

UNA MIRADA DESDE LA JUSTICIA: EL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

PILAR SUÁREZ ABALOS DE LÓPEZ¹

Sumario: 1. La materia del control. 2. El silencio. 3. El Amparo por Mora de la Administración. 3.1. La base normativa. 3.1.1. El orden nacional. 3.1.1.1. ¿Existe la obligación de expedirse? 3.1.2. El orden provincial. 3.1.2.1. La Constitución y la ley. 3.1.2.2. La jurisprudencia. 3.1.2.3. Los alcances dados por la jurisprudencia a la institución del amparo por mora. a) Legitimación. b) Un deber concreto a cumplir en tiempo determinado. c) No se comprenden otras obligaciones de la Administración. d) Que la omisión afecte un derecho subjetivo o interés legítimo de naturaleza administrativa. e) El plazo debe estar determinado legalmente. 4. Colofón

Parece superfluo comenzar a andar este camino señalando que nuestro sistema republicano de gobierno se organiza sobre dos pivotes: federalismo y división de poderes, y que en especial este último lleva como objetivo la protección de la libertad.

Como lo afirma Masnatta², en el constitucionalismo norteamericano y sus vertientes, la función judicial se ejerce por uno de los Poderes del Estado, el Judicial, como poder político institucional. Esto resulta esencialmente de su competencia exclusiva respecto al control de constitucionalidad y de la prerrogativa de ser el intérprete final de la Cons-

¹ Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Católica de Córdoba.

² MASNATTA, Héctor. "Magistratura y Política", LA LEY 1997-B, 1088.

titución así como gozar de la atribución de dirimir los conflictos de otros poderes. Si bien la Convención Constituyente de Filadelfia no definió el rol de la judicatura (Jay, uno de los autores de "El Federalista", renunció a la Corte Suprema por entender que el tribunal carecía de la bolsa y la espada) a partir del caso *Marbury vs. Madison* (1803) el Poder Judicial se tipificó como Poder del Estado, controlando los otros Poderes con referencia a la Constitución.

Nuestro constitucionalismo incorporó esos principios a la Carta de 1853 y se mantienen en la actual. El Poder Judicial integra el gobierno federal (arts. 5 y 108) con independencia (art. 110) y la misión de rever los actos de otros órganos del gobierno cuando pugnen con la Carta Fundamental (art. 116).

Como recuerda este autor, el Poder Judicial tiene la llave del edificio político: el control de constitucionalidad y la represión de los desbordes institucionales. Así se cumple el objetivo de afianzar la justicia que indica el Preámbulo. Es más: los jueces de la Corte Suprema, interpretando en última instancia, hacen aplicable el conocido brocardico: la Constitución es lo que los jueces quieren que sea.

Acertadamente nos recuerda Bielsa³ que si la jurisdicción es puesta en manos de jueces para asegurar con su calificación la eficacia del ordenamiento jurídico, entonces en la eficiencia con que sea cumplida esta misión es donde brilla con nitidez la legitimación de su autoridad.

Y es verdad que la necesidad de una justicia altamente especializada desde el punto de vista técnico se funda en una razón de orden práctico; cuando las organizaciones especializan sus tareas, han dividido previamente el trabajo para aumentar su productividad.

Su conclusión es que no son, entonces, las cualidades personales y profesionales del juez, ni el consenso que sea capaz de concitar a su alrededor lo que valida su labor, sino la efectividad con que determine una verdad controvertida durante un litigio, la efectividad con que restablezca la correspondencia entre una exigibilidad de un lado y una obligación del otro.

Ya a principios del siglo pasado, nuestra Corte Suprema de Justicia, enfatizaba: "El juez tiene la misión de hacer respetar la Constitución por

³ BIELSA, Rafael. "La independencia de los jueces y el funcionamiento de los Tribunales". LA LEY 1992-D 929.

encima y a pesar del legislador y del administrador, pues las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos"⁴.

El norte de la tarea del juez es, pues, la seguridad del hombre frente a sus semejantes, y aun, frente al Estado y sus desviaciones. Para ello tiene un tercio del poder, para crear el "sitio" en el cual el individuo dirima sus conflictos, sometiéndose, aceptando ser sustituido por un tercero imparcial.

Nuestra Constitución Provincial, en su art. 178 consagra: "El Estado, los Municipios y demás personas jurídicas públicas pueden ser demandadas ante los tribunales ordinarios sin necesidad de formalidad ni autorización previa de la Legislatura y sin que en juicio deban gozar de privilegio alguno...".

Encontramos así el impulso esencial que justifica -y nos permite exponer- la puesta en acto del control judicial sobre la actividad que los órganos del poder producen, fundamentalmente, en ejercicio de función administrativa. O, para, en lo que aquí interesa, explicitar el camino que lleva la censura judicial a la morosidad en el ejercicio funcional de quienes resultan responsables de la toma de decisiones y sin embargo no las producen.

1. La materia del control

El art. 178 de nuestra Constitución Provincial, ya citado, en su segundo párrafo, consagra: "...La actuación del Estado, los Municipios y demás personas jurídicas públicas en el ejercicio de función administrativa, quedan sometidos al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa".

El Código de la Materia Contencioso Administrativa de Córdoba, Ley 7182 (C.M.C.A.), determina que corresponde la jurisdicción de tal naturaleza a las causas que se promuevan por parte legítima, impugnando

⁴ Fallos: 137:254. Salazar del Campo, 1922.

los actos administrativos de los poderes, entidades y órganos que allí expresamente se establecen, siempre que concurren determinados requisitos, entre ellos, que el acto cause estado por haberse agotado a su respecto las instancias administrativas (art. 1 inc. a).

Previamente, la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia (L.P.A.), establece que son impugnables mediante los recursos allí previstos, los actos administrativos definitivos que lesionen derechos subjetivos o intereses legítimos, y que considerasen los impugnantes que han sido dictados con vicios que los invalidan. "La interposición de estos recursos... será siempre necesaria a los fines de agotarla vía administrativa..." (art. 77 Ley 5350, t. o. Ley 6658).

En consecuencia, el acceso a la justicia por la vía contencioso administrativa, presupone la existencia del acto administrativo definitivo -en la Provincia de Córdoba ello es excluyente- al que en general, se lo conceptúa como aquél que resuelve sobre el fondo de una cuestión, con producción de efectos jurídicos inmediatos y directos, presuntamente lesivo de derechos o intereses legalmente protegidos.

Debe existir una previa manifestación volitiva de la Administración, que se reputa dañosa de un derecho del administrado, la que ha de ser revisada judicialmente, hallándose el control judicial delimitado no tanto por el acto, como por las pretensiones de aquél.

En el orden nacional, para la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (L.N.P.A.), art. 23 inc. a) es revisible el acto de alcance particular, cuando éste es definitivo, o cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto (art. 23 ib.. inc. b). (Los restantes incisos contemplan otras hipótesis).

2. El silencio

Pero es del caso señalar que la Administración no siempre causa agravios con comportamientos positivos. Con frecuencia, sencillamente, no hace ni resuelve nada; sólo nos estrella contra su inactividad, que opera como valla al acceso de los órganos jurisdiccionales. Así nació como producto de una necesidad, la técnica del silencio administrativo.

La doctrina española adjudica a la legislación francesa el origen de esta técnica, en estrecha vinculación con el contencioso administrativo. Si

se produce tal "silencio", ello tendrá los efectos que determinan los arts. 10° de la L.N.P.A. (salvo el caso de recursos), y 70 de la L.P.A. de la Provincia, que ante la falta de pronunciamiento, exigen al administrado requerir el mismo a través del "pronto despacho", aguardando los plazos allí prescriptos.

Como ya lo he tratado en trabajo de mi autoría⁵, la técnica del silencio administrativo nace como respuesta a la inactividad de la Administración ante la necesidad de la existencia de un acto para poder acceder a los órganos judiciales, atento al carácter revisor de la actuación de éstos últimos.

Esta figura no permite sortear las lamentables consecuencias de la falta de actividad administrativa, pero ha de reconocerse que su instrumentación, ineludible, favorece al administrado en tanto se le adjudique un sentido desestimatorio y sirva para el acceso a la jurisdicción judicial.

Guillermo Muñoz⁶ insiste en las consecuencias negativas de la inactividad administrativa puesto que ella pone al afectado en la necesidad de "cuestionar la fantasmagórica figura de un acto que no existe; de imaginar hipotéticos fundamentos denegatorios que nunca fueron expresados... Es que cuando la razón se dispara en una espiral que se inicia y concluye en ella misma suele producir tan extraños resultados, tan sorprendentes consecuencias...".

