

# EL AMPARO POR MORA COMO TÉCNICA DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

LUIS CASARINI

## I. INTRODUCCIÓN

El ciudadano tiene a su alcance distintas técnicas para enfrentar la inactividad formal de la Administración a fin de evitar que se vulnere su derecho al debido proceso adjetivo. En efecto, existen dos técnicas administrativas para urgir la decisión fundada de la Administración: el silencio de la Administración y la queja, pero, además, el particular cuenta con la acción judicial de amparo por mora. En este conciso trabajo analizaremos esta acción procesal<sup>1</sup>, con el propósito de comprender su régimen e indagar su eficacia.

En este marco, cabe recordar que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (ley 19.549, en adelante, LNPA) (Adla, XXXII-B, 1752), establece en su primer artículo que las normas del procedimiento administrativo que se aplicarán ante la Administración Pública Nacional deberán respetar el “debido proceso adjetivo”, el cual comprende “el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y sobre todo, el derecho a obtener una decisión fundada”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El amparo por mora se desarrolla orgánicamente dentro del proceso, pues su tramitación y resolución es efectuada por órganos jurisdiccionales stricto sensu; sin embargo, los efectos que produce se refieren al procedimiento administrativo, ya que su finalidad es que se intime a la Administración a dictar la resolución o realizar el trámite omitido, por lo tanto apunta a que continúe un procedimiento administrativo atrasado o paralizado. En tales condiciones, funcionalmente, es posible también analizarlo dentro del procedimiento administrativo, sin perjuicio de que sus normas sean principalmente de carácter procesal.

<sup>2</sup> El principio del debido proceso adjetivo es una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el art. 18 de nuestra Constitución nacional, y de la tutela judicial efectiva reconocida en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los arts. 2, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (art. 75, inc. 22).

Desde esta perspectiva, la Administración tiene la obligación de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos, como natural derivación del derecho del administrado de obtener una decisión fundada, que encuentra sustento en el principio de obligatoriedad de la competencia que establece el art. 3 de la LNPA, y en los principios que rigen en el procedimiento administrativo, incorporados positivamente en dicha ley, tales como los de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites administrativos.

En el mismo orden, incumbe a la Administración tratar y responder expresamente las peticiones de los particulares. Tal deber, surge claramente del art. 7, inc. c) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549, que establece “que deben decidirse todas las peticiones formuladas”, ya que frente al derecho de petición, garantizado por el art. 14 de la Constitución nacional, se encuentra la obligación de resolver por la Administración Pública<sup>3</sup>.

A su vez, dicho cometido también se vincula con el principio de transparencia que debe imperar en toda actuación administrativa. El silencio vulnera este principio, que exige reglas objetivas claras, publicidad de los actos y del procedimiento, participación en el procedimiento de toma de decisiones, etc., y la falta de respuesta a una petición del administrado es la prueba más cabal de la ausencia total de transparencia: la inexistencia de decisión administrativa<sup>4</sup>.

Es que 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 aquella.

Sin embargo, es usual que la Administración no resuelva los planteos de los particulares, ni a favor ni en contra. El ciudadano se encuentra, en la mayoría de las veces, ante un silencio, incluso una vez transcurridos los plazos legales obligatorios que tiene la Administración para resolver una petición o para la realización de los trámites tendientes a la formación de la decisión administrativa (dictámenes, traslados, informes, intimaciones, etc.).

Adviértase que la praxis indica que, no pocas veces, los funcionarios públicos no son objetados por no resolver un determinado recurso o reclamo, y en cambio, consideran comprometida su responsabilidad en caso de resolver tales pretensiones. En muchos casos, a su vez, prefieren que el *asunto* lo resuelva la próxima Administración o, en una mirada de más corto plazo, el funcionario que le suceda. Es que a pesar del claro deber legal de decidir, al no

<sup>3</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala V, 17/10/1995, “Bongianino, Marcela Andrea c/ U.B.A.-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- s/ amparo por mora”.

