unidos el país donde por vez primera surgió este instituto jurídico, sobresalen por su carácter fundacional así como por su claridad teórica las discusiones mantenidas hacia principios del siglo XIX entre *Federalistas* y *Anti-federalistas*. Para profundizar en los argumentos de ambas posturas véase *The Debate on the Constitution: Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification,* Partes I y II, Nueva York, Library Of America, 1993.

[3] Véase: *Marbury vs. Madison*, 1 U.S. 137 (1803).

[4] Una posible formulación del razonamiento completo puede verse en: Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 261-262.

Como bien ha señalado C.S. Nino si tal razonamiento fuere inexpugnable "…todas las consideraciones normativas…" respecto a la legitimidad del mecanismo del control judicial "…se verían inhibidas." Ello atento, quedaría probado que el control judicial es una pre-condición lógica para la existencia de una constitución[5].

Sin embargo, Eugenio Bulygin ha señalado que detrás del razonamiento lógico deductivo de Marshall existe un uso confuso del término "validez jurídica". Bulygin advierte que existen al menos dos usos posibles del término "validez". En el primero (*conceptual, descriptivo*), significaría que la norma sometida a análisis *pertenece/no pertenece* a tal sistema jurídico. En el segundo (*normativo, prescriptivo*), referiría a la naturaleza *obligatoria/no obligatoria* de aquella norma Infra-constitucional[6].

Incorporando estas precisiones, Nino señala que: a) en el uso jurídico corriente ciertas normas jurídicas Infra-constitucionales que *no forman parte* expresamente del sistema jurídico *resultan aplicables* por los jueces; así como es cierto el caso opuesto, b) donde normas que textualmente *son parte* del sistema, *no se consideran obligatorias*, y son catalogadas como "letra muerta". Siendo esta práctica cierta, es que el razonamiento del juez Marshall se muestra insuficiente en términos explicativos y falsa la conclusión de su silogismo. ¿Dónde reside entonces el equívoco de Marshall? Nino señala que el silogismo

---

[5] Ibíd., pp. 261.

[6] Al respecto J. L. Rodríguez y D. E. Vicente señalan: "Bulygin destaca que Kelsen confunde dos diferentes nociones de validez, una de ellas descriptiva y la otra prescriptiva. En sentido descriptivo, decir que una norma jurídica es válida significa que ella pertenece a un determinado sistema jurídico –lo que se correspondería con la noción kelseniana de "existencia específica". En sentido prescriptivo, decir que una norma jurídica es válida significa que es obligatorio hacer lo que ella prescribe –lo que se correspondería con la noción kelseniana de "fuerza obligatoria". Para Bulygin, la noción descriptiva de validez como pertenencia a un sistema es relativa, pues una norma puede pertenecer a un sistema jurídico y no pertenecer a otro. En cambio, la noción prescriptiva de validez como fuerza obligatoria sería absoluta, pues no aludiría a una relación con otras normas sino a un atributo." (Rodríguez, J. L. y Vicente, D. E., "Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional", Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, num. 32, 2009, pp. 177-204; p. 184). En el presente trabajo adoptaremos una *perspectiva normativista no positivista*, conforme la cual por "inconstitucionalidad de las leyes" debe entenderse aquella falta de "fuerza obligatoria" de una norma Infra-constitucional que determina su "no pertenencia" al sistema jurídico. En definitiva, y conforme la perspectiva normativista no positivista adoptada, no puede considerarse que el mero hecho de someter a votación la constitucionalidad de una ley, que pertenezca al sistema jurídico, basta para predicar su legitimidad, sino que así también resulta necesario conocer cuáles son las razones morales que justifican o no su "fuerza obligatoria" en el marco de dicho sistema normativo.

de Marshall solo tiene sentido si en el mismo se adscribe al término "validez" el significado de "pertenencia al sistema jurídico". De este modo queda demostrado, que "No es necesariamente cierto que una ley que contradice la constitución no debe ser aplicada por el poder judicial. En lugar de ello, esta decisión depende de otra norma implícita en el sistema que ha sido establecida para este tipo de situaciones" [7].

1.2. Una respuesta de tipo normativa

Un segundo tipo de respuesta específica, no ya meramente lógica-deductiva, sino *normativa* ha sido ofrecida en defensa del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Esta respuesta normativa define al término "validez" como "legitimidad democrática".

Desde este enfoque, el interrogante específico sobre la "validez jurídica" de tal mecanismo de control, debe formularse de la siguiente manera: ¿Es democráticamente legítimo el mecanismo de control judicial de constitucionalidad de las leyes? ¿Resulta legítimo, que los jueces (no elegidos por el pueblo y sin responsabilidad política directa) puedan, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, invalidar las normas sancionadas por los legisladores popularmente electos?

Sin embargo, tal interrogante específico es demasiado amplio, y como bien ha señalado Ronald Dworkin, deja abierto otro, a saber: *¿desde cuál concepción normativa de democracia hemos de evaluar la legitimidad de tal mecanismo?* (Gargarella, 2008: 163-164) Partiendo de este último interrogante, puede advertirse que el análisis efectuado por aquellos teóricos del siglo XIX y XX que se abocaron a estudiar la temática, partió predominantemente de dos concepciones normativas opuestas: la *democrático-pluralista* y la *democrático-elitista* (Gargarella, 2008: 165-166)[8]. Siendo que la primera de dichas concepciones

[7] Ibíd., pp. 268.

[8] La primera de ellas (democrático pluralista), utilizada para criticar tal mecanismo, sostiene que el sistema democrático consiste en un conjunto de grupos minoritarios y partidarios de poder, que se disputan en las elecciones por el voto de los ciudadanos. La legitimidad política, es aquella que tras agregar las preferencias individuales de los votantes, deriva de lo sostenido por aquel *grupo mayoritario* cuyos intereses se han mostrado coincidentes. La segunda (democrático elitista), empleada para defender aquel mecanismo, señala que atento un criterio

(pluralista) circunscribe la idea de democracia al principio mayoritario de gobierno, es que su crítica al control judicial ha sido definida como la *objeción/dificultad contra-mayoritaria*[9].

El interrogante específico a responder conforme esta perspectiva era el siguiente: ¿Puede un grupo minoritario de representantes no popularmente electos imponer sus consideraciones al respecto de la constitucionalidad de ciertas leyes por sobre el parecer de los poderes políticos (legislativo/ejecutivo) siendo estos los representantes de los grupos sociales mayoritarios? Sin embargo, han sido varias las objeciones formuladas en contra de tales concepciones democráticas[10].

Muchas de ellas, han sido esgrimidas por los defensores de un *modelo deliberativo de democracia*, en su intento por demostrar la superioridad normativa de esta última perspectiva frente a aquellas concepciones[11]. Teniendo por cierta tal superioridad, es que en los apartados subsiguientes: 1) reconstruiré someramente los presupuestos normativos de una concepción deliberativa de la democracia, dando cuenta de la consiguiente reformulación de aquel interrogante, y 2) explicitaré las respuestas que a este último han brindado cinco teóricos afiliados a tal perspectiva, a saber: José Luis

---

epistémico, existe un *grupo minoritario* de ciudadanos que están más capacitados que la gran mayoría para entender en la cuestión pública democrática, y por ello tras elegir a aquellos por representantes, debiera dejarse la evaluación sobre la legitimidad política de las medidas de gobierno en sus manos. Para una descripción más detallada de la *concepción democrática pluralista* véase: Smith, M., "El pluralismo", en Marsh, D. y Stoker G. (eds.), *Teoría y métodos de la ciencia política*. Madrid, Alianza Universidad Ed., 1995. A los fines de una conceptualización más precisa del *modelo democrático elitista* véase: Vidal De La Rosa, G., "Teoría democrática. Joseph Schumpeter y la síntesis moderna", Argumentos, México, Vol. 23, num. 62, enero-abril 2010, pp. 177-199.

[9] Tal formulación surge por vez primera en: Bickel, A., *The least Dangerous Branch*, New Haven, Yale U.P., 1962.

[10] En particular, se ha señalado que ambas posturas resultan "simplistas", siendo que la "complejidad" del modelo democrático no puede ser reducida ni a un principio pluralista mayoritario de votación, ni a un principio elitista de representación política (Cfr. Gargarella, R., "Un papel renovado para la corte suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución", en Gargarella R. y otros (eds.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, 2008, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 166). A los fines profundizar acerca de cuales son algunas de las *objeciones* de las cuales es pasible una *concepción democrática elitista* véase: Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pp. 72-77, 81-98; y en relación a las criticas formulables a una *concepción populista de la democracia* véase Gargarella, 1996: 118-122.

[11] Al respecto de una defensa de la superioridad normativa modelo deliberativo contra dichas concepciones pluralista y elitista, véase: Martí, 2006: 39-76, 177-213; Nino, 1997:101-153, 154-201.

Martí, Sebastián Linares, Carlos Santiago Nino, Roberto Gargarella y Lucas Arrimada[12].

Al respecto, de cuál es la principal *razón* que justifica la elección de aquellos teóricos, vale destacar que los mismos, son pensadores que analizan al instituto del control judicial desde un prisma deliberativo pero sin descuidar el particular contexto político en el que se inscribe.

En este sentido, tanto Nino, como Gargarella, Arrimada, y Sebastián Linares son pensadores contemporáneos argentinos, que adhieren a una perspectiva filosófico-político contextualista, conforme la cual han tenido especialmente en miras los diseños latinoamericanos constitucionales de tal mecanismo de control, y más específicamente el caso argentino. En cuanto a J. L. Martí, en su obra *La República Deliberativa,* sostiene que la democracia deliberativa debe ser entendida como un ideal regulativo a seguir, donde las particulares pre-condiciones normativas y empíricas de cada lugar determinan la mayor o menor posibilidad de acercarse al cumplimiento de aquel ideal. Con lo cual, Martí nos brinda una versión refinada de aquella perspectiva contextualista.

Como puede apreciarse, dicha razón justificatoria, constituye a su vez un claro punto de contacto o afinidad teórica entre los autores. A más de ella, cabe destacar otras dos importantes coincidencias o afinidades teóricas, a saber: 1) Los cinco autores adhieren a una *perspectiva epistemológica constructivista* conforme la cual el criterio epistémico que mejor nos acerca a la verdad moral es el Inter-subjetivo; y 2) Con no pocas diferencias, los cinco autores pueden ser inscriptos bajo un enfoque filosófico político *neo-republicano*. De entre estos autores, es J. L. Martí quien ha explicitado con mayor detalle cuales son los compromisos normativos que devienen de la adopción de tal enfoque al interior del modelo deliberativo. Es esta última razón la que justifica a su vez que el presente trabajo tome las teorizaciones de aquel filósofo español como marco general de análisis y evaluación normativa de las cinco respuestas.

[12] Independientemente de cuál sean los argumentos normativos específicos asumidos en defensa de tal *superioridad normativa* del modelo deliberativo, sean estos meramente epistémicos; predominantemente sustantivos; o de ambos tipos, este trabajo presupone que aquella superioridad resulta cierta.

2. Presupuestos del modelo democrático deliberativo. Un enfoque neo-republicano[13]

En cuanto a los *presupuestos normativos* del enfoque neo-republicano democrático deliberativo, los mismos pueden ser sintetizados mediante las siguientes tesituras (T):

T1) Las normas y medidas políticas son democráticamente legítimas, *si y solo si* resultan de la deliberación pública entre ciudadanos y representantes, y están justificadas en las mejores razones;

T2) Todos los ciudadanos están moral y epistémicamente capacitados para intervenir en el debate público y tomar decisiones políticas;

T3) Durante el proceso deliberativo deben escucharse, respetarse, y discutirse los argumentos de todos los posibles afectados por la norma o medida política en cuestión. El proceso deliberativo debe aspirar a cumplir con los principios de inclusión, igualdad política, imparcialidad y argumentación racional[14];

T4) La deliberación, por lo tanto, requiere de motivaciones no egoístas, imparciales, por parte de los participantes, lo cual implica un compromiso con una noción de bien común o interés público;

---

[13] A más del enfoque neo-republicano, existen al interior mismo de la concepción deliberativa de la democracia otros enfoques filosófico-políticos, a saber: dialógico, igualitario, liberal, sistémico, crítico. Cada uno de ellos se diferencia en cuanto a los presupuestos normativos específicos asumidos como base del modelo democrático deliberativo.

[14] En conformidad puede citarse las teorizaciones de: Gutmann, A. y Thompson D., *Democracy and Disagreement*, Harvard, Harvard U. P., 1996; Gutmann, A. y Thompson D., *Why deliberative democracy?*, Princeton, Princeton U. P., 2004; C.S. Nino, 1997; Gargarella R., 1996; Gargarella R., "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", Isonomía, num. 6, 1997, pp. 55-70; Gargarella R., 2008; J. L. Martí, 2006; entre otros.

T5) El modelo democrático deliberativo adopta un criterio epistémico intersubjetivo de validación de los resultados alcanzados;

T6) La deliberación es un proceso auto-correctivo, cuyos resultados son moralmente provisionales, atento están sometidos a continua revisión;

T7) A diferencia de las concepciones democráticas agregacionistas, la democracia deliberativa no toma a las preferencias de los individuos como dadas, sino que permite, y en ciertos casos promueve la transformación de las mismas;

T8) El modelo deliberativo adhiere a una concepción filosófico política neo-republicana[15];

T9) El modelo democrático deliberativo funciona como un *ideal regulativo*, un horizonte normativo al cual debemos tender, de modo que la *legitimidad democrático-deliberativa* se mide en grados, y no en términos absolutos. Atento lo cual, las decisiones políticas y las instituciones de gobierno, serán más o menos legítimas, conforme cumplan en mayor o menor medida los criterios normativos defendidos por aquel ideal[16];

---

[15] J. L. Martí adhiere a una concepción filosófico-política *neo-republicana*, desde la cual, en oposición al cáliz perfeccionista de la *tradición republicana clásica*, se defiende el *valor instrumental* de las virtudes políticas, siendo éstas los medios necesarios para lograr el fin último de proteger la libertad política de todos y cada uno de los ciudadanos. La *concepción neo-republicana de la libertad es negativa*, y se define como *no dominación,* y *ausencia de interferencias arbitrarias* en la vida de las personas (Cfr. Lovett, F., "Republicanism", ***The Stanford Encyclopedia of Philosophy***, E.N. Zalta (ed.), 2010, §3.1. y §3.2., disponible en http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism). De este modo, en oposición a una versión elitista del modelo deliberativo (emparentada con la tesis de la independencia de la representación), J. L. Martí (2006: 225-252).defiende una versión neo-republicana (asociada con la tesis de la dependencia de la representación).

[16] En cuanto al *carácter gradual* del criterio de *legitimidad política*, reconozco resulta una noción compleja y altamente controversial. Sin embargo, y a más de que resulte necesario un amplio desarrollo para una adecuada defensa de tal perspectiva, aprovecho este espacio para esbozar someramente mi propia justificación de tal concepción. Al respecto y partiendo de la

> T10) El modelo democrático deliberativo parte de una *concepción razonable* de pluralismo político, y tiene por objetivos centrales: promover el respeto mutuo entre ciudadanos, así como facilitar la resolución de aquellos desacuerdos políticos-morales existentes al interior de una determinada sociedad[17].

Una vez explicitados los presupuestos normativos de una concepción deliberativa de la democracia, el interrogante a responder e hilo conductor de este trabajo, será el siguiente: ¿Es legítimo el control judicial de constitucionalidad de las leyes desde una perspectiva democrática deliberativa?

2. Distintas respuestas al interior del modelo deliberativo

En cuanto a las posturas teóricas que a continuación se reconstruyen, he decidido clasificarlas en dos grandes grupos,

---

distinción entre *teoría ideal* y *teoría no ideal* enunciada originariamente por John Rawls en: Rawls, J., *The Law of Peoples. With "The idea of the public reason revisited"*, Harvard, Harvard U. P., 1999, considero que podría distinguirse entre: a) una sociedad democrática ideal donde se da cumplimiento estricto a los principios de contenido y sustancia del modelo democrático deliberativo; y b) una sociedad mínimamente ordenada, donde se da cumplimiento parcial a tales criterios normativos. En el primer escenario, los ideales políticos (incluido el de legitimidad política) son de tipo absoluto, es decir, que se cumplen o no se cumplen. En el segundo escenario, los ideales políticos son de tipo regulativo (incluido el de legitimidad política), se cumplen gradativamente, y constituyen una adecuada guía normativa, acerca de cuales cursos de acción son los más adecuados a adoptar, en el marco de las condiciones normativas no ideales propias de las sociedades democráticas realmente existentes. Este breve esquema conceptual, forma parte de una idea mucho más elaborada, que desde hace años vengo pensando en el marco de mi tesis doctoral "Presidencialismo, Democracia Deliberativa, y Teoría No ideal", la cual se desarrolla con el financiamiento de una Beca Doctoral Tipo I de CONICET. En un futuro trabajo desarrollaré entonces con mayor precisión esta particular noción de legitimidad política gradual.

[17] Las tesituras aquí formuladas son contestes con las teorizaciones vertidas en Martí, 2006: Caps. 1-5; Gargarella, 1997: 1-4; Gutmann y Thompson, 1996: Caps. 1,2,6. Cabe destacar que la concepción de los términos "política" y "pluralismo político" adoptada por el *modelo democrático deliberativo neo-republicano* de J. L. Martí, se opone claramente a la defendida por el *modelo democrático agonista* de Chantal Mouffe. A los fines de mayores precisiones al respecto véase: Olivares, N. E., "Democracia Agonista Vs. Democracia Deliberativa. Una reconstrucción analítica de las teorías de C. Mouffe y J. L. Martí.", Revista de Filosofía y Teoría Política (UNLP), (Trabajo actualmente en evaluación).

conforme su respuesta al interrogante deliberativo planteado: a) sea positiva, si y solo si, se dan determinadas condiciones; o bien, b) sea negativa pero con ciertos reparos o excepciones.

3.1. Respuestas positivas

3.1.1. J. L. Martí. En defensa de un Constitucionalismo Débil [18]

J. L. Martí considera que toda república deliberativa *debe tener la máxima deferencia hacia los órganos democráticos de toma de decisiones, y la máxima desconfianza, en cambio, hacia órganos elitistas no representativos, como los judiciales.* (Martí, 2006: 292). Sin embargo, a la hora de analizar *la objeción contra-mayoritaria*, dirigida al control judicial de constitucionalidad, señala que *una cierta rigidez constitucional y el mecanismo de control judicial de constitucionalidad no son necesariamente antidemocráticos, y por lo tanto tampoco son necesariamente elitistas, ni incompatibles con la república deliberativa*[19]. (Martí, 2006: 294-295). A los fines de justificar esta hipótesis normativa, el autor enuncia, al menos, cuatro argumentos, a saber: 1) El control judicial de constitucionalidad, aunque sea contra-mayoritario, no es necesariamente anti-democrático, ya que puede fomentar el diálogo institucional entre poderes; 2) La rigidez constitucional es una característica formal, y no necesariamente anti-mayoritaria o anti-democrática, atento tal limitación puede elevar aún más los estándares democráticos de deliberación; 3) La rigidez

[18] Al respecto del enfoque teórico denominado "constitucionalismo débil" véase: Bayón, J. C., "Derechos, democracia y Constitución", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Bayón, J. C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", 2004; Waldron, J., "Some Models of Dialogue between Judges and Legislators", Supreme Court Law Review, *(2d)*, num. 23, 2004; Waldron, J., "The Core of the Case against Judicial Review". Yale Law Journal, num. 115, 2006, pp. 1346-1406; Gargarella, R., y Martí, J. L., "La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos", estudio preliminar de J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005; Moreno R.A., "Control Judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva Crítica." (Memoria de tesis doctoral), U. N. De Salamanca Ed., 2008, pp. 416-424.

[19] Como se ha señalado una de las formas en que se ha objetado la ilegitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad es la del *argumento contra-mayoritario* (Bickel, 1962; Gargarella, 1996), el cual señala que tal mecanismo es claramente contrario a la opinión esbozada (mediante sus representantes) por la mayoría de ciudadanos de una determinada sociedad política.

constitucional, y el control judicial, pueden pensarse como *mecanismos de balance*, que intentan frenar la dominación y los abusos de los representantes parlamentarios en relación a la propia ciudadanía que los eligió[20]; 4) El control judicial de constitucionalidad puede *incrementar la calidad de los procesos democráticos deliberativos* contribuyendo con más y mejores argumentos al debate político público (Martí, 2006: 292-293).

No obstante ello, J. L. Martí rechaza las siguientes tesituras brindadas en favor del control judicial de constitucionalidad: a) La tesis del *constitucionalismo fuerte*, la cual defiende una fuerte rigidez constitucional -necesariamente contra-mayoritaria- sumada a la existencia de una Corte Suprema como última interprete constitucional[21]; y b) la tesis de la *superioridad deliberativa* de las Cortes Supremas, la cual señala que las mismas se encuentran en una posición de avanzada con respecto a otras instituciones políticas a la hora de promover la deliberación pública. Razón por la cual: a) se les debe asignar la tarea de efectuar el control de constitucionalidad de las leyes; y b) deben erigirse como la autoridad interpretativa última de las normas constitucionales (Martí, 2011: §5).

En síntesis, J. L. Martí defiende la idea de que desde una perspectiva democrática deliberativa, resulta legítimo articular un sistema de control judicial de constitucionalidad *con supremacía judicial*, siempre y cuando: a) la constitución sea flexible; o bien b) la rigidez de tal constitución sea democrática y deliberativa. Conforme J. L. Martí en el marco de un modelo democrático deliberativo, el mayor aporte de tal mecanismo, especialmente en manos de una Corte

[20] Roberto Gargarella en su obra *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, señala que a la concepción antagonista, de interacción entre los poderes constituidos, que fue primeramente justificada y explicitada en la Constitución Estadounidense de 1776 por los *Founding Fathers*, se contrapone una concepción dialógica de interacción entre poderes. Conforme Gargarella, esta última es la que mejor respeta los postulados de una concepción democrática-deliberativa de gobierno.

[21] Martí, J. L., "Democracia y control judicial de constitucionalidad", exposición en el *II Simposio de Ética y Derecho Constitucional*. U.N.C., Córdoba, Argentina, 11/08/2011, §3.

Suprema, sería el de promover una mejor y mayor deliberación pública al interior de la sociedad[22].

3.1.2. R. Gargarella. El control judicial al servicio del debate público

En uno de sus escritos respecto al tema, el profesor argentino sostiene que *es posible definir la tarea de la Corte de un modo que haga compatible la labor del máximo tribunal con el debido respeto que merece la autoridad democrática (de la ciudadanía y sus representantes)* (Gargarella, 2008: 149). En este sentido, Gargarella confronta con ciertos teóricos que consideran una "ofensa" a la democracia cualquier decisión de la Corte que pretenda limitar la validez de una norma Infra-constitucional. Su argumentación en dicha obra posee dos "escalas". En la primera, examina "la dificultad contra-mayoritaria", y en la segunda analiza críticamente el problema de la interpretación constitucional. En este segundo apartado, sostiene la siguiente tesitura: *los problemas de legitimidad democrática de la justicia se expanden o (hipotéticamente) se disuelven en relación proporcional con el menor o mayor impacto que adquiera el problema interpretativo. Es decir, cuanto más serios sean los problemas de la interpretación constitucional, más serias se tornan las dificultades para justificar el control judicial, y viceversa.* (Gargarella, 2008: 149).

Dentro del primer apartado de dicho trabajo, Gargarella nos recuerda que Dworkin considera que la mayoría de *las críticas* que se formulan sobre el control judicial *no resultan infundadas*, sino *mal fundadas*, ello atento a que se basan en una *concepción estadística o mayoritaria de la democracia.* Esta última concepción sostiene que todas las cuestiones de principio deben ser decididas por el voto mayoritario. Ante lo cual, Dworkin se pregunta *¿no resulta insensata, y demasiado simplista tal concepción de la democracia? ¿No es erróneo acaso sostener que la única regla válida en una democracia es la regla mayoritaria?* (Gargarella, 2008: 150).

---

[22] Al respecto, J. L. Martí señala que "…no debe concluirse que el argumento de la contribución suplementaria de la Corte Suprema a la deliberación pública obliga necesariamente a terminar con la supremacía judicial". Lo único que prueba, según Martí, es que si en el marco de una constitución dotada de una rigidez contra-mayoritaria, deseamos implementar un control judicial de constitucionalidad, no debe admitirse que la Corte Suprema sea la autoridad interpretativa final (Martí, 2011: §7).

En el polo opuesto, *las defensas* más habituales del control judicial encuentran sustento en una *concepción elitista de la democracia*, la cual presupone una profunda desconfianza frente a las condiciones epistémicas de la ciudadanía, y una fuerte confianza en las capacidades de las elites de gobierno compuestas por funcionarios bien entrenados y aislados de las mayorías, como los funcionarios judiciales, para decidir de modo justo (Gargarella, 2008: 165).

Como bien señala Gargarella, ambas concepciones de la democracia (las que dan sustento a las críticas, y las que hacen lo propio con las defensas) resultan simplistas, y por ello defectuosas. A diferencia de aquellas, el autor adhiere al *modelo deliberativo de democracia*. En ese sentido destaca que el atractivo, al interior de dicho modelo, es la existencia de *dos presupuestos centrales*: 1) todo ciudadano está en condiciones de intervenir en el proceso de toma de decisiones colectivo; 2) la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficientemente democrático para la adopción de decisiones imparciales. Desde este enfoque Gargarella considera que *no resulta válido sostener* que: a) que toda intervención judicial es necesariamente ofensiva para el ideal democrático (como sostienen los populistas); ni b) que el control judicial de ningún modo resulta ofensivo para nuestros ideales democráticos (Gargarella, 2008: 166 y 167).