En el trabajo de mi pertenencia que he citado, efectuaba un análisis de la situación en otros países, llegando a la conclusión que: "... Evidentemente, se trata de una situación real, generalizada, que los argentinos no monopolizamos. Hecho que más que asistarnos a manera de piadoso consuelo, nos alcanza desalentadoramente, perplejiza al simple administrado y obliga a órganos legislativos y judiciales a redoblar esfuerzos.

En tanto, el órgano del poder cuya actividad expresa debiera ser la regla, contempla confortablemente cómo su silencio -que nunca puede ser otra cosa, y que jamás nos permitirá conocer causas, atento a la imposible explicitación de lo inexistente- gracias a la inevitable consagración legislativa de la nada, se transforma mágicamente en acto administrativo.

⁵ "El silencio Administrativo". Semanario Jurídico. Comercio y Justicia de Córdoba, N° 1216, 12/11/98.

⁶ "Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Ed. Astrea, 1982, p. 112 y ss.

Y la necesidad de emplear magia para simular el ejercicio del poder-deber por parte de uno de los órganos del Estado, deja al desnudo una forma de violencia ejercida por la administración, que desvirtúa su propia razón de ser. En efecto, no se "sirve a", negando actividad material y/o formal, y provocando consecuentemente la necesidad del empleo de técnicas aliviadoras del rueda de su propia inconducta. Técnicas que en ciertos casos -como el del silencio positivo - generan peligros tales como el descontrol de trascendentes actividades particulares, que al decir de Santamaría Pastor, requieren ineludiblemente del "acto catártico y sacramental de la autorización administrativa".

3. El Amparo por Mora de la Administración

Pero esta técnica del silencio negativo no es lo único a lo que puede recurrir el administrado especialmente cuando se requiere una decisión administrativa expresa, caso en que podrá también pedir a un juez que ordene a la Administración se expida en un procedimiento dado, con independencia del contenido del resolutorio, atento que el magistrado no se pronuncia sobre la pretensión del administrado.

3.1. La base normativa

3.1.1. El orden nacional

Ello es así en el orden nacional, de conformidad al art. 28 de la Ley 19.549 (L.N.P.A.), que regula al llamado "Amparo por Mora de la Administración".

Según dicho dispositivo, "El que fuere parte en un procedimiento 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 lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado...". El resto del artículo es de carácter procedimental.

Al analizar este dispositivo, y a los fines de establecer la procedencia del amparo, Horacio D. Creo Bay⁷ se interroga acerca de:

a) ¿Cuál es la conducta lesiva?

Sin dudar se responde que es siempre aquella de carácter omisivo, nunca la de carácter positivo, ya que cuando la Administración resuelve, aún arbitrariamente, está, precisamente, emitiendo un acto, el que habrá de atacarse por otra vía.

b) ¿Cuándo se configura la mora?

La respuesta es que el mero transcurso del plazo sin el cumplimiento de la obligación configura la mora, habilitando para acudir al juez en solicitud del pronto despacho.

Cuando no existe plazo legal habrá que estar a las circunstancias del caso, como en toda cuestión en que juega la razonabilidad, debiendo tenerse en cuenta como pautas máximas los plazos del art. 10 de la L. N. P.A. para configurar el silencio de la Administración.

c) ¿Qué actos debe omitir la Administración?

La ley nacional es clara: ha de tratarse de resoluciones de fondo, de mero trámite o dictámenes. Se trata de todo tipo de actos administrativos y actos de la administración.

El actor juzga que la ley excluye a los reglamentos (en petición por vía directa), fiando en cambio un rico campo de aplicación del art. 28 LNPA a la actuación para ejecución de contratos administrativos, en los que el derecho a una decisión fundada integra el proceso adjetivo, acorde con la doctrina citada⁸, y en contra de varios fallos de la Corte⁹.

⁷ "Amparo por mora de la Administración Pública". Ed. Astrea, Bs.As. 1989, p. 40 y ss.

⁸ FIORINI, Bartolomé A., Derecho Administrativo, T. 1, p. 603; BARRA, Rodolfo C., Contrato de Obra Pública, T.3, p. 987.

⁹ CSJN. Fallos. 291:453; 307: 562, entre otros.

d) ¿Conducta lesiva de quiénes?

La norma hace referencia a la autoridad administrativa que debió emitir el acto de que se trate. Involucra al Poder Ejecutivo, cualquier autoridad de la administración central o descentralizada (autárquica o burocrática) y de empresas públicas.

También a las Sociedades del Estado y a las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria ya que aún en ellas, la cuestión procesal queda, para este autor, en el ámbito del Derecho Público. En cuanto a las últimas citadas, recuerda el fallo de la Corte en este sentido¹⁰.

Excluye las personas públicas no estatales, tales como colegios profesionales u obras por considerar que no integran la Administración.

3.1.1.1. ¿Existe la obligación de expedirse?

Alguna doctrina y Jurisprudencia

Roberto Enrique Luqui¹¹ se plantea este interrogante y razona que aunque la cuestión no suscite conflictos, atento que la decisión judicial en el Amparo por Mora carece de efectos de importancia, es posible efectuar algunas consideraciones, que podrían llevar al cuestionamiento de la constitucionalidad de este amparo.

Ello porque, ante demoras injustificadas, el administrado tiene el silencio administrativo para defender su derecho. La facultad de guardar silencio, es, también, un derecho de todo sujeto, que, destaca, le es negado a la Administración. El que guarda silencio, soportará los efectos que la ley adjudique a esa actitud, pero no debería estar obligado a decir algo cuando no quiere.

No obstante reconocer este autor que en un régimen republicano los funcionarios deben ejercer su competencia, asevera que la Administración no puede estar obligada a contestar todo, aún cuando se pida un desatino o se coloque al Estado en una situación de desventaja frente a un posible juicio.

¹⁰ CSJN. 12/5/88. L. 198.XXI, "La Buenos Aires Cía Argentina de Seguros SA c/Petroquímica Bahía Blanca, S.A."

¹¹ "Revisión judicial de la actividad administrativa", Ed. Astrea, Bs. As., 2005, p. 211 y ss.

Aún cuando algunos argumenten que la Administración siempre debe responder, ante peticiones incluso absurdas, rechazándolas, precisamente, por su absurdidad, recuerda que las demandas que contienen una proposición improponible, se pueden desestimar in limine (art. 337 CPCNN), sin otro fundamento que la manifestación del juzgador. Lo mismo ocurre en las acciones de amparo común. Por tanto, ¿por qué conferir tanto rigor al deber jurídico de la Administración de contestar las peticiones?

Argumenta que aún cuando el derecho de peticionar a las autoridades tiene como contrapartida el deber de esas autoridades de responder, ocurre que responder no es resolver. Lo último implica analizar el planteo y emitir un pronunciamiento fundado. Responder es contestar lo que se considera corresponde. Por ejemplo, un rechazo por improcedencia. Siempre, razona, debe existir una petición que se sustente en un interés del administrado protegido por el derecho.

En definitivas refiere que la jurisprudencia mayoritaria del fuero ha establecido que se trata de una facultad del particular y no de un derecho de la Administración, con un criterio amplio que confiere a los administrados la mayor posibilidad de protección de sus derechos, lo que no constituye una interpretación lógica. Ello porque existiendo medios de impugnación que resguardan verdaderamente los derechos o intereses de los administrados, carece de sentido, según este autor, que se emplee otro limitado sólo a instar la actividad de la Administración, cualquiera sea lo que ésta resuelva.

La postura de Luqui coincide con la doctrina judicial del Fallo "Dinet"¹², de la que emana, como recuerda Creo Bay, que la Administración tiene libertad para optar por el camino de los arts. 10 o 31 de la Ley 19.549 (el silencio de la Administración), medie o no pedido de pronto despacho por el interesado.

También destaca el último autor citado, la reversión de esta tendencia en el caso "Goldberg"¹³, en el que se afirmara que la Administración está obligada a decidir expresamente, siendo la opción para el Adminis-

¹² "Dinet, José L. C/Gobierno Nacional", CNFed., Sala 1 Cont. Adm., 17/12/74, I.L., 1975-13-423.

¹³ "Goldberg, Marta B. C/Universidad de Buenos Aires", CNFed., Sala 11 Cont. Adm., 5/4/77, I.D., 74-222.

trado: negativa tácita, al pedir pronto despacho, o amparo por mora para obligarla a expedirse- y el retorno al caso "Dinet", en el caso "Bacigalupo"¹⁴. En este fallo, la Cámara revocando el fallo de primera instancia que había hecho lugar al amparo, lo rechazó, entendiendo que por vía del silencio correspondía tener por expedida a la Administración en sentido negativo a la reconsideración articulada, lo que privaba de actualidad a la pretensión, no correspondiendo, por tanto, orden judicial de pronto despacho.

