

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Julio de GIOVANNI

SUMARIO: I. *El nuevo status jurídico de la ciudad de Buenos Aires.* II. *Enfoque general del Código Contencioso Administrativo y Tributario sancionado por la Ley 189 de la ciudad de Buenos Aires.* III. *Los legitimados en el Código Contencioso de la Ciudad de Buenos Aires.* IV. *El criterio subjetivo empleado por el Código para fundar la competencia contencioso administrativa.* V. *Antecedentes nacionales del enfoque procesal según el sujeto y sus ventajas.* VI. *Autoridad administrativa y causa contencioso administrativa.* VII. *Interrelación de conceptos. Principios rectores de la revisión judicial.* VIII. *La habilitación de instancia.* IX. *Algunas cuestiones procesales del Código.* X. *Habilitación de instancia en materia impositiva. Novedosa solución al solve et repete en el procedimiento tributario de la ciudad de Buenos Aires.* XI. *Colofón.*

I. EL NUEVO *STATUS* JURÍDICO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

En el año 1994 la República Argentina encaró una importante reforma de su Constitución Nacional. En dicha reforma constitucional su artículo 129 estableció que la ciudad de Buenos Aires tendría un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y que su jefe de Gobierno sería elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Se agregó que una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. Luego, la nueva Constitución Nacional estableció la mecánica operativa al deter-

minar que el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones. Es de destacar que dicho artículo está inserto en el título segundo —Gobiernos de provincias—, de la Constitución Nacional. Se prevé la inmediata elección del primer jefe de Gobierno y la convocatoria a los representantes del pueblo para dictar la Constitución de la Ciudad. Dicha Constitución, que regula el funcionamiento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la ciudad, fue dictada en el año 1996.

Veamos ahora cuál es el *status* jurídico de la ciudad de Buenos Aires.

La Constitución Nacional, después de la reforma de 1994, menciona por primera vez a la ciudad de Buenos Aires. Es dable tener en cuenta que no menciona ninguna provincia por su propio nombre. Se introduce así en la Constitución la personería política de la ciudad. La nueva Constitución en los artículos 44, 45, 54, 99, 124 y 125 y en el importante artículo 129 menciona a la ciudad de Buenos Aires como nueva persona jurídico política de derecho público.

Es así que en virtud de la nueva arquitectura constitucional y respetando su lenguaje, optamos por definir a esta nueva creación del constituyente como ciudad autónoma que forma parte —junto con las provincias— del universo federal de la República Argentina. El concepto ha sido recepcionado en el artículo 1o. de la Constitución de la Ciudad, que expresa que “La ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa”.

La ciudad de Buenos Aires no es provincia ni municipio. Es una ciudad autónoma federada, y por lo tanto un miembro más —junto con las provincias— de la relación federal. En palabras más simples, en el futuro se enseñará en las escuelas que ya la República Argentina no estará formada sólo por las 14 provincias originarias, sino las actuales 24 provincias y la ciudad de Buenos Aires. Lo dicho nos lleva a concluir que su *status* institucional es similar al de las demás provincias argentinas.

Si bien como nueva unidad política no es anterior a la formación por la Constitución histórica del Estado federal, se encuentra en relación al mismo, en situación asimilable a la de los antiguos territorios nacionales. Bueno es recordar que hay nuevas provincias como Chaco, La Pampa,

Chubut, Río Negro, Formosa, Neuquén, Tierra del Fuego y otras. Éstas fueron creadas por la ley, y la ciudad de Buenos Aires, por la reforma constitucional. Ahora todos somos parte de la Argentina en igualdad de derechos. Las 24 provincias y la ciudad de Buenos Aires forman la República Argentina. Concepto recepcionado en el preámbulo: los representantes del pueblo de la ciudad de Buenos Aires, reunidos en convención constituyente por imperio de la Constitución Nacional, integrando la nación en fraterna unión federal con las provincias. Así es la ubicación de la ciudad en el conjunto federal de la República Argentina.

La ley, prevista por el constituyente para encuadrar la autonomía de la ciudad de Buenos Aires respecto del gobierno nacional, fue sancionada el 8 de noviembre de 1995 y es la Ley núm. 24.588, conocida como Ley “Cafiero”. Su artículo 8o. limitó las facultades jurisdiccionales de la ciudad autónoma a las materias de vecindad, contravencional y de faltas y contencioso administrativa y tributarias locales. Asimismo, previó que la justicia nacional ordinaria de la ciudad mantendría su actual jurisdicción y competencia, continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación.

La convención constituyente de la ciudad no tuvo en cuenta esa limitación, y en el texto del artículo 106 de la Constitución local determinó que corresponde al Poder Judicial de la ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes nacionales y locales.

Pese al debate respecto de las facultades jurisdiccionales de la ciudad de Buenos Aires sobre aquellas materias no previstas en el indicado artículo 8o., en ejercicio de atribuciones provenientes tanto del artículo 129 de la Constitución Nacional como del artículo 8o. de la Ley núm. 24.588, la legislatura local sancionó el Código Contencioso Administrativo y Tributario (Ley 189). Como se verá a continuación, dicho cuerpo definió como causas de esa naturaleza a todas aquellas en que una autoridad administrativa legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. El código adjetivo fue previsto para regir, además de las pretensiones conocidas como contencioso administrativas, todas aquellas promovidas por las autoridades locales así como los juicios deducidos en su contra.

El Código está destinado a regir la pretensión administrativa en el sentido estricto, esto es, las demandas de los particulares para revisar judi-

cialmente un acto administrativo de alcance general o particular, pero también toda acción promovida por o contra las autoridades de la administración local, y también en un sentido amplio, ya que el Código Contencioso Administrativo está llamado a regir en aquellas causas en las cuales la ciudad sea parte, aunque estos conflictos sean regidos por el derecho privado.

II. ENFOQUE GENERAL DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO SANCIONADO POR LA LEY 189 DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Como surge de la lectura de los dos primeros artículos del Código, el legislador empleó un criterio subjetivo para definir la competencia del fuero contencioso administrativo local, en donde el elemento relevante pasa por la presencia en el juicio de la ciudad de Buenos Aires o cualquiera de sus órganos;¹ sin importar la naturaleza del derecho de fondo reclamado en el pleito.

Para comprender el alcance de la competencia contencioso administrativa y tributaria deben conjugarse las reglas que el Código establece sobre la autoridad administrativa y sobre las causas contencioso administrativas.²

Para el artículo 1o., son autoridades administrativas de la ciudad de Buenos Aires “... la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la ciudad de Buenos Aires”.

El artículo 2o. señala que las causas contencioso administrativas son “... aquellas en que una autoridad administrativa legitimada para estar en

¹ Por ejemplo, se consideró “autoridad administrativa”, a los fines del Código, a la sociedad estatal Autopistas Urbanas S. A., que reviste el carácter de concesionaria de la explotación y mantenimiento de algunas autopistas (*cfr.* Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, 18 de noviembre de 2003, “Autopistas Urbanas c/Baupark S. A.”, *Doctrina Judicial*, 5 de mayo de 2004).

² *Cfr.* Gauna, Juan Octavio, “Los lineamientos del proceso contencioso administrativo en la ciudad autónoma de Buenos Aires”, *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y Judicial*, p. 261.

juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado”.

Se incluye pues, dentro de su competencia no sólo los juicios tradicionalmente propios del contencioso administrativo como lo son la impugnación de actos administrativos, sino pretensiones de naturaleza tan disímiles como los reclamos de personal jubilado del gobierno de la ciudad, asuntos de tipo mercantil que involucren al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, daños y perjuicios por mala *praxis* médica o padecidos por alumnos en establecimientos escolares públicos, etcétera; y desde luego la materia tributaria.³

De los dos presupuestos —objetivo y subjetivo— que normalmente se encuentran presentes en todo proceso, únicamente el subjetivo es tenido en cuenta por la ley, a efectos de determinar la competencia de los tribunales contencioso administrativos, salvo los casos en que intervienen los órganos legislativo o judicial en donde es necesario que además el pleito se suscite como consecuencia del ejercicio de la función administrativa que ellos ejercen, y los conflictos que involucren a entes públicos no estatales o privados, en donde es necesario verificar que se hayan originado en el ejercicio de potestades públicas otorgadas por las leyes de la ciudad de Buenos Aires.

Es importante poner de relieve que la atribución de competencia que quedó así establecida no sólo es compatible con las disposiciones de los artículos 81 inciso 2) y 106 de la Constitución de la Ciudad, sino también con las facultades propias de legislación y jurisdicción que el artículo 129 de la Constitución Nacional reconoce a la ciudad de Buenos Aires.⁴ Por lo demás, es de la esencia de lo contencioso administrativo, el litigio en que la administración pública es una de las partes.⁵ En definitiva, en la ciudad, será materia contencioso administrativa la que dispongan las leyes, siendo que, como ya se expuso, éstas previeron la competencia de los tribunales locales en lo contencioso administrativo para

³ Cfr. Gusman, Alfredo Silverio, “La competencia de la justicia contencioso administrativa y tributaria de la ciudad autónoma de Buenos Aires a la luz del fallo «Soto»”, *Régimen de la Administración Pública*, núm. 291, p. 49.

⁴ Cfr. Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, 1o. de junio de 2001, “Villaverde”, 26 de septiembre de 2002, “G.C.B.A. c/Policia Federal Argentina s/ejecución fiscal”.

⁵ Fiorini, Bartolomé, *Qué es el contencioso*, p. 69.

todas las causas en que la ciudad sea parte en el juicio.⁶ Por cierto, la Constitución Nacional no contiene definición alguna de lo que es contencioso administrativo y por ende debe hacerlo la ley reglamentaria, sea a nivel federal como en la jurisdicción local.⁷

III. LOS LEGITIMADOS EN EL CÓDIGO CONTENCIOSO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Quedó claro en el acápite anterior la legitimación procesal de todo ente estatal de la ciudad de Buenos Aires cuando actúa en función administrativa. Veremos ahora quienes son los otros legitimados.

Sabido es que la legitimación adjetiva y de fondo es la aptitud de las personas para estar en juicio. De acuerdo con la doctrina procesal más autorizada, la legitimación se refiere a la idoneidad específica de las partes, derivadas de su relación con la situación jurídica en litigio, que justifica su intervención en el proceso (Guasp). Legitimación y pretensión son, por consiguiente, conceptos estrechamente ligados entre sí. El artículo 60. del Código dice que pueden interponer la demanda quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de los derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

Se supera de tal modo la polémica, en buen grado estéril como debate en la doctrina, pero gravitante en la práctica, en torno al reconocimiento de legitimación activa a determinadas situaciones subjetivas, *v.gr.* los intereses personales directos, los intereses legítimos, colectivos y difusos, o como quiera sean denominados.

La tradición más conservadora en el orden federal siempre quiso limitar la legitimación a la existencia de un derecho subjetivo; entendiéndose al derecho público subjetivo como la facultad exclusiva de un particular para exigir de la administración una acción u omisión concreta, protegida directamente por un recurso administrativo o la acción judicial para el caso de incumplimiento.⁸

⁶ *Cfr.* Alterini, Juan Martín y Pelliza, Félix, “La demanda contenciosa en el ámbito de la ciudad autónoma de Buenos Aires”, *J.A.* 2002-I-1057.

⁷ *Cfr.* en igual sentido, Sala I de la Cámara Nacional Civil, 7 de marzo de 2002, “Márquez c/Hospital Oftalmológico Santa Lucía y otros s/daños y perjuicios”.

⁸ *Cfr.* Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, VII, p. 462.

Es de notar que el proyecto del Poder Ejecutivo contaba con la interesante novedad —avanzando en la mejor doctrina— de agregar también como legitimado a quién tuviese tanto un derecho subjetivo cuanto un interés legítimo.⁹ Distinción de legitimación que aún se mantiene en la Ley de Procedimientos. Entendido el interés legítimo, como lo hace el ya citado Manuel María Diez, quien comienza por afirmar que esos intereses legítimos derivan de normas que han sido dictadas para garantizar el interés general, tratándose de un efecto reflejo del derecho objetivo y que por ello a esos intereses se los llama derechos reflejos o intereses legítimos. En este entendimiento no hay diferencia sustancial con la fórmula del artículo 60. del Código. Hoy la doctrina más moderna los denomina intereses colectivos.

Dijimos en el debate que “en cuanto a la legitimación, es decir a la posibilidad de ser parte en un proceso contencioso administrativo, hemos superado las viejas discusiones entre derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple —o como le quieran llamar— y vamos más allá con una fórmula amplia que hoy en día ha aceptado el derecho comparado y que recientemente ha incorporado a su legislación la provincia de Buenos Aires en su nuevo Código Contencioso Administrativo”. En doctrina extranjera, el profesor García-Trevijano Fos opina que no existen derechos subjetivos e intereses legítimos como categorías sustanciales de distinta configuración y agregó que el interés sustancial no es distinto del derecho, sino que es aquello que en cada momento moldea y rellena su concepto.¹⁰

Según una interpretación sistemática y dinámica de la Constitución de la Ciudad y especialmente por lo establecido en su artículo 14, opinamos que la ciudad de Buenos Aires debe reconocer la protección de los hoy llamados intereses de incidencia colectiva. Es en ese sentido que en el artículo 60. se establece una nueva fórmula comprensiva de esos derechos

⁹ Extienden la legitimación tanto al derecho subjetivo como al interés legítimo los Códigos de Corrientes (artículo 10.), La Pampa (artículo 20., incisos a, b y e), Córdoba (artículo 10., inciso c), Entre Ríos (artículo 10.), Formosa (artículo 10.), La Rioja (artículo 10.); el de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 13 utiliza una formulación más dúctil en cuanto a la amplitud de su ámbito de aplicación, que ha sido reproducida, en este Código; esto es, también, el criterio seguido, aunque con una redacción distinta, por el Código de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (artículo 60.).

¹⁰ García-Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid 1974, t. I. p. 562

y de todo el orden jurídico; y se faculta para interponer la demanda a todos quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de los derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico desde la Constitución Nacional hasta el acto individual. Pero tratándose de derecho local entendemos están tutelados por el orden jurídico los derechos reconocidos por la Constitución de la Ciudad y sus remisiones.

Dijimos que esta nueva redacción tuvo su fuente en el reciente Código de la Provincia de Buenos Aires, comentándose en la exposición de motivos que, en torno a los requisitos de admisibilidad de la acción en el proceso administrativo, el proyecto procura superar situaciones doctrinariamente conflictivas como las sutiles diferenciaciones entre derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. En definitiva como opinan los autores del proyecto —hoy Ley 12.008— de la provincia de Buenos Aires, se procura superar los obstáculos que impidan o dificulten el acceso a la instancia judicial.

La ampliación de tutela judicial no se limita sólo al sujeto lesionado de modo directo y personal en el disfrute de sus derechos, sino que incluye además un elenco muy variado de situaciones activas que la doctrina denomina “derechos de incidencia colectiva”.

Es interesante la redacción de la cláusula sexta, en tanto toma las novedades introducidas en la reforma constitucional de 1994 y los derechos tutelados por la Constitución de la Ciudad. Ello, no obstante, será la labor jurisprudencial quien dará respuesta a una serie de problemas que suscita la recepción de estas nuevas categorías legitimantes en el ordenamiento jurídico.

Existe otro punto de vista que podrá tomar la futura labor jurisprudencial según el cual el artículo 106 de la Constitución de la Ciudad establece que corresponde al Poder Judicial de la ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución. En virtud de esta normativa entendemos que causa significa un caso o controversia. La comprobación de que existe un “caso”, constituye un recaudo de neta raigambre constitucional, que reconoce su origen en la división de poderes. El ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio —la afectación de un interés jurídicamente protegido— de orden concreto y, además, susceptible de tratamiento judicial.

IV. EL CRITERIO SUBJETIVO EMPLEADO POR EL CÓDIGO PARA FUNDAR LA COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Como es sabido, la competencia es la potestad otorgada a los magistrados para resolver distintos litigios llevados al ámbito de su conocimiento; y puede estar definida por las personas que intervienen, la materia de derecho que se debata, el monto del asunto, el grado del tribunal, o el lugar donde se desarrollaron los hechos. El legislador de la ciudad autónoma, en uso de facultades constitucionales propias, se basó en uno de los criterios de atribución de competencia a los tribunales contencioso administrativos. El artículo 129 de la Constitución Nacional le otorga a la ciudad facultades para definir todo lo relativo a su derecho público, campo en el que se encuentra incluida la organización y competencia de su fuero contencioso administrativo y tributario.

Los autores del anteproyecto que plasmó la pauta subjetiva en la Ley 189, según ellos mismos señalaron, fueron inspirados por Fiorini,¹¹ quien pregonaba por que todos los juicios donde la administración pública fuera parte, sea como actora o demandada, sean considerados “contenciosos” y por lo tanto sustanciados ante órganos con competencia especial y exclusiva para resolverlos. Enseñaba ese autor que los tribunales ordinarios no pueden interpretar la actividad administrativa con el mismo canon con que se juzgan los actos de derecho privado pues, mientras que en aquélla rigen los principios del bien público y general de necesaria ejecución jurídica, la actividad privada se realiza por la voluntad libre del particular.

Sin embargo, un sector importante de los tratadistas postulan que la competencia contencioso administrativa debería definirse atendiendo a un criterio objetivo.¹² La valoración de la conveniencia del sistema diseñado resulta de resorte exclusivo del parlamento de la ciudad autónoma, que bien pudo, incluso, definir la competencia contencioso administrativa, ateniéndose simplemente a motivos prácticos, a la costumbre admi-

¹¹ Fiorini, Bartolomé, *op. cit.*, no ta 5, pp. 197 y siguientes. Agrega el autor que los caracteres de la administración que informan todos sus actos (urgencia, ejecutabilidad, continuidad de los servicios públicos, etcétera), imponen también una organización especial con una formalidad procesal diferente a los tribunales ordinarios.

¹² Por ejemplo, Diez, M. M., que exige para la viabilidad del contencioso administrativo que se juzgue actividad administrativa y que ésta se encuentre además sujeta al derecho administrativo (*Derecho procesal administrativo*, p. 45).

nistrativa, al interés público, etcétera, sin que necesariamente deban concurrir las pautas o criterios teóricos de determinación.¹³ Por lo demás, al establecer el alcance y contenido de la jurisdicción contencioso administrativa la legislatura de la ciudad autónoma encaró una cuestión que presenta, desde lo ontológico, dificultades insalvables.

Más allá de estas advertencias, no es dudoso que el Estado siempre esté sujeto a un régimen de derecho público, aunque con mayor o menor injerencia del derecho privado según sea el caso, pero sin que ello derogue el régimen exorbitante que tipifica las relaciones de la ciudad autónoma con los particulares,¹⁴ que en el ámbito del proceso judicial tiene diversas manifestaciones, como un mayor plazo para responder la demanda y un régimen especial de ejecución de sentencias en su contra.

Es interesante recordar que la asignación de competencia al fuero especializado en lo contencioso administrativo, basada en la existencia de normas de derecho público que deben ser interpretadas para dirimir la contienda (criterio objetivo), también mereció críticas fundadas en virtud de ciertas consecuencias que apareja. En ese sentido, en materia contractual se ha señalado la incoherencia que resulta en aquellos convenios denominados de derecho común de la administración, que los actos administrativos dictados en la fase preparatoria del contrato deban impugnarse en el foro contencioso administrativo, mientras que el contrato resultante de ese proceso de formación, así como su alcance y extensión, llegado el caso, deba ser juzgado en jurisdicción ordinaria.¹⁵

Así, también es preciso tener en cuenta que para que proceda la competencia contencioso administrativa y tributaria según el régimen de los artículos 1o. y 2o., es preciso que el gobierno de la ciudad no sólo participe en forma “nominal” en el pleito —sea actora, demandada o tercero—, sino también que tenga un interés directo en el litigio, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria. Además, esa calidad de parte debe surgir en forma manifiesta de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determi-

¹³ Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, pp. 1099 y 1100, autor que menciona como ejemplo lo que acontece en materia expropiatoria y las distintas regulaciones existentes en los diversos ordenamientos acerca del tribunal competente.

¹⁴ Cfr. Granillo Ocampo, Raúl, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, p.77.

¹⁵ Cfr. Dromi, Roberto, *La licitación pública*, p. 20.

nación de la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario.¹⁶

V. ANTECEDENTES NACIONALES DEL ENFOQUE PROCESAL SEGÚN EL SUJETO Y SUS VENTAJAS

Según los autores del proyecto que plasmó el criterio subjetivo de atribución de competencia en la Ley 189, la expresión “contencioso”, en su origen significó “litigio administrativo”, pero como dichos procesos debían tramitarse ante órganos que formaban parte de la administración pública francesa, pasó a llamarse “jurisdicción contencioso administrativa”, encuadrando en esta definición la facultad de concederle al mismo poder que había dictado o realizado el entuerto, la posibilidad de juzgarlo por sí mismo.¹⁷

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la calificación de la materia “contenciosa” quedó definida como aquella en la que el Estado resultaba parte en un pleito, y por ende

...todos los juicios donde la administración pública fuera parte, como actora o como demandada, serían en realidad siempre contenciosos y podrían ser desarrollados ante órganos con competencia especial y exclusiva para entender sobre todos ellos. Esta solución, además de representar una consecuencia lógica del Estado de derecho y su ordenamiento jurídico, sería también práctica.¹⁸

De todos modos no puede dejar de ponderarse, desde una perspectiva histórica, que las razones que en su oportunidad se dieron para justificar y diferenciar la materia contencioso administrativa, surgieron en Francia

¹⁶ Tal como enseña la Corte Suprema respecto de la procedencia de su competencia originaria cuando un estado provincial es parte. *Cfr.*, entre otros muchos, Fallos: 314: 405; 322:2370; más recientemente, por remisión al dictamen del Ministerio Público, 15/6/04, “G. Gil S.A. c/Pcia. de Entre Ríos”.

¹⁷ Gauna, Juan O. *et al.*, “Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo y Tributario”, *Régimen de la Administración Pública. Suplemento Especial*, año XIX núm.1, enero de 1997.

¹⁸ Fiorini, Bartolomé, *op. cit.*, nota 5, pp. 82 y 83. En ese orden argumental, se define la competencia contenciosa administrativa como la aptitud que tienen algunos jueces del Poder Judicial para ejercer su autoridad jurisdiccional en juicios donde se litigue sobre cuestiones de la administración pública, en sentido amplio.

con motivo de la necesidad de establecer la competencia del Consejo de Estado, órgano que excluía la intervención del Poder Judicial en este campo, no siendo tal distinción necesaria en nuestro régimen donde el control judicial de la administración le compete a los tribunales por claro mandato constitucional.¹⁹ Tal distinción no es relevante en nuestro régimen, totalmente ajeno al de “justicia retenida”, en donde la revisión judicial de la función administrativa es siempre de impronta judicial.²⁰

Por lo demás, el legislador local no fue un innovador, puesto que ya el Decreto-ley 1285/58 atribuyó competencia a los tribunales civiles en aquellas causas en las que fuera parte la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, sin tener en cuenta la índole del derecho de fondo debatido. La supervivencia por largos años de la norma en mención, sin que recibiese reparos de índole constitucional, no hace más que confirmar que el legislador puede, en determinadas ocasiones y por las razones que justifique cada caso, establecer la competencia con prescindencia de la materia de fondo.²¹

Como punto de partida, hay que tener en cuenta que en este tema, se encuentra en juego el derecho del litigante a su juez natural, que es el creado y dotado de jurisdicción y competencia por una ley que es dictada antes del hecho del proceso en el que el tribunal va a conocer y decidir.²² La garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional también alcanza a lograr una administración de justicia rápida, dentro de lo razonable, evitando la prolongación indefinida de los procesos.²³

También debe ponderarse que uno de los tantos efectos que ocasionan las crisis, tan corrientes en nuestro medio, es el incremento de la litigiosidad, sobre todo en el fuero contencioso administrativo. Por un lado, la crisis del sector público suele llevar a rescindir o revisar contratos administrativos, medidas de racionalización administrativa y de programas sociales, etcétera; por el otro, el mismo contexto económico lleva a que mayores sectores de la población precisen de prestaciones sociales por parte del Estado.

¹⁹ Artículo 116 de la Constitución Nacional y artículo 106 de la Constitución de la Ciudad; Ugolini, Daniela, *Código Contencioso Administrativo Y Tributario y demás normas del proceso administrativo de la ciudad de Buenos Aires*, p. 6.

²⁰ *Cfr.* Gusman, Alfredo Silverio, *op. cit.*, nota 3.

²¹ Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, 9/5/01, “Servicintas S.A. c/I.M.O.S. s/cobro de pesos”.

²² *Cfr.* Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 320.

²³ CSJN, Fallos: 306: 1688.

Todo ello justifica evitar la traba de conflictos de competencia, que son más graves aún en el fuero contencioso administrativo y tributario local, por dos razones. En primer lugar, el tribunal superior común que liga a los jueces locales con los magistrados del fuero federal o los que integran los diversos fueros ordinarios aún en la órbita nacional, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Y toda controversia que se trabe acerca de cual juez es el competente, debería ser resuelta por la Corte conforme lo indica el artículo 24, inciso 7 del Decreto-ley 1285/58, que es el reglamento de organización de la justicia nacional,²⁴ con la demora que ello apareja.

Por otra parte, el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma impone en su artículo 286 que el progreso de la excepción de incompetencia determina el archivo de la causa si el tribunal considerado competente no perteneciere a la jurisdicción de la ciudad de Buenos Aires. Esta consecuencia importa volver el expediente a fojas cero; o peor aún, si han transcurrido los plazos de cuestionamiento judicial de los actos administrativos, la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso. Para tomar conciencia de la importancia de la cuestión, y también, por que no, para confirmar las bondades del criterio plasmado en los artículos 1o. y 2o. del Código Contencioso Administrativo y Tributario porteño, es útil recordar las secuencias del caso “Constructora Mitre c/Pcia. de Formosa”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 9 de mayo de 2000.²⁵

Por lo tanto, el criterio subjetivo presenta virtudes, pues elimina imprecisiones y dudas para el justiciable acerca del tribunal competente, y hospeda todo conflicto en el que intervenga una autoridad administrativa ante un fuero especializado en la materia. Además, insisto en tener en cuenta que la claridad y la no ambigüedad en la fijación de la competencia es de fundamental importancia para asegurar la efectividad de los derechos de los particulares, dado que no hay derecho legítimamente protegido si no hay un órgano ante quien alegar el daño.²⁶ La atribución de competencia atendiendo al sujeto que interviene en el pleito, es empleada por el legislador a fin de neutralizar la incertidumbre de los litigantes y,

²⁴ CSJN, 26 de diciembre de 1995, “Luconi”, *L.L.* 1996-B, 671.

²⁵ Un completo relato de las peripecias procesales que padeció la actora puede consultarse en Botassi, Carlos, “La materia contencioso administrativa. El criterio subjetivo”, *Control de la administración pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, p. 251.

²⁶ *Cfr.* Sala B del Tribunal Fiscal de la Nación, 1o. de marzo de 1993, “Cresol”.

en materia contencioso administrativa, se ha considerado que la única manera de arribar a ese propósito es definiendo la materia por los sujetos intervinientes en la causa.²⁷ Ha dado resultados alentadores, por ejemplo en materia de obras sociales, con la sanción de la Ley No. 23.661 cuyo artículo 38 contempla el sometimiento exclusivo de los agentes del sistema a la jurisdicción federal; y la propia Corte Suprema puso de relieve que la unificación dispuesta por el legislador en aquél artículo trajo, por primera vez, claridad a un tema que hasta ese momento generaba dificultades, pues cada ley de creación de las obras sociales difería en la materia.²⁸

Téngase en cuenta que la lentitud en los procesos es una de las mayores críticas que se destinan al accionar judicial. Que el proceso se complique ya desde su etapa larval con discusiones acerca de cual es el juez ante quien exponer el caso, tiene también un efecto desmoralizador que afecta el derecho de acceso a la justicia.

Cabe entonces reconocer elogiosamente la labor de la legislatura local, que ayudó bastante para prevenir este tipo de conflictos, al sentar en los artículos 1o. y 2o. de nuestro Código Contencioso Administrativo un criterio de atribución subjetiva de competencia. Consagró la unidad de jurisdicción para juzgar al gobierno de la ciudad de Buenos Aires, siguiendo la postura de Bartolomé Fiorini, que propuso, con el objeto de despejar la confusión existente, que sean consideradas causas contencioso administrativas todos los litigios donde el Estado sea uno de los sujetos del proceso. El legislador local, entonces, adoptó un criterio que promueve una función jurisdiccional eficaz, garantiza un mayor grado de seguridad jurídica y evita dispendios jurisdiccionales.²⁹

Precisaremos ahora una cuestión terminológica. En la línea del pensamiento antes expuesto está también nuestra creencia de que es mejor llamar al control judicial de la administración: proceso administrativo. Las razones son varias, pero pondremos solamente una de relieve que se da en el caso en que la administración sea parte actora interponiendo la llamada acción de lesividad, lo que ocurriría cuando la acción tiene por objeto revocar un acto ilegítimo dictado por la propia administración. Va de suyo que si no hay particular que intervenga no hay conflicto a diri-

²⁷ Cfr. Botassi, *op. cit.*, nota 25, p. 253.

²⁸ Cfr. Fallos: 315:2292.

²⁹ Cfr. Giovanni, Julio de y Gil Domínguez, Andrés, "El contencioso de la ciudad de Buenos Aires: una opción que profundiza la autonomía", *L.L.*, 2000-F, 614.

mir. A mayor abundamiento diremos que el vocablo contencioso administrativo tuvo su origen en el derecho francés y de allí pasó al español.³⁰ El código cuyo comentario abordamos se denomina sin embargo Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires por mandato del artículo 81, inciso 2o. de la Constitución de la Ciudad. Por otra parte como afirma Dromi, la expresión contencioso administrativo, si bien criticada con razón, es entendible por los litigantes y se ha divulgado en nuestro mundo jurídico.³¹ Para terminar con esta introducción hacemos mención a esta cuestión terminológica no por una cuestión baladí, sino porque confluye y tiene importancia a la tesis defensiva del artículo 2o. del Código por la cual la competencia estará dada en toda causa en que la ciudad o una de las autoridades administrativas señaladas en el artículo 1o. del Código estén legitimadas para estar en juicio como actora o demandada, tal como lo hemos dicho en la legislatura.

VI. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y CAUSA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Como vimos, de los artículos 1o. y 2o. del Código que estamos comentando surge claramente el concepto de autoridad administrativa. El mismo es conceptualmente coincidente con el señalado por el artículo 1o. de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA).

Queda entonces claro que las partes establecidas en este Código (artículos 2o., 3o. y 4o.) son los particulares legitimados como más adelante veremos o lo son las autoridades administrativas de la ciudad de Buenos Aires descritas en el artículo 1o. del Código. Vaya a título de ejemplo que las personas públicas no estatales, en cumplimiento de actividad administrativa serán entre otras, los colegios profesionales en la aplicación de la potestad delegada por la ciudad de otorgar y administrar la matrícula profesional.³²

³⁰ *Cfr.* Diez, Manuel María con la colaboración de Tomás Hutchinson *Derecho procesal administrativo (Lo contencioso administrativo)*, Editorial Plus Ultra, 1983, p. 16.

³¹ Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 1985.

³² Según Agustín Gordillo “son corporaciones públicas, en general, asociaciones que han sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos, y sometidas a un régimen de derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de la corporación sobre sus asociados, v.gr. los colegios profesionales (colegios de abogados, colegios médicos que tienen control de la matrícula, poder disciplinario sobre sus miembros, y asociación compulsiva de-

Se define claramente en el artículo 2o. del Código que son causas contenciosas cualquiera en que la ciudad sea parte, sea actora o demandada.³³ Finalmente agrega el artículo 2o. que la competencia contenciosa es de orden público. Ello quiere decir que es imperativa y no renunciabile para las partes. En esto se sigue el criterio procesalista que genéricamente expresa que la competencia es improrrogable. Lo que no se sigue por la índole pública del derecho en cuestión es la excepción genérica de los códigos procesales civil y comercial, que suelen exceptuar de este principio de improrrogabilidad en materia territorial a los asuntos exclusivamente patrimoniales cuando se dé conformidad de las partes. Esta limitación de la competencia procesal surge en general de la misma ley ritual. Distinto e imperativo es la competencia contenciosa pues el Estado —la ciudad— como parte no es lógico ni jurídico que sea juzgado en extraña jurisdicción, salvo en los casos de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

VII. INTERRELACIÓN DE CONCEPTOS. PRINCIPIOS RECTORES DE LA REVISIÓN JUDICIAL

En nuestra opinión los conceptos de causa administrativa, legitimación y habilitación de instancia se interrelacionan y forman un todo conceptual que debe funcionar armónicamente. Un concepto depende del otro y recíprocamente le sirve de antecedente o consecuente.

Es oportuno entonces citar para abordar este acápite, que el derecho argentino, a diferencia de otras normativas donde la legislación del proceso administrativo es aplicable en todo el territorio nacional, adoptó un sistema político y constitucional por el cual la regulación de la materia de este Código, es de naturaleza local.³⁴ Dicho carácter local no ofrece

terminada por la ley)", *Tratado de derecho administrativo*, Ediciones Macchi, 1977, t. I p. XI 28.

³³ Un valioso antecedente es que la legislación vigente en la materia en la hoy ex municipalidad de la ciudad de Buenos Aires establecía el mismo criterio de amplitud. Así el artículo 97 de la Ley 19.987 sienta el criterio de alcanzar a "*todas las causas originadas por la actividad de la (ex) Municipalidad que se manifieste por actos de contenido general tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado, o individual, o por hechos...*".

³⁴ Artículos 5o., 75 inciso 12, 100, 104, 105 y 106 de la Constitución Nacional. Expresaba en ese sentido el diputado Gorostiaga, en agosto de 1862, que la autoridad de-

dudas en la legislación positiva vigente en este caso para la ciudad de Buenos Aires. Así lo establecen en el artículo 129 de la Constitución Nacional, el artículo 8o. de la Ley 24.588 y 81, inciso 2 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Como dijimos en el debate en general (sesión del 6 de mayo de 1999).

...desde que se produjo la reforma constitucional de 1994, fue necesaria e imprescindible la creación del fuero contencioso administrativo porque, de lo contrario, en la práctica tendríamos una virtual intervención a través del Poder Judicial Federal, llamado en este caso “Tribunales Ordinarios Nacionales en lo Civil”, al gobierno de la ciudad de Buenos Aires. Esta situación culminará con la creación del fuero contencioso administrativo. Es por eso que las normas que vamos a aprobar se complementarán con la creación de la justicia propia de la Ciudad en esta materia.

Y así ocurrió

Para ver con claridad qué materia es revisada por el Poder Judicial, nos parece importante abrir un paréntesis y referirnos ahora a la incidencia del principio de legalidad en el obrar administrativo. Las cuestiones a que nos vamos a referir, que son principios generales del derecho administrativo se encuentran en la legislación vigente de la ciudad, bien en su Ley de Procedimientos Administrativos, bien en el Código de reciente sanción y constituyen los principios rectores que deberá tener la revisión judicial.

- a) La primera nota distintiva del principio de legalidad es no actuar en contra del ordenamiento jurídico, todo, desde la Constitución hasta la última disposición reglamentaria. El moderno derecho administrativo se ha estructurado sobre la necesidad de armonizar dos conceptos: el uno, las llamadas prerrogativas exorbitantes del poder público, y el otro sobre las defensas de las garantías de los particulares. Como consecuencia de ello varias técnicas conceptuales y legislativas están ya elaboradas y legisladas para asegurar su cumplimiento. En tal sentido expresan los fundamentos de la

legada en la Constitución por el pueblo argentino ha sido confiada a dos gobiernos enteramente distintos, al gobierno nacional y al gobierno provincial. Hoy también a la ciudad de Buenos Aires. Artículos 44, 45, 54, 75 inciso 2o. y 31, 99 inciso 2o, 124, 125 y 129 de la Constitución Nacional.

Ley de Procedimientos de la Ciudad que cabe, pues, abordar los lineamientos básicos que informan al anteproyecto que nos ocupa, cuyo objeto esencial se ha centrado en la idea de compatibilizar la traducción formal del comportamiento de las autoridades administrativas hacia la búsqueda de la legalidad y de la verdad material objetiva, dentro de la actual y caótica dispersión normativa y hasta anomia imperante en la materia, sin desmedro de los principios cardinales y garantías que deben asistir al particular en su duro fatigar con la administración.

- b) La doctrina entiende que la administración tiene prohibido modificar, sobre actos singulares o particulares, lo establecido en reglamentos generales. Principio que debe ser aplicado aún cuando la resolución de tipo general sea dictada por un órgano de inferior jerarquía que el que dicta la resolución excepcional. Es el llamado principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.³⁵
- c) La administración debe someterse a la Constitución de la Ciudad, artículos 2o. y 7o.; Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes formales y por ende toda afectación o limitación sustancial de derechos de los ciudadanos debe ser impuesta por una norma de igual jerarquía legal (*v.gr.*, doctrina del artículo 31 de la Constitución Nacional y artículos 14 y 106 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires).
- d) Existe la obligación, por parte de la administración, de poner fin a situaciones ilícitas derogando en su propio seno o recurriendo al Poder Judicial, según el caso, toda normativa ilegítima (artículo 18 de la Ley de Procedimientos de la Ciudad de Buenos Aires).
- e) La actividad del Estado de la ciudad debe someterse al interés público; por tal motivo debe respetarse el concepto de razonabi-

³⁵ Véase así, en Francia, los *arrets* “Tracou” (C.E., 28/4/1948) y “Ville de Sidi-bel-Abbés” (C.E., 2/11/1960), citados por René Chapus en su *Droit administratif général*, 6a. ed., París, Montachrestein, 1992, t. I p.741. Desde esa óptica, el artículo 30 de la ley del 26 de julio de 1957 de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (España) señala expresamente que “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan grado igual o superior a éstas. Véase en nuestro país, Cassagne, *Derecho administrativo*, II, pp. 66 y ss; Linares, *Derecho administrativo*, p.143 y Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, t. I p. 61. En Francia, Weil, *Derecho administrativo*.

lidad³⁶ (artículo 7o. de la Ley de Procedimientos de la Ciudad de Buenos Aires).

- f) Para el efectivo cumplimiento del principio de legalidad debe verificarse la seguridad pública. En la moderna doctrina el concepto de seguridad jurídica se identifica con el concepto de que el ciudadano ha dejado de ser “el administrado” para transformarse en un pleno detentador de derechos y libertades. Dichos derechos y libertades exigirán definición en el sistema jurídico del derecho a ser diferente que es el derecho a la identidad como lo señala el título I de derechos y garantías de la Constitución de la Ciudad.

Es a la luz de estos principios y conceptos que debe analizarse la llamada habilitación de instancia en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

VIII. LA HABILITACIÓN DE INSTANCIA

Sabido es que la habilitación de la instancia consiste y requiere que antes de promover un asunto contencioso administrativo, se satisfagan ciertos requisitos formales previos; *v.gr.* agotamiento de la vía administrativa; promoción de la acción o recurso en término útil.

El tema de la habilitación de instancia, el Código lo trata en su artículo 3o. cuando regla las condiciones para su ejercicio y en el artículo 5o. cuando determina la excepción a la regla anterior: es decir cuando determina en qué caso no es necesario agotar la instancia administrativa previa. Se establece que no es necesario agotar la instancia administrativa cuando mediere una clara conducta de la autoridad administrativa que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a dicha instancia.

El sistema consiste, fundamentalmente, en el régimen de impugnaciones previas por la vía recursiva, y no difiere sustancialmente del establecido en el orden Federal. Según el Código y la Ley de Procedimientos de este modo se impugna el acto lesivo y se recorre la vía que habilita la acción judicial:

Cuando se trata de una norma de carácter general, dispone el artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo y Tributario que comentamos

³⁶ Entrena Cuesta, “Notas sobre el concepto y clases del Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 33, 1960, p. 41.

que, es condición de ejercicio de la acción contencioso administrativa cuando se trata de actos administrativos de alcance general, el agotamiento de la instancia administrativa por medio de *reclamo*, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 8o. del Código (caso de silencio de la administración). En los casos de actos administrativos definitivos o equiparables, es necesario el agotamiento de la instancia administrativa por medio de las vías recursivas pertinentes. El tema es —en definitiva— similar al orden nacional: 1) cuando el interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en sus derechos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuera adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 8o. estamos ante la llamada por la doctrina impugnación directa; 2) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieran agotado sin éxito las instancias administrativas, estamos ante la llamada impugnación indirecta. El tema no presenta mayores problemas, se refiere a la impugnación indirecta a través del acto particular de aplicación del acto general.

No debe olvidarse que como señala la doctrina, la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo ha destacado sobre “el agotamiento de la vía” 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.³⁷

La norma mencionada puede tener la máxima importancia: da al particular la posibilidad de una impugnación directa del acto de alcance general. El contenido de la norma ofrece esta posibilidad, corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina darle la mayor amplitud posible, decía Hutchinson al comentar en la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional la entonces novedad legislativa.

Está claro que, como requisito previo a la impugnación judicial es necesario que se haya formulado reclamo ante la autoridad que dictó el acto en cuestión. Se trata de un pronunciamiento general sobre la validez de un reglamento tendiente a eliminarlo del mundo jurídico, conforme con el principio de legalidad. Adviértase que la ley dice reclamo y no re-

³⁷ Cfr. Mairal, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma t. I, p. 321.

curso, por lo cual debemos colegir que se ha intentado *ex profeso* establecer una diferencia de régimen legal. En el caso de impugnarse el acto particular, o de impugnarse el acto de alcance general cuando a éste se hubiera dado o comenzado a dar aplicación, debe agotarse la vía administrativa interponiendo los recursos correspondientes. En el caso del artículo 3o., párrafo 2o. del Código sólo se requiere la interposición de *un reclamo* y que éste sea adverso o que se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 8o. del mismo ordenamiento legal —silencio o ambigüedad de la administración—.

Tal como lo sostiene con precisión y claridad el doctor Cassagne, para el orden federal en los supuestos en que un reglamento no hubiese sido aplicado por la administración (artículo 24, inciso a, LPA), puede el particular, en el procedimiento positivo nacional, interponer un reclamo administrativo impropio previo a la demanda.³⁸ La misma normativa legal es la del Código de la Ciudad.

En definitiva el medio técnicamente idóneo para promover la impugnación del acto administrativo de alcance general es la vía del reclamo a la que se ha dado en llamar “mero reclamo”, “reclamo impropio contra normas generales” o “reclamo de impugnación directa contra actos administrativos generales” —contemplada en el artículo 3o. inciso 2 del Código Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires—.

Si los reglamentos administrativos se aplican directamente a los particulares a través de un acto administrativo concreto deben ser *recurridos*.

Pero también en defensa de la legalidad y en una misma línea con la Constitución de la Ciudad, es decir en los supuestos en que un reglamento no hubiese sido aún aplicado por la administración, puede el particular, en el procedimiento establecido en el Código, interponer un *reclamo administrativo* previo a la demanda judicial.

Prestigiosos autores como el profesor Mairal han considerado, por su parte, innecesario el agotamiento de la instancia en los casos en que existiera una acción o recurso judicial específico; en que el agotamiento de la instancia pudiera llegar a suponer la frustración del derecho de defensa en juicio, como cuando *la impugnación del acto se fundara exclusiva-*

³⁸ Cassagne, Juan Carlos, “La impugnación judicial de los reglamentos”, *La Ley*, 1979-C-721.

mente en la inconstitucionalidad de la ley, ante la imposibilidad de pronunciarse sobre ella que existe por parte del órgano administrativo.³⁹

Cuando se trata una norma de carácter individual, o mejor dicho, actos administrativos de alcance particular es necesario el agotamiento de la instancia administrativa por medio de las vías recursivas previstas en la LPA en su título IV, que regla los recursos administrativos entre otros, los recursos de reconsideración, jerárquico y eventualmente de alzada. Ello hasta lograr que el acto sea definitivo o “cause estado” según la expresión de Fiorini.

Finalmente reiteramos que, como causal en que no es necesario agotar la instancia administrativa previa, se ha optado por la norma genérica que establece que no es obligatorio seguir la vía recursiva cuando hubiere una clara conducta del “Estado de la ciudad” o sus órganos legitimados que hagan presumir la ineficacia cierta de recorrer el procedimiento señalado por la LPA para dejar concluida la previa reclamación administrativa. En derecho argentino varios son los códigos provinciales que establecen causales y supuestos que no exigen la previa reclamación administrativa.⁴⁰

La norma de nuestro Código está subordinada a que la ineficacia sea “cierta”. *De todos modos a nuestro entender el juzgador tendrá un amplio campo valorativo para determinar cuando existe una clara conducta de la autoridad administrativa que haga presumir la ineficacia de seguir la vía recursiva establecida en la Ley de Procedimiento*. Tendrá que tener en cuenta la conducta anterior de la administración y también si tal agotamiento de la vía conduce a una pérdida de tiempo para el eventual justiciable o permite que la administración rectifique su conducta ajustándola al principio de legalidad.

³⁹ Mairal, *Control judicial*, pp. 332 y ss.

⁴⁰ El Código de Santiago del Estero, Ley 2297, establece que no será necesaria la reclamación previa cuando la decisión administrativa haya sido resuelta definitivamente de oficio o a petición de parte, sobre un derecho particular determinado del demandante (artículo 7o.). En sentido similar se pronuncia el Código de La Rioja, Ley 1005 de diciembre de 1946 (artículo 9o.) y el de Jujuy, Ley 1888 (artículo 9o.). El Código moderno de la provincia de Corrientes (Ley 2943), sancionado el 25 de enero de 1971, establece al respecto que no será necesario el recurso de revocación cuando la autoridad adopte una actitud manifiesta de no acceder a la reclamación.

En la materia, el Código sigue en general los lineamientos para la habilitación de instancia vigentes en el orden nacional por lo cual se supone útil el conocimiento de la doctrina y jurisprudencia existente.⁴¹

Volviendo sobre la impugnación general del reglamento es momento oportuno para señalar que la ciudad tiene también normado en su Constitución —cuestión ésta que no existe en el orden federal— como competencia originaria de su Tribunal Superior, la acción directa de inconstitucionalidad. Tema este que excede el propósito del comentario. Se trata de una normativa de factura similar al reclamo previo de impugnación general, tema que quedará más en claro con la reglamentación legislativa de la acción prevista en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución de la Ciudad.

De antes de ahora hay doctrina de la CSJN, que es abiertamente favorable a la tesis de que el reclamo previo es innecesario y constituye un ritualismo estéril, cuando lo planteado se vincula con el pedido de declaración de inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance general. Así lo ha resuelto, en los precedentes publicados en La Ley 1982-D-627, La Ley 141-698; La Ley 1989-A-478 y Fallos: 215:37; 233:106; 252:326; ED 129-212. En la materia queda para los tribunales de la ciudad y elaborando la correcta doctrina impugnativa. De todos modos no se debe dejar al justiciable sin la instancia habilitada en la medida en que ocurra o recurra en término.

Se incorporó también a dicho articulado, el denominado “principio de congruencia” por lo que la demanda deberá tener por objeto los mismos derechos planteados en el previo reclamo o recurso administrativo según el caso.

⁴¹ Si el reclamo previo tiene “como finalidad” la de dar a la administración la oportunidad de revisar el acto y, eventualmente, revocar el error, aquella exigencia se torna ineficaz y hasta absurda, puesto que ningún órgano estatal puede declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo. Tanto es así que quienes sostienen la tesis opuesta, esto es, la de que es indispensable el reclamo administrativo previo, admiten excepción a ese principio cuando medie “una clara conducta del Estado que haga presumir —*iuris tantum*— la ineficacia cierta del procedimiento” (Hutchinson, *Impugnación judicial de actos administrativos*, p. 551), o cuando probado que ha mediado por parte del Estado una conducta que haga presumir la ineficacia cierta del reclamo previo, puesto que al resolverse en sede administrativa otros reglamos idénticos, resulta innecesario que la actora hubiera iniciado dicho reclamo, tal como lo determina el artículo 33, inciso e) de la Ley 19.549 (Gordillo, *El reclamo administrativo previo*, Ed. 89-783).

IX. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES DEL CÓDIGO

En relación a las medidas cautelares, se introduce un concepto amplio, que además de incorporar la “medida cautelar genérica”, permite peticionar la implementación de medidas tanto de carácter positivo como negativo, e incluso aquellas que no estén expresamente reguladas en el Código, en la medida que sean útiles para asegurar los objetivos del procedimiento. Se ha regulado específicamente la suspensión del acto administrativo, y también la caducidad de las diversas cautelares, teniendo presente las particularidades del caso cuando se suspende un acto administrativo.

Se ha agregado un capítulo regulando el recurso de aclaratoria. También se corrigió la antigua terminología referida a los efectos de los recursos, usando expresiones más ajustadas como son “efecto suspensivo” y “efecto no suspensivo”, en lugar de “efecto devolutivo” y “trámite diferido” en lugar de “efecto diferido”.

Al regular la demanda contra las autoridades administrativas, se agregó a los requisitos ya conocidos de las legislaciones adjetivas vigentes en el orden nacional, la necesidad de mencionar la individualización y contenido del acto impugnado, si lo hubiere, precisándose en qué forma y por qué dicho acto agravia el derecho o interés de la actora. Además, debe ofrecerse toda la prueba en la demanda, su contestación o en la reconvencción.

En cuanto a la habilitación de la instancia, se han sistematizado las prácticas observadas en el fuero federal en lo contencioso administrativo de la capital, precisándose ciertos plazos como el que se fija para que la autoridad administrativa remita las actuaciones a requerimiento del tribunal, previendo que cuando no los acompañe el tribunal tomará como base los hechos relatados por la parte actora, sin perjuicio de la facultad que se le otorga de acompañarlos en la etapa probatoria, teniendo como fuente el artículo 30 del Código de Procedimientos Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

Con relación al traslado de la demanda se ha fijado un plazo genérico de sesenta días para contestar la demanda, cualquiera que fuera la autoridad administrativa involucrada. De este modo se reducen los términos, tomando como referencia el plazo vigente en el ya citado Código bonaerense. A los particulares se les confiere un plazo general de treinta días que,

aunque es mayor que el vigente en el ámbito nacional, acorta diferencias procesales con respecto a la autoridad administrativa.

Con respecto a las excepciones previas se han incorporado las conocidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y tres específicas para los supuestos en que las autoridades administrativas sean demandadas: la inadmisibilidad de la instancia por falta de agotamiento de la instancia administrativa, la firmeza del acto administrativo impugnado y la caducidad de la acción por haber sido interpuesta fuera del plazo legal, o por impugnarse un acto reiteratorio de otro consentido anteriormente. Se hace notar que estas excepciones han sido concebidas como de previo y especial pronunciamiento, y su interposición interpone el plazo para contestar la demanda. En materia de prueba, se eliminó la confesional en tanto se le ha considerado inconducente para este tipo de proceso. También se ha suprimido la práctica de los “cuadernos de prueba”, atendiendo la opinión experimentada de los secretarios letrados del Tribunal Superior y de los asesores de la Comisión. Se agregaron al proyecto normas sobre prueba anticipada y medidas preliminares. Conforme lo requiere el actual estado de la tecnología, se admiten como “documentos” aquellos que están en soportes diferentes al papel, tales como video filmaciones, cintas magnéticas, los llamados documentos electrónicos u ópticos, siempre que existan procedimientos que permitan poder determinar la autoría de los mismos y su autenticidad. Asimismo, se ha perseguido asegurar la producción sólo de aquella que resultare pertinente, con la participación del juez de la causa en la audiencia preliminar.

En cuanto a la prueba pericial se consignó un sistema de regulación de honorarios para peritos o consultores que intervengan en los juicios, que evitará que la autoridad administrativa vencedora en el pleito deba afrontar el pago de importantes sumas de dinero.

En lo que respecta al proceso de ejecución de sentencias condenatorias de dar sumas de dinero, se previó un sistema tendiente a asegurar el cumplimiento de las sentencias condenatorias contra la administración central y sus descentralizaciones, pero a través de la afectación de una partida presupuestaria para tales efectos, asegurando de esta forma un debido control legislativo al respecto, haciendo la salvedad de los créditos de naturaleza alimentaria, que la jurisprudencia ha coincidido en excluir de diversas legislaciones de emergencia o de consolidación de deudas del Estado. Sin embargo, para establecer un límite cuantitativo se

optó por fijarlo en un importe que no sobrepase el doble de la remuneración que percibe el jefe de Gobierno.

También se ha corregido el efecto que produciría obtener sentencia antes o después del 31 de julio, ya que en el primer caso la inclusión presupuestaria implica una espera hasta el año siguiente en cambio, si es posterior, aunque sea en un día, acarrea esperar dos años, lo que parece írrito en términos de igualdad ante la ley. De tal modo, en tales casos existe una modificación presupuestaria para el cumplimiento de las sentencias posteriores al 31 de julio y anteriores al 31 de diciembre de cada año.

Se han excluido del texto definitivo las acciones de amparo por mora de la administración, por existir en tratamiento proyectos de ley que regulan específicamente esta materia, los que aún no han sido sancionados. Por su parte, el juicio de ejecución fiscal reconoce como antecedente los lineamientos de la Ley núm. 11.683 de Procedimientos Tributarios, así como disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Se regula también como acción especial la desocupación de bienes el dominio privado del Estado.

Por todo ello, creemos que se ha obtenido una adecuada síntesis de preservación de derechos y garantías individuales y razonable protección de la autoridad administrativa con interesantes innovaciones, que sin convertirlo en un instrumento de cambio, lo hacen apto para la transición y perfilan la ideología garantista de la Constitución de la ciudad en la mayoría de sus disposiciones.

X. HABILITACIÓN DE INSTANCIA EN MATERIA IMPOSITIVA. NOVEDOSA SOLUCIÓN AL *SOLVET ET REPETE* EN EL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Comencemos por decir que la aplicación al Contencioso Tributario del enunciado de derecho llamado *solve et repete*, fue una de las cuestiones más discutidas en el seno de la Comisión de Justicia antes de la sanción del Código para resolver las normas de ejecución fiscal que contiene el Código sancionado, en el Capítulo II de su título XIV.

Sin embargo se ha encontrado una solución equilibrada en la redacción del artículo 9o. sobre el que volveremos.

De manera ilustrativa diremos que en nuestro concepto hay un abuso en la legislación positiva de la regla *solve et repete*. Excedería la breve-

dad de este comentario referirnos a su origen histórico (el pretor romano) y evolución. Lo cierto es que no se trata ni de un principio constitucional, ni de un principio general del derecho, ni es aceptado universalmente en el derecho comparado actual. Así, la Corte de Casación italiana estableció la inaplicabilidad del pago previo cuando *prima facie* o *ictu oculi* aparezca improcedente la actuación estatal. En igual sentido, la CSJN ha prescindido también de la exigencia de pago previo para los llamados casos anómalos. En diversos casos la Corte ha establecido excepciones a la rigurosidad del pago previo, cuando la ejecución fiscal puede acusar un perjuicio irreparable.⁴² Así también Aristides Corti en *Jurisprudencia fiscal anotada*,⁴³ dice que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o *fiscal* o de cualquier otro carácter.

Nuestra postura es que no se trata de un principio jurídico sino de una herramienta de la legislación para lograr que el Estado pueda cumplir con una de sus finalidades específicas, cual es la de recaudación de impuestos para poder así a su vez, cumplir con sus funciones indelegables como atender la salud, la educación y el servicio de justicia.

Pero lo cierto es que debemos tratar con un serio nivel de juridicidad constitucional al tema en cuestión, sin caer en violaciones a la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Así, el tan caro derecho de defensa bien señalado en el Pacto de San José de Costa Rica. En consecuencia, tomando también parcialmente la doctrina italiana cuando nos habla del *ictu oculi* creímos en la legislatura de la ciudad de Buenos Aires poder encontrar la solución constitucional y jurídica en la doctrina de nuestras medidas cautelares. Ello fundamentalmente en la apreciación de la verosimilitud del derecho (*fumus bonus iuris*) y al mismo tiempo, no favorecer maniobras dilatorias generalmente de los grandes contribuyentes.

⁴² Fallos 191-43.

⁴³ "Impuestos", XLIV-A-433.

Si bien el planteo de una medida cautelar previa siempre sería posible dentro de la aplicación estrictamente procedimental del código legislado para la ciudad de Buenos Aires, estimamos necesaria la existencia de una norma expresa que resolviere la cuestión.

No tiene la ciudad de Buenos Aires, como el orden nacional, la existencia de un tribunal fiscal como el creado por Ley 15.265, que en su funcionamiento atemperó en la práctica la rigidez de la exigencia del pago previo.

Finalmente, para la ciudad de Buenos Aires después de arduas discusiones en la Comisión de Justicia, se termina redactando un nuevo artículo 9o. que es articulado propio del proyecto que nosotros presentáramos, que dice que en materia impositiva, *cuando el acto administrativo impugnado ordenase el pago de una suma de dinero proveniente de impuestos, tasas o contribuciones, el juez puede determinar sumariamente y con carácter cautelar, de acuerdo a la verosimilitud del derecho invocado por la parte, si corresponde el pago previo del impuesto, tasa o contribución antes de proseguir el juicio.*

Será pues el Poder Judicial, valorando la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora en su faz de daño causado y aún exigiendo contra-cautela, quien determine la necesidad del pago previo del impuesto antes de entablarse la contienda judicial.

Según la redacción adoptada en la norma que comentamos, la legislatura de la ciudad con el voto unánime de sus miembros optó como criterio legislativo por la no vigencia a “rajatabla” del principio *solve et replete*. Solo deberá ingresarse el impuesto o la determinación tributaria para poder continuar el juicio si así lo resuelve el juzgador.

Nos preguntamos cuál deberá ser el criterio del juez para resolver tan delicada cuestión. No será otro que el saber si la petición del particular tiene humo de buen derecho, para lo cual es lugar común señalar en la materia que no se requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado. Se trata de su verosimilitud que es la presunción mediante un conocimiento sumario de que lo que dice el particular es probable, o en otras palabras, que aparece como destinada al éxito.⁴⁴

⁴⁴ Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, 1956, pp. 54 y ss.; Morello *et al.*, *Códigos*, vol. III, p. 60; Orus, “Fundamento lógico y jurídico de la verosimilitud”, *La Ley*, vol. 47, p. 1005; Di Lorio, “Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares”

Por vía de exclusión, cabe desechar en primer lugar todas aquellas pretensiones que no exhiban nítidamente coherencia lógico formal y ensamble jurídico adecuado. La interinidad del juzgamiento no es superficial, y por lo tanto no puede llegarse al extremo de tolerar requerimientos que *ab initio* e intrínsecamente carece de razonable encuadramiento.

Por lo expuesto y por la aplicación misma de la doctrina cautelar, *la decisión legislativa* que propusimos de admisión de la acción sin pago previo —de ser otorgada por el juez— no solo será aplicable sino que también será revocable en cualquier estado del proceso cuando avanzada la causa judicial, el juzgador llegue al convencimiento que por las pruebas ofrecidas u otras contingencias del proceso, ya no se da la verosimilitud del derecho que en principio le hizo suspender el pago previo. Tal como lo establece la doctrina de la provisoriedad de las cautelares.

Dicho en otras palabras, si en el desarrollo del proceso, el marco referencial en el cual se basó el juzgador para hallarle verosimilitud al derecho invocado, se altera o modifica podrá modificarse lo inicialmente resuelto. De ahí que es lugar común en la jurisprudencia y la doctrina señalar la mutabilidad de las medidas cautelares. Tal la doctrina que emana del artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,⁴⁵ cuya normativa también contiene nuestro Código Contencioso.

XI. COLOFÓN

Queremos terminar esta ponencia abogando por un sentido amplio en la habilitación de la instancia. Creemos que por la expresa normativa de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires, que garantiza a todos sus habitantes el acceso a la justicia, en caso de duda sobre si se cumplen o no los requisitos para la habilitación de la instancia contenciosa, no podrá dejarse al ciudadano sin la posibilidad de revisión judicial, y así debe interpretarse el Código.

La Ley, 1978, vol. B, p. 829; Novellino, *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, p. 25.

⁴⁵ Morello *et al.*, *Códigos*, vol. III, pp. 98 y ss.; Podetti, *op. cit.*, nota 44, p. 86, núm. 28; Ramírez, *Medidas cautelares*, p. 43; *Cámara de apelaciones en lo civil y comercial*, San Isidro, Sala I, 25-2-82, causa 32752, Reg. Int. 44/82; C.S., Jurisp. Arg., 1966, vol. II, p. 342; *Cámara de apelaciones en lo civil y comercial*, Morón, Sala II, causa 5797, Reg. Int. 398/1979.

Aspiramos a que en la ciudad de Buenos Aires no ocurra en la justicia que estamos construyendo, la tan temida “privación de justicia”. En tal sentido compartimos el criterio que establece que en la duda hay que aplicar el principio *pro-actione*.

Así lo ha reconocido la CSJN. La garantía constitucional de la defensa en juicio no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes procesales, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de “afianzar la justicia” enunciado en preámbulo de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema —y por cierto no desde ahora— con respecto a las cuestiones de competencia, pero en verdad para el conjunto de los problemas procesales, sostiene el criterio (señalado en su acordada 15 de 1987) de que ellas tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que a ésta en sí misma.

Valga una afirmación final: queremos una justicia independiente, porque la justicia independiente es un presupuesto de la calidad institucional y de la justicia social; queremos libertad como valor clásico reconocido por el constitucionalismo, el que deberá afianzarse; pero también queremos solidaridad, como nuevo valor social que deseamos se afiance en el nuevo milenio.

Así la ciudad de Buenos Aires continuará la construcción de su poder jurisdiccional, abriéndose como perspectiva jurídico-política la posibilidad de construcción de un Poder Judicial que sea ejemplo para la República; que, además, por inmediatez geográfica con el Poder Judicial de la Nación que funciona en el mismo territorio, sirva de espejo comparativo. Deberá ser desde su inicio, transparente, digno, jerarquizado, eficaz y fundamentalmente independiente de los poderes políticos.