Finalmente, y según Gargarella, desde una perspectiva deliberativa de la democracia, al ejercer el control de constitucionalidad, *el Poder Judicial debe colocarse al servicio de la discusión pública, abrirse a ella, en lugar reemplazarla o desalentarla*. Su rol es ayudar a las mayorías democráticas a pensar y decidir (Gargarella, 2008: 166-169).

3.2. Respuestas negativas

3.2.1. Carlos Nino: un principio y tres excepciones específicos

En primer lugar, Carlos S. Nino señala que *la justificación del control judicial de constitucionalidad sigue siendo bastante misteriosa* (Nino, 1997: 258). Entre las clásicas razones esgrimidas en contra de dicho mecanismo Nino destaca las siguientes: a) los jueces no poseen un origen electivo democrático directo sino que son nombrados por el

Poder Ejecutivo; b) permanecen generalmente en sus cargos mientras dure su buena conducta (cargo vitalicio), salvo medie juicio político en su contra por mal desempeño; c) la estructura y composición del Poder Judicial tradicionalmente ha sido de corte aristocrático (Nino, 1997: 258-259). [23]

En segundo lugar, Nino sostiene desde su particular perspectiva democrática deliberativa, que el déficit de legitimidad democrático deliberativo de los jueces evidentemente reside en su débil capacidad epistémica para alcanzar lo que los otros poderes obtienen mediante un proceso democrático de decisiones. La tesitura es que los poderes políticos y los ciudadanos, atento a las particulares características del proceso de deliberación pública, están en mejores condiciones epistémicas para alcanzar la verdad moral[24].

Partiendo de lo hasta aquí sostenido, Nino señala que como regla general el control judicial de constitucionalidad (CJC) debe considerarse *democráticamente ilegítimo*. Sin embargo, por las mismas razones que en principio debemos rechazarlo, Nino admite *tres excepciones específicas,* bajo las cuales el CJC resulta democráticamente legítimo, a saber: 1) *Protección de la autonomía moral de las personas* (Nino, 1997: 277)[25]. Ante la intromisión de las leyes, decretos, u otra

---

[23] C. S. Nino señala que el constitucionalismo y la democracia se combinan para formar un sistema de gobierno conocido como *"democracia constitucional"*, el cual constituye en principio "un matrimonio feliz" entre dos valiosos ideales y que implica una forma de gobierno superior a la democracia pura o al constitucionalismo puro. Sin embargo tal relación no es sencilla y sobrevienen tensiones cuando la expansión de la democracia conduce a un debilitamiento del constitucionalismo o cuando el fortalecimiento del constitucionalismo limita la democracia. Estas tensiones no son fáciles de detectar debido a: 1) la falta de consenso respecto al criterio que da valor a la democracia (que le confiere legitimidad); y 2) a la imprecisión de la definición misma de constitucionalismo. Al respecto véase Nino, 1997: 13.

[24] Cfr. C. S., Nino el valor central de la democracia reside en su capacidad epistémica transformadora/moralizadora de las preferencias individuales/personales. En sus palabras "la democracia es el medio más confiable para acceder al conocimiento de los principios morales." (Nino, 1997: 154). La teoría democrático deliberativa, adoptada por el gran filósofo argentino se opone: 1) a una definición meramente empírico descriptiva de democracia; 2) a aquellas concepciones normativas de democracia que toman a las preferencias individuales como dadas; y 3) a aquellas concepciones filosófico políticas que parte de ideales perfeccionistas.

[25] Acerca de por qué son tres las excepciones, debe señalarse que para Nino el concepto de constitucionalismo combina dos elementos ideales: a) los derechos individuales; y b) la democracia como proceso de toma de decisiones, y esta combinación crea sus propios problemas. Ello se debe, en primer lugar, a que no es fácil identificar concepciones normativas congruentes con estos dos ideales. En segundo lugar, la tarea de combinar los dos ideales (democracia y derecho), no es en sí misma suficiente para explicar la noción de

norma Infra-constitucional, en la moralidad privada de los ciudadanos o funcionarios políticos de cualquier rango, dicho control debe proceder para garantizar la neutralidad del Estado y proteger la igual dignidad moral de las personas. De este modo, al resguardar la capacidad moral de los agentes individuales, el valor epistémico de la democracia resulta indirectamente protegido; 2) *Resguardo del correcto funcionamiento del proceso democrático de toma de decisiones* (Nino, 1997: 273). Con ello los jueces protegen directamente el valor epistémico del procedimiento democrático, ya que permite que las leyes constituyan una adecuada guía para conducir a principios morales; 3) *Tutela la constitución como una práctica social e histórica* (Nino, 1997: 280). Nino destaca que aquí el CJC no resguarda las condiciones necesarias para sustentar el valor epistémico-normativo del proceso democrático de toma de decisiones, sino que pretende garantizar la eficacia/estabilidad de las decisiones por dicha vía obtenidas.

Nino finalmente señala que, si bien al construir su teoría nos ha propuesto un diseño institucional en el que los magistrados se hallan indirectamente vinculados con el procedimiento democrático (Nino, 1997: 292), el Poder Judicial puede adoptar otras funciones, diseños, características o estructuras que lo acerquen aún más al ideal democrático deliberativo. Dichas reformas, destaca Nino siempre deberán tener en cuenta el carácter complejo de la constitución, y por ello atender adecuadamente a las implicancias normativas que devienen de la protección de sus tres dimensiones (derechos/proceso democrático/constitución histórica).

3.2.2. Sebastián Linares. En defensa de un control eminentemente legislativo

En su libro *La (I)legitimidad democrática del Control Judicial de las leyes*, Sebastián Linares pone en tela de juicio los presupuestos filosóficos sobre los que se produjo el proceso de expansión del control judicial de las leyes en el mundo. Allí defiende la tesis de que *el control judicial de las leyes, bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores democráticos de autogobierno y participación*

constitucionalismo. El constitucionalismo también debe incluir a: c) el ideal de respetar la constitución histórica, y el sistema jurídico que deriva de ella (Nino, 1997: 24-29).

ciudadana, como a los de igual dignidad y autonomía personal (Linares, 2008: 19-20). A decir, del propio Linares, su tesis resulta "bastante virulenta", teniendo en cuenta que la gran mayoría de los regímenes democráticos existentes son democracias constitucionales, es decir, sistemas que consagran el control judicial de las leyes y que adoptan constituciones rígidas. En este sentido, Linares señala que *para que la objeción democrática tenga lugar, deben concurrir dos elementos*, que operan como condiciones necesarias y conjuntamente suficientes, a saber: *1) la existencia de una constitución rígida, y 2) la consagración de un modelo "robusto" de control judicial de las leyes… en el que los jueces constitucionales poseen el poder de vetar, con carácter definitivo, las leyes del Congreso* (Linares, 2008: 20). A su vez, en este trabajo defiende la idea de que dicha objeción puede ser de mayor o menor intensidad según cómo varíen ciertos factores[26].

En el núcleo de su teoría, Linares defiende *dos argumentos*: 1) la intuición de que tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial tienen probabilidades similares de errar y conculcar derechos; y 2) la idea de que existen profundos y persistentes desacuerdos entre ciudadanos acerca del contenido y alcance de nuestros derechos (Linares, 2008: 21). El autor considera que *el Congreso debiera tener la última palabra institucional*, dado que este es: a) el que respeta mejor, desde una perspectiva igualitaria, el derecho de participación y deliberación ciudadana; y b) propicia un fluido diálogo, entre instituciones, representantes y ciudadanos, centrado en razones que cualquier persona racional podría suscribir. Acto seguido, Linares (Linares, 2008: 22) propone un sistema de justicia constitucional en el cual: a) está prohibido a *los jueces ordinarios inferiores* a la Corte Suprema declarar la invalidez de las leyes contemporáneas, pero se les permite dictar "declaraciones de incompatibilidad" para advertir al Poder Legislativo cuáles son los defectos morales y jurídicos que ostentan las leyes; b) *la Corte Suprema* es la única autoridad que tiene permitido "declarar la invalidez" de las leyes contemporáneas; y c) *el Poder Legislativo* puede invocar una "cláusula de anulación" para hacer prevalecer su voluntad , siempre y cuando: a) se efectúe con

[26] Factores tales como: "el grado de rigidez de la constitución, la clase de mecanismos de selección de jueces, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, los legitimados activos, las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, las facultades interpretativas del Congreso, las vías de acceso a la justicia constitucional, y finalmente, el contexto social en el que opera el control de constitucionalidad" (Linares, S., *Sobre el ejercicio democrático del Control Judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 20-21).

posterioridad a una sentencia de invalidez/ inconstitucionalidad de la Corte, y b) tras una audiencia pública en la que se expongan las razones/motivos de dicha decisión.

3.2.3. Lucas Arrimada. El fin del control judicial. El pueblo como última voz

Arrimada señala que originalmente el *modelo democrático representativo*, en sus mecanismos y arreglos institucionales, fue ideado para impedir la participación ciudadana y la deliberación colectiva, anulando con ello el establecimiento de una inclusiva república democrática[27]. Dicho autor, advierte que más allá de estos profundos reparos, todavía puede decirse que el constitucionalismo constituye precondición y base para el desarrollo de una democracia sustantiva (Arrimada, 2008: 90; Nino, 1997: 13-14, 24-29). En este contexto, según Arrimada, el modelo de deliberación triunfante en los esquemas institucionales no fue el *democrático radical* sino *el elitista conservador* (Arrimada, 2008: 91-95); usualmente restringido a los hombres, blancos, "ricos y bien nacidos" [28].

Esta desconfianza en los debates y decisiones mayoritarios hizo que se concretasen sistemas de representación donde los controles exógenos fuesen "débiles, neutralizados (o neutralizables) y hasta inexistentes…" (Arrimada, 2008: 94). De este modo, *el constitucionalismo se erigió como un límite externo a la democracia* más que como un freno interno a sus debilidades y, al mismo tiempo, nunca fue configurado como un motor de sus fortalezas. Para Arrimada, en este sentido, el gran desafío teórico actual, es el de *postular a la democracia deliberativa como precondición para el constitucionalismo y para el diseño institucional* (Arrimada, 2008: 117).

¿Pero cuáles son las implicancias según Arrimada de adoptar una perspectiva deliberativa? Al respecto, C.S. Nino, férreo defensor del "constructivismo ético", sostuvo que en el marco de una

---

[27] Arrimada, L., "Derecho, Moral y Política. Derecho Constitucional, Moral Institucional y Política Democrática: Sobre frenos, puentes y motores en la Democracia Deliberativa", en Gargarella, R. (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2008, pp. 87-119; 89-90.

[28] Gargarella, R., *The scepter of reason*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2000, pp. 98 y 111.

democracia deliberativa, el Poder Judicial podría contribuir excepcionalmente como custodio de los estándares sustantivos del proceso democrático[29]. Sin embargo Arrimada sostiene que en la actualidad, *un plexo de defectos congénitos* nos debe hacer replantear no ya solo los alcances de la revisión judicial sino su continuidad misma (Arrimada, 2008: 111). Lo cual le hace decir a Arrimada, que *El capítulo histórico de la supremacía judicial parece aproximarse a su conclusión dos siglos después* (Arrimada, 2008: 111). Es decir, debiera quitárseles a los jueces el monopolio interpretativo sobre la Constitución Nacional, y ser el pueblo quien asuma su derecho/deber de erigirse como la última voz en materia de control de constitucionalidad de las leyes[30].

Finalmente es de destacar que Arrimada, con gran tino nos advierte acerca de los peligros de adoptar una perspectiva miope, centrada únicamente en un mecanismo particular cercano (el CJC) que olvide que aquel no es mas que *un* engranaje de un complejo sistema normativo. Partiendo de esta visión sistémica es que Arrimada pone de resalto los defectos de legitimidad democrática propios de todo diseño presidencial de gobierno, haciendo especial énfasis en el caso argentino (Arrimada, 2008: 101-106).

De este modo, todo diseño deliberativo del mecanismo de CJC que se pretenda legítimo, eficaz y eficiente debiera tener en cuenta este particular contexto político presidencial. En este sentido, para

---

[29] Al respecto véase: Nino, C. S., 1997: cap. 7; Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, pp. 712.

[30] En esta línea argumentativa *dialógica radical*, en la cual se inscribe, Arrimada ubica a filósofos de la talla de Jeremy Waldron y Mark Tushnet. Al respecto, y por un lado, J. Waldron señala que el ámbito político se encuentra condicionado por *dos circunstancias insoslayables*: 1) La existencia de desacuerdos profundos, generales y persistentes entre ciudadanos acerca de cuáles valores políticos, y con que alcance, debemos defender en el marco de una sociedad democrática (pluralismo político); y 2) La necesidad percibida por todos los ciudadanos de un mínimo de cooperación social, es decir la generalizada percepción de que resulta imperioso concertar cursos de acción comunes a las necesidades de todos (cooperación pública) (Waldron, J., *Law and Disagreement*. Oxford, Oxford U. P., 1999, pp. 8-14). Este filósofo neozelandés sostiene que atento el fenómeno innegable del "pluralismo político", la deliberación pública (entre ciudadanos y representantes) se erige como el mejor mecanismo de toma de decisiones. En otras palabras, "las circunstancias de la política" nos impiden adoptar un diseño institucional donde el poder judicial porte la "última y definitiva voz" en materia de la constitucionalidad de las normas. Por el otro, Mark Tushnet, desde una *perspectiva populista*, se declara en contra de la Supremacía Judicial, y del Control Judicial de Constitucionalidad de las leyes, y señala que mediante la participación ciudadana el pueblo puede auto-erigirse como el intérprete supremo de la Carta Magna (Tushnet, M., *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, Princeton U. P., 1999, pp. 13 y 23).

evitar que nuestro Gobierno argentino caiga en prácticas autoritarias de poder, Arrimada propone: 1) desarrollar una verdadera "conciencia moral" y deliberativa en los ciudadanos argentinos (retomando la idea de C.S. Nino); así como 2) implementar un sistema institucional que recepte el "discurso moral" de la democracia (Arrimada, 2008: 116), lo cual puede interpretarse como la capacidad de tal sistema de resolver conforme criterios normativos deliberativos aquellos desacuerdos políticos-morales que surjan al interior de una sociedad democrática pluralista.

4. Breve análisis comparativo y evaluación de las posturas reconstruidas

Una vez expuestas las distintas perspectivas teóricas, con sus matices y particulares respuestas a la pregunta acerca de la legitimidad democrática deliberativa del control judicial de constitucionalidad, y a los fines de cumplir con los objetivos fijados para este trabajo, es turno de contrastar y evaluar someramente sus tesituras. Para ello procederé conforme el orden con el que los autores han sido presentados en este trabajo.

En primer lugar, y en oposición a J. L. Martí, considero que un sistema de control judicial de constitucionalidad *con supremacía judicial*, aún en el marco de una constitución flexible, no satisfaría los presupuestos normativos enunciados como T2), T5) y T6), los cuales devienen de la adopción del modelo democrático deliberativo neo-republicano asumido por el mismísimo J. L. Martí. En T2) se indicó que el proceso deliberativo es eminentemente colectivo, público, argumentativo, de reflexión dialógica, de validación intersubjetiva de los resultados alcanzados, lo cual se incumpliría si fuere el caso de que la discusión sobre la constitucionalidad de las leyes es potestad únicamente de un poder constituido, quedando así excluidos los poderes políticos y la sociedad civil de tal deliberación. En relación a T5), se precisó que la deliberación es un proceso activo, complejo, abierto, sometido a continua revisión (auto-correctivo). Esta última idea implica asumir que los mismos proponentes de una norma (sea el Ejecutivo, el Legislativo o la ciudadanía) cuenten con la posibilidad de revisar sus propios criterios bajo nuevos argumentos para decidir a favor de las mejores razones. Todo ello se vería impedido si los actos de sanción y revisión se disociarán tan tajantemente como en el

modelo propuesto por Martí. En T6) se ha sostenido que el modelo deliberativo adhiere a una concepción política neo-republicana, siendo el concepto de libertad defendido el de *no dominación,* y *ausencia de interferencias arbitrarias* en la vida de los ciudadanos (Lovett, 2010: §3.1. y §3.2.). Con lo cual, Martí defiende la *tesis de la dependencia de la representación*, conforme la cual los representantes políticos (sean estos ejecutivos, legislativos o judiciales) deben rendir cuentas frente a los ciudadanos y adherir a los criterios de legitimidad política por estos últimos defendidos (Martí, 2006: 225-252). De este modo, la supremacía judicial, es decir la potestad normativa de la Corte Suprema de ser la última voz en esta discusión acerca de la constitucionalidad de las leyes, resulta ilegítima en el marco de dicha perspectiva neo-republicana.

Por su parte, Roberto Gargarella, como hemos visto, defiende una intervención moderada del Poder Judicial como la más adecuada postura adoptar bajo el influjo de un modelo neo-republicano deliberativo. Adhiero plenamente a su idea de que es posible definir la tarea de la Corte de un modo que haga compatible su labor con el debido respeto que merece la autoridad democrática. El CJC resulta legítimo entonces *si y solo sí* se coloca al *servicio de la deliberación pública*, es decir, si promueve mayores y mejores debates políticos.

Este enfoque dialógico se erige critico frente al diseño originario constitucional relativo a las modalidades de interacción promovidas entre los poderes constitutivos, el cual se proponía netamente adversarial, con lo cual se asemeja más a un estado constante de guerra y se limita en grado sumo las posibilidades de establecer conexiones deliberativas entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Este trabajo defiende por hipótesis central que aquella perspectiva dialógica con la que Gargarella pretende refundar y a la vez legitimar el mecanismo de control judicial de constitucionalidad de las leyes constituye la más adecuada postura al interior de un modelo deliberativo neo-republicano. Al respecto, en el siguiente apartado ensayaré ciertos argumentos a favor de su superioridad normativa frente a las restantes posturas aquí reconstruidas.

En relación a la propuesta de C.S. Nino, conteste con mi defensa de un control judicial moderado dialógico de constitucionalidad, es que rechazo su tesitura de que como principio general, bajo una perspectiva democrático-deliberativa, el control judicial de constitucionalidad debiera considerarse ilegítimo. Nino admite

implícitamente en su análisis que aquel criticable modelo adversarial de interacción entre poderes resulta válido. Incumpliendo así al igual que lo hace Martí con los presupuestos T2), T5) y T6), a cuyo análisis evaluativo me remito. Conforme la perspectiva deliberativa dialógica (no adversarial) que en este trabajo se defiende, los tres casos excepcionales especificados por Nino, también resultarían inadmisibles, salvo que se eliminara la supremacía judicial, y se permitiese la intervención de los restantes poderes constituidos.

Por su parte, asiste razón a Linares cuando señala que *en el marco de una constitución rígida, todo control judicial de constitucionalidad de las leyes, donde la decisión de los magistrados sea suprema (ultima/definitiva), significa una afrenta a los valores democráticos de autogobierno y participación ciudadana, como a los de igual dignidad y autonomía personal*[31]. Sin embargo, no comparto su tesitura de que en función de ello, y en el marco de los actuales sistemas de partidos, sea el Congreso quien deba tener la *última palabra* institucional. En este sentido, partiendo de una perspectiva deliberativa adhiero con Gargarella en que debemos rechazar aquella "…idea ingenua, malintencionada, mal fundada, que identifica al poder político, cualquiera que sea este, con la idea de democracia, y así también con la idea, más inasible, de la "voluntad popular" (Gargarella, 1996: 19).

En este entendimiento, la procedencia de objeciones acerca de la legitimidad democrática de uno de dichos poderes (por caso el judicial) no constituye un argumento necesario ni suficiente para justificar su encargo a alguno de los poderes restantes (ejecutivo y judicial) ni a la sociedad civil en soledad (Gargarella, 1997: p. 70).

Finalmente, en relación a la tesitura reformista de Arrimada, adhiero a la necesidad de proponer diseños institucionales contextualizados. Las condiciones normativas y empíricas *no ideales* propias de cada sociedad política deben ser tomadas por punto de partida de toda construcción teórica en materia de filosofía política.

De este modo, junto con Gargarella y Arrimada, suscribo a la tesitura de que debe plantearse el fin del control judicial como *el*

---

[31] Linares, 2008: 19-20. Por otro lado, considero resultan acertados sus dos argumentos: 1) la intuición de que ambos órganos (Legislativo y Judicial) son falibles, y tienen unas mismas probabilidades de vulnerar derechos; y 2) la idea de que el contenido y alcance de nuestros derechos son materia de profundos y persistentes desacuerdos entre ciudadanos (Linares, 2008: 20).

único y último mecanismo de control de constitucionalidad. Debemos empezar a diseñar modelos dialógicos en los que dicho mecanismo conjuntamente con *otros controles* emanados de *otros actores* (tales como el poder legislativo, y/o la sociedad civil) permita una verdadera deliberación pública sobre la constitucionalidad de las normas. Más precisamente, defiendo la idea de que la adopción de un diseño deliberativo del mecanismo de control de constitucionalidad, implica necesariamente rechazar la hipótesis de que tal control recaiga enteramente en uno de los tres poderes constituidos, o en la ciudadanía misma en soledad.

5. Razones democrático-deliberativas para la defensa de un modelo dialógico de Control Judicial de Constitucionalidad[32]

En el análisis comparativo y evaluación efectuada en el apartado anterior he señalado que la propuesta teórica de Gargarella y Arrimada resulta la más adecuada.

En este parágrafo procederé a explicitar entonces aquellas razones de peso que podrían esgrimirse en defensa de la *superioridad normativa* de tal enfoque, en relación a los restantes enfoques deliberativos en este trabajo reconstruidos, siempre teniendo por filtro de evaluación una perspectiva epistémica y los presupuestos centrales de una concepción democrática deliberativa de tipo neo-republicana[33].

---

[32] En palabras de Habermas, "una concepción dialógica entiende la política como un proceso de razón y no exclusivamente de voluntad; de persuasión y no exclusivamente de poder; dirigido hacia la consecución de un acuerdo relativo a una forma buena o justa, o por lo menos aceptable, de ordenar aquellos aspectos de la vida que se refiere a las relaciones sociales de las personas y a la naturaleza social de las personas" (Habermas, 2005: 3). En este sentido, huelga aclarar que si bien este trabajo adscribe al carácter dialógico del proceso de deliberación democrática, no adhiere a las tesituras específicas que componen la *concepción dialógica habermasiana* del modelo democrático deliberativo, sino que defiende una *concepción neo-republicana* del mismo. Las tesituras centrales de esta última concepción han sido explicitadas en las pp. 5-7 del presente trabajo. En cuanto a cuáles son las principales tesituras de la *concepción dialógica habermasiana* del modelo democrático deliberativo, véase Habermas, J., "Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa", Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, num. 10, 2005. En dicha obra, Jürgen Habermas defiende una concepción dialógica de democracia deliberativa, como un tercer modelo, distinto y superador, de las concepciones liberal y republicana.

[33] Al respecto de cuáles presupuestos conceptuales y normativos se tienen específicamente en cuenta me remito a las pp.5-6 de este mismo trabajo. En este sentido, las razones aquí ensayadas no intentan ser suficientes o excluyentes, pero si necesarias o decisivas.

a. La defensa del CJC como un mecanismo que posibilita el diálogo, y más precisamente la deliberación entre poderes, así como entre estos y la sociedad civil toda, se hace eco de las implicancias normativas de asumir una adecuada concepción del pluralismo político. Al respecto de la idea de *pluralismo político*, resulta pertinente la distinción trazada por John Rawls entre *pluralismo político simple* y *pluralismo político razonable* como concepciones filosófico-políticas opuestas[34]. Quienes defienden un *pluralismo simple* adhieren a la idea de que el consenso mínimo necesario para la cooperación social se construye teniendo en cuenta todas aquellas doctrinas políticas efectivamente defendidas en una comunidad política determinada.

De este modo, incluso aquellas doctrinas que luzcan irracionales, inmorales, irrazonables, o impracticables, tendrán su lugar en la discusión democrática mediante la cual se fijen los criterios de legitimidad política. Ello, no como fruto de la vigencia de un criterio político normativo de tolerancia para con las perspectivas rivales, sino, resultado de la capacidad empírica concreta que posea cada agente para imponerse como un contendiente político a considerar en dicho debate[35]. En contraposición a dicha postura, aquellos que sostienen un *pluralismo razonable* (como J. Rawls) señalan que a los fines de obtener *un consenso superpuesto* de doctrinas políticas disímiles debemos considerar solamente a aquellas que sean *racionales* y *razonables*. Si bien, puede decirse que los cinco autores en este trabajo reseñados (Nino, Gargarella, Martí, Linares, Arrimada) adhieren a esta última concepción, sin embargo el diseño del CJC específicamente propuesto por Gargarella y Arrimada, atento su carácter *no adversarial*, es el único que permitiría cumplir con ambas pautas, de *racionalidad* y *razonabilidad*[36]. Ello se debe a que a los fines de arribar a decisiones *razonables en un sentido rawlsiano*, respecto a la constitucionalidad de las normas, es decir, teniendo por fin incluir

---

[34] A los fines de profundizar en las implicancias normativas de la distinción entre *pluralismo político simple*, y *pluralismo político razonable*, véase Rawls, J., *Liberalismo Político*, México D.F., F.C.E., 1995, pp. 11-23, 66-81.

[35] Agradezco al Dr. G. Lariguet por su sugerencia de aclarar este punto. En este sentido, ha quedado debidamente advertido el lector de que el valor moral de la "tolerancia política" no forma parte de la concepción pluralista simple más arriba descripta.