<sup>4</sup> EZEQUIEL CASSAGNE, *El amparo por mora de la Administración*, LL, 8/9/2010.

existir prácticamente responsabilidad alguna para el funcionario que no decide en tiempo oportuno un recurso, reclamo o simple petición, los ciudadanos deben acostumbrarse al silencio de la Administración.

En este escenario, tal vez poco alentador, son imprescindibles las técnicas administrativas y judiciales, como el amparo por mora, para revertir esta situación y lograr que se respete el derecho republicano a obtener una decisión fundada.

## II. EL RÉGIMEN LEGAL DEL AMPARO POR MORA

El art. 28 de la ley 19.549 establece: “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 estos, 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”.

Resulta claro que la norma transcrita reglamenta una pretensión determinativa que se presenta como una de las herramientas que posee el ciudadano ante la morosidad administrativa, alternativa al pronto despacho, el *silencio*, la *queja* o la mera inactividad, si bien, conviene aclarar, la vía del amparo por mora siempre puede intentarse luego de promover la queja o el pronto despacho y no cuando se ha expresado la decisión de entender.

A fin de discernir la significación del instituto bajo examen en el marco de la regulación de la actuación jurídica de la Administración, es menester recordar que el art. 3 de la ley 19.549 establece que la competencia de los órganos administrativos constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable. Por su parte, entre otros preceptos, el art. 1 del RLNPA (t.o. 1991) establece que los expedientes administrativos tramitarán y *serán* resueltos con intervención del órgano al que una ley o un decreto hubieren atribuido competencia. De ello se sigue que una de las obligaciones

de la Administración consiste en decidir las peticiones que le formulan los administrados y que el incumplimiento a tal obligación constituye una violación al deber de cumplir la ley, omisión que es susceptible de cuestionamiento por vía de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución nacional<sup>5</sup>.

Por tal motivo y como ya se dijo, la Administración tiene el deber de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos. Este cometido surge de la obligación que impone el derecho del administrado de dar una decisión fundada, y encuentra fundamento en el principio de obligatoriedad de la competencia que impone el art. 3 de la LNPA, y en los principios que rigen en el procedimiento administrativo, incorporados positivamente en dicha ley, tales como los de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites administrativos.

a) *El amparo por mora como un sistema de control de la gestión administrativa in procedendo*

La conceptualización del amparo por mora como una mera orden judicial de pronto despacho trasunta una inicua reducción de su trascendencia, ya que el instituto no se agota con la sola interpelación, sino que supone un juicio previo sobre la antijuridicidad de la demora, la legitimación del actor para reclamar en su consecuencia y aun sobre la obligación de la Administración de expedirse ante esa petición del administrado. Ello implica, entonces, una nueva especie de control de la jurisdicción sobre la Administración que no sólo se instala respecto de su resultado –esto es, el acto o el hecho o la omisión atribuible a esta– sino en el procedimiento que se utiliza para dar respuesta a las peticiones del ciudadano, control que implica someter a la juridicidad de modo permanente a la Administración, ya que la obliga a producir el acto final que es destinatario de la revisión jurisdiccional<sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva, ha de colegirse que el amparo por mora trasunta un sistema de control de la gestión administrativa *in procedendo*, que somete a esta esfera de su actividad a la revisión jurisdiccional y que, ante la constatación de una omisión ilegítima o arbitraria de pronunciarse, se concreta en el emplazamiento a la Administración para que emita el acto que permita una intervención sustancial del Poder Judicial para la concreción de la sujeción de la actividad del Estado a la juridicidad.

<sup>5</sup> FERNANDO GARCÍA PULLES, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 785 y ss.

<sup>6</sup> FERNANDO GARCÍA PULLES, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 786 y ss.

### b) Requisitos para su admisibilidad y fundabilidad

Básicamente, el amparo por mora reconoce para su admisibilidad, la legitimación del actor y la situación objetiva de mora administrativa; asimismo, para su fundabilidad reclama la ilegalidad o arbitrariedad de la demora.

1. *Legitimación activa.* Según el art. 28 de la LNPA se encuentra legitimado quien es parte en un procedimiento administrativo, y para ser parte, el art. 3 del RLNPA exige que el administrado posea un derecho subjetivo o un interés legítimo. También podrá ser tenido por parte, según esa misma norma, el tercero interesado a quien el acto a dictarse pudiere afectar su derecho subjetivo o interés legítimo, pero con la condición de que se haya presentado en el expediente administrativo.