En idéntico sentido al del caso "Goldberg", en el reciente caso "Seidel"¹⁵ se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal, al revocar un fallo del juez de primera instancia, quién había fallado en el sentido que "... a partir de la ley 25.344 y los nuevos efectos del pedido de pronto despacho establecidos en la reforma del art. 31 L.N.P.A., la configuración del silencio de la administración y la acción de amparo por mora resultan vías excluyentes...; ...vencido el plazo del art. 25 ib., a partir de la configuración del silencio, constituiría una cosa juzgada administrativa la denegatoria tácita derivada del silencio...".

Señaló la Cámara que no puede sostenerse que la presentación del pronto despacho inhiba la procedencia de una posterior acción de amparo por mora contemplada en el art. 28 LN.PA, ya que siempre subsiste para la Administración la obligación de expedirse sobre las cuestiones planteadas (art. 1 Ley 19.549), esencia del sistema republicano de gobierno.

Finalmente, siguiendo con el análisis de Luqui que venimos efectuando, éste cuestiona que sea mayoritariamente entendido por la doctrina y la jurisprudencia que al establecer el art. 1 inc. a) de la LNPA la celeridad como pauta del procedimiento administrativo y el inc. f ap. 3, el derecho del administrado a una decisión fundada, la Administración siempre está obligada a expedirse.

Tal enunciado de celeridad en el procedimiento administrativo, constituye una pauta programática bastante indefinida, a su criterio, porque celeridad es sinónimo de prontitud, rapidez, velocidad y con frecuencia

¹⁴ "Bacigalupo Saez, Laura c/Gobierno Nacional", CNFed., Sala 11 Cont. Adm., 27/12/85, LL, 1986-C-404.

¹⁵ "Seidel, Germán y otros v/Estado Nacional", C.N.Fed., Sala 11, 30/05/06.

las cosas hechas rápidamente salen mal. Además, si no existe una pauta de lo que se estima como celeridad ideal, dice, mal puede aducirse que un trámite es lento.

"El art. 1, inc. a de la LNPA no se puede tomar como sustento jurídico del amparo por mora sino como una regla programática para que la Administración no demore los trámites más de lo necesario, para que los expedientes no permanezcan dormidos en los escritorios de los funcionarios o para evitar que éstos los retengan con fines censurables".

3.1.2. El orden provincial

3.1.2.1. La Constitución y la ley

En Córdoba, la institución tiene jerarquía constitucional. En efecto, el art. 52 de la Constitución Provincial establece que "Para el caso de que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, puede librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca".

La Ley Provincial N° 8508 (B.O. 17111/95) regula la institución.

En su art. 1° determina: "Toda persona tiene derecho a interponer Acción de Amparo por Mora de la Administración contra Funcionarios, Reparticiones o Entes Públicos Administrativos que no hubieran cumplido debidamente dentro de un plazo determinado un deber concreto impuesto por la Constitución, una ley u otra norma, siempre que la omisión afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo".

A su turno, el art. 2° de la ley establece: "Son funcionarios, reparticiones o entes públicos administrativos a los fines de la presente ley, los del Estado Provincial, cualquiera fuere el poder, y de los municipios comunas, centralizados o descentralizados, y cualquier otro órgano o persona de derecho público estatal o no estatal, dotado de potestad pública, en todos los casos en que actúen en ejercicio de la función admi-

nistrativa". En síntesis, en Córdoba se halla legitimada activamente cualquier persona que viere afectado un derecho subjetivo o un interés legítimo por la inactividad de los entes Públicos que la ley cita, que omitan cumplir con un deber concreto, dentro de un plazo determinado normativamente (arts. 1 y 2).

Conocen de la acción los tribunales con competencia contencioso administrativa (art. 4°), los que deberán pronunciarse sobre la admisibilidad, rechazándola si fuere manifiestamente inadmisibile (art. 6). Dictando sentencia, en caso de admitir la acción, dentro de las 48 hs. de vencidos los términos que la ley expresa. Si se admite el amparo, la sentencia "contendrá el mandamiento de cumplir el deber dentro de un término prudencial... "..."En caso de desobediencia al mandato de pronto despacho que contuviera la sentencia, el tribunal girará los antecedentes al órgano judicial competente en materia penal" (art. 10).

La resolución es irrecurrible, salvo por los recursos extraordinarios previstos en la ley 7182 (art. 11) siendo de aplicación supletoria la Ley de Amparo, el C.M.C.A. y el C.P.C.C., en ese orden.

Una de las diferencias que surge, de inmediato, entre ambas legislaciones -nacional y provincial- radica en el tipo de actividad omitida determinante de la procedencia del amparo.

3.1.2.2. *La jurisprudencia*

En nuestra provincia, el amparo por mora abrió una nueva perspectiva del control de la observancia de los plazos del procedimiento por parte de la Administración Pública.

Hasta la consagración constitucional del instituto del amparo por mora, creándose este remedio legal para obligar a la Administración a resolver en forma expresa las peticiones y recursos de los administrados, la única posibilidad de peticionantes y recurrentes residía en la provocación de la denegatoria presunta a través del procedimiento establecido por el art. 70 de la ley de trámite.

Recién en el año 1995, la Ley 8508 (B.O. 17/11/95), vino a reglamentar dicho amparo, por lo que durante ocho años fue la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo la encargada de volver operativa la garantía, a través de una construcción que fue enmarcando el instituto, y otorgándole el perfil que incluso hoy subsiste, después de la entrada en

vigencia de la Ley 8508, jurisprudencia que asimismo sirvió de antecedente al legislador a la hora de la elaboración del proyecto legislativo.

Así, se señaló que mediante la incorporación del Instituto del Amparo por Mora en nuestra Constitución Provincial se había ampliado la protección del administrado frente a la demora de la Administración¹⁶.

Se destacó la existencia, a partir de allí, de los dos remedios con que contaba el administrado (denegación tácita mediante el trámite del art. 70 de la Ley 6658, t.o. por Ley 7204, y la acción de amparo prevista por el artículo 52 de la Constitución Provincial).

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ), dejó sentado que "es siempre deber insoslayable de la Administración resolver expresamente la petición de los interesados. El artículo 9 inciso 9 de la nueva Constitución Provincial garantiza el ... derecho a peticionar ante las autoridades y obtener respuesta... El artículo 8 de la Ley 6658 t.o. otorga expresamente al administrado el derecho a una decisión fundada. En el mismo sentido se inclina la doctrina nacional y extranjera..."

"...Téngase presente que se trata de una obligación de la Administración y no de una mera facultad. Esta última implica dejar en suspenso las garantías del interesado que decidiera esperar la resolución expresa.

Así como la Administración puede pronunciarse aún después de haberse producido el acto presunto, también el administrado, en ese estadio procedimental, puede pedir una resolución expresa por medio del amparo por mora en la medida que no haya interpuesto la pertinente acción judicial contra la denegatoria presunta, en forma previa al amparo.

En consecuencia, aún cuando el interesado haya instado y obtenido el acto denegatorio presunto, como sucede en el caso sub examine, lo mismo le asiste el derecho a acudir al amparo por mora, desde que resultan plenamente aplicables los principios enunciados precedentemente: obligación de la Administración de resolver expresamente y silencio administrativo sólo en favor del administrado.

Siendo voluntad del interesado obtener una resolución expresa con el propósito de conocer claramente los fundamentos de la Administración, a

¹⁶ "Carranza Vaca S.A. c/ Dirección Provincial de Hidráulica - Amparo por mora", Sent. N° 8, 18/09/87, cc.. Con doctrina de "Picchio, Tomás Orlando - Amparo por mora" Sent. N° 14/1987, entre otras, Cám. I° C.A.

fin de ejercer con mayor convicción sus derechos en defensa de su petición, no puede la Administración escudarse en el silencio, debiendo pronunciarse expresamente.

Nada impide al administrado el derecho a obtener una decisión fundada que resuelva expresamente lo por él peticionado, fuere su pretensión admisible o no, sustancial o formalmente¹⁷.

Como vemos, el Alto Cuerpo Provincial adoptaba los criterios opuestos a los sustentados por Luqui y a la doctrina de los casos “Dinet” y “Bacigalupo Saez”.