[36] Cfr. John Rawls (1995: 66-86) la *razonabilidad* (*en sentido restringido*) determina la *legitimidad moral* o no de una doctrina política; y la *racionalidad* permite señalar si tal postura es *efectiva* o no.

todas aquellas perspectivas razonables existentes al interior de una determinada sociedad democrática, resulta necesario contar con un amplio debate político, es decir, un real diálogo entre poderes y ciudadanos, evitando así que tal trascendental tarea interpretativa se conduzca por meros criterios prudenciales, racionales, de eficacia u oportunidad.

b. El enfoque dialógico, no adversarial asumido por Gargarella coincide con el presupuesto democrático-deliberativo que señala la necesidad de *validación intersubjetiva de los resultados alcanzados,* así como aquel que indica que siendo el proceso deliberativo eminentemente colectivo, público, argumentativo, de reflexión dialógica, debe ser considerado *abierto y auto-correctivo.* De este modo, tal diseño institucional posibilita con mayor grado de probabilidad (aunque no garantiza) que los resultados de tal control de constitucionalidad dialógico sean *epistémicamente superiores* a los obtenidos mediante otros diseños. Nino a mediados de los años 80´ fue junto con Joshua Cohen, fue uno de los primeros teóricos en desarrollar una justificación epistémica de la democracia (Arrimada, 2008: 96-97).

Al respecto, Nino defendió la tesitura de que la democracia es preferible como forma de gobierno, frente a las formas de gobierno no democráticas rivales, atento su valor epistémico (Nino, 1997: 154, 160-162, 166-187). A su vez conforme tal criterio epistémico, de entre los distintos modelos normativos de democracia posibles (elitista, pluralista, consensualista, perfeccionista, etc.) la democracia deliberativa se erige como un modelo superior (Nino, 1997: 187-198[37]). Al respecto, J. L. Martí señala que el proceso de deliberación, atento se guía por el principio argumentativo de decisión, posee al menos *cuatro*

[37] C.S. Nino señala que conforme una justificación epistémica del proceso deliberativo, se deben rechazar como argumentos válidos a los siguientes: 1) la mera expresión de deseos o intereses; 2) la mera descripción de hechos, como una tradición o una costumbre; 3) la expresión de proposiciones normativas que no admiten una aplicación general, es decir solo validas para determinados casos y sujetos específicos; 4) la expresión de proposiciones normativas no universales, es decir válidas solo para el presente; 5) la expresión de argumentos que de su correlación con los sostenidos por el mismo agente en otro tiempo o lugar llevaría a vislumbrar una inconsistencia pragmática obvia; 6) la expresión de proposiciones normativas que no parecen tomar en cuenta los intereses individuales, sea por la referencia a un sujeto abstracto o a un colectivo difícil de precisar; y 7) la expresión de proposiciones normativas que no intentan ser morales, y se asientan meramente en razones prudenciales o estéticas (Nino, 1997: 171-172).

efectos epistémicos positivos[38]: 1) el intercambio de información (Martí, 2006:194); 2) la detección de errores fácticos y lógicos (Martí, 2006:194); 3) el control de las emociones y exclusión de las preferencias irracionales[39]; y 4) dificulta la manipulación de las preferencias y agendas políticas (Martí, 2006:195).

c. El modelo de CJC dialógico propuesto responde a la más avanzada e innovadora perspectiva en democracia deliberativa, la cual señala la necesidad de evaluar la legitimidad de las decisiones políticas desde *una perspectiva sistémica*, tomando a la democracia como un sistema, es decir, adoptando un *enfoque de gran escala* que tome en cuenta la interdependencia existente entre sus distintos componentes o áreas, evitando así los habituales enfoques de *pequeña escala*, que limitan el análisis teórico al marco específico de uno o algunos foros deliberativos sin dar cuenta de las complejidades propias de la interacción entre los mismos (Parkinson, Mansbridge, 2012: 1-2)[40].

De este modo, un enfoque deliberativo sistémico, permite ver más claramente cuáles son aquellas áreas del sistema que deben ser mejoradas, y recomendar así innovaciones en los diseños institucionales que posibiliten superar aquellas debilidades concretas del sistema, a la vez que mantener el correcto funcionamiento del sistema en general (Parkinson, Mansbridge, 2012: 4)[41].

---

[38] Los mismos son enunciados en Martí, 2006: 193-196. Al respecto, J. L. Martí, aclara que el *efecto epistémico* del proceso deliberativo opera *a nivel individual*, aumentando la competencia epistémica individual de cada participante, de manera que incrementa su probabilidad de tomar una decisión correcta. Únicamente en dicho sentido es que resulta válido afirmar que la deliberación ayuda a elevar el valor epistémico de *la democracia en general* (Martí, 2006: 198).

[39] Es de destacar que en el marco de la teoría democrática deliberativa ciertas emociones (en determinado contexto epistémico) pueden contribuir al adecuado desarrollo de la deliberación democrática. En apoyo de esta tesitura véase Martí, 2006: 195; Nino, 1997: 175-176; Mansbridge, J., en Besson, S. y Martí, J. L. (ed.) *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post- national Challenges*, London, Ashgate, 2006. pp. 107-132.

[40] Al respecto, de cuáles son las ventajas de adoptar dicho enfoque sistémico deliberativo, véase: Parkinson, J., Mansbridge, J., (Eds.), *Deliberative Systems*, Cambridge:, Cambridge U. P, 2012, pp. 2-3.

[41] En cuanto a cuáles son los componentes, engranajes o partes de aquel "sistema deliberativo a gran escala", debe señalarse que Parkinson y Mansbridge incluyen tanto a las instituciones, mecanismos, y organismos con expresas funciones deliberativas, así como aquellos con roles en principio no deliberativos, pero que influyen en las primeras. A su vez, al interior de los foros expresamente deliberativos, quedan incluidos tanto los ámbitos formales como los informales de deliberación pública (Parkinson, Mansbridge, 2012: 7-10).

6. Razones para la defensa de un rol judicial protagónico

¿Pero por qué otorgar tal rol preponderante al poder judicial? Más allá del principio general, conforme el cual se impone un diálogo entre poderes, y entre ellos y la sociedad civil, considero existen al menos *dos argumentos normativos deliberativos* que podrían válidamente esgrimirse en defensa de *un rol más activo del poder judicial*, en comparación con el de los restantes sujetos intervinientes en dicho debate[42].

En primer lugar, existe un *argumento epistémico*, acerca de porque debiera tener especial consideración la opinión vertida por los magistrados en materia de constitucionalidad de las normas. El mismo puede ser desagregado en dos premisas: a) el Poder Judicial ha sido pensado como *un foro de audiencia* de los reclamos y demandas de justicia circunstanciadas de los ciudadanos, individual o grupalmente considerados. El proceso judicial, esta encaminado a garantizar la protección de los derechos de quienes específicamente acuden a los estrados de la magistratura, más allá del amplio alcance normativo que puedan tener ciertas sentencias en cuanto precedentes para futuros litigios[43]; y b) la Constitución señala que los magistrados son los encargados de interpretar y aplicar las leyes, atento lo cual, su elección responde principalmente a los criterios de capacidad e idoneidad para tal tarea específica (aspecto personal). Ambas premisas justificarían la defensa de la *superioridad epistémica* de las consideraciones vertidas por los jueces respecto a la constitucionalidad de las normas, más no su supremacía última.

En segundo lugar, podría ensayarse *un argumento sobre la imparcialidad de las decisiones judiciales.* Al respecto, y desde un

---

[42] Las razones aquí enunciadas se enmarcan en una línea argumentativa contemporánea dirigida a la defensa de la superioridad del razonamiento judicial en términos de *imparcialidad.* En particular, mi postura se hace eco de la tesis rawlsiana sobre el "deber de civilidad" que pende sobre los magistrados como resultado de la adopción de una "concepción pública de la justicia". A los fines de acceder con mayor precisión al razonamiento de John Rawls, véase: Rawls, 1995: 230-235. Esta línea argumental es explícitamente criticada por en: Gargarella, 1997: 67-69.

[43] Por el contrario, la Constitución no prevé ni provee a los poderes políticos de canales comunicacionales institucionales epistémicamente aptos para recibir reclamos específicos, circunstanciados, en términos de derechos vulnerados, sino que se presupone que mediante la elección de tales representantes, la ciudadanía les ha delegado la defensa de ciertas perspectivas políticas generales (aspecto estructural).

enfoque normativo no ideal puede señalarse que muchas constituciones sí receptan un estándar normativo dirigido a garantizar la imparcialidad de las decisiones judiciales[44]. Por supuesto, si bien tal deber no ofrece certeza respecto a tal neutralidad, si determina *un ideal regulativo* a seguir en materia de interpretación y aplicación de las leyes. En este sentido, más allá de las verdaderas motivaciones psicológicas y morales concretas que lleven a los magistrados a adoptar tal o cual resolución, se impone claramente por mandato constitucional que la justificación de las sentencias responda necesariamente (aunque no suficientemente) a los criterios de legalidad, racionalidad, y razonabilidad moral. De este modo, en el marco de *un sistema de control de constitucionalidad dialógico*, como el que este trabajo propone, la evaluación positiva o negativa de tales considerandos y sus correspondientes sentencias, es decir la legitimidad democrática de las mismas, quedaría librada en primera instancia a los resultados de un diálogo Inter-poderes, y finalmente a las consideraciones de la sociedad civil[45].

7. Conclusión

Finalmente, quisiera señalar que la incógnita última acerca de la legitimidad o ilegitimidad democrática deliberativa, del control

---

[44] Aquí *enfoque normativo no ideal* debe ser entendido como el opuesto al *enfoque ideal rawlsiano* sobre la completa neutralidad del razonamiento judicial. En cuanto a la distinción entre teoría ideal y no ideal, la misma fue introducida por John Rawls, en la tesitura de que la construcción de toda teoría moral consta de dos partes. La primera, denominada *teoría ideal*, contiene aquel conjunto de principios morales, que son propios de una sociedad bien ordenada en circunstancias económicas favorables, y presupone por parte de los ciudadanos, el cumplimiento estricto de los mismos. La segunda, o *teoría no ideal*, partiendo de una sociedad democrática real en donde el cumplimiento de tales principios es parcial, se pregunta por aquellos pasos graduales, reales, prácticos, que permitirían arribar al cumplimiento estricto de aquella concepción ideal (Rawls, 1999: 3-10).

[45] En este sentido, el ideal del autogobierno democrático deliberativo requiere necesariamente de un activo control ciudadano sobre las acciones acometidas por sus conciudadanos y representantes en la esfera pública de deliberación. En palabras de Thomas Jefferson: *la eterna vigilancia es el precio de la libertad.* Considero, este *second best normativo*, que implica el diseño de tal sistema dialógico de control, en el cual se brinda una especial consideración a las resoluciones judiciales, evita varias, sino todas, las críticas formuladas a la tesitura sobre el "deber de civilidad" rawlsiano enmarcado en la pretensión de *cumplimiento estricto* del ideal de justicia pública, a la vez que rescata un potente y necesario criterio normativo, el cual se muestra coherente con los presupuestos conceptuales y normativos del modelo deliberativo de democracia neo-republicano aquí propuesto.

judicial de constitucionalidad de las leyes, *no ha pretendido* hallar *definitiva* respuesta en las páginas de este trabajo.

Ello, por dos razones. En primer lugar, todo artículo constituye de por sí, un circunscripto espacio de análisis (aspecto contingente). En segundo lugar, y principalmente, ello se debe al carácter dialéctico, abierto, dialógico, auto-correctivo, deliberativo, del proceso intersubjetivo mismo de construcción de conocimiento científico (aspecto necesario).

En este sentido, el objetivo central de este trabajo ha sido que las ideas que lo conforman, enriquezcan -aunque sea mínimamente- en términos epistémicos, el apasionante debate sobre el control de constitucionalidad de las normas. El grado de cumplimiento de esta última meta, dependerá entonces de las intervenciones dialógicas-deliberativas de quienes se aboquen a su lectura.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS AUTONOMÍAS LOCALES

José Carlos Moslares •

1. Introducción

El control de constitucionalidad constituye una de las atribuciones más trascendentes del Poder Judicial atento a que en la misma radica la preservación de la supremacía y soberanía constitucional.

En el control de constitucionalidad el poder judicial verifica que los actos y normas que dictan los poderes ejecutivo y legislativo se adecúen y respeten lo dispuesto por la Constitución y en caso de constatar alguna contradicción declarar la inaplicabilidad del acto cuya constitucionalidad se cuestiona.

La Corte[1] cuando describe esta actividad lo hace señalando "es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se llevan a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella".

Un aspecto que es interesante analizar es como se vincula el control de constitucionalidad que ejerce la Corte en su carácter de último intérprete de la Constitución y por otro lado el sistema federal

---

• Abogado (UN Mar del Plata). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA), Docente en la Universidad Nacional de La Pampa en la cátedra Legislación de la Facultad de Ingeniería y en la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. El presente trabajo fue expuesto en el marco del Seminario "La Constitucionalización del Derecho" organizado en conjunto por la UNLPam y el Centro de Capacitación Judicial de la Provincia de La Pampa en octubre y noviembre de 2013.

[1] CSJN, "Banco Comercial de Finanzas S.A.", Fallos 327:3117.

de gobierno y el respeto de las autonomías provinciales y sus instituciones. En el cual una de sus notas características es la autonomía de los gobiernos e instituciones locales sin injerencia del poder central.

Lo que en el presente se busca plantear son cuales son analizar a través de una recopilación de fallos de la Corte cual ha sido su postura respecto de aquellas potestades o facultades no delegadas por las provincias a la Nación y de que modo ella interviene en las mismas a través de su función de interprete final de la Constitución y "guardián" de sus máximos postulados.

La Corte[2] tiene sentado desde sus inicios: "que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales según la declaración del art. 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el art. 104" (causa L.XXX. "D. Luis Resoagli c. Provincia de Corrientes p/ cobro de pesos", fallada el 31 de julio de 1869).

Esta doctrina perdura en el tiempo y se puede observar que se cita por la Corte en cada fallo que se dicta sobre la materia federal.

En otro fallo la Corte[3] desarrolla más ampliamente el concepto señalando que: "El art. 5º de la Const. Nacional declara la unidad de los argentinos en torno al ideal republicano. Pero se trata de una unidad particular. Es la unidad de la diversidad. Diversidad proveniente, precisamente, del ideal federalista abrazo con parejo fervor que el republicano. El federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia; empero, dicha identidad no encuentra su campo de realización solamente dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al gobierno federal (art. 104 y concs., Const. Nacional), sino también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del art. 5º, citado. Esto último, asimismo, configura una fuente de vitalidad para la república, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias de caminos propios para diseñar, mantener y

[2] CSJN, Fallos 7:373

[3] CSJN, Fallos 411:460

perfeccionar los sistemas republicanos locales. Por lo demás, si la Constitución Nacional, para la época de su dictado, fue establecida como causa ejemplar de las instituciones locales, los posteriores desarrollos del constitucionalismo provincial configuran una rica fuente para el desarrollo y progreso aun de las instituciones nacionales. No entraña la diversidad enunciada ninguna fuerza disgregadora, sino una suerte de fructífera dialéctica, enmarcada siempre por la ley cimera de la Nación".

La Corte ha señalado en autos "Sosa, Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz"[4] de fecha 14/09/2010: "Que corresponde al Congreso Nacional asegurar, proteger y vigilar la integridad, la autonomía y la subsistencia de las provincias, dentro de la unidad coherente del estado federal al que pertenecen (artículo 5 y 75 inc. 31).

En este sentido, el incumplimiento por parte de la provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (artículos 5, 116 y 117 de la Constitución Nacional), a la par que afecta la relación de subordinación propia del federalismo al que deben sujetarse todas las provincias argentinas cuando reciben un mandato del poder federal de la República (Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución Reformada, EDIAR, 1998, Tomo I, p. 462).

La Constitución Nacional autoriza al Congreso de la Nación a garantizar la forma republicana de gobierno (artículos 62 y 75 inciso 31), que se vería privada de la base misma que la sustenta si se ignorasen las atribuciones que el texto constitucional reconoce a esta Corte para la resolución de controversias con carácter final, quedando desquiciadas las funciones estatales, con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales."

Ahora bien ¿Cómo juega esa garantía respecto de la función de control de constitucionalidad que ejerce la Corte?.

En el caso "Freindenberg de Ferreyra, Alicia Beatriz vs. Honorable Legislatura de Tucumán"[5] la Corte en su considerando 4° señaló: "si bien la Constitución Nacional garante a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección

[4] CSJN, Fallos, 333:1770

[5] CSJN, Fallos 331:1755

de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (arts. 5° y 121 y sgtes.), establece su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31) y encomienda a esta Corte su mantenimiento."

En la causa "Córdoba convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007 s/ recurso de apelación y nulidad"[6], fallada en noviembre del año 2007, nuestro más Alto tribunal destacó:

> ...Que la naturaleza y las implicaciones de la cuestión planteada llevan a destacar que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentado el postulado axiomático de que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación, no para el gobierno particular de las provincias, las cuales, según la declaración del art. 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir: que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 104" (Fallos: 7:373; 317:1195). Es por ello que la misión más importante de la Corte consiste en interpretar la Constitución Nacional de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa. Del logro de ese equilibrio debe resultar la adecuada coexistencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuarán en dos órbitas distintas, debiendo encontrarse sólo para ayudarse (Fallos: 186:170; 307:360).
>
> Que, sin embargo, la Constitución Nacional que garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 1° y 5°), impone su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31)

[6] Fallos 330:4797

> y encomienda a esta Corte el asegurarla como último custodio de la Ley Suprema (art. 116). Mas esa intervención está rigurosamente limitada a los casos en que, frente a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Sólo ante situaciones de excepción como la enunciada, la actuación de ese tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804, considerando 17)."

Lo que se trata de lograr con estas citas es de algún modo poder elaborar una doctrina referente a la posición que asume la Corte respecto de la "intervención" en asuntos locales en resguardo de la supremacía constitucional.

Es la misma Corte[7] que en el caso "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/Provincia de Santa Fe s/ Accion declarativa" rescata la autonomía institucional de las provincias al señalar que: "…la Constitución de una provincia es el código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación".

La Corte en los fallos citados establece como principio el reconocimiento de un orden federal y plena vigencia de sus instituciones pero sujeta siempre que se respete los principios establecidos en los artículos 1°, 5° y 31° de la Constitución Nacional, referidos al sistema de gobierno, los límites de la garantía federal y la supremacía de la Constitución Nacional.

Entre los poderes conservados por las provincias está la potestad que tienen las provincias de darse sus propias normas electorales que son las que permiten elegir sus propias autoridades.

---

[7] CSJN, Fallos 317:1195

¿Qué entendemos por régimen electoral local? El Dr. Barrera Buteler lo define como el "conjunto de normas que regulan la conformación del cuerpo electoral, las divisiones territoriales, los procedimientos para la oficialización de listas y de boletas, el desarrollo del acto electoral, el escrutinio y las faltas y delitos electorales y los sistemas electorales" (Constitucion de la Nacion Argentina y Normas Complementarias. Analisis doctrinario y jurisprudencial. Ed. Hammurabi. Tomo 4. Págs. 811/812).

El principio sentado por la Corte[8] en la materia es (o era) el siguiente: "la elección de cargos electivos nacionales se rige por las normas y autoridades federales y las de cargos electivos locales por normas y autoridades provinciales".

Ahora bien, existiendo coincidencia entre la opinión de la Corte y la doctrina en que constituye materia local la elección de autoridades provinciales y municipales, nos encontramos que esto tampoco constituye una doctrina inamovible e incuestionable.

La Corte el día 22 de octubre de 2013 emite dos fallos referentes a elección de autoridades provinciales totalmente contradictorios en cuanto a las conclusiones a las que arriba.

El primer caso es "Union Civica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia s/acción declarativa de certeza" el 22 de octubre de 2013.

Allí la Corte debe resolver sobre un planteo que se realiza en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de que la Corte se expida si el Dr. Gerardo Zamora se encuentra habilitado para presentarse como candidato a gobernador para las elecciones a realizarse para el período 2013/2017.

La Corte repite sus precedentes anteriores respecto del respeto de las autonomías provinciales. Así en su considerando 3º señala: "…este Tribunal…jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos y ha sentado el postulado axiomático de "que la Constitución federal de la República se adoptó para su gobierno como nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales según la declaración del artículo 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas

[8] CSJN, Fallos (305:926; 307:1790)

sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación como lo reconoce el artículo 104…".

La Corte entiende que está habilitada su competencia para resolver en el caso y que "la actuación de los tres poderes del Estado encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución federal (artículos 1º, 31 y 36) y que los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos.".

Para motivar su intervención en una materia, a mi entender, estrictamente local, lo hace en su considerando 13º

> "Que esta medida de orden excepcional se dicta en el entendimiento de que la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal en el artículo 122. Sin embargo, en el presente se denuncia que han sido afectadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno que las provincias se obligan a respetar en el artículo 5º. Es por ello que la intervención de esta Corte se torna imperiosa para que sean respetados los principios fundacionales del federalismo argentino".

Ello es que para respetar al federalismo la Corte decide intervenir y resolver una cuestión de naturaleza estrictamente local con prescindencia de las instituciones provinciales con competencia específica para resolver la cuestión.

Así lo señala la Procuradora, quien citando precedentes de la misma Corte señala que no existe en la causa un "manifiesto contenido federal…cuando en el proceso se debatan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de ellas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales"

Concluyendo que "debe ponerse de relieve que el art. 122 de la Constitución Nacional dispone que las provincias `se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus

legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal´ con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra Gobierno incluye la Corte Suprema, a la que no le incumbe discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme el artículo 105 de la Constitución Nacional….Ello es así, en razón de que conservan su soberanía absoluta en lo que concierne a los poderes no delegados a la Nación, según reconoce el artículo 121 de la Ley Fundamental.”.

El otro fallo es “Partido Obrero de la Provincia de Formosa c/Formosa, Provincia s/acción declarativa de inconstitucionalidad”. En este caso el Partido Obrero de la Provincia de Formosa, solicita la inconstitucionalidad de los artículos 73 y 74 de la ley provincial 152 (Régimen Electoral de la Provincia de Formosa), como así también de la ley provincial 653 (Sistema Electoral: Lema y Sublema).

En qué se fundaba su reclamo? En que atento la ley de lemas generaba confusión en el electorado, que el candidato del sublema más votado se declaraba ganador pese a que podría no ser el que más votos hubiera obtenido en la elección, y en que el sistema de asignar los dos tercios de los cargos a la lista que obtuviera la mayoría de los votos y el tercio restante a la que obtuviera el segundo lugar importaba una proscripción a los partidos minoritarios.

Dentro del planteo de inconstitucionalidad solicita la actora que: “se ordene al Tribunal Electoral Permanente de la Provincia de Formosa la instrumentación de un método por el cual la boleta del Partido Obrero ocupe un lugar perfectamente distinguible en las mesas, respecto a las setenta y tres boletas oficializadas, a fin de facilitar su identificación por aquellos ciudadanos que la quieran votar.”

La Corte rechaza la presentación señalando: “el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre cuestiones propias del derecho provincial, y dictadas en uso de facultades reconocidas en los articulas 121 y 122 de la Constitución Nacional.”.

Este fallo es el que es coherente no sólo con los precedentes de la misma Corte en la materia sino también con el respeto y reconocimiento de las autonomías provinciales, en cuanto a la elección de sus autoridades locales y respeto de sus regímenes electorales consagrados por la Constitución Nacional en sus artículos 121 y 122.

Pero la Corte para asegurar de algún modo la coherencia con la posición que asume en el caso de la re reelección del gobernador de Santiago del Estero señala que "esa intervención (la del art. 117 de la Constitución Nacional) está rigurosamente limitada a los casos en que, frente a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar."

De algún modo lo que la Corte parece querer hacer un distingo entre los dos fallos señalando que ella va a intervenir, más allá de la materia traída a su conocimiento, esto es si son normas locales o federales, siempre que desde los ordenamientos locales se aparten de los principios del "sistema republicano federal" que las provincias deben asegurar.

Ahora bien cuáles son esos principios del sistema que las provincias deben asegurar? La Corte es el custodio de los principios del orden federal con prescindencia de los estamentos locales?

Estos interrogantes son los que de algún modo pueden generar inconvenientes no en la resolución de estos casos sino en el antecedente jurisprudencial que habilita la intromisión en cuestiones de naturaleza eminentemente local.

Pero esto no es una interpretación caprichosa, este "péndulo jurídico" de la Corte que ante dos situaciones idénticas falla de dos maneras diametralmente opuestas, de manera tal que parece no abandonar su doctrina tradicional respecto del reconocimiento de materia de carácter de la legislación referente a la elección de las autoridades locales, a excepción que de algún modo se desconozcan en los mismos "los principios fundacionales del federalismo argentino" o "queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales".

Al respecto el Dr. Guillermo Barrera Buteler[9] señala: "...las provincias argentinas, en tanto verdaderos estados en ejercicio de su autonomía política, están facultadas para darse a sí mismas `sus propias instituciones locales´(art. 122 C.N.) y, por eso, `cada provincia dicta su propia Constitución´(art. 123 C.N.). Además, el ya citado art.

---

[9] HERNÁNDEZ, Antonio María (Coordinador), "*Derecho Publico Provincial*, Ed. Lexis Nexis. Págs 299/300.