Asimismo, se ha sostenido que incluso quien sólo posee un interés simple y haya iniciado una denuncia, o presentación, puede iniciar una acción de amparo por mora para obtener una decisión fundada a su presentación<sup>7</sup>. Tal postura se sustenta en el principio constitucional de peticionar ante las autoridades, y el principio del debido proceso adjetivo.

Es que, si un ciudadano puede formular una denuncia y tiene derecho a obtener una decisión, resulta claro que dicho ciudadano es parte en ese procedimiento administrativo y, por ende, podrá acudir a la acción de amparo por mora en caso de falta de una resolución a su presentación. También aquel ciudadano que solicite vista para acceder a cierta actuación para evaluar si el acto a dictarse puede afectarle en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, o simplemente para conocer el contenido de un expediente (pretensión fundada en los principios de publicidad y transparencia de toda actuación administrativa conforme lo dispuesto en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional aprobado por Decreto 1172/2003 (Adla, LXIV-A, 174) podrá promover la acción de amparo por mora, pero su alcance sólo se limitará a que la Administración decida si le da vista o no de las actuaciones<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> DAVID HALPERIN, “La acción de amparo por mora de la Administración”, en AA.VV., JUAN CARLOS CASSAGNE (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, T. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1656. En sentido contrario, se ha sostenido no se encuentran aquellos que peticionen movidos por un mero interés simple, GONZÁLEZ DE LA RECA, “Amparo por mora”, en la obra colectiva *Actos y Procedimientos Administrativos*, ps. 196, n. 4; NESTOR SAGÜÉS, “Ley de Amparo”, fs. 443/4 N 6 C, RODOLFO BARRA, “El amparo por mora de la Administración” E.D. 59-800 letra C; y CNFed Cont. Adm., Sala III, 26/3/87, *in re* “Brunati”, y 10/9/1992, “Italconstruct S.I.R.P.S.A. c/B.C.R.A. s/amparo por mora”; Sala I, 19/5/1995, “Verloy S.A. c/ E.N. (M° de Relaciones Exteriores) s/ amparo por mora”.

<sup>8</sup> EZEQUIEL CASSAGNE, “El amparo por mora de la Administración”, LL, 8/9/2010.

2. *Legitimación pasiva*. El legitimado pasivo de un amparo por mora será la autoridad administrativa interviniente que se encuentre en mora en emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el administrado en su condición de parte de un expediente administrativo. Se demanda al órgano –perteneciente a cualquiera de los tres poderes del Estado– y no al Estado nacional mismo<sup>9</sup>.

No obstante, distinguida doctrina ha entendido que la autoridad administrativa no es parte del proceso de amparo por mora, en la medida que se limitará a contestar el informe que le requiera el juez sobre la mora<sup>10</sup>. Sin perjuicio de comprender que la naturaleza del amparo por mora importa una herramienta judicial contra la arbitrariedad de la Administración, y que sólo persigue el alcance de una decisión, es dable ponderar que la evacuación del informe requerido por el juez es un verdadero responde de demanda, dentro del límite propio, claro, de este instituto<sup>11</sup>.

Al respecto, ha señalado Cassagne que el amparo por mora procede contra órganos que actúan con independencia funcional de los poderes clásicos, tales como el Defensor del Pueblo de la Nación o la Auditoría General de la Nación o contra entidades no estatales que ejercen prerrogativas de poder público, como el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires<sup>12</sup>.

Subsisten diversas controversias sobre el ámbito de aplicación de la LNPA, sobre todo con relación a la normativa referente al proceso judicial, incluida en el Título IV de dicha ley. Se ha ponderado que la aplicación de la ley a la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, con exclusión expresa de los organismos de defensa y seguridad, sólo se ha prescripto en materia de procedimiento administrativo, y esa limitación no alcanzaría, por ejemplo, al ámbito de aplicación del amparo por mora<sup>13</sup>.

Por último, es menester resaltar que la acción de amparo por mora regulada en el art. 28 de la LNPA no es aplicable a los procedimientos fiscales de la Administración Federal de Ingresos Públicos –AFIP–, toda vez que para urgir

<sup>9</sup> EZEQUIEL CASSAGNE, “El amparo por mora de la Administración”, LL, 8/9/2010.

<sup>10</sup> TOMÁS HUTCHINSON, en “La inactividad de la Administración y su control”, en AA.VV., *Control de la Administración Pública*, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 190. En igual sentido, SAGÜÉS, Nestor, *Acción de Amparo*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 607.

<sup>11</sup> EZEQUIEL CASSAGNE, “El amparo por mora de la Administración”, LL, 8/9/2010.

<sup>12</sup> JUAN CARLOS CASSAGNE, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 267, con cita de la CNCAF, sala III, LL, 2000-F, 640.

<sup>13</sup> En lo referente a los organismos de defensa y seguridad, el decr. 722/96 dispuso que la LNPA y el RLNPA se aplicarán en forma supletoria a los procedimientos especiales de dichos organismos. En tal sentido, creemos que el amparo por mora es, entonces, procedente en dichos ámbitos, con las limitaciones que por seguridad se establezcan en cada procedimiento específico. Ver EZEQUIEL CASSAGNE, “El amparo por mora de la Administración”, LL, 8/9/2010.

su pronto despacho, el particular tiene un remedio especial, ante el Tribunal Fiscal de la Nación, conforme se encuentra contemplado en la ley 11.683 (t.o. 1998) (Adla, LVIII-C, 2969). Sin embargo, podrá ser aplicable el amparo por mora para todo trámite que deba resolver la AFIP ajeno a los procedimientos establecidos en dicha ley.

3. *Escenario objetivo de mora.* La determinación de la mora administrativa no es tarea sencilla, pues exige sortear algunas cuestiones hermenéuticas.

En primer lugar, cabe distinguir dos especies diferentes de inactividad formal administrativa: la que se verifica en la emisión de la resolución definitiva (o silencio en la decisión), y aquella que acaece ante el deber de expedir providencias de trámite (o silencio en el trámite). La distinción resulta útil ya que una consideración indiscriminada implicaría, en el caso, exigir a la Administración que saltee etapas procedimentales y dicte un acto ilegítimo.

En segundo término, cuadra determinar cuál es el plazo de producción de cada acto del procedimiento. En este sentido, ha recordarse que el art. 1, inciso e) ap. 4 de la ley 19.549, establece que cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, vistas e informes, aquel será de diez días; mientras que el art. 10 de la misma ley, dispone que si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, este no podrá exceder de sesenta días<sup>14</sup>.

Es menester recordar al respecto que la ley 19.549 establece un plazo ordinario de noventa días para resolver el reclamo administrativo previo, en su art. 31, mientras que muchas disposiciones del propio Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos establecen plazos especiales para decidir, como sus arts. 71 (cinco días para la resolución de la queja), 86 (treinta días para resolver el recurso de reconsideración), 91 (treinta días para resolver el recurso jerárquico). Parece necesario recordar las disposiciones contenidas en el decr. 1883 de 1991 respecto de los plazos en el procedimiento, que redujo en muchos casos de modo sensible<sup>15</sup>.

Otro problema, consiste en establecer si, para la configuración de la situación objetiva de mora, es ineludible la presentación de un pedido de pronto despacho y el transcurso del plazo de treinta días a que alude el art. 10 de la ley 19.549.

Se ha ponderado que dicha pretensión no es plausible, en primer lugar porque una cuestión es el modo de disciplinar el régimen de silencio de la

<sup>14</sup> FERNANDO GARCÍA PULLES, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 788 y ss.

<sup>15</sup> CANOSA, "Nuevas formas de control de plazos en el procedimiento administrativo", ED, 149-822.

Administración –que tiene por finalidad dispensar al particular un modo de superar la morosidad administrativa a partir de considerar denegada tácitamente su petición– y otra el plazo para pronunciar los actos, a cuyo vencimiento se produce la mora administrativa. Por otro lado, no todos los actos exigen la intimación de *pronto despacho* sino sólo aquellos que no tienen plazo especial de realización <sup>16</sup>.

