

Sumarios

1. El ámbito de los actos administrativos contractuales y su impugnación.
2. La impugnación en sede judicial de los actos relativos a la etapa de selección del contratista: teoría de la incorporación y del acto separable.
3. El acto coligado como proceso de encadenación de actos que se vinculan contractualmente.
4. La nulidad del acto separable: efectos.
5. El plazo de caducidad del artículo 25 de la L.N.P.A.: su finalidad e interpretación. Objeciones que fundan la inconstitucionalidad de una interpretación rigurosa que cierra el acceso a la jurisdicción. 5.1. Finalidad que persiguen los plazos de caducidad. 5.2. Necesidad de una interpretación que armonice con el principio de legitimidad y el de tutela judicial efectiva. 5.3. Objeciones a la constitucionalidad de una interpretación rigurosa sobre los plazos de caducidad.
6. La acción contencioso-administrativa en el sistema de la L.N.P.A. y en la jurisprudencia federal. 6.1. La acción impugnatoria. 6.1.1. La cuestión del acto administrativo consentido frente a la presencia de vicios de orden público (nulidad absoluta). 6.1.2. La defensa de ilegitimidad. Renunciabilidad e interdicción de la aplicación de oficio de los plazos de caducidad. A) La defensa de ilegitimidad. B) Renunciabilidad e interdicción de la aplicación de oficio de los plazos de caducidad.
7. La acción ordinaria contencioso-administrativa. 7.1. Independencia y relaciones de interdependencia entre ambas acciones: consecuencias.
8. El artículo 25 de la L.N.P.A. y su aplicabilidad a los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los actos administrativos. 8.1. Alcance del artículo 7°, in fine, de la L.N.P.A. 8.2. Los actos administrativos dictados en el transcurso de los procesos licitatorios. 8.3. Doctrina de la Corte en materia de actos vinculados a la celebración, ejecución y modificación de los contratos administrativos. El contrato administrativo como una operación compleja. 8.4. Impugnación judicial de los actos de rescisión o extinción contractual: el caso 'Gypobras'. 8.5. La concepción de la Corte, en materia de acciones que tienen por objeto pretensiones indemnizatorias derivadas de contratos administrativos: el caso 'Pensavalle'. Otros supuestos en que no se aplica el plazo de caducidad.

Impugnación administrativa y judicial de los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración

1

El ámbito de los actos administrativos contractuales y su impugnación

No puede desconocerse que la figura del acto administrativo contractual, de la que la doctrina se viene ocupando desde hace algún tiempo, ha adquirido carta de ciudadanía por una doble serie de razones. En primer lugar, en cuanto exhibe la realidad de una 'zona común' de la contratación pública, puesto que ya se trate de los contratos administrativos típicos (en sentido estricto) o de los demás contratos que celebra la Administración que no acusan la preponderancia del derecho público sino del derecho civil o comercial (contratos privados de la Administración), los actos inherentes al procedimiento, que hay que llevar a cabo para celebrar el contrato, constituyen actos administrativos.

Pero esta circunstancia, indicadora por sí misma del carácter complejo que posee el régimen jurídico de

los contratos que celebra la Administración, cobra una dimensión mayor cuando esta última ejerce su poder jurídico en la etapa de ejecución de los contratos administrativos y aun en la de su extinción, utilizando las prerrogativas que le asigna el ordenamiento.

Aquí es donde aparece un conjunto de cuestiones que trataremos de desbrozar en la inteligencia de que existen diferentes posturas bastante afinadas pero reconociendo también que la movilidad propia de las instituciones del derecho administrativo no asegura el anclaje definitivo de ninguna de las soluciones al uso, con excepción de los grandes y fundamentales principios del derecho administrativo.

En ese marco, adquieren trascendencia una serie de concepciones que explican la vinculación existente entre los actos administrativos contractuales (de naturaleza por cierto unilateral) y el contrato al que se incorporan, se separan o se ligan a través de las teorías del acto separable, de la incorporación y, últimamente, del acto coligado, a lo que se antepone el régimen de impugnación de los actos administrativos dictados durante el proceso de licitación pública que finaliza con la adjudicación o perfeccionamiento del vínculo contractual. Más aún, hasta se ha llegado a demostrar que una clase de actos, denominados 'meros pronunciamientos administrativos'(1) —que no repercuten la esfera jurídica de los particulares ni la modifican— no se encuentran regidos por el sistema de impugnación judicial propio de los actos administrativos, particularmente por el plazo de caducidad que prescribe el artículo 25 de la L.N.P.A.

La institución de plazos fugaces de caducidad en el proceso contencioso administrativo nacional, siguiendo la orientación de los códigos provinciales, junto a la naturaleza revisora que suele atribuirse a la jurisdicción contencioso administrativa(2) han sido dos cuestiones de gran trascendencia en el plano de la impugnación de los actos administrativos.

Como regla general, la impugnación de los actos administrativos y aun la de los meros pronunciamientos administrativos ante la propia Administración Pública es siempre procedente, no sólo como emanación de la garantía constitucional de la defensa (artículo 18, Constitución Nacional), sino porque así lo impone el principio de la tutela administrativa efectiva que reconoce el artículo 2°, ap. 3, incisos a), b) y c) del Pacto Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, incorporado expresamente al artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994(3).

El recurso administrativo que, como es sabido, se encuentra reglamentado, según los diferentes medios de impugnación (recurso jerárquico, de reconsideración y queja) en el reglamento nacional de procedimientos administrativos(4) precisa de una interpretación que lo ensamble con el principio de la doble tutela efectiva (administrativa y judicial) prescripto en los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional(5), cuyas emanaciones más conocidas se vuelcan en los principios 'in dubio pro-actione' y de 'amplitud de debate y prueba', que conducen al abandono del pretendido carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, en el caso de los meros pronunciamientos administrativos, que son aquellos que se emiten cuando el recurrente solicita —por ejemplo— el reconocimiento de un derecho incorporado a su patrimonio, cuya existencia no depende de una declaración administrativa, atribuirle a la posición negativa de la Administración los efectos de un acto administrativo que repercute sobre su esfera jurídica alterándola o afectándola(6) para de allí en más aplicarle los plazos de caducidad y los requisitos inherentes a la impugnación judicial de los actos, que agotan la vía administrativa, resulta un contrasentido mayúsculo que choca abiertamente con el principio de la tutela administrativa y judicial efectiva, incorporado expresamente a la Constitución Nacional.

2

La impugnación en sede judicial de los actos relativos a la etapa de selección del contratista: teoría de la incorporación y del acto separable

Las peculiaridades propias del contencioso-administrativo francés, caracterizado por una duplicidad de jurisdicciones en esta materia (el juez ordinario del contrato y el Consejo de Estado) y la configuración del recurso objetivo de exceso de poder concebido como un proceso de anulación al acto administrativo (que en la terminología de Laferriere constituye un proceso al acto) llevaron a la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado a buscar la armonización de la estabilidad del contrato administrativo con la protección de la legalidad y, consecuentemente, de los oferentes desplazados ilegítimamente en las diferentes etapas de los procesos de selección.

Así surgió, para afirmar la seguridad jurídica contractual y el consecuente respeto de los derechos adquiridos, la teoría de la incorporación, según la cual, los actos unilaterales dictados en el proceso de formación del contrato se consideraban incorporados al acuerdo con el que integran un 'tout indivisible' y

son irrevocables. Mediante un artilugio interpretativo se deducía de esa concepción la inadmisibilidad del recurso por exceso de poder dado que este recurso sólo podía tener por objeto (aún hoy es así) la impugnación de un acto administrativo. Como tampoco era posible que los terceros afectados (v.gr. licitantes) acudieran ante el juez del contrato (pues allí sólo están legitimados los contratantes) la teoría desembocaba en una total y absoluta desprotección de los licitantes que no podían impugnar los vicios del procedimiento de formación del contrato administrativo.