122 dispone que las provincias `Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal, lo que importa claramente establecer que la regulación del propio régimen electoral es un poder conservado por cada provincia,...Ahora bien, aun siendo la materia electoral uno de los poderes conservados por las provincias argentinas, al hallarse insertas en una relación federal que las hace integrantes de una comunidad mayor (el Estado federal), esa autonomía institucional debe ser ejercida dentro del marco que fija el conjunto de principios, creencias y valores fundantes de la Federación y que está contenido en la Constitución Nacional".

La practica institucional del régimen federal demuestra que en materia electoral las provincias lejos de reglamentar o legislar sobre un régimen electoral propio se han limitado a copiar o reproducir lo dispuesto en el orden federal, incluso realizando de manera simultanea la elección de autoridades locales y municipales con las autoridades nacionales cuando de ningún modo esto es un requisito constitucional para la validez de las mismas.

La Ley Nº 15.262 (B.O. 19/12/1959), de simultaneidad de elecciones provinciales y municipales con las nacionales establece en su artículo 1° que: "Las provincias que hayan adoptado o adopten en el futuro el Registro Nacional de Electores, podrán realizar sus elecciones provinciales y municipales simultáneamente con las elecciones nacionales, bajo las mismas autoridades de comicio y de escrutinio, en la forma que establezca la reglamentación." En su artículo 3° señala que: "La oficialización de las boletas de sufragio y su distribución quedarán a cargo de la Junta Electoral Nacional, a cuyo efecto las autoridades locales respectivas remitirán la correspondiente lista de candidatos oficializados."

Lo que hizo el legislador nacional no puede tomarse como un avance sobre facultades propias de las provincias. Son ellas las que voluntariamente adhieren al régimen propuesto.

Es en ésta omisión o "modorra" legislativa de las provincias donde el orden federal se inmiscuye atento la pasividad del legislador y del constituyente provincial.

Lo que de algún modo llama la atención del fallo sobre la re reelección del gobernador de la provincia de Santiago del Estero que la Corte deja de lado, a mi entender, su doctrina de que lo referente a la elección de las autoridades provinciales y su régimen electoral eran

cuestiones de derecho local que no habilitaban el ejercicio de su jurisdicción.

Es por ello que más allá de que entendamos le asiste razón al fondo de la cuestión en lo referente a que existe, si se habilitara la presentación del Dr. Zamora como candidato a una tercera reelección, un claro incumplimiento de lo establecido en la constitución de la provincia de Santiago del Estero, se genera un precedente que no solo contradice la doctrina de la Corte sino que importa un avance por parte de ella por sobre las autonomías que parecía buscar respetar.

Así el maestro Joaquin V. Gonzalez[10] señalaba: "…la esencia del federalismo es que las dos soberanías, deslindadas según aquel principio, ejercen sus poderes respectivos de manera y forma tan plena y amplia como lo juzguen necesario y justo; y en esta teoría excluye por completo toda injerencia recíproca de la Nación o la Provincia, por cualquiera de sus órganos gubernativos".

Es por ello que no puede la Corte, a nuestro entender, interferir en cuestiones locales so excusa de preservar un espíritu federal que, si reside en alguien, es en las provincias y sus instituciones.

[10] GONZALEZ, Joaquin V., *Manual de la Constitución Argentina*, vol. III, pág. 595

EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO Y LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL EJECUTIVO DE ACEPTAR LA RENUNCIA DEL JUEZ ACUSADO. NECESIDAD DE UN CAMBIO LEGISLATIVO.

Sergio Javier Díaz •

I. Introducción

La opinión pública se vio conmovida en diciembre de 2011 cuando en la ciudad de General Pico, provincia de La Pampa, ocurrió un hecho delictivo gravísimo que tuvo trascendencia nacional.

M.T. había sido acusado por C.F. de abuso sexual agravado hecho que había derivado en la detención de aquél. Tiempo después víctima y acusado contrajeron matrimonio y solicitaron la aplicación de la figura del avenimiento prevista en el artículo 132, última parte, del Código Penal argentino[1]. Dos jueces del Tribunal de Impugnación Penal acogieron la medida y concedieron la libertad a M.T., quien una semana más tarde mató a su joven esposa.

Los diputados provinciales, luego de conocido el fatal desenlace, acusaron por mal desempeño a los jueces que dictaron aquella resolución. Uno de ellos presentó su renuncia para acogerse a los beneficios de la Ley nro. 2341 –que estableció el derecho a un retiro especial a los agentes del estado provincial, sus reparticiones u organismos descentralizados, municipalidades o comisiones de fomento– la que fue aceptada por el Gobernador mediante el Decreto nro. 31 fechado el 13 de enero de 2012[2]. El Jurado de Enjuiciamiento,

---

• Abogado (Universidad Nacional del Comahue), Especialista en Derecho Público (Universidad Nacional de Córdoba). Secretario del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, Sala A.

[1] El art. 1 de la Ley 26.738 (BO. 7/4/2012) sustituyó el texto del art. 132 del CP. eliminando la posibilidad del avenimiento. El caso judicial de referencia fue la causa inmediata de esta derogación aprobada por unanimidad por las Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación.

[2] BO La Pampa nro. 2981, 27/01/2012.

por mayoría, resolvió el cierre del proceso de destitución respecto del renunciante por haber devenido abstracta la cuestión[3].

Expuesto el caso, el eje central de este trabajo gira en torno a la discusión sobre si la decisión del Ejecutivo de aceptar la renuncia del magistrado acusado ante el Jurado de Enjuiciamiento afecta la competencia de este último.

2. El Jurado de Enjuiciamiento

Esta institución tiene fuerte raigambre federal[4] pues fueron las provincias las que primero incorporaron en sus constituciones este régimen especial de remoción de magistrados y demás funcionarios judiciales.

Así pueden citarse, entre otras, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873 (art. 190); la de Córdoba de 1883 (art. 127) y de 1923 (art. 127); de Entre Ríos de 1933 (art. 169), de Salta de 1929 (art. 159); de San Juan de 1927 (art. 133); de San Luis de 1927 (art. 123).

Como contracara de ello, en el ámbito nacional, hasta la reforma constitucional de 1994 los hechos graves que podían constituir mal desempeño o comisión de delitos y que justificaban la remoción de los jueces federales tramitaban a través del juicio político, con acusación por la Cámara de Diputados y enjuiciamiento en el Senado.

Después de aquella revisión constitucional, los jueces de la Corte Suprema siguen sujetos a la posibilidad de remoción por juicio político. En cambio, los jueces inferiores pueden ser removidos por un Jurado de Enjuiciamiento después de que el Consejo de la Magistratura haya dispuesto la apertura del procedimiento de remoción de magistrados y formulado la acusación correspondiente. También es atribución de este último órgano ordenar la suspensión del magistrado acusado[5].

---

[3] Sentencia interlocutoria 26/03/2012.

[4] Fundamentos de la Ley de Jurado de Enjuiciamiento nro. 313, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa, 2 de septiembre de 1964, 15ª Reunión, 12ª Sesión Ordinaria, pág. 871.

[5] Arts. 114 y 115, Constitución Nacional.

José Manuel Estada –cuyas enseñanzas si bien se refieren al juicio político resultan plenamente válidas para el jurado de enjuiciamiento– afirmaba que el juicio político no tiene más objeto que averiguar si un empleado es hábil o inhábil para continuar en el desempeño de sus funciones[6].

Joaquín V. González, también en referencia al juicio político, decía que el propósito de este proceso no es el castigo del acusado, sino la protección de los intereses públicos contra el peligro u ofensa por el abuso del poder oficial, descuido del deber o conducta incompatible con la dignidad del cargo[7].

Para González Calderón el fin del procedimiento era establecer si existía causa para remover a un empleado público del empleo[8] y para Montes de Oca, impedir que permanezca en el cargo, cualquiera sea la causa que motiva la falta de idoneidad[9].

Humberto Quiroga Lavié sostiene que la función del jurado no es la de aplicar la ley penal, sino a partir de un juicio de certeza moral, determinar si el magistrado acusado ha incurrido en "mal desempeño", aun en el supuesto de que aquél se encuentre sospechado de la comisión de un delito[10].

El enjuiciamiento de un juez, dice Armagnague, no constituye una sanción individual a éste, sino que su finalidad es la de tutelar los

---

[6] ESTRADA, José M., *Curso de Derecho Constitucional*, segunda edición, Editorial Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, III, 256 Biblioteca Digital CSJN (http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/upload/libros/MO13691-96182/libro.pdf - acceso: 11-sep-12).

[7] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, (Actualizado por Humberto Quiroga Lavié), La Ley, Buenos Aires, 2001, 478.

[8] GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *La función judicial en la Constitución Argentina*, Librería Nacional, Buenos Aires, 1911, p. 94 (Biblioteca Digital CSJN http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/upload/libros/MO9013-101519/libro.pdf acceso: 11-sep-12).

[9] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1903, II, 223, citado por Carlos E. COLAUTTI en *El juicio de político y la renuncia de los magistrados*, LL 1991-B, 1090.

[10] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Naturaleza institucional del jurado de enjuiciamiento", LL 2000-B, 1008.

intereses jurídicos que les son confiados por razón de su investidura en el ámbito de sus funciones[11].

Por su parte, la abogada constitucionalista María Angélica Gelli expresa que el juicio de remoción no persigue sancionar al magistrado sino preservar la función jurisdiccional y cumplir con el deber estatal de proveer el servicio de justicia mediante la actuación de jueces sabios y probos[12].

En el ámbito de la provincia de La Pampa, la Constitución provincial de 1960 puso en manos del Jurado de Enjuiciamiento el control de la conducta de los jueces y funcionarios del Ministerio Público, con excepción de los ministros del Superior Tribunal de Justicia y el Procurador General.

Así, en el artículo 105 se estableció que los jueces de primera instancia, fiscales y demás funcionarios pueden ser denunciados por el mal desempeño o por desorden de conducta ante un Jurado de Enjuiciamiento, integrado por el presidente del Superior Tribunal de Justicia, dos abogados de la matrícula, los que son designados por sorteo en cada caso, y por dos diputados elegidos por la Legislatura. El organismo, agrega el texto normativo, es presidido por el presidente del Superior Tribunal de Justicia.

Por su parte, en el artículo 106 se dispuso que el fallo condenatorio para ser válido debe contar con el voto de la mayoría y que una ley especial establecerá el procedimiento, garantizando la defensa y el descargo del acusado, y fijará además los delitos y faltas sujetos a la jurisdicción del Jurado.

En la oportunidad de exponer los fundamentos de la ley nro. 313, norma jurídica reglamentaria de los artículos 105 y 106 de la Constitución provincial[13], el miembro informante señaló que a través del jurado de enjuiciamiento se procuraba equilibrar el derecho a la

---

[11] ARMAGNAGUE, Juan F., "El ejercicio de las funciones del magistrado es fundamental para la aplicación de mal desempeño", LL 2010-B, 452.

[12] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, 3ra. edición, La Ley, Buenos Aires, 2005, 949.

[13] Reglamenta el procedimiento para la remoción de los magistrados judiciales de las instancias ordinarias, que al ser anterior a la reforma constitucional de 1994, hace referencia a lo dispuesto en los artículos 105 y 106 que corresponden respectivamente a los artículos 113 y 114 de la Constitución provincial vigente.

permanencia en el empleo y la independencia del funcionario, con el justo derecho del Estado de desprenderse de aquellos funcionarios o magistrados que por falta de idoneidad física, intelectual o moral no pueden continuar en el ejercicio de sus funciones, que carezcan de condiciones mínimas de ecuanimidad, de imparcialidad y de rectitud y que obren al margen de la moral o de la ley, porque a la par que desprestigian la función pública, conspiran contra el buen nombre y estabilidad de las instituciones democráticas[14].

Tenemos entonces que este proceso constitucional tiene por finalidad proteger el principio constitucional de idoneidad[15] –tanto técnica como ética– de los magistrados en el desempeño de su cargo, cualidad que debe perdurar, omnipresente, durante todo su ejercicio.

3. Responsabilidad de los jueces

Establece la Constitución provincial que los jueces y demás funcionarios del poder judicial que necesitan del acuerdo de la Cámara de Diputados para su designación[16], conservan sus cargos mientras observen buena conducta y cumplan con sus obligaciones[17], esto como fundamento para asegurar una mayor independencia del Poder Judicial.

Como contrapeso de esa independencia judicial que la Constitución garantiza, emerge la responsabilidad política de los jueces la que, ya sea por mal desempeño, desorden de conducta o comisión de delitos, se hace efectiva por medio del juicio de remoción ante el jurado de enjuiciamiento.

Señala coincidentemente la doctrina que el proceso de remoción de magistrados es un juicio de responsabilidad política, con sujeción a las reglas del debido proceso; lo que equivale a decir –

[14] Fundamentos de la Ley de Jurado de Enjuiciamiento n.° 313, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa, 2 de septiembre de 1964, 15ª Reunión, 12ª Sesión Ordinaria, pág. 871

[15] Art. 27, Const. La Pampa.

[16] Art. 92, Const. La Pampa.

[17] Art. 93, Const. La Pampa.

siguiendo la opinión de Adrián Ventura[18]– que en lo sustancial el juicio es político, pero en lo formal se trata de un proceso orientado a administrar justicia en el que debe respetarse la garantía del debido proceso, el derecho de defensa y a una sentencia fundada, conforme con la doctrina elaborada por la Corte Suprema en el caso "Brusa" y sostenida en "Torres Nieto".

El tratadista Lino Enrique Palacio expresa que los jueces pueden incurrir en cuatro clases de responsabilidades: civil, penal, disciplinaria y política y que ésta última es la que reviste mayor amplitud y gravedad. Lo primero porque las causales que la determinan pueden ser, a su vez, fuente de responsabilidad civil o penal, o bien configurar conductas que ya han sido objeto de sanción en el ámbito disciplinario. Lo segundo en razón de que pone en tela de juicio la aptitud del juez para el ejercicio del poder de que se halla investido y da lugar a la sanción más enérgica que cabe aplicar a un funcionario público en su calidad de tal, como es la separación en el desempeño del cargo[19].

En referencia a qué debe entenderse por responsabilidad política, Alfonso Santiago (h) enseña que la responsabilidad es de naturaleza política cuando se examina, con vistas a decidir su continuidad, el modo en que ha sido ejercida una determinada función pública de carácter superior, con la finalidad de proteger principalmente la buena marcha del gobierno de una comunidad política y los bienes y valores que para ello se requiere. Por tanto, agrega el doctrinario, la evaluación de la responsabilidad política se expresa a través de un juicio valorativo y decisorio sobre la idoneidad funcional actual de un determinado magistrado para continuar en el ejercicio de su cargo[20].

Sobre la base de lo expuesto, cabe señalar entonces que el juicio de remoción es un proceso constitucional sustanciado por un órgano constitucional –el Jurado de Enjuiciamiento– con una función específica y exclusiva, cual es la de evaluar, en nombre de la

---

[18] VENTURA, A., "Apuntes sobre el enjuiciamiento de magistrados", LL 2003-A, 209.

[19] PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, sexta reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, II, 287.

[20] SANTIAGO (h), Alfonso, "Régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados judiciales" en Alfonso Santiago (h) (director), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, 1, 35.

comunidad, la responsabilidad política del magistrado o funcionario judicial acusado y juzgar si conserva la idoneidad requerida para continuar ejerciendo adecuadamente el cargo del que es titular, de modo tal de garantizar la calidad institucional y credibilidad del Poder Judicial.

4. La renuncia del magistrado y su aceptación

Esta cuestión ha sido debatida por la doctrina. Así, Bidart Campos entendía que la aceptación de la renuncia de un juez denunciado ante el Consejo de la Magistratura importaba frustrar la secuela del enjuiciamiento político[21]. En la misma línea de pensamiento se inscribe Humberto Quiroga Lavié[22].

Juan F. Armagnague, si bien participa de la tesis de que la renuncia del enjuiciado pone término al juicio político, es de la opinión que cuando este proceso constitucional se pone en movimiento con la investigación de la Comisión de Juicio Político, el Ejecutivo carece de competencia para aceptar la dimisión del magistrado, dado que ya está entendiendo en el caso el Congreso. Y concluye que si la dimisión ha sido anterior a la denuncia de enjuiciamiento, el Ejecutivo tiene atribuciones para aceptarla, y el juicio político no podrá comenzar[23].

Santiago Finn, por su parte, señala que en el marco jurídico actual, la renuncia aceptada por el Presidente pone fin al proceso de remoción. Agrega el citado autor que la decisión de si la renuncia del magistrado acusado produce la conclusión de su proceso de remoción queda únicamente en cabeza del Presidente y no de los órganos que tienen a su cargo el enjuiciamiento político de los magistrados. Opina que elementales principios de ética pública y de la forma republicana de gobierno aconsejan el dictado de una ley que establezca que la renuncia del magistrado no pone fin al proceso de remoción ya

---

[21] BIDART CAMPOS, Germán J., "La renuncia de jueces con enjuiciamiento político en trámite", LL 2001-B, 1396.

[22] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "¿Es constitucional que el Presidente de la Nación acepte la renuncia de jueces que se encuentran enjuiciados?", LL 2002-E, 1257.

[23] ARMAGNAGUE, Juan F., *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento en la nueva Constitución nacional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, 187/188.

iniciado por una acusación aprobada por el Consejo de la Magistratura o por la Cámara de Diputados[24].

Es bien conocida la postura doctrinaria del constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi en cuanto a la posibilidad de continuar el proceso de remoción a funcionarios que han presentado su renuncia al cargo, basándose en que la pena de inhabilitación contenida en el artículo 52 de la Constitución nacional reviste el carácter de pena principal juntamente con la de destitución[25].

En el ámbito local, tanto la Constitución provincial como la ley que reglamenta el Jurado de Enjuiciamiento guardan silencio sobre los efectos de la renuncia del magistrado acusado por mal desempeño, desorden de conducta o comisión de delitos. De ello, se infiere que desde el punto de vista constitucional y legal nada obsta a que el titular del Poder Ejecutivo acepte la renuncia del magistrado acusado ante el Jurado de Enjuiciamiento, cualquiera sea la etapa en que se encuentre el proceso de remoción.

Ahora bien, si partimos de la base que la competencia constitucional para juzgar la responsabilidad política de los magistrados y demás funcionarios del poder judicial, exceptuados los jueces del Superior Tribunal de Justicia y el Procurador General, está asignada al Jurado de Enjuiciamiento, la aceptación de la renuncia por el Ejecutivo anula aquella competencia e impide un pronunciamiento expreso sobre la conducta del juez al que se le ha imputado estar incurso en alguna de las causales que la Constitución prevé para su remoción[26].

La disponibilidad de que el enjuiciamiento prosiga o se clausure definitivamente, señala Bidart Campos, jamás ha de quedar sometida a la voluntad discrecional del Poder Ejecutivo.

Y ello así es, pues la aceptación de la renuncia implica la imposibilidad de que el Jurado de Enjuiciamiento pueda evaluar la responsabilidad política del funcionario, esto es, si se desempeñó bien

---

[24] FINN, Santiago, "El juicio político o proceso de remoción de los magistrados judiciales", en Santiago (h), A., *La responsabilidad judicial y sus dimensiones: dimensiones políticas y disciplinarias"* Abaco, Buenos Aires, 2006, I, 327/328.

[25] VANOSSI, Jorge Reinaldo, "La posibilidad constitucional del juicio político a los ex-funcionarios", JA III, 766.

[26] BIDART CAMPOS, Germán J. , "La renuncia...", LL 2001-B, 1396.

o mal en el ejercicio de su función, quedando definitivamente agotada su competencia.

La división de poderes, afirma Bidart Campos, queda lastimada cuando, en una cuestión de tanta trascendencia institucional como la del juicio político, la aceptación de la renuncia del juez le arrebata a los órganos que tramitan ese juicio toda posibilidad de ejercer las facultades que la constitución les otorgar[27].

Cabe destacar que el Jurado, luego de aceptada la renuncia por el Ejecutivo no puede seguir actuado para imponerle al juez renunciante la sanción de inhabilitación para ejercer cargos públicos, pues esta sanción –a diferencia de la ley que reglamenta el Juicio Político en el ámbito provincial[28]– no está prevista en la Constitución provincial ni en la ley reglamentaria.

5. Necesidad de un cambio legislativo

La única opción válida para evitar que el Ejecutivo neutralice la competencia del Jurado de Enjuiciamiento es la sanción, por la Cámara de Diputados, de una ley que impida la aceptación de la renuncia presentada por el magistrado o funcionario judicial acusado hasta tanto el jurado no se haya expedido por la destitución del cargo que ejerce o su mantenimiento en el mismo.-

En el ámbito del derecho público provincial son varias las provincias argentinas que han adoptado ese criterio.

Así, el artículo 43 de la Ley nro. 1565 de la Provincia de Neuquén dispone que una vez presentada la renuncia ante el Jurado, no podrá aceptarse la renuncia del denunciado hasta que recayese resolución definitiva.

El artículo 10 de la Ley 7050 de la Provincia de Santa Fe, último párrafo incorporado por el art. 1 de la ley nro. 11.115, establece que si durante el trámite de la causa el magistrado acusado formalizare su

[27] Ibíd.

[28] El art. 34 de la Ley n.° 1246 (BO La Pampa 16/11/1990) establece que si se declara al acusado incurso en la destitución del empleo, la Sala Juzgadora podrá disponer por dos (2) tercios de votos que el acusado no pueda ocupar cargos públicos, y bastará la simple mayoría para fijar el tiempo de la inhabilitación.

renuncia, el procedimiento seguirá en idéntica forma y con su intervención, debiendo el tribunal, no obstante la renuncia, emitir su fallo absolutorio o condenatorio.

El artículo 27 de la ley nro. 210 de la provincia de Tierra del Fuego dispone que el enjuiciamiento no terminará por la renuncia del acusado a su cargo, sino que proseguirá hasta que el Consejo dicte la resolución definitiva.

Por su parte, el artículo 31 bis de la Ley nro. 8085, incorporado por el art. 2° de la Ley nro. 11.697 de la provincia de Buenos Aires, dispone que las resoluciones adoptadas por los jurados de enjuiciamiento que hicieran lugar a la formación de causa se comunicarán al Poder Ejecutivo, quien se abstendrá de aceptar las renuncias presentadas por magistrados o funcionarios sometidos a proceso de enjuiciamiento hasta tanto el jurado no se haya expedido condenándolo o absolviéndolo de las faltas o delitos que se le imputen.

Esa corriente legislativa indica claramente la necesidad de hacer asumir la responsabilidad política de los magistrados acusados ya sea por mal desempeño, desorden de conducta o delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones.

A los antecedentes legislativos provinciales, deben sumarse las fundadas opiniones de miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, en las que pese a la inexistencia de normas similares a las citadas han procedido con igual criterio.

Tal es el caso del Dr. Guillermo Nano en su voto en disidencia en la resolución de fecha 8 de marzo de 2001 que dispuso el archivo del proceso de remoción seguido contra el Dr. Carlos Daniel Liporaci. Allí sostuvo que la aceptación de la renuncia del acusado era insanablemente nula pues no podía el Poder Ejecutivo resolver conflictos en ningún tipo de materia y en ningún momento del proceso bajo riesgo de quebrantar el artículo 109 de la Constitución nacional, en cuanto establece que en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas[29]. Esta posición ha sido respaldada por el constitucionalista Humberto Quiroga Lavié.

[29] En: http://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=24784&CI=INDEX100 acceso: 20/09/2012.

En la misma línea de pensamiento se enrola el Dr. Juan Cesar Penchasky, quien, en la oportunidad de emitir su voto en el proceso de remoción seguido contra la Dra. Morris Dloogatz, señaló que los jueces de la Nación tienen a su cargo velar por el mantenimiento inalterable de la relación de confianza con los justiciables lo que importa decididamente el deber de exponer sin temores su conducta a las críticas e inclusive a su formal juzgamiento en tanto sean actuados los mecanismos previstos por el ordenamiento constitucional[30].

Cuando se está ante el enjuiciamiento de un magistrado, enseñaba Germán Bidart Campos, están en juego competencias de altísimo voltaje institucional que pertenecen a órganos ajenos a la órbita del Ejecutivo. La división de poderes no es para declamarla sino para respetarla y cumplirla[31].

Por ello, revistiendo el jurado de enjuiciamiento el carácter de órgano de la Constitución con una finalidad específica: juzgar la responsabilidad política de los magistrados, su intervención debe primar por sobre la atribución del Ejecutivo de aceptar la renuncia del acusado. Ello así es, pues razones de interés público hacen prevalecer el derecho de la sociedad al juzgamiento del juez sospechado. Además, se evita que el acusado se convierta en juez de su propia conducta y se legitime una suerte de impunidad institucional[32].

La aceptación de la renuncia por el Ejecutivo hace inoperante la función que la Constitución ha otorgado al Jurado de Enjuiciamiento e impide que la sociedad conozca cual ha sido la evaluación de la conducta del magistrado.

Por otra parte, admitirse la dimisión del magistrado acusado es ubicarlo en una situación de privilegio respecto de los restantes empleados públicos provinciales.

El artículo 173, segundo párrafo, de la Ley 643 –Estatuto para los agentes de la administración pública provincial dependiente de los poderes Ejecutivo y Legislativo– dispone que si el agente se hallare sometido a sumario o información sumaria, la renuncia se aceptará condicionada a sus resultas.

---

[30] Cf. http://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=24771&CI=INDEX100 Res. del 16/12/1999 (acceso: 20/09/2012).

[31] BIDART CAMPOS , Germán J., "La renuncia...", LL 2001-B, 1396.

[32] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "¿Es constitucional...", 1257.