Así, se ha sostenido que corresponde desestimar el amparo por mora cuando la mora aducida por la actora no se ha configurado toda vez que los efectos del contrato suscripto entre las partes quedó suspendido hasta su aprobación por el Tribunal de Cuentas y resultando, en principio, necesario un decreto de insistencia del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) para enervar los efectos de la observación efectuada por aquel organismo, no pudiéndosele achacar a la demandada demora en el cumplimiento de sus obligaciones <sup>17</sup>.

El objeto de una acción de amparo por mora no alcanza al examen de la congruencia o incongruencia de las peticiones formuladas en sede administrativa y judicial por la amparista, o al de si el hecho de que no se contase con las actuaciones administrativas en razón de un proceso iniciado por la peticionaria, importa la imposibilidad de resolver el fondo de lo aquí peticionado, o al de si tal imposibilidad es imputable a la actora o a la demandada. La única circunstancia pasible de estudiar en el caso es si –en los hechos– la demandada ha incurrido en mora para dar respuesta a la petición efectuada por su contraria <sup>18</sup>.

Por último, la pertinencia del amparo por mora ante la incontestación de la denuncia de ilegitimidad es clara, habida cuenta que no es dudoso que la ley 19.549 ha establecido esta facultad adicional del administrado que, independientemente de la irrecurribilidad de la decisión administrativa o de la carencia de efectos a los fines de reabrir la vía de la impugnación judicial ya extinguida, genera la obligación de expedirse para la Administración, aun cuando fuera para desestimar la presentación por extemporánea y sin pronunciarse sobre el fondo. En ese contexto, no es dudosa la procedencia del amparo por mora <sup>19</sup>.

<sup>16</sup> FERNANDO GARCÍA PULLES, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 789 y ss.

<sup>17</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 14/7/1992, “Sánchez Granel Ingeniería S.A. c/ C.N.E.A. s/amparo por mora”.

<sup>18</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 19/8/1999, “Neumáticos Goodyear S.R.L. c/ AFIP s/ amparo por mora”.

<sup>19</sup> FERNANDO GARCÍA PULLES, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 789 y ss.



4. *La sinrazón o ilegalidad de la mora.* Suele decirse que el instituto examinado sólo exige la circunstancia objetiva de la morosidad administrativa, sin embargo parece claro que la Administración podría oponer a ello el acaecimiento de circunstancias que tornan justificada la demora, al punto de hacer razonable y legítima la omisión.

En este orden, se ha sostenido que alegar la pérdida del expediente no resulta idóneo para justificar la mora en resolver, ya que no es posible hacer cargar sobre el administrado la desorganización administrativa<sup>20</sup>. Asimismo, se ha dicho que la complejidad de la controversia, la intervención de distintos organismos en la solución de las actuaciones y la emisión del dictamen de la Procuración, no resultan causales idóneas para dispensar a la autoridad administrativa por la demora en que incurrió<sup>21</sup>. Como tampoco, la existencia de un cúmulo de presentaciones similares a la del accionante y la intervención de distintos organismos administrativos<sup>22</sup>, ni la existencia de cambios de autoridades o acefalía<sup>23</sup>.

Cuadra precisar que el recaudo de la ilegitimidad o arbitrariedad de la demora integra la cuestión a decidir, aunque no es una materia que pueda resolverse al tiempo del examen sobre la admisibilidad formal del remedio, sino sólo al momento de decidir sobre la fundabilidad de la pretensión, al tiempo de dictar sentencia<sup>24</sup>.

#### *c) El procedimiento y las previsiones del art. 43 de la Constitución nacional*

La naturaleza del amparo por mora no encuadra en ninguno de los procesos reglados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por lo cual, entendemos que corresponde la aplicación supletoria de la ley 16.986 y no del código citado, habida cuenta que la aplicación supletoria de este último está expresamente establecida en el ámbito de la Administración Pública y dentro del procedimiento administrativo (cfr. art. 106 del Reglamento Nacional

<sup>20</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala I, 26/2/1994, “Genoud de Camus Ana María c/ E.N. -M° del Interior- s/amparo por mora”.

