

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: Unica.-

EXPTE. N° 23022/08.-

SENTENCIA N° 107.-

ACTOR: AMX ARGENTINA S.A..-

DEMANDADO: DEPARTAMENTO PROVINCIAL DE AGUAS DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO y CONSORCIO GENERAL ROCA DE RIEGO Y DRENAJE.-

OBJETO: s/Contencioso Administrativo s/Apelación.-

VOCES: No agota la instancia administrativa: no interpone recurso jerárquico que permite la habilitación de la instancia judicial.-

FECHA: 23-10-08.-

//MA, 23 de octubre de 2.008.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "AMX ARGENTINA S.A. c/DEPARTAMENTO PROVINCIAL DE AGUAS DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO Y CONSORCIO GENERAL ROCA DE RIEGO Y DRENAJE s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/APELACIÓN" (Expte. N° 23022/08-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:-----

-----CUESTIONES-----

-----1ra.- ¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?-----V O  
T A C I O N-----

A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:-----

-----ANTECEDENTES.- En autos, AMX ARGENTINA S.A., ante el reclamo de deuda por canon de riego exigido por el Consorcio de Segundo Grado del Sistema de Riego

del Alto Valle de Río Negro, solicita al Departamento Provincial de Aguas el desempadronamiento de los inmuebles sujetos a canon de riego.- - - - -

-----La actora, presentó tal solicitud y ante el silencio de la Administración, interpuso pronto despacho en los términos del artículo 18 de la Ley A N° 2938, con fecha 8 de agosto de 2007, y sin obtener respuesta, el 8 de octubre de ese año interpuso demanda contencioso administrativa.- - - - -

-----Corrido traslado la demandada, interpone excepción formal por improcedencia de la acción intentada por falta de agotamiento de la vía administrativa.- - - - -  
- - - - -

-----La Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y de Minería de la Ila. Circ. Judicial, por sentencia obrante a fs. 250/253, hizo lugar a la excepción por improcedencia formal de la acción por falta de agotamiento de la vía administrativa y rechazó la demanda.- - - - -

-----Para así resolver la Cámara siguió los lineamientos de la doctrina obligatoria del Superior Tribunal de Justicia en lo referido a la falta de agotamiento de la vía administrativa, y tuvo en consideración lo reglado por el art. 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo (silencio de la administración).- -

-----La sentencia aludió a lo normado en los arts. 91, 93, 94 y 96 del mencionado cuerpo legal procedimental, concluyendo que en autos se produjo la caducidad del derecho al reclamo por la vía contenciosa, puesto que no se acudió a los recursos de revocatoria o reconsideración, y luego seguidamente al jerárquico correspondiente.- - - - -  
- - - - -

-----EL RECURSO DE APELACIÓN.- A fs. 259/263 el apoderado de AMX ARGENTINA S.A. expresa los agravios contra la sentencia de fs. 250/253, y pretende desvirtuar tal doctrina, sosteniendo en lo sustancial, que:- - - - -  
--

-----1) No es posible interponer un recurso jerárquico contra el silencio de la

Administración. Ello, porque –a su entender- no es posible recurrir lo que no existe.- - -

-----

-----2) La excepción opuesta por los demandados implica, en los hechos, el reconocimiento de la propia torpeza por parte de la autoridad administrativa, que pretende el no cumplimiento de sus deberes y de la propia ley. En tal sentido, considera que es injusto que el administrado deba transitar una serie agotadora de instancias sin que nadie le conteste nada, en sucesivos “cajoneos” para poder recién reclamar a la justicia cuando la falta de consideración surge de la autoridad administrativa misma.- - -

-----

-----A fs. 265/266 el apoderado del Consorcio de Segundo Grado del Sistema de Riego del Alto Valle, contesta los agravios del recurrente señalando que en autos no se ha dado cumplimiento a lo normado, previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo A N° 2938, no habiendo sido instando en todas sus etapas, y lo poco realizado lo fue de modo deficiente, mal encaminado y extemporáneo. Sostiene que no ha agotado la vía administrativa puesto que ni el Poder Ejecutivo Provincial ni el Fiscal de Estado se han pronunciado dado que nunca les ha llegado la oportunidad para hacerlo, dado que se omitió interponer los recursos previstos en los arts. 93 y ss. de dicha ley, y por lo tanto no media en el caso un supuesto de silencio administrativo, habiendo caducado la instancia ante una especie de desistimiento o abandono voluntario.- - - - -