Para paliar esa radical injusticia del sistema (que rigió hasta comienzos del siglo XX) el Consejo de Estado Francés elaboró una concepción jurisprudencial distinta (la teoría del acto separable)(7), tendiente a proteger los intereses de quienes participan en un proceso licitatorio. De acuerdo a ella, se interpreta que los diferentes actos unilaterales que dicta la Administración hasta la adjudicación o perfeccionamiento del contrato son susceptibles de ser aislados e impugnarse, en forma separada, a través del recurso por exceso de poder. Sin embargo, aparte de exigirse como condición de la impugnabilidad del acto separable el requisito de que éste sea decisorio o definitivo (lo que sólo acontece con el desplazamiento prematuro de un oferente o la misma adjudicación) lo cierto es que ante el juez del contrato no ha llegado a repercutir la concepción del acto separable por lo cual, el cumplimiento de una sentencia que declara la nulidad de un acto separable fuera de su efecto moralizador, sólo se puede convertir en una indemnización de daños y perjuicios a favor del oferente que triunfa en el recurso por exceso de poder en el que no hay partes contrapuestas pues, mediante un eufemismo, únicamente existe un proceso del acto.

Con todo, no puede controvertirse que, aun con sus imperfecciones técnicas procesales, la concepción del acto separable introdujo criterios proclives a una mayor protección de los licitantes injustamente desplazados en los procesos de selección de contratistas. Resulta entonces paradójico que el adelanto que significó esta concepción francesa del contencioso-administrativo, que tardó bastante tiempo en ser adoptada por la jurisprudencia de otros derechos europeos como el español(8), no hubiera continuado su lógico desarrollo con el reconocimiento amplio de medidas cautelares sobre el contrato y, más aún, con la extensión al contrato de la sentencia que declara la nulidad de una adjudicación.

3

El acto coligado como proceso de encadenación de actos que se vinculan contractualmente

Desde la óptica de la protección de los legítimos derechos del contratista, sobre todo frente a la construcción dogmática que ha efectuado la jurisprudencia acerca del acto consentido y la aplicación de breves plazos de caducidad para impugnar en sede judicial cada uno de los actos administrativos dictados durante la ejecución del contrato, se ha intentado armonizar esas teorías (que en la jurisprudencia no han seguido una línea coherente) mediante la concepción del acto coligado. Según esta tesis, los actos contractuales pueden tener distinta causa, objeto y finalidad inmediata, pero mediatamente, todos ellos encuentran en el contrato administrativo la base de valoración de la totalidad de los requisitos enunciados en el artículo 7° de la L.N.P.A.(9). La importancia de esta relación, que implica que el acto antecedente es susceptible de determinar de una manera total o parcial el acto consecuente (y a la inversa) adquiere importancia por cuanto 'pueden ser separadamente considerados (con relación al contrato y a los restantes actos contractuales) pero, a la vez, son lo que son porque así fueron los actos antecedentes y porque así es el contrato ... al que se encuentran incorporados como una unidad inescindible'(10).

No se puede dejar de reconocer que la tesis del acto coligado traduce una tendencia interpretativa favorable a la vigencia de los principios de la justicia contractual en el contencioso de los contratos administrativos que permite decantarlo de los rigorismos formales que frustran su realización efectiva.

Pero, aun compartiendo las ventajas que encierra esta concepción, es evidente que la teoría del acto coligado implica, al igual que la tesis sostenida en el plenario 'Petracca', extender la concepción del acto separable mucho más allá de la etapa de formación del contrato administrativo, aplicándola a los actos de ejecución contractual y aun a la rescisión, cuando la validez de ésta se juzga en función de algún acto antecedente.

Una de las consecuencias de esta tesis es la opción que reconoce al contratista para impugnar individualmente los actos de ejecución y, al propio tiempo, iniciar la acción judicial contra el acto consecuente, particularmente el acto que pone fin a la relación jurídica contractual, a partir del cual se computan los plazos de caducidad para demandar al Estado, por la vía de los artículos 23 y 24 de la L.N.P.A. Sin embargo, quedarían siempre fuera de la tutela judicial otras situaciones merecedoras de una protección efectiva, que nada tienen que ver con el encadenamiento o coligación de los actos contractuales.

Tampoco la solución pasa por extender la teoría del acto separable a la impugnación de los actos dictados durante la etapa de ejecución contractual, como incorrectamente, a nuestro juicio hizo, la Cámara en el

plenario 'Petracca'.

Porque resulta injusto y revela un cierto anacronismo, no obstante la autoridad de los jueces que sustentaron el voto de la mayoría en 'Petracca', el hecho de aplicar una teoría como el acto separable, que amplió el alcance del control jurisdiccional de los actos vinculados al proceso de formación del contrato, en un sentido opuesto, es decir, para cerrar el acceso del contratista a la jurisdicción en los procesos de impugnación de los actos emitidos durante las diferentes fases de la ejecución contractual.

4

La nulidad del acto separable: efectos

La teoría del acto separable, no obstante sus imperfecciones iniciales, significó una mayor protección de los oferentes ilegítimamente desplazados aun cuando, paradójicamente, preservaba el cumplimiento del contrato administrativo. En algunos sistemas, en consonancia con un sector de la doctrina(11), la concepción del acto separable se ha incorporado expresamente al derecho positivo que rige las contrataciones públicas, asignándole consecuencias que tienden a corregir los defectos de la concepción, afirmando el principio de legitimidad (que incluye la legalidad) por encima del interés concreto de cumplir el contrato.

Tal es el caso de España, cuya ley 13/1995, prescribe —incluso para los contratos privados— la impugnabilidad ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos jurídicos separables que se dicten con relación a la preparación y adjudicación de los contratos privados que celebra la Administración(12). En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios y de la adjudicación del contrato (cualquiera fuera su naturaleza jurídica) la legislación española dispone que dicha declaración '... cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuere posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido'(13).

A su vez, con el objeto de no afectar el interés público la citada ley habilita a la administración cuando la declaración administrativa de nulidad provoca un grave trastorno a un servicio público, a disponer su continuidad 'hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio'(14).

En el ordenamiento administrativo nacional argentino la cuestión debe resolverse en términos semejantes, aunque la solución sea la misma para el acto separable de la concepción clásica (los preparatorios y de adjudicación del contrato) que respecto de los actos posteriores, vinculados con la ejecución y modificación de los contratos administrativos, con algunas modalidades específicas de nuestro derecho positivo que conducen a una doble analogía.

Hay que advertir, por de pronto, que la aplicación analógica de las prescripciones del Título III de la L.N.P.A. a los contratos administrativos se lleva a cabo una vez agotada la posibilidad de aplicar las normas de las leyes especiales que rigen cada contrato administrativo, o eventualmente, en caso de que existiera, de una ley general sobre contrataciones públicas.

En consecuencia, salvo las prescripciones específicas de cada contrato el régimen general de invalidez del contrato administrativo es el previsto en los artículos 14 y 15 de la L.N.P.A. Sin embargo, como esas normas no regulan lo concerniente a los efectos de la declaración de invalidez de los actos administrativos resulta necesario acudir a la técnica de la analogía, mediante la incorporación, al sistema administrativo, de los preceptos del Código Civil, siguiendo la doctrina adoptada por la Corte Suprema a partir del caso 'Los Lagos'.

Ahora bien, en el derecho civil (como por analogía en el administrativo) la declaración de nulidad de un acto genera dos efectos entre las partes: a) su operatividad con carácter retroactivo, con el consecuente deber de restablecer las cosas al estado anterior, y b) la restitución de lo percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado(15) lo que puede suplirse con una indemnización dineraria en el supuesto de resultar imposible o si el damnificado optare por ella(16).

Por último, sobre los efectos de la invalidez de los actos administrativos contractuales, también hay que tener en cuenta que, con diferente alcance, el ordenamiento civil contiene la concepción de la cláusula separable en materia de nulidades(17) permitiendo, de ese modo, que una invalidez parcial no perjudique las otras disposiciones o etapas (en el caso del derecho administrativo) si el vicio del acto es solo parcial y puede aislarse sin afectar la validez del contrato.