Asimismo, el TSJ expresó que el texto del art. 52 de la Constitución Provincial revela que el Constituyente provincial ha valorado como un bien jurídico tutelable con jerarquía constitucional, no sólo el derecho del administrado a peticionar y obtener respuesta (art. 19.9 Const. Pcial.) sino también el factor “tiempo”, que gravita en orden a la eficacia y eficiencia del obrar administrativo.

La celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites administrativos, que preceptúa el art. 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo Provincial, resultan formulaciones jurídicas que armonizan con los principios de reforma administrativa que consagra el artículo 174 de la Constitución Provincial cuando establece que “La Administración Pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad con eficacia, eficiencia..”, como así también con el art. 176 por el cual “La Administración Provincial y Municipal sujeta su actuación a la determinación oficiosa de la verdad, con celeridad, economía, sencillez en su trámite, determinación de plazos para expedirse y participación de quienes pueden verse afectados en sus intereses, mediante procedimiento público e informal para los administrados” y con el artículo 144 inciso 19 que otorga al Poder Ejecutivo la atribución de dirigir la reforma administrativa, con el propósito de hacer más eficiente y menos onerosa la Administración¹⁸.

Por tanto, no se tratan estas normas, para el TSJ, de reglas programáticas para que los expedientes no duerman en los escritorios públicos, sino de un verdadero sustento jurídico del amparo por mora.

¹⁷ Municipalidad de San Francisco. c/IPAM, Rec.Dir.”.Sent. N° 145, 06/10/00, entre otras, TSJ.

¹⁸ “La Serna, María Magdalena c/Municip. de Cba. Rec.Casación”, Sent. N° 170,08/11/01, entre otras.

3.1.2.3. *Los alcances dados por la jurisprudencia a la institución del amparo por mora*

a) Legitimación

Los Tribunales han entendido legitimados pasivamente al Estado Provincial, por mora de sus funcionarios y reparticiones, cualquiera sea el poder, administración descentralizada, municipios y comunas, y cualquier otra persona jurídica pública, estatal o no, dotadas de potestad pública, siempre que actúen en ejercicio de función administrativa. Así, entonces no se hallan legitimados los funcionarios en su persona, u órganos administrativos carentes de personalidad jurídica. Por tanto, se sigue al respecto lo preceptuado por el C.M.C.A. -Ley 7182-, en cuanto a quienes son parte en el proceso.

Así, resolvieron los tribunales que no estaba legitimada la persona del Defensor del Pueblo¹⁹; que no era posible dirigir la acción en contra de una institución médica privada, prestadora de servicios al I.P.A.M. (Instituto Provincial de Atención Médica), en aspectos en que la primera no tenía delegada potestad pública²⁰; o que, tratándose de mora de funcionarios de personas jurídicas descentralizadas, la demanda no procedía contra la Provincia de Córdoba, debiendo dirigirse, por caso, contra las Agencias Córdoba Turismo²¹ y Córdoba Deportes²².

En cuanto a la legitimación activa, el tema queda subsumido en los restantes puntos a tratar.

b) Un deber concreto a cumplir en tiempo determinado

Las Cámaras Contencioso Administrativas fijaron los alcances de la expresión del art. 52 de la Constitución Provincial, cuando éste establece la procedencia del amparo por mora “Para el caso de que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente

¹⁹ “Coppa, Sergio c/Defensor del Pueblo”, Sent. N° 66, 31/05/05.

²⁰ “Mansur, Sara Beatriz c/Hospital Privado Centro Médico de Córdoba S.A., DIMSA S.A. y otros; U.T.E. (U.G.P.S.) Azar- Sent N° 115, 22/10/02, Cám. 1ª. C.A.

²¹ “Bonino, Dellina c/ Provincia de Córdoba”, Sent. N° 69, 12/06/01, Cám 1ª C.A.

²² “Dunayevich, Roberto Tobias c/Pveia. de Córdoba”, Sent. N° 27, 25/03/02, Cám. 1ª. C.A.

público administrativo **un deber concreto a cumplir en un plazo determinado...**".

No existiendo deber concreto establecido legalmente, la mora no se produce. Por caso, fue rechazada una demanda al no surgir deber para el Departamento Ejecutivo Municipal de la ciudad de Córdoba de dictar acto expreso aprobatorio definitivo del pedido de localización de un complejo comercial ante otro acto expreso o caso de aprobación ficta por el Concejo Deliberante²³.

En otro orden, las Cámaras sentaron que "Al referir la norma a "un deber concreto a cumplir" parecería que tal "deber" no tiene límites, en el sentido que puede alcanzar a cualquier obligación que la Administración deba cumplir. Tales obligaciones podrían ser de la mas variada especie, como por ejemplo las de dar, de hacer o no hacer sistematizadas en los arts. 495 y ss. del Código Civil.

Esta interpretación, sin dudas, desnaturalizaría la concepción tradicional del amparo por mora, excediendo la protección específica del derecho constitucional a obtener resolución fundada referido ut supra para abarcar el amplio abanico de derechos que garantiza la Constitución a los habitantes de la Provincia. Atento ello, corresponde realizar una adecuada hermenéutica de la norma que permita dilucidar su alcance".

Así, se acudió al debate de la Asamblea Constituyente a fin de indagar la voluntad del legislador al aprobar la norma, observándose que en la sesión del 21/04/87, el Convencional Sr. Ramón M. Monte daba precisiones (Convención Constituyente, fs. 1614/1615), afirmando que existiendo disímiles interpretaciones doctrinarias respecto al alcance del término "acto lesivo", proponía la incorporación del "Mandamus" y del amparo por mora en nuestra Constitución

Luego de reseñar el "write of mandamus", propio del derecho angloamericano, el cual "trátase de una orden, dirigida a un agente administrativo, para que cumplimente un acto que legalmente debe realizar" y el "amparo por mora" que citando un fallo de la Corte de Justicia de Salta caracteriza como que "el silencio de la administración pública puede dar

²³ "Dinosaurio S.A. c/Municipalidad de Córdoba", Sent. N° 92, 11/09/02, Cám. 1a. C.A..

lugar al amparo de pronto despacho, ya que cualquier órgano de la administración ante el que se interponga una petición está obligado a expedirse, pues de otra manera se estaría violando el artículo 14 de la Constitución Nacional, al cercenarse el derecho a peticionar ante las autoridades", manifestaba que su bancada propiciaba una consagración específica de ambas instituciones.

Decía que "Existen, pues, dos subespecies de omisiones: a) la de ejecutar un acto y, b) la de pronunciar una decisión, frente a la petición efectuada por el particular o quien tenga legitimación activa. En el primer supuesto, la petición del particular no existe como condición previa para la obligación estatal de actuar. Esta existe ya sea por ley o por disposición administrativa. El incumplimiento de la misma, además de afectar derechos de los particulares, lesiona el orden público y deja a la comunidad ante la apreciación de que los actos de poder sólo obligan a un sector o porción del país y el otro, quien lo detenta, puede abstraerse de ello, lo cual, además de conllevar una ideología autoritaria, no sólo afecta derechos personales, sino también valores como la seguridad jurídica y el orden, que por ser fundantes del Estado, deben ser decididamente protegidos".

"En el segundo supuesto, debe haber un pedido de particular (art. 11 de la Constitución Nacional) y en caso de que, cumplidos los plazos razonables y que la ley debe establecer, no se produzca su pronunciamiento, existe conculcación de un derecho individual, tal como lo ha consagrado el texto acordado en el art. 30".

Por tanto, se distinguía claramente el amparo genérico contemplado en el art. 48 y el Amparo por Mora previsto en el art. 52 de la Constitución Provincial. En el mismo sentido se pronuncia Néstor Sagües²⁴. Pero la distinción referida supra no queda circunscripta a la intención del Constituyente puesta de manifiesto en los debates de la Convención, sino que ha sido consagrada explícitamente en la norma constitucional al regular la finalidad y objeto del amparo por mora.

Así, expresaron las Cámaras C.A., que " Observamos de la lectura del art. 52 en su última parte que "El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del recla-

²⁴ "Acción de Amparo", con citas de Bidart Campos, p. 74/76.

mante, puede librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca”.

El mandamiento judicial de “pronto despacho” previsto en la norma constitucional, es una medida concreta y específica que se limita a la orden judicial dirigida al órgano administrativo para que dicte el acto que corresponda. “El juez -si existiera mora- emplazará a la Administración a dictarlo, aunque no pueda ordenarle en qué sentido debe hacerlo”, nos enseña Horacio Creo Bay.

El mismo autor precisa que la finalidad del amparo por mora no es subrogar a la autoridad administrativa por la judicial, haciendo que esta última provea por aquella, sino obligarla a resolver, pero sin indicarle cómo ni en que sentido. Por el contrario, la ley 16.986 impone al juez fijar la conducta a seguir por la Administración, estableciendo de esta manera el alcance que concretamente ha de tener su actividad...”

El Juez, por tanto no tiene ingerencia alguna respecto del sentido o contenido del deber concreto a cumplir por el órgano administrativo.

En definitiva, realizando una interpretación sistemática del texto constitucional, se concluyó que el término “un deber concreto a cumplir” contenido en el art. 52 de la C.P., debe ser interpretado como referido a la obligación de “resolver” que se corresponde con el derecho a “ser administrado” consagrado en el art. 19 inc. 9 de la Constitución Provincial²⁵.

En otro orden, atento que el juez solo ordena que se dicte el acto expreso, sin ingerencia en su contenido, no se comprende la razón de ser del art. 3° de la ley 8508, que bajo la denominación “Obstáculos”, consigna: “No será admisible la acción de amparo por mora de la administración cuando la intervención judicial comprometa directa o indirectamente la regularidad o continuidad de un servicio público o de actividades estatales esenciales”.

Si pensamos que en este proceso no existen cautelares, y que la Administración puede resolver en el sentido que entienda conveniente -ya que aquí no se juzga la legitimidad del acto emitido- ocurre que no existe la menor posibilidad que la intervención judicial pudiera compromete-

²⁵ “Duarte Rodolfo E. S/Acción Amparo por Mora” (DGR), Sent. N° 59, 25/09/96, Cám. 2a. C.A.

ter el funcionamiento de un servicio público. Obviamente, nunca se presentó caso concreto alguno.

Ello nos lleva a efectuar dos conclusiones: la primera es que la razón de ser de la inclusión de este dispositivo en la ley 8508 pudo deberse a su vez a dos causas: o el legislador, adoptó la misma disposición legal contenida en la ley 4915 de amparo genérico provincial -también presente en la ley nacional de amparo- sin mayor análisis, o lo hizo en forma “preventiva”, pues al momento de legislar no tenía claro el alcance de esta acción, o -fundamentalmente- el que le darían los jueces.

La segunda conclusión es que -a pesar que la ley 8508 se sanciona en el año 1995- los legisladores tampoco tuvieron presente la existencia de los “nuevos derechos y garantías”, tales como los del usuario y del consumidor, consagrados en la reforma constitucional nacional de 1994, art. 42, incluyendo una norma -nacida, como dije, en las leyes de amparo general de muchos años atrás- muy cuestionada por buena parte de la doctrina por constituir un claro ejemplo de desprotección del usuario. En cualquier caso el dispositivo no es feliz y, obviamente, está enervado.

c) No se comprenden otras obligaciones de la Administración

Continuaban las Cámaras precisando en las causas referenciadas en el punto anterior, que “... De allí que cualquier pretensión que exceda el concreto mandamiento de ‘pronto despacho’, como puede ser el cumplimiento de otras obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, incluso aquellas que devienen como consecuencia de la ejecución de una resolución ya adoptada, resultarán ajenas a esta acción de amparo específica. En tal caso, si se violan otros derechos constitucionales del administrado distintos al protegido por el amparo por mora y concurren los demás requisitos establecidos por la ley 4915, procede la acción de amparo ordinaria prevista en el art. 48 de la Constitución Provincial y en la ley citada...”^(25 bis).

Por lo tanto, se ha manifestado en todos los casos, que resultan ajenas a la acción de amparo por mora las pretensiones que procuren de cualquier modo indicar el sentido o alcance que deberá observar la actua-

^{25 bis} “Molina Herrera- Adonis Ramón S/Amparo (Fiscal de Estado), A.I. 107. 13/08/96; Cám. 2a. C.A. “CIAR S.A. c/ Provincia de Córdoba”, Sent. N° 100, 01/07/01, Cám. 1a. C.A., entre otros.

ción administrativa, así como también el cumplimiento de otras obligaciones, v.g., de dar, de hacer o de no hacer, y las que devienen como consecuencia de la ejecución de una resolución ya adoptada. Tales pretensiones exceden el estricto mandamiento judicial de "pronto despacho" que como único remedio constitucional prevé el art. 52 citado.

Las demás situaciones de mora en que incurra la Administración con relación al resto de sus obligaciones, en tanto puedan afectar otros derechos constitucionales, v.g. de propiedad, de trabajar, de comerciar, etc., se encuentran protegidos por la acción de Amparo común prevista en el art. 48 de la Constitución Provincial y la ley 4915, pero resultan ajenas a este amparo específico que es el Amparo por Mora. Esto, por cierto, tiene vinculación con el tema referido a la legitimación activa supra referida.

Los tribunales del fuero han rechazado acciones de Amparo por Mora en las que la pretensión de la actora era ser notificada de una actuación²⁶; o se pretendía la ejecución de una orden judicial²⁷; o se solicitaba la aplicación de una sanción a un funcionario²⁸; o se reclamaba el pago de una deuda²⁹; o el cumplimiento de obligaciones surgidas de una relación bilateral³⁰; o la ejecución de un acto otorgante de un subsidio³¹, o se reclamaba la apertura de una calle³²; o la designación en un cargo médico, docente, etc., en la Administración³³; o se pedía la apertura de negociaciones para concertar un convenio colectivo de trabajo para docentes estata-

²⁶ "Mollis, Ricardo c/Caja de Jubilaciones", Sent. N° 52, 18/06/02. Cám. 1a. C.A.

²⁷ "Rossomando, Pedro c/Municipalidad de Córdoba", Sent. N° 87, 03/10/03. Cám. 1ª C.A.

²⁸ "Sessa, Edgard Daniel c/Pvcia. Córdoba". Sent. N° 238, 28/12/00. Cám. 1a. C.A.

²⁹ "Castor Construcciones SRL c/Municipalidad de Córdoba", Sent. N° 237, 26/12/00. Cám. 1a. C.A.

³⁰ "Cooperativa de Obras, Servic. Públicos, Consumo y Vivienda Norcor Ltda. c/ Municip. Córdoba", Sent. N° 20, 20/03/02, Cám. 1a. C.A.

³¹ Cascio. Blas Enrique c/Pvcia. de Córdoba", Sent. N° 27, 12/05/03. Cám. 1a. C.A.

³² "Buzzetti de Allende, Norma Susana c/Municipalidad de Córdoba", Sent. N° 105, 14/10/03, Cám. 1a. C.A.

³³ "Bauducco Guillermo Enrique c/Pvcia. Córdoba", Sent. N° 08, 13/02/06, Cám. 1ª. C.A. "Andrada. Silvana María c/Pvcia Córdoba", Sent. N° 150, 18/09/01, Cám. 1a. C.A.

³⁴ "Pan, Norberto Daniel c/Pvcia. Córdoba", Sent. N° 50, 14/05/98, Cám. 1a. C.A.

les³⁴; o el pago de saldos resultantes de un contrato de suministro³⁵; o la falta de respuesta del Banco Provincia de Córdoba estaba referida a propuesta de pago para cancelación de un crédito en mora por parte de un deudor hipotecario³⁶; o se exigía entrega de documentación³⁷, etc.

El Tribunal Superior de Justicia ha expresado: "... Quien presenta un amparo por mora no pide ni debería hacerlo, que se le pague una suma de dinero como sucede en autos, sino sólo la emisión de la voluntad estatal expresa, que puede ser afirmativa, -haciendo lugar-, negativa -rechazando- o bien disponiendo la inadmisibilidad o cualquier otro tipo de manifestación. Allí termina su cometido.

En consecuencia, poco importa si lo reclamado es susceptible de apreciación pecuniaria ya que el objeto de este amparo no es analizar la correspondencia formal o sustancial de lo que en definitiva se discute, sino procurar la emisión formal de un acto expreso cuyo contenido podrá ser discutido mediante otros remedios: recursos administrativos, acciones contencioso-administrativas o civiles, o en su caso amparos genéricos, según correspondiere..."³⁸.

La improcedencia del pedido de pronto despacho judicial para el caso de obligaciones de dar o hacer resulta un corolario que fuera confirmado por el Tribunal Superior de Justicia en oportunidad de rechazar recursos de casación³⁹.

d) Que la omisión afecte un derecho subjetivo o interés legítimo de naturaleza administrativa.

Según el art. 52 de la Constitución Provincial, la omisión administrativa de cumplir el deber concreto en tiempo determinado, faculta a **toda persona afectada**, debiendo existir un **interés del reclamante**.

³⁵ "Frola. Juan Alberto c/Pvcia. Córdoba", Sent. N° 27, 16/03/00, Cám. 1a. C.A.

³⁶ "Saleme, Miguel Ángel c/ Banco Provincia de Córdoba", Sent. N° 132, 02/10/97, Cám. 1a. C.A.

³⁷ "Guiñazú, Sergio Leonardo c/EPEC". Sent. N° 105, 26/06/00.

³⁸ "Torre, Patricia s/Amparo por Mora. Rec. Casación", Sent. N° 141, 28/12/98, TSJ.

³⁹ "Porchietto de Castellano...", Sent. N° 129/98, TSJ; "Moyano de Meles, María Julia c/Provincia de Córdoba", Sent. N° 9, 11/03/04, TSJ.

¿Qué clase de afectación debe tener la persona y en qué ha de consistir su interés?

Al sentarse las diferencias con el amparo de la Ley N° 4915 la jurisprudencia ha expresado que: "...de su interpretación armónica con el amparo genérico -regulado en forma independiente en el art. 48 de nuestra Carta Magna- se evidencia su diferente finalidad, por cuanto en este último, a más de protegerse en forma amplia los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, la sentencia que se emita deberá determinar con precisión "la conducta a cumplir" con las especificaciones necesarias para su debida ejecución (Ley 4915, art. 12 inc. b). En igual sentido la Ley 8508, reglamentaria de este instituto, tras establecer para su procedencia la existencia de una situación objetiva de demora en cumplir el deber impuesto en un plazo determinado, **siempre que la omisión afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 1)** y que sea imputable a un funcionario, repartición o ente público administrativo que actúe "en ejercicio de la función administrativa" (art. 2), señala en relación a la sentencia que admita la acción, que deberá contener "el mandamiento de cumplir el deber dentro de un término prudencial" (art. 10). A su vez, de la terminología empleada, tanto en el art. 52 de nuestra Carta Magna cuanto en la Ley 8508 (arts. 1, 2, 5, 10), se evidencia que **el bien jurídico protegido es el "derecho a ser administrado", circunscripto a las taxativas situaciones jurídico subjetivas de carácter administrativo que señala - derecho subjetivo o interés legítimo -, ocurridas en las relaciones del administrado con la Administración en ejercicio de función administrativa"**.

Agregándose que la omisión está referida a una decisión definitiva expresa -última o no- frente a peticiones o recursos del administrado, además "... que esta acción facilitará la **defensa de los derechos** que los administrados estimen conculcados. Ello así, por cuanto la ficción legal del acto denegatorio presunto, a más de no constituir una respuesta adecuada al "derecho a ser administrado" que la norma constitucional reconoce, y estar instituida en su exclusivo beneficio, en ciertos supuestos puede dificultar su defensa y aún generar un desgaste jurisdiccional inútil. Lo antedicho, ya que de conocerse las razones concretas que motivaron la denegatoria, el actor se encontrará en condiciones de evaluar la

conveniencia o no de proseguir la vía recursiva y/o iniciar las acciones pertinentes"⁴⁰ (El resaltado me corresponde).

La ley 8508 en su art. 1° expresa que **toda persona** tiene derecho a interponer la acción, en las condiciones allí establecidas, "**siempre que la omisión afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo**". Tales situaciones deben afectarse por omisiones de la Administración en ejercicio de la función administrativa.

Así, las Cámaras del fuero rechazaron la acción en caso en que el actor poseía un interés simple en la buena marcha de la Administración⁴¹; o el propietario que alquilaba un inmueble a la Administración, denunciaba el retardo de aquella en dar respuesta a su propuesta para formalizar un nuevo contrato, ante la finalización del anterior"⁴².

Asimismo, lo hicieron ante un pedido de informe a la Administración por un administrado, relativo a si se había ejecutado en tiempo y forma un contrato de obra pública entre una Municipalidad y una empresa privada, y si se había recepcionado la obra⁴³.

Se rechazó una acción, por caso, ante el planteo de omisión de la Provincia en dar respuesta a un reclamo por daños en propiedad inmueble, provocados por roturas de caños de agua, responsabilidad de la Dirección Provincial de Agua y Saneamiento (Di.P.A.S.). Se entendió que, claramente, la situación jurídica subjetiva no era de naturaleza administrativa⁴⁴. A idéntica conclusión se arribó en caso en que el actor pretendía respuesta al reclamo que tenía como finalidad lograr que la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (E.P.E.C), asumiera su responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una colisión ocurrida entre el automovil del actor y uno de la empresa accionada⁴⁵.

⁴⁰ "Del Corro, Carlos /s Amparo por Mora", Sent. N° 09/97, TSJ. "Martínez Perraud. Jorge c/Caja de Jubilaciones", Sent. N° 28/97, TSJ.

⁴¹ "Tavitian, Dieran Esteban c/Municipalidad de Córdoba", Sent. N° 143, 11/11/03, Cám. Ia. C.A.

⁴² "Hurtado José Alfredo c/ Pvcia. Córdoba", Sent. N° 6, 13/02/98, Cám. Ia. C.A..

⁴³ "Hadlok, Manfredo Gualterio c/Municip, Villa Gral. Belgrano", Sent. N° 220/00, Cám. P.C.A.

⁴⁴ "Nespeca, Julio y otra c/ Pvcia. Córdoba", Sent. N° 12, 27/02/02. Cám. Ia. C.A.

⁴⁵ "Suárez, Raúl Roberto c/E.P.E.C.", Sent. N° 98/99, Cám. Ia. C.A.

La falta de respuesta de la Administración al efectuar un letrado un planteo de carácter personal por sentir agravio en su carácter de tal, ante una sanción impuesta a su representado en un sumario que se le instruía, fue rechazada por falta de situación jurídico subjetiva administrativa del abogado⁴⁶. Igual suerte corrió la solicitud de orden de pronto despacho con relación al pedido efectuado a la Administración por un docente para que se sancionara a un director de escuela por expresiones ofensivas en su contra⁴⁷.

Se consideró legitimado a un grupo de vecinos ante demora en resolver un reclamo con relación al impacto urbanístico a producirse por localización en un barrio residencial, de un emprendimiento de viviendas colectivas de gran escala, atento su interés legítimo evidente⁴⁸.

En otro caso, se encontró falta de legitimación activa de una cooperativa que no recibía respuesta expresa ante un reclamo para que el Intendente Municipal reglamentara una ordenanza -régimen del sistema de estacionamiento medido en la vía pública- que disponía el llamado a licitación para concesión de una zona. La expectativa que poseía la cooperativa ante el futuro llamado a licitación, no configuraba ninguna situación requerida por la ley para la procedencia de la acción⁴⁹.

La Cámara 1ª Contencioso Administrativa -por mayoría- rechazó la demanda en caso en que un empleado municipal que reclamaba una decisión respecto de su pedido de devolución de montos indebidamente descontados durante quince años en concepto de aportes al IPAM por esposa no había presentado en sede administrativa la documentación fundamental para demostrar su situación jurídico subjetiva: constancia de su divorcio vincular, lo que hiciera recién con posterioridad al inicio de la acción judicial de amparo por mora⁵⁰.

⁴⁶ "Luna, Héctor Hugo c/Pvcia.Cba.", Sent. N° 125, 31/10/03, Cám 1a. C.A.

⁴⁷ "Sessa, Edgard Daniel c/ Pvcia. de Córdoba", Sent. N° 238, 28/12/00, Cám. 1a. C.A.

⁴⁸ "Posse, Juan Carlos y otros c/ Municipalidad de Córdoba", Sent. N° 189, 27/10/04, Cám 1a. C.A.

⁴⁹ "Cooperativa de Trabajo Naranjitas Ltda. c/Municip. Córdoba", Sent. N° 2, 09/02/04. Cám.1a. C.A.

⁵⁰ "Ñáñez, Juan Anastasio c/Municipalidad de Córdoba", Sent. N° 146, 14/09/01, Cám. 1a. C. A.

Allí, en mi voto, expresaba: "... en el marco de la Ley N° 8508 no basta con petitionar ante una autoridad, exigiendo una respuesta expresa, si no se acredita mínimamente la posesión de una situación jurídico subjetiva como las que la ley exige para poner en marcha el instituto del amparo por mora. Siendo obvio que tal situación merecedora de protección, debe haber sido invocada y apoyada con los elementos demostrativos necesarios, previamente, en sede administrativa (...) Sin perjuicio del principio del informalismo o formalismo moderado que rige el trámite administrativo, la presentación ante la administración requerida, importa para el peticionante el deber de cumplimentar una serie de requisitos mínimos, tales como la petición en términos claros y precisos (art. 25 inc. e) Ord. 6904) y el "ofrecimiento de toda la prueba de que ha de valerse, acompañando la documentación en que funde su derecho, o en su defecto, su mención con la mayor individualización posible, designando el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales" (art. 25°, inc. f) de la ordenanza municipal citada)...

... si el administrado no incorpora los elementos que eventualmente acreditan su derecho subjetivo o interés legítimo, solo aparece ante la administración patentizando un simple interés, digno por cierto de obtener respuesta, pero que no constituye situación legitimante en el marco de la Ley 8508, cuyos términos son sumamente claros en este aspecto. Entender lo contrario implica dar al amparo por mora, un alcance que excede del espíritu y letra de la ley que lo regula y que constituye la reglamentación, en el caso, del derecho constitucional de petitionar a las autoridades...".

En otro fallo, sin embargo, se hizo lugar a la demanda, por mayoría, en caso en que herederos de un empleado municipal fallecido, solicitaban el pago de la indemnización por fallecimiento prevista estatutariamente, considerando, en mi voto en minoría, que los peticionantes habían efectuado el reclamo nueve meses antes de obtener la declaratoria de herederos que los habilitó legalmente para petitionar o reclamar la indemnización del caso, en función de una situación jurídico-subjetiva que los legitimó activamente, recién entonces, frente a la Administración⁵¹.

⁵¹ "Gallardo, Lidia Francisca y otros c/ Municipalidad de Río Segundo", Sent. N° 145, 13/09/01, Cám. 1a. C.A.

Finalmente, se hizo lugar a la demanda, por mayoría, de la que formé parte, en caso en que el actor había solicitado su jubilación ordinaria reducida ante la Caja Provincial, sin haber completado trámites que el ente previsional consideraba imprescindibles para resolver.

Ello porque no se advertía en el caso concreto la existencia de una reglamentación legal expresa, determinante de la variada documentación que debía acompañarse a la solicitud de jubilación, la que, incluso variaba en cada caso concreto (por ejemplo, aquí, certificación de aportes de la empleadora, correspondientes al 2% por tareas insalubres). La Administración, por tanto está obligada a hacer conocer al afiliado cuál es la documentación faltante esencial que dice acompañar. Sólo una vez efectuada tal comunicación fehaciente y no cumplimentado por aquél emplazamiento, puede entenderse que los plazos dejan de transcurrir para la administración requerida⁵².

Por tanto, en aquellos casos en que el trámite administrativo está claramente reglado, debiendo el actor conocerlo, se rechazó la demanda, entendiéndose que el plazo empieza a correr para la Administración a partir del momento en que está en condiciones de resolver. Aunque el hecho que no se lograra unanimidad en estos casos, es demostrativo de las dificultades del tema.

Entiendo que la postura que exige que aún en casos como los dos primeros referidos, la Administración debe resolver siempre, dictando, en tal caso, un acto desfavorable por falta de elementos suficientes, aparece exagerada e injustificada, pues exige dispendio de tiempo y recursos de variado tipo a la Administración, desvirtuando el instituto. Su objeto no es, seguramente, la producción de un farrago de actos que a nada conducen, con lo que la obligación de "dar respuesta", pasa a girar sobre sí misma, sin ningún sentido. Para nada es ése, tampoco, el fin último del control judicial.

En otro orden, la Cámara 1ª C.A., en casos en que los actores se hallan legitimados y transitan la vía recursiva, ha establecido, siguiendo la jurisprudencia del TSJ que la Administración debe resolver, aun cuando

⁵² "Sena, Susana c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Pvcia, de Cha.", Sent. N° 173, 05/10/04; "Guzmán, Silvina María Josefina c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Pvcia. de Cha.", Sent. N° 132/06.

los recursos fueren formalmente inadmisibles. Pero si trata de pedir una respuesta de la Administración planteando recursos de recursos, o interponiendo aquellos notoriamente improcedentes e inconducentes a efectos del agotamiento de la vía administrativa (por caso, una queja después de resuelto expresamente un recurso jerárquico) se ha dispuesto que las costas se soporten por el orden causado⁵³.

c) El plazo debe estar determinado legalmente

Como se dijo, el deber concreto a cumplir, debe serlo **en plazo determinado**, como surge de la disposición constitucional y del art. 1º de la Ley 8508. Tal determinación surgirá de la ley; debe emanar la existencia del **deber legal**, en términos del art. 52 de la Constitución Provincial.

Casos:

a) Así, se han rechazado numerosas demandas que resultan prematuras en casos que el administrado, habiendo efectuado reclamo administrativo, intentara la acción antes del vencimiento del plazo máximo para decidir en forma definitiva sobre el mismo (ciento veinte días, art. 67 inc. "j)" de la Ley 6658)⁵⁴.

b) En caso de municipios que carecen de normas de procedimiento administrativo -y por tanto de plazos expresos para emitir decisiones- los jueces han entendido que la solución debe surgir del orden jurídico en su integridad, partiendo de las disposiciones constitucionales.

La Constitución Provincial, en el Capítulo Quinto, Sección Cuarta: "Administración Pública Provincial y Municipal", art. 174 primer párrafo de la Constitución de la Provincia, establece: "La Administración Pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad con eficacia, eficiencia, economicidad y oportunidad...".

A su vez el art. 186 (Título Segundo, "Municipalidades y Comunas") que determina la competencia material de los gobiernos locales, preceptúa:

⁵³ "Muscarello, Antonio c/ Provincia de Córdoba", Sent. N° 192, 12/10/00. Cám. 1ª. C.A. "Martínez, José Luis c/Provincia de Córdoba", Sent. N° 14, 14/03/01, Cám. 1ª. C.A.

⁵⁴ "Paiva, René Carlos c/Pvcia de Córdoba", Sent. N° 73, 22/05/00, Cám. 1ª C.A.; "López, Ricardo Fabián c/Pvcia. de Córdoba", Sent. N° 88, 12/09/03, Cám. 1ª. C.A., entre otras; "Gola, Gustavo Omar y otros c/Agencia Córdoba Ambiente- Soc. del Estado", Sent. N° 99, 09/06/06.

“Son funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal: ... 9. Regular el procedimiento administrativo...”.

El art. 30 de la Ley 8102 establece que son atribuciones del Concejo Deliberante: “... 2) Regular el procedimiento administrativo...”.

No habiendo ejercido tal atribución el Concejo Deliberante, y atento a que la potestad de ordenamiento del trámite en su sede que tiene el municipio reside en la Constitución, el ejercicio de aquella atribución no es voluntario u optativo, conlleva fines de correcta organización de la administración a cargo del D.E., y de garantía al administrado referida a que los trámites se realicen con celeridad y eficacia. Por lo que la inexistencia de regulación municipal que fije el plazo a la accionada, no puede significar -desde la interpretación constitucional- que no exista plazo alguno a partir de cuyo vencimiento la accionada se constituya en mora.

La L.P.A. Provincial N° 6658 ha consagrado diversos plazos máximos para cumplir actos de procedimiento, fijados por el legislador provincial por entenderlos prudentes, por lo que siendo ellos aplicables en el orden provincial, resultan también razonables y asequibles para el dictado del acto municipal que produzca decisiones definitivas a solicitud de los administrados.

Además de ello, la necesaria concordancia de la disposición de la Ley 6658 referida -art.67- con lo dispuesto por el art. 7° de la Ley 7182, es indicativo de que son éstos los plazos para la preparación de la acción contencioso administrativa, lo que constituye referencia indudable de cuál es el plazo que una vez superado, implica una clara actitud morosa por parte de la Administración en general⁵⁵.

c) En situaciones producidas por pedidos de pronto despacho judicial ante demoras en la conclusión de sumarios administrativos, en sentencias no coincidentes, una de las Cámaras, ha entendido que tratándose de plazos ordenatorios -en el caso lo era- el mero vencimiento de los mismos no produce la mora, salvo planteo de caducidad no resuelto, quedando a salvo lo referido a la prescripción de la potestad sancionatoria⁵⁶.

⁵⁵ “Acosta de Martínez Carreras, Delia c/Municipalidad de Pilar”, Sent. N° 116/01. Cám 1ª C.A.

⁵⁶ “Aimar, Hurgo Henar c/Pvcia. de Córdoba”, Sent. N° 99, 06/10/03. Cám. 1ª. C.A. “Bietti Alberto Rodolfo c/Pvcia. de Córdoba”, Sent. N° 115, 24/10/03 Cám. 1ª. C.A.

Tal criterio fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia⁵⁷.

d) En otro orden, el Alto Cuerpo Provincial, al revocar una sentencia de Cámara, ha establecido que los plazos se vencen para la Administración, aún cuando el reclamo o recurso no fueran presentados ante la autoridad competente para resolverlos. Invocando el art. 176 de la Constitución Provincial, que establece el principio del informalismo o formalismo moderado y del artículo 9 de la Ley 6658, concordante con dicho precepto constitucional, cuando establece que “Se excusará la inobservancia por los administrados de exigencias formales no esenciales, que puedan ser cumplidas posteriormente”, el TSJ dejó sentada la morigeración del formalismo en la instancia recursiva en una serie de supuestos de excepción, interpretados en sentido estricto⁵⁸.

4. Colofón

Es mucho lo que resta para agotar el tema, por lo que no me anima esa pretensión. Atento las pautas fijadas para la elaboración del presente en orden a su extensión, que obliga a adecuar la densidad a un planteo que resulte proporcionado y cerrado en sí mismo, constituye este avance solo el primer paso para una puesta al día acerca del escenario silencioso -fundamentalmente en el orden local provocado a fuerza de omisión, de pasividad, de no hacer, de quiénes son puestos para todo lo contrario.

La realidad actual en Córdoba, que viene de varios años atrás, muestra un aumento de la morosidad administrativa y un creciente volumen de juicios de amparo por mora incoados ante las Cámaras competentes, generándose interminables costas que asumimos todos. Y distrayéndose los esfuerzos de los jueces que debieran estar direccionados a su tarea específica: el control de la actividad de la Administración. Ésta, en definitiva, es un producto, un hacer, un cumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, en lo formal; más allá del resultado, en lo material, del control judicial efectuado.

⁵⁷ “Aimar...”, Sent. N° 2, 10/02/05. “Bietti...”, Sent. N° 4, 17/02/05. TSJ.

⁵⁸ “Calligaris, Carlos Marcelo c/Provincia de Córdoba”, Sent. N° 23, 07/06/06, TSJ.

La experiencia de las Cámaras del fuero, indica que resulta satisfactorio el grado de acatamiento de la Administración ante la orden de pronto despacho judicial, siendo reducidos los casos en que se produce la aplicación del art. 10 de la ley 8508, que prevé el envío de los antecedentes al órgano competente en materia penal.

No obstante se producen en la práctica situaciones no queridas y, hasta ahora, inevitables. Por caso, la iniciación de juicios por actores que ya obtuvieron una respuesta expresa en algún tiempo, estando ampliamente vencido el término para iniciar la acción contencioso administrativa, por lo que si la Administración no lo advierte, poniéndolo en conocimiento del Tribunal, éste libra la orden de pronto despacho, para que se dicte un acto expreso a pesar de que en el caso ya existía un acto firme. Extremo de imposible conocimiento por los jueces, y a veces de difícil conocimiento por la misma Administración, quién por las características de su dinámica carece de la necesaria capacidad de reacción para investigar los antecedentes de cada caso en los tiempos exigidos por la ley para presentar su informe a la justicia.

Los plazos breves establecidos por la ley 8508 para que la Administración efectúe el informe en cuestión, se condicen con la naturaleza de la acción, pero resultan exigüos para una organización como lo es la administrativa. La Procuración del Tesoro no obtiene a tiempo los elementos que deben proporcionarle los distintos Ministerios, sobre todo en aquellas áreas como Educación o Salud, con numerosos organismos en su dependencia y estructura compleja y burocratizada. Por tanto, quién representa en juicio a la Administración, carece de posibilidad de brindar el informe y contestar la demanda con las pruebas que hagan a su derecho.

El juicio se pierde, y la accionada, además de pagar las costas, deberá dictar un nuevo acto en el plazo establecido por los tribunales, contra el cual probablemente se agotará la vía administrativa y se planteará ante las mismas Cámaras una acción contencioso administrativa, reviviendo una situación litigiosa cuya posibilidad había caducado oportunamente.

Estos efectos "colaterales" también son producidos por "mora", ya que podrían ser conjurados con una correcta organización administrativa que permitiera un adecuado autocontrol en tiempo y forma. Ello no ocurre así, y la mora administrativa se configura, claro está, respecto del administrado directamente afectado y protegido por la institución concreta, y respecto del resto de integrantes de la sociedad (acumulación de

costas, y en ocasiones, nuevos juicios contencioso administrativos con las consecuencias obvias; sin olvidar la acumulación de causas en los tribunales que genera esfuerzos y malgasta recursos).

El resolver en término y expresamente, es una deuda que la Administración tiene con quien ejerce el derecho de petionar a las autoridades sin obtener respuesta, pero también -y fundamentalmente- consigo misma, que es decir con todo el resto, con aquellos que nada petionaron, y a quiénes la incuria de los funcionarios perjudica masiva y colectivamente.

En definitiva, no intento aquí mostrar cómo se resuelve un problema, sino dejar planteada su existencia al desnudo; mostrar lo que considero -y lo reitero- como una forma de violencia ejercida por la Administración, que desvirtúa su propia razón de ser.

Por tanto, la selección de este tema, que trata de una institución que se dibuja andando el camino sólo pretende un esclarecimiento de la situación actual, con criterio práctico. Se trata de mostrar algo de lo hecho, en función de una realidad que quisiéramos superable.

Pero, como a la postre, la experiencia y la disciplina de nuestra tarea docente universitaria, nos recuerdan que, en definitiva, toda tarea que emprendemos desde cualquier lugar -por caso desde este Instituto de Derecho Público- tiene como destinatarios últimos a nuestros alumnos, resulta indefectible transmitir el necesario optimismo que les posibilite la confianza en las instituciones.

Por ello, quiero concluir este acotado trabajo, recordando una frase de Creó Bay⁵⁹ al futuro del amparo por mora: "... no somos tan ingenuos como para pensar que, porque existen soluciones legales adecuadas, la mora administrativa desaparecerá por completo. Sin embargo, ello es positivo como aspiración y hasta -si se quiere- como mito. Porque no es resignándose del todo a la realidad como corresponde reaccionar frente al problema. Lo difícil es encontrar la adecuada mezcla de mitos y aspiraciones o ideales, por una parte, y realidad estricta por la otra, con las normas en el medio...".

"... Nos gustaría decir que el amparo por mora -en el orden nacional o provincial- es una institución inútil, ya que los órganos administrativos

⁵⁹ Op.cit., p. 104/107.

cumplen siempre el deber de expedirse. Que, en realidad, ha quedado derogado por desuetudo y que, allí donde no existe, no resulta necesaria su instauración. Es ése, verdaderamente, el futuro que quisiéramos para el amparo por mora”.

De los jóvenes que hoy cursan nuestras aulas dependerá en mucho el destino de la institución, como de tantas otras. Pero incumbe a cada uno de nosotros -especialmente los docentes del área de Derecho Público- que además del conocimiento, de la información completa que ha de suministrárseles acerca de la realidad para prepararles para el ya próximo ejercicio profesional, les transmitamos la necesidad de la búsqueda del mito y del respeto a la norma.

Si lo entienden, si lo asimilan, el futuro del amparo por mora bien puede ser el que soñara Creo Bay.

HÁBEAS CORPUS Y LA CAUSA DE LA LIBERTAD

JORGE HORACIO GENTILE¹

Sumario: Derecho romano. Derecho aragonés (1428) y en el fuero de Vizcaya (1527). Carta Magna de 1215. Habeas Corpus Adendment Act (28 de mayo de 1679). Constitución Norteamericana. Constitución Reformada en 1949 y Derogada en 1956. Constitución Nacional. Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Convención de los Derechos del Niño. Ley 48. Código de Procedimiento Penal de la Nación (Ley 2372 de 1888). Ley 23.098. El hábeas corpus del Siglo XXI 1. Concepto. 2. Alcance. 3. Objeto. 4. Otros derechos protegidos. 5. Aborto. 6. Colectivo. 7. Características. 8. Diferencias entre el Hábeas Corpus y el Amparo. 9. Reglamentación. 10. Emergencias o estados de excepción. 11.1. Estado de sitio. 11.2. Estado de Guerra. 11.3. Ley Marcial.

La prehistoria y la historia legal del instituto del hábeas corpus, aunque más no sea en sus rasgos fundamentales, es importante tenerla en cuenta para valorar mejor su importancia, alcance y proyección ante los ultrajes a la libertad y analizar como puede utilizarse en la actualidad tanto en épocas y situaciones de normalidad como de excepcionalidad o emergencia.

Derecho romano

En Roma había un interdicto “de homine libero exhibendo” para interponer ante el pretor al que se le pedía: Exhibe al hombre libre que

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba. Fue Diputado de la Nación.