-----

-----En tal sentido expone la doctrina referida a la necesidad de interponer el recurso jerárquico, y agotando la vía administrativa con ello, a fin de promover a continuación el contencioso administrativo.- - - - -

-----A fs. 268/269 el Dr. Roberto Juan VAZQUEZ, apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro contesta los agravios, indicando que previo a la vía optada el recurrente debió realizar el agotamiento del reclamo administrativo, y a tal efecto debió actuar dentro de los plazos perentorios, contados a partir del rechazo, ya sea expreso o tácito, del reclamo efectuado. Ello, porque en la Administración descentralizada necesariamente deben agotarse los recursos ante el Poder Ejecutivo, contra los actos definitivos emitidos por la autoridad superior. Asimismo coincide en

sostener de que no existió silencio de la Administración, en tanto la vía no quedó debidamente agotada.- - - - -

-----A fs. 271 y vta. el Dr. Osvaldo Miguel CALVO, apoderado del CONSORCIO GENERAL ROCA DE RIEGO Y DRENAJE, también contesta traslado coincidiendo con las posturas expuestas hasta aquí, agregando que el reclamo administrativo previo permite que la Administración se interiorice de las pretensiones del particular y trate de llegar a un acuerdo en sede administrativa sin necesidad de acudir a la vía judicial. En el caso de autos, la vía nunca fue agotada y la instancia quedó desistida, abandonada y/o caduca por falta de interposición de la acción en tiempo y forma.- - - - -

-----CONSIDERACIONES PREVIAS.- Al ingresar al análisis del recurso de apelación intentado se advierte en primer término que la sentencia aquí atacada no es definitiva. Sin embargo se verifica uno de los supuestos de excepción en el sentido en que este Cuerpo ha delineado su doctrina, a través de los distintos pronunciamientos que se encuentran reseñados en "TECSA S.A.", Se. N° 36/98; "MORON", Se. N° 44/99; "GASPARINI", Se. N° 54/02; "CASVE", Se. N° 175/06.- - - - -

-----En efecto en ellos se han trazado las siguientes excepciones fundadas en casos particulares, a saber: 1) cuando se debatiera la materia contencioso administrativa misma; 2) cuando lo decidido en la instancia anterior terminase la litis; 3) cuando se trate de decisiones en cuestiones de competencia, en la que medie denegación del fuero federal, y 4) cuando se encuentra en discusión la habilitación o no de la instancia contencioso administrativa. Queda claro entonces que encuadrado en el inciso 4) resulta admisible el recurso de apelación presentado.- - -

-----El objeto sometido a debate es la habilitación de la instancia contencioso administrativa y si se dan los presupuestos necesarios para su habilitación.- - - - -

-----Los elementos a considerarse para habilitar la instancia contencioso administrativa son: a) el agotamiento de la vía administrativa; b) el plazo de caducidad prescripto en el artículo 98 de la Ley A N° 2938, y c) la materia administrativa.-

-----La habilitación de instancia es condición ineludible para acceder a la vía judicial, o

sea para demandar en este caso al Departamento Provincial de Aguas y al Consorcio de Riego. El cumplimiento de esta exigencia puede ser cuestionada tanto por la demandada principal como de oficio por el mismo Tribunal. Tanto la habilitación de instancia y el contralor judicial de las decisiones administrativas son verificables de oficio por el Tribunal interviniente antes de correr traslado de la demanda (F. 316: 239). La habilitación de instancia es renunciable por la Administración (CSJN., F. 316: 239).- - -

-----

-----Todo ello ha quedado consolidado por la doctrina sentada por la CSJN. en Fallos 313: 228 y “Construcciones Tardía” (315: 2217). En tal sentido se ha dicho que cuando se ha expedido la máxima autoridad del área con competencia –Gobernador de la Provincia, mediante Decreto-, no hay ninguna duda que agotó la vía administrativa y habilitó la instancia judicial (sin importar la vía recursiva recorrida, Conf. Se. N° 175/06, “CASVE). Por ello, realizar una interpretación literal en orden a las secuencias de los recursos conllevaría “un exceso ritual manifiesto” (CSJN. 297: 531).- - - - -