Es decir que cuando el Ejecutivo acepta la renuncia de un empleado público dependiente de los poderes Ejecutivo o Legislativo cuya conducta está siendo juzgada en un sumario administrativo, aquélla sólo es aceptada en forma condicionada y sujeta a los resultados de la investigación administrativa; en cambio, cuando acepta la renuncia de un magistrado o funcionario judicial lo hace sin condicionamientos, circunstancia que le permite eludir al renunciante el juzgamiento de su responsabilidad funcional. Esto implica un claro privilegio indefendible a favor de los jueces, impropio de la forma republicana de gobierno.

6. La reglamentación de la atribución constitucional

Ante la propuesta desarrollada, cabe cuestionarse si es válido restringir mediante una ley la atribución constitucional del gobernador de aceptar la renuncia de magistrados o funcionarios judiciales denunciados ante el jurado de enjuiciamiento.

La atribución del Poder Ejecutivo de aceptar la renuncia del magistrado o funcionario deriva de su competencia para nombrar a los jueces de la terna que al efecto le eleva el Consejo de la Magistratura, conforme lo dispone el artículo 92 de la Constitución provincial.

Ahora bien, la dimisión de un juez o funcionario sometido a un juicio de responsabilidad política implica estar en presencia de una situación de excepción en la que toma intervención el Jurado de Enjuiciamiento, órgano constitucional creado especialmente para juzgar aquel tipo de responsabilidad.

Por ello, una ley que establezca una restricción a la facultad del Ejecutivo sólo comportará una reglamentación de aquella atribución, haciendo imperar la especial competencia constitucional del Jurado de Enjuiciamiento y la posibilidad de que la opinión pública conozca si las causales invocadas para acusar al magistrado han sido consistentes o inconsistentes para requerir su remoción.

No es posible concluir este trabajo sin antes recordar la decisión adoptada en 1911 por el entonces presidente Dr. Roque Sáenz Peña cuando rechazó la renuncia del juez de Primera Instancia en lo Civil de la Capital Federal Luis Ponce y Gómez, quien se encontraba enjuiciado por mal desempeño ante la Cámara de Diputados, con

fundamento en que "no podía inmiscuirse en un caso en que ya había tomado jurisdicción otro órgano del Estado"[33] .

Esta tesitura fue seguida por el voto de la minoría de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación, en el procedimiento llevado a cabo en el año 1995 contra la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil nro. 39, Roxana del Valle Rogosky Tapia –que había sido denunciada porque habría ofrecido dinero a un abogado para que le redactara los fallos–, cuando sostuvo que la aceptación de la renuncia, en ese contexto, implica que ya no habrá quien valore si el magistrado se desempeñó bien o mal; solamente queda para los tribunales ordinarios valorar si cometió o no cometió delitos.

Esa es la doctrina correcta. La determinación de un cambio legislativo que limite la atribución del Ejecutivo de aceptar la renuncia del magistrado acusado ante el Jurado coadyuvará a fortalecer el prestigio, el respeto y la confianza en el Poder Judicial.

La opinión pública reprueba la aceptación de la renuncia del magistrado denunciado ante el órgano encargado de juzgar su responsabilidad funcional, pues de ese modo evita someterse a la revisión de su conducta.

El Poder Judicial, señala Quiroga Lavié, es uno de los poderes del Estado que, dentro del sistema republicano democrático de derecho de nuestra Constitución, debe contar con un sustento suficiente de credibilidad por parte de la sociedad: la democracia no solamente vale por el origen constitucional de las designaciones, sino también por su ejercicio, legitimado por el consenso social de los órganos que integran los poderes públicos: también los jueces. Si no hay reconocimiento social respecto de los jueces, no puede haber afianzamiento de la justicia[34].

En el caso judicial que ha servido como disparador de este trabajo, la opinión pública y los medios de comunicación hicieron foco en la *protección especial* que recibió el magistrado acusado con la

---

[33] Congreso Nacional, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión del 24/7/1911, p. 616 (citado por Juan F. ARMAGNAGUE en *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento*, 187).

[34] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Enjuiciamiento de magistrados por el Consejo de la Magistratura", LL 2000-A, 978.

aceptación de la renuncia por el Ejecutivo, quedando envuelto en esos *juicios públicos* el Poder Judicial en su conjunto y el Jurado de Enjuiciamiento[35].

7. La sanción de inhabilitación

Párrafo aparte merece la cuestión de la sanción de inhabilitación del magistrado destituido. Como se ha señalado, ni la Constitución provincial ni la ley reglamentaria prevén la posibilidad de que el jurado de enjuiciamiento inhabilite al magistrado acusado.

Ese es un criterio correcto por dos razones. Por un lado, porque el jurado de enjuiciamiento sólo juzga el mal desempeño del magistrado acusado; no juzga los delitos que fueren cometidos con motivo del ejercicio de las funciones y la inhabilitación como sanción tiene naturaleza penal. Por consiguiente, sólo el juez que investigue y juzgue los hechos delictivos que pudo haber cometido el magistrado es competente para aplicar la pena de inhabilitación en los términos dispuestos por el Código Penal.

Por otra parte, la sanción de inhabilitación puede justificarse en el juicio político en el que interviene la Cámara de Diputados íntegramente conformada por representantes elegidos directamente por el voto popular.

En cambio, el jurado de enjuiciamiento está compuesto por un representante del Poder Judicial –el presidente del Superior Tribunal de Justicia–, dos abogados de la matrícula, cuya presencia se justifica porque son quienes perciben los efectos de una administración de justicia ineficiente o viciada, y dos diputados designados por la Cámara, quienes conforman la parte política del organismo.

Se advierte entonces que posee una composición heterogénea en la que sólo los diputados cuentan con un mandato o representación popular. Entiendo que sería una facultad excesiva otorgar a los abogados –no representantes del pueblo– la posibilidad de inhabilitar al magistrado acusado para el ejercicio de cargos públicos.

---

[35] El matutino local La Arena en la edición del 27 de marzo de 2012 tituló: "En una resolución de dudosa legalidad, el jury salva a (...)" al juez renunciante. Esa posición editorial fue reiterada en la edición del día 30 de marzo de 2012.

De cualquier forma, la sanción de inhabilitación podrá ser aplicada por el juez que intervenga luego en la causa penal, como accesoria de la pena, según las casuales de destitución.

Tampoco puede ser motivo para prever la sanción de inhabilitación que el juez destituido sigue en condiciones de ejercer cargos públicos, pues la destitución por *mal desempeño* implica falta de idoneidad para ejercer la magistratura, única condición que exigen tanto la Constitución nacional como la provincial para el ejercicio de empleos públicos (arts. 16 y 27, respectivamente). Dicho de otro modo, el funcionario removido por mal desempeño, ante la posibilidad de ocupar un nuevo cargo público, deberá demostrar que aquella falta de idoneidad que motivó su destitución fue superada.

8. Conclusión

A modo de conclusión, cabe señalar que la aceptación por el Ejecutivo de la renuncia del magistrado denunciado lo excluye del procedimiento de remoción y afecta, sin lugar a dudas, la facultad constitucional asignada al Jurado de Enjuiciamiento, único órgano competente para concluir el enjuiciamiento del desempeño de los magistrados judiciales y hacer efectiva su responsabilidad política como funcionarios públicos.

Por ello, se argumenta en favor de un cambio legislativo que imponga al Ejecutivo abstenerse de aceptar la renuncia presentada por un magistrado o funcionario judicial acusado ante el Jurado de Enjuiciamiento hasta tanto este órgano no se haya expedido.

El Boleto de Compraventa: su Oponibilidad al Concurso o quiebra.

Guadalupe Martín Dasso •

1. Introducción

Una de las costumbres más frecuentes en la práctica inmobiliaria actual es la suscripción de boletos de compraventa previos a la escrituración, esto puede deberse a diversas causas, como puede ser la falta de dinero para realizar la escritura o el caso de que sólo se abone una parte del precio y que la escritura se otorgue al cancelar la totalidad de la deuda. De cualquier forma queda pendiente una obligación de hacer, otorgar la escritura traslativa de dominio, en cabeza del vendedor.

Pero cabe preguntarse qué sucede si el vendedor, antes de otorgar la escritura, cae en concurso o quiebra y –en lo que aquï importa- qué derechos o acciones le corresponden al acreedor poseedor del boleto.

Uno de los casos que más ha preocupado, y sigue preocupando, a la doctrina concursalista en nuestro país es el problema de quien pretende hacer valer un crédito que consta de una obligación de hacer, con título o causa anterior a la presentación en concurso preventivo o quiebra.

El principio general respecto de las obligaciones de hacer está contenido en los artículos 19[1] y 127[2] de la ley 24.522 de Concurso y

---

• Abogada (Universidad Nacional de La Pampa, 2014). Becaria en becas de iniciación en la investigación UNLPam. Escribiente en el Poder Judicial de La Pampa.

[1] ARTÍCULO 19.- (...) Deudas no dinerarias. Las deudas no dinerarias son convertidas, a todos los fines del concurso, a su valor en moneda de curso legal, al día de la presentación o al del vencimiento, si fuere anterior, a opción del acreedor. Las deudas en moneda extranjera se calculan en moneda de curso legal, a la fecha de la presentación del informe del síndico previsto en el artículo 35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías.

Quiebras, por tratarse de obligaciones no dinerarias. La norma dispone que este tipo de obligaciones, a los fines de presentarse a verificar, deben ser convertidas en obligaciones dinerarias. Como toda regla, este principio tiene su excepción en el caso del Boleto de Compraventa Inmobiliaria, el cual se encuentra regulado en forma específica en el Art. 146 2° párrafo de la Ley de Concursos y Quiebras.

Pero las particularidades del boleto de compraventa hacen que sea difícil para la doctrina, y la jurisprudencia, llegar a un acuerdo sobre la aplicación de esta norma, de excepción, en la práctica cotidiana.

Es importante, también, tener en cuenta los límites con que se debe apreciar y aplicar esta norma en cada caso concreto. Pues podría suceder que el fallido lo utilice como una herramienta para defraudar a la masa de acreedores, configurándose un verdadero abuso del derecho.

2. Boleto de compraventa

2.1. Concepto. Naturaleza Jurídica. El boleto de compraventa es un instrumento privado, en el cual se materializa el acto jurídico compraventa. En él se consignan el precio, la cosa vendida, las obligaciones y derechos de las partes y cualquier otra cláusula que las partes quieran agregar en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina se encuentra dividida en diferentes posturas.

Parte de la doctrina sostiene que el boleto de compraventa es un contrato perfecto. La escritura pública que exige el Art. 1184 C. C. es sólo a los efectos formales, para la adquisición del dominio.

---

[2] ARTÍCULO 127.- Prestaciones no dinerarias. Los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal en la REPUBLICA ARGENTINA, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor a la del vencimiento, si este fuere anterior.

Por otro lado, autores como Gatti y Alterini[3] dicen que se trata de una promesa de venta, que sólo genera la obligación de otorgar escritura pública. Y hay quienes reconocen además el derecho de exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones contenidas en el boleto, como el pago del precio o la entrega de la cosa.

Pero hay algo en lo que todos se encuentran de acuerdo, el boleto de compraventa tiene que ver con la adquisición de un derecho personal. Para que se adquiera el derecho real es necesaria la escritura pública, que es el título suficiente.

2.2. La prueba del boleto. Una de las características del contrato de compraventa es que se trata de un contrato no formal, es decir que no es necesario que sea celebrado bajo ninguna formalidad específica. Con lo cual un contrato de compraventa realizado de forma oral es igualmente válido.

Pero, por lo general, en la compraventa inmobiliaria el contrato se instrumenta a través de un boleto escrito que contiene todos los elementos del contrato.

La jurisprudencia ha aceptado que, no existiendo el boleto es aceptable cualquier elemento mediante el cual se pueda acreditar fehacientemente que el contrato ha sido celebrado[4].

3. Evolución legislativa

3.1. El Código Civil. La regulación que tenía el Código Civil de Vélez, sobre el boleto de compraventa era escasa. Solo existía el Art. 1185 que, ante un contrato privado, obligaba a otorgar escritura pública. No había regulación alguna respecto de la oponibilidad del boleto frente a una eventual quiebra del vendedor. Ante este

---

[3] GATTI Edmundo Y ALTERINI Jorge H., *El Derecho Real: elementos para una teoría general,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

[4] "*La falta de boleto puede suplirse por otros elementos que acrediten la existencia de la operación*". CAMARA NACIONAL COMERCIAL, SALA C, "Lodema S.R.L. v. Ponce de León Miguel A." 25/06/1982, LL 1982-D-396. Citado por: DI TULLIO, Jose A. Teoría y Práctica de la Verificación de Créditos, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, Pág. 467.

panorama, la jurisprudencia declaro en el plenario "Lozzi" la inoponibilidad del boleto a la quiebra y estableció que el comprador pasaba a ser acreedor de la masa por el monto que hubiera pagado5.

Pero este plenario se aplicaba solo para los casos de quiebra comercial. La jurisprudencia civil, si bien no tenía un plenario que unifique su postura, admitía la oponibilidad del boleto.

Con la modificación de la ley 17.711 al Código Civil se incorporó el Art. 1185 bis, el cual prevé específicamente el caso del boleto frente a la quiebra. Este artículo establece, además, los requisitos que deben cumplirse para que proceda la oponibilidad, ellos son la buena fe del comprador y que haya pagado el 25% del precio.

3.2. Ley 19.551 de Concursos y Quiebras. La ley 19.551 de Concursos y Quiebras, en su Art. 150 tomó como base lo normado en el Código Civil pero estableció una limitación: solo sería oponible el boleto de compraventa de inmuebles con destino a vivienda. El objetivo de la norma era proteger, por un lado a quien, con su esfuerzo y trabajo intentaba acceder a una vivienda digna y se encontraba de pronto con que el vendedor caía en quiebra. Y, por otro lado trataba de evitar que el fallido utilizara este medio para deshacerse de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores. Pero esto provocó una reacción en la doctrina y jurisprudencia nacionales, lo que llevó a su eliminación.

3.3., Ley 24522 de Concursos y Quiebras. En 1995, la ley 24.522 viene a reemplazar a la ley 19.551 y en su Art. 146 2° párrafo dispone: "*Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en*

---

[5]." *(...) la situación del comprador del inmueble del fallido y aun no escriturado mientras éste se hallaba in bonis, no puede ser otra que la de un mero acreedor quirografario del precio que hubiere pagado*" (CAMARA NACIONAL COMERCIAL en pleno, " Lozzi, Eleodoro I. v. Socha S.A", 29/11/1967). JA 1967-VI-321.

garantía del saldo de precio." La solución es similar a la del Art. 1185 bis C.C.

Este artículo elimina el requisito de que el inmueble sea destinado a vivienda, esto hace que el campo de aplicación sea más amplio. De esta forma, para oponer el boleto de compraventa al Concurso o Quiebra del deudor basta, solamente, que se cumplan los requisitos que la propia norma impone, a saber: pago del 25% del valor del inmueble y que el adquirente sea de buena fe.

También contempla el caso de que se haya pactado un plazo para el pago del saldo. Éste se mantendrá, pero se debe otorgar a favor de la masa de acreedores hipoteca en primer grado para garantizar dicho pago.

4. Requisitos de oponibilidad

Dos son los requisitos que prevé la norma para que opere la oponibilidad del boleto ante el proceso falencial, ellos están específicamente enumerados en la ley: el pago del 25% del valor del inmueble y la buena fe del adquirente. Pero hay autores que opinan que deberían agregarse otros requisitos como la fecha cierta y la posesión.

Por un lado, el precepto legal requiere que el adquirente debe haber pagado una cuarta parte del total del precio pactado en el contrato.

Marina Mariani de Vidal[6] expone que el 25% se refiere al capital, quedando excluido el cómputo de intereses. En el mismo sentido, Fassi y Gebhardt[7] apuntan que el adquirente no puede imputar al porcentaje requerido otros gastos o erogaciones diferentes del precio.

---

[6] MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales,*Buenos Aires, Zavalía, 2004, Tomo I.

[7] FASSI, Santiago C. Y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y Quiebras,* Buenos Aires, Astrea, 2005.

Pero la jurisprudencia ha aceptado, en ciertos casos, que se tomen en cuenta determinados gastos con el fin de alcanzar el 25% requerido por la norma[8].

En lo que respecta al momento en que debe pagarse dicho porcentaje, la doctrina[9] y la jurisprudencia[10] son unánimes. Ellos consideran que el pago debe haberse realizado antes de que el vendedor se haya presentado en concurso o quiebra. En este sentido la jurisprudencia ha dicho que: "El pago del 25% del precio a que alude el código civil Art.1185 bis, debe haber sido efectuado por el comprador antes de la falencia del vendedor, haya mediado o no por parte del ahora fallido la entrega de la posesión del inmueble vendido a aquel"[11].

El otro requisito que la ley prevé es que el adquirente sea de buena fe. El Art. 1198 C.C. en su primer párrafo dice: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Este es un principio general de derecho que rige para todo el ordenamiento jurídico.

En el caso del boleto de compraventa la ley exige, para su oponibilidad, buena fe en el comprador. Esto significa que, quien adquiere el inmueble debe ignorar, al momento de celebrar el contrato, el estado de cesación de pagos del vendedor. Pero este desconocimiento debe ser real, es decir, que tiene que haber cierta diligencia por parte de quien compra un inmueble.

Si bien la buena fe de quien adquiere la posesión de un inmueble mediando boleto de compraventa se presume, esta presunción puede ser dejada de lado si existen hechos que permitan

---

[8] CAMARA NACIONAL COMERCIAL, SALA C, 8/11/74, JA, 1991-I-1084. Se integra el 25% con lo imputado a gastos de administración del Banco Hipotecario Nacional. Citado por DI TULLIO, Jose A. *Teoría y Práctica de la Verificación de Créditos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

[9] CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, *Insinuación al Pasivo Concursal,* Buenos Aires, Astrea, 2007. Pág. 161. FASSI, Santiago C. Y GEBHARDT Marcelo, *Concursos y Quiebras. Art. 146,* Buenos Aires, Astrea, 2005. pág. 398. ROUILLON, Adolfo A. N. *Régimen de Concursos y Quiebras. Art. 146,* Buenos Aires, Astrea, 2005. pág. 233. Entre otros.

[10] CAMARA COMERCIAL en pleno, "Arturo de Zaguir, María c. C/ Concepción Arenal SCA." 08/07/81, (JA 1981-III-194; LL, 1981- C- 465 y ED, 94- 648).

[11] Id anterior.

inferir la existencia de mala fe[12]. La presunción de buena fe se invierte, y debe ser probada por el adquirente, en el caso de que la venta se haya realizado durante el período de sospecha.

Así lo expresa Kemelmajer de Carlucci[13]: "Si el comprador es de mala fe, el contrato podrá ser atacado de ineficaz por la vía de la acción revocatoria concursal prevista en el Art. 123 de la ley 19.551 o por la acción pauliana si el boleto se ha firmado fuera del período de sospecha".

Por último, cabe mencionar algunos requisitos que cierta parte de la doctrina agrega a los previstos por la norma, para considerar oponible el boleto: la fecha cierta y la posesión.

Si bien la norma nada dice al respecto, hay autores que entienden que, siendo el boleto un documento privado, debe tener fecha cierta por ser ésta una exigencia de este tipo de documentos.

Sobre todo en el ámbito civil, autores como Marina Mariani de Vidal[14] resaltan la aplicación de los Arts. 1034 y 1035 C.C. referidos a documentos privados. Sostiene que el ordenamiento jurídico es uno solo y debe aplicarse de forma integral. En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Mendoza[15].

---

[12] Se presume la mala fe: cuando la compraventa se realiza entre personas que tienen un vínculo de parentesco; cuando habiéndose pagado la totalidad del precio no se ha puesto al comprador en posesión del inmueble; etc.

[13] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Los *privilegios en el proceso concursa,* Buenos Aires, Astrea, 1975. Pág. 235.

[14] MARIANI DE VIDAL, M., *Derechos Reales,* Buenos Aires, Zavalía, 2004, Tomo I.

[15]"El embargo trabado sobre un inmueble o el proceso concursal abierto con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al adquirente. El adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal si se cumplen los siguientes recaudos: a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso. b) El boleto tiene publicidad (registral o posesoria). c) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes. d) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal. En el proceso concursal, las reglas anteriores no impedirán la aplicación de la normativa relativa a la acción revocatoria y el adquirente deberá cumplir con los otros recaudos expresamente previstos en el art.146 de la ley 24522". Suprema Corte de Justicia Expte.N156353

Pero es opinión mayoritaria la que se manifiesta en el sentido de no exigir fecha cierta para que el boleto sea oponible a concurso. Esta parte de la doctrina expresa que la norma es clara en cuanto a los requisitos y entre ellos no figura el de la fecha cierta.

Además, señalan que agregar requisitos, no impuestos específicamente por la ley, importaría aumentar la rigurosidad en su aplicación. Lo cual iría en contra del fin tuitivo que tiene la norma.

Respecto a la publicidad posesoria exigida por la jurisprudencia mendocina en el plenario "Fernández Ángel"[16], la mayor parte de la doctrina entiende que no es necesaria. Así también lo entiende la jurisprudencia nacional en el citado plenario "Arturo de Zaguir".

5. Procedimiento

5.1. Verificación. La mayoría de la doctrina considera que, al igual que los demás acreedores, la forma de hacer valer una obligación de hacer en un proceso falencial es a través de la insinuación de su crédito al pasivo concursal. Porque, como dice Rouillon: "Es éste (el de verificación) un trámite propio de los procesos concursales, típico de ellos, en principio igual para todos los acreedores, cualquiera fuese la naturaleza de sus créditos o de los títulos en que estuviesen documentados"[17].

Es así que el comprador con boleto que cumpla con los requisitos que dispone la norma deberá presentarse a verificar su crédito. El pedido podrá hacerse en forma tempestiva siguiendo el proceso regulado en los artículos 32 y 200, dependiendo de que sea concurso preventivo o quiebra. Pero también podrán presentarse en forma tardía, por vía incidental conforme el Art. 56 LCQ.

Fernández Ángel en j: 18687/20996 Fernández A. en j:17405 c/Coviram Ltda. s/Inc.Rev. s/Casación.Mendoza, 30 de mayo de 1996. Fallo Plenario L.S.265-193.

[16] Id anterior.

[17] ROUILLON, Adolfo A. N. *Régimen de Concursos y Quiebras. Art. 32,* Buenos Aires, Astrea, 2005, Pág 93.

Por su lado, Maffía[18] entiende que ante una presentación de concurso o quiebra todos los juicios individuales de contenido patrimonial seguidos contra el fallido se suspenden, por lo tanto sería imposible iniciar contra la masa un "juicio de escrituración" y la única solución posible estaría dada por la presentación del pedido de verificación del crédito ante la masa concursal.

Este autor considera, también, que si en el caso de prestaciones recíprocas pendientes reguladas en el Art. 143, inc. 2 LCQ, es decir aquellas en la que "(...) está íntegramente cumplida la prestación a cargo del contratante no fallido (...)" la norma prevé que "(...) éste (el acreedor) debe requerir la verificación en el concurso por la prestación que le es debida", o sea la escrituración y la posesión en su caso, con más razón deberá presentarse a verificar quien solo a pagado el 25% del precio.

Otro argumento a favor de la verificación es que, mediante este procedimiento, los acreedores pueden atacar el pedido de verificación mediante las observaciones que hicieren al informe individual del síndico. Esto permite controlar la existencia de fraude[19].

Si previo a la presentación en concurso o quiebra del deudor se hubiere iniciado demanda por escrituración en sede civil, el adquirente por boleto podrá proseguir con el mismo de acuerdo al Art. 21 inc. 2 LCQ. Una vez obtenida la sentencia deberá seguir el trámite del Art. 56 6 párr. LCQ.

5.2. Oponibilidad del boleto. Pero existe, dentro de la doctrina, una postura minoritaria sostenida por autores como Garaguso[20], Tonón[21] y Junyet Bas[22]. Estos autores afirman que no es

---

[18] MAFFÍA, Osvaldo J. *Verificación de Créditos*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

[19] "La ocasión en la que el ahora quejoso debió defender su pretensión, es la fijada por la ley y el juez para la insinuación de la acreencia (tempestiva o tardía), y el procedimiento, el previsto para la verificación de crédito, cuya finalidad primordial es que los restantes acreedores y el síndico puedan ejercer la facultad de contralor". CAMARA APELACIONES CIVIL, COMERCIAL., LABORAL Y DE MINERIA, I Circ. La Pampa. Sala 2."Barth Juan Jorge y Otros s/Quiebra". (Expte. 12444/04) 06/09/2004.

[20] GARAGUSO, Horacio. *Verificación de Créditos*, Buenos Aires, Depalma, 1997. Citado por BAS JUNYET, Francisco. *Una Vexata Quaestio: La Oponibilidad del Boleto de Compraventa Como Vía Verificatoria*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2000- 3. Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2001.

[21] TONÓN A. *Acreedores que no tienen obligación de verificar*, en R.D.C.O. 1986- 638. Citado por BAS JUNYET, Francisco. *Una Vexata Quaestio: La Oponibilidad del Boleto*

posible el procedimiento verificatorio de una obligación de hacer, por lo menos no en el sentido del Art. 32 LCQ, es decir para formar parte de la masa de acreedores. Por el contrario, quien posee un boleto de compraventa pretende que se le reconozca su derecho para poder obtener la escrituración del inmueble objeto del contrato y excluirlo, así, del patrimonio del fallido.

A favor de esta tesis se ha manifestado la jurisprudencia en un caso emblemático de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, en el que, concretamente, dicen: "la obligación de escriturar encarna una típica prestación de hacer que como tal no es verificable, salvo naturalmente, que por causa de incumplimiento del deudor dicha obligación se hubiese transformado en la de pagar daños y perjuicios"[23].