5

El plazo de caducidad del artículo 25 de la L.N.P.A.: su finalidad e interpretación. Objeciones que fundan la inconstitucionalidad de una interpretación rigurosa que cierra el acceso a la jurisdicción

5.1. Finalidad que persiguen los plazos de caducidad

El establecimiento de plazos de caducidad para impugnar los actos administrativos fue una de las nuevas instituciones que se introdujeron a esta clase de procesos en el orden nacional, a partir de la sanción de la L.N.P.A. en el año 1972, contrariando la legislación federal anterior que existía en punto al acceso a la jurisdicción.

Lo disvalioso de la concepción (que entonces ya había comenzado a cuestionarse y a ser morigerada en los países europeos que la habrán adoptado) condujo, como era de esperar, a una catarata de procesos judiciales que los litigantes debieron articular para no perder sus derechos de fondo ni consentir los respectivos actos alcanzados por fugaces plazos de caducidad de las acciones previstas para impugnarlos en sede judicial. En la práctica, y en virtud de las interpretaciones restringidas que se sostuvieron, los plazos de caducidad se confundieron con los términos de prescripción de los derechos de fondo, dado que, una vez vencidos aquéllos, se producía el rechazo de la demanda y, consecuentemente, de los derechos en los que se fundaba la pretensión, aún en los casos de nulidad absoluta.

Esta concepción, aplicada indiscriminadamente traduce un inadmisibles privilegio para la Administración, contradice el principio de la tutela judicial efectiva —incorporado a nuestra legislación de fondo a través de la recepción constitucional (artículo 75, inc. 22) de dos tratados internacionales(18)— exigiendo una interpretación armónica del artículo 25 de la L.N.P.A., sobre todo, en materia de los actos vinculados con la ejecución y modificación de los contratos administrativos. Si nos atenemos a los argumentos expuestos por la doctrina(19) y la jurisprudencia(20) el establecimiento de plazos de caducidad para la impugnación judicial de actos administrativos se justifica por la necesidad de 'asegurar la estabilidad de aquellos actos, dan seguridad jurídica al obrar del Estado para evitar incertidumbres prolongadas y, fundamentalmente impedir que se perturbe el normal funcionamiento de la Administración'(21).

Como se ha sostenido, esos argumentos pretenden proteger la acción administrativa poniéndola a cubierto de los riesgos que implican las anulaciones tardías(22). De ese modo, los plazos de caducidad procuran despejar la incertidumbre sobre la validez y estabilidad de los actos estatales(23).

5.2. Necesidad de una interpretación que armonice con el principio de legitimidad y el de tutela judicial efectiva

Sin embargo, su aplicación, aun restringida a los supuestos de anulación de actos administrativos, demanda una interpretación que armonice con dos principios fundamentales que hacen, por una parte, a la legitimidad del obrar estatal y, por la otra, en el plano estrictamente constitucional, a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas y a la propia división de los poderes(24).

Esa interpretación conduce, por de pronto, a limitar el instituto de los plazos de caducidad a las acciones judiciales de anulación (la L.N.P.A. se refiere a la impugnación) de actos administrativos. Quedan entonces, fuera del alcance del artículo 25 de la L.N.P.A. aquellas acciones donde el objeto de la pretensión procesal no consiste en la impugnación de un acto administrativo de alcance particular o general, como, por ejemplo, las acciones relativas al cumplimiento de una prestación de dar a cargo de la Administración(25).

En segundo lugar, como el interés público revela una mayor dimensión de peso en la protección de la ley y del derecho que en la estabilidad de actos administrativos portadores de graves violaciones al ordenamiento jurídico, no parece lógico adoptar una interpretación que sepulta el principio de legitimidad y la división de poderes en aras de una validez ficticia y artificial.

Por otro lado, el argumento de los riesgos que plantean las anulaciones tardías de los actos administrativos constituye otra falacia fácilmente refutable a poco que se repare en que la tardanza de una sentencia judicial firme que anula un acto administrativo constituye una característica común en los procesos contencioso-administrativos promovidos dentro de los plazos de caducidad. Así, el plazo de caducidad no es un freno a la anulación tardía ni a la inestabilidad del acto impugnado sino un formidable bloqueo de la acción de nulidad que altera el juego de las reglas sobre la prescripción.

En esa inteligencia, sostuvimos en su momento(26) que la caducidad funcionaba como una carga impuesta al administrado para la admisión de la impugnación judicial directa de un acto administrativo que no hacía perder el derecho de fondo (máxime cuando el vicio era de nulidad absoluta) contenido en la pretensión anulatoria, a través de un nuevo planteo ante la Administración por la vía del artículo 30 de la L.N.P.A.

(reclamo administrativo previo).

Una interpretación armónica sobre los plazos de caducidad no puede eludir el orden público que la división de poderes exige sea controlado plenamente por los jueces ni el principio de legitimidad por lo que, en principio, la acción de nulidad absoluta contra un acto administrativo no debería limitarse con esa cortapisa procesal que altera de hecho, la imprescriptibilidad que poseen las acciones tendientes a resguardar el orden público administrativo(27), impidiendo sancionar aquellas graves transgresiones al ordenamiento previstas en el artículo 14 de la L.N.P.A.(28).

La tutela judicial, para ser efectiva, debe permitir el acceso a la justicia no sólo para que ésta declare la legitimidad o ilegitimidad del obrar administrativo sino también a fin de reparar las consecuencias dañosas de sus actos, aun cuando no se hubiera accionado por nulidad.

Esta interpretación que se inspira en una constelación de principios generales del derecho administrativo (a los que cabe adicionar[29] el de la interpretación antiformalista de la ley y el de la interpretación más favorable al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos) se proyecta con algunas peculiaridades, como se verá más adelante, sobre el régimen de impugnación de los actos relacionados con la ejecución y modificación de los contratos administrativos.

5.3. Objeciones a la constitucionalidad de una interpretación rigurosa sobre los plazos de caducidad

El encuadre en nuestro sistema jurídico de la institución de los plazos de caducidad del artículo 25 de la L.N.P.A. y su interpretación viene planteando, desde hace tiempo, como pocas normas del derecho administrativo, serias y fundadas objeciones en punto a su constitucionalidad, no pudiendo afirmarse que la cuestión haya sido resuelta aún en forma definitiva, sobre todo a la luz de la preceptiva de los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional.

Porque podrá debatirse la constitucionalidad de una norma que elimina los efectos de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta y, quizás, también la interpretación del sistema judicialista previsto en nuestra Carga Magna (que conduce al abandono del carácter revisor[30] que se atribuía al proceso contencioso-administrativo) pero lo que no puede postularse, a la luz del principio de la tutela judicial efectiva incorporado a nuestro ordenamiento por sucesivos pactos internacionales, es la constitucionalidad de una interpretación que privilegia el cierre de la jurisdicción antes que su apertura para realizar aquella tutela.

Ya que, aun reconociendo las escasas posibilidades de una interpretación constitucional restrictiva dentro del nuevo marco constitucional(31) ella representa la única posibilidad favorable a la validez de la norma y por, esa causa, la futura jurisprudencia quizás transite por ese camino a poco que se haga carne de las ventajas que implica jerarquizar la tutela judicial efectiva y la legitimidad sustantiva por sobre una interpretación rigurosa de los plazos de caducidad que no condice con la regla básica de nuestro sistema judicialista que postula el enjuiciamiento judicial pleno (con amplitud de debate y prueba) de los actos administrativos.

6

La acción contencioso-administrativa en el sistema de la L.N.P.A. y en la jurisprudencia federal

La problemática que plantea la impugnación judicial de los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los contratos administrativos y, por extensión, de los actos integrantes de la 'zona común' de la contratación pública (que incluye los denominados contratos mixtos o regidos parcialmente por el derecho privado) como también todo lo concerniente a las acciones que no persiguen pretensiones impugnatorias o de anulación, requiere abordar, previamente, los grandes lineamientos que exhibe el sistema de la L.N.P.A. y su interpretación jurisprudencial.

El punto de partida como nadie puede desconocerlo consiste en advertir que el sistema de la L.N.P.A., en vez de seguir el modelo español (articulado sobre la base de un único proceso con pluralidad de pretensiones)(32), aparece configurado a través del reconocimiento de dos vías o acciones procesales(33): la acción impugnatoria, por una parte, y la acción ordinaria (también llamada reparatoria o reclamatoria), por la otra.

Pero las disidencias interpretativas afloran en aspectos fundamentales del sistema. Ellas versan sobre el ámbito de ambas vías, sus relaciones, la naturaleza y fines de los plazos de caducidad, su aplicación de oficio por parte de los jueces y la renuncia a invocarla en el proceso por parte de la Administración, hasta su inaplicabilidad en supuestos de vicios que afectan el orden público administrativo (nulidad absoluta).

Mientras el debate interpretativo de la doctrina ha sido notable y, quizás, desproporcionado en punto a la originalidad que exhibe cada postura, la jurisprudencia no siempre mostró unidad de criterio sobre la mayor parte de esas cuestiones fundamentales. El resultado no ha sido bueno. Produjo un sistema que, pese a ser susceptible de ser interpretado en armonía con el principio de la tutela judicial efectiva, ha llegado muchas veces a desnaturalizarlo por obra de un formalismo jurídico que ha venido cerrando el acceso a la jurisdicción a los ciudadanos frustrando el derecho de éstos a enjuiciar los actos administrativos.

En el campo doctrinario existen dos líneas bien definidas. Por un lado, junto con Gordillo(34) y Mairal(35) nos ubicamos aquellos que, desde hace muchos años(36), venimos sustentando una interpretación restrictiva acerca de los plazos de caducidad y las demás cuestiones involucradas, sosteniendo una concepción que contribuye a una mayor apertura del proceso contencioso-administrativo.

En el otro extremo de la línea interpretativa que gira, principalmente en torno del artículo 25 de la L.N.P.A., se han expuesto tesis que, pese a no compartirlas por sus disvaliosas consecuencias, hay que reconocer que han sido planteadas con rigor científico(37).

6.1. La acción impugnatoria

La primera vía procesal que contempla la L.N.P.A., en sus artículos 23 y 24, ha sido denominada 'acción impugnatoria' y se configura como un proceso contencioso-administrativo especial que contiene una o varias (según el caso) pretensiones de anulación. Su objeto consiste en la impugnación judicial de actos administrativos de alcance individual o general hallándose subordinada la procedencia de la acción al cumplimiento de determinadas condiciones de admisibilidad (v.gr. acto definitivo que causa estado o agota las instancias administrativas para el caso de los típicos actos administrativos). En ambas clases de impugnación judicial hay variantes procesales significativas y, a su vez, dentro de la impugnación de actos de alcance general ante la justicia se admiten dos procedimientos diferentes, según se trate de la acción directa de anulación (artículo 24, inc. a], L.N.P.A.) o de la impugnación indirecta, a través de los actos individuales de aplicación (artículo 24, inc. b], L.N.P.A.).

Sin embargo, las tres variantes de la acción impugnatoria (de actos de alcance particular, directa de actos de alcance general e indirecta de estos mismos actos) tienen en común el sometimiento a un plazo de caducidad, el cual varía según que la impugnación sea efectuada por vía de esta acción, o bien, mediante alguno de los recursos especiales directos previstos en otros ordenamientos sectoriales (Ej.: en los marcos regulatorios de los servicios públicos).

Dicho plazo, que es de caducidad y no de prescripción(38), juega para la concepción formalista como una válvula de cierre del proceso judicial provocando la pérdida del derecho material o de fondo mediante una caducidad que, en los hechos, se confunde con la prescripción.

La jurisprudencia de la Corte Suprema y tribunales inferiores han reconocido, en forma por demás precisa, la configuración de la 'acción impugnatoria'(39) para plantear la anulación judicial de actos administrativos, de alcance individual o general, en el proceso contencioso-administrativo.

6.1.1. La cuestión del acto administrativo consentido frente a la presencia de vicios de orden público (nulidad absoluta)

Una aplicación rigurosa del plazo de caducidad conduce a otros resultados disvaliosos que, en el derecho español, se han superado gracias al procedimiento de revisión de actos administrativos por parte de la Administración(40). En efecto, de considerarse que el particular pierde siempre su derecho de fondo en el supuesto de que no impugnase judicialmente el acto administrativo que lo afecta dentro de los plazos de caducidad establecidos en el artículo 25 de la L.N.P.A. —en virtud de lo prescripto en el artículo 1°, inc. e), ap. 6° de la L.N.P.A.— se produciría por vía de ese camino procesal la purga del vicio del acto administrativo.

Esta situación conduce a otorgar estabilidad plena al acto nulo, de nulidad absoluta, lo que no encuentra justificación en principio jurídico alguno máxime cuando: a) la acción de nulidad absoluta es imprescriptible, y b) la propia L.N.P.A. admite que la validez del vicio no se convalida con el no ejercicio del derecho a reunir el acto, al admitir la denuncia de ilegitimidad(41).

Se trata de una verdadera trampa jurídica cuya salida está en reconocer —al menos en los supuestos de nulidad absoluta— la procedencia de un replanteo de la cuestión en sede administrativa por la vía del artículo 30 de la L.N.P.A., o bien, en abrir la acción impugnatoria contra el acto administrativo que resuelve en forma expresa o por silencio, una denuncia de ilegitimidad(42). Con todo, esta última posibilidad tiene el inconveniente de que la Administración está habilitada para declarar que hubo

abandono del derecho (por motivos de seguridad jurídica o por hallarse excedidas razonables pautas temporales) potestad que se limita, como es obvio, a la nulidad relativa, dado el carácter de orden público de la nulidad absoluta.

6.1.2. La defensa de ilegitimidad. Renunciabilidad e interdicción de la aplicación de oficio de los plazos de caducidad

A) La defensa de ilegitimidad

Si el tiempo –como decía Bielsa– no convalida la ilegalidad(43) y la intención de renunciar a los derechos no se presume, cabe siempre la posibilidad, aun cuando el particular hubiere dejado vencer el plazo para interponer la acción judicial impugnatoria, de alegar la defensa de ilegitimidad frente al Estado(44).

Esta solución se impone en virtud de que la caducidad del plazo para promover la acción impugnatoria no configura una institución perteneciente al orden público administrativo y constitucional sino que, antes, bien, precisa encuadrarse en ese conjunto de principios generales inderogables (por voluntad de las partes y de los jueces) que integran la tutela judicial efectiva y la división de poderes como base del enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos.

B) Renunciabilidad e interdicción de la aplicación de oficio de los plazos de caducidad

De esa circunstancia derivan otras dos consecuencias. La primera, referida a la admisión de la aptitud jurídica que posee el Estado para renunciar o abstenerse de alegar la caducidad(45) y la segunda, siguiendo una línea jurisprudencial firme reiterada en los fallos de la Corte Suprema(46), consiste en la prohibición impuesta a los jueces para aplicar de oficio (invocando el principio 'iura curia novit') el plazo del artículo 25 de la L.N.P.A. y denegar, por esa causa, la habilitación de la instancia contencioso-administrativa.

7

La acción ordinaria contencioso-administrativa

Esta acción, también denominada reparatoria(47) o reclamatoria, se encuentra prevista en el artículo 30 de la L.N.P.A.(48) que, básicamente, prescribe que: 'salvo cuando se trate de la impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular o general' se requiere, para demandar al Estado, la promoción de un reclamo administrativo previo.

Por de pronto, la norma resulta bastante clara en el sentido de que con excepción de las pretensiones en que se persigue la declaración de ilegitimidad de un acto administrativo de alcance particular o general (lógicamente que por la vía de los artículos 23 y 24 de la L.N.P.A.) las demás pretensiones (daños y perjuicios, restablecimiento de una situación jurídica, cumplimiento contractual, pretensiones declarativas, etc.) deben encauzarse a través de la acción judicial ordinaria contencioso-administrativa prevista en el artículo 30 de la L.N.P.A. De ese modo, el cauce de esta acción desempeña un papel residual con respecto a la acción impugnatoria de los artículos 23 y 24 que constituye una excepción en el sistema de la L.N.P.A. o, si se quiere, un proceso contencioso-administrativo especial que, aunque persigue la declaración de ilegitimidad de un acto, permite acumular también otras pretensiones que no requieren el reclamo administrativo previo (Ej.: pretensión de daños y perjuicios)(49).

7.1. Independencia y relaciones de interdependencia entre ambas acciones: consecuencias

Aquí se encuentra, a nuestro juicio, el punto medular de toda la discusión doctrinaria y jurisprudencial que nos viene dividiendo en el orden nacional y que se mantiene, no obstante, la posibilidad que ofrece la reforma introducida al artículo 30 de la L.N.P.A. como la entrevió Estrada(50). Porque mientras para un sector de la doctrina(51) y de la jurisprudencia(52) la acción impugnatoria prevalece siempre sobre la acción reparatoria u ordinaria e impide rehabilitar el procedimiento administrativo una vez vencido el plazo de caducidad del artículo 25 de la L.N.P.A., particularmente la que tiene por objeto una pretensión de daños que tiene por causa la ilegitimidad de un acto administrativo, para otro, la acción ordinaria o reparatoria resulta independiente de aquella(53) permitiendo incluso demandar, por vía ordinaria, la nulidad de un acto administrativo, excepto que se trata de cuestiones planteadas y resueltas en la vía recursiva (es decir, a través del recurso jerárquico), en virtud de la interdicción legal que impide resolverlas en el reclamo administrativo previo.

Esta última interpretación se impone después de la reforma del artículo 30 de la L.N.P.A. que introdujo la ley 21.686 [ED, 75-856] toda vez que: a) el reclamo administrativo previo puede interponerse respecto tanto de las cuestiones no planteadas y resueltas como a las planteadas y resueltas, b) el artículo 30 no

prohíbe ni impide que las cuestiones no planteadas por la vía de recurso puedan ser objeto de reclamo administrativo previo. De ello se sigue que el artículo 30 de la L.N.P.A. no excluye la posibilidad de utilizar la vía reclamatoria para impugnar actos administrativos(54) de acuerdo con la doctrina que en su momento propiciamos(55) junto con Linares(56) con anterioridad a la reforma legislativa. Al propio tiempo, se desprenden otras consecuencias en punto a la impugnación de los actos vinculados con la celebración, ejecución, modificación y extinción de los actos contractuales que pasamos seguidamente a considerar.

8

El artículo 25 de la L.N.P.A. y su aplicabilidad a los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los actos administrativos

8.1. Alcance del artículo 7°, in fine, de la L.N.P.A.

En torno al artículo 7, in fine, de la L.N.P.A. giran dos interpretaciones opuestas que se mueven al hilo de los vaivenes de la jurisprudencia. Como esta norma prescribe que 'los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas ...' del Título III, 'si ello fuera procedente' se plantea la cuestión de determinar si, frente a la ausencia de normas específicas, se aplica a la impugnación de los denominados actos administrativos contractuales (es decir, los relativos a la celebración, ejecución, modificación o extinción de los contratos) las prescripciones del Título IV de la L.N.P.A., particularmente la de los artículos 23 a 27 de ese cuerpo legal.

Una interpretación rigurosa es la que adoptó el plenario 'Petracca' donde consideró que el ámbito del Título IV de la L.N.P.A. comprende la impugnación de los actos administrativos contractuales extendiendo el plazo de caducidad, inclusive, para las pretensiones indemnizatorias vinculadas a dichos actos(57).

Unos meses antes, la Corte Suprema había sentado una doctrina contraria, si bien respecto de los actos vinculados con la ejecución y modificación de los actos administrativos contractuales(58) que el Alto Tribunal reiteró poco tiempo después en el caso 'OKS'(59).

Hay que advertir, por de pronto que la concepción restrictiva sobre los plazos de caducidad que, como se ha visto, es la que armoniza con el principio de la tutela judicial efectiva y hasta con la división de poderes, que viene sosteniendo la Corte Suprema, resulta aplicable con independencia de que se extienda o no, a los actos administrativos contractuales, el régimen de impugnación previsto en el Título IV de la L.N.P.A.

8.2. Los actos administrativos dictados en el transcurso de los procesos licitatorios

En armonía con la tesis que desarrolló la Corte Suprema en el caso 'Mevopal' se ha sostenido que, en materia de actos dictados durante un proceso licitatorio el punto de arranque, para computar el plazo de caducidad, se computa a partir del acto de adjudicación. Esto es así porque, sin perjuicio de la posibilidad de promover acciones autónomas contra los actos intermedios cuando se excluya ilegítimamente a un oferente, lo cierto es que para éste, no obstante que el acto haya causado estado, el carácter definitivo se perfecciona recién en el acto de adjudicación, que es el acto por el cual se resuelve la cuestión de fondo respecto de la relación contractual entre el oferente y el licitador(60).

8.3. Doctrina de la Corte en materia de actos vinculados a la celebración, ejecución y modificación de los contratos administrativos. El contrato administrativo como una operación compleja

La doctrina liminar de la Corte Suprema en esta materia fue expuesta en el caso 'Mevopal' en los siguientes términos:

'Los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos y obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato ajenas, por ende, al marco contemplado en los artículos 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su artículo 25(61).'

Una explicación técnica del fallo de la Corte se encuentra en la teoría de las llamadas 'operaciones complejas'(62) según la cual los plazos de caducidad se computan, en materia contractual, a partir del acto de liquidación final, recepción definitiva y, en su caso, del que resuelve su extinción.

El carácter complejo de la operación contractual, reconocido por la doctrina francesa(63), integrada por actos sucesivos que culminan con un acto final, impone la superación de los plazos de caducidad si no se

quiere romper con el principio de colaboración que debe regir la relación entre el contratista y la Administración.

En este sentido, bastaría con interpretar, aun sin acudir a la concepción del acto coligado, que el plazo de caducidad se computa recién a partir de ese acto final que, a los fines del proceso contencioso-administrativo, configura el acto definitivo previsto en el artículo 23, inc. a), de la L.N.P.A.

Desde luego que la interpretación que mejor se compadece con la tutela judicial efectiva es la que postula la inaplicabilidad del plazo de caducidad a todos los actos administrativos pero, como seguidamente se verá, no es ésta la tendencia jurisprudencial que exhibe la última jurisprudencia de la Corte Suprema(64).

Una interpretación contraria, como apuntó la Corte en el caso 'Mevopal', conduciría 'a que durante la relación contractual y frente a la emisión por la administración de cualquier acto unilateral, el administrado tuviera que iniciar, en cada caso, un juicio contra su contratante' lo que implicaría —en palabras del Alto Tribunal 'un dispendio jurisdiccional inusitado y provocaría un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la administración y quien ejecute el contrato ...'(65).

8.4. Impugnación judicial de los actos de rescisión o extinción contractual: el caso 'Gypobras'

El ciclo de esa doctrina culmina, en el estadio actual de la evolución de la jurisprudencia de la Corte con lo resuelto en el caso 'Gypobras'(66) que, para un sector de la doctrina, traduce un apartamiento de la tesis sustentada por el Alto Tribunal en las causas 'Mevopal' y 'OKS'(67).

En rigor, en 'Mevopal' la Corte sostuvo dos principios no necesariamente dependientes y hasta podría decirse que, de algún modo, preanuncia en la última parte del considerando 4° la decisión adoptada más tarde en 'Gypobras'(68). Un primer principio, consiste en la aplicación de la teoría de las 'operaciones complejas' que impide considerar cada acto en forma aislada y aplicarles el plazo de caducidad del artículo 25 y, un segundo, radica en sostener que las pautas que rigen la impugnación de los contratos resultan ajenas a los artículos 23 y 24 de la L.N.P.A.

En el caso 'Gypobras' se trata precisamente de la impugnación de un acto final del contrato (la rescisión) lo que no contradice, en este punto, la doctrina elaborada por la Corte en 'Mevopal', como lo resolvió la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal(69).

El cambio jurisprudencial se advierte sólo en cuanto la Corte sostiene que en materia de contratos administrativos su impugnación judicial se rige por las prescripciones del Título IV de la L.N.P.A.(70), siendo procedente la aplicación del artículo 25 de dicha ley, lo que, aun cuando implica una interpretación que juzgamos disvaliosa a la luz del principio de la tutela judicial efectiva, no contradice la médula o esencia de la tesis de 'Mevopal' que es la concepción del contrato administrativo como una operación compleja que impide hacer jugar, en forma aislada, los plazos de caducidad del artículo 25 de la L.N.P.A.

8.5. La concepción de la Corte, en materia de acciones que tienen por objeto pretensiones indemnizatorias derivadas de contratos administrativos: el caso 'Pensavalle'. Otros supuestos en que no se aplica el plazo de caducidad

Aun cuando no haya tenido hasta ahora, mayor repercusión doctrinaria(71) la cuestión planteada en el plenario 'Petracca' fue resuelta años más tarde, en sentido contrario, en el caso 'Pensavalle'(72) fallado en el año 1989, en el que se admitió la procedencia para un reclamo de daños y perjuicios derivado de la ejecución de un contrato administrativo de la vía del reclamo prevista en el artículo 30 de la L.N.P.A.

En ese precedente, que hace suyo el criterio del dictamen de la Procuración General de la Nación a cargo entonces de la Dra. María Graciela Reiriz, se sientan dos claros principios, a saber: 1) que cuando no se impugna un acto administrativo de alcance particular la demanda no está sujeta a los recaudos habilitantes del artículo 23 de la L.N.P.A. y 2) que no se requiere interponer la acción dentro de los plazos de caducidad previstos en el artículo 25 de la citada ley.

La trascendencia de este precedente no escapó, en su momento, al lúcido comentario de Estrada en cuanto reconoce que la Corte decide, de ese modo, una cuestión novedosa y controvertida al señalar que 'el acto decisorio del reclamo no está sujeto para su impugnación al plazo de caducidad e incluso, ante un reclamo mal dirigido, no existe inconveniente en formularlo nuevamente ante la autoridad competente'(73).

Lo mismo acaece en aquellos supuestos en que el derecho objeto de la pretensión no nace del acto administrativo que rechaza la pretensión resarcitoria sino de la relación instaurada entre las partes plasmada en un contrato administrativo y también cuando la acción intentada no tuviera por objeto la

pretensión de hacer cesar una nueva situación jurídica que emane del acto administrativo ni precise, para su viabilidad, de la declaración de invalidez del acto para hacer cesar su presunción de legitimidad(74).

Va de suyo, que tampoco se aplica el plazo de caducidad prescrito en el artículo 25 de la L.N.P.A. a aquellas acciones que tienen por objeto demandar el cumplimiento de contratos, y, en general, las acciones que persigan la ejecución de una obligación de dar(75) como también, cuando se demanda al Estado una conducta positiva o negativa cuyo derecho no nace de un acto administrativo(76), en cuyo caso las acciones se encuentran sólo limitadas por los plazos de prescripción que rigen cada clase de pretensión.

Lo mismo acontece con las denominadas causas civiles en las que el Estado sea demandado y se debatan cuestiones regidas por el derecho común, y, en general, en todos los supuestos en que no se trate de la impugnación judicial de actos administrativos que se rigen por las prescripciones de los artículos 30 y ss. de la L.N.P.A.(77) que, en este sentido, constituyen el régimen ordinario o común del proceso contencioso administrativo.

En resumidas cuentas, la existencia de dos vías en la L.N.P.A. o, al menos, la configuración de requisitos diferentes para agotar la instancia administrativa y aun de excepciones al reclamo administrativo previo, no puede ser negada como tampoco que contra la decisión que decide este último no cabe aplicar el artículo 25 de la L.N.P.A.

Más que por la diversidad de vías la cuestión se ha complicado por la introducción en el medio de tesis muy discutibles en el proceso contencioso-administrativo moderno como son la teoría del acto consentido en sede administrativa (extendida incluso a los actos nulos o de nulidad absoluta), por la que el vencimiento de los plazos para interponer los recursos administrativos hace perder los derechos de fondo(78), su extrapolación al ámbito judicial a través de los plazos de caducidad y, desde luego, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, instituciones todas ellas que se encuentran en retroceso en el derecho comparado.

Complica también el panorama descrito la antigua idea de que el proceso contencioso-administrativo es, básicamente, un proceso de impugnación al acto al que no se lo divorcia de las acciones de contenido patrimonial(79) y no obstante que el particular carezca de interés en demandar la nulidad del acto se exige la promoción de recursos dentro de plazos breves para el agotamiento de la vía administrativa, respecto de un acto que bien pudo haberse notificado durante sus vacaciones o hallándose ausente de su domicilio.

NOTAS

(1) Mairal, Héctor A., Los meros pronunciamientos administrativos, en la obra colectiva publicada en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff, págs. 651 y ss., Buenos Aires, 1998.

(2) Recientemente, la doctrina española ha producido una obra excelente sobre el tema, véase: Fernández Torres, Juan Ramón, Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva, pág. 29 y ss., Madrid, 1998, con prólogo de Eduardo García de Enterría.

(3) Aprobado por ley 23.313 [EDLA, 1986-A-36].

(4) Aprobado por decreto 1759/72 con las modificaciones introducidas por los decretos 3700/77 y 1883/91.

(5) Artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 2º, ap. 3, incisos a), b) y c) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York aprobado por ley 23.313.

(6) Afirma Mairal que: 'Pero no caben dudas de que cuando el particular invoca un derecho preexistente cuya existencia o reconocimiento no depende de una declaración administrativa, y la Administración se rehusa a reconocerlo, tal actitud en nada afecta al derecho preexistente. Cuando la controversia se refiere a una relación de derecho privado es fácil desconocer a tal rechazo el carácter de acto administrativo y encontrar, así, una solución al problema. Pero ello no ocurre cuando la relación está regida por el Derecho Administrativo. Así sucedió en un caso en que una entidad autárquica, en el marco de una relación de Derecho Administrativo, garantizó las obligaciones de una empresa del Estado, y rechazó luego por escrito el reclamo del particular para que honrara dicha garantía, ante lo cual el agente fiscal exigió el agotamiento de la vía administrativa para habilitar la instancia judicial con el posible correlato del carácter firme del acto ante la inacción recursiva del particular. Idéntica situación se observa con la decisión de una reclamación administrativa previa: si ella configurara un acto administrativo, debería impugnarse tal acto autónomamente con lo que la acción judicial quedaría alcanzada por la regla de la caducidad que establece el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos, siendo de allí en más

inaplicables los plazos de prescripción que hasta ese momento regían la cuestión. Obsérvese que, en este supuesto, la decisión administrativa produce efectos jurídicos, a saber, torna innecesario aguardar el vencimiento del plazo para que se produzca el silencio negativo y quede habilitada la instancia judicial. Es necesario precisar entonces que, cuando se habla de la producción de efectos jurídicos como requisito para la existencia de un acto administrativo, tales efectos deben ser sustantivos y no meramente adjetivos. Por ello puede afirmarse de manera genérica que cuando un particular tiene un derecho cuya existencia no depende de reconocimiento administrativo, dependencia que sólo puede surgir de ley expresa que la establezca, las manifestaciones que respecto de dicho derecho formule la Administración son inhábiles para afectarlo, no constituyen actos administrativos ni requieren impugnación. Ello ocurre tanto respecto de la manifestación negativa de la Administración frente a la pretensión de reconocimiento del derecho que formula el particular, como de la pretensión administrativa de prohibir al particular el ejercicio de conducta lícita cuya jerarquía constitucional lo torna independiente del dictado de acto administrativo alguno allí donde una ley no establece expresamente la necesidad de intervención administrativa previa con carácter habilitante, si bien en este último caso la carencia total de base legal permitiría recurrir a las figuras de la vía de hecho o del acto inexistente. De lo contrario estaríamos reconociendo una facultad genérica de 'decir el derecho' a favor de la Administración, incluso en aquellas controversias en las que ella es parte, con el agravante de que lo así establecido obtendría fuerza de verdad legal ante la inacción del particular durante un brevísimo plazo de pocos días. Este otorgamiento de una amplísima potestad jurisdiccional a favor de la Administración nos parece violatoria del principio de separación de los poderes e impropia de un Estado de Derecho. Se hace necesario, entonces, distinguir entre los actos administrativos y los que llamamos 'meros pronunciamientos administrativos', es decir, entre aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, y aquellas otras que se limitan a fijar la posición del Estado ante el particular pero sin ser, por sí solas, hábiles para producir aquel resultado. Mientras que a las primeras les alcanza cabalmente la definición de acto administrativo, a las últimas debe serles negado tal carácter, reconociéndoles solamente, y ello en algunas pocas hipótesis, el efecto meramente adjetivo de liberar al particular de una espera adicional para habilitar la vía reparatoria prevista en los artículos 30 a 32 de la Ley de Procedimientos Administrativos'. (Mairal, Héctor A., Los meros pronunciamientos administrativos, en Derecho Administrativo - Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, págs. 657-658, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998).

(7) Sobre la teoría del acto separable: Laubadère, A. de, Moderne, F. y Delvolvé, P., *Traité des contrats administratifs*, t. II, págs. 1035 y ss., Paris, 1984; también se han ocupado de las teorías del todo indivisible (incorporación) y del acto separable en España, Boquera Oliver, J. M., *La selección de contratistas*, pág. 187, Madrid, 1963; y en fecha más reciente: Solas Rafecas de J. M., *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, págs. 231 y ss., Madrid, 1990; un precedente de trascendencia es el caso 'DIAVIL, S.R.L.' resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Tucumán con fecha 13/3/87, publicado en [ED, 126-130], con nuestro comentario.

(8) Ver por todos: García Trevijano Fos, José Antonio, *Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, en *Revista de Administración Pública* N° 36, pág. 227, Madrid, 1961.

(9) Barra, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales*, pág. 100, Buenos Aires, 1989.

(10) Barra, Rodolfo C., *ob. cit.*, pág. 103. Esta concepción aparece someramente descrita en el caso 'Serra', que analizamos *ut supra*.

(11) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 727, Madrid, 1996; Solas Rafecas, José María de, *ob. cit.*, pág. 252, aclarando que la invalidez sólo se opera cuando el acto anulado sea relevante o le sirva de soporte.

(12) Artículo 9, ap. 2, de la ley 13/1995.

(13) Artículo 66, ap. 1, ley cit. La declaración de nulidad comprende tanto la invalidez de los actos nulos como de los anulables (art. 65, ap. 1).

(14) Artículo 66, ap. 3, ley cit.

(15) Artículos 1050 y 1052, Código Civil.

(16) Artículo 1083, Código Civil, aplicable en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1109.

(17) Artículo 1039, Código Civil.

(18) Pacto de San José de Costa Rica (artículos 8 y 25) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (art. 3, ap. a] y b]).

(19) Estrada, Juan Ramón de, Juicios contra el Estado Nacional, JA, 1977-III-684; González Arzac, Rafael, Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales, [ED, 51-953].

(20) Por ejemplo, en el caso 'Gypobras', resuelto por la Corte Suprema el 5-4-95 en el considerando 8, publicado en LL, 1995-E-478, con comentario de Tawil.

(21) Véase: Pérez Cortés, María Jeanneret de, 'Admisibilidad de la acción por cobro o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del artículo 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado', en el trabajo titulado: La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional. A propósito de los casos 'Petracca' y 'Mevopal', Separata del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, pág. 32, Buenos Aires, 1990.

(22) Cfr. Debbasch, Charles, Contentieux Administratif, pág. 362, Paris, 1981.

(23) Pérez Cortés, María Jeanneret de, ob. cit., pág. 33.

(24) En el caso 'Serra', la Corte Suprema fundó la constitucionalidad de los plazos de caducidad en el principio constitucional de división de los poderes; compartimos, al respecto, la crítica de Bianchi: ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, LL, 1995-A-397, especialmente pág. 433, porque la división de poderes conduce a la interpretación inversa, al menos en el sistema judicialista de nuestra Constitución Nacional.

(25) Pérez Cortés, María Jeanneret de, ob. cit., pág. 34.

(26) Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, [;ED, 45-829].

(27) En la doctrina se ha sostenido que el plazo de caducidad no se compadece con la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, tal como lo sostuvimos a poco de sancionada la L.N.P.A. (ob. cit., pág. 829); véase: Fiorini, Bartolomé A., Derecho Administrativo, t. II, págs. 613 y ss., 2a ed., Buenos Aires, 1976; Gordillo, Agustín A., El reclamo administrativo previo, [ED, 89-777]; Mairal, Héctor A., Control judicial de la Administración Pública, t. I, págs. 391 y ss., Buenos Aires, 1984; Tawil, Guido A., Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa. Primera aproximación, en Régimen de la Administración Pública N° 133, págs. 11 y ss., Buenos Aires, 1989. La jurisprudencia no ha seguido esa línea sosteniendo, equivocadamente a nuestro juicio, que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta carece de base legal (no obstante que surge del Código Civil); véase: el análisis que efectúa, al respecto, Julio R. Comadira (Derecho Administrativo, págs. 57 y ss., Buenos Aires, 1996).

(28) Pérez Cortés, María Jeanneret de, ob. cit., pág. 36.

(29) Pérez Cortés, María Jeanneret de, ob. cit., págs. 40-41.

(30) Sobre el carácter revisor véase: Tawil, Guido A., Administración y justicia, págs. 154 y ss., Buenos Aires, 1993.

(31) Artículos 28 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 2°, ap. 3°, inc. a) y b) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. Un antecedente internacional del principio de la tutela judicial efectiva se encuentra en el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyo artículo 8° prescribe el derecho a un 'recurso efectivo' contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

(32) González Pérez, Jesús, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 2a ed., págs. 594 y ss., especialmente, págs. 625 y ss., Madrid, 1994.

(33) En este único sentido, el sistema de la L.N.P.A. se aproxima más al contencioso-administrativo francés que al español que ha tenido mayor gravitación como fuente de muchas de las prescripciones del Título IV de la L.N.P.A.

(34) Gordillo, Agustín A., ob. cit., pág. 777.

(35) Mairal, Héctor A., ob. cit., t. I, págs. 386 y ss..

- (36) Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, [ED, 45-829].
- (37) Muñoz, Guillermo A., Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos, Revista Argentina de Derecho Administrativo N° 5, págs. 35 y ss.; Hutchinson, Tomás, La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, t. I, págs. 464 y ss., Buenos Aires, 1985; González Arzac, Rafael M., Los plazos de impugnación judicial de los actos administrativos, [ED, 51-253].
- (38) Marienhoff, Miguel S., Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional, LL, 1980-B-1026 y nuestro trabajo Acerca de la caducidad ..., cit., pág. 829.
- (39) En los considerandos 12 y 13 del caso 'Serra', publicado en LL, 1995-A-397 y ss..
- (40) Véase: González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, Comentarios a la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, t. II, págs. 1623 y ss., Madrid, 1997.
- (41) Artículo 1° , inc. e), ap. 6° de la L.N.P.A.
- (42) La jurisprudencia considera que la decisión al resolver una denuncia de ilegitimidad no importa el restablecimiento de los plazos vencidos; véase al respecto: Muñoz, Guillermo A., El reclamo administrativo previo, LL, 1988-A-1063 y los fallos que cita en la nota 35.
- (43) Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, t. V, 5a ed., pág. 502, Buenos Aires, 1947, cit. por Mairal, op. cit., t. I, pág. 398.
- (44) Cfr. Mairal, Héctor A., Control judicial de la Administración, t. I, págs. 398-400.
- (45) Bianchi, Alberto B., ob. cit., pág. 431. La Corte Suprema consideró que la interposición por el Estado de falta de agotamiento de la vía administrativa no constituye un requisito de orden público en los casos 'Cajido' (Fallos, 246:132) y 'Marino' (Fallos, 252:326). A su vez, en otro conocido precedente ('Serra', LL, 1995-A-397 y ss.) reitero la renunciabilidad de la alegación de caducidad por parte del Estado (considerando 17).
- (46) Casos 'N.C.R.' (Fallos, 310:2709); 'Cohen' (Fallos, 313:228) y 'Construcciones Taddia' (Fallos, 315:2217). A su vez la Corte Suprema en la causa 'Geron, Luis c. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba' resolvió que no podía la justicia de oficio no admitir una acción por falta de reclamo administrativo previo porque este trámite es renunciable para la Administración (cit. por Estrada, Juan Ramón de, en Revista de Derecho Administrativo N° 4, pág. 327, nota 7).
- (47) Mairal, Héctor A., ob. cit., t. I, pág. 356.
- (48) Artículo 30, L.N.P.A., texto según la reforma introducida por la ley 21.686.
- (49) Circunstancia que impide asimilar la acción impugnatoria de la L.N.P.A. al recurso por exceso de poder del sistema francés, limitado a la anulación del acto administrativo viciado.
- (50) Estrada, Juan Ramón de, Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la instancia judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema, en Revista de Derecho Administrativo N° 4, págs. 322-323.
- (51) Marienhoff, Miguel S., Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional, LL, 1980-B-1030; Muñoz, Guillermo A., Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación de los actos administrativos, Revista Argentina de Derecho Administrativo N° 5, pág. 42 y Hutchinson, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, t. II, págs. 277-280, Buenos Aires, 1985.
- (52) Como más adelante se verá es la doctrina que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal sentó en el plenario 'Petracca'.
- (53) En esta línea admitiendo la posibilidad de rehabilitar el procedimiento administrativo por medio del reclamo previsto en el artículo 30 de la L.N.P.A. habiendo vencido el plazo de caducidad del artículo 25 de dicha ley (y desde luego también con antelación) se inclinan: Linares, Juan Francisco, Fundamentos de Derecho Administrativo, pág. 418 y ss., Buenos Aires, 1975; Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, t. 4.2., pág. XII-26, Buenos Aires, 1982, Mairal, Héctor A., ob. cit., t. I, pág. 402; Tawil,

Guido S., Administración y Justicia, t. II, págs. 191-192, Buenos Aires, 1993 y Cassagne, Juan Carlos, Cuestiones de Derecho Administrativo, pág. 271, Buenos Aires, 1987, entre otros. Algunos autores, sin compartir esta postura abogan por una interpretación restrictiva sobre los plazos de caducidad admitiendo variadas excepciones: Bianchi, Alberto B., ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, LL, 1995-A-397 y ss., especialmente, págs. 417 y ss.

(54) Véase: Estrada, Juan Ramón de, ob. cit., pág. 323.

(55) Acerca de los plazos de caducidad y prescripción para demandar al Estado Nacional, [ED, 45-829] y La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, [ED, 42-835].

(56) Linares, Juan Francisco, Fundamentos del Derecho Administrativo, pág. 417, Buenos Aires, 1975 y Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo, pág. 28, Buenos Aires, 1974.

(57) 'Petracca e hijos S.A.C.F.I. c. Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial s/cobro de pesos', resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal con fecha 24 de abril de 1986 [ED, 118-391].

(58) En el caso 'Mevopal', (Fallos, 307:2216). Dicha circunstancia tiene particular interés para la interpretación posterior de la doctrina que fluye del caso 'Gypobras' que se limita al supuesto de extinción del contrato administrativo.

(59) 'OKS-Hermanos y Cía. Soc. Anón. Com. Ind. y Financiera c. Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio s/ordinario' (0.86-XX) con fecha 21-10-86.

(60) Cfr. Bianchi, Alberto B., Es aplicable el plenario 'Petracca' a los procesos licitatorios, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXV, Segunda Época, N° 28, págs. 43.61.

(61) Fallos 307:2220, doctrina reiterada en 'OKS-Hermanos y Cía. Soc. Anón. Com. Ind. y Financiera c. Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio s/ordinario' (0.86-XX) con fecha 21-10-86.

(62) Cassagne, Juan Carlos, Cuestiones de Derecho Administrativo, ob. cit., pág. 277, nota 35.

(63) Cfr. Chapuis, René, Droit du contentieux administratif, pág. 255, Paris, 1982. En la doctrina francesa, se sostiene que hay una operación compleja en aquellos supuestos en que una decisión final no puede adoptarse sino después de una serie de decisiones sucesivas que permiten el dictado de una decisión final.

(64) Caso 'Gypobras', LL 1995-E-478.

(65) Fallos, 307:2220.

(66) Publicado en LL, 1995-E-478, con comentario de Tawil. Véase también: Monti de Hitzfelder, Laura M., La aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 en el ámbito de los contratos administrativos, JA, 1996-IV-801 y ss.

(67) Tawil, Guido S., El artículo 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, LL, 1995-E-473.

(68) En cuanto señala que 'Al no haber cuestionado la demandada el punto de arranque del plazo de noventa días contenido en el artículo 25 y, dado que la pretensión de nulidad de los actos administrativos fue iniciada con anterioridad a su vencimiento —computado desde la recepción definitiva de la obra— forzosamente se concluye en la improcedencia de la caducidad alegada' (Fallos, 307:2220-2221).

(69) Allí, el Tribunal señaló que las conclusiones del caso 'Mevopal' 'no son directamente aplicables a aquellos actos mediante los cuales se dispone la rescisión contractual' (considerando XIII de la sentencia de fecha 28-12-93).

(70) Véase: Pérez Cortés, María Jeanneret de, Control Judicial. Habilitación de la instancia. Interrogantes que resultan de las disposiciones legales y de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, en el libro El Derecho Administrativo, hoy, pág. 68, Buenos Aires, 1996.

(71) Una excepción es el comentario de Estrada antes citado, pág. 328.

(72) Publicado en Revista de Derecho Administrativo N° 4, pág. 330.

(73) Estrada, Juan Ramón de, ob. cit., Revista de Derecho Administrativo N° 4, pág. 328, agregando que: 'La circunstancia de que el reclamo se resuelva mediante un acto no obligaría a seguir, para su impugnación, el régimen de los artículos 23 y siguientes de la ley, ya que se está frente a un régimen diferente en el cual el acto juega un papel secundario, dirigido a decidir previamente acerca de una pretensión anterior del particular'. Estrada apunta, además, que 'cuando se está frente a un reclamo, el particular está haciendo valer una situación subjetiva que no nace de un acto administrativo sino que tiene su fuerte en derechos subjetivos o intereses legítimos preexistentes; la decisión del reclamo solo tiene por objeto decidir si en sede administrativa se le reconocerá su pretensión, pero nada agrega o quita a ésta'.

(74) La doctrina del texto es la expuesta por la Corte Suprema en el caso 'Serra' (Fallos, 316:2454).

(75) Cfr. Pérez Cortés, María Jeanneret de, Admisibilidad..., ob. cit., pág. 34.

(76) Cfr. Mairal, Héctor A., ob. cit., t. I, pág. 388.

(77) Pérez Cortés, María Jeanneret de, Control judicial ..., ob. cit., pág. 69.

(78) Muñoz, Guillermo A., El reclamo administrativo previo, LL, 1988-A-1064-1065, sec. doctrina, reconoce que la articulación entre el proceso y los recursos administrativos que se exigen para el agotamiento de la instancia administrativa produce 'un efecto tan discutible como pernicioso: el vencimiento de los fugaces plazos para interponer los recursos en sede administrativa trae aparejada la pérdida de los derechos de fondo'. Por ello propicia instaurar un mecanismo optativo para agotar la vía administrativa (el de los recursos administrativos y el de reclamo previo).

(79) En esta línea, si bien limitada a los perjuicios derivados de un acto administrativo concreto se ubica el caso 'Alcántara', resuelto por la Corte Suprema con fecha 20-08-96, publicado en LL, 1997-A-70.