-----

-----Además existen excepciones a la regla general de habilitación de instancia; y una de ellas es precisamente cuando se cuestiona la resolución de la autoridad superior (Canosa, Influencia de la Tutela Judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa, E.D. 166 -1996- p.988/1003), porque debe aplicarse el principio “in dubio pro actione”, cuando el actor considera que razonablemente podía actuar conforme a derecho, es decir frente a la Resolución del Intendente Municipal; considerando agotada la vía administrativa (CSJN. 312: 1306).- - - - -

-----

-----Ahora bien al ingresar al punto central de autos: ¿Estaba agotada la vía administrativa al iniciar la acción judicial? La respuesta luce contundente. No.- - - - -

-----

-----Si bien la actora inicia el recorrido con el reclamo presentado interponiendo luego el pronto despacho para configurar la denegatoria por silencio; no obstante ello no agotó el íter procedimental, pues omitió recurrir ante el Superintendente del Departamento de Aguas, primero y ante el Gobernador luego, si es que no le resultaba satisfactoria la

resolución.- - - - -

-----Para que pueda abrirse la revisión judicial prevista a través del contencioso administrativo debe cuestionarse una resolución definitiva de la Administración. Este Tribunal ha considerado que por resolución definitiva en el ámbito administrativo, “...debe entenderse aquella resolución final que resuelve el fondo de la cuestión y que causa estado, esto es, que haya agotado la vía administrativa” (STJRNSC.: Se. N° 3 del 06-02-01, "E., L. c/MUNICIPALIDAD DE VIEDMA s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/APELACION", Expte. N° 14821/00-STJ-; así como SC. Buenos Aires, 10-02-81; ED., 93 - 685).- - - - -

-----Al iniciarse la acción, no estaba agotada la vía administrativa en la materia de interés del actor (lograr el desempadronamiento de los bienes inmuebles sujetos a canon de riego o la negativa expresa en tal sentido) y el acto atacado –denegatoria por silencio ante el primer reclamo- reviste al decir del Dr. A. GORDILLO, el carácter de interlocutorio o de mero trámite. O sea, falta definitividad y es extemporáneo para intentar la acción contencioso administrativa en sede judicial (Conf. Se. N° 3 del 06-02-01, "E., L. c/MUNICIPALIDAD DE VIEDMA s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/APELACION", Expte. N° 14821/00-STJ-).- - - - -

-----El accionante debe agotar los medios que la vía administrativa pone a su alcance para de tal modo evitar un dispendio jurisdiccional innecesario. La finalidad del reclamo administrativo previo consiste en producir una etapa conciliatoria anterior al pleito que permita revisar el caso, salvar errores, promover el control de legitimidad de lo actuado por las organizaciones inferiores (conf. STJRNSC., Se. N° 134 del 03-10-07, “CORREO ARGENTINO S.A. c/CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA DE RIO NEGRO s/SUMARIO - COBRO DE PESOS s/CASACION", Expte. N° 21528/06-STJ-, y cf. Oscar Aguilar Valdéz, “Procedimiento y Proceso Administrativo” – Dir. Juan Carlos Cassagne, pág. 374).- - - - -

-----En sentido concordante respecto a la necesidad de agotar la vía administrativa la CSJN. también ha dicho: “... al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía recursiva, y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la

habilitación de la instancia judicial [...] el criterio expresado no causa lesión al derecho de defensa de la actora (art. 18, C.N.) pues ésta, no obstante haber tenido la oportunidad para ejercerlo adecuadamente, no lo hizo, en tanto omitió articular dentro del término perentorio fijado el recurso administrativo pertinente. La garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable (Fallos 287 - 145; 290 - 99; 306 - 1195; entre otros)” (in re: “GORORDO”, Sent. del 04-02-99, consid. 12 y 14, J.A. 1999 – III – 107; STJRNSL.: Se. N° 123 del 09-09-05, “M., H. J. s/QUEJA EN: \M., H. J. c/PROVINCIA DE RIO NEGRO (PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO) s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO\”, Expte. N° 19485/04-STJ-).- - -

-----  
-----La Ley Provincial de Procedimiento Administrativo establece en su articulado (arts. 91 y ss.) que contra las declaraciones administrativas que produzcan efectos jurídicos individuales, sea definitiva o de mero trámite, unilateral o bilateral, procede el recurso de revocatoria o reconsideración, aún en el supuesto que la declaración impugnada emanara del Poder Ejecutivo Provincial o de los otros titulares de los poderes constituidos, en ejercicio de la función administrativa. Deberá ser interpuesto dentro del plazo de diez (10) días, directamente ante el órgano que dictó el acto.- - - - -

-----Luego deberá interponer conforme el artículo 93 de L.P.A. el recurso jerárquico que procede contra las declaraciones definitivas o que resuelvan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto. Para su interposición, a más de los requisitos formales previstos en el artículo 90, es requisito previo haber interpuesto el de revocatoria o reconsideración y que éste haya sido denegado o rechazado en forma expresa o mediante la vía del artículo 18.- - - - -

-----Por el artículo 94 se indica: “Este recurso deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los diez (10) días de notificado, debiendo elevarse las actuaciones de inmediato y de oficio, al Poder Ejecutivo Provincial, quien lo resolverá, previo dictamen del Fiscal de Estado, dentro de los veinte (20) días contados a partir de encontrarse el expediente en estado”. El artículo 95 dispone: “En el ámbito de los entes autárquicos, se regirán por las normas de la presente ley. El Poder Ejecutivo Provincial

será competente para resolver el recurso de alzada contra los actos administrativos definitivos de los entes autárquicos, el que será necesario interponer dentro de los diez (10) días de notificado el interesado, a efectos de agotar la instancia administrativa. El recurso de alzada, podrá fundarse en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público. El Poder Ejecutivo Provincial resolverá, previo dictamen del Fiscal de Estado, dentro de los veinte (20) días contados a partir de encontrarse el expediente en estado”; y el artículo 96: “Con la resolución del recurso previsto en la presente sección, queda agotada la instancia administrativa”.- - - - -

-----Pues bien, tal como se advierte y como lo señala la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ila. Circ. Judicial, en el caso no se ha recorrido el procedimiento administrativo para agotar la instancia administrativa, en los términos establecidos en el mencionado dispositivo legal y que permita la habilitación de la instancia judicial.- - - - -

-----DECISORIO.- Por las razones expuestas, VOTO POR LA NEGATIVA respecto del recurso de apelación deducido en autos.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo: - - - - -  
- - - - -

-----Disiento de la postura del Juez preopinante y a continuación expongo los fundamentos correspondientes.- - - - -

-----En autos, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ila. Circ. Judicial, por sentencia obrante a fs. 250/253, hizo lugar a la excepción por improcedencia formal de la acción por falta de agotamiento de la vía administrativa y rechazó la demanda.- - - - -

-----En tal sentido, consideró la falta de agotamiento de la vía administrativa, lo dispuesto en el art. 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo (silencio de la administración), y aludió a los arts. 91, 93, 94 y 96 del mencionado cuerpo legal procedimental, concluyendo que en autos se produjo la caducidad del derecho al reclamo por la vía contenciosa, puesto que no se acudió a los recursos de revocatoria o

reconsideración, y luego seguidamente al jerárquico correspondiente.- - - - -

-----Tomo en consideración que AMX ARGENTINA S.A., ante el reclamo de deuda por canon de riego exigido por el Consorcio de Segundo Grado del Sistema de Riego del Alto Valle de Río Negro, solicitó al Departamento Provincial de Aguas el desempadronamiento de los inmuebles sujetos a canon de riego. Ante tal solicitud y el posterior silencio de la Administración, interpuso pronto despacho, en los términos del artículo 18 de la Ley A N° 2938, con fecha 8 de agosto de 2007, y a continuación, el 8 de octubre de ese año interpuso demanda contencioso administrativa.- - - - -

-----A fs. 259/263 el apoderado de AMX ARGENTINA S.A. expresa los agravios contra la sentencia de fs. 250/253, y pretende desvirtuar tal doctrina, sosteniendo que no es posible interponer un recurso jerárquico contra el silencio de la Administración, dado que no es posible recurrir lo que no existe; y que la excepción opuesta por los demandados implica, en los hechos, el reconocimiento de la propia torpeza por parte de la autoridad administrativa, que pretende el no cumplimiento de sus deberes y de la propia ley, siendo injusto que el administrado deba transitar una serie agotadora de instancias sin que nadie le conteste nada, en sucesivos “cajoneos” para poder recién reclamar a la justicia cuando la falta de consideración surge de la autoridad administrativa misma.- - - - -

-----Considero que el a quo, al desestimar la demanda contencioso administrativa, afectó irreparablemente el acceso a la jurisdicción de la actora mediante la aplicación de un criterio interpretativo que proyecta los efectos de la inacción de la Administración en resolver una cuestión sometida a su conocimiento en contra de los derechos del administrado que ha reclamado en su sede.- - - - -

-----Estimo necesario, tal como lo postula Rolando E. Gialdino, en “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos” (LA LEY 2008-C, 1295) que el control judicial de "constitucionalidad / convencionalidad" de oficio tiene inequívoco fundamento en el sistema de fuentes de la Constitución Nacional, provenientes del Derecho Internacional general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Junto al "control de

constitucionalidad", asienta su plaza el "control de convencionalidad", vale decir, el control relativo a la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados internacionales, aportes que provienen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y, en principio, de la doctrina que se asentó en "Almonacid Arellano y otros vs. Chile (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)", sentencia del 26-9-2006, Serie C No. 154, La Ley On Line).- - -

-----Es de particular interés advertir que este razonamiento se vio acompañado por la reiteración de un principio de profundo arraigo en la jurisprudencia la Corte IDH: en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, "debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas". La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), en tal sentido, establece la obligación de cada Estado Parte de "adecuar" su derecho interno a las disposiciones del tratado, para garantizar los derechos enunciados en éste. Súmase a ello que, con arreglo a su art. 2, tal adecuación implica la "adopción de medidas" en "dos vertientes": a. supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y b. expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Más aún: la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma (párrs. 117 y 118). Esto último, ciertamente, es de gran calado por dos motivos, al menos. El primero, radica en que aun en el supuesto de que una norma incompatible con la Convención Americana resultara, en la práctica, no aplicada por los jueces, lo decisivo es que "las cortes internas pueden cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente" (párr. 121). El restante, descansa en que la reforma legislativa tiene también la finalidad de "facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular" (párr. 123).- - - - -

-----Ello conduce, inevitablemente, a una pregunta: ¿qué deben hacer los jueces cuando el legislador incumple con la mentada obligación? La Corte IDH, por lo pronto, se ha encargado de dar la respuesta: no obstante dicha falla, "el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la [Convención Americana] y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella".- - -

-----

-----Se advierte que la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969) dispuso en su art. Artículo 8 - Garantías Judiciales- que “1. 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, fiscal o de cualquier otro carácter”.-----

-----Que el artículo 88 de la Ley A N° 2.938 refiere que es impugnabile mediante los recursos administrativos previstos en dicho plexo normativo, “...Toda declaración administrativa que produzca efectos individuales e inmediatos, sea definitiva o de mero trámite, unilateral o bilateral...”. En concordancia con esta norma, el mismo criterio siguen los artículos 91, 93, 95 y concordantes de aquel cuerpo legal; es decir que los recursos administrativos están previstos sólo contra toda declaración administrativa que produzca efectos jurídicos, pero no para supuestos como el de autos donde, ante un pedido de pronunciamiento por parte del actor, no se registra declaración o acto alguno por parte de la Administración.-----

-----Que dicha institución no solo tiene que resolver las cuestiones que se le plantean, sino que también debe hacerlo en término (arts. 1, incs. a), b) y d); 12, inc. c) y 73 de la Ley A N° 2.938), por lo que frente al silencio el administrado tiene la opción de esperar el dictado de la resolución o bien acudir a la instancia administrativa o judicial que corresponda (cfr. CSJN., “Villareal, Clara Baudilla c/ANSES”, 24-04-2001, Fallos, 324:1405).-----

-----Que lo decidido por el a quo implicó para la actora, por un lado, privarla de su derecho de obtener una decisión expresa a su pedido y debidamente fundada y, por el otro, vaciar de efectos jurídicos al “pronto despacho”, todo ello sin norma legal expresa que lo disponga; por el contrario el último párrafo del artículo 18 de la Ley A N° 2.938 claramente dispone que el instituto de la negativa por silencio, como parte integrante del debido proceso, siempre juega a favor del administrado.-----

-----Que el referido instituto es una herramienta que utiliza el ordenamiento jurídico

para que el particular pueda accionar judicialmente ante el incumplimiento de la Administración, pero en modo alguno transforma ese silencio en una manifestación de la voluntad, simplemente porque aquélla nada dice, sino que, simplemente, no actúa, dejando correr el plazo sin resolver (del voto de la Sra. Procuradora Fiscal que la CSJN. hace suyo en autos “Electroingeniería S.A. v. Dirección de Energía de Catamarca”, 03-04-2001, Fallos: 324:1087); por lo tanto, en estos casos, no existe la obligación de interponer recursos administrativos debido a que no estamos frente a declaración alguna que sea susceptible de ser recurrida en los términos de los artículos 88, 91, 93, 95 y concordantes de la Ley A N° 2.938, debiendo interpretarse que a partir del cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 18 de esa misma Ley, sin que la Administración se haya expedido expresamente respecto a la cuestión planteada por el particular interesado –silencio de la administración-, queda expedita la vía judicial, lo que no implica, como se dijo, que el particular no pueda optar por exigir un pronunciamiento expreso de la Administración en orden a la obligación que esta última tiene en tal sentido, conforme a las disposiciones legales supra citadas.-----

-

-----Que la solución aquí propiciada, lo es en función de las siguientes variables, a saber:-----

-----1) El acceso a la justicia, de acuerdo a la normativa internacional vigente.-----  
-----

-----2) El excesivo rigor formal.-----

-----3) El factor tiempo que funda la excepcionalidad de la solución del caso.-----  
-----

-----Respecto al primero, si algo exigen los instrumentos internacionales, es que quienes se consideren agraviados en sus derechos o libertades, cuenten con acciones y recursos judiciales (cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3, 1990, párr. 5; Observación General 9, 1998, párrs. 3, 4, 9, 10 y pássim, y Observación General 19, 2007, párrs. 77/78, entre otras). Pero, no basta con que se prevea la existencia de dichos recursos (Cf. Corte IDH, "Hilaire, Constantine y

Benjamin y otros", sentencia del 21-6-2002, Serie C No. 94, párr. 150; "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", sentencia del 31-8-2001, Serie C No. 79, párr. 114, y "Caso del Tribunal Constitucional", sentencia del 31-1-2001, Serie C No. 71, párr. 90), si éstos no resultan "efectivos" para "combatir la violación de los derechos protegidos": la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención" (cf. CIDH, Caso "Juan Humberto Sánchez", sentencia del 7-6-2003, Serie C No. 99, párr. 121; Caso "Cantos", sentencia del 28-11-2002, Serie C No. 97, párr. 52, y Caso "Hilaire...", cit. No. 33, párr. 150). El examen judicial, puntualiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe garantizar que el comportamiento del Estado esté en consonancia con las obligaciones internacionales; "la omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos" (cf. Observación General 9, 1998, párr. 14).- - - - -

-----Así, el control de "constitucionalidad / convencionalidad" ex officio se inscribe en los requerimientos del derecho de acceso a la justicia, el cual tuvo su enunciado original en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), para ser luego transplantado a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), y, de esta última, a la Convención Americana (art. 25), así como, entre otros, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3). Se trata, desde luego, del derecho a la "prestación jurisdiccional plena". El derecho de acceso a la justicia, en palabras de la Corte IDH, "constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad [las] violaciones [de derechos humanos], ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo" (cf. Gialdino, en "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos" (LA LEY 2008-C, 1295).- - - - -

-----La CIDH ha señalado en su jurisprudencia constante, tanto contenciosa como consultiva, que varias normas de protección de los derechos fundamentales revisten el carácter de "jus cogens" como el acceso a la justicia, llamado por esta Corte, "derecho al derecho" (sitio oficial de la CIDH, ver voto del Juez Antonio Cancado Trindade, en el

caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/Perú”, sent. sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 24-11-06, serie C, N° 158, párr. 11 y ss.; “Goyburú y otros vs. Paraguay”, sent. 22-09-06).- - - - -

-----Respecto al exceso ritual manifiesto, debe tenerse presente que recientemente la CSJN. tomando el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal de la Nación, en autos “LOF CASIANO c/PROV. DE RIO NEGRO s/Cont. Adm. s/Apelación”, de fecha 5 de febrero de 2008, donde se consideró que se incurre en un injustificado rigor formal cuando se atenta contra la garantía constitucional de la defensa en juicio.- - - - -

-----Por último, y respecto tiempo transcurrido que habilita excepcionalmente la solución propiciada, se advierte que la actora -AMX ARGENTINA S.A.-, ante el reclamo de deuda por canon de riego exigido por el Consorcio de Segundo Grado del Sistema de Riego del Alto Valle de Río Negro, solicitó el desempadronamiento de los inmuebles sujetos a canon de riego con fecha 28 de marzo de 2007. Ante el silencio de la requerida, interpuso pronto despacho, con fecha de recepción del 8 de agosto de 2007, y sin obtener respuesta, el 8 de octubre de ese año interpuso demanda contencioso administrativa.- - - - -

-----Que por las razones expuestas, y atento que una decisión contraria a la propuesta en el presente voto implicaría una virtual lesión de los derechos del recurrente en los términos de la normativa internacional aludida, VOTO POR LA AFIRMATIVA a la procedencia del recurso de apelación interpuesto en autos.- - - - -

A la misma cuestión señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:

-----Adelanto mi adhesión a los fundamentos dados por el señor Juez de primer voto, doctor Luis LUTZ, en cuanto a que en la presente acción no se han reunido los recaudos necesarios para habilitar la instancia contencioso administrativa.- - - - -

-----Para acceder a la vía judicial, es necesario que se haya expedido la máxima autoridad del área con competencia –Poder Ejecutivo, Gobernador de la Provincia (cf. art. 181 inc. 7 de la C. Provincial)-.- - - - -

-----En autos, la actora inicia el recorrido con el reclamo presentado interponiendo luego

el pronto despacho para configurar la denegatoria por silencio; sin embargo, no agotó la vía administrativa, pues omitió seguir con la vía recursiva prevista en la Ley A N° 2938.- - - - -

-----Para que pueda abrirse la revisión judicial prevista a través del contencioso administrativo debe cuestionarse una resolución definitiva de la Administración. Este Tribunal ha considerado que por resolución definitiva en el ámbito administrativo, "...debe entenderse aquella resolución final que resuelve el fondo de la cuestión y que causa estado, esto es, que haya agotado la vía administrativa" (STJRNSC.: Se. N° 3 del 06-02-01, "E., L. c/MUNICIPALIDAD DE VIEDMA s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/APELACION", Expte. N° 14821/00-STJ-; así como SC. Buenos Aires, 10-02-81; ED., 93 - 685).- - - - -

-----En cuanto a la referencia del Juez de segundo voto, en pos de evitar cualquier tipo de exceso ritual manifiesto, con sustento en el precedente "Lof Casiano c/Prov. de Río Negro s/Contencioso Administrativo s/Apelación", CSJN. de fecha 5 de febrero de 2008, sin perjuicio de advertir que la situación de autos es distinta a la planteada en aquellos obrados, comparto lo atinente a evitar todo rigor formal injustificado cuando se atenta contra la garantía constitucional de la defensa en juicio, extremo que no sucede en autos, donde el accionante no ha cumplido con los recaudos previstos en la normativa procesal administrativa.- - - - -

-----En las presentes actuaciones el recurrente ha omitido la presentación de todo recurso administrativo (incluyendo la revocatoria y el recurso jerárquico) por lo que no cabe la comparación con el caso "Lof Casiano", donde sí se transitó el procedimiento impugnatorio de la Ley A N° 2938.- - - - -

-----Por todo ello, y con las consideraciones efectuadas, ADHIERO a la propuesta del doctor Luis LUTZ.- - - - -

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:- - - -

-----Por todo lo expresado al tratar la primera de las cuestiones propuestas a votación, corresponderá el rechazo del recurso de apelación intentado a fs. 259/263 por el apoderado de AMX ARGENTINA S.A., y en su consecuencia, confirmar la sentencia

de fs. 250/253 de autos. Con costas.- MI VOTO.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo:- - - - -

- - - - -

-----Atento a lo manifestado al pronunciarme respecto de la primera cuestión propuesta a voto, considero que procede hacer lugar al recurso de apelación intentado a fs. 259/263 por el apoderado de AMX ARGENTINA S.A., revocando en su consecuencia la sentencia de fs. 250/253. Con costas.- ASI VOTO.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:- - - - -

- - - - -

-----ADHIERO a la solución que propone el señor Juez de Primer Voto, doctor Luis LUTZ, al tratar la primera de las cuestiones propuestas a resolución del Tribunal.- - - - -

- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 259/263 por el apoderado de AMX ARGENTINA S.A., y en su consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 250/253 de las presentes actuaciones y por los fundamentos dados. Con costas (art. 68 del CPCyC.).- - - - -

Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.- Fdo.:LUIS LUTZ  
JUEZ VICTOR H. SODERO NIEVAS JUEZ EN DISIDENCIA ALBERTO I.  
BALLADINI JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION Tomo II-Se. N° 107-Folios 749/766-Sec. N° 4.-