<sup>21</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala III, 11/3/2002, “Barberan Luis Florencio c/E.N. -M° Economía- s/amparo por mora”.

<sup>22</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala III, 6/10/1998, “S.I.P.E.D.Y.B. (Sindicato del Personal de Dragado y B. c/Dir. Nac. de Vías Navegables s/amparo por mora”.

<sup>23</sup> CNFed. Cont. Adm., 17/10/1995, Sala III, *in re* “Cooperativa de Trabajo 4 de septiembre Ltda. c/ANSSAL”, del 10/10/1991, y Sala V “Bongianino, Marcela Andrés c/U.B.A.”.

<sup>24</sup> FERNANDO GARCÍA PULLES, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 790 y ss.

de Procedimiento Administrativo de la ley 19.549) quedando alcanzada, en primer término, por el art. 43 de la Constitución nacional<sup>25</sup>.

Está claro que la situación prevista en el art. 28 de la ley 19.549 tipifica una omisión que podría ser destinataria de un amparo, según el art. 43 de la Constitución nacional. Al respecto, SAGÜÉS ha sostenido que la apertura de uno de estos amparos imposibilita la viabilidad del otro, no siendo correcto entonces, el uso paralelo o sucesivo de ambos, pues son excluyentes<sup>26</sup>.

No obstante, suscribo el criterio que ha postulado que, si el administrado promoviera un amparo de la ley 16.986 y su finalidad quedara alcanzada exclusivamente por la regulación del art. 28 de la ley 19.549, debería transformarse la vía elegida regulando el procedimiento por esta última norma<sup>27</sup>.

De otro lado, también ha sido debatido en la jurisprudencia, ante la ausencia de una norma regulatoria sobre la extensión del plazo para recurrir de la sentencia que resuelve el amparo, habiéndose decidido que es procedente el de cinco días<sup>28</sup>.

#### d) *La decisión judicial*

Conviene precisar que la resolución judicial sólo puede establecer el rechazo de la pretensión o el emplazamiento a la Administración, sin que corresponda indicar ni analizar el sentido del pronunciamiento de trámite o de fondo a dictarse<sup>29</sup>, ni la mayor o menor legalidad con que se expida la autoridad competente<sup>30</sup>.

En este contexto, cabría colegir que, si la facultad otorgada a la Administración es de carácter discrecional, resultaría improcedente la fijación de un plazo para expedirse. Sin embargo y salvo contadísimas excepciones, debe precisarse que la discrecionalidad no radica en la posibilidad de expedirse u omitir la decisión sobre las cuestiones planteadas, sino la elección de diversas alternativas igualmente legítimas, en la decisión que —obviamente— sí debe

<sup>25</sup> Cfr. CNFed. Cont. Adm., Sala V, 13/9/2004, “Vergara Llana Haydee Alca c/ EN M° del Interior- DNM-EXP ADM-62 s/amparo por mora”.

<sup>26</sup> NESTOR SAGÜÉS, *Acción de amparo*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 591

<sup>27</sup> HORACIO CREO BAY, *Amparo por mora de la Administración Pública*, ps. 37 y jurisprudencia allí citada.

<sup>28</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 26/6/1991, ED, 145-347.

<sup>29</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala III, 30/5/2000, “Podestá Mario Jacinto c/E.N. (M° SYAS) s/amparo por mora”.

<sup>30</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala II, 27/12/1985, “Basigaluz Saez Laura c/ E.N. (M. de Educación y J.); y asimismo, Sala I, 21/4/1998, “Kank y Costilla S.A. c/ M° de Defensa de la Nación s/amparo por mora”.

adoptarse. De allí que el amparo por mora proceda aun ante actos que se corresponden con facultades discrecionales de la Administración<sup>31</sup>.

En lo referente a la ejecución del fallo, la norma alude a la vía del art. 17 del *decr.-ley* 1285/58, esto es, advierte sobre la denuncia del caso a la autoridad superior del funcionario remiso "...a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda...". BARRA ha postulado que, en este supuesto, también sería pertinente la remisión de lo actuado a la justicia penal, para determinar la eventual ocurrencia del delito previsto en el art. 249 del *Cód. Penal*<sup>32</sup>; sin embargo, la limitación de las consecuencias en la norma legal citada podría operar como excluyente de las sanciones penales en el caso.

Es importante tener en cuenta que el mentado art. 17 del *decr.-ley* 1285/58 establece que: "Toda falta en que incurran ante los tribunales nacionales los funcionarios y empleados dependientes de 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", extremo que ha llevado a postular la inexistencia de sanción para el caso en que el retardo provenga directamente del Poder Ejecutivo<sup>33</sup>.

#### *e) Las pautas en materia recursiva*

La ausencia de regulación legislativa de esta cuestión motivó posturas contradictorias en la jurisprudencia que, en el ámbito de la Capital Federal, fueron salvadas con el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, de fecha 5 de febrero de 1985, en la causa "Transportadores de Caudales Zubdesa", que estableció como doctrina obligatoria que en el amparo por mora sólo es apelable la decisión final, esto es, cuando se dispone librar o no la orden de pronto despacho, pero no lo es la resolución inicial que se pronuncia sobre la admisibilidad formal del amparo.

### III. REFLEXIONES FINALES

Como se dijo inicialmente, el deber de la Administración de decidir en cada caso concreto, proviene de un principio que trasciende el marco del derecho

<sup>31</sup> FERNANDO GARCÍA PULLES, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 790 y ss.

<sup>32</sup> RODOLFO BARRA, "El amparo por mora de la Administración", ED, 59-804.

<sup>33</sup> TOMÁS HUTCHINSON, "La inactividad de la Administración y su control", en *Control de la Administración Pública*, ps. 157 y ss., en particular, p. 201.

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 aquella.

La praxis pone en evidencia que la mayoría de las presentaciones de amparo por mora se efectúan luego de varios años de inactividad formal. El administrado espera y espera, hasta que se cansa. Generalmente, aquel que acude a la vía del amparo por mora tiene un destino casi cierto: que le rechacen su planteo en sede administrativa. Frente a esta realidad, el particular que tiene la intención de reclamar judicialmente el fondo de la cuestión directamente configura el silencio y habilita la vía judicial.

En este contexto, el instituto analizado pone en evidencia la pasividad administrativa. Sin embargo, el riesgo es que la Administración, que nunca resulta responsable si rechaza peticiones de los particulares –aun cuando estas sean manifiestamente procedentes–, frente a una orden de pronto despacho, desestime inmediatamente el reclamo o recurso del administrado, si antes no lo hizo al acompañar informe requerido por el juez. Y la consecuencia de ese acto expreso será, ahora sí, el comienzo del plazo de caducidad, del art. 25 de la LNPA, para demandar al Estado nacional<sup>34</sup>.

Si bien pocos optan por el amparo por mora a fin de obtener una decisión de la Administración que les brinde los elementos necesarios para luego reclamar el derecho sustancial en la justicia, dicho instituto es muy útil para el caso de actividad reglada de la Administración. En efecto, la promoción de un amparo por mora resulta eficaz para alcanzar la emisión por parte de la Administración de un acto reglado, en la medida que no dependerá de la discrecionalidad del agente estatal, ámbito propicio para la arbitrariedad. Este deberá dictarlo en el plazo que le fije el juez y no podrá incidir en su contenido, bajo pena de nulidad manifiesta<sup>35</sup>.

En cualquier caso, el ciudadano podrá recurrir a la acción judicial de amparo por mora para revertir la pasividad administrativa y lograr que se respete el derecho republicano a obtener una decisión fundada.

<sup>34</sup> EZEQUIEL CASSAGNE, “El amparo por mora de la Administración”, LL, 8/9/2010.

<sup>35</sup> EZEQUIEL CASSAGNE, “El amparo por mora de la Administración”, LL, 8/9/2010.

*1ª Edición: Diciembre de 2013*

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

## **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina