

LA ACCIÓN JUDICIAL DE AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Juan Martín VOCOS CONESA

La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella...

ALBERDI¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fundamento constitucional y legal de la acción*. III. *El silencio, la morosidad de la administración pública y las posibles soluciones*. IV. *El proceso judicial de amparo por mora*. V. *¿Responsabilidad del Estado por omisión o amparo por mora?* VI. *Necesidad de una regulación integral del Instituto*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo pretendemos describir una acción procesal administrativa abreviada, de sencillo y expedito trámite, existente en nuestro ordenamiento procesal administrativo y que resulta —como intentaremos demostrar a través del presente trabajo— una herramienta de suma utilidad para resolver un problema concreto y cotidiano, como es de la morosidad administrativa o, aún más complejo por las consecuencias que acarrea, el de la inactividad administrativa.

Nos referimos a la acción de amparo por mora de la administración, prevista en el orden federal —que analizaremos a continuación— en el

¹ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 12a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, p. 106.

artículo 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.² Por esta vía se posibilita a quien es parte en un procedimiento administrativo acudir a la vía judicial para que se emplace a la administración pública, concebida ésta en un sentido amplio y omnicompreensivo, a expedirse en forma expresa con respecto a su solicitud, reclamo o gestión, en el caso de existir una demora injustificada por parte de ella.

El instituto que comentamos ha cumplido ya 32 años de vida, a lo largo de los cuales ha sufrido diversos avances y retrocesos. Asimismo, tuvo una inauguración jurisprudencial muy poco auspiciosa. En ese caso,³ el Tribunal restringió el ámbito de la acción, debilitándolo con grave perjuicio para el particular. El fundamento allí vertido fue la aptitud de la administración pública para producir un acto administrativo tácito con alcance denegatorio, aplicando al efecto, la norma del artículo 10 de la ley 19.549, cuyas diferencias con el instituto en estudio serán apuntadas más adelante.

En los últimos tiempos, afortunadamente, advertimos que el tema ha alcanzado un grado de madurez que amerita una descripción integral. Para ello acudiremos a la jurisprudencia y a la doctrina de los autores, a fin de brindar un panorama lo más completo posible sobre este interesante instituto del derecho procesal administrativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho al respecto: “El amparo por mora de la administración constituye una especial acción

² Ley 19.549 (Boletín Oficial —BO—, del 27/04/1972) y sus modificatorias, entre las que cobra especial relevancia la ley 21.686 (BO del 25/11/1977), en su artículo 28 dice: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

³ *Cfr.* C.Nac.Fed., Sala I Contencioso Administrativo, *in re*, “Dinet”, del 17/12/1974. Ver también la aguda crítica formulada por Pearson, Marcelo M., “El amparo por mora de la administración pública nacional, artículo 28 de la ley de procedimientos administrativos”, *La Ley* (LL) 1975-B, 423 y ss. El autor se lamenta que aquel inicio de la jurisprudencia adolezca de los defectos que apunta en su artículo.

de amparo, cuyos presupuestos de fondo se encuentran contenidos en el artículo 28 de la ley 19.549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferírsele un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial”.⁴

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ACCIÓN

1. *El derecho de petición y del debido proceso tienen jerarquía constitucional*

Consideramos que resulta necesario partir de la premisa de que el derecho de petición tiene raigambre constitucional, ya que el mismo se encuentra reconocido en el artículo 14 de nuestra carta magna,⁵ cuando establece los derechos civiles. Frente a este derecho debe existir, como correlato lógico, la obligación de la administración de resolver o expedirse sobre aquello que le fuera planteado.⁶ Por lo tanto, no resolver, no expedirse o hacerlo fuera de plazo constituye un incumplimiento a ese deber que —como se dijo— posee carácter constitucional.

González,⁷ en su clásica obra, dice al respecto que nuestra Constitución adoptó la forma afirmativa del reconocimiento del derecho y no la negativa y limitativa de las facultades del Congreso, que usa la Constitución de Estados Unidos en la Enmienda I, mandándole no dictar leyes que prohiban su ejercicio, pero dejando su reglamentación a los estados. La nuestra —agrega— ha tomado el derecho en su significación más general como “facultad que pertenece a toda persona para dirigirse a los poderes públicos, a las autoridades constitucionales para hacerles conocer tal o cual hecho, tal o cual estado de cosas y reclamar su intervención. Y desde ese

⁴ Cfr. C.S.J.N., Fallos: 323:2602, *in re*, “Ambrosino c/O.S.P.R.M.”, del 14/09/2000.

⁵ En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra previsto en el artículo 8o.

⁶ Sobre el tema en el derecho público mexicano, véase Cienfuegos Salgado, David, “El derecho de petición y el silencio administrativo. Un acercamiento a su construcción jurisprudencial en México”, en el libro coordinado por López Olvera, Miguel Alejandro y Vocos Conesa, Juan Martín, *Perspectivas del derecho público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 155 y ss.

⁷ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, actualizado por Quiroga Lavié, Humberto, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 171 y ss. La primera edición de esta obra data del año 1897.

punto de vista el derecho de petición se aplica todos los días a todas las cosas, en las relaciones de los individuos con el poder”.

Bidart Campos⁸ advierte que la *petición* o *solicitud* es un derecho que pertenece, como sujeto activo, a los hombres y a las asociaciones. Los hombres lo pueden ejercer individualmente o en grupo. El sujeto pasivo es siempre el Estado a través de sus órganos.

Gelli⁹ explica que este derecho incluye el de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes del Estado, los denominados órganos extra-poderes, los organismos descentralizados y desconcentrados de la administración pública y los prestatarios de servicios públicos. No implica el derecho a obtener lo peticionado pero sí una respuesta, aunque sea negativa. Además, por aplicación del principio de razonabilidad y del sistema republicano de gobierno, la respuesta debe ser motivada en los hechos y circunstancias que impulsan la petición o que la deniegan y fundada en las normas vigentes.

Cabe destacar que el derecho de peticionar y de interponer recursos administrativos es un derecho de los individuos que integra también la garantía constitucional de la debida defensa o debido proceso.¹⁰ Lo contrario implicaría una virtual denegación de justicia, ya que mediante la acción en estudio se trata de lograr un adecuado ejercicio del derecho de defensa del particular.

Gordillo¹¹ considera que el individuo tiene el derecho básico a que se resuelvan fundadamente sus peticiones, ya que eso es nada más que lo que por derecho corresponde. Entonces, debe adoptarse un criterio amplio acerca de la procedencia de los medios conducentes a que aquel derecho se haga realmente efectivo.

⁸ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. II, pp. 63 y ss.

⁹ Gelli, María Angélica, *Constitución de la nación Argentina, comentada y concordada*, 2a. ed., ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 82 y ss.

¹⁰ Previsto en el artículo 18 de la Constitución nacional. En igual sentido, puede verse: González de Reza, Florencia, “Amparo por mora”, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus-Ultra, 1975, pp. 190 y ss.

¹¹ *Cfr.*, Gordillo, Agustín, “Amparo por mora y derecho a una decisión fundada”, publicado en la LL, 1995-D, 306, nota al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, *in re*, “Donati”; también publicado en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 42 y ss. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar

Por otra parte, corresponde señalar que se ha considerado que el deber de la administración de decidir en cada caso concreto, proviene de un principio que trasciende el marco del derecho público escrito y que su cumplimiento constituye una obligación del derecho natural.¹²

Del mismo modo lo ha entendido la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal: “Cualquier órgano de la administración ante el cual se interpone una petición está obligado a expedirse, porque de lo contrario carecería de sentido el derecho constitucional de peticionar a las autoridades el que no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de resolver”.¹³

De ahí la importancia que reviste este tema, dado que en caso de no existir esta acción, el derecho de petición se vería, al menos poco operativo frente al silencio o la morosidad de la administración que, por lo demás, constituyen prácticas lamentablemente corrientes.

Por último, consideramos que el derecho de petición ha recibido un respaldo constitucional reforzado a partir de la reforma constitucional del año 1994, ya que se han incorporado con jerarquía constitucional ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos,¹⁴ entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXIV, dispone: “Derecho de Petición: Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular y el de obtener pronta resolución”.

La jurisprudencia posterior a la reforma constitucional ha dado aplicación a este precepto: “Ha de recordarse que en el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —cuya jerarquía constitucional le fue acordada en el artículo 75, inciso 22, del

¹² González Arzac, Rafael M., “La competencia de los órganos administrativos”, ED, 49-887; Hutchinson, Tomás, “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora”, *Régimen de la administración pública (RAP)*, núm. 21, 1980, p. 7; Creo Bay, Horacio D., “Viejas y nuevas cuestiones del amparo por mora de la administración”, LL, 1984-C, 475; entre otros.

¹³ *Cfr.* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (C.N.Apel.Cont.Adm.Fed.), Sala I, *in re*, “*Los Dos Chinos*”, del 31/03/1982; *idem* anterior, Sala IV, *in re*, “*Bevacqua*”, del 26/06/1991; *idem* anterior, Sala II, *in re*, “*Fernández Morán*”, del 19/11/1992, entre otros.

¹⁴ *Cfr.* artículo 75, inciso 22) de la Constitución nacional, con la reforma del año 1994.

nuevo texto de la carta magna— al reiterarse el reconocimiento del derecho a peticionar a las autoridades, se impone a éstas el deber de una pronta resolución. En síntesis, del derecho constitucional de ‘peticionar a las autoridades (artículos 14, 18 y 75, inciso 22 de la Constitución nacional) surge que la administración tiene la obligación de expedirse expresamente respecto de las peticiones formuladas por los particulares y, consecuentemente, que a éstos les asiste el derecho a que aquélla resuelva su petición, ya sea rechazando o reconociendo su pretensión’.¹⁵

2. *Las normas infraconstitucionales*

Desde el punto de vista de las normas infraconstitucionales, corresponde destacar que la LNPA establece como *Principios del procedimiento administrativo*, que en él la impulsión y la instrucción serán de oficio—sin perjuicio de la participación del interesado—. También dispone la celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites administrativos y, en cuanto a los plazos, que éstos serán obligatorios para los interesados y para la administración.¹⁶

La obligación que la administración tiene de pronunciarse, también surge del texto legal de la Ley de procedimientos administrativos en tanto que consagra, también como principio, el derecho al *debido proceso adjetivo*.¹⁷

Además, el ejercicio de la competencia no es disponible por la administración. En este sentido, el artículo 3o. de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos¹⁸ establece que: “su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable...”.

¹⁵ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala IV, *in re*, “Igarreta S.A.”, del 07/03/2002.

¹⁶ Cfr. Ley 19.549, artículo 1o., incisos a, b y e, ap. 1.

¹⁷ La ley 19.549 dispone en su artículo 1o., inciso f, apartado 3: “Debido Proceso Adjetivo: derecho de los interesados al Debido Proceso Adjetivo, que comprende los derechos a ser oído; a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso”.

¹⁸ Dice el artículo: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario”.

También es dable considerar el asunto desde el punto de vista del control ciudadano de la gestión de la administración. La herramienta que estamos analizando contribuye eficientemente a esos fines, desde que obliga —en caso de ser procedente— a emitir un pronunciamiento concreto.

Finalmente, entendemos que resulta de aplicación la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control,¹⁹ que tiende —entre muchas otras cosas— a garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos. Esta norma, a nuestro criterio, no hace sino robustecer la obligación de la administración de comportarse correctamente frente a los derechos de petición y debido proceso de que gozan los ciudadanos.

La jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal dijo al respecto: “El deber de la administración de decidir en cada caso concreto, proviene de un principio que trasciende el marco del derecho público escrito. No decidir o decidir fuera del plazo constituyen conductas irregulares de la administración que perjudican al particular y atentan contra el accionar *eficaz* de aquélla”.²⁰

III. EL SILENCIO, LA MOROSIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS POSIBLES SOLUCIONES

El silencio de la administración se encuentra previsto en el artículo 10 de la ley 19.549.²¹ No se trata de una mera posibilidad a favor de la administración pública para no expedirse pues, como quedó dicho, ésta tiene siempre la obligación de hacerlo, sino que es una ficción que la norma establece en beneficio del particular que inició un procedimiento adminis-

¹⁹ Cfr. Ley 24.156 y sus modificatorias (BO, del 29/10/1992) en su artículo 4o., inciso a.

²⁰ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala V, *in re*, “Orazi”, del 10/02/1999, entre otros. El destacado nos pertenece.

²¹ La norma dice así: “El silencio o la ambigüedad de la administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la administración”.

trativo, que se produce cuando el órgano o el funcionario no resuelve expresamente la petición o pretensión deducida por el interesado.

Hutchinson²² sostiene, al respecto, que la carga que grava a la administración pública de emitir el pertinente acto administrativo y el correspondiente derecho del particular, serían ciertamente ineficaces si el propio ordenamiento jurídico no arbitrara remedios idóneos para el caso de que aquélla no cumpla. Debido a ello, la LNPA y su reglamentación²³ han estatuido diversas técnicas destinadas a evitar o por lo menos atemperar, los efectos de la morosidad administrativa. La figura del silencio administrativo es uno de esos medios.

El silencio en el procedimiento administrativo constituye una *facultad* que puede utilizar el particular, en el caso en que la administración no se expida sobre su pedido, al efecto de considerarlo —salvo norma expresa en contrario— denegado. Una interpretación contraria sería un contrasentido. El *Silencio Negativo* tiene por finalidad facilitar al interesado que inició el procedimiento administrativo el acceso a una impugnación ulterior, que puede ser administrativa —a través de los recursos administrativos— o judicial —por medio de la impugnación jurisdiccional de la actividad administrativa—. El silencio negativo es una presunción legal a favor del particular, y éste puede utilizarla o esperar la decisión expresa de la administración que necesariamente debería sobrevenir. No es el silencio una sanción a la pasividad administrativa sino que tiende a la protección del particular.²⁴

No hay que perder de vista que la administración pública tiene siempre la obligación de pronunciarse. Si esto no ocurre, no puede verse el interesado perjudicado por la morosidad administrativa en la toma de la decisión o tramitación de la cuestión planteada.

²² Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos, ley 19.549, revisado y comentado*, 6a. ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 98 y ss.

²³ En el decreto núm. 1759/1972 —t. o. 1991— (BO del 27/04/1972), se prevén diversos casos específicos de silencio respecto a la resolución de los distintos recursos administrativos. así, por ejemplo, el artículo 87 al ocuparse del recurso de reconsideración; el artículo 91 referido al recurso jerárquico y el artículo 98 en el caso del recurso de alzada. Sobre Recursos administrativos, véase, Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, *El procedimiento administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, FDA, 2004, en especial los capítulos III, IX, X y XI. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar

²⁴ Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos, ley 19.549, revisado y comentado*, cit., nota 22, pp. 100 y ss.

Ante dicha inactividad, el interesado puede considerar denegada su petición o bien acogerse a cualquiera de las dos soluciones que prevé la ley: la “Queja por defectos de tramitación e incumplimiento de plazos”, siempre que sean ajenos al trámite de recursos²⁵ o la “Acción judicial de amparo por mora”.

Sin embargo, corresponde distinguir las finalidades de los institutos del silencio y del amparo por mora.²⁶ Si bien ambos constituyen garantías para el particular, el primero posibilita el acceso al proceso aunque la administración no haya dictado un acto expreso; el segundo faculta para exigir judicialmente la decisión expresa. Uno posibilita huir del procedimiento administrativo, el otro seguir en él hasta que concluya con una decisión fundada y expresa.²⁷

Gordillo²⁸ sostiene que ambas vías no son incompatibles ni excluyentes y, en consecuencia no es necesario, previo a acudir a la acción prevista en el artículo 28, solicitar pronto despacho en sede administrativa. Así lo ha entendido también la jurisprudencia: “...a efectos de la interposición de una acción de amparo por mora, no constituye requisito la previa interposición de un pedido de pronto despacho en sede administrativa”.²⁹ Tampoco torna improcedente esta acción el hecho de haberse solicitado el mismo previamente, encontrándose configurado el silencio administrati-

²⁵ Se encuentra prevista en el artículo 71 del decreto reglamentario de la ley 19.549, en estos términos: “Podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos. La queja se resolverá dentro de los cinco (5) días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá si fuere necesario. En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya producido y la resolución será irrecurrible”.

²⁶ Así, la jurisprudencia ha dicho que: “No existe incompatibilidad entre las vías previstas en los artículos 10 y 28 de la Ley nacional de procedimientos administrativos, ya que el administrado tiene derecho a una respuesta expresa de la administración aun luego de haber solicitado el pronto despacho”, *Cfr.* C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala IV, *in re*, “*El Santiagueño S.R.L.*”, del 01/03/2001.

²⁷ *Cfr.* Comadira, Julio Rodolfo y Monti, Laura (colaboradora), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 222 y ss. El autor cita a Muñoz, Guillermo, *Inmunidad del poder: la inactividad administrativa*, LL, 1990-B, 891.

²⁸ *Cfr.* Gordillo, Agustín (Director), *Procedimiento administrativo, comentado y concordado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Depalma, 2003, p. 294.

²⁹ *Cfr.* C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala IV, *in re*, “*Gramajo*”, del 16/11/1993.

vo.³⁰ En el mismo sentido, el remedio del artículo 71 del decreto reglamentario de la ley 19.549 no impide recurrir luego a la vía del amparo por mora.³¹

No obstante, el incumplimiento de un plazo dentro del cual la administración debe expedirse en forma expresa tiene como efecto habilitar al administrado para requerir pronto despacho y, vencido el plazo de treinta días siguientes recién aquel podrá considerar que su pretensión ha sido denegada tácitamente, dejándose expedita la vía judicial. Ello sin perjuicio de la prescripción, cuyo plazo se computa inmediatamente después de vencido el plazo de treinta días posteriores al pronto despacho. Esto surge del juego armónico de lo dispuesto en los artículos 10, 23, inciso c, y 26 de la LNPA.

Insistimos en que la posibilidad del particular de obtener de la administración un pronunciamiento concreto, constituye un derecho subjetivo suyo. La ley estableció un plazo general de silencio. El mismo es de sesenta (60) días hábiles administrativos sin que exista pronunciamiento. El particular deberá, vencido dicho plazo, solicitar el *Pronto Despacho* para constituir en *Mora* a la administración y si luego de treinta (30) días más no se expidiere, podrá considerar que operó el silencio de la administración.

Pero siempre para el particular es facultativa la utilización de este instituto. Si no le resulta conveniente, puede seguir esperando ya que el procedimiento sigue su curso.

La norma en estudio también prevé el caso de la *ambigüedad*. Esta es una situación que puede dar lugar a más de una interpretación incierta o dudosa. Por lo tanto, si bien están previstos en una misma norma, se trata de una situación distinta a la del silencio, ya que para que exista ambigüedad debe haber un acto expreso, aunque ambiguo.

La solución es, en principio, la *Aclaratoria*.³² En nuestro criterio no resulta conveniente la solución del artículo 10 en caso de ambigüedad,

³⁰ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala IV, *in re*, “*El Santiaguense S.R.L.*”, del 01/03/2001, citado.

³¹ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “*Jáuregui*”, del 01/11/1994, publicada en LL, 1995-C, 136.

³² La Aclaratoria está prevista en el decreto reglamentario de la ley 19.549, en el artículo 102, en estos términos: “Dentro de los cinco (5) días computados desde la notificación del acto definitivo podrá pedirse aclaratoria cuando exista contradicción en su parte dispositiva, o entre su motivación y la parte dispositiva o para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas. La aclaratoria deberá resolverse dentro del plazo de cinco (5) días”.

toda vez que el particular se encuentra frente a una decisión expresa y esta situación hace que resulte aplicable —a los efectos de la impugnación judicial del mismo— el plazo establecido en el artículo 25 de la ley 19.549.³³

En el caso del silencio, dicho plazo no resulta aplicable precisamente porque no existe un acto administrativo expreso. En cambio, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 26 del citado cuerpo normativo.³⁴ Dentro de ese plazo es dable iniciar la demanda judicial impugnando la actividad administrativa, en el caso de que ello fuera pertinente.

Otra posible solución al silencio y, en especial a la morosidad administrativa es la *Queja por defectos de tramitación e incumplimiento de plazos*, siempre que sean ajenos al trámite de recursos, ya mencionada.

La *Queja* es una especie de reclamo administrativo que se efectúa dentro de un procedimiento administrativo, con el objeto de lograr que se cumplan los trámites omitidos o demorados o se realicen bien los cumplidos defectuosamente.³⁵ Se interpone ante el superior jerárquico y éste es quien resuelve, previo informe del inferior, dentro del plazo de cinco (5) días. Puede resultar de utilidad para el caso de los Proveídos Simples y los Actos Interlocutorios.

IV. EL PROCESO JUDICIAL DE AMPARO POR MORA

La acción tiene por objeto procesal principal obtener de parte de un juez, el dictado de una orden de pronto despacho. Por lo tanto, creemos oportuno a esta altura definir el amparo por mora como: Una acción judi-

³³ La norma dispone: “La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa; d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado”.

³⁴ El artículo dice: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

³⁵ Cfr. Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos, ley 19.549, revisado y comentado, cit.*, nota 22, pp. 338 y ss.

cial, subespecie de la acción de amparo, tendiente a emitir una orden de pronto despacho judicial dirigida a la autoridad administrativa competente a efectos de que ésta resuelva lo que a su criterio corresponda, en el plazo fijado por el juez a tal fin.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: "...constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo están contenidos en el artículo 28 de la ley 19.549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferir un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial".³⁶

Utilizar la acción de amparo por mora es una facultad o una alternativa del interesado, ya que no constituye un requisito para la ulterior revisión judicial de la actividad administrativa, porque el particular puede considerar denegada la petición por medio del silencio, como se dijo. Esto es así, ya que la revisión judicial contencioso-administrativa no requiere para su procedencia un acto expreso. Esto puede deducirse del juego armónico de lo dispuesto en los artículos 23, 24, 25, 30, 31 y 32 de la LNPA, en los cuales se establece la posibilidad de impugnar judicialmente tanto actos, hechos, como omisiones administrativas

El interesado no tiene por qué ser perjudicado por la morosidad o el silencio administrativos. Frente a esa inactividad, el particular puede considerar denegada su petición o acudir a la acción de amparo por mora.

Creo Bay³⁷ reseña como antecedentes de la figura, primero la ley 15.265 por la que se creó el Tribunal Fiscal de la Nación,³⁸ cuyos artículos 40 y 41 atribuían en competencia a este tribunal administrativo un procedimiento frente a la mora en materia tributaria y aduanera, incorporándolo a las normas del procedimiento tributario³⁹ y segundo, el anteproyecto de Código de lo Contencioso administrativo de la Nación del año 1968⁴⁰ que no tuvo sanción legislativa.

³⁶ Cfr. C.S.J.N., *Fallos*: 323:262, *in re*, "Banco de la Nación Argentina c/IBM Argentina S.A.", del 07/03/2000.

³⁷ Cfr. Creo Bay, Horacio D., *Amparo por mora de la administración pública*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 19 y ss.

³⁸ Ver BO del 27/01/1960.

³⁹ Regulado por la ley 11.683 y sus modificatorias, ver BO 12/01/1933.

⁴⁰ El proyecto, que fue redactado por los doctores Miguel S. Marienhoff, Germán J. Bidart Campos, Jorge Tristán Bosch, Juan Francisco Linares y Adalberto E. Cozzi, reguló el amparo por mora de la administración pública en el Título V, artículos 164 a 167.

A falta de un texto legal expreso que disponga cómo se tramitará en sede judicial la acción, las normas procesales aplicables al amparo por mora son las que rigen la acción de amparo —prevista en el artículo 43 de la Constitución nacional y reglamentada por la ley 16.986⁴¹— que se aplican en forma supletoria.⁴² Asimismo, es común en los Tribunales de Primera Instancia —ante cuyos estrados ella se inicia— la aplicación también supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.⁴³ Es decir, que se establece una pirámide normativa que dispone la aplicación, en primer término, del artículo 28 de la ley 19.549, luego las normas de la ley reglamentaria de la acción de amparo y, finalmente las normas del Código Procesal vigente.

1. *Legitimación activa*

El artículo 28 de la LNPA dispone que puede interponer la acción quien sea parte en un expediente administrativo. Para determinar tal carácter, es menester acudir a la reglamentación de la ley, cuyo artículo 3o. define el concepto de parte interesada, como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo, quienes podrán iniciar un trámite administrativo y serán consideradas como tales en el procedimiento administrativo.

La jurisprudencia le ha negado legitimación para accionar a quienes peticionan movidos por un mero interés simple,⁴⁴ resultando por ello necesario que el particular invoque y acredite la existencia de una actuación administrativa en trámite, en la que aquél haya sido o pueda ser reconocido como parte.

Así, se ha sostenido que: “Quien sólo puede invocar un interés simple, no es ‘parte’ en el procedimiento administrativo y, por consiguiente, no se encuentra habilitado para activar el dispositivo del artículo 28 de la ley 19.549”.⁴⁵

⁴¹ Ver BO del 20/10/1966.

⁴² Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “Mizrahi”, del 22/11/2001; *idem* anterior, Sala V, *in re*, “Baraviera Spricido”, del 24/10/2001; *idem* anterior, Sala II, *in re*, “Lasca”, del 03/03/1994, entre otros.

⁴³ Ley 17.454 y sus modificatorias, ver BO del 07/11/1967.

⁴⁴ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “Astilleros Corrientes S.A.”, del 28/04/1988, publicado en LL, 1988-E, 227, entre otros.

⁴⁵ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “Verloy S.A.”, del 19/05/1995; en igual sentido, *idem* anterior, Sala II, *in re*, “Barcesat”, del 22/03/1994; *idem* anterior Sala III,

Sin embargo y a pesar de que no se registran antecedentes jurisprudenciales al respecto, cabe destacar que el decreto del Poder Ejecutivo núm. 229/2000⁴⁶ dispone en su artículo 3o.: “A través del Programa ‘Carta Compromiso con el Ciudadano’ se deberá lograr una mayor receptividad y mejor respuesta del Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios a su cargo, estableciendo los principios y criterios generales que propendan a la mejora de la calidad de los mismos y reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano frente a la administración pública nacional, a saber: inciso i) derecho a que la administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias”.

En estos supuestos no se requiere ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, es el caso típico de aquellos que sólo ostentan un interés simple. Por eso, creemos que esta norma amplía la legitimación para interponer la acción que estamos tratando, en el caso de ser la administración remisa en la resolución de las cuestiones que se le plantean en este sentido.

Por otra parte, cabe destacar que no es óbice a su legitimación que quien plantee la acción no sea aquél que dio inicio al procedimiento administrativo, sino que se incorporó al mismo con posterioridad. Así lo entendió la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal.⁴⁷

2. Legitimación pasiva

La norma se refiere a la *administración*. El sujeto requerido es, entonces, la autoridad administrativa en general. Por lo tanto, si la ley no distingue, debe entenderse que dentro del ámbito de aquella, es decir: “...la administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive

in re, “*Schemone*”, del 25/02/1993; *idem* anterior Sala V, *in re*, “*Empresa General Urquiza, S.R.L.*”, del 19/06/2001.

⁴⁶ Ver BO del 14/03/2000. Se destaca que el referido programa ha sido implementado por las siguientes entidades descentralizadas: Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), por disposición núm. 286/2000, BO del 28/04/2000; Organismo Regulador del Sistema Nacional Aeroportuario (O.R.S.N.A.), por resolución núm. 53/2001, BO del 20/04/2001 y Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.Se.S), por resolución núm. 490/2003, BO del 13/05/2003.

⁴⁷ *Cfr.* C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala IV, *in re*, “*Muiño Estúa*”, del 25/02/1993.

entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad...”,⁴⁸ se aplica en forma *directa*.

El caso de los organismos militares y de defensa y seguridad, requiere una mención distinta. Así la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal tiene dicho que: “Procede aplicar analógicamente la acción de amparo por mora previsto en el artículo 28 de la ley 19.549 cuando la presentación se encuentra vinculada a un procedimiento de impugnación de un acto administrativo por el que se impuso una sanción disciplinaria a un agente del ejército, es decir una relación externa que afecta sus derechos y no la organización funcional de las fuerzas armadas ni la verticalidad del mando”.⁴⁹

En los restantes casos, ya sea que se trate del Poder Judicial de la Nación o del Congreso de la Nación o del Ministerio Público de la Nación, siempre que se refiera a su función administrativa, no encontramos obstáculos para la aplicación supletoria o analógica del instituto.

Es interesante el caso de los organismos binacionales, por ejemplo, la Entidad Binacional Yaciretá —integrada por la República del Paraguay y la República Argentina—. En un caso que se planteó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “Si el Pliego de Bases y Condiciones Generales para las licitaciones públicas y concursos de precios atribuye el conocimiento de los eventuales conflictos judiciales que pudieran emerger en el ámbito de la Entidad Binacional Yaciretá a los tribunales federales en lo contencioso administrativo de la Capital Federal, parece razonable postular la aplicabilidad del artículo 28 de la ley 19.549”.⁵⁰

También se ha considerado procedente la acción de amparo por mora frente a la demora del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal⁵¹

⁴⁸ Ver artículo 1o. de la ley 19.549 y sus modificatorias.

⁴⁹ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “Villoldo c/Ministerio de Defensa”, del 21/05/1992 y sus citas.

⁵⁰ Cfr. C.S.J.N., Fallos: 319:826, *in re*, “VHA. Empresa Constructora-Ingeco, S.A. Viulco, S.A. y otro c/Entidad Binacional Yaciretá s/amparo por mora”, del 21/05/1996.

⁵¹ El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, fue creado por ley 23.187 (ver BO, del 28/06/1985) como órgano de control del ejercicio de la profesión de abogado y tiene a su cargo el gobierno de la matrícula respectiva en el ámbito geográfico de la Capital Federal. Funcionará con el carácter, derecho y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público. Es decir, que se trata de un *Ente Público no Estatal*. Además le resulta aplicable supletoriamente la ley 19.549, según lo dispone el artículo 17 de la ley 23.187.

en expedirse sobre la habilitación en la matrícula requerida por un abogado.⁵²

3. Etapa de postulación

La norma requiere que la administración haya dejado vencer los plazos para expedirse o, en caso de no existir aquéllos, cuando hubiera transcurrido un plazo que excede lo razonable.

En materia de plazos —amén de su obligatoriedad— la ley establece en muchas de sus normas, distintos periodos de tiempo para realizar diversas actividades, por los cuales se limita temporalmente su actuación.

Así, por ejemplo, cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquél será de diez (10) días.⁵³ Éste actúa como plazo general máximo para todos los casos no previstos expresamente y que se refieran a cuestiones de mero trámite. Por ello, a falta de plazo expreso, resulta de aplicación ese término. De hecho es el más frecuentemente utilizado por los Tribunales competentes a la hora de fijar el plazo en que deberá cumplirse con la sentencia de condena.

Existen otros tantos plazos que regulan otras tantas cuestiones. Sin ir más lejos, el plazo establecido en el artículo 10 de la LNPA, también es utilizado como plazo general, en caso de inexistencia de otro específico. Constituye un ejemplo lo dispuesto en el artículo 31 de la ley 19.549 en cuanto establece que en el Reclamo Administrativo Previo⁵⁴ a la demanda judicial, la administración deberá pronunciarse acerca del mismo dentro de los noventa (90) días de formulado y que, vencido ese plazo, el interesa-

⁵² Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “L., R.E. c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, del 14/04/2000.

⁵³ Cfr. artículo 1o., inciso e), apartado 4) de la ley 19.549.

⁵⁴ Sobre este tema y las implicaciones que tuvo la última reforma legislativa, puede verse nuestro artículo: “Apostillas jurisprudenciales sobre el agotamiento de la instancia administrativa en la vía reclamatoria”, en el libro coordinado por López Olvera, Miguel Alejandro y Vocos Conesa, Juan Martín, *Perspectivas del derecho público en el umbral del siglo XXI*, F.D.A., Buenos Aires, 2003, pp. 83. También es muy interesante lo que plantea López Olvera, Miguel Alejandro, en “Una excepción a la regla del reclamo administrativo previo”, publicada S.J.D.A., LL, ejemplar del 23/06/2003, pp. 30 y ss.

do requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda.

En el caso de no existir un plazo expreso, la norma del artículo 28 determina que si hubiera transcurrido un plazo que excediera de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado, la orden judicial de pronto despacho será procedente.

En cada caso, el juez debe comprobar que estén reunidos *prima facie*, los requisitos de procedencia de la acción: la legitimación y la mora administrativa. Acerca de este punto el juez no debe ser demasiado estricto, ya que cualquier duda será despejada con el pedido de informe a la autoridad administrativa. Por lo demás, se trata de cuestiones objetivas, razón por la cual quien no pueda mínimamente acreditar estos extremos, no está en condiciones de iniciar esta acción judicial.

Cuando concurren los dos requisitos, al menos en apariencia, el juez requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La norma no fija el plazo, la costumbre judicial indica que el mismo —por lo general— no supera los cinco días hábiles. Esto es así porque se aplica el plazo previsto en el artículo 8o. de la ley 16.986 —reglamentaria de la acción de amparo—.

Sin embargo, el juez puede desestimar *in limine* la acción, cuando existan dudas razonables sobre la concurrencia de los requisitos apuntados. En este caso, la decisión judicial no resulta apelable. Así lo dispone la propia norma en comentario y un Fallo Plenario de la Cámara de Apelaciones del Fuero: “La decisión del juez declarando formalmente improcedente el amparo por mora es irrecurrible”.⁵⁵

4. *Supuestos de procedencia*

Entendemos que la acción debe proceder contra todo tipo de omisiones en que incurra la administración. No parece que pueda haber limitaciones acerca de ello, siempre que se encuentren reunidos los supuestos objetivos que reclama la norma regulatoria, es decir: la legitimación y la mora administrativa,⁵⁶ ya que ésta es clara en punto a que la acción procede

⁵⁵ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., *en pleno, in re*, “Transportadores de Caudales Zubdesa, S.A.C.I.”, del 05/04/1985, publicada en ED, 115-408.

⁵⁶ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “Cesani”, del 26/06/2001.

tanto en relación con la mora administrativa en emitir dictámenes como en dictar actos administrativos de mero trámite⁵⁷ o definitivos.⁵⁸

Veremos, jurisprudencia mediante, diversos supuestos de procedencia. Así, por ejemplo, la acción será procedente aunque el escrito presentado en sede administrativa adolezca de defectos formales, bastando que el mismo contenga en forma clara la pretensión.⁵⁹ Por lo tanto, la mora de la administración no puede llegar a justificarse en la improcedencia de la petición del administrado, aun la deducida ante órgano incompetente.⁶⁰ Esto es así, ya que en el procedimiento administrativo rige el principio *in dubio pro administrado*.⁶¹

Por aplicación de este principio se ha resuelto que la administración no puede escudarse en la necesidad de proceder a la verificación de documentación o escasez de personal.⁶² En igual sentido, la pérdida del expediente administrativo no ha resultado causa exculpante.⁶³ Tampoco justifica la mora, el hecho de que el administrado hubiera consentido la paralización del expediente administrativo, en tanto ello no purga la conducta irregular de la administración, siendo una facultad del administrado decidir en qué momento exigir que la misma se expida.⁶⁴

Entre otras cuestiones, la acción ha resultado procedente en muchos casos referidos a procedimientos administrativos migratorios, mediante los cuales los particulares —extranjeros— pretenden obtener la documentación necesaria que torne legítima su residencia en el país y, frente a las

⁵⁷ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala II, *in re*, “*Cámara Argentina de la Motocicleta*”, del 28/12/2000.

⁵⁸ Cfr. C.N.Apel.Civ., Sala F, *in re*, “*Penthouse, S.A.*”, del 08/03/1999, publicado en LL-1999-E, 903.

⁵⁹ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala II, *in re*, “*Rodríguez Fuchs*”, publicado en LL-1997-A, 81; *idem* anterior, Sala IV, *in re*, “*Meza*”, del 24/08/1992, entre otros.

⁶⁰ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “*Pietroboni*”, del 07/09/2000.

⁶¹ El artículo 1o., inciso c, de la ley 19.549, dice: “Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente”.

⁶² Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala IV, *in re*, “*Chavas, S.A.*”, del 29/07/1988, publicado en LL-1988-E, 87.

⁶³ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “*Genoud de Camus*”, del 26/02/1998, *idem* anterior, Sala IV, *in re*, “*Estevez*”, del 06/11/2001, entre otros.

⁶⁴ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala V, *in re*, “*Orazi*”, del 10/02/1999, citado.

demoras de la autoridad migratoria,⁶⁵ en resolver los pedidos de radicación permanentes o temporales.⁶⁶

Otros supuestos los constituyen la morosidad administrativa en la resolución de impugnaciones en concursos públicos destinados a la selección de personal calificado, v. gr.: docentes, investigadores, técnicos, etcétera.⁶⁷

Un caso muy interesante es el de la mora administrativa en la toma de decisiones de determinados órganos colegiados, por ejemplo, los directorios de los Entes Reguladores del Servicios Públicos. En una oportunidad el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, alegó que la demora estaba justificada en razón de no contar con el quórum suficiente para que el Directorio sesionara válidamente. El peticionario se encargó prolijamente de demostrar en el juicio de amparo por mora, que dicha circunstancia no había resultado óbice para el tratamiento de otras cuestiones a la que él era ajeno, integrando el quórum con directores designados en forma interina. Por esta razón, la justicia entendió que la demora no estaba justificada e hizo lugar a la acción.⁶⁸

Es interesante a nuestro modo de ver, la mora en que incurren las facultades dependientes de universidades nacionales en expedir los correspondientes títulos universitarios siendo que, además, no existe un plazo expreso para tal actividad. Así, la jurisprudencia ha considerado que el mero transcurso de más de ocho meses sin que la administración se expidiese sobre la solicitud, permitía concluir que se había excedido toda razonable pauta temporal para hacerlo.⁶⁹

Resultan relevantes las cuestiones que trasuntan mora administrativa dentro de una relación contractual. Se ha entendido que no constituye obs-

⁶⁵ Es la Dirección Nacional de Migraciones. Se trata de un organismo descentralizado, dependiente del ministerio del Interior, que tiene como misión aplicar la política y la normativa migratoria de la República Argentina.

⁶⁶ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala V, *in re*, “Chen Ying”, del 28/11/2001; *idem* anterior, Sala III, *in re*, “Yao Ya Ying”, del 22/05/2001; *idem* anterior, Sala I, *in re*, “Chun Ying”, del 07/07/2004, entre muchos otros.

⁶⁷ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala V, *in re*, “Stanganelli”, del 02/09/2002.

⁶⁸ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “Cobra Instalaciones y Servicios, S.A.”, del 03/08/2004.

⁶⁹ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “Magdalena”, del 02/11/1993; *idem* anterior, Sala I, *in re*, “Ojea Quintana”, del 02/02/1994, entre otros.

título para la procedencia de la acción que tratamos, ya que no se procura el cumplimiento de un contrato sino la pronta decisión de un reclamo.⁷⁰

Consideramos de interés destacar, que existe una discusión en cuanto a si el amparo por mora es la vía idónea para urgir un pago. Sobre el punto no parece haber consenso en la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Con relación a ello, ha dicho la Sala III: “El artículo 28 de la ley 19.549 sólo resulta aplicable ante la morosidad de la autoridad administrativa en emitir un dictamen o resolución La petición de autos, destinada a urgir un pago queda, pues, fuera de tales supuestos. Ello, sin perjuicio del derecho que asiste a la accionante a exigir en sede administrativa y por las vías procesales pertinentes el cumplimiento de los actos administrativos que reconocieron sus derechos”.⁷¹ La Sala V de la Cámara de Apelaciones del Fuero, siguió esta doctrina.⁷²

Para Gordillo,⁷³ la cuestión adquiere relevancia actual, especialmente con los trámites administrativos generados con motivo del pago de créditos consolidados reconocidos administrativamente. Entiende que algunos fallos recientes aprehenden correctamente el problema, aceptando la procedencia de esta acción en el marco de tales procedimientos.⁷⁴

5. *La competencia judicial para conocer en la acción de amparo por mora*

Serán de competencia de los jueces en lo contencioso administrativo, todos aquellos casos o causas o controversias⁷⁵ en que la administración pública actúe como parte y se resuelvan por aplicación preponderante del

⁷⁰ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “Astilleros Corrientes, S.A.”, del 28/04/1988, publicado en LL-1988-E, 277, citado.

⁷¹ Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “Nuñez”; “Mora”; “Albornoz”, todos del 25/11/1986; *idem* anterior, *in re*, “Ortiz”, del 07/11/1989; *idem* anterior, *in re*, “Almara”, del 27/07/1993; *in re*, “Carlos A. Caruso y Cía”, del 15/03/1995; *idem* anterior, *in re*, “Dolomita, S.A.”, del 05/09/1996.

⁷² Conf. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala V, *in re*, “El Comercio, Compañía de Seguros a prima fija S.A.”, del 04/10/1995.

⁷³ *Cfr.* Gordillo, Agustín (Director), *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pp. 290 y ss.

⁷⁴ Tal el caso de la Sala I, de la C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., *in re*, “Promeco, S.A.”, del 10/04/2001.

⁷⁵ *Causa*, para la Constitución nacional, es un caso o asunto o controversia, según surge de los artículos 18, 109, 116 y 117 texto según la reforma de 1994.

derecho administrativo. Para que exista causa debe haber controversia, litigio o contienda a decidir.⁷⁶

Cabe señalar que la competencia del fuero en lo contencioso administrativo federal se define no por el órgano productor del acto, ni porque intervenga el Estado *lato sensu*, sino por la materia en debate, por su contenido jurídico y por el derecho que se intenta hacer valer. Esto es así por la subsunción del caso al derecho administrativo. Este es el criterio que prevalece en la actualidad.⁷⁷

Así lo ha entendido la jurisprudencia del fuero: “El artículo 28 de la ley 19.549 no establece cuál es el juez competente para impartir la orden judicial de pronto despacho, por lo cual para definir la competencia contencioso administrativa debe analizarse la subsunción del caso al derecho administrativo”.⁷⁸

En esta línea, la Sala I dijo: “El hecho de haber interpuesto el actor el amparo por mora previsto en el artículo 28 de la L.N.P.A., no obsta a la competencia del fuero del trabajo, en tanto esta vía no determina, de suyo, la competencia del fuero contencioso administrativo”.⁷⁹

6. La sentencia y sus efectos

Corresponde destacar que el juez no puede ni debe decirle a la administración cómo o en qué sentido debe expedirse respecto a la pretensión o petición del particular. Sólo comprueba la existencia de la legitimación y la mora administrativa y, en caso de concurrir ambos, ordena librar orden de pronto despacho para que la administración se expida aunque no podrá, en ningún caso, determinar el contenido de la decisión.⁸⁰

⁷⁶ Cfr. C.S.J.N, *Fallos*: 2:253; 12:372; 95:51; 130:157; 145:245; 156:318, entre muchos otros.

⁷⁷ Cfr. C.S.J.N, *Fallos*, 164:188; 244:252; 253:25; 295:112; 298:446; 304:377, entre muchos otros; C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., *todas sus Salas*; Heiland, Liliana, “Competencia de los tribunales nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal”, L.L., 1989-E, pp. 8100 y ss.

⁷⁸ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “*Creantex, S.A.*”, del 21/05/1992, en el caso se atribuyó competencia al Fuero en lo Penal Económico; *idem* anterior, *in re*, “*Jáuregui*”, del 10/12/1985.

⁷⁹ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “*Paz*”, del 05/08/1992.

⁸⁰ Cfr. artículo 28 de la ley 19.549. Ver C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “*Promeco, S.A.*”, del 10/04/2001, citado; *idem* anterior, Sala II, *in re*, “*Herrero López*”, del 02/02/1992; *idem* anterior, Sala III, *in re*, “*Villoldo*”, del 21/05/1992, citado; Sala IV, *in re*, “*Neumáticos Goodyear, S.R.L.*”, del 19/08/1999, entre otros.

Ha dicho la Cámara de Apelaciones del Fuero: “El ‘derecho de petición’ no se agota con el hecho que el ciudadano pueda pedir sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de resolver. Ello, sin embargo, no significa que la administración deba pronunciarse en un sentido o en otro, sino tan sólo que debe resolver”.⁸¹

Es decir, la sentencia se limita a hacer efectivo el derecho del particular a obtener una respuesta, mas no le asegura un resultado determinado respecto del fondo del asunto que debe resolver la administración. En este sentido hay ejemplos sumamente ilustrativos: un ciudadano extranjero peticiona ante las autoridades migratorias la ciudadanía nacional argentina. Frente al silencio acciona a través del amparo por mora. La respuesta fue denegatoria y debía abandonar el país en cuarenta y ocho horas.⁸²

Se ha discutido en qué momento debe evaluarse la mora. La jurisprudencia entendió que debe ser el de sentenciar.⁸³

La cuestión lleva a analizar una situación que se reitera en la práctica. Esta es que la administración activa el procedimiento administrativo cuando se notifica que se ha entablado una demanda de amparo por mora en su contra. En algunos casos, incluso dictó el acto administrativo pertinente y lo acompañó con la contestación de la demanda o producción del informe.⁸⁴ En consecuencia, al no existir al momento de la sentencia la controversia que habilita la jurisdicción,⁸⁵ la cuestión deviene *abstracta*.

No se nos escapa otra consecuencia que acarrea este tema: el de las costas⁸⁶ del proceso. Cómo se impongan las mismas dependerá del modo

⁸¹ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala IV, *in re*, “Linares”, del 02/06/1992, entre otros.

⁸² Cfr. Juz.Nac.1o.Inst.Cont.Adm.Fed. núm. 11, *in re*, “Piao Douxian”, del 29/03/2001, sentencia firme en primera instancia.

⁸³ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala III, *in re*, “Verloy S.A.”, del 23/05/1995, citado; *idem* anterior, Sala II, *in re*, “Geotécnica Cientec S.A.”, del 12/07/1990, publicado en LL-1990-E, 87.

⁸⁴ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala II, *in re*, “Alé”, del 26/10/1999; *idem* anterior, Sala III, *in re*, “Bonfiglio”, del 22/02/1996, entre muchos otros.

⁸⁵ Recuérdese que el Poder Judicial está llamado a intervenir en casos, causas o controversias, *cf.* C.S.J.N, *Fallos*, 2:253; 12:372; 95:51; 130:157; 145:245; 156:318, entre muchos otros; criterio éste que ya fue mencionado con anterioridad.

⁸⁶ Entendemos por *costas*, los gastos que se ocasionan a las partes con motivo de un proceso judicial, cualquiera que sea su índole. En ese sentido se dice que una de las partes es condenada en costas cuando tiene que pagar, por ordenarlo así la sentencia, no sólo sus propios gastos, sino también los de la contraria.

en que se resuelva la causa judicial y del régimen jurídico que se aplique, ya que el artículo 28 de la LNPA guarda silencio al respecto.

La ley 16.986 —regulatoria de la acción de amparo— establece: “Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo”.

Por otra parte, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece el llamado *Principio objetivo de la derrota en juicio*, en cuya inteligencia quien no resulta victorioso en la pretensión principal debe cargar con las costas del proceso.

En el primer supuesto, esto es si la pretensión es rechazada o si por el contrario, es acogida, las costas serán a cargo de quién resulte perdedor en el pleito.⁸⁷

En el segundo caso, esto es, si la cuestión es declarada *abstracta*, la jurisprudencia no es unánime. Las Salas I y V entienden que deben imponerse las costas a la demandada —administración pública— en estos casos, pues su conducta renuente dio motivos al particular para litigar.⁸⁸ Las Salas II, III y IV consideran que las costas deben imponerse en el orden en que fueron causadas; es decir, sin condena en costas.⁸⁹ Este es el estado actual de la situación.

7. Apelación de la sentencia

La sentencia de primera instancia que resuelve sobre la existencia o no de mora de la administración es apelable. Así lo expuso la Cámara del Fuero Contencioso Administrativo Federal en un *Fallo Plenario*: “Es apelable la sentencia de primera instancia sobre la existencia o no de mora de la administración, en los amparos regulados por el artículo 28 de la ley 19.549, reformada por la ley 21.686”.⁹⁰

⁸⁷ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “Industrias Cas, S.R.L.”, del 31/05/2004; *idem* anterior, Sala V, *in re*, “Vidal”, del 02/10/2002, *idem* anterior, Sala II, *in re*, “Furbia, S.A.”, del 31/05/2001, entre otros.

⁸⁸ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re*, “Zambelli”, del 26/02/2004; *idem* anterior, Sala V, *in re*, “Ji Fuyong”, del 10/05/2004, entre otros.

⁸⁹ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala II, *in re*, “Sadia Argentina, S.A.”, del 12/06/2001; *idem* anterior, Sala III, *in re*, “Salas”, del 22/12/2003; *idem* anterior, Sala IV, *in re*, “Berenyi”, del 25/09/2003, entre otros.

⁹⁰ Cfr. C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., *en pleno*, *in re*, “Transportadores de Caudales Zubdesa, S.A.C.I.”, del 05/04/1985, publicada en ED, 115-408, citado.

Este fallo, que sienta jurisprudencia obligatoria para el fuero, puso fin a una discusión que se había planteado a partir de la reforma introducida por la ley 21.686 a la norma que estamos analizando.⁹¹

8. *Cumplimiento de la sentencia*

El artículo 29 de la ley 19.549 prevé al efecto: “La desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable lo dispuesto por el artículo 17 del decreto-ley 1.285/58”. Asimismo, esta norma dispone que: “Toda falta en que incurran ante los tribunales nacionales los funcionarios y empleados dependientes de los otros poderes u organismos del Estado nacional o provincial, actuando en su calidad de tales, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos, a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda”.⁹²

Rejtman Farah entiende que se le pueden imponer sanciones pecuniarias —astreintes— a la administración que incumple la sentencia condenatoria en el amparo por mora. Sin embargo, destaca que la opinión no es unánime y que alguna doctrina señala que, en tales casos, no resulta posible imponer sanciones pecuniarias contra la administración morosa, sino sólo acudir al remedio del artículo 29, es decir, poner la cuestión en conocimiento de la autoridad superior a efectos de la sanción que pudiera corresponder.⁹³

Barra considera que consistiendo la orden judicial de pronto despacho una obligación de hacer que sólo puede ser cumplida por la administración, el administrado podrá requerir la aplicación de astreintes contra la administración pública morosa.⁹⁴

La jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal considera que ellas resultan aplicables y que su imposición resulta apelable.⁹⁵

⁹¹ Se discutía sobre si resultaba apelable o no la sentencia definitiva del caso y, si se trataba de una cuestión que debía resolverse en *instancia única*. Ver al respecto, Creo Bay, Horacio D., “La reforma introducida al amparo por mora de la administración. Necesidad de una regulación integral del instituto”, en LL-1978-D, Sección Doctrina; ver también, Pearson, Marcelo M., “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la administración pública nacional?”, en LL-1979-B, 487, entre otros.

⁹² *Cfr.* BO, del 07/02/1958. Este decreto-ley, fue ratificado por ley 14.467.

⁹³ *Cfr.* Rejtman Farah, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 95 y ss.

⁹⁴ *Cfr.* Barra, Rodolfo C., “El amparo por mora de la administración”, ED-59-797, en especial p. 804.

⁹⁵ *Cfr.* C.N.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala II, *in re*, “Blanco”, del 18/02/2003.

Comadira⁹⁶ señala que eventualmente y frente al incumplimiento de la sentencia pueden el o los funcionarios incumplidores incurrir en responsabilidad penal (artículos 248, 249 y 250 del Código Penal) y civil artículo 1112 del Código Civil.

Podemos afirmar que la solución que difícilmente no sea eficaz en estos casos es la denuncia del hecho por parte del juez a la justicia penal, con la correspondiente remisión de las actuaciones donde se produjo el incumplimiento, ya que el delito de desobediencia está previsto en el Código Penal argentino.

Así lo indica la práctica, más allá de que situaciones como éstas constituyen la excepción.

V. ¿RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN O AMPARO POR MORA?

La posibilidad de responsabilizar al Estado por sus conductas omisivas, no presenta unanimidad de soluciones, al contrario de lo que ocurre con sus conductas positivas, tema que ha tenido gran tratamiento por parte de la jurisprudencia⁹⁷ y la doctrina.⁹⁸

En el derecho común, la solución a los casos de conductas omisivas que causan un perjuicio está prevista en el artículo 1074 del Código Civil de la Nación.⁹⁹ El mencionado artículo resulta aplicable analógicamente para resolver, en derecho público, lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su omisión o abstención.¹⁰⁰

⁹⁶ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Monti, Laura (colaboradora), *op. cit.*, nota 27, pp. 502 y ss.

⁹⁷ Ver, al respecto, C.S.J.N. Fallos: 306:2030, “Vadell”; 312:1659, “Tejedurías Magallanes, S.A.”; 315:2865, “Agencia Marítima Rioplat, S.A.”; 316:2136, “España y Río de la Plata Compañía. Argentina de Seguros, S.A.”, entre muchos otros.

⁹⁸ Ver Gordillo, Agustín, *Tratado, cit.*, nota 23, t. II, *La defensa del usuario y del administrado*, 6a. ed., FDA, Buenos Aires, 2003, capítulos XIX y XX. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar; Mertehtikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002, t. I, entre muchos otros.

⁹⁹ La norma dispone: “Toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

¹⁰⁰ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de actitud “Omisiva” en el ámbito del derecho público*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

Por otra parte, el artículo 1112¹⁰¹ del mismo plexo normativo recepta desde el plano legal la construcción francesa de la denominada *falta de servicio*. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, agregando que constituye el factor de atribución objetiva de responsabilidad por actuación ilícita del Estado.¹⁰²

Siendo esto así, de la aplicación de las mencionadas normas y siempre que se encuentren reunidos los restantes requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria; esto es: la existencia de un daño resarcible y la conexión causal entre la conducta estatal y el daño, pareciera conducir a la posibilidad de reclamar válidamente el resarcimiento por parte del Estado, cuando su conducta omisiva genere un daño indemnizable.

Pero a poco de andar por esta senda, se advierte que no cualquier omisión genera la obligación de reparar los perjuicios que con ella se ocasionen, sino aquellos que implican el incumplimiento de un deber impuesto por la *ley*, entendida esta expresión en un sentido material amplio. Así lo establece el texto expreso del artículo 1074 del Código Civil.

Además, el artículo 1112 del Código Civil ha sido considerado como una norma de reenvío. Reiriz,¹⁰³ entiende que de la simple lectura del artículo en cuestión se desprende esta cuestión, porque para determinar si la conducta u omisión del funcionario público o del Estado —por aplicación de la *Teoría del Órgano*— pueda equipararse al hecho ilícito, habrá que analizar las leyes que rigen el servicio público o la actividad en que se encuentre encuadrado el agente o se desarrolle esa actividad estatal. Como conclusión sostiene que se trataría de una norma de derecho administrativo, mal ubicada metodológicamente en el Código Civil.

En este orden de ideas, consideramos que, a la luz de lo expuesto en el comienzo de este trabajo en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de petición y la obligación correlativa de la administración de dar respuestas expresas, sumado a ello, los regímenes legales o reglamentarios que en particular establecen tal obligación, pensamos que puede concluirse váli-

¹⁰¹ Establece: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título”. Se refiere al Título 9: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.

¹⁰² Cfr. C.S.J.N. Fallos: 306:2030; 312:1659; 315:2865; 316:2136, entre muchos otros, ya citados.

¹⁰³ Reiriz, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, en *El derecho administrativo argentino hoy*, obra colectiva, Buenos Aires, R.A.P., 1996, pp. 220 y ss.

damente en la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad omisiva cuando éste no brinda una respuesta concreta a las pretensiones formuladas por los administrados, siempre que se encuentren reunidos los restantes requisitos de procedencia.

No obstante todo lo hasta aquí expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹⁰⁴ se ha expedido en un caso sobre este punto. En efecto, allí consideró que: “en el *sub lite* la actora no hizo uso de los remedios legales que la ley ponía en sus manos, consintiendo con su actitud la demora de la administración. Resulta, en consecuencia, irrazonable el pedido de reparación de daños y perjuicios que ahora reclama con fundamento en la demora tácitamente aceptada (artículos 902, 903 y 1111 del Código Civil)”. Y agregó: “esto es así, ya que si la actora no instó en la forma prevista por la ley el dictado de una resolución denegatoria tácita, sin utilizar tampoco la acción prevista en el artículo 28 de la Ley de procedimientos administrativos, debe cargar con las consecuencias que su omisión causó en su patrimonio”.

De lo expuesto se advierte que si bien es posible responsabilizar al Estado por sus conductas omisivas, como quedara dicho, también puede resultar una aplicación interesante de la acción de amparo por mora, en supuestos como el descrito. Máxime teniendo en cuenta que la jurisprudencia se muestra sumamente restrictiva para aceptar que el Estado es responsable de los daños que puede provocar por sus abstenciones.¹⁰⁵

VI. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN INTEGRAL DEL INSTITUTO

En la actualidad no se cuenta con un código contencioso administrativo en el ámbito federal.

Es de destacar que varias veces se ha intentado poner remedio a esta situación, pero todos los intentos han tenido, sin excepción, suerte adversa. Sostiene Hutchinson que éste es un lamentable y desolador panorama, pues el increíble muestrario de procesos especiales conspira contra una adecuada sistematización y conocimiento del régimen adoptado, lo que perjudica la defensa del particular.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cfr. C.S.J.N. Fallos: 304:651, *in re*, “*Odol S.A.I.C.*”, del 11/05/1982.

¹⁰⁵ Cfr. Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*, *op. cit.*, pp. 274 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. Hutchinson, Tomás, “Estudio preliminar”, en Danielián, Miguel, *Recursos judiciales y procedimientos administrativos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, t. I.

En la mayoría de las provincias —dado que la legislación sobre derecho procesal es local—, existen códigos en lo contencioso administrativo que, por lo general, han adoptado la terminología francesa en cuanto a la existencia de una doble vía para impugnar la actividad e inactividad administrativa: la del *recurso de anulación*, que está dirigido sólo a obtener la declaración judicial de nulidad del obrar administrativo y la del *recurso de plena jurisdicción*, que engloba también pretensiones reparatorias.

Además, si se tienen en cuenta las diversas situaciones que se plantean y se han planteado en torno a la figura en comentario, creemos conveniente una regulación integral del instituto, lo que traerá mayor seguridad jurídica, ya que la norma del artículo 28 omite el tratamiento de diversas cuestiones y que la jurisprudencia ha sorteado merced a la aplicación supletoria de cuerpos normativos análogos; no sin marchas y contramarchas.

VII. CONCLUSIONES

Pensamos que si el Estado y en particular la administración pública tiende a la gestión del Bien Común de los ciudadanos, es su obligación dar respuestas concretas y deben proveerse remedios idóneos a los ciudadanos a esos fines.

El amparo por mora de la administración brega por la operatividad de la defensa en juicio que en todos los casos significa estar por la tesis favorable a la efectividad de esa garantía, lo que supone respetar el tiempo de la justicia y acordar razonabilidad de fines a las técnicas procesales que deben aplicarse.

Insistimos en la necesidad de una regulación integral del instituto o bien, en el dictado de un código contencioso administrativo federal, que contenga dicha regulación, ya que esto es lo que mejor se compadece con el *Principio de la Tutela Judicial Efectiva*, que tiene jerarquía constitucional. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Cfr. C.S.J.N., *Fallos*: 324:3358, *in re*, “Bussi”, del 11/10/2001; *idem* anterior, *in re*, “Brusa”, del 11/12/2003; *idem* anterior, *in re*, “Hagelin”, del 08/09/2003, entre otros.