5.3. Incidente dentro del juicio de quiebra. Fassi y Gebhardt[24] dicen que el procedimiento que debe seguirse, por quien adquiere un inmueble mediante boleto, para reclamar su derecho en la quiebra es el del "*incidente en el mismo juicio de quiebra*", amparándose en el Art. 1185 bis del Cód. Civ. El trámite debe realizarse en el plazo que establece el juez en la sentencia de apertura del concurso o quiebra para que los acreedores se presenten a verificar. De no hacerlo así, se estimará que la presentación a sido extemporánea y deberá el adquirente hacerse cargo da las costas que genere.

5.4. Resolución. Presentada la petición de verificación, sea de forma tempestiva o tardía, por el acreedor poseedor de un boleto de compraventa corresponderá, al síndico al momento de presentar su informe individual y al juez al tiempo de dictar la sentencia de verificación prevista en el Art. 36 LCQ, expedirse sobre la oponibilidad, o no, del boleto al proceso concursal.

Cumplidos los requisitos previstos en el precepto legal, es decir la buena fe del comprador y el pago del 25% del precio del inmueble, el

---

de Compraventa como vía verificatoria, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2000- 3. Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2001.

[22] BAS JUNYET, Francisco. *Una Vexata Quaestio: La Oponibilidad del Boleto de Compraventa como vía verificatoria*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2000-3. Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2001.

[23] E. D. 89- 715 citada por BAS JUNYET, Francisco, Ob. Cit.

[24] FASSI, Santiago C. Y GEBHARDT Marcelo, *Concursos y Quiebras*, Buenos Aires, Astrea, 2005. Pág. 399.

juez deberá dictar sentencia ordenando la escrituración y la puesta en posesión si fuere necesario.

En caso de no cumplirse los requisitos o de que el juez tenga por probado que hubo connivencia entre el adquirente y el fallido, se denegará la oponibilidad del boleto pudiendo plantearse los recursos pertinentes.

5.5. Daños y perjuicios. En el caso de que la escrituración sea de imposible cumplimiento, cualquiera sea la causa, el acreedor deberá presentarse a verificar su crédito por el monto pagado. Tal circunstancia no lo habilita a pedir que se lo indemnice por los daños que le cause la falta de cumplimiento del contrato.

La propia ley señala, en Art. 142, in fine que: "La quiebra no da derecho a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de esta ley". Esto es así porque el objetivo principal de esta ley es mantener la igualdad entre los acreedores.

En efecto, el adquirente deberá presentarse a verificar su crédito por el monto que haya pagado. Dicho crédito entrará en el rango de los quirografarios.

Dicen Di Tullio y Roitman: "(...) se ha juzgado conveniente que quien reclama la obligación de hacer solicite en subsidio y para el caso de que la obligación no resulte posible, la verificación del crédito dinerario"[25].

6. Modos de atacar el boleto de compraventa fraudulento

6.1. Introducción. La posibilidad de oponer un boleto de compraventa ante un proceso falencial puede suscitar muchas dudas acerca de su autenticidad. Sobre todo porque cabe la probabilidad de que el fallido haya firmado el boleto con la intención de sustraer el bien de la masa concursal.

Si bien la norma falencial impone como requisitos la buena fe y el previo pago del 25% del precio, esto no significa que dichos

[25] DI TULLIO, José A. *Teoría y Práctica de la Verificación de Créditos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. Pág. 484.

requisitos no puedan ser ocultados de forma fraudulenta en detrimento de los acreedores.

Es por esto que la legislación contempla determinadas acciones que pueden ejercer los acreedores, el síndico o ambos para impugnar un boleto de compraventa presumiblemente falso.

6.2. Oponibilidad de los acreedores al crédito. La primera oportunidad que tienen los acreedores, o el propio deudor, de atacar un boleto de compraventa que se presuma fraudulento es durante el período de observación de créditos, que se encuentra regulado en el Art. 34 LCQ.

La ley dispone de un plazo de diez días durante los cuales, quienes entiendan que el boleto es inoponible, deberán denunciar esta situación y presentar todas las pruebas que tengan en su poder para demostrar la pretendida falsedad del boleto.

6.3. Incidente de Revisión. En la sentencia de verificación que prevé el Art. 36 LCQ, el juez declarará a los créditos: verificados, si cumplen con los requisitos exigidos por la ley, no fueron observados por los acreedores o el síndico y son aceptados por el juez; admisibles, si fueron impugnados pero el juez estima que debe aprobarlos; o inadmisibles, cuando habiendo sido impugnados el juez considera que no debe hacerles lugar.

Contra dicha sentencia se puede interponer incidente de revisión, este recurso es un instituto típico de la ley concursal no asimilable a un recurso de apelación o de revocatoria. Se le aplica el trámite de los incidentes.

Entonces dictada la resolución judicial, y si se hubiesen formulado observaciones en la etapa oportuna, habiendo el juez declarado admisible el boleto para ser opuesto a la quiebra podrán los demás acreedores presentar el incidente de revisión en los términos del Art. 37 2º párrafo LCQ.

Se ha discutido en doctrina si solo los acreedores, o el fallido en su caso, son los legitimados activos para interponer este recurso o si también el síndico puede estar legitimado para plantearlo.

Respecto de esta discusión Claudio Casadío Martínez[26] habla de tres corrientes. Una corriente que denomina "amplia", sostenida entre otros por Zavala Rodríguez y Quintana Ferreyra, quienes afirman que el síndico puede no solo interponer el recurso de revisión, sino también recurrir cualquier decisión que considere contraria a los… del concurso. Una segunda corriente a la que llama "intermedia", a la que adhieren autores como Truffat y Di Iorio, que considera que el síndico solo puede presentar el recurso de revisión en la quiebra. Ellos estiman que, solamente el síndico podría estar interesado en atacar un crédito declarado admisible por el juez cuando el propio síndico opinó en contra de su admisión. Y finalmente la corriente "restrictiva" que niega toda posibilidad al síndico de interponer este recurso. Fundamentan esta teoría en el carácter de auxiliar que posee el síndico respecto del concurso o quiebra, sin presentar un interés legítimo para modificar la resolución del juez. Son exponentes de esta corriente Rouillon y Cámara, entre otros.

6.4. Acción por dolo. En caso de que de la sentencia verificatoria surja que el crédito ha sido verificado, es decir que no ha tenido impugnaciones ni que haya obtenido opinión desfavorable del síndico y además haya sido aceptado por el juez, el Art. 37 LCQ prevé que tal solución pueda ser atacada si ha habido dolo.

Este remedio debe ser intentado por la vía ordinaria pero será atraído al juez del concurso.

6.5. Actos ineficaces y acción revocatoria concursal. Son actos ineficaces aquellos realizados durante el denominado período de sospecha[27]. Estos actos pueden ser impugnados, la acción será iniciada por el síndico ante el juez de la quiebra y tramitará por la vía ordinaria, "salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente"[28]. Para ejercer dicha acción el síndico necesita autorización de los acreedores. Estos últimos pueden ejercer la acción, a su costa, si habiendo transcurrido 30 días desde que se le exigió al síndico que la inicie, éste no lo hiciere.

---

[26] CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo. *Insinuación al Pasivo Concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2007, Págs. 343- 344.

[27] Art. 116, 2º párrafo LCQ: "Denomínese período de sospecha al que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra."

[28] Art. 119, 2º párrafo LCQ.

También existe la posibilidad de iniciar la acción revocatoria ordinaria regulada en los Arts. 961 a 972 Cód. Civ. para el caso de que el acto fraudulento se hubiere realizado fuera del período de sospecha.

7. Conclusión

Si bien para transmitir el dominio de un inmueble, como derecho real, es necesaria la escritura pública el contrato de compraventa en sí no la necesita. Sin embargo, como ya lo expusiera al comenzar esta exposición, es a través del boleto de compraventa que se materializan la mayoría de los contratos dentro del negocio inmobiliario.

En una época normal, donde quien debe otorgar la escritura se encuentra en condiciones de hacerlo pero se niega por cualquier razón, el adquirente con boleto puede iniciar una demanda ordinaria de escrituración y ver así perfeccionado su derecho.

Pero el problema surge cuando el deudor de la obligación de escriturar cae en insolvencia, pues al abrirse el proceso falencial las condiciones de los acreedores frente al patrimonio del deudor cambian.

El caso específico de quien posee boleto de compraventa se encuentra especialmente regulado en la ley de concursos y quiebras. Pero se trata de una norma de excepción que, como tal debe ser aplicada de forma restrictiva a cada caso concreto.

La citada norma prevé los requisitos que deben cumplirse para que pueda ser aceptada la oponibilidad del boleto ante la masa del concurso o quiebra, los cuales deben ser fehacientemente probados por quien los invoca.

Si bien, como ha sido expuesto en el desarrollo de este trabajo, hay parte de la doctrina que pretende que se agreguen otros requisitos como la fecha cierta o la posesión, soy de la opinión que tales agregados no son necesarios puesto que si el legislador así lo hubiera querido los habría integrado a la norma.

Con la prueba de que cumple con los extremos exigidos por la ley, el poseedor del boleto, debe presentarse a verificar su crédito junto con los demás acreedores. Teniendo la posibilidad también de

hacerlo en forma tardía, por medio de incidente. Pero en este último caso deberá cargar con las costas del incidente.

En el caso de que decidiera continuar con el juicio de escrituración que se hubiera interpuesto previo a la declaración de quiebra, deberá presentarse, una vez obtenida la sentencia, según el trámite que se prevé en el Art. 56 LCQ.

Presentado el pedido de verificación y cumpliéndose los recaudos normativos el juez, en la resolución verificatoria, deberá reconocer la oponibilidad del boleto, pues así lo indica la ley en el Art. 146 LCQ. En esto aspecto discrepa con su predecesor, el Art. 1185 bis Cód. Civ. donde la decisión del juez es facultativa.

Una vez resuelta la cuestión corresponde a síndico otorgar la escritura correspondiente, quedando así el bien fuera de la masa concursal.

Puede suceder que el fallido realice la venta de un inmueble a través de boleto con la intención de defraudar a sus acreedores, es por ello que resulta necesario contar con herramientas legales que le permita a éstos impugnar un negocio que sea, presumiblemente, falso. Es así que la propia ley pone a su disposición diversos mecanismos.

Es claro que el proceso al que debe someterse un adquirente con boleto de compraventa que pretende hacer valer su crédito, que consta de una obligación de hacer, frente a un concurso es complejo. Para la propia doctrina es difícil llegar a un acuerdo, pero lo importante es poder lograr conocer la verdad del caso concreto para que se cumpla el fin tuitivo que tiene la ley. Ya sea reconocerle el derecho a quien compró de buena fe o lograr desenmascarar a quien pretende defraudar a sus acreedores.

LA TUTELA ANTICIPATORIA: HACIA UN "JUICIO JUSTO" EN LA PAMPA

Diego J. Mayordomo •

> *"Para que el debate judicial tenga sentido, las respuestas de la justicia no pueden llegar tarde ni mal. La cuña de la eficacia, que representa la anticipación de la tutela, es una de las contribuciones de nuestro tiempo a que ella se haga realidad o esté más cerca de concretarse. Lo que no es poco".*
>
> Augusto Mario MORELLO

1. Problemas que engendra el proceso ordinario y nuevas directrices del derecho procesal.

Actualmente uno de los problemas que más convoca a los juristas es el de los "Procesos Urgentes". Con esta denominación se ha buscado identificar a aquellos procedimientos en los cuales el factor "TIEMPO" posee una importancia fundamental; quedando incluidos, entre otros institutos, la tutela anticipada, las propias medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas.

Siguiendo las palabras de Lino Enrique Palacio "*Dado que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable*"; no siempre es posible acceder a las necesidades imperiosas e impostergables del justiciable sin transitar previamente el duro y largo trayecto del proceso judicial.

Podríamos preguntarnos a qué se debe y la respuesta casi no se hace esperar. Es así que no podemos ignorar que las leyes y los códigos se corresponden a una época, son la obra de su tiempo; sin

---

• Abogado y Escribano de título (Universidad Nacional de La Pampa). Investigador y Docente de Derechos Reales en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. E-mail: diego_jose6@hotmail.com.

embargo las circunstancias y las necesidades de la sociedad cambian pero las normas permanecen. Cuanto más pasa el tiempo, la distancia entre ellos se va ahondando, llegando al momento en que las leyes pierden su efectividad y resultan insuficientes dado que no cubren las necesidades prácticas que se requieren en un marco de celeridad y efectividad en pos de la protección de los derechos sustanciales.

En este contexto nace la necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada. Ello condujo a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionalmente inadecuado. Aparecen así tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado, las tutelas de urgencia, o como se las denomina "procesos urgentes".

Así las cosas, en el mundo se computa un desarrollo tecnológico sin precedentes a la par de movimientos sociales, políticos y económicos que hacen que la "urgencia" en las respuestas así como la "efectividad" de las mismas pasen a ocupar el centro de la escena. Es por ello que en muchos países avanzados del mundo la preocupación de los procesalistas gira hacia el estudio de las técnicas de anticipación de la tutela.

Julio Comadira comenta en este sentido que "*el Estado tiene la obligación de administrar justicia y no puede desentenderse de las consecuencias dañosas que la lentitud de un proceso pueda provocar".* Recuerda –evocando a Lino Palacio- que *"la ley debe prever que durante el tiempo que corre entre la interposición de la demanda y la emisión del fallo final, pueden acaecer hechos u observarse conductas que generan la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia o la vuelvan inoperante*" [1].

2. Tutela anticipatoria. Concepto. Explicaciones.

Es dable resaltar, antes de dar su concepto, una rareza en la ciencia jurídica, la cual es que el vocabulario jurídico recupere un giro

[1] COMADIRA, Julio Rodolfo. "Las medidas cautelares en el proceso administrativo". Pub. La Ley, 1994-c, Sec. Doctrina (Pág. 699 y sig.).

algo olvidado en el lenguaje procesal moderno, como es el caso del término "Tutela". Ahora bien, el diccionario jurídico de Juan Alberto Garrone, define a la Tutela Anticipatoria como una de las tutelas de urgencia que con base en una cognición sumaria y llenando los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, total o parcialmente, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada en sentido material.

Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva.

Parafraseando a Carnelutti, se puede decir que "una debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades de que el juez pueda detener, retroceder, o acelerar el curso del tiempo de un proceso.Precisamente, de acuerdo a ese control de los efectos del tiempo, el juez necesitará en algunos casos impedir el cambio posible de una situación (*detener* el tiempo), eliminar el cambio ya ocurrido de una situación (*retroceder* el tiempo), o bien anticipar el cambio probable o solamente posible de una situación (*acelerar* el tiempo). Sin embargo, no le basta al juez con poder controlar los efectos del tiempo en relación al proceso, sino que este control tiene que operar además con *urgencia"*[2].

Muchas veces el proceso sirve sólo para dilatar aún más el incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer por parte del demandado que aprovecha de este dispositivo para fines espurios que, evidentemente, no son los previstos por la Constitución Nacional y las leyes de procedimiento para cobijar el sobreentendido "derecho de defensa en juicio" (olvidándose que este derecho también ampara "al actor").

Recapacitando que se afecta, no sólo un interés privado (el del actor) sino, fundamentalmente un "interés público" (el de administración de justicia) que se ve lesionado por la utilización del proceso para fines que no son aquellos respecto de los cuáles debe servir, surge como respuesta inevitable la *"tutela anticipada"*.

Con respecto a las objeciones constitucionales al instituto (violación del debido proceso, del derecho de defensa, etc.), tales

---

[2] CARNELUTTI, Francesco, "Derecho y Proceso". EJEA, Bs. As., 1971, pág.412 y sig.

observaciones son salvadas por la opinión de Morelloquien dice que "*Si el juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos supuestos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después...si el demandado viene "chicaneando" y levanta – sin razón un arsenal de escollos y barreras para impedir la protección a lo que el actor tiene derecho, según lo que ya esta demostrado en los autos ¿qué justificación legitimaría diferir lo que está claro y expedito? ninguna.*" [3].

3. Fuentes

Estas medidas tienen sus fuentes en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 (art 380), como también en el Código del Proceso Uruguayo de 1989 (art 317), que sigue sus líneas. Asimismo, y con no menos importancia, en el nuevo art. 273 del Código Procesal Civil Brasileño, introducido por la reforma de 1994. No obstante, cada uno tiene sus diferentes matices que acuerdan a sus textos un perfil definido que pretende ser superador en ciertos aspectos de la regulación.

4. Fundamento constitucional

Las medidas anticipatorias y las tutelas autosatisfactivas encuentran su fundamento, según Sebastián Moreno[4], en los siguientes derechos y principios constitucionales:

- **Derecho a la jurisdicción**: la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en procura de un pronunciamiento útil y eficaz que

[3] MORELLO, Augusto Mario. "Anticipación de la Tutela" Ed. Platense, La Plata, 1996, Pág. 9.

[4] MORENO, Sebastián "La medida autosatisfactiva: Estado de situación en la doctrina argentina" DJ/Doctrina 2005-2, Pág. 389.

resuelva oportunamente la pretensión articulada en la causa. Encuadrado dentro del derecho de peticionar (art.14).

- **Acceso a la justicia**: cabe entenderlo como la capacidad de toda persona física o jurídica de tener la posibilidad real, concreta y sin excepciones, de solicitar y obtener que el Estado, por medio del poder judicial le garantice efectivamente en los hechos el ejercicio de sus derechos.

- **Principio de "Justicia Pronta"**: como un corolario del principio preambular de "afianzar justicia", la Corte ha inferido el mandato de lograr una justicia rápida dentro de lo razonable.

**Subprincipio de "Humanización de la justicia judicial"*: en el sentido de propender a la inmediación y tender a la aceleración de los procesos, evitando dilaciones desleales; confianza en la buena justicia y tutela de paz y de la armonía social.

**Subprincipio de eficacia*: a fin de obtener la finalidad principal del proceso, esto es: la justicia, debe privilegiarse el valor eficacia.

- **Desde el punto de vista del destinatario de la medida queda comprendido**: el derecho de defensa, que comprende el derecho de ser oído y el derecho de cuestionar (bilateralidad y posibilidad de revisión judicial).

- **Principio de razonabilidad**: desde el preámbulo ("Dios, fuente de toda razón y justicia"), impregna todo nuestro sistema jurídico. Cualquier pretensión y cualquier decisión en el proceso deben pasar por el tamiz de la razonabilidad directamente conectado con el valor "Justicia".

5. Diferenciación con las medidas cautelares

La tutela anticipada se caracteriza por ser accesoria de un proceso principal aunque con la particularidad de que -a través de ella – no se persigue (como objeto principal) garantizar la eficacia de la sentencia sino la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio no susceptible de repararse.

Como vemos, a diferencia de las *medidas cautelares* típicas cuyo objeto no puede coincidir con lo que se resuelva en la sentencia definitiva, en la tutela anticipatoria se "anticipa" el resultado final, en forma provisoria, pudiendo la sentencia definitiva confirmar o modificar lo resuelto anticipadamente.

La tutela anticipatoria posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas: 1) ambas son importantes instrumentos para la efectividad del proceso; 2) no producen efecto de cosa juzgada en sentido material, ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria; 3) son de ejecutabilidad inmediata.

Respecto de otros caracteres propios de las cautelares: la mutabilidad o flexibilidad, su dictado "inaudita parte" y el grado de conocimiento judicial para decretarlas, es menester efectuar algunas distinciones.

La tutela susceptible de anticipación es aquella constitutiva del pedido formulado en inicio, que puede ser anticipada en todo o en parte, y aquí hay una absoluta identidad entre la tutela pasible de anticipación y el pedido formulado por el actor, y no puede el juez pronunciarse ni ultra ni extra petita.

Lo anteriormente expuesto y la aplicación del principio de congruencia que vincula necesariamente el contenido del pedido y la sentencia (de observancia imprescindible para la anticipación de la tutela), hacen que no proceda su reemplazo por una tutela diferente a la pedida, lo cual implica que no rige a su respecto la condición de medidas mutables o flexibles.

Cabe también señalar que esta medida no se decreta inaudita parte, ejemplo de ello es el artículo 231 del Código Procesal Civil de La Pampa, la cual se dicta con posterioridad a una "Audiencia Urgente".

Por último, debe destacarse que para decretarse se requiere que haya apariencia de daño irreparable o de difícil reparación y habrá además probabilidad de ineficacia de la sentencia final. Es decir que, a diferencia de las cautelares típicas, no requiere sólo un grado de apariencia ni tampoco el grado de certeza como sucede en la sentencia definitiva, sino que es menester un estado de conocimiento intermedio que se ha dado en llamar por la doctrina "certeza provisional".

6. Diferenciación con las Medidas Autosatisfactivas

En cuanto a la *Medida Autosatisfactiva* en particular, como especie de proceso urgente diferenciado de la tutela anticipatoria, se ha sostenido que es un "*...requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que generalmente se agota con su despacho* (...)". *Las medidas autosatisfactivas son "soluciones urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles."*[5].

Sintetizando, mientras que en la tutela anticipatoria hay una pretensión principal que se promueve a través de un juicio del que va anexa la medida anticipatoria (del resultado final del pleito) y del cual depende (pues la sentencia definitiva, recaída después de tramitado todo el proceso, puede confirmar o no el resultado anticipado en la medida anticipatoria), en la autosatisfactiva la pretensión principal se hace valer de manera autónoma sin que vaya en forma accesoria a un juicio principal del cual dependa (se agota en sí misma).

Por ejemplo, con motivo del "Corralito Financiero", en algunos casos se promovieron medidas anticipatorias: así se interponía una acción de amparo y se pedía la entrega anticipada del dinero acorralado, continuando la tramitación del juicio hasta el dictado de la sentencia final. En otros supuestos directamente se pedía la entrega del dinero acorralado sin promover ningún otro proceso y, entregado el dinero, se agotaba la medida sin tener que esperarse nada más (aun cuando quedara al demandado la posibilidad de recurrir).

Con respecto a las medidas autosatisfactivas es importante remarcar el aporte crítico de Adolfo Alvarado Velloso[6]. Dice el citado jurista:

> "*Cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa*

---

[5] BORETTO, Mauricio. "La tutela autosatisfactiva operando en la práctica" Ed. El Derecho. Año de edición 2005, Pág. 18.

[6] BORETTO, Mauricio, *La tutela autosatisfactiva operando en la práctica*, Ed. El Derecho, Año de edición 2005, (Pág. 23) donde remite al libro de Adolfo ALVARADO VELLOSO *Introducción al estudio del derecho procesal*, Tomo I Ed. Rubinzal – Culzoni,Santa Fe 1997.

tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, advierto que los jóvenes abogados -impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general- se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la autosatisfactividad. Pero también se advierte que todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial. Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia. Estos abogados jóvenes cuando adviertan que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto -continúa el autor glosado- que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza. Por si ya no se advirtió con claridad, es posible –y aconsejable – cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas. Y ello porque todo lo cautelar se resuelve sin audiencia previa del interesado, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisible. Los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía – por buenos y justicieros que estos podrían ser- en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.”.

Transcripta la crítica de Alvarado Velloso a las medidas autosatisfactivas queda una pregunta por hacer: ¿esto es tan así como dice Alvarado Velloso?

Es importante destacar que en países pioneros de los procesos urgentes como Brasil, Uruguay e Italia no se ha legislado sobre las medidas autosatisfactivas.

En la provincia de La Pampa están legisladas las medidas autosatisfactivas, en el artículo 305, a partir de la Reforma 1828.

7. Requisitos de procedencia de la Tutela Anticipatoria.

Es importante señalar que los autores que se han ocupado de esta figura, exigen más o menos requisitos según sea el marco normativo en el que se forman.

Así, por ejemplo, Peyrano que sigue las aguas del artículo 273 del Código de Brasil, indica que los recaudos para que se viabilice la medida son "1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución sean fácilmente reversibles, lo que viene a explicar el hecho de que no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencias de dominio; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente. No basta con una simple verosimilitud siendo, en cambio, menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus por sobre el "peligro de demora" corriente en las medidas cautelares. En efecto: aquí se exige, además, la existencia de una situación conexa que aqueja al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso de derecho de defensa por la contraria)" [7].

Por su parte, contemplando como funciona el fenómeno en Argentina ante la falta de texto legal en la mayoría de los códigos de rito (es decir, "esbozado" bajo la forma de una medida cautelar innovativa o bien bajo la coraza de una medida cautelar atípica en los términos del artículo 232 del Código Procesal Civil de la Nación) Kielmanovich señala que "la anticipación de la tutela, aún cuando se verifique coincidencia material entre el objeto de la pretensión cautelar con el objeto de la pretensión de fondo, en la medida que ella no se agote definitivamente en sí misma , no la priva a aquella de su calidad de cautelar, con la virtualidad del efecto devolutivo del recurso de apelación propio de ellas; de la exclusión de toda idea de prejuzgamiento en su proveimiento; y de la alternativa cierta de que un juez incompetente pueda disponerla en casos de urgencia. Este tipo de resoluciones, denominadas por algunos cautelas materiales o anticipatorias, son para nosotros lisa y llanamente medidas cautelares,

---

[7] PEYRANO, Jorge W., *Procedimiento Civil y Comercial 1. Conflictos Procesales*, Ed. Juris, Rosario 2002. T. 1. pág. 280.

por más que esa finalidad haya de coincidir, en su esencia, con el objeto de la pretensión o petición de fondo" [8].

En igual sentido, Carlos E. Camps[9] señala que la "tutela anticipada" no incorpora nada diferente a las conocidas medidas cautelares, aspecto con el cual coinciden Jorge Rojas[10], Leandro I. Giannini[11], Cordeiro y Gonzalez Zamar[12].

Coincidentemente, Capuano Tomey[13] expresa que "La tutela anticipada, es una verdadera medida cautelar, tal como lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos `Camacho Acosta M. c. Grafi Graf S.R.L. y otros`, del 7/8/97 donde se condenó al demandado a anticipar el pago de la eventual condena por existir "fuerte verosimilitud del derecho" y "grave peligro en la demora". Esta tutela participa de todos los caracteres de la medida cautelar (es accesoria, y sigue la suerte del principal es provisoria, y en definitiva el fin último es asegurar la efectividad de una futura sentencia de merito). Tiene por objeto realizar una determinada actividad o evitar la continuación de ésta para impedir la producción de una daño de imposible reparación ulterior a quien la solicita en una determinada etapa del proceso y no la obtiene oportunamente.".

Arazi, si bien concibe a la tutela anticipada como un fenómeno distinto al de las medidas cautelares, siguiendo el fallo "Camacho Acosta" y al Anteproyecto que elaboró juntamente con Morello, Eisner y Kaminker, ha sostenido que "se exigen los siguientes requisitos para su procedencia: a) la existencia de una fuerte verosimilitud (convicción suficiente dice el anteproyecto) acerca del derecho invocado; b) grave peligro en la demora (un grado de urgencia tal que si la medida no se

---

[8] KIELMANOVICH, Jorge L. "Algunas breves reflexiones en torno a la ley 25.587. Medidas cautelares". La Ley, 2002-C, pág 1124.

[9] CAMPS, Carlos E. "La proyectada recepcion legislativa de la tutela anticipada" JA entrega del 29/9/99, pág 10 y 11.

[10] ROJAS, Jorge "¿Jurisdicción anticipada o medida cautelar?" DJ 1999-3, pp. 873 y sig.

[11] GIANNINI, Leandro J. *El test constitucional de algunas `modernas´ instituciones del proceso,*

[12] CORDEIRO, Clara Maria y Gonzalez Zamar , Leonardo "La anticipación de la tutela. El otro punto de vista" Semanario Jurídico, 81-1999-B (Pág. 198)

[13] CAPUANO TOMEY, Carola "La medida autosatisfactiva y la eficacia del proceso" LLC,2002-43.

adoptase en ese momento se causaría un daño irreparable al peticionario); c) efectivizar contracautela, salvo que la parte se encuentre eximida de hacerlo para obtener medidas cautelares. Como se advierte, estos requisitos acercan la tutela anticipada a las medidas cautelares pero no la identifica con ellas, al menos en la concepción tradicional, por la finalidad que persiguen: la tutela anticipada no tiene por objeto asegurar el cumplimiento en forma total o parcial, creando un titulo ejecutorio, cuando se trate de una condena, aun cuando ella también pueda tener un contenido meramente declarativo, constitutivo o determinativo" [14].

Por su parte Abraham Luís Vargas[15] insiste en que la tutela anticipatoria implica una técnica diferente a la que provee la tutela cautelar y por ello considera que los requisitos necesarios para que proceda son: 1) Urgencia, 2) Fuerte probabilidad o certeza suficiente o convicción suficiente, 3) Periculum in damni o perjuicio irreparable o daño irreparable, 4) Traba de la litis (o que no se haya contestado la demanda), 5) Requerimiento de parte , 6) Contracautela, 7) Reversibilidad de la tutela concedida, 8) Adelantamiento total o parcial.

Después de observar las diferentes posturas que hay con respecto a la naturaleza jurídica de la Tutela Anticipatoria, y teniendo en cuenta que eso repercute en los requisitos de procedencia, puedo sostener que los autores coinciden en un estándar mínimo de requisitos. Párrafo seguido pasaré a explicarlos:

a) "**Que exista convicción suficiente acerca del derecho invocado**", lo que implica que la petición se sustente en prueba inequívoca que permita alcanzar aquel convencimiento. Se requiere algo más que la mera verosimilitud del derecho, presupuesto de las medidas cautelares; es necesario que exista una fuerte probabilidad (aunque no la certeza ineludible de la sentencia condenatoria), de que el derecho invocado existe y debe ser tutelado.

---

[14] ARAZI, Roland "Tutela Anticipada" en Revista de Derecho Procesal Nª 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999. (Pág. 391/392).

[15] VARGAS, Abraham Luís "Tutela Anticipada" Ed. La Ley 2005 Buenos Aires. (Pág. 174)

b) "**Que se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento, se causaría daño irreparable al peticionante**" es decir, que exista temor fundado de daño irreparable. No se requiere que la actitud procesal del demandado evidencie abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio (como se requiere en el Código Brasilero, y como se requería en el Proyecto de Reforma del Código Procesal de La Pampa, preparado por el Dr. Mario E. Kaminker, pero que no se incorporó al art. 231). En el derecho Brasileño este último requisito juega de modo alternativo con el temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación.

c) "**Que se efectivice contracautela suficiente**, salvo que se encontrare el peticionante exento de darla". La contracautela supone que preste caución bastante para responder, quien obtiene abusivamente la medida, por los perjuicios resultantes en caso de ser revocada.

d) "**Que la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva**". Obstará a su otorgamiento la circunstancia previsible de que, de la anticipación, se derivase irremisiblemente un perjuicio insusceptible de ser reparado. Si, por ejemplo, el objeto de la pretensión fuera una cosa mueble consumible cuyo uso importe destrucción o notable deterioro, resultaría imposible reponer la cosa anticipada a su estado anterior. Según la opinión mayoritaria de la doctrina, aún cuando la anticipación pudiera producir efectos irreparables, no existe obstáculo para concederla si tratándose de derechos puramente patrimoniales se prestare caución suficiente para satisfacer pecuniariamente los perjuicios que pudieren resultar.

En último lugar, como reflexión de este capítulo, me parece importante y necesario centrar la discusión en los beneficios y ventajas, que para la efectividad del proceso, trae el actual cambio de paradigmas en el innovador instituto de la tutela anticipatoria, y no tratar de ubicar a éste en viejos moldes, en el cual ya no encuadran las nuevas formas procesales. Por lo que me parece razonable expresar que la naturaleza jurídica del instituto es, nada más ni nada menos,

que una "Tutela Anticipatoria" y sus requisitos de procedencia son propios más allá de las similitudes con otras figuras procesales.

8. Efectos y contenido de la medida anticipatoria.

En este capítulo (y en el siguiente) parafraseando a Roberto Berizonce[16], autor que más se aproxima en su narración a la forma en que se plasmó la tutela anticipada en nuestra provincia, descenderé su relato a lo establecido en nuestra provincia. Así dice que el poder tan importante que se coloca en manos del juez, ha de ser actuado de modo prudente, con buen sentido y equilibrio. La discrecionalidad juega en el marco de la ley, para interpretar razonablemente si se conjugan los presupuestos que condicionan la decisión anticipatoria, principalmente si se tiene en cuenta que se trata de evaluar situaciones configurativas de conceptos amplios, jurídicamente indeterminados, standars abiertos, como "convicción suficiente", "grado de urgencia" o de "daño irreparable". Está librada a esa discrecionalidad, asimismo, la selección de la medida más adecuada para asegurar la tutela que se anticipa; podrá el juez dictar una medida distinta de la que se propone o limitarla, para evitar perjuicios a quien debe soportarla. Pero la discrecionalidad, que implica apreciación subjetiva y cierta dosis de flexibilidad, no justifica la arbitrariedad; el "podrá" del texto del art. 231 no permite tal interpretación. La decisión naturalmente será fundada, debiendo indicarse las razones en que se sustenta la "convicción suficiente" del juez.

El contenido de la decisión está necesariamente encorsetado por los alcances de la pretensión; es de toda lógica que no cabe anticipar más que lo pretendido para ser juzgado en la sentencia definitiva. En todo caso, se podrá anticipar "…total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención…" según dice el art. 231. La anticipación parcial es, sin duda, la regla.

El pronunciamiento no altera la secuela del proceso, ni agota su contenido, ya que no se trata de medidas autosatisfactivas, "El juicio seguirá hasta su finalización" (último párrafo del art. 231). Lo decidido

---

[16] BERIZONCE, Roberto O. "La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)" JA 1998-II (Pág. 905)

tampoco implica prejuzgamiento (segundo párrafo del art. 231), porque resuelve sobre la anticipación y no acerca del mérito, y de modo superficial atendiendo exclusivamente a la circunstancias de la causa en el tiempo en que se dicta.

Se edifica, la medida anticipatoria, sobre una cognición sumaria, periférica, superficial, que no se apoya en un juicio de certeza sino de fuerte probabilidad. Por eso sus efectos son provisionales, quedan supeditados al resultado final de la litis; y la medida mantiene su eficacia sólo en tanto perdure la situación fáctica en que se sustentara. De ahí que, como dice el art. 231, la tutela podrá quedar sin efecto o modificarse si "al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, (si) cambiaren las condiciones".

La medida habitualmente contiene una condena provisoria que origina su ejecución. No obstante, puede prever una decisión meramente declarativa, constitutiva o determinativa, por ejemplo: cuando se decreta la suspensión de la eficacia de un acto, que no supone un específico procedimiento de ejecución para efectivizarla.

9. Cumplimiento, recursos y modificaciones de la medida anticipada.

En lo que se refiere al cumplimiento y ejecución de la resolución anticipatoria, resultan de aplicación supletoria y en tanto fueran compatibles, los preceptos que regulan tales etapas de las medidas cautelares. Lo mismo ocurre respecto de los recursos que se brindan para atacar la decisión. En todos los casos, tiene especial incidencia el carácter contradictorio del trámite previo al dictado de la medida: "Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá" (cuarto párrafo del art.231).

También rigen las normas generales relativas a la contracautela, graduación, exenciones y eventual mejora (artículos 191 a 193).

La modificación de la medida sólo puede disponerse a petición de parte interesada, sea para su ampliación o sustitución, en la forma

prevista para las medidas cautelares en el artículo 196, en tanto resulten compatibles.

Con coincidencia de toda la doctrina, la propia naturaleza de las medidas en análisis, como el singular procedimiento a que están sujetas y la oportunidad en que se decretan, excluyen la operatividad de su decadencia por caducidad, como si rige y está previsto para las medidas cautelares típicas en el artículo 201.

Finalmente, con respecto a la responsabilidad por el abuso, si bien los presupuestos que lo condicionan llevan a considerar que difícilmente pueda despacharse una medida anticipatoria a instancia de un requerimiento abusivo, no debe excluirse toda responsabilidad de quien la solicita si, efectivamente, hubiere abusado o excedido en el derecho otorgado por el art. 231.

10. Recepción en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa.

En la Provincia de La Pampa, con la reforma de la Ley 1828 del 3/12/1998, se introdujo un profundo cambio del proceso, a través de una nueva e innovadora combinación de los principios procesales. Sin dejar de lado principios fundamentales, como el Dispositivo y el Contradictorio (o de bilateralidad), se ha hecho un juego armónico de estos, dándole más predominio al principio de economía procesal (incluidos el de saneamiento, celeridad y concentración), al principio de oralidad y al de inmediación.

Evocando palabras de José Pablo Descalzi "en el Código Procesal de La Pampa se puede observar: 1) una restricción del principio escriturario y una consecuente ampliación de la oralidad con la incorporación de la audiencia preliminar en el proceso ordinario; y otro tanto con la tutela anticipatoria que se resuelve en una audiencia urgente, 2) se amplía el principio de economía procesal al sumarizarse el proceso ordinario, 3) se difiere la bilateralidad, fundamentalmente, al incluirse los procesos de estructura monitoria para determinados reclamos puntuales; y por la extensión de esa estructura a los procesos de ejecución, 4) se conjugan los principios dispositivo e inquisitivo, al permitir que el tribunal decrete de manera concurrente con las partes

las pruebas que estime pertinentes, y aún necesarias previo a resolver; etc." [17].

Específicamente en el Libro primero, Capítulo tercero, Sección novena en el artículo 231, la reforma moldeó la Tutela Anticipatoria en estos términos

> ARTÍCULO 231. TUTELA ANTICIPATORIA. PROCEDIMIENTO.-El juez podrá anticipar, luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si:
>
> 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que las medidas cautelares ordinarias
> 2) se advierte en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptase en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría.
> 3) Se efectivice contracautela suficiente
> 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.
>
> La decisión no configura prejuzgamiento.
>
> Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.
>
> El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria, podrá modificarse o quedar sin efecto.".

11. Recepción legal en otros paises y provincias.

11.a. En el Derecho Comparado. Más allá de que en el Derecho Romano existían dispositivos (interdictos) que funcionaban como verdaderas tutelas anticipadas y que, desde antiguo, en el

[17] DESCALZI, José Pablo "Los principios formativos del proceso civil" Ponencia para las IX Jornadas nacionales de derecho procesal constitucional. Facultad de Cs. Jcas. Universidad del Salvador. Bs. As. 2006.

Derecho Francés también se fueron perfeccionando procesos que están en esa misma sintonía (referé), lo cierto es que recién en la segunda mitad del siglo XX el instituto bajo análisis comienza a encontrar claras manifestaciones legales (a través de normas especiales o, directamente, por intermedio de otras generales configurativas del instituto).

- En Italia son paradigmáticos en este sentido el texto y los alcances del art. 700 del Codice di Procedura Civile que consagra el provvedimenti d`urgenza.

- En Francia el Nouveau Code de Procedure Civile mantiene en su articulado a las ordonnances de referé, regulándolas en los artículos 484 y concordantes.

- En Portugal, luego de la reforma operada el 1/1/1997, el art. 381.1. del Código del Proceso Civil sanciona claramente el instituto que nos convoca.

- En el Derecho Norteamericano y dentro de las distintas "injuctions" se puede citar a las "interlocutory injuctions", que son ordenes emitidas en cualquier tiempo durante un litigio pendiente por un corto plazo, con el objeto de prevenir un daño irreparable para el peticionante durante el tiempo que la corte estará en posición de decidir sobre los meritos de la pretensión procesal; al tiempo que, "en concordancia con su objeto son limitadas en la duración para algún especifico tramo de tiempo; o como mucho para la conclusión sobre los méritos de un caso".

- En Brasil, el art. 273 del Código do Procceso Civil (Según la reforma por ley 8952/94) contempla el instituto nominándolo como "Anticipación de la Tutela". En éste, la anticipación de los efectos de la sentencia se adopta luego de oír a la otra parte, para poder luego de sopesar sus razones, concluir si está el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio del accionado.

- También el moderno Código Procesal Civil de Perú (1999) en dos artículos generales (674 y 676) y varios especiales habilita la sentencia anticipada.

- En Uruguay, siguiendo el art. 280 del Código Tipo Procesal Civil para Iberoamérica, el art. 317 del Código General del Proceso adopta la institución bajo el nombre de "medidas provisionales y anticipadas".

11.b. En el Derecho Nacional. La mayoría de las provincias no cuentan con normas generales que disciplinen el instituto. El texto de la mayoría de los anteproyectos de modificación a los Códigos de Rito conocidos en el ámbito nacional coincide con la redacción del art. 231 de nuestro Código.

Son meritorios de destacar proyectos como los de Mendoza (2001) y Chubut (2003).

Sin embargo, yendo bastante más lejos en el tiempo, ya en el Código Civil Vélez Sarsfield había consagrado varios supuestos típicos de tutela anticipada:

Por ejemplo, el art. 375 del Código Civil que prescribe que: "el procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario, y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el merito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo".

Otra muestra más de tutela anticipada es la previsión del art. 148 del Código Civil cuando establece que "cuando la demencia aparezca notoria e indudable, el juez mandara inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre".

En el mismo Código Civil, en sucesivas reformas llevadas a cabo el siglo pasado, consagró otras normas que contienen claros ejemplos de Tutela Anticipada: art. 1071 bis, 2499, 2618, 211, 231 y 233.

Los códigos procesales, por su parte, también contemplan casos de Tutela Anticipada. Así por ejemplo, en el Código Procesal de la Nación, los arts. 83 (que concede el beneficio de litigar sin gastos de manera provisional), 629 (en materia de declaración de incapacidad de las personas), 99 segunda parte (tercerías de dominio y mejor derecho en las que, luego de prestar la fianza correspondiente, el tercerista puede obtener el levantamiento del embargo), 100 (cobro del embargante a las resultas de la tercería), 616 (entrega del bien, bajo fianza, en el interdicto de recobrar), etc.

En particular, la doctrina es unánime acerca del carácter de tutela anticipada que reviste el instituto denominado "Desalojo Anticipado" que prevé el art. 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este artículo prescribe que "en los casos que la acción de desalojo se dirija contra un intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuera verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que puedan irrogar". De igual forma esta redactado en el art. 666 del Código Procesal de La Pampa.

12: Recepción jurisprudencial.

Alimentando la incidencia que tienen en nuestro derecho los pronunciamientos de la Corte interamericana de Derechos Humanos, es importante destacar que este Tribunal en el caso del periódico "La Nación" de Costa Rica, declaró "Que en el derecho internacional de los derechos humanos las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no sólo cautelar en el sentido que preserva una relación jurídica, sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos; siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo" [18].

En Argentina mientras se produce la consagración legislativa de la tutela anticipatoria en los distintos códigos de procedimientos locales, para hacer operativa la técnica mencionada, tanto los tribunales superiores como los inferiores han echado mano de los viejos y aun rendidores moldes de las medidas cautelares (normalmente la Innovativa) y en otros casos la genérica prevista en el orden nacional en el art. 232 del C.P.C.C.N. y en nuestro orden provincial en el art. 224 del C.P.C.C. de La Pampa.

---

[18] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de agosto de 2002. Medidas Provisionales respecto de la Republica de Costa Rica. Caso del periódico La Nación. Se puede ver en www.iidh.ed.cr .

Es decir que, no es que se confundan los institutos, desde que, como fue explicado más arriba las medidas cautelares y la tutela anticipatoria ostentan notables diferencias en cuanto a su naturaleza jurídica; lo que sucede es que, a falta de aquella regulación que aún no llega, los jueces utilizan las herramientas "provisorias" ya conocidas y a su alcance.

En el Derecho de Daños el leading case ha sido "**Camacho Acosta, Maximiliano c. Grafi Graf SRL**"[19], según resolución emitida por la Corte Suprema de Justicia el 7/8/1997 que adquiere los ribetes de jurisprudencia con "eficacia vinculante" para el resto de los tribunales de la República.

Recordando la plataforma fáctica del caso, viene a cuento indicar que Maximiliano Camacho Acosta, en un proceso de indemnización de daños y perjuicios que entabló contra la empleadora reclamó incidentalmente que se dictara una medida cautelar innovativa que impusiera a Grafi Graf S.R.L. el pago de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo que había perdido amputado por una máquina de propiedad de aquélla.

El Juez de Primera Instancia desestimó el despacho de la cautelar, resolución que fue confirmada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que entendió que el recurrente no había dado cumplimiento al recaudo de la "verosimilitud del derecho" ya que de adentrarse el tribunal en el examen de la cuestión debatida implicaría, sin lugar a dudas, emitir opinión sobre el "thema decidendum".

Ante ello el actor deduce recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra dicho pronunciamiento porque –según su óptica- el Tribunal de Alzada fue arbitrario al desechar sin justificación válida las pruebas aportadas en orden a demostrar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora por la falta de colocación de la dicha prótesis.

Superando el criterio de que las resoluciones adoptadas sobre las medidas cautelares no son revisables por recurso extraordinario (estimando la resolución en crisis como "equiparable" a sentencia definitiva en tanto su mantenimiento podría configurar un "agravio de

[19] CSJN, "Camacho Acosta, M. c. Grafi Graf SRL". Fallos 320:1633 (1997)

insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior" o bien "cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertiría a su ejecución en ineficaz o imposible" la Corte Suprema ingresa al tratamiento de la cuestión y su dictamen puede resumirse de la siguiente manera:

> a)"que en tal sentido, el recurrente ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocará un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en la situación actual -hasta el momento en que concluya el proceso- le causa un menoscabo evidente que le impide desarrollar cualquier relación laboral, todo lo cual reclama una decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra". (Considerando 2º)
>
> b) "Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión". (Considerando 3º)
>
> c) "Que probados que fueron ante los jueces de primera y segunda instancia los presupuestos de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora (respecto del primero el juez de trámite ya había concedido el embargo sobre bienes muebles e inmuebles y en orden al segundo, el recurrente llevó a cabo actividad idónea en tal sentido –ejemplo: demostrando la existencia de intentos realizados por los demandados para disminuir su patrimonio por la falta de seguro de accidentes de trabajo respecto del personal que desarrollaba sus tareas en Grafi Graf S.R.L.) la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar, mediante esta vía, un agravio causado a la integridad física y psíquica

tutelada por el art. 5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." (Considerando 9º)

d) "Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio – sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, por que dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva." (Considerando 10)

e) "Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de la permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud – los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado". (Considerando 12)

Es importante remarcar que en un "proceso de daños" donde se postulaba una pretensión resarcitoria, se "anticipó" parcialmente el eventual resultado de la sentencia definitiva que se dictaría luego del transcurso del proceso (y que quizás desestime la demanda).

Este detalle es muy trascendente pues, según los nombrados autores autores, incluso en la actualidad es casi monolítica la jurisprudencia de la mayoría de los Tribunales de la República en cuanto se proscribe "dar mediante una medida cautelar lo mismo que se pretende obtener en las sentencia definitiva" o, en otras palabras "que son improcedentes las medidas cautelares que se confunden con el objeto final de la pretensión deducida en el proceso o importen su satisfacción sustancial".

Como se ve, sobre la base de la operatividad de un derecho fundamental del actor (art. 5, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) el Alto Tribunal supera los ápices frustratorios de la tutela judicial efectiva y oportuna y, accede a conceder lo que

llaman un "anticipo de jurisdicción" bajo el nombre de medida cautelar innovativa.

La mayoría de la doctrina jurídica argentina (Morello, Arazi, kaminker y Peyrano[20]) estimó al pronunciamiento de marras como un caso emblemático de "Tutela Anticipada".

En el Derecho Público, otra importantísima sentencia de la Corte Suprema Justicia Nacional fue "**Salta, Provincia de c. Estado Nacional s/ Ejecutivo**"[21] el 1/9/2003, la cual ratificó la línea que había esbozado en "Camacho Acosta" y, concedió una nueva "tutela anticipatoria", ahora con mayores precisiones técnicas e, incluso, de "oficio". En el caso el Alto tribunal, si bien denegó la medida cautelar solicitada (embargo preventivo sobre fondos del Estado Nacional para cubrir una deuda por manutención de presos federales alojados en establecimientos carcelarios provinciales) estimó que la actora una vez agotados los fondos que tenia a tales fines, no podría seguir alimentando a los reclusos de lo que podrían derivarse graves consecuencias y la conculcación de derechos humanos fundamentales.

En base a ello indico que "tal estado de cosas exige expedirse sobre la procedencia de lo que, a criterio de la Corte, importa una solicitud de que se exija el cumplimiento futuro de la obligación que se reclama, con carácter preventivo, a fin de aventar las inevitables consecuencias que tal estado de cosas puede generar y que resultarían de imposible o tardía reparación en el momento de dictar sentencia" (considerando 5).

Desde allí, concedió un "anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa" y, en consecuencia ordenó "al Estado Nacional que por intermedio de la Subsecretaria de Hacienda del Ministerio de Economía de La Nación remita a la Provincia de Salta los fondos oportunamente convenidos, correspondientes a los meses posteriores a este pronunciamiento, hasta tanto se dicte una sentencia en este expediente.

---

[20] PEYRANO, Jorge W., *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema*, en AAVV; "Sentencia Anticipada", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 39/40.

[21] CSJN, "Salta, Provincia de c.Estado Nacional s/Ejecutivo", Fallos 326:3210 (2003).

Para Peyrano[22], lo novedoso de la Corte Suprema de Justicia es que, no sólo ratifica el rumbo iniciado en "Camacho Acosta" sino que, ahora, lo hace a título "oficioso" y afirma sin pretextos que lo que otorga es un "anticipo de jurisdicción", esto es, una "tutela anticipada" o "tutela coincidente".

Señala el autor citado que "los síntomas son muchos y coincidentes: la Corte Federal ha optado nuevamente, por otorgar una plausible jurisdicción anticipada. Ya no se trata de un precedente aislado o circunstancial. Se trata de muchos pronunciamientos de grado que se han atrevido a recorrer nuevos y no demasiado conocidos caminos en aras de brindar un servicio de justicia más ingenioso y eficiente".

Precisamente siguiendo la doctrina sentada en Camacho Acosta por el Alto Tribunal Nacional (en su carácter de interprete final de la Constitución Nacional), otros Tribunales Inferiores concedieron tutelas anticipatorias en procesos de daños. Es el caso del Juzgado Civil, Comercial y Minería de General Roca, Nº 5, a cargo de la Dra. Mercedes Laplacette de Rezamal que el 17/12/1998, en el marco de un juicio de daños y perjuicios ("**Erdozain, Carlos R. v. Orellana, Marcelo E y otro**"[23]) derivado de un accidente de tránsito hizo lugar a la tutela anticipada solicitada y ordenó a los demandados que abonaren en forma mensual al actor la suma de $8000 mensuales, "hasta tanto se resuelva en definitiva, bajo apercibimiento de ejecución".

El actor solicitó y probó a través de distintas pericias médicas que, como consecuencia del ilícito dañoso, había quedado cuadripléjico, sin equilibrio del tronco, sin control de esfínteres, con hipertensión secular por disrreflexia automática, etc., a mérito de lo cuál necesitaba en forma urgente de ciertos cuidados terapéuticos y medicación adecuada - un terapista físico con una dedicación de no menos de ocho horas diarias, más el uso de drogas especiales, pañales descartables, la asistencia permanente de una enfermera especializada y supervisión de un equipo médico multidisciplinario con más la

---

[22] PEYRANO, Jorge W., *Nuevo pronunciamiento de la Corte Federal sobre la tutela anticipada*, en Jurisprudencia Santafecina Nº 56, Panamericana, Santa Fe, 2003.

[23] JA, 1999-III (Pág. 221), con comentario de GHERSI, Carlos A., "Medida Anticipativa: la prevención del agravamiento del daño de la persona" en JA, 1999-III (Pág. 222/224)

asistencia psicológica permanente – que no podían esperar el trámite del proceso pues de hacerlo, no sólo perdería efectividad el tratamiento sino que se agravaría su estado que de por sí ya era precario y con eventual riesgo de vida.

La jueza hizo lugar a una tutela anticipada –proveer los fondos económicos suficientes para obtener asistencia médica y fisioterapéutica que evite un reagravamiento del estado actual de la salud del peticionante-. Estimó configurada la verosimilitud, la urgencia impostergable para acceder a lo solicitado y, dato importante, no exigió contracautela pues el actor litigaba con "beneficio de litigar sin gastos".

Otro fallo que ganó notoriedad fue "**Elías, Julio y otros c. G.C.B.A**."[24] en el cual la sala F de la Cámara Nacional Civil luego de señalar que "la tutela jurisdiccional anticipada es excepcional y debe limitarse a lo estrictamente necesario para evitar perjuicios irreparables", que "La finalidad de la tutela anticipada estriba no en asegurar el objeto del proceso o la eficacia de la sentencia, sino en adelantar total o parcialmente la pretensión de la demanda, cuando de su insatisfacción urgente derivaría un perjuicio irreparable, hizo lugar a lo solicitado y otorgó "el anticipo de la indemnización por daños y perjuicios circunscribiéndose la misma al lucro cesante mensual que sufren los solicitantes y evitar que caigan en un estado de necesidad e insolvencia que les impida afrontar sus obligaciones de toda índole, calculándose dicho monto conforme las ganancias declaradas probadas por los solicitantes". La Cámara tuvo que aclarar que "La tutela anticipada solicitada por el actor mediante la medida cautelar innovativa peticionada consistente en el anticipo de indemnización por daños y perjuicios, encuadra en la regulación genérica del art. 232 del Código Procesal, por lo que es operativa aun en ausencia de texto legal específico".

Uno de los pronunciamientos más ilustres sobre la materia, es el emitido por la Sala C de la Cámara Nacional Civil – integrada por los Dres. José Luis Galmarini – Jorge Horacio Alterini –Fernando Posse Saguier – que en resolución del 26/10/2001 "**Poveda, Cesar c. Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. s/ medidas**

[24] "Elías Julio y otros v. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires". JA, 2000-IV, pág. 520, con nota de GHERSI, Carlos A.

cautelares"[25], revoca la decisión del órgano jurisdiccional inferior y hace lugar parcialmente a la medida solicitada en carácter de tutela anticipatoria.

Por así decidir, tuvo por "acreditado que el derecho invocado por la reclamante es verosímil" conclusión a la que arriba luego de analizar las constancias emanadas de la causa penal en trámite, y particularmente el informe del médico legista interviniente el que expone que "la menor presenta como secuela del accidente sufrido la amputación de ambos miembros inferiores, el derecho a nivel infrapatelar y el izquierdo supracondileo alto..." "..Es evidente que todo el proceso de rehabilitación, depende de la inmediatez en que se comience" y, finalmente resalta "el efecto negativo que sobre el psiquismo de la menor puede provocar cualquier demora en iniciar dicho proceso de recuperación".

Atento a ello, el Tribunal se persuade "de la urgencia que reviste la implementación inmediata del tratamiento quirúrgico, protésico y de rehabilitación que debe afrontar la menor afectada" y en ese entendimiento "accede al pedido formulado por el progenitor".

Con cita de doctrina, la Sala C indica que "atiende primordialmente a la gravedad del daño que la negativa de la medida podría producir a la menor, sin dejar de apreciar asimismo, que la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley, se demuestran insuficientes o inadecuadas para prevenir el perjuicio, perjuicio éste de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad de dictar sentencia definitiva" y remata diciendo que "Hay supuestos en que el peticionario debe obtener de inmediato la satisfacción de su derecho sin haberse agotado el conocimiento de la cuestión en litigio, porque la urgencia es más importante que la certeza[26], como ocurre en autos donde la verosimilitud aparece configurada, máxime tratándose de una responsabilidad derivada de un accidente ferroviario". También señala la analogía con "Camacho Acosta".

La Sala C estima que "no puede ser otorgado en forma anticipada el pago del tratamiento psicoterapéutico de la menor, en vista de que

---

[25] POVEDA, Cesar c. Transporte Metropolitanos Belgrano S.A. s/ medidas Cautelares.

[26] ARAZI, Roland, "Medidas Cautelares". Editorial Astrea. 2007, 3ª edición, pág. 1.

no puede dejar de considerarse que la anticipación de la tutela –netamente restrictiva- sólo procede en cuestiones de extrema urgencia, carácter que no reviste el ítem en cuestión"(es un caso de tutela anticipatoria parcial por que se admiten dos rubros(equipamiento y rehabilitación ortopédica) y se deniega uno (asistencia psicoterapéutica)).También es de destacar la actitud de los letrados que patrocinaban y representaban a la parte actora quien ofrecieron su fianza personal para el supuesto de que se considerare que, para el otorgamiento de la cautelar peticionada, se requeriría una caución.

Ello es aceptado por el Tribunal que estimó que "Atento al carácter de la medida autorizada, es claro que necesariamente debe interpretarse con la prestación de una contracautela previa...real o personal a efectos de garantizar los derechos de `Transportes Metropolitanos Belgrano S.A.´ para el supuesto de que la sentencia a dictarse fuera adversa a la pretensión de la actora. En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto por los art. 1998, 2005 y concordantes del Código Civil, los profesionales adquieren en el caso el carácter de fiadores solidarios y principales pagadores de la suma comprensiva de la acordada en concepto de Tutela Anticipatoria y de los eventuales perjuicios que el aporte pecuniario admitido irrogue a la empresa mencionada".

Se previno también que "Lo hasta aquí expuesto en modo alguno puede interpretarse como un adelanto de opinión acerca de lo que será motivo de tratamiento en la sentencia. La Sala se limito a efectuar un análisis provisional de los elementos incorporados a la causa, al solo fin de evaluar la viabilidad de la medida solicitada".

Finalmente, revocó el pronunciamiento del inferior y admitió parcialmente la tutela anticipada solicitada a mérito de lo cual ordenó que "Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A." debería depositar en el término de cinco días la suma de $29.500..."

Por lo demás, distribuyó las costas en el orden causado "en el entendimiento de que la obligada al pago pudo razonablemente creerse con derecho a oponerse al planteamiento"

Otro dato interesante es que pocos días antes de dicha resolución la misma Sala ordenó que previo a sentenciar sobre el recurso deducido se confiriera traslado a "Trasporte Metropolitanos Belgrano S.A." de la solicitud de tutela anticipada de la actora "el que deberá ser

contestado en el plazo de tres días", librando incluso cédula de oficio por Secretaria con habilitación de días y horas hábiles.

Para así proceder tuvo en cuenta que "Al tratarse de una medida anticipatoria susceptible de producir efectos materiales definitivos, para su otorgamiento –en principio- debe darse previamente intervención a la parte que resultaría afectada de ser admitida, garantizando de esta forma el derecho de contradicción consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional".

El Juzgado Federal de Córdoba, a cargo del Dr. Alejandro Freytes, en "**Roca Emilio Horeste c. Juan Carlos Braschi y otros – ordinario**"[27] el 27/9/99, dictó una resolución en virtud de la cual hizo lugar a una Tutela Anticipatoria, ordenando que la aseguradora procediera a efectuar un depósito mensual de $500 "que pudiera percibir el actor hasta completar la suma de $10000".

Esta medida se adopto "vía el despacho de una cautelar en el marco de un juicio por mala praxis médica asistencial producido en un acto quirúrgico de ablación de riñón. En la especie se ordenó a la aseguradora que depositara una suma mensual a favor de la actora para posibilitar su subsistencia y recuperación."

Según Peyrano, el leading case platense es **"Román Andrés Blas y otros s. Cautelar Innovativa (tutela anticipada)"**[28]. Dicha sentencia, relata el autor de marras, suscripta por los Dres. Gualberto Lucas Sosa y Carlos Saúl Marroco, data de septiembre de 2001 y proviene de la Sala 1 de la Cámara Segunda de la ciudad de La Plata. Se trataba de un menor víctima de lesiones graves en un accidente de tránsito.

También aquí se pidió y obtuvo el despacho de una innovativa con corazón de tutela anticipada, previo otorgamiento de caución personal y tras ser oído el destinatario del reclamo correspondiente.

---

[27] *In re* "Roca Emilio Horeste c. Juan Carlos Braschi y otros- Ordinario". Citado por PEYRANO, Jorge W. "Escolio sobre los `leading cases´ cordobés y platense, en materia de tutela anticipada", en "Nuevas apostillas procesales" Ed. Panamericana, Santa Fe, pág. 163 y ss.

[28] Román Andrés Blas y otros s Cautelar Innovativa (tutela anticipada). Peyrano, Jorge W. "Escolio sobre los `leading cases´ cordobés y platense , en materia de tutela anticipada". Obra ya citada en la anterior nota.

El reclamo, consistía en un resarcimiento parcial y anticipado conformado por la orden al demandado de abonar, durante cierto lapso, gastos de rehabilitación y tratamiento de la víctima. Asimismo, presenta como particularidad que se debía descontar de la condena anticipada a pagar que pesaba sobre el demandado, lo abonado por iguales conceptos por IOMA (que era la obra social).

Otro fallo destacable es el que dicto el titular del Juzgado Civil y Comercial Bonaerense N° 4 del departamento Judicial de Junín, Dr. Leopoldo Peralta Mariscal, en autos "**Courtade Roberto Fernando c. Delavalle Bautista Andrés, Marquez Conrado y Otros s/ Medidas Cautelares**"[29] el 3/6/2003, en virtud del cual concedió una medida cautelar innovativa y ordenó que los demandados abonen al actor una suma cercana a los 30000 pesos para someterse a una operación quirúrgica a raíz de los daños sufridos en un accidente en el que circulaba como tercero transportado.

En la provincia de Santa Fe, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de Villa Constitución, a cargo del Dr. José Luís Sedita despachó la tutela anticipada requerida en fallo del 4/10/2000 en "**Gómez, Daniel R. y otro c. Damián E. Maggioni y/u otros. Daños y Perjuicios**"[30].

El actor víctima de un accidente de tránsito había quedado parapléjico y con un estado prácticamente vegetativo (ya que sólo podía mover los ojos) y, lógicamente, necesitaba de múltiples cuidados y atenciones médicas y paramédicas.

Atento a ello y luego de sustanciar debidamente el pedido y recordar que "El despacho interino de fondo es el que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas especificas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter de peligro que lo amenaza o las

---

[29] "Courtade Roberto Fernando c. Dellavalle Bautista Andres , Marquez Conrado y Otros s/Medidas Cautelares". Citado en la obra de Peyrano, Jorge W. y Carbone , Carlos A. Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo) Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000. La sentencia también esta en www.diariojudicial.com.

[30] "Gómez, Daniel R. y otro c. Damián E. Maggioni y/u otros s. Daños y perjuicios". Comentario en Peyrano , Jorge W. "Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada" Revista de derecho procesal. Año 2002-I. Ed. Rubinzal Culzoni. pág. 568.

particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito", el magistrado actuante dispuso que la demandada le asegurara a la actora a partir de la notificación de la sentencia "los montos necesarios para cubrir los cuidados médicos y paramédicos, intervenciones quirúrgicas y sus accesorios, compra de medicamentos, etc. y toda otra modalidad que no pueda prescindir de ellos sin graves riesgos para su vida, salud física y psíquica, en forma directa o a través de empresas de salud especializadas a tal fin; y que deberá mantenerse durante el plazo de seis meses, salvo que cambiasen las circunstancias que dieron lugar a la misma, bajo apercibimiento de imponerse astreintes en caso de incumplimiento".

Por otra parte el Juez dijo que "Atento al convencimiento del suscripto sobre el grado de certeza y al conjunto de circunstancias que hacen a la fuerte probabilidad de que su posición sea la jurídicamente correcta, más la gravedad del estado de salud de la menor y su contexto y teniendo en cuenta que la parte actora tramita su declaratoria de pobreza a fin de lograr el beneficio de litigar sin gastos –lo que en principio nos presenta una situación económica, que hace presumir su imposibilidad de realizar los importantes gastos para atender sus necesidades – estimo prudente relevarla de prestar contracautela".

Finalmente, el fallo emitido el 17/6/2004 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen en **"Dematteis, Julián c. Cabaleriro, Raúl A. y otros"**[31], el Alto Tribunal citado no sólo confirma la sentencia del tribunal inferior que hizo lugar al reclamo anticipatorio pedido con el fin de que el sanatorio y el profesional codemandado abonen los gastos médicos necesarios (no incluidos en la cobertura social del I.O.M.A. o incluidos pero ante la hipótesis de incumplimiento de esa entidad, "hasta la suma de $500 mensuales") para el tratamiento de un menor que había

[31] "Dematteis, Julián c. Cabaleiro, Raúl A. y otros", publicado en LLBA 2004, pág. 925.

sufrido daños (encefalopatía crónica desde el momento del nacimiento) cuya reparación se reclama en el juicio principal de mala praxis médica sino que, además ante el vacio legal en la materia, los sentenciantes se preguntan , "¿Qué sustento jurídico puede invocarse hoy para peticionar o emitir una resolución anticipatoria?".

Lo que parece claro es según se dice en el caso "que la falta de reglamentación legal ritual expresa no es argumento bastante para permitir la frustración sustancial de derechos: deben los justiciables proponer y los jueces encontrar instrumentaciones formales ajustadas a la medida del interés a tutelar, cuidando de salvar el derecho de defensa en juicio de todos los interesados. Es impensable que la ausencia de reglamentación procesal pueda conducir a la violación del derecho humano a obtener una respuesta jurisdiccional sustancial urgente, cuando la urgencia es la medida de lo razonable por la inutilidad de una respuesta ulterior, ya tardía por la consumación irreparable del perjuicio.".

13. Jurisprudencia pampeana

A través del análisis de la siguiente jurisprudencia mostraré cómo se empleaba, antes de la Reforma 1828, el Instituto de la Tutela Anticipatoria y cómo se ha aplicado a partir del 2001 en la Provincia de La Pampa (como medida cautelar innominada y como sentencia anticipatoria respectivamente). En la causa "**Díaz Anita Eleuteria c/ Ente Provincial del Río Colorado y Otros s/ Alimentos**"[32] del 20/3/1996, cuyo objeto es reclamar alimentos provisorios para tres menores cuyos padres fallecieron con motivo de un accidente de tránsito, después de solucionar una contienda negativa que se dio en el caso, la demandada (Ente Provincial del Rio Colorado) apela la resolución fs. 70/74 que decreta como medida cautelar genérica una cuota alimentaria mensual provisoria para atender las necesidades de subsistencia de los menores Matías Sebastián, Yanina Araceli y Carlos Miguel Ruggeri, cuyos padres fallecieron en un accidente

[32] "Díaz Anita Eleuterio c/ Ente Provincial Del Río Colorado y Otro s/ Alimentos". Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Expte. Nº 7.613/96 r.C.A. 20/3/1996

automovilístico por el cual se tramita una acción por daños y perjuicios, y se cita en garantía a La Ibero Platense.

La demandada observa que la naturaleza jurídica de los alimentos que sólo son debidos por parientes y las medidas cautelares que resultan en este caso, según los agraviados, resultan incompatibles, ya que solamente procederían si fuera verosímil el derecho a ser alimentado.

Sin embargo, el art. 234 del Cód. Proc. establece que fuera de los casos previstos en los arts. 195 a 233 "quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia". Es decir que se admiten medidas cautelares innominadas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Aunque en el caso concreto la cuota que se ordena pagar tiene una finalidad alimentaria, no es en definitiva más que un adelanto de lo que la demandada deberá abonar en carácter de indemnización por daños y perjuicios.

La Cámara citando a Peyrano dice: "que todas y cualquiera de las medidas cautelares sirven al valor eficacia del proceso". "¿De qué valdría que tramitado el proceso de declaración de demencia y obtenida la interdicción judicial del insano, este ya hubiere perecido víctima de su enajenación mental?". Del mismo modo cabe preguntarse qué utilidad tendría otorgar una indemnización reparatoria a los menores, cuando estos ya han sufrido daños físicos o psíquicos irreparables o que resulte mucho más difícil reparar.

Si el derecho es realmente verosímil, tal lo que sucede en el caso de autos, no es razonable que se espere el dictado de una sentencia definitiva si existe la posibilidad de hacer eficaz la sentencia reparatoria desde ese mismo momento, aunque sea en forma muy parcial. Para ello bastara con la aplicación de una de las medidas autorizadas por el art. 234 del Cód. Proc., con lo cual se evitarían los riesgos que pueden derivar de la demora.

La Cámara dice que la cuota mensual de $800 impuesta por el a-quo resulta razonable habida cuenta de su provisoriedad y el fin que persigue, no siendo por otra parte apropiado que cobre una suma la

tutora de los niños, cuyos derechos a las indemnizaciones por los daños y perjuicios no están aún acreditados. En cuanto a la caución real impuesta a la parte actora, tramitándose beneficio de litigar sin gastos, le asiste el derecho de trabar medidas cautelares sin otorgar caución.

Una de las causas posteriores a la Reforma es "**Falcón, Lucio Domingo c/Banco Río de La Plata S.A. s/ Tutela Anticipatoria**"[33], en la ciudad de General Pico del 20/11/2002, donde se reúne la Cámara para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, Lucio Domingo Falcón, quien se agravia ante la denegación, de tutela anticipatoria, para que se le devuelva anticipadamente una determinada suma de su dinero depositada en el Banco Río de La Plata S.A., ante la tramitación de un juicio por cumplimiento de contrato contra esta entidad.

El a-quo consideró que no se había acreditado la "Urgencia Impostergable" exigida por el art. 231 del Cód. Proc. La Cámara comparte esta decisión pues las alegaciones del recurrente no bastan para obtener una tutela anticipada de su derecho, prevista sólo para hipótesis de excepción.

La urgencia que invoca consiste en que tiene una deuda por servicios municipales -de $ 2.232,45 – que no puede afrontar con su sueldo, que no indica ni acredita cuál es. Aunque esta sola circunstancia desmerece el intento, se advierte que la deuda corresponde a servicios impagos desde 1996 (en un caso desde 1993), de modo que no guarda relación con las restricciones bancarias impuestas por el decreto 1570/01 y normas sucesivas. El apelante, por otra parte, no explica por qué, pudiéndolo hacer, no pagó las tasas municipales como cualquier vecino, y prefirió depositar el dinero en el banco; tampoco explica de donde deviene su actual "Urgencia impostergable", pues no refiere haber recibido intimaciones apremiantes. Es de señalar que, aún luego de sumas pequeñas, de modo que el actor debió exponer con amplitud y claridad cuál fue su actitud ante esas circunstancias.

---

[33] "Falcón, Lucio Domingo c/Banco Río de La Plata S.A. s/Tutela Anticipatorio." Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial. Expte. Nº 2.298/02 r.C.A. 20/11/2002.

La tutela anticipatoria está prevista para supuestos excepcionales y requiere de fundamentación y prueba convincente, para lo que no basta con invocar la existencia de una vieja deuda; es menester una mejor explicación que la muy breve proporcionada, dice la Cámara, por lo que rechaza el recurso de apelación deducido por la actora.

Otra de las causas posteriores a la reforma es "**Roulier, Javier Augusto c/Banco de La Pampa s/Tutela Anticipatoria"**[34] resuelta por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción.

Javier Augusto Roulier promovió medida cautelar contra el "Banco de La Pampa" para que, como resultado de ella, le restituyera –a la cotización en el mercado libre de la moneda pactada, al día de la devolución- la suma de $ 44.682,134, que depositara en una caja de ahorros en la institución demandada. La devolución efectiva de esos ahorros fue reclamada en los autos "Roulier, Javier Gustavo c/Banco de La Pampa s/cumplimiento de contrato". Fundamentó su pretensión impugnando la validez constitucional del decreto 1570/01 que pesificó y reprogramó sus ahorros y le impidieron retirarlos.

En el fallo en cuestión el apelante se axplayaba sobre las razones por las cuales consideraba que el a-quo resulta competente para entender en estos actuados. No cabe duda que a la tutela anticipatoria al estar contemplada en el capítulo de las medidas cautelares, le es aplicable -en general- las normas que rigen a éstas. Esa consecuencia hace que el juez competente para intervenir en el tratamiento de la tutela anticipatoria sea el facultado para conocer en el juicio principal (art. 6, inc. 4°, Cód. Proc.), de modo que en este trámite –y no en el incidental- debe plantearse y dirimirse la cuestión de la competencia.

Con respecto al rechazo de las medidas cautelares se cita la jurisprudencia de la C.S.J.N que ha dicho que "en los juicios de amparo, aunque el juez se declare incompetente no debe dejar de adoptar las medidas urgentes que la naturaleza y las particularidades de la acción instaurada pueden requerir". Entonces se dijo que ese antecedente, hacía que el tribunal debía verificar si, en el caso, se daban las circunstancias necesarias que obligan a decidir sobre las

[34] "Roulier, Javier Augusto c/Banco de La Pampa s/Tutela Anticipatorio". Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción. Expte. Nº 2.321/02 r.C.A. 22/11/2002.

medidas urgentes que se le solicitaban, aún cuando fuera incompetente para entender sobre el fondo del asunto.

En el caso en tratamiento, el actor no llega a los 60 años de edad, no invoca problemas de salud u otra situación que pueda considerarse de extrema necesidad. Tampoco se advierte un "peligro en la demora", ni se invoca "otro perjuicio que el que sufre cualquier otro ahorrista al que se le "pesificó" su depósito y se le impide temporariamente retirarlo. No hay, entonces, una urgencia impostergable. Según la Cámara, lo hasta aquí expuesto obsta a la necesidad de decidir sobre la medida precautoria. Todo ello hace que deba desestimarse este aspecto del recurso deducido por la actora.

El Dr. Hugo Carlos Rodríguez en su voto dice "con respecto a la Tutela Anticipatoria, ella procede cuando existe una urgencia impostergable y es evidente que en este caso no se han invocado circunstancias que pudieran satisfacer ese requisito. La "Falta de dinero" proclamada en general y sin referencias concretas a la situación de los actores es insuficiente, y no se entiende cual sería la urgencia en pagar los gastos del proceso, cuando se ha pedido litigar sin gastos. Coincido en que el recurso debe ser rechazado".

14. Conclusiones.

- Como consecuencia de considerar que la teoría cautelar ortodoxa no ha podido dar respuestas adecuadas a ciertos requerimientos de los justiciables que claman por soluciones inmediatas, en tiempo razonable, ante situaciones que no admiten demora, florece vivaz, y necesariamente, la Tutela Anticipatoria.
- Quedó demostrado a lo largo del trabajo que este instituto novedoso es uno de los importantes avances hacia el tan ansiado "Proceso Justo", el cual mediante soluciones oportunas y tempranas, despojan al juicio de su clásica morosidad y falta de efectividad.
- Personalmente, y como ya lo he remarcado, creo que se debe dejar de lado la discusión que intenta ubicar la tutela

anticipatoria en viejos moldes, y entender que su naturaleza jurídica es ser una tutela anticipada, nada más ni nada menos.

- Las medidas anticipatorias, lejos de significar una criticable desvalorización del sistema ordinario por la multiplicación inadecuada de las soluciones sólo provisionales, suponen, por el contrario, la utilización de la técnica del conocimiento sumario para brindar respuestas adecuadas y puntuales siempre que la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado viniere a causar un daño irreparable.
- Que es un imperativo constitucional, consagrado en nuestro preámbulo "afianzar justicia", y esto sólo se cumple con decisiones oportunas y efectivas.
- En forma reiterada, leemos en todos los escritos presentados ante un tribunal "SERÁ JUSTICIA", realmente esto se cumplirá cuando en cada uno de los Códigos de Rito este legislada la Tutela Anticipatoria, y más allá de ello, cuando efectivamente se aplique en el tránsito diario de nuestros tribunales, porque no basta con tenerla legislada, es necesario aplicarla en la oportunidad justa.
- Quiero dejar sentado, antes de concluir, el temor que me genera la discrecionalidad con la que puedan llegar a actuar los jueces, aunque pienso que esto queda reservado a la preparación académica, experiencia y en "su" ensañamiento en cumplir cabalmente su mandato y hacer respetar la Constitución.
- Tengo la convicción que la Facultad de Derecho tiene que colaborar en el cambio de paradigmas, y estar unida a los jueces y abogados en la ardua tarea de mejorar la administración de justicia.
- Actualmente, el adagio que define lo justo: "Dar a cada uno lo que le corresponde", ha sido sustituido por: "Dar a cada uno lo que le corresponde, cuando le corresponde".

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2013
en la Imprenta Visión 7 de la ciudad de Santa Rosa.
Se imprimieron 250 ejemplares.

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gov.ar

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

CENTRO DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL