

María Pamela Tenreyro

técnicas de tutela
frente a la
inactividad
administrativa

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2012

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen LV

Tenreiro, Pamela

Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa. - 1a ed. -
Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de
Córdoba, 2012.

453 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-84-1

1. Derecho Administrativo. I. Título

CDD 342

Fecha de catalogación: 09/10/2012

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2010, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios
OLSEN A. GHIRARDI
LUIS MOISSET DE ESPANÉS

RESOLUCIÓN N° 22/2011

Córdoba, 21 de septiembre de 2011

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 20 de septiembre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes “*Dalmacio Vélez Sársfield*” Edición 2011.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron las tesis presentadas, tituladas “*Derecho de daños (Análisis de algunos problemas conceptuales)*” de la Dra. María del Carmen CERUTTI, aprobada por la Universidad Nacional de Córdoba; “*Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*” de la Dra. María Pamela TENREYRO, aprobada por la Universidad Nacional de Tucumán; y “*La extinción de las obligaciones de la quiebra*” de la Dra. Silvana Mabel GARCÍA, aprobada por la Universidad Nacional de Rosario.

Que las tesis sometidas a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valoran como de distinguida elaboración; en razón que se han presentado investigaciones doctorales de trascendental interés al derecho nacional, tanto en las cuestiones relacionadas al derecho administrativo, el derecho civil, la filosofía del derecho, el derecho comercial y comparado. Las tesis han desarrollado con profundidad y solvencia el estudio de la normativa del derecho argentino, utilizando una nutrida doctrina nacional e internacional con interpretaciones diversas, que

permite señalar la constatación de las hipótesis propuestas oportunamente, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por las tesis.

Que dicho premio brinda a su vez, una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de instituciones que no persegan fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

Art. 1º.- Adjudicar el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “*Dalmacio Vélez Sársfield*” Edición 2011 a las tesis doctorales “*Derecho de daños (Análisis de algunos problemas conceptuales)*” de la Dra. María del Carmen CERUTTI; “*Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*” de la Dra. María Pamela TENREYRO, y “*La extinción de las obligaciones de la quiebra*” de la Dra. Silvana Mabel GARCÍA.

Art. 2º.- Establecer que las publicaciones de las tesis premiadas se efectuarán en forma prorrateada en razón de la disponibilidad presupuestaria.

Art. 3º.- Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de las distinciones a los galardonados.

Art. 4º.- Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

Jorge de la Rúa
Académico Secretario

Juan Carlos Palmero
Académico Presidente

*A mis padres, marido e hijitos,
quienes siempre me dan luz*

ABREVIATURAS EMPLEADAS

ADLA	Anales de la Legislación Argentina
Art./arts.	Artículo/artículos
BON	Boletín Oficial de la Nación
BOT	Boletín Oficial de la Provincia de Tucumán
CC	Código Civil
Cap./caps.	Capítulo/capítulos
Cit./cits.	Citado/citados
CContAdmTuc.	Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán
CNCiv.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal
CNCiv y ComFed.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital Federal
CNContAdmFed.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal
Conf	Conforme
Confr.	Confrontar
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Alberto B. Bianchi, por comprometerse cuando aceptó dirigir mi tesis a transitar fructíferamente todas las etapas de elaboración de esta investigación científica hasta su concreción definitiva, por concederme el honor de su paciente dedicación, su tiempo, su guía, sus valiosas correcciones y prologar esta publicación.

A la Dra. Estela B. Sacristán que con afecto profesional me dio tantos buenos consejos basados en su ejercicio de la profesión y de su experiencia en el transcurrir de su actividad académica.

A los Dres. Mario Rejtman Farah, Roberto Sobre Casa y Ana María de la Vega Madueño, quienes integraron el jurado de evaluación del trabajo de tesis, defendida el día 15 de diciembre de 2009 en la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. La cual aprobaron y calificaron -por unanimidad- con 10 (diez) puntos, Sobresaliente, recomendando su publicación (art. 20 inc. d Reglamento General de Estudios de Posgrado de la UNT, Res. 1911/04).

A la Dra. Blanca A. Herrera de Villavicencio y al Dr. Osvaldo E. Siseles, integrantes de la comisión de supervisión de la tesis, por todos los comentarios que enriquecieron mi trabajo y porque supieron ver en mi persona algo más que una alumna disciplinada poniendo todo su empeño, para permitirme alcanzar mi máximo desarrollo profesional.

A la Dra. María Graciela Reiriz, que gracias a su generosidad y entrega incondicional vino a Tucumán a organizar y coordinar en la Universidad Nacional de Tucumán la carrera

del Doctorado en Derecho Público y Economía de Gobierno y me permitió ingresar como docente en la Cátedra de Derecho Administrativo “B” en esta casa de estudios y por señalarme el camino adecuado para transitar por el apasionado camino del Derecho Administrativo.

Al Dr. Raúl M. Díaz Ricci, director de mi beca de doctorado y del proyecto de investigación CIUNT, por sus inestimables enseñanzas y por haberme permitido participar junto con destacadísimos colegas en el proyecto de investigación “Articulación de las competencias medioambientales en la Nación y en las provincias del NOA”, cuyo texto hoy engrosa la biblioteca de nuestra Facultad de Derecho sirviendo de guía para estudiantes y profesionales de nuestro país y de países hermanos, como es el caso de la República del Paraguay donde el mismo ha sido expuesto.

A la Dra. Ana María De la Vega de Díaz Ricci, por todo el aliento para terminar mi tesis, y por su magnífico ejemplo académico y personal puesto de manifiesto en forma diaria y solidaria, lo que me ha inspirado para mejorar mi aptitud profesional como docente formadora de futuros profesionales.

A los demás colegas investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, Inés Hael, Estela Massa, Adriana Bestani de Saguir, María Marta Cerro, María Gabriela Corrales, Edgardo López Herrera, Claudia Sbdar, Adolfo Iriarte Yanicelli, Sergio Gandur, Fátima Alzabé de Torres, Luis Alonso Mendilarzu, María José Capdevilla, con quienes compartimos, bajo la valiosa supervisión de Raúl y la precisa coordinación de Ana María, un ámbito fructífero en el descubrimiento de nuevos horizontes en la investigación científica que, a no dudarlo, será de utilidad para las nuevas generaciones de abogados. También a los compañeros del proyecto de investigación en curso titulado “Instrumentos de la Política y de la gestión ambiental”.

A la Sra. Malena Peña, por su constante ayuda y disposición.

Al padre Julio Gómez Aranda, por sus bendiciones y oraciones.

A Juan Carlos Ghiringhelli y María Teresa Leiva de Ghiringhelli, debo sus enseñanzas de caminar esta vida con

optimismo y esperanza, agradeciéndoles el placer de compartir con ellos hace más de una década la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino.

A las profesoras María Graciela Dori de Fioretti y Emma Zamora de Rodríguez, que guiaron mi redacción, y a todos quienes colaboraron en la recolección de los datos bibliográficos; de modo particular, a Mercedes Chaile, Alejandra Berrizbeitia y Marta Lascano, de la Biblioteca del Poder Judicial de Tucumán, a Alicia García, de la biblioteca de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y a Francisco de Deu, de la biblioteca del Colegio de Abogados de Tucumán.

A la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que resolvió adjudicarme el “Premio tesis sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield”, edición 2011, mediante Res. 22/2011.

Finalmente, a toda mi querida familia, mis amigos, compañeros, profesores y alumnos.

PRÓLOGO

A lo largo de muchos años de estudio, la autora de esta obra ha analizado el régimen jurídico destinado a la defensa del administrado frente a uno de los males más frecuentes: la omisión de la Administración en resolver sus peticiones o reclamos.

Fruto de esos valiosos esfuerzos, Pamela Tenreyro publica ahora su Tesis Doctoral. Como director de la investigación he visto crecer este trabajo desde sus borradores preliminares y por ello le pido al lector que me permita explicar muy brevemente el enclave constitucional del fenómeno jurídico estudiado, pues ello permite comprender mejor el valor intrínseco de este libro, donde se analizan numerosos institutos procesales enraizados directamente en la Constitución.

Dentro de la enumeración de derechos formulada por el artículo 14 de la Constitución Nacional, figura el de “peticionar a las autoridades” tomado de la sección 5 del *Bill of Rights* inglés de 1689 y de la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos. Se trata, como todos sabemos, de un derecho fundamental para una democracia, nacido como fruto de las duras luchas entre el Parlamento y la Corona inglesa ceñida por los Estuardo en el turbulento siglo XVII, que culminaron en la llamada “Gloriosa Revolución de 1689”. De allí fue tomado por norteamericanos quienes lo volcaron en la Enmienda I y ésta, a su vez, fue la fuente inspiradora de nuestros constituyentes.

Este derecho, como todos los demás, no constituye tan sólo un enunciado teórico o programático, sino que está destinado a regir y ser aplicado en forma cotidiana e inmediata. Por ello, a partir del derecho de peticionar a las autoridades,

nace la obligación de éstas de resolver las peticiones que se les formulan. Sin esta obligación correlativa, el reconocimiento de este derecho carecería de sentido. Existe entonces una unión indisoluble entre el derecho de petionar a las autoridades por parte de los ciudadanos y habitantes y la obligación de éstas de responder a tales peticiones. Ello no significa, claro está, que siempre deban hacerlo en forma favorable a la petición. Deben hacerlo conforme a Derecho y, por ende, hacer lugar o rechazar lo pedido según corresponda. Pero lo que no pueden ni deben omitir es responder, decidir lo pedido, lo cual además, debe ser formulado en tiempo y forma. Se sigue de ello, como principio, que no responder debidamente a una petición, constituye una omisión lesiva del artículo 14 de la Constitución. Dicho en otros términos, el derecho de petionar comprende -implícitamente- el derecho a obtener una respuesta.

Ciertamente el derecho de petionar y su correlativa obligación de responder, pueden llevarse a cabo ante cualquier autoridad pública. Quiero decir con ello que no se dan exclusivamente ante tal o cual poder del Estado. El derecho reconocido en el artículo 14 abarca los tres poderes y por ello, tanto legisladores, como administradores, como jueces, están obligados a respetarlo. Sin perjuicio de ello, el campo más amplio para el desarrollo del derecho de petición es la Administración Pública. El Poder Ejecutivo y la organización administrativa que jerárquicamente se extiende a partir del Presidente, los gobernadores e intendentes, es el terreno en el cual típicamente ejercemos a diario ese derecho. En la Administración se encuentra el gobierno de las cosas cotidianas, de las cuestiones que nos llegan más directamente. En la Administración se encuentra la prestación o el control de los servicios públicos, la salud pública, la seguridad, la educación. La Administración se ocupa desde la concertación de las relaciones internacionales y la regulación del valor de la moneda, hasta la recolección diaria de la basura. Se concentra en ella todo lo que vaga e imprecisamente se conoce como “poder de policía” y por eso está llamada a funcionar sin interrupciones las veinticuatro horas del día y los trescientos

sesenta y cinco días del año. No en vano la Administración ocupa la porción principal del Presupuesto y posee la mayor cantidad de oficinas y empleados.

Todo ello indica que, cuantitativamente hablando, la mayor cantidad de nuestras peticiones estará dirigida a la Administración. Lo interesante del caso es que todas ellas, desde la simple presentación de una nota en la cual solicitamos información o formulamos un reclamo ante una oficina local, hasta la interposición de un recurso jerárquico ante la Presidencia de la República, están constitucionalmente amparadas por igual y engendran la obligación de responder. Esta obligación tiene dos fundamentos a mi criterio. El primero de ellos ya lo mencioné y es consustancial al derecho de petición. Si no hay obligación de responder, el derecho de petición es puramente ilusorio. El segundo es menos elevado constitucionalmente y puede sonar un poco prosaico, pero no es menos importante. A los funcionarios públicos les pagamos para que -entre otras tareas- nos contesten lo que les pedimos o preguntamos. En el mundo latino, a diferencia de lo que ocurre en el anglosajón, no estamos acostumbrados a ver la relación gobierno-ciudadanos como una relación contractual, sin embargo deberíamos incentivar el uso de esta perspectiva, pues ella evita en muchas ocasiones el autoritarismo que proviene de ver tal relación como una situación reglamentaria donde la autoridad, desde lo alto, rige discrecionalmente nuestras conductas y destinos.

Dicho en otros términos, las partidas presupuestarias que alimentan financieramente a la Administración, se nutren con nuestros impuestos. Somos los ciudadanos quienes pagamos para que haya funcionarios públicos y la Administración funcione. Por consiguiente podemos -y debemos- exigir que lo haga bien, pues ello es parte del cumplimiento de un contrato con prestaciones recíprocas. Se sigue de ello que cuando presentamos una nota -por simple que ésta sea- su respuesta no sea un favor o una gracia del funcionario, sino su más estricta obligación.

Mirado todo ello en la realidad argentina, la situación es francamente desconsoladora. El derecho de petición en nues-

tro país no se integra en una relación bilateral, ni se lo entiende necesariamente acompañado de la obligación de responder. Por el contrario, su ejercicio habitualmente se parece más bien a un soliloquio, donde la respuesta o decisión del funcionario -aun cuando esté sujeta a plazos y formalidades- en una gran mayoría de casos no se produce o bien no es la adecuada. Como será de común y repetido este fenómeno, que las leyes de procedimiento administrativo han creado el llamado "*silencio de la Administración*", es decir, han institucionalizado la "no respuesta de la Administración" dándole efectos jurídicos específicos. No caben dudas que el remedio que ofrece el instituto del silencio administrativo no es más que un paliativo que, lejos está de curar la inconstitucional omisión en responder, pues sirve tan sólo para liberar al administrado de soportar una espera interminable en la Administración y permitirle formular su reclamo en sede judicial. Por ello, el funcionario a quien se le formula una petición no puede ampararse en el silencio, ni darle a éste un contenido negativo, para dar por satisfecha su obligación constitucional bajo el artículo 14. Sin embargo, no obstante el carácter extraordinario que debería tener el silencio, éste se ha convertido en una herramienta de uso común. Tan seria es la situación que las más de la veces cuando presentamos una petición o recurso administrativo, no esperamos más que contar el plazo para la producción del "silencio" y luego seguir adelante con la vía judicial. Naturalmente que todo ello desnaturaliza por completo la función de la Administración, ante quien el trámite termina siendo un ritualismo inútil y molesto. Una pérdida de tiempo.

Por supuesto que hay quienes no se contentan con observar pacíficamente esta situación y someterse a ella en resignado silencio. Hay autores para quienes la rueda de auxilio del silencio administrativo no es suficiente pues entienden -con razón- que escudarse detrás de esta práctica implica no cumplir con el artículo 14 de la Constitución. Hay autores, insisto, que comprenden cabalmente la ecuación según la cual, al lado de cada derecho debe haber una garantía que lo asegure y el silencio lejos está de ser una garantía.

Aquí es donde cobra importancia la Tesis de Pamela Tenreyro que me honro en prologar, pues se trata de un trabajo valiente y exhaustivo, dedicado a analizar con seriedad la amplia gama de garantías existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pensadas y creadas con el objetivo de valer el derecho a obtener una respuesta expresa de la Administración frente a una petición concreta. Así, con esta obra, la autora se suma a la legión de juristas que no se conforman con el silencio como única solución y se preocupan por estudiar y fortalecer los medios procesales destinados a obligar a que la Administración se pronuncie en forma expresa.

Guiada por este propósito Pamela Tenreyro ha recorrido un largo sendero analítico cuyo hilo conductor son, por un lado, las diferentes manifestaciones bajo las cuales se presenta la inactividad administrativa y, por el otro, las numerosas técnicas que el ordenamiento jurídico pone a disposición del administrado para remediar la omisión de la Administración en resolver las peticiones que se le formulan. Entre estas últimas, la autora menciona la técnica cautelar, la técnica silencial, las técnicas reclamativas, tanto las que se ejercen en sede administrativa como judicial y finalmente, la técnica resarcitoria.

Esta enumeración, que no es más que un simple recorrido por los numerosos capítulos de la Tesis, pone de manifiesto que el ordenamiento jurídico argentino no está huérfano de soluciones frente al mal de la omisión en resolver. Como es frecuente entre nosotros, el problema no es la ausencia de soluciones teóricas. Por el contrario, la obra de Pamela Tenreyro constituye un excelente testimonio de su abundancia y desarrollo. Sólo falta -nada menos- que las pongamos en práctica y para ello un buen comienzo es descubrir la guía que esta obra ofrece. Aprovechemos entonces la generosidad intelectual con que ha sido escrita y utilicémosla como fuente de conocimientos para la defensa de nuestros derechos.

Alberto B. Bianchi
Julio de 2012

INTRODUCCIÓN GENERAL

1. Planteo del problema

La Administración Pública no puede mantenerse al margen de la realidad histórica, sino que asume ante ésta el compromiso de resolver los distintos temas acuciantes, como lo son las desigualdades sociales, la protección integral de las personas y sus derechos fundamentales, afrontar los peligros ambientales para armonizar un desarrollo sustentable, incluso, también, la regulación sobre las nuevas tecnologías y las distorsiones de los mercados, entre otras. Si bien no cuenta la Argentina con una formulación expresa que el Estado consagra como social ¹, se percibe, a través del proceso reformador iniciado en 1994, una evolución axiológica ², tanto en la Constitución Nacional ³ como en la Constitución de la Provincia de Tucumán ⁴ con la incorporación de los tratados internacionales ⁵, en las que se constata la promoción por las

¹ Como por ejemplo, el art. 1.1. de la Constitución española establece que "... *España se constituye en un Estado social...*".

² María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 314.

³ Incorporación de los "Nuevos derechos y garantías" en la primera parte, capítulo segundo, de la Constitución Nacional, también en los arts. 75 inc. 22 y 75 inc. 23 CN.

⁴ Art. 24 CT.

⁵ En especial, arts. 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 2º, apartado y art. 3º del Pacto Internacional de Derechos

autoridades públicas de medidas de actuaciones positivas para garantizar el pleno goce de los derechos a todos los individuos, que se traducen en prestaciones de dar o de hacer.

Esto, más allá de las discusiones ideológicas, que siempre estarán presentes y subyacerán en el tipo de gestión estatal que se adoptare, significa indagar sobre el rol o la medida de participación de la persona pública en el logro de las necesidades de la comunidad. Es preciso resaltar que la dignidad del ser humano constituye uno de los principios fundamentales del Derecho y la finalidad suprema de la Administración Pública⁶. Para ello es indispensable que ésta sea activa y no pasiva.

Hace ya unos años, Muñoz⁷ expresaba que resulta incongruente y contradictorio que una Administración que tiene a su cargo la conformación social y económica de la sociedad permanezca inactiva. Aquí se encuentra el problema del que parte la investigación realizada en la presente tesis.

El estudio emprendido fue motivado por la inquietud nacida tanto en el ejercicio profesional como en el académico acerca de que el mejoramiento institucional debe provenir de una mayor participación ciudadana. Por lo expuesto, se presenta a la inactividad administrativa como un fenómeno que merece ser debatido y estudiado integralmente, en relación a la misión que corresponde asumir a la Administración Pública en la promoción del bien común⁸, que se configura

Económicos, Sociales y Culturales; art. 2º apartados 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2º Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; arts. 2º y 3º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y art. 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶ Confr. Luciano PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, pág. 71.

⁷ Guillermo Andrés MUÑOZ, "Inmunidad del poder: Inactividad administrativa", *LL*, t. 1990-B, pág. 891.

⁸ Véase, carta encíclica de su Santidad JUAN XXIII, *Pacem in Terris*, 11 de abril de 1963, que establece en el parágrafo N° 65: "El bien común exige

cuando aquella no actúa cuando debió actuar, conforme un deber jurídico previo, concreto y posible. Pero, sobre todo, el trabajo comprende las maneras que el particular tiene a su alcance para exigir el cumplimiento de tal deber⁹ predeterminado por el ordenamiento jurídico.

La idea de someter el poder estatal a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle justificaciones de su comportamiento es consecuencia de la concepción del Estado como Estado de Derecho a partir de la Revolución Francesa, postulado que viene a ser revitalizado por el elemento social.

Casualmente, la esencia del Estado de Derecho contiene la significación que todo principio de Derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo¹⁰. Éste se desarrolla *secundum legem* y, a la vez, se expande en un Estado social de Derecho en la determinación de obliga-

también de los poderes públicos, en todo lo que corresponde a los derechos personales, cuiden tanto su conciliación y defensa, como su promoción”.

⁹ Porque como lo expresa Alejandro NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, pág. 153, es por ello que la piedra angular del régimen administrativo no es la ley en sí, sino los derechos individuales. Desde esta premisa, se concibe que el administrado tiene el derecho a pretender que la Administración realice la actuación debida.

¹⁰ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, t. 1, pág. 62. También, Fernando R. GARCÍA PULLÉS, “El proceso contencioso administrativo como instrumento de control”, en VV.AA., *Derecho Procesal Administrativo*, en homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2004, t. 1, pág. 155, concibe en la vigencia del Estado de Derecho el camino que el mismo Estado ha elegido para la consecución de sus fines y que refleja la naturaleza ética de su personalidad, en virtud de que supone para éste “una obligación de no hacer (relacionada con la aplicación del principio de legalidad en su vinculación positiva), una obligación de hacer (la de construir un sistema de prestación del servicio de justicia que asegure la actuación de la ley a partir de la gestión de un tercero imparcial a los conflictos) y una obligación de dar (consistente en la reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento o por los actos realizados para cumplir los otros deberes)”.

ciones positivas¹¹. Esto, porque los tiempos actuales exigen que tanto la organización del aparato administrativo estatal como sus funciones y competencias, estén orientadas a procurar de manera efectiva la vigencia de los derechos reconocidos a las personas por el plexo de derechos y garantías¹².

De tal manera, el Derecho tiene a su cargo la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa¹³. Vale decir, la actividad de la Administración se sujeta a la norma, la cual también dispone mecanismos que regulan las relaciones entre sus componentes, no solamente organizando la autoridad o las manifestaciones de ésta, sino determinando dispositivos que habilitan la intervención de los particulares en la participación y control de aquella. Al punto que cuando hay omisión, reticencia, pasividad, desidia, etc., en cumplir con esos deberes delineados por las normas a la Administración, entonces habrá que recurrir al mismo ordenamiento jurídico para buscar soluciones por las que el administrado pueda enfrentar la inactividad y superarla.

Las mismas operan como disparadores para efectuar su estructuración como técnicas jurídicas que brindan una respuesta o varias ante este determinado conflicto y cuentan con mecanismos o procedimientos propios que serán objeto de análisis.

¹¹ Conf. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, t. 1, pág. III-26.

¹² Conf. Pascual CAIELLA, "La eficiencia administrativa en el Estado Posmoderno", *RAP*, año XXX, Nº 354, pág. 28. También, Daniela UROSA MAGGI, "La protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la inactividad de la Administración Pública. Aproximación jurisprudencial", *Revista Derecho y Sociedad*, Nº 1, Caracas, 2000, págs. 229 y 230, observa que una de las formas de violación de los derechos humanos más frecuentes se refiere al incumplimiento de las obligaciones positivas de los poderes públicos.

¹³ Conf. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general de Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 27.

La hipótesis trabajada en esta tesis es ***que el particular afectado por la ausencia del comportamiento debido tiene a su alcance una técnica jurídica para tutelar sus derechos y asumir la misión de procurar la consagración de una buena Administración***, porque, cuando ésta se escuda en su propia inactividad, de quien se espera asuma esta tarea, quien tiene la responsabilidad de exigir la actuación, es el particular ¹⁴.

Por ello, ante el problema planteado, la investigación se dirige a identificar y sistematizar cada una de las técnicas de tutela que dispone el sujeto frente a la inactividad administrativa ¹⁵.

2. Propuesta

La propuesta en este trabajo, adoptada sobre la base de una visión técnica del Derecho que congrega un conjunto de reglas, procedimientos y conocimientos para ser aplicados a un determinado conflicto o situación, se concentra en enfren-

¹⁴ Al respecto indica, Agustín GORDILLO, *La Administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 125, que una de las principales causas para la deformación del sistema administrativo es la falta de un control social sobre la Administración Pública, "o sea la insuficiencia o inexistencia de participación ciudadana". Aspecto también abordado por Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, 1ª ed., Madrid, Aranzadi, 2006, Cap. VI, págs. 39 a 50.

¹⁵ Véase Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo por mora de la Administración Pública*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 15. En la introducción a la obra, HUTCHINSON plantea el interrogante: "¿Tiene sentido esta serie de técnicas diversas ante la pasividad de la Administración? Adelantamos la respuesta afirmativa. Son necesarias porque, por ejemplo, el instituto del silencio a veces no es suficiente". Por eso, tomando la posta a la pregunta planteada y compartiendo la respuesta de que las técnicas tienen un sentido, se advierte que si hasta ahora éstas no dan los resultados deseados, es porque -quizás- no son debidamente aprovechadas o utilizadas.

tar el problema de la inactividad administrativa como una circunstancia que no debe ser tolerada ni soportada con resignación ¹⁶.

El punto de partida del razonamiento es asumir la preocupación por mejorar el sistema reaccional o de garantía ¹⁷ frente a una Administración que abandona ejercer sus competencias y demuestra despreocupación por procurar aquello que de ella se espera.

Asimismo, del análisis del ordenamiento jurídico vigente en la Nación y en la provincia de Tucumán se puede reconocer cuando existe un deber jurídico que puede ser exigible a la Administración por el particular damnificado. Paralelamente, cuando éste tiene el derecho a exigir de ella una determinada actuación, lo es porque es necesario pedir en forma positiva el cambio, buscarlo activamente y llevarlo a cabo ¹⁸.

Ahora bien, al indagar sobre cuáles son las maneras o vías a través de las que el particular puede materializar esa exigencia, se aborda el tratamiento de las distintas alternativas que el Derecho dispone, las cuales son varias. Por esto, su elección dependerá según sea la finalidad o los efectos que, de su empleo, se esperan obtener.

Reconociendo que el análisis del tema puede ser muy extenso y que es importante que la propuesta de investigación esté organizada alrededor de un conjunto de preguntas ¹⁹, este

¹⁶ Tal vez pueda suceder lo que mencionan Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit., pág. 233, “así como algunas enfermedades dejaron de existir merced el uso de antibióticos”, también la inactividad administrativa deje de existir o disminuya por el empleo por los particulares de las técnicas a su alcance.

¹⁷ Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2ª ed., Navarra, Aranzadi Editorial, 2000, pág. 37.

¹⁸ Conf. Inés A. D'ARGENIO, “Inserción social en la gestión administrativa”, en VV.AA. *Derecho Público para administrativistas* (Jorge Luis BASTONS, director), La Plata, Librería Editora Platense, 2008, pág. 270

¹⁹ Graciela M. SCHAVONE, *Cómo se escribe una tesis*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 18.

trabajo asume la labor de responder los siguientes interrogantes: ¿la inactividad administrativa es una temática ya analizada?; ¿desde qué perspectivas?; ¿tiene el Estado la obligación de resolver una petición formulada?; ¿tiene el particular damnificado el derecho de exigir una respuesta pronta, expresa y motivada?; ¿cuándo la Administración está obligada a actuar?; ¿la inactividad es objeto de control?; ¿las normas establecen soluciones para superar la inactividad de los órganos administrativos?; ¿cuáles son?; ¿en qué ámbito se aplicarán éstas?; ¿cuáles son los presupuestos que debe reunir el interesado para articularlas?; ¿qué resultado puede esperarse de cada una?

Expuesta la inactividad como una disfunción de la Administración contraria a lo establecido por el principio de juridicidad y el principio de eficacia, el aporte propuesto es distinto a otros ensayos escritos ²⁰, ya que representa un análisis que integra y armoniza todas las técnicas jurídicas de tutela existentes a disposición de los particulares frente al problema de la inactividad de la Administración Pública, para intentar demostrar su utilidad o si será necesario algún replanteo.

3. Desarrollo sistemático del trabajo

Para cumplir con la propuesta de explicar que tanto en el régimen jurídico de la Nación Argentina como en el de la Provincia de Tucumán coexisten distintas alternativas o técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa, en los ocho capítulos siguientes, cada una de ellas es objeto de análisis, desde su naturaleza jurídica, su espacio de aplicación, sus presupuestos, sus procedimientos y sus efectos.

²⁰ Generalmente orientados a referirse de manera aislada a una técnica.

El punto de partida del trabajo consiste en desentrañar la relación existente entre los deberes impuestos a la Administración, por un lado, y los derechos de los administrados, por el otro. Como dato relevante, resulta necesario indagar sobre el concepto de potestades administrativas y la razón de por qué la competencia constituye un deber jurídico de actuación o de obrar y sobre el alcance del derecho de petición, el derecho a una respuesta expresa, pronta, motivada y la virtualidad jurídica que cabe asignarse al derecho a la buena administración (Cap. I).

Sentar las bases de la relación Administración-administrado permitirá en el Cap. II arribar a una determinación conceptual de lo que es la “inactividad administrativa” y sobre la comprensión a asignar a las “técnicas de tutela”. La posición asumida respecto de ambas expresiones es decisiva para interpretar el desarrollo de la tesis. De esta manera, es importante destacar que la mención a la inactividad no puede ser ajena a la misión que tiene la Administración Pública en la satisfacción de las necesidades colectivas y la procura del bien común, presentándose como incumplimiento al deber jurídico de actuar u omisión antijurídica, cuyos elementos materiales, eficientes, formales y finales serán precisados para esbozar la noción.

Como se indicó anteriormente, la ciencia del Derecho recepta una visión técnica sobre sus normas e institutos para adquirir el mayor provecho de aquellas en la resolución de conflictos, ya que clarifica por qué razón es mejor hacer las cosas de una determinada manera. Ello, aplicado al problema de la inactividad administrativa, facilitará entender el empleo técnico de los remedios jurídicos a favor del particular en contra de aquella según las distintas formas en que puede presentarse la inactividad, que serán expuestas en el Cap. III.

Los caps. IV, V, VI, VII y VIII están dedicados a tratar cada una de las soluciones jurídicas que se identifican bajo la denominación de técnica cautelar, técnica silencial, técnicas reclamativas, desglosadas según sean articuladas en sede administrativa (como el pronto despacho y la queja por inac-

tividad al superior) o en sede judicial (como el amparo y el amparo por mora) y, por último, la técnica resarcitoria.

Bajo la comprensión de que el derecho a la tutela judicial efectiva integra el derecho a obtener una tutela precautoria, se presenta a la técnica cautelar en el Cap. IV, para aquellos casos en que es necesaria la intervención judicial con el fin de ordenar se otorgue provisoriamente la prestación estatal omitida antes de la sentencia de mérito.

El silencio, en sí, en principio es una situación irrelevante para el Derecho porque es un vacío o ausencia de expresión de voluntad de la que nada puede inferirse. Pero, cuando se trata del silencio de la Administración, reviste trascendencia dado que le impide al particular saber la suerte de lo anteriormente petitionado y, a la vez, le inhibe el acceso al contencioso administrativo en virtud de la inexistencia del acto administrativo expreso. En consecuencia, los ordenamientos jurídicos nacional y provincial, permiten, a través de la técnica silencial, entender ese silencio con efecto negativo o denegatorio, en la mayoría de los casos, y con efecto positivo sólo en ocasiones particulares, bajo una interpretación restrictiva. En el Cap. V serán considerados los aspectos que fueron y son objeto de divergencia doctrinaria y presentados los antecedentes jurisprudenciales que delinearon el ejercicio de esta técnica.

En los caps. VI y VII se tratarán las técnicas de tutela reclamativas, las cuales coinciden en perseguir de la Administración el cumplimiento de la actuación debida. Sin embargo, entre éstas se diferencian las que pueden ser articuladas ante la misma Administración, como el pronto despacho y la queja por inactividad (Cap. VI), de las que deben ser intentadas en sede judicial, esto es, el amparo y el amparo por mora (Cap. VII, examinadas -a su vez- cada una en una parte del capítulo). Asimismo, será conveniente marcar sus particularidades y cuáles son sus aportes a la cuestión.

Por último, como la inactividad administrativa puede generar perjuicios al particular damnificado, el ordenamiento prevé la responsabilidad de la Administración de los daños

por aplicación de la técnica resarcitoria ²¹ (Cap. VIII), cuyo empleo queda supeditado a presupuestos de admisibilidad precisos que serán evaluados judicialmente para determinar si en realidad existió en el caso de incumplimiento de un deber jurídico de actuación y si el mismo puede ser imputable al Estado ²².

4. Método y delimitaciones de la investigación

Para alcanzar el objetivo propuesto, como cumplir con la sistemática del trabajo, el método de la investigación seguido es expositivo, descriptivo y comparativo sobre las diversas fuentes compulsadas, como lo fueron el estudio normativo, el análisis de documentos de doctrina, elaborados por autores nacionales y extranjeros ²³, además de la exploración en la jurisprudencia nacional y provincial, que será reseñada en el Anexo III.

Se delimita el ámbito espacial del tratamiento de técnicas indicadas al régimen jurídico de la Nación (Constitución Nacional, tratados internacionales establecidos en el art. 75

²¹ Lo cual resulta interesante por las proyecciones que pueden derivarse porque, como señala José Luis CORREA, "El silencio administrativo y el pronto despacho: comentario a fallos de la Suprema Corte de Justicia Mendocina", *RDA*, t. 54, pág. 811, "... si los funcionarios supieren de las responsabilidades a las que se encuentran expuestos, (...) si los profesionales y abogados que ejercen el Derecho administrativo usaran de los medios legales, mucho menor sería el daño de la ineficiencia".

²² Conf. Fabián O. CANDA, "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)", en VV.AA. *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008, pág. 148

²³ En especial, las obras de Alejandro NIETO GARCÍA, "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *Documentación Administrativa*, N° 28, abril-diciembre, 1986, pág. 235 y ss., como también, Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., por plantear la inactividad bajo una visión amplia.

inc. 22 CN, Código Civil, ley de procedimientos administrativos de la Nación N° 19.549 y su decreto reglamentario N° 1759/72) y de la Provincia de Tucumán (Constitución de la Provincia, ley provincial de procedimientos administrativos N° 4537, Código Procesal Administrativo, Código Procesal Constitucional) con la finalidad de exponer semejanzas y diferencias. Sin perjuicio de lo expuesto, los capítulos V y VII incorporan referencias legales de otras provincias de la República Argentina. Igualmente, los textos normativos relevados se encuentran transcritos en el Anexo II.

Luego de efectuada la observación documental normativa, doctrinaria y jurisprudencial, se continúa con una meditación profunda de los datos recolectados. En primer lugar, se advierte que el desarrollo del tema de la inactividad de la Administración no cuenta con estudios bajo un enfoque integral del fenómeno, sino que existen algunas aproximaciones sobre él pero tratadas bajo perspectivas parciales. En segundo lugar, se percibe que en el ámbito de la provincia de Tucumán no existen muchos comentarios doctrinarios como los existentes a nivel nacional ni abundan investigaciones comparativas. Por esto, es que el tema, desde la perspectiva vernácula, genera mayor interés para su tratamiento. En tercer lugar, la perspectiva de análisis seguida es original porque se orienta a confrontar la inactividad con los postulados del Estado social de Derecho y oponerla a los criterios de buena administración.

Si bien la inactividad administrativa puede generarse por muchas y variadas causas, ya sean deficiencias inherentes del procedimiento, como trámites innecesarios o dilatorios que hacen que los expedientes deambulen entre repartición y repartición, ya sea por el obrar negligente de los empleados como de los funcionarios públicos o por el temor de éstos a asumir responsabilidades o, por otra parte, el desconocimiento del particular de la existencia de instrumentos jurídicos a su alcance, como así también, por el miedo de una represalia futura por parte del agente. Se considera que estos aspectos escapan del objeto de análisis porque son propios de la ciencia de la Administración.

Tampoco el trabajo indaga sobre la inactividad judicial o la inactividad legislativa, cuyo tratamiento corresponde al Derecho Procesal (o las formas de gestión judicial) y/o al Derecho parlamentario, respectivamente. Sin embargo, sí quedan comprendidos los supuestos de inactividad administrativa que pudieran ser perpetuados en el ámbito del órgano judicial como del órgano legislativo, que se incluyen dentro del objeto de análisis del Derecho administrativo.

Para futuras investigaciones, se delega el estudio de las técnicas sancionadoras para ser aplicadas a quien es responsable de la inactividad.

5. Finalidad

Ante el nuevo paradigma del Derecho administrativo ²⁴, se asume que no basta que la Administración Pública se limite a no actuar contrariamente a lo postulado por el Derecho, sino que ésta debe encontrar en él un instrumento que le confirme cuáles son los auténticos deberes jurídicos que deben ser perseguidos para alcanzar, mediante su actuación, cumplir con la misión suprema de procurar el bien común. En consecuencia, la inactividad es una patología que merece ser analizada desde el prisma del Estado social de Derecho.

La razón de la tesis, luego de revisar las categorías jurídicas existentes, es alentar al ejercicio, por parte de los ad-

²⁴ Conf. Carlos F. BALBÍN, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t.1, pág. 97, “la creación de un nuevo paradigma no necesariamente supone destruir las construcciones anteriores realizadas bajo el viejo paradigma, sino simplemente revisarlas y enriquecerlas desde un nuevo posicionamiento”. Por este motivo, se considera que las omisiones estatales son un tema que corresponde sea asumido por los administrativistas en estos tiempos posmodernos en los que hay que superar aquella visión encorsetada de la división de poderes y animar a la coordinación de las instituciones democráticas.

ministrados, de alguna de las técnicas previstas frente a cualquier supuesto de inactividad administrativa, porque, como dice Von Ihering²⁵, es preciso que cada uno contribuya por su parte por los otros y para los otros. En este caso, con la aspiración de reducir la omisión antijurídica de la Administración para que, a través de los planteos realizados ante ésta, sea conducida a actuar.

Evidentemente, la finalidad en este estudio es tanto práctica como pragmática, con el objetivo de que el particular damnificado se comprometa a combatir la inactividad, encauzando hacia la buena administración mediante las técnicas o herramientas que tiene a su disposición en el ordenamiento jurídico vigente, cuyo análisis tanto integral como comparativo, es inédito en el conocimiento jurídico.

²⁵ Rudolf VON IHERING, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, pág. 43.

CAPÍTULO I

DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

1. Introducción al capítulo

El constitucionalismo representa una de las primeras manifestaciones del Estado de Derecho ya que, aparte de la vinculación normativa de la que surgen los deberes administrativos, se expresan los derechos que los particulares tienen frente a las autoridades. Luego, lo que fuera la noción originaria como mera regulación normativa, incorporó en la misión estatal la función de promotor de aquellas acciones que produjeran mayor satisfacción a los ciudadanos a través de la gestión pública. Aquí, se introdujo el elemento social en el Estado de Derecho ¹.

¹ Expresiones de ello se verifican en el Preámbulo de la Constitución Nacional, que dice: "... constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover al bienestar general, asegurar los beneficios para la libertad" y en el Preámbulo de la Constitución de la Provincia de Tucumán al declarar: "... afirmar su autonomía y afianzar el federalismo, organizar sus instituciones y promover el desarrollo humano en una democracia participativa y pluralista fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, garantizando la vida desde su concepción; procurar el desarrollo económico, la equitativa distribución de la riqueza, la integración regional y latinoamericana y garantizar la autonomía municipal, con el propósito de asegurar e

En este marco contextual, para el estudio de la inactividad (Cap. II) y la comprensión de los derechos que se procuran tutelar (a través de las técnicas desarrolladas en los caps. IV, V, VI, VII y VIII), este capítulo se estructura en dos ejes: por un lado, los deberes de la Administración y, por otro lado, los derechos individuales frente ésta. A su vez, la relación entre ambos extremos se encuentra coordinada por el mismo ordenamiento jurídico.

En primera instancia, la alusión a los deberes de la Administración o, en otros términos, qué es lo que la Administración se compromete con los particulares, conduce al tratamiento de las potestades administrativas (apartado 3) y la noción de competencia administrativa como deber jurídico de obrar (apartado 4).

En segunda instancia, los derechos de los administrados involucrados para instar e impulsar a la actividad de la Administración: el derecho a peticionar a las autoridades (apartado 5.a), como una expresión de la voluntad popular, el derecho a recibir una respuesta o resolución sobre lo peticionado (apartado 5.b), el derecho a que esa respuesta recibida sea debidamente motivada (apartado 5.c), pronta resolución (apartado 5.d) y, por último, el derecho a la buena administración (apartado 5.e.).

2. La relación entre los deberes de la Administración y los derechos de los administrados

Los principios emanados de la teoría de la división de poderes cumplen la función de medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de las autoridades públicas. A su vez, una de las maneras de evitar que éstas se pro-

impulsar el bienestar de los que habitan esta tierra y el libre ejercicio de sus derechos”.

duzcan es mediante una norma que, externamente, imponga a los gobernantes límites de actuación ².

Desentrañar la verdadera conexión entre los deberes de la Administración para con los administrados y los derechos que tienen éstos frente a aquella, resulta medular para meditar las actividades de la persona pública sobre las que sí se pueden exigir su concretización ³. Al mismo tiempo, pero, bajo otra perspectiva de análisis, permite individualizar las situaciones en las que los particulares se encuentran legitimados para reclamar la realización de determinada actividad, la cual conlleva la puesta en marcha de ciertos deberes.

Los deberes, por su parte, exigen una actuación negativa (no hacer o abstenerse de hacer) y una positiva (de dar o de hacer) de la Administración. Al mismo tiempo, estos últimos pueden ser agrupados, por su contenido, en dos categorías: deberes de medio y deberes de resultado. Para el caso de los deberes de medio, su cumplimiento sólo supone desplegar una determinada actividad dirigida a la satisfacción de una nece-

² Entrado el siglo XVIII, se registró un despotismo del monarca sobre los súbditos, quien creía que los representaba con una omnipotencia divina, se entendía su poder como infalible e irresponsable. No tardó en llegar un sentimiento de descontento social generándose, en consecuencia, un movimiento popular que condujo a una ruptura del *status quo*. Devino, entonces, un conflicto entre gobernantes y gobernados, que alcanzó su punto máximo y desembocó en el movimiento revolucionario liberal francés que impuso, desde el pueblo, un límite a los abusos de los poderes políticos y, sobre todo, un respeto por las garantías individuales. Por eso, más allá de la interpretación de carácter político, que pueda darse a la división de poderes; ella fue concebida como un sistema normativo que dio lugar, a lo que Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t.1, pág. III-3, denomina a la primera “garantía de la libertad” para que el poder contenga al poder.

³ Al respecto Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., pág. 69, manifiesta que “*el estudio de los deberes u obligaciones administrativas ha estado un tanto descuidado y se abordaba normalmente tan sólo desde la perspectiva antinómica de la presencia de derechos públicos subjetivos. Sin embargo, el nuevo papel prestacional que se asigna a la Administración en el Estado social obliga a replantearse sustancialmente la cuestión de las situaciones jurídicas pasivas de los entes públicos*”.

sidad pública o prestación de un servicio. Los deberes de resultado exigen la obtención de un objetivo concreto que es el previsto en la norma con anterioridad. Sin embargo, pese a su diferenciación teórica, ambos tipos de deberes aparecen íntimamente ligados al desarrollo de las múltiples y complejas potestades de la Administración. En este orden de ideas, considerando la relación existente entre actividad administrativa y factibilidad del resultado esperado o legalmente exigido, se observa que las normas pueden delinear un protocolo de actuación administrativa (mediante deberes de medio) a la consecución de algunos objetivos (deberes de resultado) ⁴.

Asimismo, la diferenciación entre deberes de medio y deberes de resultado dentro de un determinado contexto permitirá individualizar qué actuaciones pueden tener la viabilidad real de concretarse como expresión de un deber jurídico. Así, Gómez Puente ⁵ distingue que, tratándose del cumplimiento de deberes de medios, la efectiva posibilidad de que la Administración desarrolle la actividad requerida determina que, en todo caso, la omisión constituya inactividad administrativa. En cambio, en el caso de deberes de resultado, puede darse el supuesto de que la Administración actúe pero no obtiene el resultado esperado, aun cuando éste es materialmente posible. Aquí hay actividad, sí, pero no toda la actividad legalmente debida como, por ejemplo, en los casos de retardo o actividad demorada. Si, por el contrario, el resultado es materialmente imposible, entonces, el deber deja de ser reprochable.

No obstante, a veces, aunque el cumplimiento del deber pueda ser materialmente posible, dado que se encuentra dirigido a satisfacer un interés general, se presenta la duda si en estos supuestos hay un derecho particular para exigir su concreción. En tal caso, se considera que corresponderá al

⁴ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., págs. 104 y 105

⁵ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., pág. 105

arbitrio judicial la definición de si aquél es o no un auténtico deber jurídico.

Para comprender mejor la idea desarrollada, se exponen, como ejemplos, políticas dirigidas al descubrimiento de una vacuna contra una enfermedad y la eliminación de la delincuencia o la contaminación ambiental. Imponer a la Administración deberes de resultado en estos temas sería desconocer la realidad científica en la que se ubican tales problemáticas, como devendría una declaración demagógica determinar una exigencia en tal dirección; pero sí tiene pleno sentido el encomendar a la Administración que desarrolle la actividad necesaria para fomentar la investigación virológica o estrategias políticas para reducir la delincuencia o la protección del equilibrio biológico o del desarrollo sustentable. Se trata de emprender un camino dirigido seriamente a la obtención de una solución esperada ⁶.

El constituyente o el legislador plasma ciertos fines en los textos normativos, fija atribuciones para que éstos puedan ser alcanzados. Siempre, sin embargo, hay cierto grado de apreciación de las necesidades colectivas que sólo puede evaluar el administrador. Es decir, éste goza de un margen de discrecionalidad para comparar o analizar los medios alternativos, para elegir aquel o aquellos que en su saber y, luego, entender serán los más aptos para concretar el interés público ideado.

En todos los casos intervendrá la juridicidad para señalar las directrices bajo las cuales será válida la elección o para imponer un parámetro mínimo de eficiencia operativa que defina la actuación a desarrollar por la Administración.

Aquellos deberes de medio reposan, por lo general, sobre las facultades discrecionales otorgadas por el ordenamiento jurídico, lo que no es lo mismo que expresar que su ejercicio

⁶ Por esto, Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., pág. 106, rescata como interesante la técnica de los standards de actuación administrativa.

es algo que dependa del antojo de la Administración, sino que, por su carácter obligatorio, debe ser practicado. La libre elección se refiere a la posibilidad de meditar más convenientemente uno u otro camino, uno u otro medio para alcanzar el fin programado. Por ejemplo, para combatir la creciente delincuencia de estos tiempos, las autoridades deberán idear y poner en marcha los mecanismos, instrumentos o planes, que sean ejecutados en forma sucesiva o simultánea, como ser políticas de contención social, educación, integración laboral, mejoramiento del sistema penitenciario, perfeccionamiento de las fuerzas de seguridad, actualización de las normas penales y procesales, entre otros. O, en el caso de afrontar la problemática ambiental, seguir los instrumentos de gestión establecidos en las normas nacionales de presupuestos mínimos.

La función de los deberes de medio no es menor ya que su concertación permitirá cumplir o acercarse a los resultados propuestos para alcanzar, los que constituyen una manifestación del despliegue de las potestades administrativas con criterios finalistas.

Y, a la vez, lo hasta aquí expuesto respecto de los deberes de la Administración en relación con los derechos de los administrados, será logrado en el despliegue de un auténtico Estado de Derecho que brindará un efecto de equilibrio entre las potestades públicas y los derechos individuales.

3. Las potestades administrativas

Los deberes de la Administración se efectivizan a través del despliegue de una determinada acción o actividad que presupone el ejercicio de un poder previamente conferido por el ordenamiento mediante la técnica jurídica de la potestad ⁷.

⁷ Santi ROMANO, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, pág. 297

Las mismas integran el régimen exorbitante de Derecho Administrativo y encuentran su fundamento expreso, implícito e inherente en la Constitución Nacional⁸. Por su naturaleza funcional, la titularidad y el ejercicio de las potestades administrativas llevan insitos determinados cometidos jurídicos tendientes a garantizar la satisfacción del interés general, es decir, deberes.

La potestad es el dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo⁹. Si el poder es un presupuesto del Estado, la potestad es la manifestación dinámica y concreta del poder. Pero éste no es concedido libremente sino que se transforma en un instrumento para lograr un objetivo. De ahí que se considere el carácter funcional de las potestades administrativas¹⁰. Entonces será, gracias a la percepción de los hechos empíricos, aquellos individuales y aquellos que son apetecibles como objeto de satisfacción para la comunidad, los que serán el sustrato material que legitimará el despliegue de las potestades. Por lo expuesto se alude a que toda acción administrativa se presenta como un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado¹¹.

Cada una de ellas responde a un sector de la realidad. Es por esto que son flexibles como aquella, debido a esa relación directa que tienen con la finalidad a la que están dirigidas. No pueden liberarse del ámbito asignado ni de la finalidad por la cual fueron creadas. Además son vinculadas, en cuanto, no sólo no pueden excederse de ciertos límites, sino que deben ejercitarse, cuándo y cómo lo exijan los intereses para los cuales están constituidas¹².

⁸ Conf. Julio R. COMADIRA, *Procedimiento Administrativo. La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Anotada y comentada*, Laura MONTI (colaboradora), Buenos Aires, La Ley, 2002, t. 1, pág. 120.

⁹ *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª edición.

¹⁰ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., págs. 82 a 95

¹¹ Conf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, con notas de Agustín GORDILLO, 1ª ed. argentina, Buenos Aires, Thomson Civitas-La Ley, 2006, t. 1, pág. 449

¹² Conf. Santi ROMANO, *Fragmentos...* ob. cit., pág. 310.

Así que será mediante el despliegue de sus potestades, la manera como el ente público podrá cumplir con las metas propuestas desde el ordenamiento jurídico. Es decir, relacionándolo, con lo tratado en el acápite anterior, con los deberes.

Sin embargo, la conducta que debe realizar la Administración no siempre está perfectamente definida. En algunas ocasiones su contenido no ofrece lugar a dudas y precisa con claridad el destinatario de la acción administrativa. Tal es el caso de la potestad reglamentaria, por ejemplo, en el art. 99, inc. 3, CN se permite la emisión de un reglamento de necesidad y urgencia bajo estrictas condiciones.

Otras veces, por el contrario, el deber constituye un límite genérico al que se vincula y condiciona la actuación administrativa, indeterminado en sus propios términos, pero determinable en función de las circunstancias como así también en atención al objetivo final; tal sería el caso del despliegue de la potestad investigadora para aplicar una sanción administrativa. Aquella debe ejecutarse en el marco de una investigación o sumario administrativo a fin de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa y el debido procedimiento administrativo que, luego de concluido, podrá o no arribar a una sanción.

No obstante, en todos los casos, en primer lugar habrá que distinguir más allá de la técnica normativa empleada qué es lo exigido o esperado de la Administración y, en segundo, verificar su concreción y, ante su ausencia, indagar las razones por la inactividad.

En síntesis, las potestades, por caracterizarse por su fundamento normativo, ser inalienables, intransmitibles e irrenunciables¹³, producen un efecto estelar que involucra a los administrados que esperan su concretización. Entonces, como correlato se impone el deber de su ejercicio y la posibilidad de reclamar ello por parte de los individuos.

¹³ Miriam Mabel IVANEGA, "Los principios de la organización administrativa", en *Documentación Administrativa*, N° 267-268, septiembre 2003 - abril 2004, pág. 192.

No se trata de derechos subjetivos de la Administración Pública de los que ésta pueda disponer, renunciar o negociar su cumplimiento. Esto es, justamente, porque son indisponibles por el sujeto en cuanto son creadas por el Derecho ¹⁴. Las potestades conllevan un deber porque están destinadas a ejecutarse. De allí que tengan un solo juego posible: su cumplimiento ¹⁵.

Asimismo, como corolario de la importancia de las potestades administrativas, los jueces se encuentran facultados, como también los administrados legitimados, para solicitar su realización y efectuar un control respecto de su ejercicio.

4. La competencia administrativa como deber jurídico de obrar

La habilitación jurídica de la potestad está dada por el marco de competencia asignado. De ahí su sentido más restringido. En la teoría de la organización administrativa la competencia es la exacta medida en el ejercicio de la potestad que pertenece a cada órgano. No obstante, se indica que la distinción neta entre la noción de potestad y competencia es analítica y no tiene por qué presentarse en la práctica, pues lo usual es que una misma norma cumpla, al mismo tiempo y sin preocuparse por su deslinde, ambas cosas: atribución de potestad, su desagregación en competencias y la asignación de éstas a los órganos administrativos ¹⁶.

La competencia es un aspecto sumamente relevante en términos jurídicos ¹⁷. Se encuentra definida como conjunto

¹⁴ Conf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., t. 1, pág. 451

¹⁵ Claudio Martín VIALE, "El silencio de la Administración", *LL*, Suplemento Córdoba, 1997, pág. 267.

¹⁶ Confr. Miriam Mabel IVANEGA, "Los principios...", ob. cit., pág. 192

¹⁷ Conf. Carlos F. BALBÍN, *Curso...* ob. cit., 2008, t.1, pág. 556

de potestades que surgen del ordenamiento jurídico, esto es la capacidad o aptitud de los poderes públicos para obrar y cumplir así sus cometidos. Es la medida de las actividades¹⁸, las facultades, poderes y atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás.

En la noción de competencia se halla una clave importante para comprender y atajar el problema de la inactividad de la Administración Pública¹⁹, dado que el mismo ordenamiento jurídico le concede la obligatoriedad, la improrrogabilidad y la irrenunciabilidad como notas esenciales para el ejercicio de aquella, que permite -además- se la considere un instituto erigido para preservar y proteger el cumplimiento de las finalidades públicas²⁰.

La competencia genera el deber de obrar específico del órgano estatal que la detenta en virtud de que el mismo ordenamiento jurídico²¹ predefine la actuación; luego, mediante la correspondiente atribución configura la habilitación y, finalmente, obliga el ejercicio condenando la actividad contraria a la juridicidad o la inactividad misma. Ahora bien, corresponderá indagar acerca de los derechos que pueden detentar los particulares para exigir aquella.

5. Derechos

Retomando el concepto de que gracias al avenimiento del Estado de Derecho el súbdito se transformó en ciudadano,

¹⁸ Conf. Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob.cit., t. 1, pág. XII-5

¹⁹ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 96

²⁰ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. 1, pág. 234

²¹ De acuerdo al art. 3º LNPA y art. 5º LPAT son fuentes de la competencia: la Constitución, las leyes, los reglamentos administrativos. Luego de la reforma constitucional de 1994 corresponde la inclusión de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22, CN), en la medida que obligan al Estado a respetar los derechos por estos instrumentos reconocidos.

tal hecho comprometió el reconocimiento por parte del Estado de los derechos de los administrados como también la implementación de mecanismos garantizadores.

De tal premisa, se permite la formulación de que no hay verdadera declaración de un derecho si no existe la correspondiente garantía. La efectiva vigencia del derecho (o de los derechos) no depende de la formulación solemne de principios y reglas ²² que terminaría siendo letra muerta, sino de su operatividad y el compromiso de su defensa.

No en vano la primera parte de casi todos los textos constitucionales se titulan “De las Declaraciones, Derechos y Garantías”, ya que en ella están contenidos todos los principios y prescripciones prácticas que el pueblo ha puesto en frente a los poderes de gobierno, para contenerlos en los límites de las facultades concedidas con el fin de que ellos los defiendan y aseguren ²³.

Por tanto, no hay discusión en reconocer a estos términos como diferentes conceptos jurídicos bien determinados. Las declaraciones son proclamaciones referidas a la Nación como organización política, a las autoridades que la constituyen, a las Provincias que las componen. No son obra de la técnica jurídica, ni son un armazón formal de normas laxas estampadas en un texto constitucional. Tienen una razón de ser histórica ²⁴.

Los derechos corresponden a todo hombre en su calidad de tal ²⁵; son la capacidad de exigir de alguien una conducta (positiva o negativa) con fundamento en el ordenamiento ob-

²² Conf. Rafael BIELSA, *Estudios de Derecho Público, Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, Librería Editorial Depalma, 1952, t. III, pág. 345.

²³ Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 8ª ed., Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, pág. 85.

²⁴ Rafael BIELSA, *Estudios...*, ob. cit., pág. 347.

²⁵ Ramón Alberto GAMBOA, *Derecho Constitucional y Federal*, Tucumán, Ediciones El Graduado, 1999, pág. 176.

jetivo. Se reconocen los derechos civiles o personales, los derechos políticos o los derechos económicos, sociales y culturales ²⁶. En la actualidad, el plexo de derechos humanos se descompone en varias categorías, según el orden cronológico se alude a tres “generaciones” según la época en que se generó cada una. Los derechos de “primera generación” fueron -y continúan siendo- los clásicos derechos civiles y políticos; los de la “segunda generación” emergen como derechos sociales, económicos y culturales (o derechos sociales, en conjunto) con el constitucionalismo social del siglo XX; los derechos de la “tercera generación” incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, etc. ²⁷.

Las garantías son todas aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución ²⁸; son los medios que aseguran la vigencia de los derechos; de que éstos van a ser respetados por las autoridades como por el pueblo mismo. Se llega a proclamar que para una eficaz vigencia de los derechos y garantías el instrumento es la ley ²⁹.

De acuerdo con Dalla Vía ³⁰, las garantías constitucionales tendrían una significación más limitada a los mecanismos procesales para proteger o hacer valer los derechos, haciendo realidad la máxima atribuida a Chiovenda en cuanto “no hay derecho sin acción”.

²⁶ Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “Derechos y Deberes en nuestro constitucionalismo subnacional”, en VV.AA., *Derecho Público Provincial*, Antonio María HERNÁNDEZ (coordinador), 1ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, págs. 279 a 282.

²⁷ Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 1, pág. 476.

²⁸ Conf. Ramón Alberto, GAMBOA, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., pág. 176.

²⁹ Conf. Arturo Horacio ITURREZ, “Garantías”, en VV.AA., *Derecho Público Provincial*, Antonio María HERNÁNDEZ (coordinador), 1ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pág. 334.

³⁰ Véase, Susana ALBANESE, Alberto DALLA VÍA, Antonio GARGARELLA y Daniel SABSAY, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, Cap. IV “Derechos políticos y garantías constitucionales”, pág. 100.

Sin pretender agotar el tema se distinguen, dentro de los textos constitucionales, las garantías políticas y las garantías jurisdiccionales; entre las primeras se ubican la separación de poderes, el control parlamentario, el procedimiento de juicio político, el principio de idoneidad para ejercer empleos públicos. Entre las segundas, las garantías constitucionales representan que sólo a través de la acción judicial, se garantiza el restablecimiento de los derechos protegidos.

Debido a la gran influencia del Derecho Romano, en la mayoría de las constituciones nacidas después de la Revolución Francesa, los derechos personales plasmados son protegidos judicialmente hasta cuando los abusos provienen de la misma autoridad. Y aun antes de ellas, en España, desde el siglo XII, bajo el nombre “fuero de manifestación”, en el Fuero de Sobrarbe, existía ya una garantía semejante al *habeas corpus* actual por el que se reclamaba a la justicia sacar de sus jueces naturales al detenido y probar la inocencia de los manifestantes. De este modo, el querellante estaba libre de todo vejamen. Y, también, el “Justiciaazgo de Aragón” operaba como una justicia suprema sobre el mismo rey, por lo que era un instituto de trascendencia hasta entonces conocido.

Por curiosidad se recuerda la célebre y antigua discusión³¹ entre Jellinek, profesor de Heidelberg, y Boutmy, ilustre constitucionalista francés, en la que el primero defendió la diferencia o “valor positivo” de los términos aludidos en la Constitución de los Estados Unidos y en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, reivindicando para los germanos la originalidad de formular por escrito las declaraciones de derechos y garantías, sin perjuicio de reconocer que, en la primera mitad del siglo XIX, la Declaración de Derechos y el régimen político-jurídico francés tuvo una influencia mayor que la norma norteamericana, que sólo -decía- se conocía por traducciones a veces deficientes.

³¹ Véase Rafael BIELSA, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1965, págs. 5 y 6.

La Constitución Americana de 1787 no destinó un capítulo para enunciar los derechos y garantías. Hamilton ³² consideraba que las enumeraciones declarativas eran peligrosas “que ellas contendrían varias excepciones a las facultades no concedidas y, por esta misma causa, ofrecerían un pretexto aparente para pretender más de lo que concediesen ¿Para qué declarar que no se harán cosas que no hay facultad para hacer?”. Pero, cuando el 15 de diciembre de 1791 se agregaron las diez primeras enmiendas a la Constitución, significó la incorporación con vigencia práctica de declaraciones constitucionales.

Bidart Campos ³³ expresaba que con el avènement de la democracia social, los derechos ya no quedarían satisfechos solamente con el deber de abstención u omisión a cargo del sujeto pasivo, sino que muchos de ellos serían derechos de prestación, de crédito o de solidaridad, en reciprocidad con obligaciones de dar y de hacer por parte del sujeto pasivo y el Estado no limitaría su papel frente a los derechos en el reconocimiento, el respeto y la tutela, sino que debería, además, promoverlos.

A su vez, la garantía contiene una atribución de derecho y, consiguientemente, prohíbe a la autoridad realizar u ordenar actos contra el individuo que los detenta. De tal manera, las garantías se configuran como verdaderas seguridades otorgadas por el mismo ordenamiento constitucional.

La tutela es amplia, dado que cuando se alude a protección de los derechos, se refiere no sólo a cuando son particulares quienes los lesionan sino también a cuando la agresión proviene de la autoridad pública ejercida de manera inconstitucional, injusta o arbitraria. En este sentido lo expresan el art. 43 CN y los arts. 36, 37, 38 y 39 CT.

³² HAMILTON, *The Federalist* N° 84, citado por Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª edición corregida, Buenos Aires, J. Lajoune & Cía. Editores, 1923, t. I, pág. 358.

³³ Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual...*, ob. cit., pág. 475.

De acuerdo con todo lo expresado, en confrontación a los deberes que tiene la Administración para con los administrados, la protección proveniente del ordenamiento jurídico comprende no sólo las actividades públicas lesivas sino también a la inactividad, tutelando -en relación con el tema que se estudia- el derecho de petición, el derecho a recibir una respuesta, el derecho a que esta respuesta sea expresa, motivada como pronta y, fundamentalmente, el derecho a la buena administración.

5.a. El derecho de petición

La petición involucra la acción de pedir ³⁴, solicitar, exigir, requerir, demandar, reclamar a otro determinada prestación que puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo. Es la facultad que tiene el ciudadano de dirigirse a los poderes públicos ³⁵. El peticionar a las autoridades es un derecho subjetivo que significa la potestad otorgada por un determinado ordenamiento jurídico a pedir o reclamar algo del Estado o de sus agentes.

El ejercicio del derecho de petición, al decir de Pizzolo ³⁶, constituye un modo o forma de manifestación contenida en la libertad de expresión, entendida ésta en un sentido genérico.

En la persona humana hay un ámbito interno en el que quedan reservadas sus pasiones y sus ideas, este es el refugio de las experiencias pasadas y el generador de los proyec-

³⁴ Diccionario de la Real Academia Española.

³⁵ Conf. Mario A.R. MIDÓN, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed. aumentada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 331.

³⁶ Calógero PIZZOLO, *Constitución Nacional, Comentada, concordada y anotada con los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los órganos de control internacional*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, pág. 102.

tos futuros. El mismo goza de una protección por el derecho objetivo que exige el respeto o principio de no inmiscuirse en la intimidad. El art. 19 CN preserva que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados”*. En consecuencia, queda protegida un área del obrar humano de la interferencia estatal ³⁷.

Pero, será sólo a elección voluntaria y libre del individuo que lo reservado para sí se manifieste al exterior para que pueda ser objeto de conocimiento por otros. El peticionar conlleva este proceso de exteriorización, porque siempre aquello que se concibió en el intelecto llega al otro como interés solicitado para satisfacer. Hay un acto voluntario dirigido y recibido por otra inteligencia, quien -a su vez- corresponderá.

Jurídicamente hablando, el derecho de peticionar es un derecho que se explica por sí mismo; es el más absoluto que puede concebirse, porque supone en el sujeto que peticiona la convicción de que la autoridad a quien se dirige tiene plena facultad para acordar o negar lo solicitado. Los monarcas más absolutos, los déspotas más odiosos, otorgaron el derecho de petición a sus subordinados y lo hicieron puesto que, diciéndose casi siempre los tutores de su pueblo, debieron mostrarse solícitos para recibir las quejas que se le imputaran. Con estas palabras, caracterizaba Montes de Oca el derecho subjetivo de petición que consagra el art. 14 de la Constitución Nacional ³⁸, concebido como la facultad que pertenece a toda persona para dirigirse a los poderes públicos, con el fin de hacerles conocer tal o cual hecho y reclamar su intervención.

³⁷ María Angélica GELLI, *Constitución...*, ob. cit., pág. 186.

³⁸ M.A. MONTES DE OCA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Martín García Librero Editor, 1910, t. I, págs. 347 y 348; citado por Carlos Manuel GRECCO y Guillermo A. MUÑOZ, *Fragments y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 259, y también por Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo por mora...* ob. cit., pág. 4.

Este derecho se encontraba de modo implícito incorporado en la Carta Magna del 15 de junio de 1215 y en la Petición de Derechos del 7 de junio de 1628, el que es plasmado expresamente al año siguiente en el art. V de la Declaración de Derechos del 16 de diciembre en los siguientes términos: *“That it is the rigth of the subjects ti petition the King, and all commitments and prosecutions for suh petitioning are illegal”*³⁹. En la misma dirección, la Constitución de Francia de 1791 estableció que *“La Constitución garantit come droits naturels et civils... la liberte d’adresser aux autorites constituees des petitions signees individuellement”*. La Constitución de los Estados Unidos, en la Enmienda I⁴⁰, lo reconoce en forma negativa, mandando al Estado no dictar leyes que prohíban su ejercicio.

En estas latitudes, la Primera Junta, el 28 de mayo de 1810, declaró que *“Todo vecino podrá dirigirse por escrito o de palabra a cualquiera de los vocales, o a la Junta misma, y comunicar cuanto crea conducente a la seguridad publica y felicidad del Estado”*⁴¹. Finalmente, quedó consagrado en el art. 14 CN: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:... de peticionar a las autoridades”*.

El primer intento constitucional de la llamada República de Tucumán⁴² data de 1820, donde reconoce en la Sección IV,

³⁹ Carlos Manuel GRECCO, “Sobre el silencio de la Administración”, *LL*, 1980-C, pág. 779.

⁴⁰ Enmienda I (ratificada el 15 de diciembre de 1791) *“El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”*.

⁴¹ Véase, Base X del Reglamento sobre el Despacho y Ceremonial en Actos Públicos de la Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de la Plata.

⁴² Ismael A. SOSA, *Historia constitucional de Tucumán, Período 1820-1884*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, Publicación N° 375, 1945, pág. 195.

Capítulo I, art. 19º que “*Todos los miembros de la Provincia tienen derecho para elevar sus quejas, y ser oídos de las primeras autoridades de ellas*”. En la Constitución Provincial del año 1884, el art. 24 asegura a los habitantes el derecho “... *de petición individual o colectiva ante todas y cada una de sus autoridades, sea para solicitar gracia o justicia, instruir a sus representantes o para pedir la reparación de agravios*”. Pero, en la Constitución de 1907 el derecho de peticionar queda incorporado en la cláusula 7 de reserva o custodia de derechos del art. 22 que dice así: “*Los habitantes de la Provincia, como habitantes de la Nación Argentina y al amparo de la Constitución Nacional, tienen todos los derechos que aquella establece, sin negación ni mengua de otros derechos no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo*”. Este texto fue trasladado al art. 22 de la Constitución de 1990 y, finalmente, al art. 24, primer párrafo de la Constitución Provincial de 2006.

Parece indiscutible que una de las derivaciones, que del derecho de petición se desprende encuentra cauce adecuado esencialmente en el deber de responder a tales peticiones, previéndose consecuencias o efectos jurídicos ⁴³. Por ello- porque frente al derecho de petición se encuentra la obligación de resolver y porque tal deber surge articulado técnicamente- es que se elabora en la doctrina y en la legislación el otorgamiento de un determinado sentido al silencio incurrido en las relaciones regidas en el Derecho público o en el Derecho privado. En el primer caso, imbrica de manera decidida dentro de los límites del ejercicio del poder político y del cuadro de adecuada tutela del ciudadano frente a la acción del mismo ⁴⁴.

⁴³ El administrado tiene derecho a una respuesta y el derecho a ejercer los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha puesto a su alcance para procurar una respuesta.

⁴⁴ Carlos M. GRECCO, *Fragmentos...*, ob. cit., págs. 260 y 261.

El derecho de peticionar a las autoridades incluye el de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes del Estado, los denominados órganos extrapoderes o autoridades administrativas independientes, organismos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública y ante los prestatarios de los servicios públicos, lo que no implica el derecho a obtener lo peticionado pero sí una respuesta -aunque sea negativa-.

Asimismo, los instrumentos para materializar la petición son variados, verbales o escritos, desde los más informales como las protestas, solicitadas, cartas al director de un periódico, hasta los conocidos para entablarse en sede administrativa, como recursos administrativos, reclamos administrativos, denuncias. En el ámbito judicial, mediante la promoción de la acción procesal se insta la jurisdicción de los magistrados.

Hay quien ⁴⁵ considera que el derecho de petición se dividiría, entonces, en dos fases: el administrado tiene la facultad de realizar una solicitud a la Administración Pública, por un lado y, por otro lado, ésta debe responder a la solicitud. Por el contrario, se considera que se trata de dos acciones distintas, no una con dos partes. Lo cierto resulta ser que el derecho de petición constituye una herramienta al servicio o disposición de los administrados para instar la actividad de la Administración, por consiguiente, se genera el derecho a una respuesta.

5.b. El derecho a una respuesta

Indudablemente, luego de la petición del particular se produce un nuevo estadio o situación, en el que deberá darse

⁴⁵ Véase, Giancarlo HENRÍQUEZ MAIONICA, “La experiencia de Doña Rosa: La motivación *in aliunde* ante el derecho de petición”, *LL*, t. 2006-A, págs. 900 y 901.

curso, procesar o tramitar lo peticionado y, en definitiva, resolver. Como se expuso, la nota de irrenunciabilidad hace de la potestad administrativa una situación jurídica mixta, de poder-deber. Es decir, hay un deber de medio y un deber de resultado.

Desde el ordenamiento jurídico (arts. 3º y 7º, inc. c, LNPA y art. 5º de la LPAT) se indica que la Administración tiene el deber inexcusable de resolver en forma expresa en el marco de su ejercicio competencial.

Como contrapartida de lo expuesto, se encuentra el derecho del particular de recibir una respuesta en tiempo debido y de manera expresa. De ahí es que se alude a las dos caras de la moneda: obligación de resolver - derecho a una respuesta ⁴⁶.

En la “Carta Compromiso con el Ciudadano” ⁴⁷ se establece en el art. 3º, inc. i, el derecho que detenta éste “... a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias”, lo que además es reafirmado en doctrina ⁴⁸ y precedentes jurisprudenciales ⁴⁹.

⁴⁶ Confr. Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo por mora ...* ob. cit., pág. 4.

⁴⁷ Dec. PEN Nº 229/2000. Publicado: BON, 14/3/00.

⁴⁸ Véase, Laura M. MONTI, y A. Mabel VIEITO FERREIRO, “El amparo por mora de la Administración y la obligación de resolver”, *LL*, t. 1996-E, pág. 85

⁴⁹ CNContAdmFed., Sala IV, 1/09/03, “Ces, Irma Teresa vs. Estado Nacional” s/amparo por mora”; CNContAdmFed., Sala V, 26/04/00, “Moquedze Mazalan, Jorge vs. Banco Central de la República Argentina s/amparo por mora”; del mismo tribunal, 14/06/06, “Sanatorio Bernal S.R.L. y otros UTE y otros vs. Ministerio de Economía y Producción y otros s/amparo por mora”. En este sentido, la CSJT, 23/11/93, “Compañía de Circuitos Cerrados SA vs. Municipalidad de la Banda del Río Salí s/amparo por mora”, puntualizó que “el deber de la Administración de decidir en cada caso concreto proviene de un principio que trasciende el marco del derecho legal ya que enraíza en el principio republicano de gobierno, receptado por nuestra Constitución, y ante el retardo de la Administración, es competencia del Poder Judicial resguardar el cumplimiento de ese deber”.

Pero la cuestión cambia cuando uno de los protagonistas, la Administración, no cumple con su deber de respuesta frente a una petición concreta. Por tanto, hay incumplimiento u omisión. Omitir, del latín *omittere*, significa abstenerse de hacer algo, pasar alguna cosa en silencio⁵⁰. A su vez, la omisión se exterioriza como una ausencia de voluntad o de expresión de ella.

Como principio general, la Administración tiene el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que le planteen los administrados⁵¹. La omisión administrativa es reprochable ya que entraña una dejadez competencial contraria al principio de irrenunciabilidad de la competencia y desnaturaliza la función pública que está destinada al servicio. Por ello, la ausencia de actividad es la inactividad.

Sin embargo, hay cierta parte de la doctrina que considera que no toda petición genera la obligación de respuesta. En este sentido, Lisa⁵² analiza que no es razonable pensar que la Administración deba resolver expresamente cualquier petición que cualquiera le formule, ni que el derecho del particular exista aun cuando se trata de cualquier persona que pide cualquier cosa.

Por el contrario, Midón⁵³ alberga la convicción de que en todos los casos el poder público debe responder, porque con la petición se abre una instancia de comunicación entre go-

⁵⁰ Diccionario de la Real Academia Española.

⁵¹ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado...* ob. cit., t. 1, pág. 753.

⁵² Federico José LISA, "Agotamiento de la instancia administrativa y el silencio administrativo frente al derecho del administrado a obtener una resolución expresa", en VV.AA., *El proceso administrativo*, Ediciones RAP, Nº 336, septiembre 2006, pág. 199. En el mismo sentido, Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1959, t. 3, pág. 790, expresaba que resultaría absurdo pretender que los gobernantes dedicaran todo su tiempo a decidir con respecto a todos los pedidos que les fueran impuestos.

⁵³ Véase Mario A.R. MIDÓN, *Manual de Derecho...* ob. cit., pág. 331.

bernantes y gobernados que no sería satisfecha si uno de los extremos de ese diálogo silenciara la contestación. Debido a esto, se considera que no enarbolar el derecho a una respuesta podría desalentar la participación ciudadana.

Se prefiere ser esperanzador a partir de la idea de que toda petición del particular debe ser respondida por la Administración. Lo sustancial, sobre lo formal. Todo criterio que permite justificar el incumplimiento del Estado de la obligación tan primigenia como es la de dar respuesta a sus súbditos, aunque más no sea para decirles que lo peticionado no es pertinente o no le asiste el derecho para formular tal petición concreta, es contrario a lo dispuesto por el art. 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incorporada con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN) al orden jurídico interno que, a la vez de consagrar el derecho de petición a las autoridades, estipula la correspondiente obligación de las autoridades competentes de responder a lo peticionado ⁵⁴.

Por su parte, la forma de redacción del art. 21 CT al mencionar “*que toda reclamación de índole administrativa deberá ser despachada*” significa la incorporación del derecho de respuesta en el Derecho público local.

Recepcionada la petición del particular por la Administración, se desarrolla un circuito que debe finalizar con una resolución respecto de aquella. La primera obligación que la persona estatal debe cumplir es promover y proseguir el trámite que, de antemano, la norma predefine. Se deberá dar intervención a los distintos organismos que participan en la formación de la voluntad administrativa y, finalmente, culminadas las etapas instrumentales, la Administración deberá pronunciarse sobre la procedencia o no de las pretensiones propuestas.

La falta de respuesta o la omisión de otorgarla es antijurídica, incluso cuando ella pueda justificarse

⁵⁴ Calogero PIZZOLO, *Constitución...* ob. cit., pág. 102.

funcionalmente (falta de personal, huelgas, escasez de los materiales de trabajo, etc.), ya que esa conducta no se adecua al fin propio de la competencia.

Queda comprendida dentro de la obligación de respuesta, la de expedirse sobre el fondo de la cuestión planteada por el particular, como también, la obligación de tramitar o de dar curso a las actuaciones en el marco del procedimiento normativamente establecido.

Esta ausencia resolutive pone en marcha un sistema de resistencia, que parte desde el repudio, la identificación de la conducta y del sujeto omisivo, hasta la articulación de los instrumentos jurídicos de tutela ideados para enfrentar o sortear la inactividad ⁵⁵.

Por último, al problema central, incumplimiento del deber genérico de ejercitar funcionalmente la competencia como del compromiso de resolver las pretensiones de los administrados, se añade la arbitrariedad por la ausencia de motivación.

5.c. El derecho a recibir las razones

Además de obtener una respuesta expresa, el particular tiene derecho a conocer cuáles son las razones que determinan la decisión administrativa. Señala Gordillo ⁵⁶ que existe

⁵⁵ Expresiones de lo hasta aquí considerado se encuentran plasmadas en la "Carta Compromiso con el ciudadano", donde se establecieron las conductas a observar por los empleados públicos, indicando en el art. 3º que se deberá lograr una mayor receptividad y mejor respuesta del Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente en la prestación de servicios a su cargo, estableciendo en el inc. i) el derecho a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias, y en el inc. j) a presentar quejas por la omisión de trámites o retrasos en los procedimientos en los que sea interesado y a reclamar ante cualquier desatención o anomalía en el funcionamiento de los servicios de la Administración Pública Nacional.

⁵⁶ Agustín GORDILLO, "La sentencia en el amparo por mora: alcances, recursos", *LL*, t. 1995-D, pág. 307.

un derecho básico del individuo a que se resuelvan de manera fundamentada sus peticiones, lo cual es estratégicamente interesante, ya que conocerá de antemano cuál es la posición de su contradictor.

En este sentido, el art. 2º, inc. e, de la Ley de Ética Pública N° 25.188 ⁵⁷ establece la obligación de todas las personas que desempeñen función pública de “*Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información...*”.

La razón de motivar o de fundar, es plasmar los antecedentes fácticos que constituyen el sustrato material de la cuestión a tratar, muchos de los cuales se encuentran documentados en el expediente administrativo. Asimismo permite explicitar los argumentos jurídicos constituidos por las disposiciones legales sobre las cuales se sustentará la decisión a dictarse ya sea acogiendo o rechazando la petición planteada.

Por sus contenidos, podrá someterse la respuesta estatal a un control de razonabilidad ⁵⁸ o de congruencia entre lo resuelto y la finalidad fijada por la ley. De hecho, también se facilitará la compulsión con la juridicidad y los criterios de oportunidad, mérito o conveniencia del actuar público.

Motivar es dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo ⁵⁹. Es la acción de fundar las razones de hecho y de derecho tenidas en cuenta para adoptar una determinada conducta. Significa la exteriorización o demostración del sustento jurídico, desentrañando las decisiones del poder público, en razón de su causa o móvil, concretamente, cuáles son los fundamentos normativos. Constituye también una exigencia y, a la vez, una garantía del sistema republicano.

No se trata de la mera expresión de la causa, es decir, de exponer los antecedentes de hechos y de derecho, ya que la

⁵⁷ Publicada BON, 1/11/99.

⁵⁸ Conf. María Angélica GELLI, *Constitución...* ob. cit., pág. 294, la razonabilidad o el debido proceso sustantivo representa un límite al poder estatal.

⁵⁹ Conf. Diccionario de la Real Academia Española.

motivación supone la composición de los datos reales impuestos por la ley para justificar lo expresado por la Administración.

A su vez, motivo y motivación son matices de un mismo concepto o idea, pero son cosas distintas ⁶⁰. El motivo hace referencia a la causa. La motivación es un aspecto o ingrediente del elemento formal del actuar administrativo que se equipara a la justificación. En este sentido, la jurisprudencia ⁶¹ indica que, por la motivación, se tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto emitido acreditando que, en ese caso, concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican su emisión.

Constituye una necesidad de los órganos administrativos, como un imperativo ético, el indicar de modo suficiente y adecuado las razones de sus decisiones ⁶². Tal expresión permitirá al particular efectuar un examen y, eventualmente, ejercer una mejor defensa de sus derechos.

Por último, para la opinión pública posee un efecto saludable, ya que tiene un interés político o jurídico-político en conocer cómo la autoridad ejerce su potestad, sea para ejercer el derecho a cuestionarla o no. La motivación es el modo auténtico y normal de explicar el ejercicio o uso de la potestad pública ⁶³.

5.d. El derecho a obtener una pronta resolución

En virtud de la incorporación, en 1994, de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) a

⁶⁰ Conf. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado...* ob. cit., t.2, pág. 324.

⁶¹ CNContAdmFed., Sala II, 23/9/93, "Beamurguia, Narciso A. vs. Estado Nacional".

⁶² Explicitándose las circunstancias fácticas como las normas aplicables.

⁶³ Rafael BIELSA, *Estudios...* ob. cit., pág. 542.

la norma constitucional, los derechos contenidos en éstos constituyen un *plus* que se adicionan a los declarados en el orden interno ⁶⁴.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ⁶⁵ establece en el art. 24 que “*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el deber de obtener pronta resolución*”. Con ello, la norma internacional, con operatividad directa en el ordenamiento nacional, adiciona al derecho de respuesta un elemento temporal. Efectuada la petición del particular, la respuesta debe ser pronta.

Ahora bien, se entiende por pronta resolución aquella que no excede los plazos fijados por las normas para que la Administración se expida. Se postula tal interpretación a fin de presentar una pauta objetiva; pero, reconociendo que en ocasiones -dados los derechos subjetivos que pueden estar en juego- los mismos términos legales pueden ser excesivos y, para el caso, no satisfacer adecuadamente el derecho a una pronta resolución.

5.e. El derecho a una buena administración

Los derechos analizados con anterioridad se encuentran revitalizados y comprendidos dentro de los postulados de la buena administración, los cuales no son una mera construcción dogmática ni especulativa, sino que contienen un imperativo ético o principio rector, que no es otro que todos los

⁶⁴ María Angélica GELLI, *Constitución...* ob. cit., pág. 596, precisa que: “*si el alcance de aquellos es menor (por los tratados de derechos humanos), prevalece el orden interno, o, por el contrario, el del tratado que otorgue mayor protección*”.

⁶⁵ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948.

organismos de la Administración Pública deben obrar de conformidad con las normas y principios que rigen la actividad ⁶⁶.

El derecho a una buena administración se encuentra plasmado expresamente en el art. 41 de la “Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea” ⁶⁷, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en la cumbre de Niza, siendo éste reproducido en el denominado “Código europeo de buena conducta administrativa” ⁶⁸, percibiéndose en ambos documentos la reafirmación para la Administración de los valores de transparencia, actividad y vocación de servicio.

Entre sus previsiones se abarca el derecho de petición, el derecho a recibir una motivación sobre todas las decisiones administrativas, el derecho a la vista de las actuaciones, el derecho de informarse sobre los trámites, el derecho a la reparación de los daños imputables a la Administración, el derecho al debido procedimiento, el derecho a la tutela administrativa y el derecho a la celeridad y cumplimiento de los plazos.

Lo consagrado en la norma del viejo continente encuentra en estas tierras un campo fértil para su desarrollo y deba-

⁶⁶ Conf. Manuel RODRÍGUEZ COSTA, *Control de la inactividad administrativa*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2005, pág. 10.

⁶⁷ Art. 41: “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: -el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. -el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial -la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

⁶⁸ Aprobado el 6 de Septiembre de 2001.

te, en el cual se necesita trabajar tanto para precisar su contenido como para facilitar su aplicación práctica.

Finalmente, de acuerdo con la previsión efectuada en el art. 33 CN se considera que se puede calificar a la buena administración como un derecho implícito o no enumerado, permitiendo agudizar la misión tuitiva del Derecho en armonizar las relaciones entre la Administración y los administrados. Como reflexiona Rodríguez-Arana Muñoz ⁶⁹, la toma de conciencia de la buena administración como derecho humano pone de relieve que el centro de la acción de aquella es la persona, sus derechos y libertades.

6. Conclusiones del capítulo

En este capítulo se expusieron los conceptos preliminares que continuarán siendo objeto de mención en las páginas siguientes. El elemento social añadido a la noción tradicional de Estado de Derecho conlleva a una mayor expectativa en los administrados hacia la concreción de prestaciones positivas por parte de la Administración, lo que le concede al tratamiento de la inactividad una nueva perspectiva.

A su vez, para determinar la configuración o no de la situación de inactividad es preciso indagar si existió o no un deber jurídico incumplido como el derecho del particular de esperar la consumación de aquel.

La génesis de los deberes administrativos se encuentra en la condición funcional de las potestades que refuerza las notas de obligatoriedad e irrenunciabilidad de la competencia administrativa.

Por su parte, a través de la petición, los administrados ejercen el derecho de instar la realización de la actuación o

⁶⁹ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *El buen gobierno y la buena administración...*, ob. cit., pág. 11.

la prestación positiva, sea de dar o de hacer, debida por la Administración. De esta exhortación deviene el derecho a obtener una respuesta tanto motivada como pronta que, a la vez, constituye una expresión del derecho a una buena administración.

CAPÍTULO II

LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS TÉCNICAS DE TUTELA

1. Introducción al capítulo

La exposición de la relación entre los deberes de la Administración y los derechos de los administrados -efectuado en el capítulo anterior- permite sentar las bases de lo que se entenderá -en adelante- por inactividad administrativa y por técnicas de tutela.

El principal propósito que se intenta es el de encontrar mecanismos de tutela y protección frente al desamparo generado por la inactividad e inducir, a través del estímulo a una Administración diligente, laboriosa y eficiente.

Para abordar el primero de los ejes temáticos (la inactividad administrativa) es necesario delimitar a la Administración y su acción, la cual es una organización instrumental, que actúa siempre ante el Derecho como un sujeto del que emanan actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio por los daños causados y que es enteramente justiciable ante los tribunales ¹.

El segundo eje temático (que se analizará a partir del apartado 3) comprenderá la noción de técnica como habili-

¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso... ob. cit.*, t. 1, pág. 36.

dad de selección y empleo que el administrado podrá desplegar para tutelar sus derechos frente a la inactividad administrativa. Se suele decir que “un juicio sobre la técnica, es un juicio sobre el hombre”², pero, más que ello, se pretende interpretar a la técnica como un conjunto de procedimientos puestos en práctica para obtener un resultado determinado.

Sin embargo, como toda práctica, se inserta en un sistema teórico, que le sirve de fundamento y explicación³; en el caso de las técnicas de tutela se postula la sistematización de soluciones que el mismo ordenamiento jurídico prevé frente a la inactividad de la Administración para mejor resguardo de los derechos.

2. Respecto a la inactividad administrativa

2.a. Sobre la acción y misión de la Administración Pública

Previo a conceptualizar la inactividad, resulta conveniente desentrañar qué se entiende por la acción de Administración Pública y, a la vez, perfilar cuál es la misión o finalidad encomendada a ella.

Recurriendo al diccionario⁴ se advierte que, etimológicamente, el concepto “administrar” proviene del latín *administrâre*; se forma con los términos *ad* y *ministrare*, que significan servir o, según otras fuentes por contracción de *ad manus trahere*, alude a la idea de manejo o gestión. Desde esta perspectiva, la acción de administrar se refiere a una

² Ampliar con el comentario bibliográfico efectuado por Pedro Federico HOOFT, a la obra *Pensar la técnica. Filosofía del hombre contemporáneo* del autor Héctor Delfor MANDRIONI, LL, t.1991-D, pág. 1350

³ Conf. Ricardo A. GUIBOURG, *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, pág. 172.

⁴ Véase *Diccionario de la Real Academia Española*.

gestión en los asuntos o intereses, gobernar, cuidar, regir o ejercer algún ministerio o empleo.

La palabra “administración”, también del latín *administrario-onia*, queda reservada para denominar la acción del que administra, el cargo o empleo del administrador, la oficina o casa del administrador, donde éste y sus empleados ejercen sus funciones. Desde este primer significado se comprende a la Administración como acción gubernativa destinada a dictar o aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes, el fomento, la conservación de los intereses públicos y la resolución de las reclamaciones que se le formulen.

Estas denominaciones de “administrar” y “administración” fueron empleadas por los clásicos en el sentido de mandar (*administro exercitum*: Julio César), gobernar (*administro respublicam*: Tito Livio), dirección (*administratio portus*: Cicerón), conducir (*ars administrativa*: Quintiliano) ⁵.

En el Medioevo, la *administratio* comienza a consolidarse con un significado jurídico e indica una *actividad* que, según el más antiguo modelo lingüístico, era la actividad de administrar, así como la alimentación es la actividad de alimentar y la conducción es la actividad de conducir. Con lo expuesto hasta aquí, queda en evidencia que la acción se encuentra en la génesis del concepto “administración”.

De ahí que se apunte, aún hoy, a la locución “administración” con dos significados netamente precisos: uno, que indica clase de actividad; el otro, el sujeto que desarrolla aquella actividad ⁶.

⁵ Conf. Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, t. 1, pág. 2.

⁶ Massimo Severo GIANINI, *Derecho Administrativo* (traducción Luis ORTEGA), Madrid, edición del Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, t. I, pág. 39.

Bajo el primer significado, Mayer ⁷ expresa que la Administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico. Así, siempre que hay alguna finalidad que cumplir habrá una realización de una serie de actos. Y esta serie de actos, para conseguir un fin, es, en definitiva, administrar ⁸.

Es una gestión finalista, que se caracteriza por ser permanente, práctica y concreta, englobando toda la función gubernativa que es desarrollada por los órganos legislativos o judiciales cuando no ejercen sus funciones típicas, legislativas o judiciales, respectivamente.

La “actividad”, del latín *activitas*, supone un conjunto de operaciones o de tareas. El Diccionario de la Real Academia conceptualiza la actividad como la facultad de obrar y el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o actividad, pero también expresa diligencia, eficacia y prontitud en el obrar.

De la Morena y De la Morena ⁹ define a la actividad administrativa como aquella que, difundida por toda la organización (generalidad), posibilita, al tiempo que garantiza, el continuo funcionamiento de ésta (continuidad) y mediante la misma, la normal actuación de las restantes funciones (necesidad) en orden al cumplimiento de sus fines.

Vale decir que el componente “activo” que conlleva la idea de movimiento o de acción, de puro dinamismo, se inserta en la esencia misma de la Administración para que se desarro-

⁷ Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, traducción directa del original francés *Le droit administratif allemand*, por Horacio H. HEREDIA y Ernesto KROTOSCHIN, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. 1, pág. 15.

⁸ Conf. José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974, t. 1, pág. 48, quien agrega, que “*en un sentido muy vulgar, administrar es gestionar negocios propios y ajenos*”.

⁹ Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA, “Algunas puntualizaciones en torno a la función directiva”, *RAP*, año N° 7, N° 73, pág. 28.

lle sin interrupción, porque son muchos los intereses públicos a alcanzar y las necesidades sociales a satisfacer. Y, aquí se encuentra su misión o finalidad.

El ordenamiento jurídico recepta la naturaleza dinámica de la Administración Pública ¹⁰ estableciendo instrumentos o mecanismos para que la actividad administrativa otorgue respuesta a la realidad circundante, sobre todo en las últimas décadas dado el reto que se lanza a la Administración Pública contemporánea por la ampliación de los horizontes científicos y los reclamos sociales.

La actividad realizada es -principalmente- concreta ya que, para el mejor cumplimiento de su misión, debe proveer de manera específica a la satisfacción de cada una -y todas- de las necesidades colectivas, materiales o inmateriales. En consecuencia, hay una diversidad de prestaciones individualizadas.

Es práctica, porque es directa o inmediata, oportuna y conveniente. Las necesidades deben ser satisfechas de la mejor manera y lo más pronto posible.

Así, administrar, desde este punto de vista, es acción porque significa cuidar los intereses de una persona o de la comunidad en su conjunto, lo que exige un cierto grado de diligencia y eficacia, actitudes inherentes a toda buena acción. La misión que tiene a su cargo es trascendental, en razón de que trasciende a la misma estructura administrativa en procura del bien común ¹¹.

¹⁰ Sin embargo, Alberto B. BIANCHI, "Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y función administrativa", *ED*, t. 129, pág. 267, considera que, en el caso de la Administración Pública "a quien todos conocemos más o menos bien, muchas veces por ser víctimas de ella, el empleo del concepto se hace más complejo cuanto más se lo estudia".

¹¹ La *Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el Mundo Actual*, Constituciones, Decretos, Declaraciones del Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960, pág. 243, interpreta que el bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de vida social con las

2.b. Concepto de inactividad administrativa

Expuesta precedentemente la vocación activa de la Administración y su misión como gestora y promotora del interés general, la inactividad administrativa se presenta como un comportamiento contrario a lo encomendado por el ordenamiento jurídico.

El monosílabo “in” ubicado antes de cualquier vocablo es un prefijo negativo o privativo. La inactividad es carencia de actividad¹². Es el incumplimiento del deber de actuar.

Si con anterioridad se concibió como propio de la Administración Pública el ejercicio de una actividad permanente, práctica y concreta destinada a la satisfacción del bien común, ahora se entiende que la inactividad ocasiona la desnaturalización de la actividad administrativa.

Las expresiones “retardo”, “mora”, “demora”, “morosidad”, “atraso”, “dilación”, “aplazamiento”, “postergación”, “lentitud”, “inactividad”, “inacción”, “inercia”, “inmovilidad”, “paralización”, “silencio”, contradicen la realización de los deberes que tiene que ejecutar la Administración. Marienhoff no distingue el silencio de la ambigüedad¹³, ya que considera que ex-

cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección.

¹² *Diccionario de la Real Academia Española*.

¹³ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado...* ob. cit., t. II, pág. 316: “*Habrá silencio de parte de la Administración Pública cuando ésta observe una actitud meramente pasiva, de abstención, de inercia, ambigua, respecto de una conducta que requiere una manifestación o pronunciamiento concreto; el signo característico del silencio es la ambigüedad, la cual impide atribuirle a la autoridad silente una actitud afirmativa o una negativa*”. Por su parte, Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª edición corregida y aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, págs. 28 a 31, manifiesta que la ambigüedad involucra una incertidumbre en la aplicación o interpretación de ciertos términos por desconocer o no indicar en qué sentido éstos han sido usados. Y Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1998, págs. 260 a 264, explica que la ambigüedad nace cuando una oración puede expresar más de una proposición.

presar algo de modo contradictorio o ambiguo es como no decir nada.

Gómez Puente asegura que el concepto jurídico de inactividad puede construirse a partir de dos elementos: uno material, la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otro formal, que convierte dicha situación en una omisión por infracción de un deber legal de obrar o actuar y determina su antijuridicidad¹⁴. Salomoni¹⁵ adiciona un tercer elemento de comprensión de la inactividad como un concepto abierto, variable y mutable, que es el interés público y la realidad sobre la que se define.

Por el contrario, se prefiere aludir en la inactividad la presencia de: primero, una causa material, dada por la aparición de un ente estatal o no estatal en ejercicio de función administrativa con competencias propias; segundo, causa eficiente, constituida como el incumplimiento de un deber de actuación cierto, concreto y posible, impuesto por el ordenamiento jurídico; tercero, la causa formal, como la ausencia de los procedimientos tendientes al resguardo del debido proceso adjetivo y debido proceso sustantivo; y cuarto, la causa final, insatisfacción del interés público.

Finalmente, corresponde conceptualizar la inactividad de la Administración Pública como un fenómeno que contradice la juridicidad y la naturaleza¹⁶ activa o dinámica de ésta, que procura, a través del cumplimiento de sus competencias, efectuar con eficiencia las prestaciones necesarias para el logro del bien común.

Puede ocurrir así porque alguna de las palabras que integran la oración tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equívocidad sintáctica.

¹⁴ Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 59.

¹⁵ Véase Jorge Luis SALOMONI, "La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina", *JA*, t. 2005-IV, pág. 1351.

¹⁶ En este sentido, Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 45, menciona que "el concepto de inactividad administrativa como hábito contra naturam de la Administración Pública puede definirse por oposición a lo que debiera ser su comportamiento normal: la realización ordinaria de las tareas que le son encomendadas, la actividad".

2.b.1. La inactividad como contradicción al principio de juridicidad

Del concepto inactividad administrativa desarrollado, se desprende que el fenómeno es presentado en contradicción con el principio de juridicidad, que en este apartado se desarrolla, y con el principio de eficiencia, que en el punto siguiente se tratará.

El ordenamiento jurídico es el creador de las potestades y deberes administrativos que deben ser ejercidos para propugnar la satisfacción de las necesidades o el cumplimiento de los intereses públicos. Kelsen¹⁷, en el plano de la teoría general del Derecho, entendía que no es posible admitir ningún poder jurídico que no sea desarrollo de una atribución normativa precedente. Uno de sus seguidores, Merkl, al exponer la teoría general del Derecho administrativo sobre el postulado de que el Estado puede hacer solamente aquello que la norma le permite, infiere que los preceptos jurídicos son factores de atribución de la actividad pública. De tal manera, el Derecho administrativo no es sólo la *condicio sine que non*, sino *per quam* de la Administración¹⁸.

La conexión necesaria entre los preceptos jurídicos y la Administración se designa como principio de juridicidad, el

¹⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, traducción a cargo de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1960, pág. 189: “*El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen*”; pág. 199: “*El Estado es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación*”.

¹⁸ Adolfo Merkl, *Teoría general del Derecho Administrativo*, edición al cuidado de José Luis Monero Pérez, catedrático de la Universidad de Granada, Granada, Comares, 2004, pág. 205.

cual significa (según Merkl) no sólo que la Administración se encuentre condicionada por la existencia del Derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada esté condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción ¹⁹.

En la doctrina nacional, Fiorini ²⁰ distingue entre principio de juridicidad y legalidad administrativa y expresa que entre ambos conceptos existe una relación de género a especie. El primero se encuentra representado por el hecho de que la voluntad administrativa es siempre producto de normas jurídicas y no de una voluntad individual; la legalidad es un principio más específico que manifiesta la forma en que se debe desarrollar la actividad jurídica cuya existencia sólo puede ser posible dentro de la juridicidad. El Estado de Derecho expresa la juridicidad que nace a través de una norma, cualquiera que fuere su sistema político, mientras que la legalidad expresa una forma de garantía de ese proceso jurídico.

Comadira ²¹, a partir de considerar que la Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprende en la juridicidad no sólo a la ley en sentido formal sino a todo el sistema jurídico entendido como unidad.

Ese condicionamiento o vinculación de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico puede ser directa, semi directa o indirecta. La vinculación es directa, precisa, cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe realizar el órgano ²²; se verifica una vinculación

¹⁹ Conf. Adolfo MERKL, *Teoría...* ob. cit., pág. 206.

²⁰ Bartolomé FIORINI, *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pág. 16.

²¹ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003, pág. 493.

²² Véase Domingo Juan SESIN, *Administración Pública. Actividad reglada, discreción y técnica, nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1994, págs. 341 y 342.

semi directa cuando la norma permite o habilita un mayor arbitrio o margen de discrecionalidad en la actuación y, por último, la vinculación indirecta es aquella que surge de la abstención a contradecir los principios generales del derecho, las reglas lógicas o las reglas técnicas.

En consecuencia, la referencia de inactividad como contradicción al principio de juridicidad representa la idea del apartamiento de la Administración con el sistema normativo integralmente considerado, ya que aquella se encuentra obligada a actuar por imperio de éste mediante el otorgamiento de la competencia. De ahí que la omisión, el retardo, la mora en el cumplimiento de los deberes administrativos sean conductas antijurídicas.

2.b.2. La inactividad como contradicción al principio de eficiencia

La formulación expresa del principio de eficiencia como medida de control de la acción administrativa es coetánea a la introducción del elemento social en el Estado de Derecho y normalmente se presenta como un parámetro alternativo a la legalidad formal²³, como corolario de exigirle a éste prestaciones positivas a favor de los administrados, incorporándolas dentro de los que se llaman “derechos sociales”²⁴.

En el mismo orden de ideas, el Papa Juan XXIII, en la encíclica *Pacem in Terris*²⁵, señala que la obtención del bien común requiere la existencia de un poder eficiente, cuya exigencia no es casual que haya sido incluida en la mencionada encíclica, ya que ésta es señalada como una verdadera “Carta

²³ Véase, Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 45.

²⁴ Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t. 1, pág. III-27.

²⁵ Carta encíclica *Pacem in Terris*, parágrafo N° 62.

de Derechos del Hombre”²⁶. Es que los derechos humanos no existen donde no haya una Administración que actúe con eficiencia para hacer posible el real ejercicio de aquellos.

Además, agrega la Iglesia²⁷ que la complejidad social de estos tiempos requiere que los poderes públicos intervengan en materia económica, social y cultural “... con el fin de crear condiciones más favorables que ayuden a los ciudadanos y a las asociaciones intermedias en la búsqueda del bien integral del Hombre...”.

Eficiencia es la capacidad de lograr el efecto que se espera. Según el diccionario, el término proviene del latín *efficientia* y significa la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado²⁸.

El principio de eficiencia resulta ser un valor legitimador del ejercicio de la actividad administrativa que aspira cubrir las preocupaciones sociales contemporáneas. Es un nuevo paradigma²⁹. Por ello, tiempo atrás, Linares llegó a unir este principio con un “standard de buen servicio”³⁰.

²⁶ Véase, II Asamblea General del Sínodo de los Obispos: La justicia en el mundo, Cap. III.

²⁷ Conferencia Episcopal Argentina XLII Asamblea Plenaria, mayo de 1981, citado por Juan Bautista CINCUNEGUE, “El Rol del Estado en la Economía”, *RAP*, año 12, N° 137, pág. 14.

²⁸ *Diccionario de la Real Academia Española*.

²⁹ Conf. Pascual CAIELLA, “La eficiencia administrativa...”, ob. cit., pág. 22.

³⁰ Ampliar en Juan Francisco LINARES, “El deber de eficiencia del agente público”, *LL*, t. 1980-B, pág. 806, que indica: “*El buen servicio en la Administración Pública podría describirse como un comportamiento del agente que, con acatamiento de la Constitución, de la ley, instrucciones y órdenes, procure objetivos signados por valoraciones de moralidad, utilidad y justicia. Las leyes no se ocupan de prohibir expresamente la persecución del adversario o enemigo o la aparcería con el amigo. Pero es implícito en nuestro Estado de Derecho que al dictarse un acto administrativo en ejercicio de poder discrecional, aquél sea también correcto en el cumplimiento de los fines determinados por la ley aplicada y, en silencio de ella, de fines que respondan al buen servicio. La elección de fines que se orienten al bien común y no a bienes torpes o estúpidos es lo que caracteriza el buen servicio*”.

De tal forma, la inactividad administrativa no sólo contradice el principio de juridicidad y sino que también contradice el principio de eficiencia que debe regir en el ámbito de la gestión pública para cumplir con la acción prestacional a la cual se encuentra destinada. Vale decir, con la inacción se frustra el cumplimiento del deber administrativo determinado por el ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, se traduce en un comportamiento ineficiente que no permite alcanzar las necesidades que deben satisfacerse.

2.b.3. Inactividad como omisión antijurídica

La inactividad administrativa se expresa como la omisión antijurídica o ilícita de aquellos deberes de actuaciones determinados desde el Derecho ³¹.

Para Guibourg la identificación de una omisión reposa sobre las siguientes condiciones: a) la individualización de una acción no realizada; b) el interés en atribuir la inacción a un sujeto que habría podido realizarla ³². Así, el concepto queda restringido a la no comisión y el interés respecto de ésta dependerá de criterios contingentes de base pragmática confrontados al ordenamiento jurídico. En otros términos, lo relevante para la determinación o no de la omisión será la verificación de la prescripción de la conducta debida a la Administración y, en el caso particular, la ausencia absoluta de ella.

³¹ Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo por mora...* ob. cit., pág. 7, reflexionan: "En principio, inactividad y retraso en el actuar administrativo son cosas diferentes. Para que la Administración actúe con retraso es preciso que concurra un requisito previo: que haya actuado. De esa forma puede medirse la intensidad y las consecuencias que se desprenden de su demora. Hay inactividad cuando aquélla no ha actuado. Sin embargo, las normas equiparan, por lo general, ambas conductas". En consecuencia, para estos autores, la inactividad se reserva para la omisión antijurídica.

³² Ricardo A. GUIBOURG, *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 58.

La omisión es la abstención de hacer o de decir. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado³³. Se produce un vacío, desatención, desidia o falta de la actividad esperada de la Administración, que permite presuponer negligencia e indiferencia en el cumplimiento de los fines estatales³⁴.

Cuando la omisión de la persona pública es contraria a la juridicidad, esta situación permite reflejarse dentro del concepto de inactividad. Por lo tanto, las omisiones lícitas no se encuentran comprendidas³⁵.

La relación jurídica administrativa consiste en un constante fluir e interacción entre las partes, en consecuencia, si una de ellas no cumple la prestación a su cargo, determinada por la voluntad del legislador o el principio de auto vinculación de la Administración, la ecuación se quiebra. La mora objetiva del incumplimiento se concreta y pasa a configurarse una situación de desigualdad repudiable en el Estado social de Derecho.

Como se consideró en el capítulo anterior, a través de la petición de los administrados se motoriza el cumplimiento de la actuación debida, cuando aquella es promovida -a su vez- nace como correlato el deber de responder por parte del Estado³⁶. Entonces, su ausencia constituye una nueva violación del orden constitucional, un perjuicio para los derechos particulares y, en general, un estado de incertidumbre social e individual.

³³ Conf. *Diccionario de la Real Academia Española*.

³⁴ Esta situación denota la apatía o burocratización que invade a las Administraciones contemporáneas, siendo, como lo menciona Rodolfo C. BARRA, "Burocracia y RReforma de la Administración", *RAP*, Año 13, N° 156, pág. 11, que el problema de la burocracia es cualitativo antes que cuantitativo

³⁵ Confr. Julio Pablo COMADIRA, "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita", en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008, págs. 397 a 402.

³⁶ Al respecto Alberto R. ZARZA MENSAQUE, "Garantías institucionales. Hábeas Corpus. Amparo. Hábeas Data. Amparo por mora" en VV.AA., *Dere-*

2.b.4. Inactividad como expresión de la mala administración

El presente apartado permite abordar la temática desde una visión más global. La premisa para comenzar la reflexión es la de considerar como válida sólo la actividad administrativa regular, es decir, la desarrollada de acuerdo a la juridicidad. Se trata de una actitud casi extremista, pero optimista que proyecta y aspira que todo el actuar público sea ejecutado tal como fue prefijado por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, se postula alcanzar el deber ser³⁷.

Un remoto precedente de la expresión “mala administración” se encuentra mencionado por De Tocqueville³⁸. Y, una referencia más cercana, se halla en el Tratado de la Unión Europea, que establece, en el ámbito del Parlamento Euro-

cho Público Provincial, 1ª ed., Antonio María HERNÁNDEZ (coordinador), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pág. 353, indica que “*La Administración tiene el deber jurídico de resolver expresamente los reclamos e impugnaciones que se le formulen, esta obligación surge de normas constitucionales y legales como, por ejemplo, en el art. 14 CN que establece como uno de los derechos civiles fundamentales el de “peticionar a las autoridades”*. Este derecho tiene su correlatividad en el “deber-obligación” de la Administración de responder a las peticiones que se le formulan, pues de otro modo se tornaría ilusoria y carente de sentido esta potestad del administrado”.

³⁷ Sobre este aspecto, Juan Carlos RODRÍGUEZ ARIAS y Carlos A.M., YOUNG, “El mejoramiento de la Administración Pública. Cambio, o reforma y racionalización”, *RAP*, Edición Ciencias de la Administración, año 8, N° 91, pág. 7, expone que estudios sobre el mejoramiento de la Administración Pública indican que lo que cuenta es la utilidad del servicio, el bien que puede esperar el administrado del conjunto de funciones asumidas por el Estado.

³⁸ Ampliar en Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, reimpresión 1989, pág. 103: Al explicar cómo es el juicio político en los Estados Unidos expone que “*Los funcionarios públicos, dice la Constitución de Massachussets, serán condenados por la mala conducta que hayan observado y por su mala administración. Todos los funcionarios que hayan puesto en peligro al Estado, por mala administración, corrupción u otros delitos, dice la Constitución de Virginia, podrán ser acusados por la Cámara de Diputados*”. Terminología también incorporada en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastrich de 1991.

peo, la designación del defensor del pueblo para entender en los reclamos por mala administración efectuados por ciudadanos de la Unión³⁹. De manera positiva, la Carta de Niza⁴⁰ es la primera en el mundo que incluye expresamente el derecho a la buena administración como derecho fundamental, que, como se indicó en el capítulo anterior, también queda receptado en nuestro sistema jurídico dentro del art. 33 CN como un derecho implícito.

La denominada “mala administración” se opone a la buena administración⁴¹ o a los principios de buena gestión en la función pública que apunta al máximo rendimiento de los recursos disponibles, con el menor costo, para satisfacción de los intereses colectivos. Rodríguez Costa⁴² entiende que cualquier conducta de la Administración (activa o pasiva) que no se ajuste a los parámetros estatuidos por el ordenamiento jurídico, conducirá a un supuesto de mala administración, cuya gravedad se establecerá por el grado de distanciamiento entre la actitud administrativa y la previsión normativa. Pero, a la vez, para el citado autor, la inactividad se presenta como la modalidad más extendida y grave de mala administración.

Gómez Puente⁴³ se permite receptar a la actividad administrativa deficiente dentro del concepto de mala adminis-

³⁹ Véase decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, Aprobada por el Parlamento el 9 de marzo de 1994.

⁴⁰ Denominada formalmente como “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”.

⁴¹ El art. 103. 1. de la Constitución de España marca las directrices para comprender la buena administración en los siguientes términos: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

⁴² Ampliar en Manuel RODRÍGUEZ COSTA, *Control de la inactividad...* ob. cit., págs. 35 y 36.

⁴³ Véase Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., págs. 47 a 58.

tración, constituida por toda conducta activa o pasiva que no satisfaga la exigencias constitucionales y legales.

Urosa Maggi⁴⁴ se refiere a la inactividad en tanto manifestación del actuar antijurídico de la Administración y considera que es insuficiente definirla como la ausencia de la actuación legalmente debida, ni siquiera como el incumplimiento de obligaciones previstas en normas jurídicas, desde que no sólo la ley y demás normas jurídico-formales son fuentes de deberes y obligaciones administrativas.

De tal manera, la inactividad se presenta como una expresión de la mala administración ya que constituye doble infracción por omisión a la juridicidad y al deber de diligencia funcional que vacía de contenido la naturaleza práctica, concreta, dinámica y servicial de la Administración por ser un instrumento del Estado social.

3. Respecto de las técnicas de tutela

3.a. *El Derecho como técnica*

El Derecho no es una mera abstracción, forma parte de la realidad. En su génesis se reflejan componentes políticos, sociales y filosóficos. Como lo expresa Vernengo, el Derecho se constituye como fenómeno social de control de la conducta humana mediante actos de voluntad de los órganos sociales⁴⁵.

⁴⁴ Daniela UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2003, pág. 48.

⁴⁵ Roberto J. VERNENGO, "Sistemas normativos dinámicos y la idea de la libertad jurídica", en VV.AA., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pág. 437.

Kelsen entiende que el Derecho es una técnica social, ya que aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada ⁴⁶. Para los post modernos, el objetivo será utilizar al Derecho, más que como ciencia conocedora de la verdad metafísica, como técnica capaz de resolver conflictos por ello las verdades que en el Derecho no se captan como absolutas, sino concretas, cambiantes coyunturales y situadas ⁴⁷.

Se verifica una relación directa entre las normas o reglas jurídicas con la situación que éstas pretenden resolver o evitar conflictos de intereses. El Derecho no es considerado un mero conglomerado de normas. Esta es una visión sobre la manera de actuación de los institutos del Derecho. Para Martínez-Carrasco Pignatelli no se trata de fórmulas nuevas sino de técnicas clásicas adaptadas a una realidad nueva ⁴⁹.

El Derecho como ciencia, en los últimos tiempos, da importancia a la técnica ⁵⁰, o, en otros términos, la técnica forma parte de la ciencia jurídica en la necesidad legitimadora de concederle una eficacia funcional.

El término técnica proviene del latín *technicus* y éste del griego *tekne* que significa conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte. Pericia o

⁴⁶ Hans Kelsen, *Teoría Pura...* ob. cit., pág. 72.

⁴⁷ Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli, *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 203.

⁴⁸ Ampliar en Eugenio Bulygin, "Teoría y Técnica de la Legislación", *LL* t. 1981-C, pág. 967 y ss.

⁴⁹ Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli, *Postmodernidad...* ob. cit., pág. 64.

⁵⁰ En las últimas décadas, junto con las transformaciones científico-tecnológicas, se ha difundido una visión técnica de la realidad y, a partir de ahí, han surgido varias reflexiones que fueron agrupadas en lo que se denomina "filosofía de la técnica".

habilidad para usar de esos procedimientos y recursos⁵¹. De ahí, que la noción de Derecho como técnica responda a la preocupación por saber por qué razón es mejor hacer las cosas de una determinada manera.

3.b. El porqué de las técnicas de tutela

Ahora bien, la técnica en sí congrega un conjunto de reglas, procedimientos y conocimientos cuyo objeto es la aplicación utilitaria. Estos se presentan al particular como herramientas hábiles frente a una determinada situación de hecho.

Garantizar la sujeción a la juridicidad de toda conducta administrativa para comprobar y asegurar el cumplimiento de los referidos deberes legales, en cabeza de la Administración, exige disponer de los oportunos recursos jurídicos. Ellos, junto con la existencia de intereses jurídicamente protegidos, siguen siendo la pieza clave para exigir conductas activas de la Administración⁵².

Siempre bajo la perspectiva técnica, pero, más allá de una cuestión semántica, cabe la pregunta respecto de, si en el caso de la inactividad administrativa, se tratan de técnicas de tutela o técnicas de control. Lo cual, evidentemente, significa abordar un enfoque diferenciador sobre el análisis del tema. Tutela no es lo mismo que control. Tutelar supone la acción de proteger, amparar o defender. En cambio, control significa la revisión, fiscalización o examen de una acción consumada con anterioridad.

Los jueces cumplen una función de control y una función de tutela. Todo dependerá de cómo haya sido incoada la pretensión⁵³. La intervención judicial en situaciones adminis-

⁵¹ Según el *Diccionario de la Real Academia Española*.

⁵² Guillermo Andrés MUÑOZ, "Inmunidad del poder...", ob. cit., pág. 891.

⁵³ En este caso, como señala Julio César CUETO RÚA, "Elementos lógicos en el Proceso Judicial de interpretación y aplicación de las normas jurídicas

trativas activas se lleva a cabo a través de un “conocimiento suficiente”, como lo perfiló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reconocido fallo “Fernández Arias vs. Poggio”⁵⁴, consiste en la verificación del ejercicio de las potestades públicas de acuerdo con la juridicidad.

La primera solución técnica, para afrontar los problemas derivados del carácter revisor de la jurisdicción administrativa, que impedía conocer judicialmente la omisión administrativa aunque conculcarse derechos subjetivos, es la del silencio administrativo. La segunda, el reclamo ante los mismos órganos administrativos. La tercera, que recae en los tribunales, tiene la misión de comprobar fácticamente la inactividad denunciada, declarar la existencia del deber legal de actuación administrativa y concluir con la declaración de la antijuridicidad de la misma, exigiendo se supere con el comportamiento debido, siempre que éste no sea de imposible realización desde un punto de vista fáctico.

Esto es, en definitiva, el marco en el que corresponde la intervención jurisdiccional: declarar la existencia de inactividad administrativa, ponerle fin y evitar o reparar sus efectos contrarios al ordenamiento jurídico.

En cambio, la tarea de tutela de los magistrados es más propia de las situaciones administrativas negativas, ya que la nada o la ausencia de declaración volitiva no puede ser suplida por la acción judicial. El juez no puede ni debe transformarse en administrador. Entonces, su intervención será

generales”, LL, t. 1999-F, pág. 845: “La estructura conceptual adquirida por el juez le permite apreciar los hechos del caso y, sobre todo, el comportamiento de las partes. Frente a ello interpreta las normas jurídicas que pueden resultar de aplicación al conflicto y elegirá de entre ellas aquellas cuya aplicación haga posible que se haga justicia para las partes preservando, al mismo tiempo, la lógica y la coherencia de las normas”.

⁵⁴ Fallos 247:646 (1960), consid. 14º: “Que el alcance de este control judicial necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente suficiente, no depende de reglas generales u omnicomprensivas, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica”.

mucho más cauta, limitándose a verificar si, ante el caso expuesto, se produce una vulneración de derechos; en ese caso, concederá una protección adecuada.

Recapitulando, corresponde advertir que la reacción contra las inmunidades del poder se desarrolló como una búsqueda de mecanismos que permitiera limitar el ejercicio del poder, de constreñirlo a los límites legales, al admitir que sea objeto de estudio jurisdiccional. Dentro de ese contexto, la inactividad de la Administración se perfila como uno de los ámbitos menos tolerables de esa inmunidad. Resulta incongruente y contradictorio que una Administración que tiene a su cargo la confirmación social y económica de la sociedad permanezca inactiva. También lo es asignar a las autoridades administrativas cometidos expresos y, por otro lado, mantener un sistema de control limitado que inhibiere exigir aquella prestación debida⁵⁵.

Si ante las situaciones de pasividad administrativa no se arbitraran remedios idóneos, se configurarían situaciones de indefensión, dado que el particular quedaría desprotegido frente a la inactividad⁵⁶. Por ello, las soluciones previstas en el ordenamiento jurídico encuentran su rol protector en compensar la inferioridad ocasionada al sujeto en estos casos otorgándole instrumentos defensivos.

En consecuencia, se considera conveniente que la temática de la inactividad sea ubicada como una tutela especial, particular y autónoma, en razón de que la intervención solicitada -en algunos casos- es independiente de que sea o no referida a la cuestión de fondo. Se promueve una interven-

⁵⁵ Ampliar en Guillermo Andrés MUÑOZ, "Inmunidad del poder...", ob. cit., pág. 91, quien supo analizar detalladamente que la posibilidad de que la justicia pueda conminar a la Administración para que actúe o esté facultada para subsistir la actualidad de los órganos administrativos, genera una intrincada y multifacética problemática, pues estas funciones trascienden del marco de las tradicionalmente asignadas al Poder Judicial.

⁵⁶ Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo por mora...* ob. cit., pág. 5.

ción inmediata para protegerse contra los efectos perjudiciales de la inactividad, con trámites pautados conducentes al arribo de la solución reclamada.

Por ello se prefiere hablar de tutela y no de control de la inactividad. No se trata del ejercicio de la potestad revisora de los jueces, ya que en ese caso se podría afectar innecesariamente susceptibilidades. La razón de ser de la intervención de los magistrados y, hasta de la misma Administración en las omisiones o inacciones, es proteger la situación jurídica de los administrados y restablecer la juridicidad, exigiendo la realización de la actividad debida.

3.c. Espacios de las técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa

Una vez delimitada la comprensión de la inactividad administrativa, es tiempo de clarificar, identificar y sistematizar las diversas técnicas de tutela o medios de defensa positiva del particular⁵⁷ que el ordenamiento jurídico contiene para enfrentar o superar aquella.

La pregunta, que gira ante una situación concreta y determinada de inactividad de la Administración Pública, es la siguiente: ¿qué puede hacer el administrado? Los caminos son diversos, por lo que hay que apuntar estratégicamente a la vía que resulte más provechosa según las particularidades del caso. Como no hay una sola manera para alcanzar el éxito deseado, es necesario obrar con prudencia y sabiduría. En este punto, el dominio de las circunstancias fácticas, el tipo de inactividad de que se trate, el desarrollo del expediente administrativo, la conducta de los propios agentes involucrados, el conocimiento del régimen jurídico aplicable, entre otros, serán decisivos.

⁵⁷ Conf. Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t. IV, pág. XIII-2.

Lo que se pretende, a estas alturas, es proporcionar soluciones o, mejor aún, dadas las respuestas insertas en el mismo ordenamiento, efectuar un análisis expositivo de cada una. Por esto, se insiste en que las técnicas suponen la habilidad práctica de ejercitar los mecanismos jurídicos dispuestos por el Derecho.

Disposiciones no faltan aunque, a veces, ese no es el problema fundamental, pues entre las normas y su aplicación se interpone la telaraña de disquisiciones jurídicas. Además, la variedad y dispersidad normativa, como así también la falta de una visión clara sobre las modalidades y proyecciones de la inactividad de la Administración han provocado ciertas confusiones doctrinarias y jurisprudenciales⁵⁸.

Se reconocen variadas técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa. En el Anexo I se exponen en un cuadro comparativo las existentes en el régimen jurídico nacional y en la Provincia de Tucumán.

Tales son:

- a. Técnica cautelar: también denominada cautelar positiva, procura conceder como una tutela jurisdiccional anticipatoria la prestación que la Administración no ha ejecutado.
- b. Técnica silencial: el silencio de la Administración Pública constituye una técnica jurídica frente a la inactividad formal porque, dada la inacción, el administrado tiene el derecho a ejercer la opción de considerar - a través de una ficción legal- al silencio de la Administración Pública frente a una petición concreta, en un determinado sentido, el cual, en la mayoría de los casos, es denegatorio de lo solicitado, permitiéndole - en esa situación- no obstante la falta de resolución expresa, el acceso a la instancia judicial.

⁵⁸ Véase, Guillermo Andrés MUÑOZ, , “Inmunidad del poder ...”, ob. cit., pág. 891.

- c. Técnicas reclamativas: que se subdividen en técnicas reclamativas en sede administrativa (pronto despacho, queja por inactividad) y en técnicas reclamativas en sede judicial (acción de amparo, amparo por mora). Ambas suponen un rechazo a la situación de inactividad, generan en el espíritu del administrado una sensación de insatisfacción y una actitud más reaccional destinada a la exigencia de la prestación omitida. Éstas pueden ser intentadas tanto en sede administrativa como judicial, cada una tiene presupuestos y procedimientos propios.
- d. Técnica resarcitoria: a través de ella se obtiene la reparación de los daños y perjuicios que se ocasionaron al particular damnificado como consecuencia de la inactividad de la Administración.

3.d. Algo más sobre las técnicas identificadas

Se entiende que el ordenamiento jurídico regula diversas técnicas destinadas a evitar o, por lo menos, atemperar los efectos de la morosidad administrativa⁵⁹. Además, afinando la perspectiva de análisis, se considera que se tratan de distintos mecanismos para tutelar las situaciones del particular afectado por la inactividad.

En una primera instancia, el administrado tiene dos posibilidades. Una, puede esperar pacientemente que la Administración se pronuncie. Esto dependerá de la estrategia jurídica que fije su letrado, o bien, se supeditará a decisión del administrado que, sin letrado alguno, determina dejar trans-

⁵⁹ Conf. Tomás HUTCHINSON, "El pedido judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas (Amparo por mora), en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -IV- El amparo contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2001, pág. 210.

currir el tiempo aguardando la decisión ⁶⁰. Las expectativas podrán ser más favorables en un procedimiento de formación de la voluntad administrativa o, más desesperanzadoras, en un procedimiento recursivo ⁶¹. Dos, puede asumir exigir el cumplimiento de la acción o de la prestación por parte de la Administración.

Lamentablemente, son muchos los casos en los que hay una situación de abnegada complacencia por el temor de revancha que después el funcionario pueda tener, por el descrédito público de las instituciones o, simplemente, por el desconocimiento que existen mecanismos aptos para propugnar una resolución a lo peticionado.

De las solicitudes presentadas ante la Administración sólo un mínimo número llega a obtener un resultado final; la mayoría se torna abstracta porque los tiempos del procedimiento exceden y diluyen las expectativas particulares; la falta de preparación o la reticencia de asumir responsabilidades son elementos que aumentan la desidia de quienes tienen a su cargo la impulsión o instrucción de los trámites.

Como se manifestara, la Administración tiene la obligación de expresarse o de resolver las peticiones de los administrados. Pero, como es de público y notorio conocimiento, a veces, no lo hace. Y ese vacío o falta de respuesta no puede ni debe prolongarse en el tiempo.

El Estado de Derecho, concebido como el Estado sometido a la limitación constante por el Derecho positivo o a la limitación trascendente-inmanente por los derechos individuales ⁶², impone un equilibrio y protege a éstos a través del

⁶⁰ Véase, Javier Indalecio BARRAZA, "La inercia administrativa. Distintas técnicas jurídicas ante la inactividad de la Administración", *DJ*, t. 2008-II, pág. 550.

⁶¹ Ello es así porque hay poca humildad en reconocer los propios errores.

⁶² Según visión de Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Derecho y Libertad*, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo Editor, 1952, pág. 71.

sentido denegatorio concedido al silencio de la Administración como una solución constitucional⁶³ o legal⁶⁴, dispuesta en beneficio del interesado para que sea utilizada según su libre arbitrio cuando lo considere conveniente. Al respecto, se considera que la atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene un origen y una funcionalidad muy concretos, estrechamente ligados a la singular configuración técnica del recurso contencioso-administrativo como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es objeto de revisión a posteriori⁶⁵.

Desde el lenguaje vulgar⁶⁶ hasta las expresiones contenidas en el mismo ordenamiento jurídico se desprende la concepción de que quien no exige el reconocimiento de sus derechos... nada obtendrá. Por eso, resulta fundamental un cambio de actitud que, por decirlo de alguna manera, supone una visión optimista. Esto no es otra cosa que la participación ciudadana, en este caso, a través del reclamo de la prestación omitida. La obligación que tiene la Administración de dar una respuesta motivada a las peticiones efectuadas por los particulares quedaría plasmada como una linda expresión si no se acompaña con una auténtica y firme exigencia.

Pero, no debe perderse de vista que el efecto negativo del silencio resulte insuficiente para dar protección adecuada al interesado, ya que éste puede necesitar conocer en forma efectiva cuáles son las razones que posee la Administración para decidir en un sentido o en otro o cuando tal inactividad se refiere a actos preparatorios para el dictado de la decisión

⁶³ Como lo es, la del art. 21 CT.

⁶⁴ En el art. 10 de la LNPA.

⁶⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso... ob. cit.*, t. 1, pág. 600.

⁶⁶ Dice el tango Cambalache: "... el que no llora no mama...".

final o, simplemente, se trata del ejercicio de una competencia de exclusiva incumbencia⁶⁷.

Ergo, lo mínimo tolerable, es procurar una respuesta. ¿De qué manera?, ya sea en sede administrativa, mediante el reclamo ante la misma autoridad administrativa inactiva, ya sea con una queja ante el Superior, o, en un carácter marcadamente reaccional y en un plano problemático del control de la actividad administrativa y la garantía del particular frente a sus acciones u omisiones disconformes al ordenamiento jurídico⁶⁸, ya sea con una actitud de perseverancia para conseguir un pronunciamiento, en ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva⁶⁹ mediante la cual se podrá obtener una sentencia de condena, la que, en primer lugar, establecerá los términos concretos de la obligación exigida, individualizando qué es lo que tendría que haber hecho la Administración y no hizo. En segundo lugar, añadirá una conminación a cumplir con la obligación omitida al agente inactivo.

El amparo por mora deberá ser ejercido con suma cautela, para no violentar la división de los poderes, puesto que la facultad judicial debe ceñirse a los términos de la pretensión incoada por la parte en su demanda, limitación que, por ejemplo, también es asumida en la exposición de motivos de la legislación española, al decir que: *“El recurso contencioso-administrativo por su naturaleza no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud o ineficacia administrati-*

⁶⁷ Miguel H. E. OROZ, “El amparo por mora: transitando por una buena senda”, *Revista Lexis Nexis*, Suplemento de Derecho administrativo, 30 de julio 2003, pág. 76.

⁶⁸ Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 51.

⁶⁹ Cuya formulación supone según Fernando M. TOLLER, *“El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales”*, *RDA*, N° 45, pág. 544: *“... una constitucionalización del viejo derecho de acción, tanto en el sentido abstracto de derecho al proceso como en el sentido concreto de derecho a obtener la razón cuando se la posee”*.

vas sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad". Así, sin sustituir la decisión administrativa, el juez debe ordenar a la Administración que cumpla con su deber de pronto despacho, incluso disponer la aplicación de las responsabilidades que correspondieren para asegurarse que lo resuelto se observe.

Pese a todo, se advierte que, frente al estado del sistema judicial actual, el cual se encuentra agobiado por numerosas causas, escaso personal y trámites innecesariamente engorrosos, todo parecería indicar que la solución al problema de la inactividad administrativa no puede ser encontrada exclusivamente a través de la intervención judicial, porque -como dice Muñoz⁷⁰- el funcionamiento de la justicia no es mucho mejor y más rápido que la Administración. Así, las limitaciones derivadas de la legitimación y de los alcances de la sentencia impiden acceder por esta vía a soluciones globales. Los derechos consagrados en los textos constitucionales concurren a profundizar el abismo existente entre las prestaciones prometidas y las efectivamente acordadas. En consecuencia, la solución de fondo debe ser acompañada de una concientización y educación sobre la eficacia a la que debe aspirar la gestión pública y a la optimización de los servicios estatales.

Sin embargo, reiterando una propuesta esperanzadora, se considera que evaluados los beneficios y desventajas que esta temática involucra, es importante informar sobre los mecanismos que existen en el orden jurídico. No hace falta importar institutos foráneos, que a veces resultan incongruentes, cuando la solución está al alcance de la mano.

⁷⁰ Guillermo Andrés MUÑOZ, "Inmunidad del poder...", ob. cit., pág. 891, reflexionaba: *"Sin embargo, desde hace un tiempo, me asaltan grandes dudas. Es que, en el ámbito federal, el número de causas contencioso administrativas viene creciendo a un ritmo vertiginoso, a un ritmo que supera las posibilidades materiales de los jueces de primera instancia cuyo atraso ya es serio"*.

4. Conclusiones del capítulo

La interpretación del ordenamiento jurídico como técnica en el empleo de mecanismos de tutela para el particular frente a la inactividad administrativa es la principal conclusión arribada en el presente capítulo. El aporte es eminentemente pragmático, como realista, al identificar y exponer en punto 3.c., cada una de las vías jurídicas.

El fenómeno de la inactividad de la Administración Pública no es receptado con limitaciones, sino que es concebido de modo amplio, como todo comportamiento o carencia de actividad contrario al principio de juridicidad y al principio de eficiencia. Constituye una omisión antijurídica de aquellos deberes de actuación determinados por el Derecho, que representa -a la vez- una expresión de la mala administración.

La omisión, la pasividad, la inacción, la demora, etc., no son situaciones infranqueables que el particular tenga que soportar estoicamente. Éste tiene a su alcance una gama de posibilidades no excluyentes para superarlas o protegerse. Todas expuestas en el Derecho, el que, concebido bajo una visión técnica, permite orientar sobre cada una de aquellas a través de una tutela especial, particular y autónoma.

Las posiciones sobre “inactividad administrativa” y sobre las “técnicas de tutela”, sentadas en las páginas anteriores, permiten fijar las bases del análisis que sobre éstas se realizará desde el Capítulo IV al Capítulo VIII (primera y segunda parte), inclusive.

CAPÍTULO III

CLASIFICACIONES DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Introducción al capítulo

En el capítulo anterior fue delimitada la inactividad administrativa como fenómeno real. Ahora, corresponde ilustrar sobre las maneras en las que aquella puede llegar a manifestarse, con la finalidad de comprender de modo integral el objeto de estudio. Según Entelman, el universo a clasificar se constituye por la existencia de un ordenamiento normativo que da lugar a la aparición de un todo de conductas normadas ¹.

Como dijo Carrió ², las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles: sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.

¹ Remo F. ENTELMAN, "El problema de la clasificación en la ciencia del Derecho", en VV.AA., *El lenguaje del Derecho* (Homenaje a Genaro R. CARRIÓ), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pág. 123

² Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre...* ob. cit., pág. 99: "*Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas*".

Si bien existen múltiples formas de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos, el criterio para decidirse por una de ellas y no por otras está dado por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica.

Resulta beneficioso advertir con claridad frente a qué tipo de inactividad se está, ya que permitirá elegir con mayor precisión y efectividad de entre las distintas técnicas que el legislador previó para enfrentar aquella.

El universo sin duda es amplio. Por tal motivo, se cree conveniente, en el intento de no descuidar ninguno de los ámbitos en los que pueda configurarse la inactividad estatal, determinar distintas perspectivas clasificatorias, advirtiendo que una misma situación puede ser ubicada en más de uno de los tipos previstos.

2. Clasificación tradicional

La distinción entre inactividad administrativa formal e inactividad administrativa material es la clasificación -tal vez más conocida y tradicional. Es utilizada por autores como Nieto García³, Gómez Puente⁴, Urosa Maggi⁵, Hutchinson⁶,

³ Alejandro NIETO GARCÍA, "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N°37, enero-abril, 1962, págs. 75 a 126: La inactividad material es "una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares. En otra publicación posterior, Alejandro NIETO GARCÍA, "La inactividad material de la Administración: Veinticinco años después", *Documentación Administrativa*, N° 208, abril-diciembre, 1986, págs. 11 a 64, postula la siguiente clasificación: inactividad formal silencial, inactividad material negativa, inactividad material positiva, inactividad de efectos trilaterales.

⁴ Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., págs. 118 a 120, propone clasificar a la inactividad administrativa en: a) Inactividad formal,

para citar algunos. Pero, además, ésta permite la mayor comprensión de las distintas maneras en que la inactividad puede presentarse.

2.a. Inactividad material

Para alcanzar los fines públicos, la Administración se encuentra dotada de varias potestades, las cuales se materializan a través de obligaciones expresas o concretas (a veces, razonablemente implícitas) y operaciones activas específicas que representan su competencia ordinaria. Aho-

“consistente en la falta de realización por la Administración de una declaración jurídica que resulta legalmente debida” dentro de la cual distingue, según la naturaleza de la declaración jurídica omitida, entre inactividad formal normativa, inactividad formal convencional e inactividad formal singular (o procedimental) y b) inactividad material, la que define “a partir de la omisión o falta de realización de una actividad técnica, material o física de trascendencia externa a la Administración”.

⁵ Daniela UROSA MAGGI, *Tutela judicial...* ob. cit., pág. 52, quien considera que *“la determinación del carácter formal o material de la inactividad debe atender a la naturaleza jurídica de la obligación más que al aspecto formal del modo de ejercicio o exteriorización. De allí que lo que debe ser considerado como inactividad formal es el incumplimiento de los deberes jurídico-administrativos de contenido puramente formal, entre los cuales estaría el deber de dar oportuna respuesta, pero también el deber de instrucción o tramitación del procedimiento administrativo, el deber de dar impulso procesal y el practicar notificaciones debidas, entre otros”.*

⁶ Véase Tomás HUTCHINSON, “La inactividad de la Administración y su control”, en VV.AA., *Control de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, págs. 157 a 208. En el mismo sentido, Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit., pág. 8: *“Por inactividad material se entiende una pasividad (omisión antijurídica), un no hacer de la Administración dentro del marco de sus competencias ordinarias. Consiste en la falta de ejercicio de la competencia como parte del órgano que tiene la obligación de actuar expresamente. La inactividad formal se refiere a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento administrativo, que consiste en la falta de ejercicio de la competencia decisoria de aquélla frente a la petición de un particular cuando tiene la obligación de resolver expresamente”.*

ra bien, cuando éstas no se efectúan, tales omisiones quedarán comprendidas como inactividades materiales. Constituyen un no hacer de actuaciones debidas, tangibles, concretas y posibles.

En la realidad, la inactividad administrativa material se presenta de varias maneras: por ejemplo, la falta de prestación de los servicios públicos asumidos por el Estado, la no emisión de disposiciones reglamentarias son esenciales para la debida ejecución de las leyes⁷, la omisión en la creación de los órganos que resultan imprescindibles para el cumplimiento de las tareas que disponen las leyes, el no ejercicio por parte de la Administración de aquellas acciones encomendadas en defensa de los derechos e intereses de la comunidad -como la protección del medio ambiente- y la resistencia a cumplir con las decisiones judiciales condenatorias a la persona estatal. En este sentido, cabe predicar que la inactividad material es un no hacer de la Administración dentro del marco de su competencia ordinaria.

La inactividad material asume un papel cada día más relevante para la vida en sociedad. De allí que se considere necesario reflexionar sobre este tema de modo de activar los servicios y prestaciones estatales tanto de carácter material o positivo como de naturaleza social.

Por último, el terreno donde se encuentra el tipo de inactividad aquí tratado es amplio, como lo son las distintas maneras en que puede o debe desplegarse el accionar estatal, con excepción del ámbito del procedimiento administrativo, donde se percibe cierto carácter residual o marginal en la determinación.

⁷ En estas condiciones, la pasividad administrativa las transforma en meras declaraciones de derechos, hechas públicas a través del Boletín Oficial.

2.b. *Inactividad formal*

El elemento formal es central, ya que la función administrativa se despliega con orden a través de una sucesión de etapas. El procedimiento constituye la causa formal de la actividad pública, se halla representado por un conjunto de actos que, combinados entre sí, representan el camino que inexorablemente debe transitarse para llegar al dictado del acto administrativo definitivo, célula motora de la función que permite a la Administración concretar la satisfacción de necesidades colectivas⁸.

La nota distintiva del procedimiento es su carácter formalista, que involucra el respeto del derecho al debido procedimiento adjetivo (art. 18 CN) y a la garantía de la efectiva tutela administrativa (art. 1º, inc. f, LNPA y art. 3º, inc. c, LPAT), a través de la custodia en el ejercicio del derecho a ser oído, el derecho a ofrecer como producir pruebas en tanto sean conducentes o pertinentes para la dilucidación de la cuestión planteada y el derecho a una decisión fundada, de modo que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y se pronuncie respecto de las cuestiones propuestas.

Se entienden como inactividad administrativa formal a las omisiones, retardos injustificados cometidos en el marco del procedimiento administrativo⁹. En otros términos, quedan comprendidas tanto las faltas de ejercicio como los defectos de las potestades decisorias, de trámite o de impulso. Por ejemplo, omisiones en la declaración de voluntad, de jui-

⁸ Conf. Armando CANOSA, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, pág. 46.

⁹ CContAdmTuc., Sala II, 10/4/06, "Coria, Raquel Inés vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social", concibe a la inactividad formal como "la omisión o pasividad dentro de un procedimiento administrativo durante un lapso de tiempo que excede los plazos legales o bien razonables pautas temporales de tramitación".

cio, de conocimiento, de no instruir o iniciar de oficio las actuaciones, de no instar la prosecución de las actuaciones mediante los actos de ordenación.

De las anteriores proposiciones se deduce que existe una inactividad formal por omisión legal de actuar de oficio, en la que se distingue una inactividad formal procedimental o instructoria y una inactividad formal de resultado o resolutoria, las cuales obedecen a una directa contradicción con las facultades regladas establecidas para el procedimiento administrativo.

2.c. Combinaciones entre inactividad formal y material

En los hechos, entre ambos tipos de inactividad puede existir una correlación, darse de manera simultánea, aislada o sucesiva. No son estancos¹⁰. En efecto, puede haber inactividad material pero no formal, por ejemplo, cuando se obliga a la Administración a la poda de árboles en la vía pública o al control de la contaminación ambiental que producen los automotores o controles de polución o calidad del aire y aquella no cumple con su deber (inactividad material).

Asimismo, puede coexistir tanto la inactividad material como la inactividad formal cuando, frente a la obstrucción de una ruta producida por un fenómeno natural o no, el organismo competente no procede a la remoción del obstáculo (inactividad material) y, a la vez, omite responder las reclamaciones o denuncias efectuadas por quienes exigen que la Administración actúe despejando la ruta (inactividad formal).

Otro ejemplo se encuentra en los casos de inexecución de los actos administrativos que, a *prima facie*, se trata de un supuesto de inactividad material por ausencia de disposición de los medios técnicos o materiales para adecuar la situación

¹⁰ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 120.

fáctica con el objeto del acto y a la vez, constituir una inactividad formal, en razón de que no se dictan actos para cumplir o ejecutar el acto o impulsar el procedimiento de ejecución.

3. Clasificación desde el punto de vista de las manifestaciones de la función administrativa

Verificada la función administrativa ¹¹, como el conjunto de atribuciones que el ordenamiento jurídico otorga a los órganos estatales para el cumplimiento de los fines que hacen al bien común, ella se manifiesta a través de distintas maneras que producen efectos jurídicos, directos e indirectos, por crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones.

Por consiguiente, la no actuación de la Administración, cuando estas manifestaciones fueren exigidas, da lugar a la siguiente clasificación de inactividad fáctica, inactividad declarativa, inactividad reglamentaria, inactividad convencional e inactividad dictaminal.

3.a. Inactividad fáctica

Se configura cuando la Administración no efectúa las actuaciones, operaciones o comportamientos materiales, considerados hechos administrativos requeridos por una norma para la ejecución de un acto administrativo. Por ejemplo, la

¹¹ Confr. Rodolfo C. BARRA, *Principios de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, pág. 141, quien diferencia entre los términos “función” y “actividad”, indicando que el primero “*constituye un complejo formado por la competencia del órgano, el procedimiento por éste empleado y el órgano mismo, en tanto que la actividad se refiere exclusivamente a la materialidad del acto que se estudia sin importar bajo que procedimiento o que órgano lo ha emitido*”.

no demolición de un edificio en ruinas constituye una amenaza al no ejecutarse el acto que dispuso aquella, o también, la no colocación efectiva de la faja de clausura dispuesta por un acto administrativo por razones de salubridad. O, aun en los casos en donde no exista el acto previo y se requiera la pura materialidad, como ocurre en la no colocación de un vallado ante un derrumbe perpetuado.

3.b. Inactividad declarativa

Según Comadira¹² se concibe al acto administrativo como declaración emitida por un órgano estatal o un ente público no estatal, en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.

La Procuración del Tesoro de la Nación, por su parte, establece que el acto administrativo comprende no sólo la manifestación de voluntad sino también la certificación de hechos llegados a conocimiento de la Administración y que, por lo tanto, al ser el certificado un acto administrativo debe estar sujeto a todas las normas que prescribe y exige la ley de procedimiento administrativo¹³.

Pero cabe señalar que la declaración puede, incluso, ser verbal, como las órdenes de agentes de policía, órdenes comunes de los superiores a los funcionarios públicos relativas al desempeño diario de sus funciones¹⁴, más allá de la deficiencia probatoria que ello puede implicar y del vicio que, según las circunstancias, esa clase de declaración puede aparejar.

En definitiva, la inactividad declarativa se produce cuando el órgano en ejercicio de la función administrativa no emi-

¹² Julio Rodolfo COMADIRA, *Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 5, o también en Julio Rodolfo COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...* ob. cit., pág. 183.

¹³ *Dictámenes*, t. 156, pág. 64 (pto. III. 2).

¹⁴ GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., tomo III, pág. X-29.

te la declaración unilateral, de alcances particulares y directos que es de esperar. Por ejemplo, cuando no se emite el acto administrativo para hacer lugar o rechazar un recurso administrativo, o cuando el Registro Inmobiliario no expide el certificado de condiciones de dominio y gravamen requerido, o no se confecciona el acto administrativo de cese por jubilación de un agente cuando están reunidos los presupuestos objetivos y formales.

3.b.1. Inactividad anulatoria

Se configura cuando la Administración no cumple con la obligación de extinguir un acto ilegítimo cuando así se lo exige el ordenamiento jurídico ¹⁵.

En el sistema jurídico nacional, el art. 17 LNPA prescribe que: “*El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y **debe ser revocado o sustituido** por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad*” (la negrita es propia). En este caso, si bien la potestad revocatoria en la instancia administrativa cede frente a la estabilidad de los derechos particulares, la Administración tiene la obligación legal de suspender los efectos del acto nulo y promover la acción judicial de nulidad.

El art. 51 LPAT establece: “*El acto administrativo nulo **debe ser revocado** o sustituido por razones de ilegitimidad, aun en sede administrativa*” (la negrita es propia). Por lo tanto, frente a una ilegitimidad absoluta o insanable pesa la obli-

¹⁵ Agustín COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos administrativos...* ob. cit., pág. 37: “La anulación de oficio es categorizada como un deber de la Administración, es decir, como una potestad administrativa de uso obligatorio de modo que cuando ella es procedente, su ejercicio constituye una obligación de ejercicio inexcusable”.

gación de la Administración de revocar por sí y ante sí el acto administrativo, el que no goza de estabilidad.

3.c. *Inactividad reglamentaria*

El acto de alcance general de contenido normativo o reglamentario está dirigido a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico¹⁶.

Se asemejan a las leyes por su característica de generalidad y de producir efectos jurídicos directos desde la fecha estipulada para su entrada en vigencia o, si ésta no ha sido indicada, después de los ocho días de publicación en el Boletín Oficial (art. 2º CC). Se incorporan al ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad¹⁷.

La potestad reglamentaria resulta justificada por la gran movilidad de las normas administrativas, que exige que éstas no tengan el rango formal que la ley comporta, facilitando su derogación y sustitución por otras¹⁸; además, la vocación dinámica como concreta de la Administración resulta útil para reglar cuestiones que el legislador no previó.

Teniendo en cuenta la vinculación de los reglamentos con las leyes, la doctrina¹⁹ identifica la siguiente clasificación de los reglamentos: de necesidad y urgencia, delegados, de ejecución o autónomos.

Con la reforma constitucional de 1994 fueron admitidos los reglamentos de necesidad y urgencia cuando se configure

¹⁶ Conf. Julio Rodolfo COMADIRA, *Procedimientos administrativos...* ob. cit., pág. 193.

¹⁷ Julio Rodolfo COMADIRA, *Procedimientos administrativos...* ob. cit., pág. 194

¹⁸ Alejandro Juan USLENGHI, "Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria", en VV.AA., *Acto Administrativo y Reglamento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 489.

¹⁹ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...* ob. cit., t. 1 pág. 142.

una situación de emergencia, según el art. 99, inc. 3, CN “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir con los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar reglamentos por razones de necesidad y urgencia...*”.

Los reglamentos delegados se tratan de normas generales dictadas por la Administración en base a una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias de competencia del legislador²⁰. El art. 76 CN declara: “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*”.

En el art. 99, inc. 2, CN establece que corresponde al Presidente de la Nación lo siguiente: “*Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*”. De esta forma, la Constitución Nacional consagra a los reglamentos ejecutivos para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes.

Los reglamentos autónomos son normas generales dictadas sobre materias que pertenecen a la zona de reserva de la Administración. Advierte Cassagne²¹ que su dictado corresponde al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual en su art. 99, inc. 1, dice que aquel es el “*jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país*”.

En la Nación se encuentra en la ley N° 26.122²², que establece el régimen normativo de los reglamentos de necesidad

²⁰ Conf. Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...* ob. cit., t. 1, pág. 147.

²¹ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...* ob. cit., t. 1, pág. 146.

²² Publicada BON, 28/7/06.

y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes. En la Provincia de Tucumán el procedimiento para la emisión de los primeros está establecido en la ley N° 6686²³.

Para Gómez Puente debe entenderse que la inactividad reglamentaria tiene lugar cuando resulta legal o constitucionalmente debido el dictado de una disposición de carácter general por la Administración y ésta no lo hace²⁴.

Según sea la técnica legislativa empleada, las leyes pueden contener la obligación de que la Administración dicte normas reglamentarias para determinar algunos aspectos, sustantivos o formales, con el objeto de permitir la adecuada interpretación y aplicación de aquella. Y, en el caso de que éstas no sean emitidas, se estaría en presencia de un supuesto de este tipo de inactividad.

Sin embargo, debe advertirse que la falta de reglamentación no significa que la ley sea inaplicable, ya que su obligatoriedad y operatividad no dependen de la Administración infractora. Lo contrario significaría otorgarle al Ejecutivo un veto encubierto.

En el sistema francés y alemán se advierte un alto grado de teorización sobre la obligatoriedad de ejercitar la potestad reglamentaria, no así en la Argentina ni en España, al punto de que Nieto García²⁵ denuncia que la inactividad reglamentaria es un estado habitual en la vida española, puesto que buena parte de los reglamentos anunciados, y hasta ordenados por las leyes, no llegan a aprobarse.

²³ Publicada BOT, 23/10/95, modificada por la ley 6774 (1996) y ley 7304 (2003).

²⁴ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 235.

²⁵ Alejandro NIETO GARCÍA, "La inactividad material...", ob. cit., pág. 60.

3.d. *Inactividad convencional*

El Estado, para cumplir con sus fines, además de imponer su voluntad a los particulares, puede invitar a éstos a que colaboren o participen con él, mediante el acuerdo de voluntades, fuente de sus respectivos derechos y obligaciones. En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el Derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo proyectándose en su régimen sustantivo²⁶. Correa²⁷ considera que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la Administración y que llevan explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del Derecho privado.

Existe contrato cuando la Administración Pública une su voluntad a la voluntad individual con el objetivo de satisfacer el bien común, produciendo entre las partes efectos jurídicos recíprocos. La sustancia de todo contrato, es decir, lo que permanece en sí, más allá de los accidentes, es el acuerdo de voluntades²⁸.

El consentimiento como expresión de la voluntad de las partes y fusión de éstas no va a representar un elemento autónomo del contrato sino que va a constituir un requisito presupuesto²⁹.

²⁶ Juan Carlos CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 15.

²⁷ José Luis CORREA, "Contratos administrativos: versión clásica", en VV.AA., *Contratos administrativos* (director, Ismael FARRANDO (h)), Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002, pág. 383.

²⁸ Conf. Rodolfo C. BARRA, "La sustantividad del contrato administrativo", *ED*, t. 182, pág. 1034.

²⁹ Conf. Armando N. CANOSA, "El silencio y otros aspectos de la formación de los contratos administrativos", *ED*, t. 155, pág. 484.

Cuando es posible precisar la existencia de deberes administrativos de obrar encaminados a la conjunción convencional de voluntades, es posible advertir la existencia de una inactividad convencional, configurada por todo comportamiento u omisión antijurídica de la Administración derivada del deber legal de contratar. Gómez Puente define este tipo de inactividad como un comportamiento antijurídico de la Administración consistente en la infracción por omisión de un deber legal de concertar³⁰.

Incluso, una vez concentrada la voluntad contractual, también genera interés el incumplimiento de los objetivos legales durante el desarrollo o ejecución del contrato. Tal es el caso de mora en las obligaciones a cargo de la persona estatal, como ser, no efectuar el replanteo necesario para iniciar la ejecución del contrato de obra pública o no entregar los certificados provisorios, ni colocar a disposición los bienes materiales para que el concesionario pueda ejecutar el servicio.

3.d.1. Inactividad precontractual

Por lo general, los contratos que celebra la Administración, con personas privadas o públicas no estatales, se instrumentan a través de un procedimiento formal³¹ previo.

La inactividad precontractual se halla configurada por el incumplimiento de las obligaciones formales y temporales establecidas en la etapa precontractual³² o durante el

³⁰ Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 721.

³¹ Juan Carlos CASSAGNE, *El contrato...* ob. cit., pág. 44.

³² Por ejemplo, si presentadas una o varias ofertas a la Administración y ésta se mantiene inerte, ese silencio es un vacío de voluntad, es impropia para realizar la fusión de voluntades y constituye un supuesto de inactividad precontractual. Lo cual no debe confundirse con la potestad de revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, cuyas consecuencias, según Laura MONTI, "Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia", VV.AA.,

procedimiento de selección del contratista. Etapa que se encuentra rodeada de más elementos reglados que discrecionales e, incluso, la elección final estará condicionada por el respeto a la juridicidad en el procedimiento previo especificado por la norma.

La omisión de cumplir o concluir en su integridad con el procedimiento de selección del futuro contratista (sea la licitación pública, concurso de precios, concurso de antecedentes y oposición u otros), cuando éste se encuentra normativamente impuesto, acudiéndose simplemente a la libre elección, constituye una evidente violación al debido procedimiento legal ³³.

Asimismo, en los demás casos en donde no existiera tal imperativo, se prefiere -no obstante- acudir a los procedimientos que puedan cumplir mejor con la seguridad de la transparencia en el manejo de los dineros públicos, es decir a la moralidad de la actuación estatal, y que propendan a un mayor control a través de la participación ciudadana y la libre concurrencia.

3.e. Inactividad preparatoria o dictaminal

Las manifestaciones definitivas de la Administración no nacen por generación espontánea, sino que son producto de un proceso de formación, opiniones o dictámenes, asesoramientos técnicos y jurídicos. Se trata, de manera específica, de aquellas declaraciones de juicio emitidas por órganos es-

Contratos administrativos, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pág. 347, "se centran básicamente en la posibilidad de que los oferentes obtengan algún tipo de resarcimiento de los daños que la revocación les cause".

³³ Conf. art. 3º inc. 5 de la Convención interamericana contra la corrupción, la Decisión N° 40/03 (Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur y el art. 12 CT.

pecialmente calificados en materias determinadas, llamados a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto ³⁴.

El art. 48 del decreto nacional N° 1759/72 (RNPA) dice “... *El plazo máximo para evacuar los informes técnicos y dictámenes será de veinte días, pudiendo ampliarse, si existieren motivos atendibles y a pedido de quien deba producirlos, por el tiempo razonable que fuere necesario. Los informes administrativos no técnicos deberán evacuarse en el plazo máximo de diez días...*”.

Por su parte, el art. 14 del mismo texto reglamentario prescribe que “*si para sustanciar las actuaciones se necesitaren datos o informes de terceros o de otros órganos administrativos, se los deberá solicitar directamente o mediante oficio, de los que se dejará constancia en el expediente. A tales efectos, las dependencias de la administración, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a prestar su colaboración permanente y recíproca*”.

En Tucumán, el art. 38 LPAT propone un plazo de diez (10) días para la emisión de informes y dictámenes.

Evidentemente, estos simples actos, informes o dictámenes son producto de coordinación o colaboración interorgánica. Entonces, la falta de remisión o realización de ellos, cuando sea solicitada o su emisión sea legal o reglamentariamente impuesta, como así también su confección tardía, constituyen supuestos de inactividad administrativa preparatoria ³⁵. Como, por ejemplo, el nombramiento para ingreso en la Administración Pública sin haberse requeridos los informes anteriores, también, la omisión del dictamen jurídico previo cuando el acto administrativo pudiere afectar

³⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...* ob. cit., t. 2, pág. 482.

³⁵ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad ...* ob. cit., pág. 457.

derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 7° inc. d LNPA y art. 43 inc. 4 LPAT).

La falta de evacuación de los dictámenes, más en caso de los obligatorios que los facultativos, conduce a la paralización de las actuaciones, ya que interrumpe el cumplimiento de los otros trámites sucesivos, pero en modo alguno, libera a la Administración activa de su deber de pronunciamiento expreso y de ejercer la dirección sobre todo el procedimiento.

De tal suerte, esta inactividad afecta la colaboración o conjunta participación en la elaboración o desarrollo interno de la voluntad administrativa, conlleva la renuncia de la competencia legalmente asignada, e influye de modo negativo en la funcionalidad armónica o la gestión administrativa.

4. Clasificación desde el punto de vista de las etapas del procedimiento administrativo

El procedimiento es el conjunto de pasos ordenados concatenadamente que constituyen la causa formal de la función administrativa. Cassagne³⁶ aborda el carácter amplio de procedimiento administrativo, indicando que el control que se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública asume distintas modalidades pero, en todos los casos, se realiza a través de éste, el que constituye una serie de actos orientados como garantía de los administrados y resguarda la legitimidad racional y eficacia de las conductas y decisiones estatales³⁷.

Su desarrollo puede ilustrarse como un segmento, con una existencia determinada con un inicio y un fin. Así, el origen se encuentra en la presentación efectuada por un administrado, persona física o jurídica, como también por cualquier

³⁶ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...* ob. cit., t. 2, pág. 305.

³⁷ Conf. Carlos F. BALBÍN, *Curso...* ob. cit., t. 2, pág. 592.

actuación promovida de oficio por la misma Administración. De ahí se sucede una serie continuada de actos que se encuentran casualmente vinculados entre sí y que concluyen en un punto. Tal es la resolución expresa que marca el término final del camino recorrido

A su vez, desde el punto de vista del tipo de la voluntad administrativa, el procedimiento puede ser categorizado como un procedimiento de formación de la voluntad y un procedimiento de impugnación de ésta.

En el primer caso, partiendo de una instrucción a pedido de parte o de oficio, se lleva a cabo una sucesión de actos preparatorios de lo que, en definitiva, se declarará, resolverá, certificará, manifestará o responderá. En el segundo, se parte de la existencia de una declaración o resolución de la Administración en un determinado sentido, a la que, por razones de ilegitimidad o de oportunidad, mérito y conveniencia, sea necesario modificar, aclarar, extinguir o sustituir.

En consecuencia, siendo el procedimiento la expresión más cabal de la imposición de formas y legalidades que hacen al respeto de la juridicidad en la Administración, el incumplimiento de cualquiera de ellas conduce a un estado de inactividad.

4.a. Inactividad en el procedimiento de formación

La inactividad administrativa en el procedimiento de formación se refiere a la inobservancia de alguno o algunos de los actos necesarios para arribar al acto definitivo, comprendiendo un vicio del procedimiento, y -simultáneamente- la vulneración del derecho al debido procedimiento previo que forma parte del debido proceso legal. Por ejemplo, la omisión del dictamen jurídico previo y la omisión de solicitar la participación del particular en la preparación de la voluntad administrativa.

4.b. Inactividad en el procedimiento administrativo de impugnación

Se verifica cuando la Administración no resuelve las impugnaciones promovidas a través de recursos o reclamos u omite seguir con los trámites establecidos. Aquí la inactividad se perpetúa en la etapa final del procedimiento y deja un vacío de voluntad o silencio que es cubierto a través de una ficción que lo considera como una resolución denegatoria³⁸, a los efectos de permitir el acceso a la instancia judicial.

5. Clasificación desde el punto de vista de la gestión pública

5.a. Inactividad prestacional

El deber de prestación se configura con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado o interés final. La actividad prestacional de la Administración constituye la manifestación propia del Estado Social de Derecho ya que, mediante la intervención activa de los poderes públicos a través de actuaciones materiales, se procura no sólo el cumplimiento de la juridicidad sino también, en condiciones de equidad y razonabilidad, el logro de la distribución de los beneficios comunitarios.

En los tiempos que corren se evidencia una rigidez o crudeza en la aplicación de las reglas económicas. Las concepciones utópicas son inconsistentes y conducen a consecuencias de desequilibrio social o concentración de la riqueza en unos pocos. El error se produce en descuidar que el centro de referencia de toda actividad debe ser aquella que sea benefi-

³⁸ Art. 21 CT y art. 10 LNPA.

ciosa para la perfección de la dignidad humana. De nada sirven los avances tecnológicos y científicos si ellos no logran superar la marginalidad, la desnutrición, el vacío existencial del hombre contemporáneo, el abandono material y espiritual, la falta de solidaridad y caridad, etc.

El Estado es y debe ser el primordial gestor del bien común y la Administración Pública, en el marco de su ámbito de gestión, debe cumplir con la ley³⁹. El Preámbulo⁴⁰ de la Constitución Nacional marca las directrices de la actividad prestacional⁴¹, “... *promover al bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad*”, relacionada directamente con la llamada “cláusula del progreso y de engrandecimiento” incorporada en el art. 75, inc. 18, CN que imprime como deber material el “*proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias...*”.

La inactividad administrativa prestacional se manifiesta cuando la Administración deja de cumplir con sus deberes jurídicos de actuación positiva o material para el bienestar de la comunidad. En este sentido, remarca Comadira⁴² la presencia irrenunciable del Estado ya que si en el campo de las relaciones jurídico-privadas, instituciones como la lesión, el abuso de los derechos o la teoría de la imprevisión, entre otras, demuestran la vigencia de una política legislativa orientada

³⁹ Véase, Mariana AMONDARAIN, “La inactividad administrativa no otorga facultades extraordinarias”, *LL*, Suplemento administrativo, noviembre, 2004, pág. 37.

⁴⁰ Al respecto Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución...* ob. cit., t. 1, pág. 298, postuló: “*El Preámbulo comparte la fuerza normativa de la Constitución*”.

⁴¹ También el Preámbulo de la Constitución de la provincia de Tucumán dice “*promover el desarrollo humano en una democracia participativa y pluralista fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, garantizando la vida desde su concepción; procurar el desarrollo económico, la equitativa distribución de la riqueza (...) con el propósito de asegurar e impulsar el bienestar de los que habitan esta tierra*”.

⁴² Conf. Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho Administrativo...* ob. cit., págs. 639 y 640.

a la consecución de la justicia en esas relaciones, la reubicación funcional de la Administración Pública no podrá implicar indiferencia estatal si la liberación de las fuerzas sociales y económicas producida a partir del cambio emprendido es, por sí sola, insuficiente para garantizar el contenido ético del nuevo orden buscado.

5.b. *Inactividad preventiva*

Lógico es pensar que para asegurar la eficacia de la resolución que en el futuro se dictará, la Administración se encuentra habilitada para adoptar las medidas preventivas o provisionales que considere oportunas con el fin de asegurar su propia autotutela e, incluso, para protección de los intereses implicados.

La explicación dogmática se halla en que la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *status quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial ⁴³.

Al respecto, no se trata en la problemática la tutela cautelar en cuanto anticipo de la eficacia de un acto desfavorable o de gravamen, sino que se apunta hacia aquellos actos favorables o al supuesto de la actividad prestacional de la Administración en donde es de presumir su necesidad de adoptar las medidas preventivas destinadas a su garantía o aseguramiento.

Evidentemente, el límite de la legitimación de los particulares, para hacer valer alguna de las técnicas de tutela que se analizarán en los capítulos siguientes frente a este tipo

⁴³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso... ob. cit.*, t. 2, pág. 515.

particular de inactividad, queda dado tanto por la evaluación de oportunidad como por el ejercicio de las técnicas de organización y gestión que han de procurar a la Administración de una adecuada agilidad y capacidad de respuesta de las necesidades públicas.

Se encuentran como ejemplos de la inactividad preventiva, la omisión de requerir una fianza provisional en un contrato administrativo y la suspensión de licencias urbanísticas por replanteamiento de la zonificación.

Pero, más allá de su previsión legal, la adopción de estas medidas preventivas resulta obligatoria cuando existen razones concretas para considerar que la inacción administrativa puede provocar la desaparición o extinción de los intereses en juego, ocasionar daños de difícil o imposible reparación o bien, constituir una flagrante violación a derechos amparados por las leyes.

Este tipo de inactividad puede consumarse frente al silencio de una solicitud de acordar la adopción de medidas preventivas e, incluso, en la no ejecución o materialización de la medida provisional ya acordada expresamente.

5.b.1. Inactividad suspensiva

El art. 12, *in fine*, LNPA prescribe “... *la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta*”. Mientras el art. 47 de LPAT establece que “... *la Administración **deberá** de oficio o a petición de parte, mediante resolución fundada, suspender la ejecución del acto por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente la existencia de un vicio manifiesto. En caso que fuera a pedido de parte, el órgano emisor del acto **deberá** resolver en el plazo de diez (10) días. La decisión es irrecurrible en sede administrativa*” (la negrita es propia).

Con lo expuesto, se deduce que la norma provincial es mucho más enfática que la nacional a la hora de imprimir el deber de suspender los efectos jurídicos del acto administrativo, ya que indica *“la Administración deberá”* y que, recibida la petición suspensiva *“deberá pronunciarse”* en un plazo perentorio de diez (10) días. En este caso, la inactividad administrativa suspensiva, es fácilmente verificable cuando se constate la omisión de suspender o resolver respecto de la suspensión petitionada. Bajo tal situación, vencido el término aludido sin respuesta expresa, queda habilitada la figura del silencio con efecto denegatorio para incoar la pretensión en sede judicial.

Al respecto, el art. 22 CPAT determina: *“La suspensión de ejecutoriedad petitionada como medida cautelar judicial, pendiente de agotamiento de la instancia administrativa, únicamente será admisible cuando el particular acredite haberla solicitado ante la administración pública y haber sido denegada expresamente o esta no se hubiere expedido dentro del plazo de diez días de impetrada y siempre que acredite los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo”*.

Este tema presenta destacada relevancia en razón de que conjuga el derecho con una efectiva tutela administrativa y con la sumisión de la Administración a la juridicidad. En consecuencia, el interés cautelar o preventivo, verificado a través del otorgamiento, denegación u omisión de este tipo de medidas muchas veces trasciende las partes involucradas y configura un perjuicio a intereses más relevantes que éstas.

5.c. Inactividad de control

El Estado, dado su carácter, debe velar por el cumplimiento y la ejecución de las normas, siendo la primera y superior de ellas la Constitución Nacional. A su vez, debe mantener

una conducta apegada a la legalidad, por lo que su actuación debe ser regular ⁴⁴.

Este tipo de inactividad de control se perpetúa cuando los órganos creados para realizar actividades de control, preventivo o revisor, no desarrollan tales competencias y ocasiona un perjuicio a la misma Administración o a terceros.

El deber de vigilancia o control recae sobre la Administración en tanto y en cuanto presta directamente el servicio, como cuando sirve de intermediario, pues la gestión indirecta no priva de cumplir aquél.

En el escenario de las privatizaciones ocurridas en la década del noventa del siglo pasado, aparecieron los llamados entes de regulación y control de los servicios públicos concesionados o privatizados. Se otorgó a tales organismos, entre otras muchas potestades, la vigilancia de la correcta prestación del servicio público, en aras a la protección de los usuarios. De esto se desprende que la responsabilidad del ente se activa cuando omite cumplir con ese deber y, en consecuencia, produce a los usuarios daños derivados de un servicio deficiente o -lo que es más grave- de la falta de servicio ⁴⁵.

⁴⁴ Juan ERBIN, "¿Responsabilidad del Estado por omisión de control o por imposibilidad de ejecución de la sentencia?", *LL*, t. 2005-F, pág. 351

⁴⁵ Ampliar Alberto B., BIANCHI, "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control", *LL*, t. 2000-D, pág. 534, quien expone las notas típicas para responsabilizar a los entes reguladores: (a) la responsabilidad del ente por la omisión en el cumplimiento de sus deberes de vigilar la conducta del concesionario, puede ser abordada desde dos puntos de vista: 1) desde la responsabilidad indirecta o refleja por el hecho ajeno, con fundamento en la culpa in vigilando de la teoría civilista clásica o 2) desde la responsabilidad directa y objetiva de la falta de servicio, con fundamento en el art. 1112 CC; (b) Cualquiera sea el fundamento que esta responsabilidad tenga, la mera comprobación de una negligencia u omisión no es suficiente para que el ente sea responsable. Se hace necesario probar que de haberse ejercido adecuadamente el control se podrían haber evitado los daños reclamados; (c) la prueba de este nexo causal, como toda probanza de un hecho negativo, es ardua. No obstante si ello se lograra, el acreedor (usuario, por lo general) puede recla-

Generalmente, la mayoría de los casos en los que hay responsabilidad del Estado por omisión es porque no se prestó con diligencia el deber de vigilancia. La llamada “tragedia de Cromagñon”⁴⁶ puso sobre el tapete la inactividad de control, por no haberse efectuado los controles correspondientes con anterioridad al funesto episodio⁴⁷.

5.d. Inactividad sancionadora

En los últimos años, la doctrina⁴⁸ considera que la potestad sancionadora de la Administración no es sólo una mera

mar tanto al ente como al concesionario, y cualquiera de ambos deben responder por el total.

⁴⁶ El 30 de diciembre del 2004 en la ciudad de Buenos Aires, en la discoteca llamada “República Cromagnon”, se inició un incendio después de que fuera encendida una bengala conocida como “tres tiros”, la cual hizo arder un elemento decorativo que pendía del techo, una media sombra. Esta es una red fabricada con material sintético que pronto propagó el fuego y que, al quemarse, produjo una nube de humo tóxico que “inundó” el lugar. Según testimonios recogidos por los medios de comunicación, habían concurrido alrededor de 2.000 personas al recital de la banda “Callejeros”, sin embargo, hay versiones que sostienen que había entre 3.000 y 5.000 personas dentro del local. El humo no tardó en expandirse por él, haciendo el aire irrespirable, mientras que las personas, presas del pánico, intentaron desalojar el edificio. La única salida de emergencia estaba bloqueada con cadenas y 4 de las 5 puertas de acceso estaban cerradas para impedir el ingreso de más personas al recital. A pesar de los esfuerzos de los cuerpos de bomberos, sobrevivientes, grupos voluntarios de rescate y vecinos, murieron 191 personas y hubo 714 heridos.

⁴⁷ Javier Indalecio BARRAZA, “Las omisiones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *LL*, 2 de febrero de 2005, mencionó: “*Tengo la certeza que dichos acontecimientos son la conjunción de diversos factores, pero fundamentalmente sobresalen la omisión en el control de las autoridades gubernamentales locales y el nivel de corrupción que nos aqueja*”.

⁴⁸ En particular, Fernando R. GARCÍA PULLÉS, “La potestad sancionadora de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional”, en *Documentación Administrativa* N° 267-268, septiembre 2003-abril 2004, pág. 504, afirma el carácter autónomo de la potestad administrativa sancionadora.

emanación de la actividad de coacción, sino que forma parte del *ius punendi* del Estado. Éste se subdivide en dos manifestaciones, la mencionada potestad sancionadora y la potestad represiva penal de los jueces ⁴⁹.

La potestad administrativa sancionadora faculta la aplicación de sanciones por incumplimiento o violación del ordenamiento jurídico. Lo que obliga a distinguir, por una parte, una potestad sancionadora externa o correctiva de la Administración hacia los administrados con quienes detentan una relación de sujeción general, concebida como la competencia de la Administración para reprimir la conducta de los particulares, la cual deviene como complemento de la potestad imperativa o de mando. Por otra parte, se advierte una potestad sancionadora interna o disciplinaria, que es el régimen jurídico que confiere a la Administración de ciertas facultades de dirección y corrección respecto de los agentes públicos que se encuentran bajo su órbita. Se trata de la aplicación de la potestad sancionadora en las relaciones de sujeción especial, donde se ejerce una disciplina interna en la organización para tutelar el buen funcionamiento de la misma.

Contrariamente, Goane ⁵⁰ entiende que debe referirse a un poder disciplinario, el cual no constituye una subespecie juntamente con la potestad correctiva, dentro de la genérica potestad sancionadora ya que, según su criterio, es una lógica consecuencia jurídica de la unidad u orden formalmente constitutivo de la organización administrativa. Su finalidad

⁴⁹ En este sentido, Alejandro NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 80, dice: "La tesis de la potestad punitiva única del Estado y de sus dos manifestaciones es sumamente ingeniosa, resuelve con suavidad los rechazos ideológicos que inevitablemente provoca la mera potestad sancionadora de la Administración y, sobre todo, resulta de gran utilidad en cuanto que sirve para proporcionar al Derecho Administrativo Sancionador un aparato conceptual y práctico del que hasta ahora carecía".

⁵⁰ René Mario GOANE, *El poder disciplinario de la Administración Pública. Las funciones del Estado. Las limitaciones administrativas al dominio*, Tucumán, Asociación Fondo de Cultura Jurídica, 1991, págs. 16 y 17.

es la unión u orden de la organización administrativa. Desde esta perspectiva, define al poder disciplinario como *“aquella virtualidad jurídica de la que está munida la Administración Pública para imponer, por medio de sanciones determinadas, una regla de conducta a todos aquellos cuya actividad compromete la misma organización administrativa”*⁵¹.

Marienhoff⁵² parte de la premisa según la cual la responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria son conceptos sinónimos. Considera que la responsabilidad administrativa, que se hace efectiva a través del poder disciplinario, aparece cuando el agente comete una falta de servicio transgrediendo reglas propias de la función pública.

Para Comadira⁵³ se trata de un *“sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración Pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas, de los agentes o ex agentes estatales, violatorias de deberes o prohibiciones exigibles o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración Pública”*.

A través de ésta se materializa o se hace efectiva la responsabilidad del agente público y abarca la responsabilidad de los funcionarios, pues la experiencia indica que el comportamiento de éstos también afecta el bien jurídico protegido por la responsabilidad disciplinaria⁵⁴.

⁵¹ Conf. René Mario GOANE, *El poder disciplinario...* ob. cit., pág. 11.

⁵² Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado...* ob. cit., t. III-B, págs. 402 y 403.

⁵³ Julio R. COMADIRA, “Responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, en VVAA. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 590.

⁵⁴ Fabián O. CANDA, *Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2004, pág. 176. En el mismo sentido se pronuncia Julio R. COMADIRA, “Responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, en VVAA. *Responsabilidad del Estado...* ob. cit., pág. 591.

La temática es bifronte, pues involucra un aspecto sancionador y un aspecto educativo. El primero, porque la corrección propiamente dicha significa la imposición de consecuencias perjudiciales y responsabilidades en la persona del agente infractor. De ahí, su contenido objetivo, es decir, la mera confrontación con las normas que regulan la función. Y, el segundo, ya que interesa el efecto estelar de la sanción misma en los otros funcionarios y empleados para incentivar la buena gestión. Por esto, se comparte con Cassagne⁵⁵ que la potestad disciplinaria debe venir investida de una correlativa dosis de ejemplaridad.

En la aplicación de sanciones hay una sujeción o sometimiento de los particulares y, de modo indirecto, es el medio de obtener la observancia. En consecuencia, la Administración no podrá abstenerse de sancionar dado que es un deber, a la vez de ser una competencia, y por lo tanto irrenunciable⁵⁶.

Por consiguiente, la inactividad sancionatoria se observa cuando la Administración no instruye el procedimiento sancionador como cuando no impone las sanciones previstas en la norma pese a reunirse, en el caso, los presupuestos de hecho, de derecho y de procedimiento. Los efectos de su configuración son muy negativos porque se ponen en juego los fines legislativos, en especial, el carácter disuasorio y ejemplificatorio de las sanciones comprometiendo la eficacia de la acción administrativa y empañando la objetividad e imparcialidad que han de dirigirla; al tiempo que genera desconfianza cívica, introduce inseguridad jurídica y aleatoriedad⁵⁷.

⁵⁵ Conf. Juan Carlos CASSAGNE, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", *LL*, t. 1989-C, pág. 982 y ss.

⁵⁶ En el mismo sentido, se expresa Susana LORENZO, *Sanciones administrativas*, Montevideo, Julio César Faria Editor, 1996, pág. 14.

⁵⁷ Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 405.

5.e. *Inactividad informativa*

Cuando la reforma constitucional de 1994 incorporó, en los arts. 41 y 42 CN, la importancia de la protección del ambiente, el reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores⁵⁸, consagró también el valor de la información. Esto es, la comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada⁵⁹.

El 3 de diciembre de 2003, el PEN emite el dec. N° 1172/2003, denominado “Acceso a la Información Pública” que dispone aprobar los reglamentos generales de audiencias públicas para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito de la Administración pública nacional, para la elaboración participativa de normas del acceso a la información pública y de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos. Por ello, crea formularios de inscripciones, registro y presentación de opiniones y propuestas y establece también el acceso libre y gratuito, vía Internet, a la edición diaria del Boletín Oficial de la República Argentina.

Otro aspecto de relevancia es el trámite de información al particular sobre la marcha o estado de las actuaciones administrativas. Durante todo el desarrollo del procedimiento, salvo en el caso de declaración considerada secreta o reservada (art. 2° inc. c LNPA), la Administración está obligada a poner en conocimiento del administrado todo lo actuado, permitiendo su compulsas, su lectura y hasta la posibilidad de extraer copia de todo o parte del expediente en el marco del principio del debido proceso legal (art. 3° inc. c LPAT) y del principio republicano de la transparencia de los actos de gobierno.

⁵⁸ Según María Angélica GELLI, *Constitución...* ob. cit., pág. 369, la incorporación “implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica de 1853-60 y hasta en la concepción social de la Ley Suprema, incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 bis”.

⁵⁹ Diccionario de la Real Academia Española.

La vista significa el acceso irrestricto al expediente administrativo, a diferencia del traslado que representa un acto de comunicación de actuaciones dentro del expediente, para que la parte, dentro de un plazo, manifieste lo que corresponde. La vista debe otorgarse haya o no que contestar algo en plazo alguno⁶⁰. Su otorgamiento resultará, sin duda, de provecho para el particular porque podrá tener conocimiento de los estadios del procedimiento.

El art. 38 RNPA prescribe que “... *la parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate. El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoría. Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para la vista, aquél se dispondrá por escrito rigiendo a su respecto lo establecido por el art. 1º, inc. e), aparts. 4 y 5, de la Ley de Procedimientos Administrativos. El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente. A pedido del interesado, y a su cargo, se facilitarán fotocopia de las piezas que solicitare*”.

En el caso de que el interesado necesite tomar vista de las actuaciones con el objetivo de interponer un recurso administrativo, el art. 76 RNPA indica que se suspenderán los plazos para recurrir durante el tiempo que se le conceda la misma, vale decir, que en el ámbito nacional “*la mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los pla-*

⁶⁰ Armando CANOSA, *Recursos...* ob. cit., pág. 139. También en CANOSA, Armando, “La vista en el procedimiento administrativo”, ED, t. 134, pág. 898

zos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista”.

Consecuentemente, la negativa, retardo o el silencio de la Administración, frente al pedido del particular de tener acceso o tomar vista de las actuaciones, constituyen supuestos de inactividad informativa, además de constituir una vulneración de la garantía del debido procedimiento y al derecho de información.

5.f. Inactividad ambiental

Dado el alerta de los científicos sobre los daños ecológicos, el ordenamiento jurídico reacciona actualizando las instituciones tradicionales y previendo mecanismos de solución. Como dice Bibiloni⁶¹, para el hombre de derecho los instrumentos del cambio son las normas.

Según Cafferatta⁶², la legislación ambiental utiliza diversas técnicas que van desde las normas de comando y control, pasando por las normas blandas de autorregulación hasta los instrumentos económicos (derecho tributario ambiental, incentivos o estímulos, régimen de responsabilidad civil por daños), y, también, recurriendo a mecanismos preventivos, reparatorios y represivos.

En 1994, la reforma de la Constitución Nacional consagra en el art. 41 el derecho y protección del *“ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”* y el deber de su preservación, estableciendo expresamente que *“Las autori-*

⁶¹ Héctor BIBILONI, “La obligación ambiental. Fundamentos - Responsabilidad”, *LL*, Suplemento ambiental, 23/9/05, pág. 2.

⁶² Néstor A. CAFFERATTA, “De la efectividad del Derecho ambiental”, *LL*, t. 2007-E, pág. 1308.

dades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

Debido a lo expuesto, se predefine el deber de actuación de los órganos públicos en materia ambiental. Obligación que, como remarca Gelli⁶³, en la cuestión ambiental requiere políticas de concertación y coordinación hacia un federalismo de cooperación, porque el citado art. 41 CN establece una asignación nueva de competencias entre la Nación y las provincias en esta materia, determinando que *“corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.*

En Tucumán, la Constitución Provincial de 1990, en el art. 36 ya había establecido la protección del ambiente. En el año 2006, en la reforma efectuada a aquella, se reafirmó en el art. 41⁶⁴ el derecho al medio ambiente sano, el que se inter-

⁶³ María Angélica GELLI, *Constitución ... ob. cit.*, pág. 363.

⁶⁴ Art. 41.- “La Provincia de Tucumán adopta como política prioritaria de Estado la preservación del medio ambiente. El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponerlo y/o repararlo. Dentro de la esfera de sus atribuciones la Provincia: 1º) Arbitrará los medios legales para proteger la pureza del ambiente preservando los recursos naturales, culturales y los valores estéticos que hagan a la mejor calidad de vida. Prohibirá el depósito de materiales o sustancias de las consideradas basura ecológica, sean de origen nuclear o de cualquier otro tipo. 2º) Acordará con la Nación, las otras provincias y las municipalidades, lo que corresponda, para evitar daños ambientales en su territorio por acciones realizadas fuera del mismo. Regulará, asimismo, la prohibición de ingreso de residuos peligrosos y radiactivos al territorio provincial, propiciando mecanismos de acuerdos con el Estado Nacional, con otras provincias, o con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estados extranjeros e instituciones privadas, con el objeto de crear sistemas de tránsito, tratamiento y/o disposición final de los mismos. 3º) Deberá prevenir y controlar la contaminación y la degradación de ambientes por erosión, ordenando

preta como el derecho de cada habitante a que los otros (individuos o cuerpos sociales) no alteren significativamente el ambiente, es decir, el entorno, en perjuicio de la salud (física, síquica o social) o del equilibrio ecológico ⁶⁵.

Lo expuesto conduce a develar la verdadera conexión entre los deberes ambientales de la Administración y los derechos que tienen los administrados frente a ésta en la protección de la *res humanitatis*. Al mismo tiempo, pero bajo otra perspectiva de análisis, permite individualizar las situaciones en las que los particulares se encuentran legitimados para reclamar la realización de determinada actividad.

La ley nacional N° 25.675 ⁶⁶ (Ley General del Ambiente) y la ley de la Provincia de Tucumán N° 6253 ⁶⁷, modificada por la ley N° 7459 y ley N° 7873 (Ley de Medio Ambiente), deter-

su espacio territorial para conservar y acrecentar su equilibrio. 4º) Protegerá las reservas naturales declaradas como tales y creará nuevas con la finalidad de que sirvan como bancos de semillas de la flora autóctona, material genético de la fauna y lugares de estudio de las mismas. 5º) Fomentará la forestación, especialmente con plantas autóctonas, tanto en tierras privadas como en las del Estado. 6º) Reglamentará la producción, formulación, comercialización y uso de productos químicos, biológicos y alimenticios de acuerdo a las normas vigentes en la materia y a los códigos de conducta internacional. 7º) Procurará soluciones prácticas, respetando las reglas sobre expropiación. 8º) Garantizará el amparo judicial para la protección del ambiente. 9º) Promoverá la educación ambiental en todas las modalidades y niveles, y desarrollará campañas destinadas a la concientización de la ciudadanía en general. 10º) Establecerá la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto. 11º) Determinará por ley el régimen de competencia en materia ambiental, delimitando expresamente las facultades que correspondan a la Provincia y a los municipios. 12º) Reservará para sí la jurisdicción sobre toda cuestión que se suscite en materia ambiental dentro de su territorio, y su sustanciación será de competencia administrativa y judicial provincial”.

⁶⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, Tomás HUTCHINSON y Edgardo Alberto DONNA, *Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, t. 1, pág. 343.

⁶⁶ Publicada BON, 28/11/02.

⁶⁷ Publicada BOT, 15/10/91.

minan competencias y deberes que las autoridades de los diversos niveles de gobierno se obligan a ejercer. Esto, relacionado con lo antes manifestado, permite afirmar que el ordenamiento territorial es un instrumento clave para el diseño de las políticas públicas para el desarrollo sustentable ⁶⁸.

Aceptando la idea de que el Estado se encuentra obligado a perseguir el objetivo ambiental de manera positiva ⁶⁹, corresponde conceptuar a la inactividad administrativa ambiental como un fenómeno que contradice la juridicidad y naturaleza activa o dinámica de ésta que procura, a través del cumplimiento de sus competencias, efectuar con eficiencia las prestaciones necesarias con el fin de lograr el bien común y el desarrollo sustentable.

6. Clasificación desde el punto de vista de la ejecución

6.a. Inactividad en la ejecución de los actos administrativos

Explica García de Enterría ⁷⁰ que así como la autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros.

La Administración Pública debe garantizar y garantizarse la ejecución de sus propias resoluciones, para lo que dispone de potestades específicas y de medios de ejecución for-

⁶⁸ Juan Rodrigo WALSH, "El ordenamiento territorial como presupuesto mínimo de protección ambiental", *LL*, t. 2005-D, pág. 1085.

⁶⁹ Véase Mercedes DÍAZ ARAUJO, "La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora", *Revista Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina- Derecho Ambiental*, número especial, 10 de julio de 2002, coordinador: Néstor CAFFERATTA, pág. 36.

⁷⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso... ob. cit.*, t. 1, pág. 522.

zosa. Se relaciona con el principio de autovinculación administrativa y la vocación servicial, instrumental o efectista de la actividad. Entonces, cuando no ponen en práctica tales potestades, incurre en este tipo de inactividad y convierte su voluntad en una mera declaración no llevada a la acción.

El acto administrativo goza de presunción de legitimidad y su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios⁷¹. Dice Hutchinson⁷² que es rasgo esencial del acto administrativo su fuerza ejecutiva (ejecutividad) de modo que, por el solo hecho de dictarse con respecto al procedimiento establecido y a la competencia del órgano administrativo, constituye un título legitimador de la actuación administrativa y torna al acto exigible y obligatorio, siendo, para el citado autor, la ejecutoriedad o la ejecución de oficio la fuerza para que la Administración lleve a efecto el acto⁷³.

Aun cuando pareciera desprenderse de la terminología legal del art. 12 LNPA y del art. 47 LPAT, que contienen la palabra “*faculta*”, se considera que la obligación de ejecutar o hacer ejecutar lo dispuesto en un acto administrativo constituye una facultad reglada para la Administración que se deriva de la obligatoriedad de la competencia administrativa y del principio de su irrenunciabilidad. Admitiéndose, tan sólo cierto grado de discrecionalidad, cuando sea necesario efectuar una apreciación respecto del tiempo o momento de la ejecución o respecto de los medios o maneras para concretarla, lo que dependerá de las pautas de la proporcionalidad y de la prudencia de no incurrir en el vicio de desviación de poder.

⁷¹ Art. 47 LPAT y art. 12 LNPA.

⁷² Tomás HUTCHINSON, *Digesto Práctico La Ley, Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 227, parágrafo N° 1060.

⁷³ Tomás HUTCHINSON, *Digesto Práctico...* ob. cit., pág. 228, parágrafo N° 1065.

Pero, ni siquiera en los casos en que se requiera, por ley o por la naturaleza del acto, de la intervención judicial, la Administración Pública está exigida a promover las acciones ante el órgano jurisdiccional; por ejemplo, en el supuesto de demolición de una obra ilícita en un inmueble o desalojo de bienes que fueron concedidos a título precario.

En estos casos, la función de los jueces será la de componer las potestades públicas, sopesar su ejercicio en el marco de juridicidad, con los derechos individuales en juego. La sentencia determinará quién será el destinatario de la ejecución e identificará las medidas para ordenarla.

La inactividad se verifica cuando la Administración no dispone las medidas para la ejecución de sus propios actos administrativos. También se verifica cuando no se procura, en sede judicial, por la naturaleza de los derechos involucrados, que el destinatario cumpla. Nieto García⁷⁴ denomina al tipo de inactividad aquí analizada como “inactividad inercial”, dado que se realiza la prestación fáctica para la ejecución de los actos firmes. Para Gómez Puente⁷⁵, dos son los frentes desde los que puede abordarse el fenómeno de la inactividad de la Administración en el cumplimiento y ejecución de los actos administrativos. Primero, el del incumplimiento por la propia Administración cuando ella es la destinataria del acto, y segundo, el de la falta de actuación de los poderes de ejecución forzosa de que la Administración dispone cuando otro sujeto se resiste al cumplimiento voluntario de un acto administrativo del que es destinatario.

⁷⁴ Alejandro NIETO GARCÍA, “La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998”, Revista Justicia Administrativa, número extraordinario, Valladolid, Lex Nova, 1999, págs. 55 y 56.

⁷⁵ Véase Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad ...* ob. cit., pág. 738 y ss.

6.b. Inactividad en la ejecución de sentencias judiciales o Inactividad resistencial

Como dice Nieto García ⁷⁶, aquí se aborda el colmo de la inactividad. No se trata de una Administración silente y ni siquiera inerte sino desobediente, que ofrece resistencia a cumplir con una sentencia de condena dictada por un juez.

Vale decir que la inactividad resistencial se da cuando la Administración se resiste a cumplir con una orden judicial basada en autoridad de cosa juzgada, en la que se le ordena dictar un acto administrativo o desarrollar una actividad y se opone sin razón a su ejecución. Es el peor y el más repudiable supuesto de inacción ya que perpetúa un caso de grosera inobservancia.

Hacer ejecutar lo juzgado es propio de la función judicial puesto que complementa el concepto de efectividad de la tutela jurisdiccional y el control de los actos de la Administración. El CPCCN, en el art. 511 y en el art. 80 del CPAT, establece las facultades del juez para decidir las modalidades de la ejecución o su adecuación a las conveniencias de cada caso.

En el plano axiológico cabe reconocer que, sin la posibilidad de su transformación coactiva en hechos concretos, la sentencia (al igual de lo que en ella es reconocido como exigible) queda reducida a una mera declaración jurídica, a una opinión sobre lo correcto o lo debido en el plano del Derecho. Esta última posibilidad no satisface al litigante vencedor ni abastece adecuadamente la garantía del debido proceso. Por esta razón, la no ejecutoriedad es una anomalía, un contrasentido dentro del sistema generalizado de sometimiento del Estado al Derecho ⁷⁷, porque aun en los supuestos de consi-

⁷⁶ Alejandro NIETO GARCÍA, "La inactividad..." ob. cit., pág. 57.

⁷⁷ Ampliar, Carlos A. BOTASSI, "Ejecución de sentencias contra el Estado. En el nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires", *LL*, t. 2000-E, pág. 1116.

derar meramente declarativas a las sentencias de contenido patrimonial que condenan al Estado, éstas devienen en ejecutorias luego de culminado el procedimiento administrativo de consolidación de deudas públicas, nacido al amparo de las normas de emergencia ⁷⁸.

Es más, los efectos declaratorios fueron atenuados por la doctrina judicial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Pietranera, Josefa y otros c/ Gobierno Nacional” ⁷⁹, consideró que el art. 7º de la ley 3952 tendía a evitar que la Administración Pública se viera colocada, como consecuencia de un mandato judicial perentorio, en la imposibilidad de satisfacer el requerimiento por carecer de fondos previstos para tal fin en el presupuesto o perturbar su normal funcionamiento; pero ello no significaba una suerte de autorización para que el Estado no cumpliera con las sentencias judiciales, pues ello significaría colocarlo fuera del orden jurídico cuando es él, precisamente, quien debe velar por su observancia. También la Corte Suprema de Justicia de Tucumán ⁸⁰ tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión.

Sin embargo, en los casos de sentencias condenatorias sin contenido patrimonial, el juez podrá iniciar la ejecución forzosa de la sentencia en sus propios términos adoptando las medidas que considere oportunas, ya sea de carácter compulsorio, responsabilidades patrimoniales, administrativas o penales sobre los titulares de los organismos administrativos.

En el caso de que la sentencia no pudiera cumplirse o fuera de imposible cumplimiento, y se tratase de una actividad no personalísima o fungible, entonces, cabría una ejecu-

⁷⁸ En el ámbito nacional, ley N° 23.982, ley N° 24.624, ley N° 25.973 y sus modif.

⁷⁹ *Fallos* 265:291 (1966).

⁸⁰ CSJT, 5/3/01, “Bunader Valperga, Rodolfo Edgardo vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ cobro ejecutivo” y “Alfaro, Juan Carlos vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ cobro ejecutivo”.

ción sustitutiva, ya sea a través de una suspensión o de una indemnización, siempre que ello no significara incurrir en una violación del ordenamiento jurídico ⁸¹.

7. Conclusiones del capítulo

Antes de afrontar el análisis de cada una de las técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa en los capítulos siguientes, se considera conveniente efectuar una exploración, a través de clasificaciones criteriosas, sobre las distintas maneras que aquella puede presentarse porque sobre las mismas se confrontará la aplicación de las técnicas que serán expuestas más adelante.

El universo de la inacción es vasto, por lo que pueden ser susceptibles de reformulación las distinciones realizadas. Como reflexiona Gómez Puente ⁸², no se encuentran muchos estudios donde este fenómeno jurídico se aborde desde una perspectiva integral o de conjunto y se clasifiquen sus abundantes manifestaciones. Ello se considera que puede justificarse por la amplitud en que se expresaría el tema analizado. Por ventura, el mismo ordenamiento jurídico contiene diversas soluciones, dada esta diversidad.

La tarea realizada en este capítulo, si bien no agota todas las posibilidades, es útil en esta tesis para permitir la ubicación real del tipo de inactividad de la que se trata con la intención de ayudar a definir la técnica que resulte más hábil para superarla. Además, permite confirmar que la distinción tradicional entre la inactividad administrativa formal e inactividad administrativa material continúa siendo conveniente como comprensiva de los demás tipos de inactividad y sobre éstas serán confrontadas las técnicas.

⁸¹ Posibilidad prevista en los arts. 80 a 87 CPAT.

⁸² Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 111.

CAPÍTULO IV

LA TÉCNICA CAUTELAR

1. Introducción al capítulo

Retomando la exposición de las distintas técnicas jurídicas contra la inactividad administrativa identificadas en el Cap. II, apartado 3.c., en las páginas siguientes se analizará la tutela cautelar de los derechos mediante el otorgamiento provisorio del deber jurídico omitido. El marco de actuación de la temática procura equilibrar, en el proceso judicial, la situación fáctica de que se parte, luego de cumplimentados determinados presupuestos establecidos por el mismo ordenamiento jurídico. García de Enterría y Ramón Fernández consideran que en el proceso contencioso-administrativo la tutela cautelar contrapesa el formidable privilegio administrativo de la autotutela¹.

En una relación jurídica administrativa contenciosa, la expectativa por la obtención de la tutela cautelar no es menor. Ahora bien, frente a la inactividad de la Administración Pública resulta necesario sistematizar una protección que sea idónea, verdaderamente efectiva, para coadyuvar a que la sentencia definitiva o la protección de los derechos, que en el futuro se dictará, no pierda su virtualidad.

¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNANDEZ, *Curso... ob. cit.*, t. 2, pág. 652.

Metodológicamente, el desarrollo del presente capítulo parte de la ubicación de la técnica dentro del derecho que tienen los particulares a la tutela cautelar; luego se arriba a una noción de esta técnica, sus caracteres, sus presupuestos de admisibilidad. Se expondrá su régimen jurídico en la Nación y en la Provincia de Tucumán. Por último, respetando el esquema propuesto en el trabajo, se esbozarán las conclusiones parciales.

2. El derecho a la tutela cautelar

El término “cautelar” del latín *cautela, de cautus*, alude a un proceder con precaución y reserva². Tradicionalmente, el estudio del proceso cautelar permitió establecer la autonomía de la acción con respecto a la pretensión³.

Las medidas cautelares son medios puestos al alcance de los litigantes y del juez para evitar los perjuicios que la demora del caso trae aparejado⁴. De ahí su formulación primigenia bajo el lema: “pendiente la lite nada sea innovado”⁵.

Gambier y Zubiaur⁶ consideran que el fundamento general de las medidas cautelares frente a la Administración descansa sobre dos pilares: el primero, garantizar el principio de legalidad en tiempo oportuno y, el segundo, constituido por la necesidad de evitar perjuicios graves.

² *Diccionario de la Real Academia Española*.

³ Ricardo REIMUNDIN, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Viracocha, 1961, pág. 361.

⁴ Hugo ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1963, t. 5, pág. 526.

⁵ Ricardo REIMUNDIN, *Derecho...* ob. cit., pág. 362.

⁶ Véase, Beltrán GAMBIER y Carlos A. ZUBIAUR, “Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549)”, *LL*, t. 1993-D, pág. 690.

Pero, sin duda, la evolución del instituto cautelar -tanto en la doctrina como en la jurisprudencia- se debe, en gran medida, al espíritu de imponer igualdad entre las partes para hacer cesar el estado objetivo de inferioridad en que se encuentra un litigante frente a su contrario; más aún cuando éste es el Estado.

De tal manera, las medidas cautelares procesales son definidas como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho, cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso, pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva ⁷.

El derecho del particular de promover y solicitar la protección precautoria queda comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva y eficaz ⁸; su otorgamiento no forma parte de facultades extraordinarias de los jueces sino de sus potestades propias, conectadas en aras a la efectividad de un pronunciamiento que encuentra fundamento en el Preámbulo de la Constitución Nacional al mencionar “*afianzar la justicia*”, en los arts. 18, 33, 43 CN y en los tratados internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22, CN, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ⁹, la Declaración Universal de Derechos Humanos ¹⁰, la Conven-

⁷ Conf. Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI, “Las medidas cautelares”, en VV.AA., *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Jornadas organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho, Departamento Posgrado y Extensión Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pág. 596.

⁸ En el mismo sentido, Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE, “Medidas cautelares en lo Contencioso Administrativo y Constitución Española. Una propuesta para un debate aún abierto”, en VV.AA., *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, pág. 179.

⁹ Art. XVIII.

¹⁰ Art. 8°.

ción Americana sobre Derechos Humanos¹¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹².

A raíz de lo expuesto, se afirma que la exclusión o aun la limitación de medidas cautelares es contraria a la garantía de la defensa en juicio¹³, en virtud de que posibilita hacer efectivo el derecho judicialmente declarado¹⁴.

En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia de la Provincia de Tucumán¹⁵ asiente el derecho a una tutela cautelar como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, por fuerza del principio del derecho que se resume en que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Por ello, se concibe que el derecho a la tutela cautelar no queda limitado para algunos casos sino que abarca también a las inactividades públicas a través de la denominada “cautelar positiva” cuya noción será objeto de análisis en el siguiente acápite.

¹¹ El art. 8º consagra las garantías judiciales aplicables a todo tipo de proceso y el art. 25 establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo.

¹² En el art. 2.3.a alude al recurso efectivo. La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en su art. 6º, impone a los Estados Partes el deber de asegurar a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción “protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado.

¹³ Carlos A. VALLEFÍN, “Importancia y Jerarquía constitucional de las medidas cautelares” en VV.AA., *Temas de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2003, pág. 508.

¹⁴ Rosaura CERDEIRAS, “El difícil equilibrio entre razonabilidad, justicia y eficacia”, *LL*, t. 2002-D, pág. 341.

¹⁵ CContAdmTuc., Sala I, 12/3/03, “Alperovich, José Jorge vs. Superior Gobierno de la Provincia s/amparo”.

3. Noción de la técnica cautelar frente a la inactividad administrativa o cautelar positiva

Aunque continúe vigente el paradigma del dogma revisor del acto -siempre tan enraizado en el espíritu del Derecho Administrativo-, de modo paralelo y ante la ausencia de la resolución expresa, se reconoce la viabilidad de tutelas cautelares de prestación positiva para mejor defensa en juicio de la persona y sus derechos.

Frente a la inactividad de la Administración entra en crisis el sistema cautelar tradicional suspensivo de la ejecutoriedad del acto estructurado sobre el contencioso impugnatorio¹⁶. En estas ocasiones, a través de la técnica jurídica analizada, la tutela judicial cautelar se presenta como una solución encaminada hacia el cumplimiento de los deberes de actuación positiva o material a cargo de la persona estatal.

A estas alturas es oportuno recordar la reflexión del Dr. Bidart Campos¹⁷ en el sentido de que con ley, sin ley o contra ley, los jueces tienen la obligación constitucional de disponer cuanta medida cautelar haga falta en un proceso, según sea la situación y la pretensión del caso. Por esto, se considera que este tipo de técnica goza de un fundamento y de un justificativo instrumental.

La medida, cuyo tratamiento aquí se aborda, se denomina “cautelar positiva” o “cautelar material” porque otorga una tutela judicial como respuesta cautelar efectiva de tipo precautorio para afrontar los efectos preclusivos de las omisiones estatales, evitando graves daños para el administra-

¹⁶ Al respecto, Daniel Fernando SORIA, “La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)”, *ED*, t. 182 pág.1130, indica que ésta se erige dentro de las nuevas posibilidades de tutela que siguen abriéndose en el contencioso administrativo.

¹⁷ Germán BIDART CAMPOS, “La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional”, *LL*, t. 2001-E, pág. 1276.

do. La locución “positiva” o “material” significa que su contenido conduce al cumplimiento provisorio de la obligación materialmente debida.

Este tipo de medida tiende a alterar el estado de hecho o de derecho vigente a su dictado¹⁸. Esta goza de los caracteres que en el punto siguiente se explican y, en general, producen un efecto innovativo que representa la idea de mudar o alterar algo introduciendo novedades.

Urosa Maggi entiende que, en este caso, el contenido de la tutela cautelar se encuentra constituido por la medida de carácter positivo o anticipatorio; esto es, aquella que impone a la parte contraria la obligación de realizar una conducta concreta y, en principio, provisional necesaria para asegurar el objeto de litigio y que, en la mayoría de los casos, se traduce en un adelanto de la prestación cuya satisfacción es objeto de la pretensión procesal¹⁹.

Cassagne²⁰ indica que las medidas positivas hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del procedimiento ordinario, lo que la Administración le niega al ciudadano.

Villarruel²¹ expresa que las medidas reciben esta denominación en virtud de las cuales el administrado -lesionado en sus derechos por un hecho negativo de la Administración- procura que el órgano judicial competente ordene llevar a cabo una determinada acción, cuando la mera suspensión de los efectos de ese acto no resultara eficaz para hacer cesar el perjuicio.

¹⁸ Adriana TETTAMANTI DE RAMELLA, “Las medidas cautelares en el Proceso Administrativo”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El proceso administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004, pág. 517.

¹⁹ Daniela UROSA MAGGI, *Tutela judicial...* ob. cit., pág. 387.

²⁰ Ezequiel CASSAGNE, “Las medidas cautelares contra la Administración” en VV.AA., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, La Ley, 2007, t. 2, pág. 283.

²¹ María Susana VILLARRUEL, “Algunas reflexiones en torno de las denominadas medidas cautelares positivas”, ED, t. 178, pág. 788.

Por último, Palazzo²² analiza que el contenido de las cautelares positivas son prestaciones de carácter humanitario dictadas en ejercicio de una potestad amplia, con fundamentos en postulados de ética y equidad, metalegal, de raigambre en los principios fundamentales de la Constitución.

4. Caracteres

Como notas tipificantes o caracteres de las medidas cautelares positivas se mencionan:

- No constituyen un fin en sí mismas. Están conectadas con el resultado final del proceso. De ahí que se les asigne un carácter instrumental vinculado con el objeto de la pretensión procesal principal, a la que garantizan la efectividad de su resultado.

En tal contexto, parafraseando a García de Enterría²³, que alude a “La batalla por las cautelares”, una sentencia que recepta favorablemente la acción cautelar trasunta una victoria significativa en el conflicto particular-Administración. Esto se debe a su preordenamiento hacia la emisión de la resolución definitiva²⁴.

- Son diligencias *in extremis*, de aplicación excepcional y con carácter restrictivo, ya que suponen una alteración en el *status quo* sin que medie sentencia de mérito dirigida a que la Administración haga o declare. Por ello, resulta exigible que

²² José Luis PALAZZO, “Medidas cautelares positivas o innovativas”, en VV.AA., *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo: El proceso contencioso administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, año XXVIII, N° 336, septiembre, 2006, pág. 524.

²³ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las cautelares*, Madrid, Civitas, 1992.

²⁴ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho Administrativo...* ob. cit., pág. 441

el tribunal realice un análisis profundo de cada uno de los presupuestos²⁵ a la hora de resolver sobre su admisibilidad.

Comadira²⁶ advierte que ellas deben disponerse cuando el acto debido por la Administración corresponde al ejercicio de facultades regladas, o bien cuando se trata, por ejemplo, de ejecutar sentencias firmes que hayan reconocido obligaciones consolidadas, admitiendo su procedencia respecto de atribuciones discrecionales cuando, por las circunstancias del caso, la no emisión del acto debido importe una violación manifiesta de los límites jurídicos de la discrecionalidad.

Al respecto, Villarruel²⁷ considera, para alejar la idea de una indebida intromisión de la Justicia en la Administración, que este tipo de remedio procederá sólo cuando se trate del ejercicio de facultades regladas.

- Se proveen *inaudita parte*, porque su función es obrar como un anticipo de garantía constitucional (art. 18 CN) en defensa de la persona o bienes del peticionante. Se posterga el contradictorio para una vez que la medida se haya cumplido.

- Tienen conocimiento jurisdiccional limitado. La cognición del juez es sumaria entre la valoración de las circunstancias de hechos como de pruebas invocadas por el peticionante y la premonición en la frustración del derecho en caso de no otorgarse la medida. Supone, en cierto sentido, supe-

²⁵ Marcelo A. BRUNO DOS SANTOS, "Las llamadas precautelares contra la Administración Pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva", *LL*, t. 2003-D, pág. 1225. Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI, "Control Judicial efectivo de la Administración. Medidas cautelares", en VV.AA., *Cuestiones del contencioso administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, pág. 209, explica el carácter excepcional de este tipo de medidas cautelares como "*remedio por excelencia para dar tutela cautelar cuando la prohibición de no innovar no pueda atender a esa finalidad, pero siempre teniéndose en cuenta que sus especiales características justifican que se la acoja con excepcionalidad y realizando un riguroso análisis de sus recaudos de procedencia*".

²⁶ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho...* ob. cit., págs. 466 y 467; COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...* ob. cit., págs. 175 y 176.

²⁷ María Susana VILLARRUEL, "Algunas reflexiones...", ob. cit., pág. 792.

rar el vallado tradicional que es el interés público para todas las medidas cautelares frente a la Administración, efectuando una ponderación tuitiva sobre el interés privado.

De acuerdo con Rodríguez Costa²⁸, le basta al juez obtener una presunción, no necesariamente certeza, de que pueda producirse una violación o amenaza de violación a algún derecho constitucional del accionante por la abstención administrativa.

- Son anticipatorias, en razón de que la decisión cautelar adelanta temporalmente ciertos efectos de la sentencia definitiva a dictarse en un futuro con la finalidad de prevenir un daño o mayores daños al particular en el desarrollo del proceso judicial.

Se trata de lo que se llama “tutela satisfactiva interinal”²⁹ ya que en los hechos satisface (igual o casi igual) que la obtención de una sentencia definitiva a favor, aunque el proceso prosiga y la sentencia definitiva modifique la anticipada³⁰. Es más, agrega Morello³¹, despachada la medida, sus efectos significan un anticipo provisionalmente igual a los efectos de la sentencia definitiva y si esa providencia no es revocada o limitada, equivale lisa y llanamente a la resolución final.

- Configuran una nueva situación de hecho a la existente al momento de su otorgamiento.

- Son provisionales ya que subsisten mientras duren las circunstancias que las determinaron y podrán retirarse o modificarse cuando hubiera variado la situación que originó la anterior decisión (art. 204 CPCCN y art. 232 CPCCT). Tam-

²⁸ Manuel RODRÍGUEZ COSTA, *Control de la inactividad...* ob. cit., pág. 173.

²⁹ Conf. Abraham Luis VARGAS, “Teoría general de los procesos urgentes”, en VV.AA., *Medidas autosatisfactivas*, Jorge W. PEYRANO (director), Santa Fe, Ateneo de Estudios del Proceso Civil Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, págs. 86 y 87.

³⁰ Augusto M. MORELLO, *Anticipación de la tutela*, La Plata, Platense, 1996, pág. 10.

³¹ Augusto M. MORELLO, “La cautela material”, *JA*, t. 1992-IV, pág. 314

bién pueden ser objeto de levantamiento (art. 26 CPA), sustitución o limitación de oficio por el juez (art. 230 CPCCT).

- Poseen ejecutividad inmediata. En Tucumán, el recurso de revocatoria (art. 19 CPAT), que contra la sentencia se interponga, no tendrá efectos suspensivos (art. 231 CPCCT). En el régimen jurídico nacional “... *la providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá con efecto devolutivo*” (art. 198 CPCCN).

5. Presupuestos de admisibilidad

Los presupuestos de admisibilidad son los recaudos que debe alegar, con fundamento, el particular de la pretensión cautelar positiva y que serán evaluados por los jueces para decidir sobre su procedencia. A saber:

5.a. Verosimilitud del derecho

La verosimilitud del derecho del peticionante consiste en un juicio de probabilidad acerca de que la sentencia podría declarar el derecho en sentido favorable a quien pide la medida cautelar³². Lo anterior se relaciona con aquello que tiene, a primera vista, apariencia de verdadero. Se identifica con la frase latina *fumus boni iuris* que traducida significa

³² Carlos J. COLOMBO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. 2, pág. 200.

“humo de buen derecho”, es decir: “esto me suena bien” o “esto es aceptable”³³.

En el régimen cautelar general contra la persona estatal cobra otra dimensión la verosimilitud del derecho que invoque el particular frente a la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, como lo dicen García de Enterría y Ramón Fernández³⁴, dado que la Administración se encuentra abusando de su privilegio de ejecutoriedad.

Sobre este acápite, los jueces deberán considerar, además de la razón alegada por el peticionante, el respeto de la juridicidad por la Administración contra la que se solicita la medida cautelar (en este caso, la obligación legal omitida). De ahí que Sammartino³⁵ considere este requerimiento como la fuerte probabilidad de que el derecho existe.

5.a.1. Jurisprudencia nacional

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/4/07, “Defensor del Pueblo de la Nación vs. Provincia de Buenos Aires y otro”³⁶: “El otorgamiento de una medida cautelar no requiere de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, máxime cuando el juicio de verdad en la materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”.

³³ Conf. Pablo GALLEGOS FEDRIANI, “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo”, en VV.AA., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 346.

³⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso... ob. cit.*, t. 2, pág. 652.

³⁵ Ampliar, Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, *Documentación administrativa*, N° 269-270, mayo-diciembre, 2007, pág. 77.

³⁶ Fallos 330:1915 (2007), consid. 3°.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/9/07, “Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y otra”³⁷: “Acreditada la verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, corresponde ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuado, a cada uno de los puestos sanitarios”.

5.a.2. Jurisprudencia de la Provincia de Tucumán

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 8/8/07, “Rivero, Alfredo Osvaldo vs. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán s/ medida cautelar”: “Toda vez que el dictado de la medida cautelar innovativa importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa”.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 13/12/06, “Contini, Liliana del Valle vs. Caja Popular de Ahorros de Tucumán s/ nulidad”: “La mera exposición sucinta de la posición jurídica de las partes da cuenta del grado de dificultad de la controversia lo que desvanece la verosimilitud del derecho invocado por la actora y no justifica -por el momento- la posibilidad de intervención cautelar”.

5.b. Peligro en la demora

El recaudo identificado como *periculum in mora* apunta a evitar la configuración de un daño grave.

³⁷ Fallos 330:4134 (2007).

Al respecto, opina Sammartino que deberá demostrarse que, de no concederse la tutela positiva, anticipatoria del objeto mediato de la pretensión, se producirá una lesión sobre el interés sustancial, insusceptible de reparación ulterior³⁸.

En definitiva, este presupuesto, que implica una apreciación de la realidad comprometida, intenta ponderar el peligro de perjuicio serio, que deberá indicar el peticionante, si la medida se retrasa o no se otorga.

5.b.1. Jurisprudencia nacional

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 14/11/03, “Plana de Villoslada, Beatriz vs. Autoridad Regulatoria Nuclear”: “En materia de medidas cautelares, cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado, menor rigor debe observarse en la apreciación del peligro en la demora y, a la inversa, la verosimilitud del derecho puede valorarse con menor estrictez cuando es palmario y evidente el peligro en la demora”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/9/07, “T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. vs. Provincia de Neuquén”: “Para acceder a una medida precautoria debe evidenciarse fehacientemente el peligro en la demora que la justifique, el que debe ser juzgado de acuerdo a un criterio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros”.

5.b.2. Jurisprudencia de la Provincia de Tucumán

- Cámara en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala II, 30/8/07, “Negocios y Transportes S.R.L. vs. Telecom Personal S.A. s/ sumarísimo”: “La actora había peticionado, con carácter de medida precautoria innovativa, que se ordenara a la accionada el restablecimiento del correcto y normal funcionamiento de los números telefónicos que se indican en el

³⁸ Conf. Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, “Medidas...”, ob. cit., pág.78.

petitorio. Cabe tomar en cuenta que, en el caso, lo que se pretende con la precautoria no es ni más ni menos que el correcto funcionamiento de un servicio público, pretensión que no luce excesiva, arbitraria ni descabellada. Que, por otra parte, los recaudos de verosimilitud del derecho resultan de la constatación efectuada por la autoridad de contralor (CNC), surgiendo la razón de urgencia o peligro en la demora de la propia naturaleza del servicio requerido y de la utilización del mismo por parte de la empresa actora en el desarrollo de su actividad comercial, con lo cual se consideran cumplidos, en el caso, los requisitos del art. 226 del CPCC”.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 27/2/07, “Martín, Salvador Manuel vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ contencioso administrativo”: “La viabilidad de las medidas precautorias, es sabido, se halla supeditada a la demostración, tanto de la verosimilitud del derecho invocado, como del peligro en la demora y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad”.

5.c. Estimación que el otorgamiento de la medida no va a afectar el interés público

Se trata de una especial ponderación que deben efectuar los magistrados, entre el interés del particular peticionante y el interés público o general. Este último es comprendido como juicio prudencial, que determina el medio idóneo para la consecución en concreto del bien común³⁹.

³⁹ Conf. René Mario GOANE, “Condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares contra la Administración” en VV.AA., XXXI *Jornadas Nacio-*

Pero, muchas veces, la estimación de que el otorgamiento de la medida no va a afectar el interés público supone un proceso de interpretación general de la realidad con la situación particular planteada en la causa donde se peticiona la cautela, es decir, influyen factores políticos, sociales, económicos, etc. Por ello, el interés público no puede ser algo abstracto ⁴⁰.

5.c.1. Jurisprudencia nacional

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 12/7/00, “Plaza Intendente Alvear S.A. vs. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y otro”: “A partir de la presunción de legitimidad que gozan los actos administrativos, es requisito fundamental para admitir la pertinencia de medidas cautelares contra ellos, la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad y la no afectación de un interés público”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 27/8/02, “Aeropuertos Argentina 2000 vs. Estado Nacional”: “Debe rechazarse la medida cautelar pedida en un proceso de conocimiento por un concesionario aeroportuario para que el Estado Nacional se abstenga de otorgar nuevas habilitaciones en zonas no concedidas y modificar o ampliar la infraestructura de las mismas, pues lo contrario, al cercenar atribuciones que la legislación vigente reconoce al Poder Administrador, provocaría una seria afectación del interés público”.

nales de Derecho Administrativo: El proceso contencioso, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2006, pág. 446.

⁴⁰ Ampliar Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, págs. 58 a 61, donde postula que “*el contenido concreto del interés público no es fijo o invariable, sino que puede llegar a modificarse, total o parcialmente, como resultado de la alteración de las condiciones y de las costumbres que le han dado origen*”.

5.c.2. Jurisprudencia de la Provincia de Tucumán

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala III, 3/4/07, “Aconquija Televisora Satelital S.A. vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ inconstitucionalidad”: “Además no debe olvidarse de que en la evaluación cautelar de las cuestiones tributarias debe ponderarse el equilibrio del interés particular con el interés público”.

5.d. Contracautela

La adopción de la medida va acompañada con la constitución por parte del peticionante de una garantía suficiente para afrontar los posibles menoscabos que podrían derivarse de la misma (costas judiciales, daños y perjuicios). Es el juez quien debe graduar la calidad y el monto de la caución de acuerdo con la mayor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso ⁴¹.

5.d.1. Jurisprudencia nacional

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 31/3/00: “Nobleza Piccardo S.A. vs. Estado Nacional”: “La procedencia de las medidas cautelares, justificadas, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, queda subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, recaudos que aparecen exigidos por el art. 230 CPCCN, a los que se une un tercero, establecido de modo genérico para toda clase de medidas cautelares, cual es la contracautela, contemplada en el art. 199 del código de rito”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 15/5/07, “Insugra S.A. vs. Esta-

⁴¹ Pablo GALLEGOS FEDRIANI, “Las medidas...”, ob. cit., pág.601.

do Nacional”: “La procedencia de una medida cautelar de suspensión de la aplicación de las normas, cuya constitucionalidad se cuestiona, queda subordinada a la verificación de dos extremos insoslayables, cuales son la verosimilitud del derecho y el peligro de un daño irreparable en la demora, ambos previstos en el art. 230 CPCCN, a lo cual debe agregarse la necesidad de requerir una contracautela al peticionario”.

5.d.2. Jurisprudencia de la Provincia de Tucumán

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común, Sala II, 20/12/07, “Guerineau de Vallejo, María Laura vs. Telecom Argentina S.A. y Publicación S.A. s/ especiales”: “No hay dudas de que tratándose de un servicio indispensable en el mundo actual, el corte del servicio telefónico a un domicilio particular justifica la razón de su urgencia en la restitución del mismo dado los eventuales perjuicios que el mantenimiento de tal situación acarrearía mientras se sustancie el juicio principal. En consecuencia, deberá revocarse la sentencia apelada y hacer lugar a la medida innovativa peticionada por la parte actora, previa caución juratoria”.

6. Régimen jurídico de la técnica cautelar en la Nación

Dada la inexistencia en el régimen jurídico nacional de un digesto que comprenda las normas procesales administrativas, se procede a la aplicación analógica del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴², pero con las adecuaciones requeridas por la materia del Derecho Público⁴³.

⁴² Como un dato referencial se advierte que el art. 36 del Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la República Argentina de 1998 mantenía el reenvío, al mencionar que “*Las medidas cautelares y las normas generales referidas a aquéllas, contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, serán aplicables en cuanto no resulten incompatibles con las disposiciones del presente cuerpo legal*”.

⁴³ Julio R. COMADIRA, *Procedimiento Administrativo...* ob. cit., t.1, pág. 407.

El aludido código prescribe sobre las medidas cautelares en ocho secciones dentro del capítulo tercero. Entre éstas pueden distinguirse, primero, las normas generales de la tutela cautelar; segundo, sobre los tipos de cautela en particular: embargo preventivo, secuestro, intervención judicial, inhibición general de bienes y anotación de litis, prohibición de innovar, prohibición de contratar, protección de persona y, finalmente, se verifican disposiciones relativas a las medidas cautelares genéricas.

Respecto a la oportunidad y presupuestos para acceder a la técnica cautelar, el art. 195 CPCCN expresa que *“Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida”*. Las mismas son de carácter provisional (art. 202 CPCCN), modificables (art. 203 CPCCN) y quedan supeditadas a las amplias facultades de los magistrados (art. 204 CPCCN) quienes *“... para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrán disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger”*

Como derivación de la potestad atribuida a los jueces en el artículo transcrito, se concede la posibilidad de solicitar y obtener otras medidas, más allá de las expresamente previstas en la ley adjetiva, que se consideren más apropiadas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia de fondo. En este sentido, el art. 232 CPCCN indica que *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”*.

La justificación de las llamadas medidas cautelares genéricas se encuentra en que al legislador le es imposible prever todas las situaciones de las cuales pueda resultar viable, como un anticipo de la garantía jurisdiccional, el acogimiento de una medida cautelar específica. Es preciso adoptar una previsión general que, en forma flexible, asegure tal posibilidad⁴⁴.

Sobre las mismas, Palacio⁴⁵ reconoce que el art. 232 CPCCN comprende un poder cautelar genérico residual. En el mismo orden de pensamiento, Colombo⁴⁶ considera que este poder cautelar genérico es válido únicamente para medidas que no sean el embargo preventivo, el secuestro, la intervención o administración judicial, la inhibición general de bienes o anotación de litis y la prohibición de innovar o de contratar. Por su parte, Enrique M. Falcón⁴⁷ entiende que las circunstancias prácticas obligan a considerar situaciones especiales.

Por consiguiente, en el contexto de las medidas cautelares genéricas se encuentra el fundamento, en el régimen jurídico nacional de las cautelares positivas o de la técnica cautelar, contra la inactividad administrativa.

Finalmente, el art. 233 CPCCN prevé la aplicación de las normas subsidiarias al decir que “*Lo dispuesto en este capítulo respecto del embargo preventivo es aplicable al embargo ejecutivo, al executorio y a las demás medidas cautelares, en lo pertinente*”.

⁴⁴ Conf. Augusto Mario MORELLO, Gualberto Lucas SOSA y Roberto Omar BERIZONCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, 2ª ed. reelaborada y ampliada, Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1996, t. II-C, pág. 1017.

⁴⁵ Lino Enrique PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. VIII, pág. 82.

⁴⁶ Carlos J. COLOMBO, *Código Procesal...* ob. cit, t. II, pág. 423.

⁴⁷ Enrique M. FALCÓN, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, concordado, comentado*, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, pág. 350.

6.a. Jurisprudencia

- Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 11/11/99, “Hidroeléctrica Ameghino S.A. vs. Estado Nacional s/proceso de conocimiento”: “Dentro de las tutelas cautelares o urgentes, la medida cautelar positiva, innovativa o anticipatoria es, en todo caso, una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable, respecto del fallo final de la causa, lo que exige una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/9/07, “Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y Provincia del Chaco”⁴⁸: “Le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados”.

⁴⁸ *Fallos* 330:4134 (2007), consid. 3º. Conf. Marcela VON FISCHER, “Amparo colectivo y principio republicano de gobierno (A propósito de la situación de emergencia de la comunidad Toba en la provincia de Chaco)”, *RDA*, t. 63, pág. 174, percibe que en este tipo de resoluciones “se detecta la raíz de una nueva tensión entre las políticas públicas y el resguardo de los derechos fundamentales”.

7. Régimen jurídico de la técnica cautelar en la provincia de Tucumán ⁴⁹

Tucumán cuenta, desde 1991, con un Código Procesal Administrativo identificado como ley N° 6205 ⁵⁰ que fue modificado en tres oportunidades por las leyes N° 6242 ⁵¹, 6282 ⁵² y 6944 ⁵³.

En la “Exposición de Motivos” se declara que en este ordenamiento “... *se ha juzgado pertinente limitarse a reglamentar la suspensión de ejecutoriedad del acto administrativo o de la ejecución de contratos administrativos, por tratarse de un proceso cautelar propio de este ordenamiento procesal*”. De lo anterior se determinan las oportunidades y diversos requisitos para su procedencia (arts. 20, 21 y 22 CPAT).

El privilegio posicional de la Administración Pública, que se tradujo históricamente por influencia del Contencioso Administrativo francés en la concepción del proceso administrativo como un proceso al acto, determinó, en términos generales, la referencia de la tutela cautelar administrativa sólo a la suspensión de la ejecución del acto administrativo ⁵⁴, ella también se refleja en el lugar que la ley adjetiva del fuero tucumano le reservó.

Seguidamente, el art. 27 CPAT permite la apertura de otro tipo de medidas (*numerus apertus*), estableciendo que “*Además de la suspensión de ejecutoriedad, las partes podrán solicitar cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil y Comercial conforme a los requisitos*

⁴⁹ Ampliar María Pamela TENREYRO, “Estado de la cautelar positiva en la Provincia de Tucumán”, *LL*, Suplemento Noroeste, febrero, 2008, págs. 1 a 9.

⁵⁰ Publicada en BOT, 23/8/91.

⁵¹ Publicada en BOT, 9/9/91.

⁵² Publicada en BOT, 8/11/91.

⁵³ Publicada en BOT, 2/3/99.

⁵⁴ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho...* ob. cit., pág. 445.

genéricos y específicos allí establecidos". De acuerdo con Sobre Casas⁵⁵, en esta norma la técnica legislativa empleada es un reenvío.

Tal remisión permite la introducción de medidas cautelares genéricas o innominadas cuando lo justifique la efectividad de la sentencia, ya que el art. 250 del CPCCT prescribe "*Cuando por la naturaleza del derecho que se quiera asegurar, no fueran suficientes las medidas cautelares referidas en los artículos anteriores, el juez podrá, a pedido de parte que acredite los requisitos del art. 226⁵⁶, acordar la que considere más apta para tal fin, de acuerdo a las circunstancias. Estas medidas cautelares producirán efecto y estarán sometidas a los principios generales que se establecen en la sección a)⁵⁷ del presente capítulo*".

Por último, para desarrollar con integridad todo el régimen legal, en el marco de un proceso de amparo, el art. 58 CPCT indica que "*... el Juez interviniente puede dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños...*".

De lo tratado hasta aquí se infiere que la proyección dada a la tutela cautelar en la Provincia de Tucumán es superadora y altamente beneficiosa, porque no sólo custodia la vigencia de la juridicidad o el interés público, sino que permite comprender la imposición de una obligación prestacional en la medida que resulte apropiado para el aseguramiento o conservación del derecho del particular.

⁵⁵ Roberto Pablo SOBRE CASAS, "Procesos urgentes y medidas cautelares en el derecho público en la provincia de Tucumán", en VV.AA., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pág. 645.

⁵⁶ Art. 226 Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán (ley N° 6904) "*El solicitante deberá justificar en forma sumaria, la verosimilitud de su derecho, así como el peligro de su frustración o la razón de urgencia de la medida*".

⁵⁷ Reglas comunes a todas las medidas cautelares.

Vale decir que las pautas procesales descriptas tienden a considerar al contencioso no sólo como revisor de los excesos del poder sino, también, como protector o garante de los derechos particulares frente a aquél. Así, la progresiva ampliación de la justicia administrativa deviene una transformación en la tutela cautelar, ya que la suspensión de los efectos del acto administrativo, como típica y única medida provisional de tipo preventiva y conservativa, resulta insuficiente para ofrecer una adecuada tutela provisional a quien procura una innovación de la situación jurídica, con anticipación al dictado de la sentencia definitiva⁵⁸.

7.a. Jurisprudencia

Para referenciar la orientación de la jurisprudencia provincial se citan:

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala I, 14/2/07, “Z.C.N. vs. P.D.T. s/ amparo”: “A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) se ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas”.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala I, 4/10/06, “Ramos, Elsa Mirta vs. Sociedad Aguas del Tucumán (SAT S.A.P.E.M.) s/ Amparo”: “... ordena, habida cuenta del daño que la falta de agua le podría ocasionar a la salud de la amparista y su grupo familiar, a las autoridades de la SAT

⁵⁸ Irma PASTOR DE PERIOTTI y María Inés del C. ORTIZ DE GALLARDO, “Medidas cautelares en la Justicia administrativa: Fundamentos y alcances”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004, pág. 443.

procedan a restituirle el servicio de agua potable a la actora hasta tanto se dicte sentencia de fondo”.

- Juzgado en lo Civil y Comercial Común, II Nominación, 17/3/06, “Suárez, María Victoria y otra vs. Empresa de Distribución de Eléctrica de Tucumán (EDET) s/ Amparo”. Las actoras solicitaron medida cautelar a fin de obtener la inmediata ejecución de las obras necesarias para proveer de energía eléctrica a un edificio de seis pisos destinado a alquiler ubicado en la ciudad de San Miguel de Tucumán en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución del Ente Provincial Regulador de Energía de Tucumán (EPRET) N° 35/06. El juez de la causa ordenó a la empresa concesionaria del servicio eléctrico a realizar las obras necesarias para la provisión de energía eléctrica en el edificio a fin de evitar un perjuicio al que no podría reparar ni siquiera una sentencia favorable que, por vía de hipótesis, lograra obtener el accionante.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 28/12/05, “Gutiérrez, Celedonio (h) vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (IPSST)”. El actor solicitó una medida cautelar para que se ordenara al IPSST garantizar a su hijo menor (de un año y dos meses de edad), que padece de Síndrome de Down, la cobertura integral del 100% de los gastos médicos sanatoriales y de los medicamentos prescritos por sus médicos, así como el reembolso de los gastos que demandó la última internación. El tribunal, en este caso, consideró que, dada la gravedad e intensidad de la enfermedad que aqueja al hijo del actor y, teniendo en cuenta el riesgo de salud inherente a la falta de tratamiento adecuado, unido a la aparente escasez de recursos propios del actor que eran a previa vista suficientes -con toda la provisoriedad inherente al juicio cautelar- dispuso que el demandado brindara una cobertura integral del 100% respecto a las prestaciones de lavado bronco alveolar -con anestesia general-, biopsia pulmonar y video tomografía prescritos por el médico tratante.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 30/9/05, “Pérez, Héctor R. vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (IPSST)”. El esposo de una paciente que reviste la condición de afiliada de la obra social estatal (Subsi-

dio de Salud), como integrante del grupo familiar, interpuso acción de amparo contra el IPSST y solicitó, como medida cautelar, la cobertura de una serie de estudios (medicamentos, drogas, honorarios profesionales, gastos sanatoriales, prestaciones complementarias) para un trasplante hepático a realizarse en el Hospital Italiano de la Ciudad de Buenos Aires. El Tribunal resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor y ordenar al IPSST que proveyera, con la mayor urgencia, todos los medios necesarios para la realización de la ablación por radiofrecuencia, en los términos en que fue solicitada por el actor en expediente administrativo N° 02-450-P-2005 y de los estudios de pre-trasplante hepático que fueron solicitados mediante actuaciones N° 02-446-P-2005 y se fijó un plazo de 24 horas para el cumplimiento de la medida.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala I, 19/12/03, “R., J.A. y otra vs. Sistema Provincial de Salud (SIPROSA) y Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo”. En este caso, los padres, en representación de su hija menor de edad, iniciaron acción de amparo contra el Sistema Provincial de Salud (SIPROSA) y el Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán por la omisión en que incurrieron al incumplir sus obligaciones legales referentes al restablecimiento de la salud de su hija. La menor -en ese entonces- de tres años y siete meses había nacido por parto normal con dos kilos de peso, habiendo sido alimentada, desde el alumbramiento, con leches artificiales. A la edad mencionada anteriormente, pesaba nueve kilos con trescientos gramos, encontrándose desnutrida entre grado II y III, con malformaciones en pies y manos y con retraso neurológico. La familia carecía de recursos económicos ya que el padre era peón de campo y la madre, ama de casa con siete hijos. Los actores afirmaban que la situación antedicha sólo podía deberse a que la atención médica y sanitaria recibida por la menor desde su nacimiento en hospitales había sido incompleta, porque el SIPROSA, en ningún momento, había asumido la responsabilidad de lograr la recuperación integral de la salud de la menor. El Tribunal dispuso hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al SIPROSA, en la persona de su admi-

nistrador, que dispusiera el inmediato traslado e internación de la menor en un hospital público a los fines del tratamiento pertinente que le permitiera superar el cuadro clínico que padecía, hasta tanto se dictara sentencia definitiva.

De todos estos casos, se denota que la sentencia cautelar no se trata de una condena abstencionista, es decir, dirigida a un no hacer de la Administración sino que contiene una orden judicial de prestación positiva o material, o dirigida a la ejecución de una obligación de hacer o de dar, en situaciones de extrema urgencia, que humanizan la actividad jurisdiccional para evitar un mayor agravamiento o alteración de la situación de hecho o de derecho.

8. Conclusiones del capítulo

Siendo algo extensos los tiempos del proceso judicial, el logro de una medida cautelar, mientras aquél continúa sustanciándose, significa adquirir una posición fáctica ventajosa a la gozada con anterioridad.

Frente a la zozobra de la inacción estatal de la obligación legalmente debida, la técnica cautelar se presenta como una tutela anticipatoria con efectos innovativos, de carácter provisional, ordenatoria e instrumental, destinada a obtener la realización de la actuación material o positiva antes del dictado de la sentencia de mérito.

El derecho a la tutela cautelar efectiva comprende el derecho a la tutela cautelar, cuyos presupuestos y mecanismos se encuentran alcanzados en las normas procesales como expresión del poder cautelar genérico o innominado. La valoración de los jueces para su otorgamiento pondera el espíritu tuitivo de la medida precautoria con la prudencia de no suplir con su actividad la no-actividad de la Administración.

Finalmente, la técnica desarrollada, en comparación con las que se tratarán en los capítulos siguientes, no es tan difundida, pero genera mayor interés por su estudio e investigación; por ello se considera que su campo es fértil y útil para proteger derechos individuales frustrados, en peligro o postergados por la inactividad.

CAPÍTULO V

LA TÉCNICA SILENCIAL

1. Introducción al capítulo

En el presente capítulo será objeto de desarrollo la técnica silencial, que ya fuera presentada muy sumariamente en el Capítulo II. Esta fue una categoría creada -en un principio- con el único objeto de posibilitar el acceso al Contencioso Administrativo¹, pero, con el tiempo, fue adquiriendo mayor relevancia temática.

El sustrato de esta técnica jurídica es el “silencio”. Este término que proviene del latín *silentium* significa abstención de hablar, ausencia de todo ruido o sonido o efecto de no mencionar algo por escrito. En el *Diccionario de la Real Academia Española* queda comprendido su sentido como desestimación de una petición o recurso por el mero vencimiento del plazo en la Administración Pública.

Es decir, el silencio -como tal- no es nada. Constituye un vacío o falta de manifestación de la voluntad que resulta, en principio, irrelevante para el Derecho, salvo que expresamente se le otorgue algún valor o sentido². Y es aquí, donde se

¹ Guillermo Andrés MUÑOZ, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 26.

² Así, por ejemplo, el art. 919 del Código Civil expresa que “*el silencio (...) no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o*

encuentra el interés de su tratamiento, el cual versará -primero- sobre los aspectos generales y operativos de la técnica silencial, su noción, efectos, ámbito de aplicación, naturaleza jurídica y -segundo- la exposición del régimen jurídico de aquélla en la Nación y en la Provincia de Tucumán.

2. El silencio de la Administración y noción de la técnica silencial

Como se anticipara, el silencio de la Administración Pública no vale como expresión de los órganos estatales, pues se trata de una conducta no apta para ser considerada como una manifestación de voluntad. Es pura entelequia.

Marienhoff³ asimilaba la ambigüedad al silencio, considerando a éste como una expresión tácita de voluntad equiparable a un acto. Y la influencia de su pensamiento se percibe en la LNPA⁴ y en el Código Procesal Administrativo de La Pampa⁵. Sin embargo, se disiente porque lo ambiguo sí supone una declaración volitiva, aunque confusa, autocontradictoria o posible de diversas interpretaciones; es diametralmente opuesta a la no-declaración que supone el silencio.

a la interrogación, sino en los casos que haya obligación de expedirse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes". En la nota del artículo aludido se recuerda a la Ley de Partida que dice "aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo que dicen, magüer non responda; mas esto es verdad que non niega lo que oye".

³ Miguel Santiago MARIENHOFF, *Tratado...* ob. cit., t. II, pág. 316.

⁴ Artículo 10: *"El silencio o ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa..."*.

⁵ Artículo 46: *"El silencio o ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativos..."*.

A su vez, Barra⁶ reflexiona que el silencio o es ocultamiento o es negligencia, pero que en ninguno de los dos casos debe ser tolerado y mucho menos concedido al arbitrio del funcionario que oculta o que es negligente y que, en otros términos, incumple con el deber de declarar o actuar que le fue encomendado.

Balbín⁷ efectúa una distinción entre silencio formal y silencio material. El primero es el supuesto simple de configuración de la decisión estatal en el marco puntual de un procedimiento de impugnación. El segundo, para el mencionado autor, es el silencio como instituto general de la voluntad estatal.

La actitud silente es una especie dentro del género de la inactividad caracterizada por la ausencia de manifestación de la voluntad cuando ésta se encuentra establecida por el ordenamiento jurídico. Se suele decir que, en muchas ocasiones, la Administración perjudica más al ciudadano con su silencio que con su actuación⁸ porque coloca al administrado en una mayor indefensión y abandono.

En el procedimiento de elaboración o formación de la función administrativa, el silencio implica la ausencia de todo acto o declaración de voluntad, conocimiento, juicio u opinión de la Administración; entonces, ante esta falta de expresión volitiva, se obsta a que, por vía de interpretación, se pretenda deducir el sentido de una voluntad administrativa que no existe⁹.

⁶ Rodolfo C. BARRA, "Defensas del administrado ante la mora en la decisión administrativa. Una feliz corrección de la Doctrina 'Dinet'", *ED*, t. 74, pág. 223.

⁷ Véase Carlos F. BALBÍN, *Curso...* ob. cit., t. 2, págs. 155 a 158.

⁸ Véase Liliana Graciela FLEKSERS, "Amparo por mora", *LL*, t. 1993-C, pág. 54.

⁹ CSJT, 2/3/98, "Istenick, Julio César vs. Superior Gobierno de la Provincia y Comuna de La Ramada y La Cruz s/cobro de pesos".

En el régimen de impugnación, la ausencia de respuesta por parte de la Administración, a los reclamos y recursos administrativos presentados por los particulares, ocasiona la imposibilidad de revisar jurisdiccionalmente la actividad administrativa, dada la inexistencia de un acto administrativo resolutorio. El silencio, en la vía recursiva, puede configurar, atento la falta de respuesta seria y expresa a los argumentos esgrimidos por los particulares interesados, una apariencia de abuso de la autotutela administrativa ¹⁰.

Por ello, la técnica silencial es una solución dispuesta por la norma tendiente a proporcionar seguridad ¹¹ que le permite, en sede administrativa, continuar articulando los recursos hasta el agotamiento de la instancia administrativa, o bien, accediendo al control judicial. Constituye una garantía, facultativa para el particular ¹², en pos al ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva, al debido proceso y al principio de igualdad de armas (o derecho a igual protección de ley) establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ¹³.

3. Ambito de aplicación

En este apartado se comprende el espacio de aplicación físico y objetivo del instituto jurídico analizado. Respecto de

¹⁰ Diego P. ISABELLA, "El silencio administrativo relativiza la aplicabilidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado. En torno a un trascendente fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires", *LL*, Suplemento Administrativo, mayo, 2005, pág. 37.

¹¹ Ampliar Simón ZELAYA, *El Contencioso Administrativo en Tucumán*, San Miguel de Tucumán, Fondo de Cultura Jurídica, Asociación Cooperadora, Universidad Nacional de Tucumán, 1983, págs. 10 y 33.

¹² CNContAdmFed., Sala IV, 17/03/89, "Pelissero, Norberto".

¹³ Conf. Juan M. GONZÁLEZ MORAS, "El silencio administrativo y la tutela judicial efectiva", *ED* del 18 de mayo de 2005, N° 11.260, págs. 11 y 12, quien

la técnica silencial, este ámbito hace referencia a la actitud omisiva ocurrida en el marco de un procedimiento, nacida de una petición interpuesta por el particular¹⁴.

El incumplimiento de la Administración Pública de su deber de resolver, de expedirse o de pronunciarse, es una conducta antijurídica que se identifica como un supuesto de inactividad administrativa formal. En otras palabras, la técnica que tutela al particular frente a la inactividad formal que le inhibe el proceso judicial revisor es la configuración del silencio como un acto ficto denegatorio. Por lo tanto, sin inactividad no hay técnica silencial y no a la inversa.

4. Efectos de la técnica silencial

Habida cuenta de que a partir de la aplicación de la técnica silencial queda conformada otra realidad, surge entonces la disyuntiva de considerar cuáles son sus efectos. Estos son, básicamente, o el de entender que se ha concedido o que se ha denegado lo requerido por el particular. Según sea la alternativa elegida se estará, en el primer caso, en presencia del silencio con efecto positivo y, en el segundo, ante un silencio con efecto negativo.

Como se expresara, la técnica no hace más que poner en evidencia una determinada y cierta situación fáctica, consistente en la omisión de una declaración expresa de voluntad, el transcurso de plazos perentorios y una conjunción de presupuestos objetivos y, luego, configurar una determinada consecuencia jurídica, en beneficio y opción del particular.

refuerza la garantía en favor del particular del instituto del silencio administrativo en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo por mora...* ob.cit., pág. 29.

4.a. Efecto negativo

Sólo por obra del ordenamiento jurídico, la técnica silencial adquiere como regla general un efecto negativo, el cual representa un verdadero derecho en favor del particular y nunca de su interpretación pueden derivarse situaciones disvaliosas hacia éste ¹⁵.

Como se expresara, el silencio implica la ausencia de acto ¹⁶. Frente a la prerrogativa que tiene la Administración Pública de exigir al particular que agote la instancia administrativa para resultar admisible la demanda judicial, nace la doctrina del silencio administrativo negativo como una alternativa a favor de aquél.

De tal manera, para superar la inactividad formal, se presenta como una herramienta que habilita la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional porque -como lo expresara Muñoz ¹⁷- a la Administración le resultaría muy fácil vedar el acceso jurisdiccional con sólo no resolver los recursos que ante ella se articularan. Así, el Derecho objetivo viene a tutelar tal estado de indefensión o inseguridad ¹⁸.

No obstante, la Administración, aun luego de configurado el silencio negativo por el interesado, conserva la obligación de pronunciarse sin que sea válido apelar a la denegación producida por silencio para eximir a aquélla de la obli-

¹⁵ Conf. Armando N. CANOSA, *Procedimiento administrativo: Recursos y reclamos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 355.

¹⁶ CNCiv., Sala C, 15/9/89, "Lazzari, Roberto vs. Municipalidad de Buenos Aires".

¹⁷ Véase Guillermo MUÑOZ, *Silencio de la Administración...* ob. cit., pág. 22

¹⁸ Por ejemplo, el art. 14 (Anexo VII) del Dec. PEN N° 1172/03 (publicado BON: 4/12/03), establece que, luego de cumplido el plazo de diez días de interpuesto el pedido de información y la misma no hubiera sido satisfecha, o la respuesta dada fuera ambigua, parcial o inexacta, podrá ser ello considerado como silencio negativo y queda -además- expedita a favor del particular la acción de amparo por mora.

gación de dictar resolución en torno de la cuestión suscitada por éste. De no ser así, el silencio habría constituido una forma de violar la mencionada obligación de resolver, fundadamente, coartando, al mismo tiempo, la posibilidad de que por vía de un decisorio concreto, pudiera llegar a exteriorizarse una voluntad positiva, o sea, con un sentido distinto al obtenido por el mecanismo del silencio ¹⁹.

El efecto negativo tiene su razón de ser en tanto y en cuanto evita que la Administración acorrere al particular con su inactividad y su finalidad es casi exclusivamente anti obstruccionista. Es por ello que la técnica silencial, de notable ampliación y diversificación en todos los sistemas comparados a partir del siglo XX, se conecta directamente con la garantía constitucional de acceso a la justicia, produciendo un efecto sustitutivo ²⁰.

Entonces, como una solución de tipo procesal, a beneficio u opción del administrado, el ordenamiento jurídico otorga al silencio de la Administración Pública, que es una situación jurídica constatada ²¹, un efecto denegatorio, negativo o desestimatorio de las pretensiones planteadas en sede administrativa y no resueltas.

4.b. Efecto positivo

En otros casos, la técnica silencial adquiere un efecto positivo por el que configura la inactividad formal como otor-

¹⁹ CSJT, 2/3/98, "Istenick, Julio César vs. Superior Gobierno de la Provincia y Comuna de La Ramada y La Cruz s/ cobro de pesos".

²⁰ Daniel Fernando SORIA, "Silencio de la Administración en la emisión de actos de trámite", *RAP*, Año 12, N° 142, pág. 7, dice: "*Se trata de posibilitar el acceso a la jurisdicción como si el funcionario competente hubiera expedido una resolución adversa o denegatoria*". Asimismo, Armando E. GRAU, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, La Plata, 1971, pág. 109, utilizó la denominación de presupuesto sustitutivo de la denegación.

²¹ Conf. Fernando Raúl GARCÍA PULLÉS, *Tratado...* ob. cit., t. 1, pág. 382.

gamiento o afirmación de lo pretendido por el particular. Se menciona que la noción del silencio administrativo surge a contracorriente del originario silencio administrativo negativo, con el deliberado propósito de facilitar el ejercicio y el desenvolvimiento de derechos sustantivos²². Por esta razón es que opera sólo de modo excepcional y en los casos en que sea expresamente asignado por el carácter que adquiere de una manifestación de la voluntad.

Para Canosa será voluntad manifiesta por presunción de la ley²³. Por el contrario, se prefiere asignar al silencio la misma naturaleza de la técnica *fictio iuris*, cualquiera sea su sentido, positivo o negativo, ya que ambos tienen origen en una disposición del ordenamiento jurídico que los crea y constituye. Por ende, sus efectos son *ex lege*, es decir, derivados de la norma como solución también frente a la inactividad formal y procedimental.

Como se trata de una excepción a la regla del silencio negativo, su consagración debe ser interpretada restrictivamente. Criterio que fue afirmado por Bielsa²⁴, desde hace más de cincuenta años, sobre la base de dos fundamentos: 1º) porque toda decisión que compromete a la autoridad o se vincula a un acto esencial de la actividad administrativa, debe ser dada expresamente y, en buenos principios, también ella debe ser fundada; 2º) porque la aprobación tácita como regla vendría a legitimar la inercia o negligencia administrativa, creando actos que, además de ser inconvenientes o ilegales, no comprometerían al funcionario o funcionarios que intervinieran.

Este efecto otorgado responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores, evitando los

²² Conf. Juan Carlos MORÓN URBINA, "Una revisión desde la perspectiva constitucional de la técnica del silencio administrativo positivo", *RDA*, t. 65, pág. 674.

²³ Armando CANOSA, *Recursos...* ob. cit., pág. 168.

²⁴ Rafael BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1942, pág. 68.

perniciosos efectos que la desidia de la Administración puede tener sobre la operatividad de dichos sectores o ámbitos²⁵ como, por ejemplo, en la actividad de policía o de control o en la autorización de actividades privadas²⁶, también denominada actividad autorizante²⁷.

Por otra parte, Zelaya²⁸ llega a considerar la conveniencia del silencio positivo en las relaciones inter orgánicas e inter administrativas con el objeto de lograr una mayor agilidad en la actividad de la Administración. Lo que se reflexiona, con todas las reservas ya formuladas, es que su aporte no deja de ser una provechosa propuesta para sortear el burocratismo y las dilaciones procedimentales.

De ahí, que se considere que el silencio positivo tiene una mecánica diferente a la de su par, el silencio negativo, en razón de que constituye una técnica otorgatoria, como lo exponen los autores españoles²⁹, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener, para una determinada actividad, autorización, aprobación administrativa, licencias municipales, por ejemplo.

A su vez, no opera *contra legem*, de modo que la virtualidad jurídica otorgada se halla condicionada a que lo solicitado esté dentro de la legalidad. De lo contrario, los riesgos derivados de la aplicación del silencio con sentido positivo

²⁵ Federico José LISA, "Agotamiento de la instancia administrativa y silencio administrativo...", ob. cit., pág. 194.

²⁶ Fernando E. JUAN LIMA, "El silencio administrativo: problemas actuales", en VV.AA. *Procedimiento y proceso administrativo*, Jornadas organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho, Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - UCA, 2005, pág. 418.

²⁷ Véase, Juan Carlos MORÓN URBINA, "Una revisión desde...", ob. cit., pág. 674.

²⁸ Tomado de escritos inéditos del Dr. Simón ZELAYA proporcionados generosamente por su hijo, el Dr. Federico ZELAYA.

²⁹ Conf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...* ob. cit., t. 1, pág. 603.

serían mayores si a la simple negligencia del funcionario se le suma la carta de nacimiento de una declaración afectada de nulidad. Esto sería peligroso. Por consiguiente, se destaca que no puede hablarse de estabilidad plena de los efectos ya que, si bien la concepción del silencio positivo es creada para vencer la pereza administrativa, el presentarse como una decisión ejecutoria no puede liberar a la Administración del deber de resolver³⁰ ni de fiscalizar el cumplimiento de la juridicidad. De ser de otra manera, puede constituir un arma de doble filo con consecuencias riesgosas.

En el ordenamiento jurídico, el silencio positivo es consagrado en el art. 19 de la ley N° 17.811 que regula la Comisión Nacional de Valores y lo referente a la oferta pública de los títulos valores, organización y funcionamiento de las bolsas de comercio y mercados de valores³¹, art. 8° de la ley N° 12.962 de Sociedades de Economía Mixta³², art. 3° de la ley N° 24.076 de Transporte y Distribución del gas natural³³, art. 27 de la ley N° 24.441³⁴ de Fideicomiso, art. 14 de la ley N° 25.156³⁵ de Defensa de la Competencia, art. 17 de la ley N° 25.164 Marco Regulatorio del Empleo Público Nacional³⁶, art. 28 de la ley N° 5473³⁷ del Estatuto para el personal de la Administración Pública de Tucumán.

³⁰ Federico José LISA, "Agotamiento de la instancia administrativa y silencio administrativo...", ob. cit., pág. 199, entiende que en los casos de silencio *contra legem* la Administración conserva, con su máximo rigor, el deber de resolver expresamente, aun en este caso lo va a mantener bajo otro fundamento jurídico -que según este autor- será el principio de legalidad o juridicidad.

³¹ Publicada en BON, 22/7/68.

³² Publicada en BON, 27/6/47.

³³ Publicada en BON, 12/6/92.

³⁴ Publicada en BON, 16/1/95.

³⁵ Publicada en BON, 20/9/99.

³⁶ Publicada en BON, 8/10/99.

³⁷ Publicada en BOT, 25/3/83.

5. Criterios en la doctrina sobre la naturaleza jurídica

Tanto en el sistema nacional como en el de la Provincia de Tucumán, la técnica del silencio administrativo no es más que una respuesta creada por el ordenamiento jurídico en beneficio del administrado frente al caso de inactividad administrativa de tipo formal, que se configura por la pasividad de la Administración en el procedimiento administrativo, de tal modo se permite a aquél avanzar en éste o iniciar el proceso judicial contra la Administración pese a la inexistencia de un acto administrativo expreso para impugnar.

Ahora bien, respecto a qué naturaleza jurídica debe asignársele a ese silencio, existen diversas posturas que pueden encolumnarse en tres grandes posiciones: de la ficción legal, de la presunción legal y de la resolución tácita.

5.a. Criterio de la ficción legal

La ficción jurídica es un procedimiento que tiende a hacer resaltar la realidad de una situación, neutralizando un artificio que la disimula. En el caso particular que se analiza, cuando la Administración no se expide ante una petición concreta del particular, este vacío de la voluntad es cubierto por la ley, que, en esta oportunidad, brinda una solución que -como ya se adelantara- se considera proviene a través del otorgamiento de un sentido ficto.

Bielsa³⁸ considera que la Administración Pública tiene un privilegio respecto del silencio; en esta situación no es aplicable la regla del Derecho Privado en lo que respecta al consentimiento tácito en materia contractual, establecida en el art. 1146 CC; pero no debe llevar la solución al otro extremo, pues podría ella, por ese medio, aplazar o impedir los

³⁸ R. BIELSA, *Principios...ob.cit.*, págs. 66 y 67.

propios recursos jurisdiccionales contra sus actos definitivos, en cuanto éstos autorizan el recurso contencioso administrativo contra los actos de órganos y funcionarios si esos actos autorizan el recurso jerárquico. Por eso, aclara que la solución justa es la de la fijación de una ficción legal, por ley o reglamento autónomo, estableciendo un término en el que se debe tener a la Administración por decidida y, aun, por responsable. También Fiorini³⁹ se pronuncia en favor de la ficción.

Canosa⁴⁰ postula que, mediando silencio de la Administración, éste debe interpretarse como negativo en una ficción legal que le permitirá al administrado ejercer los derechos que le competen.

Con el mismo fundamento, Soria⁴¹ indica que, ante la inactividad, la norma objetiva sustituye a la voluntad administrativa inexpresada y le asigna, cual ficción legal, un determinado y concreto significado.

Gordillo⁴² considera que el silencio constituye una ficción legal, establecida en beneficio del particular a efectos de aventar la posibilidad de que la inacción administrativa le impida continuar con la impugnación del acto en sede administrativa o judicial, según sea el caso.

En esta línea de pensamiento, Rejtman Farah⁴³ dice que se trata de una ficción que la ley establece en beneficio del que inició el procedimiento para que el particular no tenga la necesidad de continuar a la espera de una decisión expresa y pueda proseguir con las vías de impugnación que correspon-

³⁹ Véase, Bartolomé A. FIORINI, *Derecho...* ob. cit., t.1, pág. 436 y ss.

⁴⁰ Armando CANOSA, *Recursos...* ob. cit., pág. 167.

⁴¹ Daniel Fernando SORIA, , "Silencio...", ob. cit., pág. 7.

⁴² Agustín GORDILLO (director), *Procedimiento Administrativo...* ob. cit., pág. 138

⁴³ Mario REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 83.

dan a cada caso. También Hutchinson⁴⁴, Gauna⁴⁵ y Grecco⁴⁶ entienden que el silencio es una ficción legal de consecuencias procesales que facilita al particular afectado la fiscalización y revisión ulterior de la inacción administrativa.

Raspi⁴⁷ entiende que el silencio es una decisión ficta que no impedirá que el particular reclame judicialmente una respuesta explícita a su petición. Pero Pearson⁴⁸ aclara que puede estar en el interés del actor conocer los términos en que se va a expresar la voluntad de la Administración, no conformándose con acudir al uso de la ficción de la denegatoria por silencio. Urrutigoyti⁴⁹ formula que el silencio negativo es una simple ficción con efecto estrictamente procesal y absolutamente ajeno al plano del derecho material.

⁴⁴ Tomás HUTCHINSON, *Ley... ob. cit.*, pág. 196, del mismo autor *Digesto Práctico La Ley. Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., pág. 293, parágrafo N° 1659: “Es una ficción legal, de consecuencias procesales, que posibilita al particular la revisión judicial posterior del rechazo presunto de su pretensión por inactividad de la Administración. Es pues, una ficción legal a favor del particular, pudiendo éste utilizarla o esperar la decisión expresa de la Administración, que necesariamente debe sobrevenir. Es en definitiva una garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración” y también es la posición expuesta por HUTCHINSON en “La inactividad...”, *ob. cit.*, pág. 169

⁴⁵ Juan Octavio GAUNA, “Amparo por mora de la Administración Pública”, *El Derecho Administrativo Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pág. 261.

⁴⁶ Carlos M. GRECCO, “Sobre el silencio...”, *ob. cit.*, LL, t. 1980-C, pág. 778. También ver Carlos M. GRECCO y Guillermo A. MUÑOZ, *Fragmentos y Testimonios... ob. cit.*, pág. 265.

⁴⁷ Arturo E. RASPI, “El pronto despacho de los artículos 10 y 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *ED*, t. 178, pág. 25

⁴⁸ Marcelo M. PEARSON, “Acción judicial contra la Administración Pública, en el orden nacional, por su mora en el procedimiento administrativo”, *LL*, t. 1982-D, pág. 913.

⁴⁹ Javier URRUTIGOYTI, “El silencio de la Administración y habilitación de la instancia procesal administrativa (sistema mendocino)”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004, pág. 268.

Por último, entre los doctrinarios extranjeros que se enrolan en esta posición, se citan a González Navarro ⁵⁰, Rodríguez-Arana Muñoz ⁵¹, Guillen Pérez ⁵², Gómez Puente ⁵³, García de Enterría y Ramón Fernández ⁵⁴.

5.b. Criterio de la presunción legal

Como se expresara, las ficciones son artilugios que ponen a la vista realidades ocultas. Otorgan existencia ideal a un espacio vacío. En cambio, las presunciones legales son soluciones dadas por el legislador para generar un determinado resultado sin cubrir el vacío.

Las presunciones ayudan como medio de prueba, incorporan relaciones de causalidad o de conexión, por las cuales

⁵⁰ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*, Navarra, EUNSA, 1997, t. III, pág. 894, dice que el silencio administrativo puede definirse como una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud de la cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos exigidos por la ley.

⁵¹ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos", *RDA* t. 47, pág. 11.

⁵² María Eugenia GUILLEN PÉREZ, *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, 2ª ed., Madrid, Colex, 1997, pág. 64, dice que el silencio es sólo una ficción de acto que surge por el simple transcurso de los plazos fijados por la ley sin que hubiera recaído la oportuna notificación de la Administración.

⁵³ Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 596, considera que podría definirse como una ficción legal en cuya virtud, incumplido por la Administración el deber de resolver en un cierto plazo, se tiene por dictada una resolución administrativa al objeto de imponer, *ex lege*, determinados efectos jurídicos propios de esa clase de actos administrativos.

⁵⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...* ob. cit. t. 1, pág. 601, consideran que el silencio negativo es solamente una simple ficción legal de efectos estrictamente procesales, limitados, además de abrir la vía de recurso.

la existencia de un hecho probado o reconocido ya como cierto, según medios legítimos, permiten deducir por el legislador, en general, o por el juez, en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que es necesario probar.

Comúnmente se distingue entre presunciones legales, si están establecidas por la ley, y simples, si son dejadas a la prudencia del juez. Las primeras, a su vez, se dividen en presunciones legales absolutas (*juris et de jure*) que no admiten pruebas en contrario, y relativas o mixtas (*juris tantum*) según sea permitida sólo una especie determinada de prueba en contra, o sólo que, en ciertos casos, esté consentida la prueba en contrario.

Diez⁵⁵ sostiene que el silencio administrativo se produce cuando el ordenamiento jurídico, ante la falta de un pronunciamiento que la Administración tiene el deber de efectuar dentro de un término establecido, presume la existencia de un acto. Este acto que se presume es un verdadero acto administrativo que tiene la misma trascendencia jurídica que los actos expresos por medio de los cuales normalmente se pronuncia la Administración. Como que es un acto presunto -dice este autor- no cabe ninguna clase de interpretación con respecto al valor que quepa atribuir a la decisión administrativa. El significado del acto resultará de la legislación positiva. El fundamento de esta presunción deriva de la necesidad de salvaguardar los derechos e intereses de los administrados frente a la Administración.

Sotelo de Andreau⁵⁶ dice que frente a la impotencia de luchar contra el vacío y a la ausencia de una voluntad admi-

⁵⁵ Manuel María DIEZ, *Manual de Derecho Administrativo* (con colaboración de Florencia GONZÁLEZ DE RECCA), Buenos Aires, Plus Ultra, 1977, t. 1, pág. 210. También, Manuel María DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, pág. 151.

⁵⁶ Mirta G. SOTELO DE ANDREU, "El silencio de la administración", en VV.AA., *Procedimiento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, págs. 48 y 49.

nistrativa expresa, la ley sustituye la inactividad presumiendo que se ha producido y dándole un contenido estimatorio o desestimatorio según el régimen legal que se aplique. En este esquema, para Muratorio⁵⁷ la presunción legal sobre el silencio encuentra relación con la teoría del acto presunto, mas no con el concepto de acto tácito.

Tawil⁵⁸ advierte que, a diferencia de lo que ocurre en materia de silencio positivo (al que considera como ficción legal), el silencio negativo no debe ser interpretado como acto administrativo sino como una mera presunción.

Sigue esta línea de pensamiento Parada Vázquez⁵⁹, para quien el silencio es un acto presunto establecido en garantía de los propios administrados que, de otro modo, podrían verse afectados en sus derechos y posibilidades jurídicas por la mera inactividad de la Administración.

5.c. Criterio del silencio como resolución tácita

Creo Bay considera al silencio como acto denegatorio tácito⁶⁰. Marienhoff⁶¹ insiste en que el silencio administrativo implica un acto tácito de la Administración, cuyo contenido positivo o negativo, respecto de la pretensión del administrado, dependerá de la norma positiva que lo regule.

⁵⁷ Jorge I. MURATORIO, "¿Actos administrativos tácitos?", *Acto administrativo y Reglamento*, Buenos Aires, Ediciones RAP, pág. 374.

⁵⁸ Guido S. TAWIL, *Administración y justicia*, Buenos Aires Depalma, 1993, t. I, pág. 291.

⁵⁹ Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Estudios, comentarios y texto de la ley N° 30/92*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pág. 353.

⁶⁰ Horacio D. CREO BAY, *Amparo por mora de la Administración*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, pág. 19.

⁶¹ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado... ob. cit.*, t. II, págs. 314 a 320.

Cassagne⁶² entiende que por tratarse de un derecho a favor del administrado, éste posee la facultad de aguardar el lapso que estime oportuno para dar por configurada la denegatoria tácita en tanto la Administración no se pronuncie en forma expresa. En el mismo orden de ideas, Arias Cáu⁶³ conjuga el deber de expedirse que se encuentra en cabeza de la Administración, siendo facultad del particular otorgarle al silencio el valor de denegatoria tácita.

Así, Comadira⁶⁴, luego de excluir al silencio como un supuesto de inactividad del particular que, de aceptarlo, expresa llevaría a estudiar la caducidad del procedimiento imputable al administrado⁶⁵, sostiene que la posibilidad de interpretar el silencio de la Administración en algún sentido depende de la presencia concreta de una prescripción normativa que interprete a dicho silencio como dato de la voluntad administrativa. Constituye, para este autor, un positivo instrumento en favor de la defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados y tiene el mérito de aportar un sistema particular de soluciones a una problemática que, precisamente por su especificidad, requiere respuestas típicamente administrativas, con exclusión de interpretaciones analógicas. Considera, finalmente, que es posible apreciar el silencio en esos casos como constitutivo de una denegación tácita⁶⁶.

Por último, Villar Palasí⁶⁷ postula que el acto presunto de contenido estimatorio (silencio positivo) ha de ser califi-

⁶² Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo...* ob. cit., t. II, pág. 395.

⁶³ Esteban Javier ARIAS CAÚ, "Silencio y denegatoria tácita. Una saludable interpretación principista", LL, Suplemento Noroeste, febrero, 2007, pág. 9.

⁶⁴ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho...* ob. cit., pág. 187.

⁶⁵ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho...* ob. cit., pág. 186, nota N° 547.

⁶⁶ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho...* ob. cit., pág. 192.

⁶⁷ José L. VILLAR PALASÍ y José L. VILLAR EZCURRA, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, 1987, t. II, pág. 96.

cado como un verdadero acto administrativo y le asigna, por lo tanto, una naturaleza jurídica de acto tácito.

6. Régimen jurídico de la técnica silencial en la Nación

6.a. Formulación normativa

Se remonta al año 1900 la primera regulación sobre el silencio administrativo, en ocasión de sancionarse la ley N° 3952, cuyo art. 2° contempla: “*Si la resolución de la Administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales acreditándose el transcurso de dichos plazos*”.

Luego, la figura de la denegatoria por silencio es receptada en materia de procedimiento administrativo a través del dec. N° 7520/44 el que, en el art. 3°, prevé que el pedido de revocatoria, previo al recurso jerárquico, se entenderá denegado cuando no fuese resuelto dentro del término de diez días a contar desde su presentación⁶⁸.

En 1972, con la ley N° 19.459 se lleva a cabo la consagración definitiva en el art. 10°, al expresar que “*El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamien-*

⁶⁸ Conf. Carlos R. TRIBIÑO, “El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo”, en VV.AA. *Temas de Derecho Administrativo* (obra colectiva en honor al Prof. Dr. Agustín A. GORDILLO), La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pág. 495. También, véase, Juan F. LINARES, “El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549”, *LL*, t- 1980-C, pág. 768.

to, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración”.

Para Gordillo⁶⁹, la norma establece que la consecuencia de la inactividad de la Administración es el “silencio administrativo” que otorga carácter decisorio a su falta de pronunciamiento. Opinión con la que se disiente, porque se entiende que el silencio o la ausencia de pronunciamiento es un supuesto de la inactividad. No a la inversa. En consecuencia, frente al silencio administrativo se configura la inactividad dado que se trata de una omisión a una obligación formal o al deber de declarar o resolver.

Cuando se trata de continuar la vía impugnativa, diferente a la expresada en el art. 10 LNPA, el RNPA efectúa las siguientes consideraciones respecto del silencio, como el art. 87 que expresa: *“Si el recurso de reconsideración no fuere resuelto dentro del plazo fijado, el interesado podrá reputarlo denegado tácitamente sin necesidad de requerir pronto despacho”*⁷⁰. La norma determina un silencio automático y una naturaleza jurídica al asimilarlo como una denegación tácita del recurso.

Por su parte, el art. 91 RNPA, respecto del recurso jerárquico, indica *“El plazo para resolver el recurso jerárquico será de treinta (30) días, a contar desde la recepción de las actuaciones por la autoridad competente, o en su caso, de la presentación del alegato -o del vencimiento del plazo para hacerlo- si se hubiere recibido prueba. No será necesario pedir pronto despacho para que se produzca la denegatoria por silencio”*⁷¹. Otra vez, la técnica silencial opera luego de transcurrido de-

⁶⁹ Agustín GORDILLO (director), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2003, pág. 137.

⁷⁰ Artículo sustituido por art. 1° del dec. N° 1883/1991, BON: 24/9/91.

⁷¹ Artículo sustituido por art. 1° del dec. N° 1883/1991, BON: 24/9/91.

terminado espacio temporal por razones de celeridad y eficacia, sin necesidad de interpelación a la Administración.

Finalmente, con referencia al recurso de alzada, dada la remisión efectuada por el art. 98 RNPA, se aplican las mismas pautas del art. 91 RNPA citado.

6.b. Jurisprudencia nacional respecto de la naturaleza jurídica

- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, 4/7/06, “Mazzaglia, Ricardo A. vs. Municipalidad de José C. Paz”: “El silencio administrativo, sea que se considere un hecho al que la ley asigna efectos jurídicos, o bien, una ficción legal con consecuencias jurídicas procesales, es una institución concebida acorde al principio de juridicidad, en tanto la Administración tiene el deber de actuar, y en orden al principio de tutela judicial efectiva, el cual no puede verse afectado por el incumplimiento de la autoridad administrativa”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 25/8/05, “Riikahe S.R.L. vs. DNV - Resol. 777-01, Ley 25.344”: “Si la negativa de la administración al reconocimiento de la petición crediticia de la actora sólo surgiera de una presunción legal dirigida a otorgarle sentido a su silencio, menos rigurosa debe ser la interpretación de las exigencias a cumplir en cuanto al acceso a la justicia”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁷², 4/4/06, “Aeroandina S.A. y Fexis S.A. s/ apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”: “El silencio de la Administración ante la solicitud de la actora (...) no vale como consentimiento tácito, ya que se trata de una conducta inepta para ser considerada como una manifestación positiva de vo-

⁷² Fallos 329:972 (2006), del dictamen del procurador fiscal subrogante que la Corte hace suyo.

luntad, pues, salvo disposición expresa del orden normativo, debe interpretarse en sentido negativo”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁷³, 24/4/01, “Villareal, Clara Baudilia vs. ANSeS s/ reajuste por movilidad”: “Si para acceder a la vía jurisdiccional se requiriera un acto expreso, la autoridad administrativa podría impedir las demandas judiciales con sólo no resolver las peticiones que se le plantearan, para evitar tales excesos nació el instituto del silencio de la Administración, de modo que -frente a la inactividad de la autoridad administrativa- el interesado cuenta con la facultad de recorrer la vía judicial como si hubiese una resolución expresa, aunque no exista”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁷⁴, 3/4/01, “Electroingeniería S.A. vs. Dirección de Energía de Catamarca”: “La denegación por silencio es una herramienta que utiliza el ordenamiento para que el particular pueda accionar judicialmente ante el incumplimiento de la Administración, pero en modo alguno transforma ese silencio en una manifestación de voluntad, simplemente porque aquélla nada hace ni dice, sino que, sencillamente, no actúa, es decir, deja transcurrir el plazo sin resolver”.

6.c. Legitimación activa

Llegado a este punto, corresponde desentrañar quién se encuentra legítimamente habilitado para hacer valer para su beneficio la técnica silencial. Siguiendo a García Pullés ⁷⁵ se considera que nadie más que el peticionante originario pue-

⁷³ Fallos 324:1405 (2001).

⁷⁴ Fallos 324:1087 (2001).

⁷⁵ Véase Fernando Raúl GARCÍA PULLÉS, *Tratado...* ob. cit., t. 1, pág. 383.

de realizar una interpretación denegatoria de lo que peticionó. No podrá hacerlo un tercero, ni muchos menos la Administración Pública.

En el art. 10 LNPA lo importante es que la pretensión incoada por el administrado requiera un pronunciamiento concreto. Esta petición será entonces la condición objetiva que habilita o legitima. En el mismo sentido que lo prescribe el régimen nacional de procedimientos administrativos, se encuentran las normas de las provincias de Chubut⁷⁶, La Pampa⁷⁷, La Rioja⁷⁸, Neuquén⁷⁹, Río Negro⁸⁰, Santa Cruz⁸¹ y Tierra del Fuego⁸².

En el caso de la aplicación de los arts. 87, 91 y 98 RNPA se desprende una conexión con la legitimación exigida para articular los recursos de reconsideración, jerárquico y de alzada, es decir, un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 74 RNPA).

Quedan excluidas de la situación planteada cuando el estado y la evolución de las actuaciones dependen exclusivamente de la actividad del administrado; en tal caso, el incumplimiento de alguna carga válidamente impuesta o exigible al interesado, no configura el supuesto de silencio sino de caducidad (art. 1º, inc. e, apartado 9º LNPA).

⁷⁶ Art. 76 de la ley N° 920 de Procedimiento Administrativo de Chubut.

⁷⁷ Art. 46 de la ley N°951 de Procedimientos Administrativos de La Pampa

⁷⁸ Art. 161 de la ley N° 4044 de Procedimientos Administrativos de La Rioja.

⁷⁹ Art. 162 de la ley N° 1284 de Procedimientos Administrativos de Neuquén.

⁸⁰ Art. 17 del decreto N° 819 sobre Normas de Procedimiento Administrativo de Río Negro.

⁸¹ Art. 10 de la ley N° 1260 de Procedimientos Administrativos de Santa Cruz.

⁸² Art. 102 de la Ley N° 141 de Procedimiento Administrativo de Tierra del Fuego.

En cambio, puede haber ciertas situaciones en donde no es tan claro que la carga de su producción o presentación recaiga exclusivamente sobre el interesado. De existir una duda razonable al respecto, que no despeje totalmente la responsabilidad del órgano administrativo en la inactividad de procedimiento, la retardación podrá configurarse en virtud del principio *pro actione*. De tal modo, la jurisprudencia indicó -en un caso- que no obsta a la admisibilidad de la acción contencioso administrativa, si al tiempo de ser promovida faltasen pocos días para tener por producido el silencio que habilita, y si dicho plazo ya estaba cumplido cuando la Administración recibió el oficio que requería, por ejemplo, la remisión del expediente⁸³.

6.d. Mecánica

En lo que se refiere a la mecánica que permite operatividad de la técnica silencial, pueden advertirse dos maneras distintas, o bien seguirse el sistema de “denuncia de la mora”, interpelación o formal constitución en mora; o bien cuando la norma lo permita, el silencio “automático” o instantáneo.

A partir de ambas posibilidades surge la siguiente distinción. Primero, la mora es el estado en el cual el incumplimiento se hace jurídicamente relevante. Segundo, la demora de la Administración es el mero retardo de ella en el cumplimiento de la obligación que le es propia, es así un elemento de la mora y no la mora misma.

Dentro del denominado sistema de “denuncia de la mora” no basta el vencimiento del plazo otorgado a la Administración para pronunciarse, sino que es necesario que el particular requiera previamente la actuación debida a través de un “pronto despacho”.

⁸³ CNContAdmFed., Sala III, 30/6/88, “Coyac Constructora S.A. vs. Asociación Coop. Liceo Nac. de Señoritas N° 1 y otra”.

Por la constitución en mora, la Administración queda advertida de su incumplimiento. Además, transcurrido cierto lapso temporal establecido normativamente sin que la decisión pertinente haya recaído, se configura el silencio como técnica frente a la inactividad formal.

En cambio, cuando la técnica opera sin necesidad de “requerimiento” o “denuncia” alguna del particular, sólo basta el transcurso de los plazos previstos por el ordenamiento jurídico para que la Administración se pronuncie. Al respecto, cabe recordar que algunos textos romanos solían decir “*dies interpellat pro homine*” (el tiempo interpela en lugar del hombre).

Evidentemente, las soluciones variarán según sea la formulación normativa, como ya se explicó; se encuentra el art. 10 LNPA, por un lado, y, por el otro, los arts. 87, 91 y 98 RNPA. Pero en ambos casos se tienden a evitar las situaciones de verdadera indefensión en que se encontrarían los particulares frente al silencio o ambigüedad de la Administración Pública ⁸⁴.

A su vez, para compatibilizar estas disposiciones reglamentarias con el art. 10 de LNPA se las justifica como una morigeración de la regla a la prerrogativa de auto limitación que se impuso la Administración al emitir ella misma el decreto 1759/72 ⁸⁵. De esta manera, se prefiere efectuar una in-

⁸⁴ Juan Carlos CASSAGNE, “La ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549”, ED, t. 42, pág. 835.

⁸⁵ En este sentido Armando CANOSA, *Recursos...* ob. cit., págs. 169 y 170, enfatiza que “*He aquí cuando aparece la posibilidad de auto limitación por parte de la Administración respecto de ciertas prerrogativas enunciadas por el legislador, que el Poder Ejecutivo decidió no utilizar, con fundamento en que el requerimiento de pronto despacho se traduce en un beneficio para la Administración, el cual tiene carácter de renunciable. Por otra parte, entendemos que si la propia ley dejó librada al arbitrio del órgano administrativo de que se trate la posibilidad de que se le dé el carácter positivo al silencio que se produzca en determinados casos, no puede existir óbice alguno para que por la misma vía se elimine un requisito formal como es la presentación del escrito de pronto despacho. Finalmente, cabe consignar que solamente podrían solicitar la ilegitimidad de las disposiciones reglamentarias los representantes del*

terpretación armónica de la LNPA y su reglamentación, porque así se favorece la aplicación de las dos mecánicas de operatividad de la técnica silencial según sean las circunstancias.

Por último, a modo ilustrativo, analizadas las normas de procedimientos vigentes en distintas provincias, se advierte que La Pampa⁸⁶, Río Negro⁸⁷, Santa Cruz⁸⁸ y Córdoba⁸⁹ adoptan el sistema de la constitución en mora por inactividad como presupuesto para configurar el silencio. En cambio, optan por su operatividad automática: Catamarca⁹⁰, Entre Ríos⁹¹, Formosa⁹², La Rioja⁹³, Mendoza⁹⁴ y Neuquén⁹⁵.

6.e. Habilitación judicial a partir del silencio denegatorio

Se remarca que la doctrina del silencio de la Administración se erige como una técnica jurídica de tutela a favor del

Estado, lo que implicaría ir contra sus propios actos". Del mismo autor, "Autolimitaciones de la Administración en materia de silencio y caducidad", *ED*, t. 158, pág. 271

⁸⁶ Art. 46 de la ley N° 951 de Procedimientos Administrativos de La Pampa.

⁸⁷ Art. 17 del decreto N° 819 referente a las normas de Procedimiento Administrativo de Río Negro.

⁸⁸ Art. 10 de la ley N° 1260 de Procedimientos Administrativos de Santa Cruz.

⁸⁹ Art. 7° de la ley N° 7182, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo de Córdoba.

⁹⁰ Art. 25 de la ley N° 3559, Código de Procedimientos Administrativos de Catamarca.

⁹¹ Art. 5° de la ley N° 7061, Código Procesal Administrativo de Entre Ríos.

⁹² Art. 5° de la ley N° 584, Código Procesal Administrativo de Formosa.

⁹³ Art. 5° de la ley N° 4243, Código Procesal Administrativo de La Rioja.

⁹⁴ Art. 6° de la ley N° 3918, Código Procesal Administrativo de Mendoza.

⁹⁵ Art. 162 de la ley N° 1284 de Procedimientos Administrativos de Neuquén.

administrado y no de la Administración. Por ello, la jurisdicción no puede admitir la actitud del Estado cuando pretende prevalecerse de su silencio para oponerse a la revisión de sus actos, porque importa ir en desmedro del principio general del derecho consistente en la prohibición de invocar la propia torpeza ⁹⁶.

El efecto denegatorio atribuido a la actitud silente, merced una ficción legal, es una solución procesal -como fue expresado- que permite al particular habilitar la instancia judicial.

6.e.1. Cómputo de los plazos para interponer la acción

Mairal ⁹⁷ observa que para abrir la instancia jurisdiccional, deben reunirse ciertas condiciones referentes al recurrente, a la conducta administrativa impugnada y al momento en que se solicita el control. Estos son agrupados como condiciones positivas, donde se comprenden la legitimación, el acto justiciable y, como condición negativa, la interposición de la acción dentro de los plazos establecidos.

A su vez, hay dos tipos de plazos que el accionante deberá tener en cuenta para hacer valer temporalmente su derecho. El primero de ellos es la prescripción, que constituye el espacio de tiempo para hacer prevalecer un derecho. El art. 3949 del CC expresa que “... *la expresión liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere*”. El segundo, son los plazos de caducidad que se basan en la necesidad de definir rápidamente una situación jurídica y que tal vez podrían condicionar la existencia misma del derecho a su inmediato ejercicio ⁹⁸.

⁹⁶ Conf. Pascual E. ALFERILLO, “Reflexiones sobre los efectos del silencio de la Administración con relación a la acción contencioso administrativa”, LL, Suplemento Cuyo, diciembre, 2003, pág. 788.

⁹⁷ Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. 1, pág. 125.

⁹⁸ Héctor A. MAIRAL, *Control...* ob.cit., t.1, pág. 367.

Lo propio de estos plazos de caducidad es su índole perentoria, automática y fatal. Opera de pleno derecho y su efecto fundamental es la pérdida o extinción del derecho no ejercido. La prescripción, por el contrario, no reúne esas características; el beneficiario puede no hacer uso de ella, no opera ni funciona de pleno derecho y no produce la extinción definitiva del derecho, sino su subsistencia como obligación natural ⁹⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al dictar su sentencia en el caso “Gypobras” ¹⁰⁰ manifiesta que la existencia de términos para demandar a la Administración (esto es, los plazos de caducidad) se encuentra justificada en la necesidad de otorgar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos. Lo que es distinto, en los casos en que la Administración declina su obligación de otorgar una respuesta, en donde no se puede premiar su actitud negligente exigiendo al particular el cumplimiento de mayores cargas, porque ello importaría un trato notablemente desigual entre los sujetos y atentaría contra el art. 18 CN.

En el régimen jurídico nacional, el art. 26 de LNPA prevé que *“La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponde en materia de prescripción”*. Así, ante el silencio de la Administración en resolver dentro de los plazos fijados, la demanda puede ser iniciada en cualquier momento sin perjuicio de lo que fuera pertinente en materia de prescripción. Ello implica que no procede la aplicación del plazo del art. 25 LNPA, es decir, el plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales para interponer la acción y, en este sentido, se encamina la jurisprudencia ¹⁰¹.

⁹⁹ Julio R. COMADIRA (en colaboración de Laura MONTI), *Procedimientos administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, t. 1, 2003, pág. 477.

¹⁰⁰ Fallos 318:441 (1995), especialmente en considerando 8º.

¹⁰¹ Por ejemplo; CNContAdmFed., Sala I, 26/6/90, “Sacoar S.A. vs. Dirección Nacional de Vialidad”; del mismo tribunal, 25/2/00, “Mundo, Antonio

La ley N° 24.447 ¹⁰² (art. 27) establece en los casos de denegatoria por silencio de la Administración ocurridos en los procedimientos administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimiento de crédito o título ¹⁰³, anterior al 1° de abril de 1991, un plazo de caducidad de noventa (90) días hábiles judiciales. Y su decreto reglamentario N° 852/1995 ¹⁰⁴ precisa (art. 3°) que “*La denegatoria por silencio de la Administración Pública prevista en el artículo 27 de la ley N° 24.447 agotará la vía administrativa en cualquier supuesto...*”.

Años más tarde, mediante el art. 12 de la Ley de Emergencia Económica y Financiera N° 25.344 ¹⁰⁵ se efectuaron algunas reformas significativas que impactaron sobre el cómputo de los plazos para interponer la acción procesal; entre ellas, se reformuló el art. 31 de la LNPA que quedó redactado de la siguiente forma: “*El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los*

vs. Estado Nacional”. Y, Fallos 316:2477 (1993), declaró la inconstitucionalidad de normas provinciales que hacen operar la caducidad para el inicio de la acción contencioso administrativa contando los plazos a partir de que se produce la denegatoria por silencio.

¹⁰² Presupuesto General para 1995. Publicada BON: 30/12/94.

¹⁰³ No es de aplicación a las peticiones de pago relativas a obligaciones reconocidas y firmes en sede judicial o administrativa, ni respecto de los créditos fiscales regidos por el Título VI de la ley N° 24.073, modificada por la ley N° 24.463.

¹⁰⁴ Publicada en BON: 26/6/95. Agustín GORDILLO (director) en *Procedimiento...* ob. cit., pág. 286, manifiesta que a los fines de analizar la constitucionalidad de la ley 24.447 debería tenerse en cuenta cierta jurisprudencia que sostiene que la Ley de Presupuesto no es el lugar jurídicamente válido para contener medidas que fueran ajenas a las estrictamente presupuestarias, conforme surge expresamente de la prohibición contenida en el art. 20 de la ley 24.156, de Administración Financiera.

¹⁰⁵ Publicada en BON: 31/11/00.

plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción...”.

Es decir, que hasta esta reforma, el particular decidía -según su libre criterio- en qué momento interponía un pedido de pronto despacho y, también, en qué momento acudía a sede judicial para impugnar la actividad administrativa que consideraba ilegítima -cuando la Administración tampoco resolvía el pronto despacho-, sujeto solamente a los plazos generales de prescripción. En cambio, con la modificación, sólo conserva la facultad de decidir cuándo requerir pronto despacho después de vencido el primer plazo para resolver su reclamo, pero, una vez que ejerce ese derecho, el plazo para demandar judicialmente comenzará a correr automáticamente al vencimiento del término de los cuarenta y cinco (45) días que prevé la norma para la conclusión del trámite del reclamo ¹⁰⁶.

En consecuencia, se determina que para plantear la acción judicial, el particular debe observar los plazos de caducidad, aun cuando se hubiera configurado el silencio negativo. Ello establece un peligroso sistema de plazos encadenados que, a la postre, pueden generar la indefensión del administrado ¹⁰⁷.

Postula Perrino ¹⁰⁸, efectuando un loable esfuerzo interpretativo con la intención de privilegiar el principio (o

¹⁰⁶ Osvaldo E. SISELES y Rogelio W. VINCENTI, “La Ley de Emergencia N° 25.344 y el Proceso Contencioso Administrativo”, LL, t. 2001-F, pág. 1179.

¹⁰⁷ Véase Juan Carlos CASSAGNE y Pablo Esteban PERRINO, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado”, reportaje publicado en LL, Suplemento de actualidad del 15 y 20 de noviembre de 2001.

¹⁰⁸ Pablo Esteban PERRINO, “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva”, en VV.AA. *Temas de Derecho Administrativo* (en honor al Prof. Doctor Agustín A. GORDILLO), La Plata, Librería Editora Platense, 2003, págs. 487 a 491. También, PERRINO, Pablo Esteban, “El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004, págs. 304 a 306.

derecho) de tutela judicial efectiva, que los plazos de caducidad fijados por el art. 25 LNPA son aplicables al supuesto de rechazo por acto expreso del reclamo previo y no cuando se verifica el silencio negativo. En la misma línea, Campolieti ¹⁰⁹ alude que la modificación del art. 31 de la LNPA no puede interpretarse en el sentido de que el plazo de caducidad empieza a correr automáticamente en la hipótesis de silencio administrativo, sino que sólo puede comenzar a transcurrir desde la denegatoria expresa del reclamo administrativo previo.

A pesar de que se comparta ¹¹⁰ que, en caso de duda, hay que brindar la posibilidad de acción del particular por aplicación del principio *in dubio pro actione*, se procura efectuar una hermenéutica objetiva de la norma ¹¹¹ para transparentar el cómputo de los plazos con el fin de interponer la demanda a partir de los actos fictos configurados en virtud de la técnica silencial, porque, de lo contrario, se conduce a la violación del derecho a un procedimiento administrativo basado en la buena fe y en la garantía de acceso al control judicial suficiente ¹¹².

¹⁰⁹ Ampliar Federico CAMPOLIETI, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad”, LL, t. 2006-E, pág. 284.

¹¹⁰ Con Carolina LANDE, “Amparo por mora y pronto despacho van juntos”, LL, t. 2006-F, pág. 95. También, Silvana AMBROSINO, “Amparo por mora y reclamo administrativo previo”, LL, t. 2006-F, pág. 96.

¹¹¹ Ya que se percibe como tramposo y peligroso para el particular la determinación de los plazos de caducidad para el silencio, denota la intencionalidad de obstaculizar el acceso jurisdiccional al administrado distraído y, a la vez, desdibuja el espíritu de tutela de la doctrina del silencio de la Administración. Al respecto, es dable recordar, por su notable actualidad, a pesar de los años transcurridos, cuando ya Bartolomé FIORINI cuestiona en su obra *Qué es el contencioso* los sistemas procesales que establecen plazos de caducidad en caso de silencio administrativo denegatorio. Sobre el particular expresa que, por estas disposiciones tan injustas, la Administración Pública vence al administrado en dos oportunidades y sin ninguna razón; en la primera, no resolviendo nada y, en la segunda, haciendo caducar el recurso por la real dificultad que tiene el particular para precisar el comienzo de la fecha en que se califica definitivamente que no se ha hecho ni resuelto nada (citado por Carlos R. TRIBIÑO, *El silencio...* ob. cit., pág. 500).

¹¹² Conf. Fernando Raúl GARCÍA PULLÉS, *Tratado...* ob. cit., t.1, pág. 501.

Para cerrar este apartado, vale mencionar que las soluciones puntuales que adopte el legislador deben ser congruentes con las reglas y principios que rigen el sistema contemplado integralmente¹¹³. Por esto, se concluye que existe una diferencia entre la vía impugnatoria y la vía reclamatoria, ya que en la primera se configura el silencio en los términos del art. 10 LNPA y el particular puede, en cualquier momento, plantear la acción judicial; en cambio, en la segunda, el silencio como técnica jurídica frente la inactividad formal, cuando se ha efectuado un reclamo administrativo en la órbita nacional, se rige por lo establecido en el art. 31 LNPA y se aplica fatalmente el plazo de caducidad del art. 25 LNPA determinando la oportunidad temporal para demandar. Esta es la orientación de la jurisprudencia actual¹¹⁴.

6.e.2. Requisitos de la demanda

El escrito de la demanda contencioso en la que se haga uso de la técnica silencial debe contener todos los recaudos de la acción en sede judicial, establecidos en el art. 330 del CPCCN aplicable analógicamente al fuero contencioso administrativo de la Nación. Para lo cual el actor debe probar el cumplimiento de los requisitos habilitantes de la instancia, a cuyo fin corresponde requerir el envío de las actuaciones administrativas para acreditar el argüido silencio de la Administración¹¹⁵.

De las mismas se desprenderán: la realización de una petición incoada en algún organismo de la Administración y el vencimiento de los plazos legales o el transcurso de un término razonable para la resolución de aquella.

¹¹³ Conf. Leonardo TOIA, "El enigmático silencio en el reclamo previo", *ED*, Suplemento Derecho Administrativo, 29/2/08, pág. 10.

¹¹⁴ A partir del fallo, CNContAdmFed., Sala II, 30/5/06, "Seidel, Germán R. y otros vs. Ministerio de Economía".

¹¹⁵ CNContAdmFed., Sala IV, 5/11/87, "Bank of América vs. Banco Central".

Además, en los casos en que, para operarse el silencio denegatorio de la Administración, se requiera la denuncia de mora, el particular deberá acreditar que, a la existencia de un retraso inicial, obró la correspondiente interpelación mediante la interposición de un pronto despacho y, por último, que operó un nuevo vencimiento de términos sin ningún pronunciamiento.

7. Régimen jurídico de la técnica silencial en la provincia de Tucumán

7.a. Formulación normativa

En la Provincia de Tucumán, la técnica silencial tiene consagración desde la Constitución de 1907, cuyo art. 19 establece: *“Toda reclamación de carácter contencioso administrativo, debe ser despachada en el término de tres meses, a contar desde el día de su presentación. Vencido ese plazo se tendrá por denegada y el interesado puede concurrir directamente a la justicia”*.

Ochenta y tres años después, la reforma constitucional, que comenzó a regir el 18 de abril de 1990, efectuó algunas modificaciones a ese texto, cambió el término *“carácter contencioso administrativo”* por *“índole administrativa”*, *“día de presentación”* por *“día de interposición”*.

Sobre este aspecto, comenta Novillo¹¹⁶ que la enmienda tiene el valor de un símbolo porque más allá de emplear ahora el lenguaje adecuado al significado que siempre se le atribuyó a la expresión reemplazada (indicar que la reclamación está regida por el Derecho Administrativo o vinculada a la

¹¹⁶ Rodolfo Napoleón NOVILLO, *Derecho Procesal Administrativo*, Tucumán, Top Graph, 2000, pág. 3.

función administrativa), permite entenderse en un sentido más alto y valioso, como una directiva del constituyente que quiere desalentar la asimilación del procedimiento de impugnación previa con una primera instancia jurisdiccional y, en ese sentido, puede suscitar un fecundo replanteo de la extrapolación de la teoría procesal de la doble instancia en las relaciones entre procedimiento y proceso administrativo.

Así, el texto del art. 19 CT queda redactado de la siguiente forma: *“Toda reclamación de índole administrativa debe ser despachada en el término de tres meses desde el día de su interposición. Vencido ese plazo, el interesado podrá tenerla por denegada y recurrir directamente a la Justicia”*. La Constitución Provincial de 2006 mantiene el tenor del transcripto artículo y ubicación dentro de la Sección I, Capítulo Único, “Declaraciones, derechos y garantías”, pero identificado ahora como art. 21.

Gratamente, el silencio también tiene un espacio legal en el art. 10 CPAT al indicar que *“Salvo lo que corresponda en materia de prescripción, no habrá plazo para que el particular accione por demanda o recurso, cuando:... d) Se configure el silencio con sentido desestimatorio por haber transcurrido el plazo previsto por el artículo 19 (hoy, art. 21) de la Constitución de la Provincia, respecto de peticiones fundadas en derecho, recursos o reclamos del particular y con efectos exclusivamente procesales”*.

Para otorgar al silencio de la Administración los efectos configurativos en el régimen vernáculo, no se exige ninguna intimación, interpelación o constitución en mora por parte del administrado¹¹⁷ y se habilita el acceso directo a la jurisdicción.

¹¹⁷ María Pamela TENREYRO, “Solución para el problema del silencio administrativo”, publicado en diario La Gaceta, sección Tribunales, 3 de octubre de 2006, pág. 8.

7.b. *Jurisprudencia provincial respecto de la naturaleza jurídica*

- Corte Suprema de Justicia de Tucumán, 30/11/04, “Moreno, Julio Orlando vs. Municipalidad de La Cocha s/ diferencias salariales”: “Como luce flagrantemente del propio texto del artículo 19 de la Constitución provincial, éste expresamente asigna al silencio de la Administración Pública, en las relaciones jurídicas con los particulares, el sentido de desestimación de la reclamación efectuada ante ella. De otra parte, ‘el silencio’ que allí se prevé, no constituye un acto administrativo tácito sino una solución legal que permite al actor acudir directamente a la justicia, como una garantía a favor del particular que impida a éste le sea diferida *sine die*, por razón de tal conducta omisiva, el acceso a la justicia”.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II, 20/8/04, “Zárate, María Cristina vs. Municipalidad de Concepción”: “No corresponde considerar -como pretende a la demandada- que el silencio de la Administración constituye una manera de expresión de su voluntad y la exime de su deber de pronunciarse. La concepción del silencio de la Administración como una respuesta denegatoria de la petición a fin de habilitar el acceso a la justicia constituye tan sólo una garantía optativa a favor del particular. (...) La interpretación del silencio administrativo como negativa es tan sólo una garantía instrumentada para favorecer a los administrados pero no una prerrogativa de la Administración”.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II, 23/8/06, “Quinteros, Eduardo Andrés vs. IPACYM”: “El agotamiento de la vía administrativa supone dos fases indispensables. Una es la interposición del reclamo por iniciativa de la parte interesada y otra es la conclusión del procedimiento por alguna de las formas alternativas posibles. Vale decir, la conclusión de procedimiento por resolución expresa de la Administración, o bien por invocación del silencio de la Administración por falta de pronunciamiento en el plazo trimestral”.

- Corte Suprema de Justicia de Tucumán, 2/3/98, “Istenick, Julio César vs. Superior Gobierno de la Provincia y Comuna

de La Ramada y La Cruz s/ cobro de pesos”: “En suma, se trata de una solución procesal por la que la norma constitucional confiere al particular la facultad de atribuirle un sentido desestimatorio a la inacción administrativa y poder, en tal caso, instar su pretensión ante la justicia”.

- Corte Suprema de Justicia de Tucumán, 12/12/96, “Ferullo, Sara E. y otros vs. Provincia de Tucumán”: “El silencio de la Administración Pública es una presunción establecida a favor de los derechos e intereses de los particulares y no un medio de eludir las obligaciones que competen a los organismos públicos (...) lo cual impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes quiso favorecer”.

7.c. *Legitimación activa*

Para desentrañar quién es el sujeto con legitimación activa con el fin de emplear la técnica silencial en el régimen jurídico de Tucumán, hay que remitirse al art. 21 de la C.T. que alude al “*interesado*” lo que permite interpretar una comprensión más amplia que la establecida en el art. 58 LPAT que establece “... *los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo e intereses legítimos*” y, a la vez, más compatible con la letra del art. 9º de este cuerpo legal que indica “... *la actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a pedido de cualquier persona o entidad pública o privada que tenga derecho o interés legítimo*”.

Según el *Diccionario de la Lengua Castellana*, “interesado” es quien tiene interés en algo. Entonces, se entiende que se refiere a cualquier persona, física o jurídica, para hacer valer un derecho propio o ajeno o el interés por el respeto por la juridicidad¹¹⁸. Con lo que se incorporan a la petición

¹¹⁸ María Pamela TENREYRO, “Solución...”, ob. cit., pág. 8, el régimen jurídico provincial conjuga una protección amplia al derecho de petición.

de un interés propio, los reclamos de clase e invocación de intereses plurales o colectivos. Por lo tanto, se advierte una legitimación activa amplia para poder intentar esta técnica.

7.d. Mecánica

En el caso particular de la Ley de Procedimientos Administrativos de Tucumán no hay plazo para la resolución de los recursos administrativos ¹¹⁹. Esto se debe a que la norma constitucional incorporó con anterioridad la posibilidad de que el particular considere denegadas sus reclamaciones de manera instantánea, luego de transcurridos los tres meses desde el día de su interposición. Cómputo que se deberá realizar de acuerdo al art. 25 del CC que indica que “... *los plazos de mes o meses... terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha*”.

Es más, se comprobó, luego de las distintas y sucesivas reformas de la Carta Magna local, que el criterio y la mecánica del instituto analizado es reafirmado. Por consiguiente, en la jurisdicción vernácula, la técnica silencial se trata de una solución procesal por la que la norma constitucional confiere al particular la facultad de atribuir la falta de declaración o resolución como desestimación y la potestad de continuar o instar su pretensión ante la justicia ¹²⁰. Para Herrera de Villavicencio se trata de un hecho administrativo al cual el legislador ha acordado un sentido ¹²¹. En definitiva, es una

¹¹⁹ El único plazo resolutivo es el art. 65 LPAT que alude a diez (10) días como plazo de resolución del recurso jerárquico interpuesto contra actos interlocutorios o de mero trámite.

¹²⁰ CSJT, 2/3/98, “Istenick, Julio César vs. Superior Gobierno de la Provincia y comuna de La Ramada y La Cruz s/ cobro de pesos”.

¹²¹ Véase Blanca A. HERRERA DE VILLAVICENCIO, “Procedimiento Administrativo en Tucumán” en VV.AA. *Procedimiento Administrativo. Jornadas*

justa compensación de la prerrogativa procesal de la Administración de la reclamación previa ante ella ¹²².

El actual art. 21 CT parte de la referencia a “*toda reclamación de índole administrativa*”. La reclamación, sea efectuada por una persona física o jurídica, ante cualquier órgano que ejerce potestades públicas administrativas, titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, constituye el ejercicio del derecho a peticionar. Además, como se expusiera en los capítulos anteriores, toda solicitud o reclamación tiene como correlato la obligación de su respuesta expresa, pronta y motivada. Al respecto, hay doctrina firme de la CSJT que el derecho de petición del que se nutre el acervo jurídico de los particulares, no se circunscribe únicamente al mero ejercicio de una prerrogativa ¹²³.

También debe tenerse presente que el art. 20 CT establece el principio del agotamiento administrativo previo que debe efectuar el particular para poder recurrir a la justicia y, en consecuencia, quedar habilitada esta instancia. Así, el reclamo aludido es comprensivo tanto desde el reclamo propiamente dicho como desde el recurso administrativo que es obligatorio para el particular antes de acceder a la instancia judicial y -como establece la jurisprudencia local- es una prerrogativa de la Administración, que podría ser utilizada por ella en juicio, con la finalidad de ser escuchada previamente y enmendar sus propios errores, antes de ir a los estrados de justicia ¹²⁴.

organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pág. 522.

¹²² CSJT, 17/11/98, “Gramajo Cainzo, Carmen vs. Banco Provincia de Tucumán s/ Indemnización por despido”.

¹²³ CSJT, 2/3/98, “Istenick, Julio César vs. Superior Gobierno de la Provincia y Comuna de la Ramada y La Cruz s/cobro de pesos”.

¹²⁴ CContAdmTuc., Sala I, 7/6/96, “Manzur, Alfredo vs. Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Contencioso administrativo”.

Cabe resumir de lo manifestado que la mecánica de la técnica silencial en Tucumán es sencilla, clara, concentrada en las pautas establecidas en el art. 21 CT.

7.e. Habilitación judicial a partir del silencio denegatorio

Para comprender cómo se encuentra habilitada la instancia judicial se parte de concebir a la inactividad como ausencia de expresión de la voluntad; constituye un no-obrar, lesivo, antijurídico y la solución es receptar a la técnica silencial dispuesta por el ordenamiento jurídico al particular, que le permite entender ese vacío con un sentido negativo¹²⁵. Así, a los fines procesales, la ausencia de un pronunciamiento administrativo expreso no podrá incidir en la extensión o contenido de la resolución judicial que sobre el fondo del asunto recaiga. Pero, además, lo que sí es seguro, es que la inactividad no afectará las condiciones de admisibilidad de la pretensión al ser incoada en sede judicial porque, como ya se ha expresado, los beneficios son de contenido procesal.

El art.12 CPAT establece que *“El ejercicio por los particulares de las acciones reguladas por este código requiere el agotamiento de la instancia administrativa por las vías previstas en la ley de procedimiento administrativo y demás leyes especiales...”*. En consecuencia, como se esgrimió, ante la falta del acto terminal del procedimiento, si el particular lo considera provechoso, puede hacer uso de la técnica silencial para dar por finalizada la instancia administrativa y comenzar el proceso judicial.

¹²⁵ En este mismo sentido, Rodolfo NOVILLO, *Derecho...* ob. cit., pág. 71, expresa que *“el silencio de la Administración como una solución procesal consistente en que el ordenamiento faculte al particular para optar por darle un sentido desestimatorio a la inactividad formal de la Administración y pueda instar entonces su pretensión ante la justicia”*.

Esta solución establecida no purga para nada la ilegalidad de su concepción, que no es otra que el incumplimiento del deber jurídico de la Administración Pública de expresarse. Es más, el silencio negativo no produce, de por sí, efectos desde el vencimiento del plazo máximo para resolver, sino sólo cuando el interesado decide hacer uso, luego de transcurridos los tres (3) meses, de interponer la acción contencioso-administrativa.

7.e.1. Cómputo de los plazos para interponer la acción

En el caso de la técnica silencial, el Código Procesal Administrativo de Tucumán no fija plazo para interponer la acción administrativa y ésta queda sujeta sólo a la prescripción. Así, el art. 10 CPAT dispone que *“Salvo lo que corresponda en materia de prescripción, no habrá plazo para que el particular accione por demanda o recurso, cuando (...): d) se configure el silencio con sentido desestimatorio por haber transcurrido el plazo previsto por el artículo 19¹²⁶ de la Constitución de la Provincia, respecto de peticiones fundadas en derecho, recursos o reclamos del particular”*.

Entonces, transcurrido el plazo inicial de tres (3) meses, desde que la reclamación de índole administrativa debió ser despachada o resuelta, el interesado está automáticamente habilitado para plantear la acción en tribunales cuando lo desee mientras el derecho de fondo no se encuentre prescripto.

Siguiendo la misma orientación, por ejemplo, no existen plazos de caducidad en las normas administrativas de Neuquén ¹²⁷. Por el contrario, Mendoza ¹²⁸ fija plazos que los administrados deberán cumplir estrictamente para hacer valer los efectos del silencio denegatorio.

¹²⁶ Hoy art. 21 CT, luego de la reforma constitucional de 2006.

¹²⁷ Art. 171 de la ley N° 1284 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Neuquén.

¹²⁸ Art. 20 de la ley N° 3918, Código Procesal Administrativo de la Provincia de Mendoza.

7.e.2. Requisitos de la demanda

En la jurisdicción tucumana, el art. 28 CPAT establece los recaudos generales que debe contener la demanda, como: *“a) Nombre y apellido, domicilio real o legal según el que corresponda, el constituido y demás condiciones personales del demandante b) Nombre y apellido, domicilio y condiciones personales del demandado, si se conociera. c) La individualización y contenido de la actividad que se impugna indicando cuando el demandante fuere un particular, la lesión del derecho subjetivo o del interés legítimo. d) Los hechos en que se funda, explicados con claridad y precisión y el derecho expuesto sucintamente, e) Las peticiones en términos claros y precisos”*.

Además, como es propio de la naturaleza del proceso administrativo, se indicará el cumplimiento de los principios consagrados en el art. 12, último párrafo, destinados a acreditar el cumplimiento del agotamiento de la instancia administrativa y el principio de congruencia que significa que *“no podrán articularse en sede judicial pretensiones no planteadas en sede administrativa, pero podrán deducirse las no planteadas y resueltas o las planteadas y no resueltas”*. Sin embargo, en el caso de inactividad formal, la demanda argumentará que el particular ejerce voluntariamente la facultad de considerar al silencio como acto ficto denegatorio, tal como lo permite el art. 21 CT.

8. Conclusiones del capítulo

El silencio es una mera situación de la cual nada puede inferirse, porque, precisamente, no es nada. Cuando la Administración Pública incurre en silencio ante una pretensión efectuada por el particular en ejercicio de su derecho a peticionar, esa situación deja de ser irrelevante; más aún cuando se encuentra presente la prerrogativa estatal de que debe agotarse la instancia administrativa previamente a la intervención judicial. Entonces, esa omisión declarativa o resolutive impide el derecho a la tutela judicial efectiva.

El ordenamiento jurídico no es indiferente, sino que, para proteger al particular de no ser víctima de la incuria de los órganos administrativos, se atribuye al silencio un efecto negativo o desestimatorio, como regla, o un efecto positivo u otorgatorio, como excepción y reservado para determinados casos.

La técnica silencial constituye una solución procesal para superar la inactividad administrativa formal, existente a opción y beneficio del particular, que opera como una ficción.

Sin perjuicio de que la mecánica, los presupuestos, la legitimación activa e, incluso, la asignación de su naturaleza jurídica dependerán de la formulación que la norma les haya otorgado, se puede -no obstante- considerar que esta técnica jurídica se encuentra muy arraigada dentro del Derecho Administrativo como garantística, sencilla y efectiva para tutelar al particular, sin purgar ni excusar el deber que tiene la Administración de responder o declarar de manera expresa, pronta y motivada frente a una petición.

CAPÍTULO VI

LAS TÉCNICAS RECLAMATIVAS EN SEDE ADMINISTRATIVA: PRONTO DESPACHO y QUEJA POR INACTIVIDAD

1. Introducción al capítulo

Como se expresara precedentemente, el particular afectado por la inactividad administrativa detenta varias técnicas de tutela dadas por el ordenamiento jurídico para enfrentar aquélla. En este capítulo, asumiendo una actitud más reaccional, se profundizará sobre las vías para reclamar la decisión omitida dentro del ámbito de la misma Administración, ya sea por la confianza o esperanza de que aquélla resulte favorable o ya sea por la conveniencia de saber o conocer las razones de hecho y de derecho, como las pruebas que justifican la denegatoria expresa en sede administrativa a efectos de preparar mejor su ataque en vía judicial¹.

Así, el pronto despacho y la queja por inactividad ante el superior jerárquico son considerados como técnicas reclamativas en sede administrativa porque ambos constituyen una exigencia formal de la actividad debida, puesto que procuran, indirectamente, promover mecanismos de control

¹ Conf. José Roberto DROMI, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1986, pág. 122.

de la juridicidad y, directamente, la emisión de una declaración expresa como circunstanciada del órgano inactivo.

También se erigen como dos técnicas jurídicas para reafirmar el derecho de peticionar a las autoridades, el derecho a recibir una respuesta, el derecho a recibir las razones y el derecho a una pronta resolución y, en definitiva, conllevan a tutelar el derecho a la buena administración (desarrollados en el Cap. I).

A través del análisis del régimen jurídico de la Nación y de la Provincia de Tucumán se expondrán la formulación normativa de las técnicas individualizadas, sus presupuestos, su mecánica y sus efectos jurídicos.

2. Comprensión del pronto despacho y la queja por inactividad como técnicas reclamativas en sede administrativa contra la inactividad administrativa

A estas alturas, es claro que la inactividad no debe ser un obstáculo insuperable, ni menos aún un vicio que el administrado deba soportar con estoicismo. Todo lo contrario, la actividad administrativa es un servicio para el individuo, el no prestarlo o ejecutarlo deficientemente constituye una negación de la existencia de aquella y el apartamiento de su finalidad.

Dado que el ordenamiento jurídico no resulta indiferente, existen distintas vías que el particular puede utilizar para requerir el incumplimiento formal en la misma esfera de la Administración, ya sea ante el mismo órgano administrativo inactivo, o bien, ante el órgano administrativo jerárquicamente superior a aquél. En definitiva, se tratan de instrumentos que permiten la aplicación de los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites² consagrados en el art. 1º, inc. b, LNPA y en el art. 3º, inc. d, LPAT.

² Conf. Armando N. CANOSA, *Procedimiento administrativo...* ob. cit., pág. 493.

Además, en la Carta compromiso con el ciudadano, art. 3º, inc. j), se proclama el derecho de éste a “... *presentar quejas por la omisión de trámites o retrasos en los procedimientos en los que sea interesado, y a reclamar ante cualquier desatención o anomalía en el funcionamiento de los servicios de la Administración Pública Nacional*”.

Por ello, el pronto despacho y la queja por inactividad quedan comprendidos como técnicas reclamativas en sede administrativa. En el primer caso, el pedido de pronto despacho se trata de un ungimiento, advertencia o recordatorio dirigido a la autoridad administrativa que debe dictar el acto, con el objeto de provocar el impulso o la reanudación del procedimiento detenido o demorado. Es una simple petición a la Administración para que resuelva³ y, en ciertos casos, opera como una denuncia de mora⁴.

En el segundo caso, la queja por inactividad constituye un reclamo formulado directamente al órgano superior jerárquico de aquél a cuyo cargo estuviere el cumplimiento de la obligación de resolver o instruir el procedimiento por quien ya era parte de éste o, según Gordillo, también por todo tercero interesado en la rectificación realizada por la Administración acerca de su conducta lesiva⁵.

Si bien la queja no es utilizada asiduamente en sede administrativa, bien debería propiciarse su uso⁶ dado que, en

³ Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo por mora...* ob. cit., pág. 88.

⁴ CNContAdmFed., Sala I, 2/10/01, “Abbott Laboratorios Argentina S.A. vs. Estado Nacional”; CNCiv, Sala A, 9/5/96, “Domínguez Bugallo, Julián vs. Municipalidad de Buenos Aires”. Al respecto, es dable mencionar el decreto nacional N° 852/1995 reglamentario de la ley N° 24.447, cuyo art. 4º establece “*A efectos de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley N° 19.549, se considerará solicitud de pronto despacho cualquier petición que tienda a denunciar la mora administrativa para que comience el plazo tendiente a la habilitación de la negativa tácita*”.

⁵ Conf. Agustín GORDILLO (director) en *Procedimiento...* ob. cit., pág. 506

⁶ Conf. Javier Indalecio BARRAZA, “La inercia...”, ob. cit., pág. 550.

definitiva, se produce la intervención plena del poder jerárquico de fiscalización.

Ambas técnicas reclamativas detentan los siguientes componentes:

1) Identidad personal: generalmente se encuentra habilitada para presentar un pronto despacho o una queja por inactividad la misma persona, física o jurídica, que efectuó una petición, reclamo o recurso ante la Administración y espera, en consecuencia, una respuesta por la que se conceda o se deniegue lo pretendido.

2) Exigencia categórica: ni el pronto despacho ni la queja por inactividad son un ruego o una insinuación, sino que obran como una verdadera interpelación por la actividad. Constituyen un reclamo formulado en tiempo verbal imperativo. Ambas se tratan de un requerimiento categórico dirigido a exigir a la Administración.

3) Requerimiento apropiado: el objeto del pedido de pronto despacho como de la queja por inactividad deben coincidir en cuanto su contenido con el de la petición que fue incoada primariamente (principio de congruencia). Se deberá indicar, de manera precisa y circunstanciada, cuál es el objeto del reclamo.

3. Naturaleza jurídica de las técnicas reclamativas en sede administrativa

Para descifrar la naturaleza jurídica, que es posible asignarse al pronto despacho y a la queja por inactividad, es menester indagar dentro de los medios que tiene el particular para controlar la juridicidad del actuar de la Administración Pública ⁷.

⁷ Sin embargo, para Tomás HUTCHINSON, *La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1988, t. 2, pág. 296, desarrollar

Siguiendo la delimitación conceptual de los reclamos efectuada por Jeanneret de Pérez Cortés⁸ como aquellas peticiones que pueden ser hechas con la invocación de un derecho subjetivo o de un interés simple, pero -como regla- sin impugnación de un concreto acto y sin plazo de su interposición, tendientes a obtener una conducta administrativa determinada, consistente en un hacer, una abstención -un no hacer-, o un dar, se advierte que tanto el pronto despacho como la queja por inactividad quedan comprendidas dentro de la naturaleza jurídica de los reclamos administrativos⁹.

Algunos autores¹⁰ ubican la queja dentro del género “de reclamos innominados”, considerando que se trata de una pretensión del particular que, siendo parte del expediente, activa el control interno de la Administración.

En modo alguno se considera que pueda otorgársele una naturaleza recursiva ya que estas técnicas no tienen por objeto impugnar un acto administrativo, sino cuestionar la inacción.

Esto también se corrobora en la categorización normativa otorgada a tales institutos; así, en la jurisdicción nacional, se reserva el tratamiento en el Título VIII del RNPA en dos

la naturaleza jurídica no tiene mucha trascendencia ya que *“tampoco tendrá mucha importancia práctica administrativa, ni para el interesado que utilice la mencionada figura, ni para la Administración a cuyo cargo se encontrará el desarrollo de su procedimiento, el que se le reconozca carácter de recurso, o por el contrario, de reclamación, desde el momento en que, por el hecho de hallarse reglada, igualmente deberá ser tramitada”*.

⁸ María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo”, en VV.AA., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 1998, págs. 133 y 134.

⁹ Así, Armando N. CANOSA, *Recursos...* ob. cit., pág. 252, rechaza la posibilidad de considerar la queja como una reclamación, considerando que reviste la calidad de una vía administrativa.

¹⁰ Véase Pedro ABERASTURY (h) y María Rosa CILURZO, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág.174.

artículos anteriores a la parte de reglamentación de los recursos y, en Tucumán, la LPAT ubica la queja administrativa por inactividad en el último artículo del Título VII; en el acápite siguiente es en donde se regulan los recursos administrativos.

4. Régimen jurídico de las técnicas reclamativas en sede administrativa en la Nación

4.a. Formulación normativa

4.a.1. Pronto despacho

La mención normativa del pronto despacho en el régimen jurídico nacional se encuentra en el art. 10 y en el art. 31 LNPA. En ambos casos, la alusión a esta técnica genera otros efectos colaterales además de exigir formalmente la actividad debida. Sin embargo, su empleo no excluye ni es un presupuesto para efectuar reclamos en sede judicial contra la inactividad ¹¹.

De la lectura del art. 10 LNPA, se deduce que su aplicación permite la configuración del silencio de la Administración con sentido denegatorio. La redacción del art. 31 LNPA, luego de la reforma efectuada por la ley N° 25.344, opera para exigir una definición sobre el reclamo previo efectuado y constituye un parámetro para el cómputo de los plazos de caducidad con el fin de acceder a la instancia judicial.

4.a.2. Queja por inactividad

La queja por inactividad se encuentra prevista en el art. 71 del RNPA al indicar que: “*Podrá ocurrirse en queja ante el*

¹¹ CNContAdmFed., Sala I, 15/3/07, “Valenzuela Seguí, José Eduardo María vs. Estado Nacional”; CNContAdmFed., Sala II, 30/5/06, “Seidel, Germán Rodolfo y otros vs. Estado Nacional”.

inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurrieren durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos. La queja se resolverá dentro de los cinco (5) días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá, si fuere necesario. En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya producido y la resolución será irrecurrible”¹².

De la norma se entiende que la queja constituye un remedio administrativo complementario reglado especialmente, mediante la cual las partes interesadas en un procedimiento administrativo de cualquier naturaleza, pueden interponerla durante su curso o sustanciación, con el objeto de lograr que se cumplan trámites procedimentales *-lato sensu-* omitidos, realizados defectuosamente o demorados¹³. También es concebida como una vía o camino para lograr la modificación de una conducta administrativa¹⁴.

4.b. Presupuestos

4.b.1. Pronto despacho

El presupuesto que habilita la promoción del pronto despacho es el incumplimiento resolutivo o declarativo de la Administración verificado por el vencimiento de los plazos legales o reglamentarios previstos expresamente o, ante la falta de éstos, el término residual de sesenta días (art. 10 LNPA) o de noventa días (art. 31 LNPA). En caso de ausencia de plazo expreso corresponde la previsión del art. 1º, inc. e,

¹² Artículo sustituido por art. 1º del dec. N° 1883/1991, BON: 24/9/91

¹³ Belisario J. HERNÁNDEZ, “Recurso de queja”, *RADA*, N° 9, Buenos Aires, 1976, pág. 59.

¹⁴ *Dictámenes*, 209:164.

apartado 4º, que alude a un término de diez (10) días, los que serán computados en hábiles administrativos ¹⁵.

4.b.2. Queja por inactividad

A partir del análisis del art. 71 del RNPA se desprende que los presupuestos materiales que permiten la aplicación de esta técnica son dos: los defectos de tramitación y el incumplimiento de los plazos.

En un sentido amplio, quedan comprendidos como defectos de tramitación todos los vicios, carencias, irregularidades, anomalías perpetuadas en el procedimiento administrativo de formación o de impugnación, los cuales pueden ser leves o graves.

Ejemplos de deficiencia o anormalidades pueden ser la incorrecta foliatura de las actuaciones, pases indebidos con efectos dilatorios, dificultades en el acceso o vista del expediente, falta de elevación del recurso jerárquico planteado por el particular, irregularidades en la etapa probatoria, la no agregación al expediente de un escrito presentado por la parte, aplicación de un excesivo rigor formal, etc. Se trata, en general, de inobservancias al principio de juridicidad, economía y eficiencia en el procedimiento.

Respecto al incumplimiento de los plazos legales y reglamentarios, quedan comprendidos todos los términos o lapsos temporales señalados por el ordenamiento para el avance de las etapas del procedimiento. Siendo importante resaltar que la norma excluye expresamente su aplicación cuando estos plazos son relativos al trámite de los recursos administrativos. En este caso, la misma norma, en su exposición de motivos, determina que el particular podrá acudir al auxilio de la técnica silencial ¹⁶.

¹⁵ Conf. art. 1º inc. e, apartado 2º, LNPA.

¹⁶ Mediante aplicación de arts. 87, 91 y 98 RNPA, en los que el silencio opera automáticamente.

4.c. *Mecánica*

4.c.1. *Pronto despacho*

La mecánica del pronto despacho, en cuanto técnica reclamativa en sede administrativa, es sencilla; su presentación se encuentra amparada dentro del principio de informalismo. No se halla sometida a un plazo para su interposición ni sujeta en cuanto a su tenor a formas sacramentales. Pueden ser presentados tantos pronto despachos como se desee o crea conveniente ¹⁷.

4.c.2. *Queja por inactividad*

La queja por inactividad resulta ser un medio idóneo para combatir la inactividad formal o procedimental en su más amplia configuración: defectos en la aplicación de los trámites a seguir, retrasos o demoras, omisiones propiamente dichas.

Son partícipes en la mecánica de la queja, un sujeto privado que es el individuo que plantea el reclamo o promueve la intervención del superior a fin de que se imprima, respecto de la petición oportunamente planteada en la Administración, el trámite debido o se cumplan con los plazos previstos. Dentro de la misma persona estatal, comparten cartel, el órgano inferior, que por su actuar irregular o su omisión dio origen a la queja, y el órgano superior, receptor de la queja que debe resolver la reclamación. Creo Bay y Hutchinson ¹⁸, los identifican en el siguiente orden: sujeto activo, sujeto pasivo y sujeto decisor, respectivamente.

La norma impone una tramitación muy reducida ¹⁹. Debido a la articulación de la queja por inactividad, es posible

¹⁷ Conf. José Luis CORREA, "El silencio administrativo y el pronto despacho...", ob. cit., pág. 819.

¹⁸ Véase Horacio D. CROO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit., pág. 22.

¹⁹ Tomás HUTCHINSON, *Digesto Práctico...* ob. cit., pág. 826, parágrafo N° 4701.

promover, en cualquier momento, la intervención de otro órgano distinto de aquél que tiene a su cargo la tramitación de la causa o cuestión administrativa. Con su interposición se habilita la actividad jerárquica del superior²⁰, lo que materialmente no será viable cuando la inactividad devenga del Poder Ejecutivo, quien no detenta ninguna autoridad jerárquica. En este caso, habrá que intentar otra técnica.

En la mecánica de esta técnica, la participación del superior puede ser amplia y sus resultados variados. Todo dependerá de la manera o compromiso que asuma el superior. Como advierte Gordillo²¹, tal vez, puede llegar éste a actuar sin la suficiente imparcialidad imbuido en un equívoco espíritu de cuerpo.

Pero, más allá de cualquier suspicacia, el superior “deberá” actuar, sin otra sustanciación que pedir -si lo considera necesario- un informe circunstanciado al inferior²². Luego, tendrá que resolver la reclamación dentro de los cinco días. Vale decir, pesa sobre el superior un deber en concreto que deberá satisfacer bajo pena de quedar él también incurso en inactividad.

El trámite es incidental, sin suspender el procedimiento administrativo principal que motivó el reclamo. La resolución sobre la queja será irrecurrible. Es decir, que el acto ad-

²⁰ Según Horacio D. CREO BAY, “La morosidad administrativa y las técnicas para su control”, en VV.AA., *Derecho Administrativo*, obra en homenaje a Miguel S. MARIENHOFF, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 609, si -infortunadamente- el inmediato superior fuera moroso en su trámite, entra en escena el superior del superior. Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit., pág. 26, mencionan la posibilidad de “queja por queja”.

²¹ Agustín, GORDILLO, *Tratado...* ob.cit., t. IV, pág. XIII-6.

²² Según Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit., pág. 23, es conveniente se requiera dictamen jurídico ya que la resolución del reclamo de la queja será un acto administrativo. A lo que corresponde advertir que tal recaudo será pertinente cuando este acto administrativo afecte derechos de terceros; caso contrario, el trámite sumario de la reclamación se desvirtuaría.

ministrativo, por imperio de la norma, queda firme y no permite que el particular por esa reclamación reabra la discusión sobre el estado de inactividad que ya concluyó.

Dentro de la mecánica de la queja, podría el superior avocarse en la cuestión y resolver sobre el fondo del asunto. En ese supuesto, estaría efectuando una prórroga a su favor de la competencia, asumiendo las responsabilidades que correspondieren, sin perjuicio de las potestades disciplinarias que pudiera ejercer contra el inferior inactivo. O bien, podría dirigir o formalizar una intimación al inferior para que se pronunciara en plazo perentorio, lo que significaría el ejercicio de una potestad de dirección.

Sin embargo, lo fundamental a destacar es que la queja al superior tiene por finalidad que, a través de la intervención jerárquica, se puede constatar la inactividad administrativa. Y, según sea el caso, subsanar, corregir, remediar, reparar anormalidades formales o temporales en el procedimiento administrativo de formación o de impugnación. Se destaca que el instituto por sí mismo no conlleva a la resolución sobre el fondo del asunto ²³.

4.d. Efectos jurídicos

4.d.1. Pronto despacho

El análisis de los efectos jurídicos de la presentación del pronto despacho dependerán del contexto bajo el cual éste fue efectuado. Si éste se constituye como una herramienta para urgir o promover la activación del trámite dentro del procedimiento administrativo o emitir la declaración, queda comprendido como una de las técnicas reclamativas existentes dentro de la misma esfera de la Administración y sus efectos jurídicos quedan limitados a este espacio.

²³ Aunque podría darse el caso de que luego de ser presentada la queja, se dicte el acto administrativo o se cumpla con el trámite omitido.

Por el contrario, cuando la interposición del pronto despacho va acompañada de la intención de superar la actitud silente para afrontar el reclamo en otra instancia, fuera de la administrativa, esto es, en la judicial, los efectos de la técnica cobran otra relevancia, conforme se explicara en el capítulo anterior.

De acuerdo con lo prescrito por el art. 10 LNPA, luego de transcurrido un tiempo determinado (treinta (30) días) desde la interposición del pronto despacho sin la emisión de la resolución, produce el efecto de considerar el silencio de la Administración como denegación (técnica silencial).

En el ámbito del reclamo administrativo, de acuerdo con el art. 31 LNPA, la presentación del pronto despacho y el lapso de cuarenta y cinco (45) días de aquélla, permiten dar por concluida la instancia ²⁴.

4.d.2. Queja por inactividad

Dado que el objeto de la queja por inactividad es doble, por un lado tiende a subsanar los defectos de tramitación y, por otro, los incumplimientos de plazos ²⁵, los efectos jurídicos de la aplicación de esta técnica jurídica son excitar la actividad procedimental administrativa ²⁶. A través de la intervención del superior jerárquico se realizará un control de juridicidad con la finalidad de corregir las irregularidades formales y procurar el cumplimiento de los tiempos en la realización de los trámites, con exclusión de los referidos a la resolución de los recursos administrativos.

Otro efecto, sin duda muy importante, es la posibilidad de determinar por aplicación del art. 72 RNPA tanto la responsabilidad de “... *los agentes a cargo directo del procedi-*

²⁴ Permitiendo aplicar la técnica silencial.

²⁵ Belisario J. HERNÁNDEZ, “Recurso...”, ob. cit., pág. 61.

²⁶ Tomás HUTCHINSON, *Digesto Práctico...* ob. cit., pág. 824, parágrafo N° 4688.

miento o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección, fiscalización o cumplimiento”, como la aplicación de las correspondientes sanciones administrativas.

5. Régimen jurídico de las técnicas reclamativas en sede administrativa en la provincia de Tucumán

5.a. Formulación normativa

5.a.1. Pronto despacho

En el régimen jurídico de la Provincia de Tucumán no existe referencia expresa sobre el pronto despacho, éste -no obstante- puede ser empleado por el particular como expresión del derecho de peticionar a las autoridades (art. 14 CN).

5.a.2. Queja por inactividad

La queja por inactividad se encuentra contemplada en el art. 56 LPAT en “... *contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales y reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento...*”. Esta podrá ser interpuesta “... *ante el inmediato superior jerárquico, la que se resolverá dentro de los cinco días sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá, si fuere necesario, del inferior, procurando evitar la suspensión del procedimiento principal. La decisión que se dicte será irrecurrible. El incumplimiento injustificado de los trámites y plazos legales o reglamentarios genera responsabilidad imputable a los agentes a cargo directo del procedimiento o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección, fiscalización o incumplimiento y se hará efectivo con lo establecido por el artículo 4º primer párrafo in fine*”²⁷.

²⁷ Art. 4º LPAT “*La autoridad administrativa velará por el decoro y buen orden de las actuaciones; a tal efecto podrá aplicar sanciones a los interesados*”

Zelaya, en sus clases de grado en la Universidad Nacional de Tucumán, presentaba metafóricamente esta técnica de reclamación como “recurso de alcahuetería”²⁸, con la intención de ejemplificar su impacto dentro de la misma Administración. De esta manera, es fácil imaginar que no sería grato para el agente que su superior le informara que había recibido un reproche en su contra porque no había actuado correctamente o había dejado vencer los términos para resolver²⁹.

La presentación de la queja puede acarrear perjudiciales consecuencias para el agente público inferior como, por ejemplo, un sumario o investigación administrativa y hasta acciones penales, ya que, advertida la configuración de incumplimiento de los deberes de funcionario público³⁰, el superior se encuentra obligado a su promoción bajo apercibimiento de también él quedar incurso en responsabilidades si no insta a la actividad.

5.b. Presupuestos

5.b.1. Queja por inactividad

A igual manera de lo previsto en el régimen jurídico nacional, en Tucumán, los presupuestos de la aplicación de la

intervinientes por las faltas que cometieren, ya sea obstruyendo el curso de las mismas o contra la dignidad y respeto de la Administración, o por falta de lealtad o probidad en la tramitación de los asuntos. La potestad disciplinaria respecto de las faltas cometidas por los agentes de la Administración se regirá por sus leyes especiales. Las sanciones que según la gravedad de las faltas, podrán aplicarse a los interesados intervinientes son: 1) Llamado de atención. 2) Apercibimiento. 3) Multa que no excederá de \$ 500,00. -(Quinientos Pesos)”.

²⁸ Expresión transmitida por sus ex alumnos.

²⁹ Iván F. BUDASSI, “Amparo por mora” en VV.AA., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II, pág. 424 en nota N° 26 dice que en la práctica “la queja suele provocar un suave reto telefónico”.

³⁰ Circunstancia que podría encuadrarse en el tipo delictivo previsto en el art. 249 Código Penal: “Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a

queja por inactividad son dos: los defectos de tramitación y el incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios durante el desarrollo del procedimiento. Pero la diferencia se encuentra en que en la jurisdicción local se puede interponer la queja por vencimiento de los plazos de resolución de recursos administrativos. Con ello, la capacidad de la técnica es ampliada sensiblemente.

Se interpreta que se abarca todo tipo de inobservancia, dilaciones, retardos, omisiones como irregularidades cometidas dentro del trámite, sean incurridas por la Administración activa o consultiva. Respecto de los plazos, corresponde que se considere (de acuerdo con el art. 38 LPAT) que, no obstante la inexistencia de un término o plazo en las normas, cualquier diligencia, notificación, emplazamiento, traslado, vista o informe deberá ser de diez (10) días.

5.c. Mecánica

5.c.1. Queja por inactividad

La mecánica de la queja por inactividad en Tucumán es también bastante similar a la diagramada en el régimen jurídico nacional. La presentación no es sacramental, basta que el particular legitimado³¹ indique claramente cuál es la inobservancia procedimental cuestionada.

La formulación de este reclamo es dirigida al inmediato superior jerárquico del órgano inactivo, quien detenta la obligación de resolverla en el plazo de cinco días sin otra sustanciación o trámite que el informe circunstanciado que podrá requerir del inferior, procurando -sobre todo- evitar la

doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”.

³¹ Se exige la misma legitimación dispuesta para ser parte en el procedimiento administrativo.

suspensión del procedimiento principal. La decisión respecto de la procedencia o no de la queja será irrecurrible.

5.d. Efectos jurídicos

5.d.1. Queja por inactividad

Los efectos jurídicos de la queja por inactividad ante el superior jerárquico son principalmente dos: promover el control de juridicidad interno en el marco de las relaciones de jerarquía y habilitar la aplicación de sanciones disciplinarias cuando se comprobó la inactividad tanto del agente que tenía a su cargo el procedimiento como de los superiores obligados a la dirección³² o fiscalización sobre el cumplimiento de los trámites.

6. Conclusiones del capítulo

El pronto despacho y la queja por inactividad son técnicas jurídicas contra la inactividad administrativa para ser empleadas en el ámbito de la misma Administración, destinadas a encaminar la actividad omitida o dilatada, en la forma y en tiempo previsto por las normas.

Ambas constituyen un medio de reclamo del particular hacia la juridicidad procedimental sin ningún plazo expreso de interposición. Se diferencian en cuanto a su mecánica y sus efectos.

La mecánica de la reclamación de pronto despacho es una exigencia formal y categórica dirigida directamente al órgano administrativo inactivo. Por el contrario, la queja por inactividad conlleva la aplicación del poder jerárquico de control

³² Que sería en el caso de no imprimir el trámite a la queja.

y fiscalización dado que el reclamo es presentado y resuelto por el inmediato superior al órgano administrativo inactivo.

En cuanto a sus efectos, el pronto despacho como medio de requerimiento, en principio, es facultativo y su empleo no excluye a las otras técnicas que el administrado puede hacer valer. Pero, en el caso del régimen jurídico nacional, su virtualidad es mayor cuando su articulación deviene como presupuesto para configurar el silencio con sentido denegatorio (art. 10 LNPA) o para dar por concluida la vía reclamativa para habilitar la instancia judicial (art. 31 LNPA) y aquí la técnica trasciende a sí misma. En cambio, en la queja por inactividad, su esfera de actuación se reduce a ella misma.

Los beneficios prácticos de estas técnicas reclamativas en sede administrativa dependerán tanto de la circunstancia del caso como de la buena voluntad de los agentes receptores de cada una. Se presentan como una alternativa sencilla y sumaria contra la inactividad administrativa formal, sin excluir ni oponerse al empleo posterior o contemporáneo de las demás técnicas propuestas en este trabajo.

CAPÍTULO VII

LAS TÉCNICAS RECLAMATIVAS EN SEDE JUDICIAL: AMPARO Y AMPARO POR MORA

PRIMERA PARTE:

AMPARO CONTRA LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Introducción al capítulo

El Estado, hoy, es garante de los derechos de los ciudadanos. En este sentido se orientan sus funciones participando en la creación de las condiciones materiales o prestacionales para el efectivo goce de aquellos. En esta dirección, el bien común es alcanzado cuando se realiza la prestación pública adecuada frente a las exigencias de la sociedad ¹.

La protección integral de la dignidad de la persona se encuentra presente en la agenda de las políticas públicas y diagramada dentro de la gestión de la Administración ².

¹ Ampliar, Rodolfo Carlos BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, t. 1, págs. 81 a 88, quien expone las caracterizaciones del “Estado distribuidor”, “Estado social”, “Estado de bienestar” o “Estado de procura existencial”, el cual “parte de considerar la situación de menesterosidad social que sufre el hombre contemporáneo”. Este tema es exhaustivamente analizado por Ernest FORSTHOFF, *Sociedad industrial y Administración Pública*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, en especial, págs. 46 a 49.

² El derecho a la educación, la protección de la familia, el derecho al trabajo digno, a la expresión de las ideas, a la promoción de la industria y del

Desde el ordenamiento normativo se aspira a la efectiva concreción de los derechos mediante mecanismos jurídico-formales a disposición de los particulares para garantizar el real despliegue de aquellos para ser articulados judicialmente en caso de que la obligación estatal se preste deficientemente o, incluso, ni siquiera se preste. Y, frente a esta inactividad de cumplir con la actividad prefijada por el mandato legal, se aboca el análisis de este capítulo.

En este caso, el ejercicio en plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva³ resulta necesario para restablecer la situación jurídica que detentaba el particular antes del estado de incertidumbre generado por la inactividad. Será el turno de los jueces, para que, con fuerza de verdad jurisdiccional, meriten la existencia o no de la omisión en el cumplimiento de una obligación legal impuesta a la Administración, y tutelen los derechos⁴.

comercio, protección del ambiente y del patrimonio histórico-cultural, derecho a la vivienda, prohibición de discriminación y protección de la ancianidad. Conf. María Angélica GELLI, "Los derechos sociales y el amparo en los entresijos de la historia argentina (A modo de epílogo)", *LL*, t. 2008-A, pág. 845 y ss., quien conecta y reflexiona sobre el Estado social de Derecho y el Estado constitucional de Derecho, ante el cincuenta aniversario del art. 14 bis de la Constitución Nacional y la consagración jurisprudencial de la acción de amparo en el caso "Ángel Siri".

³ Es concebido como el derecho al órgano judicial en busca de justicia, comprendido en el art. 18 CN como la garantía de inviolabilidad de "*defensa en juicio de las personas y de los derechos*"; también se encuentra consagrado en los arts. 7º, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12.2 de la Convención de Derechos del Niño y arts. 5º y 6º de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. La proyección práctica de este derecho, según Domingo SESIN, "Derecho a la tutela judicial efectiva. Alcance e intensidad en el proceso administrativo actual", en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El proceso Administrativo en Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004, pág. 138, comprende "*el acceso a la jurisdicción en forma amplia a todo quien invoque una situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo, interés legítimo, intereses colectivos), la sustanciación del proceso de resultar admisible, la duración razonable del mismo y el cumplimiento de la sentencia*".

⁴ Al respecto, se recepta la perspectiva que tiene Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...* ob. cit., pág. 26 y ss., al considerar que el proceso

Dada la evolución favorable demostrada a través de los años, en lo que García de Enterría⁵ denomina “la lucha contra las inmunidades del poder”, la inactividad de la Administración Pública no es ya una reserva intocable⁶. El juez tiene una misión, no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente⁷ para verificar si la omisión se ajusta o no a la juridicidad y para proteger los derechos afectados por la falta o ausencia de prestación debida. Por esto, como se adelantó en el Cap. II, apartado 3.b, la visión con la que el trabajo es abordado no es desde la función de contralor de un órgano del Estado sobre otro, sino de la actuación tutelar que cabe dentro de la dinámica institucional respetuosa de su rol servicial y proteccionista.

El afectado, que se siente maltratado por la inactividad administrativa⁸, consta de acciones procesales contra la misma, expresamente consagradas en la legislación positiva, lo

contencioso administrativo no está montado para sustituir al titular de la decisión política, sino que controla la sumisión de la Administración a la ley y al derecho y garantiza una tutela judicial efectiva a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Casualmente, Allan R. BREWER CARIAS, *Estado de Derecho y Control judicial. Justicia constitucional, Contencioso-administrativo y derecho de amparo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pág. 218, justifica la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa “en la necesidad de una jurisdicción especial para controlar a la Administración”

⁵ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, pág. 23, donde dice “que esa reducción de las inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho”.

⁶ Al respecto, declama Alejandro NIETO GARCÍA, “La inactividad material...”, ob. cit., pág 27: “Nadie puede extrañarse de la resistencia que ha encontrado siempre la admisión del control judicial sobre la inactividad de la Administración”.

⁷ Conf. Domingo Juan SESIN, “El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política”, *LL*, t. 2003-E, pág. 1264

⁸ Conf. Alejandro NIETO GARCÍA, “La inactividad material...”, ob. cit., págs. 16 y 17.

cual supone una selección inteligente del cauce judicial de tutela⁹. A su vez, aquellas son consideradas como técnicas reclamativas para ser articuladas en sede judicial.

Por un lado, se encuentra la acción de amparo contra las omisiones de las autoridades públicas¹⁰; por otro, la acción de amparo por mora de la Administración¹¹, tendientes a obtener una declaración o resolución. Por tal motivo, la temática es desarrollada en dos partes con la finalidad de clarificar el ámbito de aplicación de cada una: la primera, frente la inactividad material y la segunda, ante la inactividad formal.

A lo largo de este capítulo se comprenderá la acción de amparo como una de las técnicas reclamativas en sede judicial contra la inactividad administrativa material. Se analizará el régimen jurídico del instituto en la Nación y en la Provincia de Tucumán, a partir de su formulación normativa, sus presupuestos, legitimación activa, procedimiento judicial y efectos de la sentencia de condena.

2. Comprensión de la acción de amparo como técnica reclamativa en sede judicial contra la inactividad administrativa material

En el contexto de aplicación de esta técnica se observa en su trasfondo -a diferencia de las otras técnicas sistematizadas- una posición ideológica sobre el rol de la persona pública fren-

⁹ Conf. Javier GALLO, "Agotamiento de la instancia administrativa y acción de amparo. En el marco del dilema planteado frente a la selección inteligente del cauce judicial de tutela", en VV.AA., *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo: El proceso Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2006, págs. 225 a 237, considera que la selección inteligente del cauce judicial de tutela, a favor del amparo, requiere una estricta comprobación de la concurrencia de los presupuestos de aquél.

¹⁰ Art. 43 CN; arts. 37, 38 CT y art. 50 CPCT.

¹¹ Art. 28 LNPA y art. 70 CPCT.

te a la comunidad, quien asume la promoción de actuaciones positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos (art. 75 inc. 23 CN y art. 24, segundo párrafo, CT). El Estado es el promotor principal del bien común, sea a través de una acción directa, o bien, indirecta, creando, procurando, favoreciendo las condiciones económicas, sociales, culturales, políticas y hasta tecnológicas, que permitan alcanzarlo.

Más allá de cualquier valoración política, que se quiera o intente formular, la faz prestacional del Estado asume una misión en la efectividad de los derechos y garantías constitucionales. Por ello se insiste, en este trabajo, en la vocación activa, dinámica y servicial que cabe asignar -y, a la vez, exigir¹²⁻ a la Administración Pública.

Como reflexiona Hutchinson¹³, en países como la Argentina¹⁴, la serie de prestaciones públicas que efectúa el Estado ante los ingentes problemas sociales actuales, hace de la inactividad material de la Administración un tema acuciante y sensible¹⁵. Debido a lo expuesto es que, desde la dialéctica ciudadana, se reclama e implora acción.

¹² Como lo enfatiza en su columna de opinión, Agustín GORDILLO, "Racionalidad, política, economía, derecho", *LL*, t. 2006-A, pág. 1277: "*No seamos complacientes con nadie que tenga poder. Esa es la clave de vivir en libertad*".

¹³ Conf. Tomás HUTCHINSON, "La inactividad de la Administración y su control", en VV.AA., *Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 204.

¹⁴ Más aún en los últimos años.

¹⁵ Existen algunos antecedentes jurisprudenciales orientados a una visión estatal eminentemente proteccionista, como, por ejemplo: CContAdm. de La Plata, 25/4/06, "Serrano, Luis E. c/ Provincia de Buenos Aires", se declaró admisible una acción de amparo promovida por una familia indígena a fin de que la Provincia de Buenos Aires cumpla con las obligaciones de carácter asistencial mediante el pago de una suma de dinero fija y mensual al actor. En este fallo, los jueces consideraron la omisión de las autoridades públicas con lo prescripto en los arts. 14 bis y 75 inc. 22 CN, 11, 36 y 37 de la Constitución de Buenos Aires y ley local 13.298 sobre Promoción y Protección de los Derechos de los Niños. En el mismo sentido, C.Apel. en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala II, 7/6/05, "Caballero, Sara c/ Provincia de

Ahora bien, adentrarse procesalmente en el tema de una reclamación (o demanda) judicial, que puede entablarse contra la inactividad administrativa significa, incurrir en algunos temas, un poco ríspidos, que son abordados continuamente por la doctrina y la jurisprudencia, como el de la legitimación, la materia que habilita la técnica del amparo y los efectos de la sentencia sobre la Administración o funcionario inactivo ¹⁶.

Tawil ¹⁷ puntualiza como obstáculos más frecuentes, con los que se enfrentan quienes intentan combatir la inactividad de la Administración, los siguientes: la tendencia de los jueces de interpretar rigidamente el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativo, el rechazo de la le-

San Juan s/amparo”, condenó a la Provincia de San Juan a asistir en forma inmediata a la actora mediante planes sociales u otros instrumentos con los que cuente para cubrir las necesidades de carácter social, médico y asistencial de su familia. También el ámbito de la CSJN, *Fallos* 329:2552 (2006), en el dictamen de la procuradora fiscal, al que el tribunal se remite, se indica que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

¹⁶ Como se esgrimiera, en los tiempos actuales, el Estado de Derecho debe comprometerse a la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 18 CN y en los tratados internacionales para proteger los derechos materiales mediante el acceso a la jurisdicción. La cuestión no es inédita ya que, como expone Néstor Pedro SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Rodolfo Depalma, 1988, t. 3, pág. 74, existe el *writ of mandamus*, propio del derecho angloamericano, que consiste en una orden dirigida a un agente administrativo para que cumplimente un acto que legalmente debe realizar.

¹⁷ Ampliar, Guido S. TAWIL, “Los grandes mitos del Derecho Administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial”, *ED*, t. 128, pág. 979, para quien no parece serio “afirmar que de la existencia de un escape de gas, la amenaza de un derrumbe o la obstrucción indebida de la vía pública no corresponde recurso alguno ante la inacción administrativa, por no haber existido el dictado de un acto administrativo”.

gitimación de los demandantes y una errónea visión de la división de poderes. Pero, con los años, fueron superándose algunos mitos del Derecho Administrativo para dar lugar a la concepción tutelar que cabe asignar a la justicia sobre la actividad u omisiones de la Administración, venciendo aquella tendencia cerradamente revisionista ¹⁸.

Se procura reforzar las garantías jurídicas de los particulares de acceso a la jurisdicción. Ahora bien, llegados a esta etapa, serán de aplicación los principios y normas que rigen el procedimiento judicial, como bilateralidad, contradicción, impulsión del proceso a pedido de partes, reglas de competencia y la garantía del juez natural. En consecuencia, en la praxis de esta técnica corresponde la aplicación de las reglas procesales tradicionales, mientras que, en caso de la técnica silencial o las técnicas reclamativas en sede administrativa, las reglas del procedimiento administrativo son las que determinan la mecánica de éstas.

Asimismo, corresponde diferenciar la manera en que se produce la intervención judicial en los casos de inactividad de la Administración Pública, en razón de la naturaleza del objeto de la acción y la función de los jueces en la preservación de las situaciones jurídicas pasivas frente a omisiones públicas. La disquisición puede ser sutil pero marca la diferencia a la hora de entender el funcionamiento armónico, coordinado y equilibrado de las funciones estatales dentro de la dinámica del Estado de Derecho.

Amparar es -precisamente- proteger, favorecer, auxiliar. De ahí que se conciba en el amparo que su finalidad primordial es fortalecer la concreta actuación de los derechos esenciales de las personas ¹⁹. Sin embargo, como alude

¹⁸ La postulación del derecho a la tutela judicial efectiva como pieza relevante de las instituciones jurídicas y sustento de una auténtica protección de los derechos individuales permitió asegurar el pleno ejercicio de la jurisdicción en ámbitos o sobre materias antes vedadas.

¹⁹ Conf. Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, "El amparo en la Constitución", en VV.AA., *Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 353

Sammartino²⁰, esta acción procesal se presenta como una técnica de tutela judicial urgente de derechos constitucionales. A su vez, la omisión lesiva de la autoridad pública también es causal de amparo²¹.

Morello²² considera que cuando la Administración incumple con sus cometidos o no ejecuta los objetivos propios en el marco de su competencia -inactividad material- o que no impulsa o resuelve las peticiones que se le formulan -inactividad formal-, su pasividad puede afectar derechos constitucionales o legalmente reconocidos y, de ese modo, producir daños graves e irreparables que dejen habilitada la vía del amparo. Lo cual no es del todo exacto por lo que corresponde efectuar algunas precisiones diferenciadoras porque, mediante la garantía del amparo, el Poder Judicial está llamado a intervenir con miras a guardar o tutelar un derecho constitucional contra los supuestos de inactividad material²³. En este sentido adquiere una funcionalidad técnica. Quedan excluidas las omisiones formales incurridas en el procedimiento administrativo, que son objeto de tutela por una vía procesal más específica llamada amparo por mora.

²⁰ Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso administrativo urgente*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003, pág. 50 y ss.

²¹ Conf. Marta GONZÁLEZ DE AGUIRRE y Estela BERNALES DE RUIZ VEGA, "El amparo contra los actos de la Administración Pública" en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -VI- El amparo contra la Administración Pública*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001, pág. 46

²² Conf. Augusto M. MORELLO y Carlos A. VALLEFÍN, *El amparo. Régimen procesal*, 2ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1995, pág. 25

²³ Como, por ejemplo, inactividad en la realización de obligaciones comprometidas con la realización de un servicio público, inactividad en el ejercicio de las facultades de contralor y vigilancia, inactividad en el cumplimiento de resoluciones administrativas o judiciales, inactividad reglamentaria, etc.

3. Régimen jurídico del amparo en la Nación

3.a. Formulación normativa

El amparo nació en nuestro país pretorianamente de la mano de la jurisprudencia, partiendo del axioma "... a todo derecho, un proceso adecuado para su tratamiento". La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 27 de diciembre de 1957, al resolver la causa "Ángel Siri s/ interpone recurso de *habeas corpus*"²⁴ decidió prestar la protección requerida; sentó, de esta manera, el principio según el cual la falta de un tipo procesal al efecto no es óbice para impedir la intervención jurisdiccional²⁵.

Para resolver como lo hizo, el tribunal en mayoría argumentó que los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclamaban el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponían a los jueces el deber de asegurarlas. Por el contrario, el juez Herrera, que emitió su voto en disidencia, apegado a los aspectos formales, sostuvo que la jurisdicción sólo podía ser ejercida con ajuste a la respectiva reglamentación legislativa, sin que el silencio o la inoperancia de los procedimientos legales autorizaran excederla.

Un año después, la Corte, en el caso "Samuel Kot SRL"²⁶, reafirmó la doctrina de "Siri", encontrando el fundamento de la acción de amparo de manera implícita en el art. 33 CN, a través de la garantía de la protección jurisdiccional de los derechos y del principio de razonabilidad estructural de los procesos.

²⁴ *Fallos* 239:459 (1957).

²⁵ Conf. Adolfo Armando RIVAS, *El amparo*, Buenos Aires, La Rocca, 1990, pág. 12.

²⁶ *Fallos* 241:291 (1958).

Luego, con un criterio empírico, para restringir su admisión como régimen excepcional, se comenzó un camino jurisprudencial condicionando su otorgamiento a la falta de otros medios de defensa normal o propia, al requisito de la ilegalidad manifiesta del acto que se ataca con el recurso y a la evidencia de la urgencia o gravedad que exige una decisión judicial ²⁷.

Como fruto de la maduración que fue adquiriendo el instituto y con la intención de fijar parámetros concretos en el ejercicio de la acción, en 1966 se sancionó la Ley de Amparo Nº 16.986 ²⁸, en la que se establecía (art. 1º) que “... *será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus*” (la negrita es propia). De esta manera, por primera vez, en la legislación se consideró un remedio judicial contra la inactividad que lesionaba derechos garantizados por la Ley Suprema.

Asimismo, la norma estableció expresamente los supuestos de inadmisibilidad del amparo. A saber, cuando “a) *Exis-*

²⁷ Véase, Rafael BIELSA, *El recurso de amparo. Análisis doctrinal. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1965, pág. 53.

²⁸ O mejor dicho: decreto-ley Nº 16.986 ya que se trata de una norma emanada del gobierno de facto de Juan Carlos ONGANÍA, la que fue publicada en BON en fecha 20/10/66. Por su parte, María Angélica GELLI, *Constitución...* ob. cit., pág. 404, considera que “*luego de incorporado a la Constitución Nacional el art. 43, cualquier disposición sustantiva o procesal -no sólo emanada de la ley 16.986- que limite la garantía del amparo y su ejercicio eficaz, tal como surge de la Constitución, cabe bajo la figura de la inconstitucionalidad sobreviniente*”. A lo que se agrega que una asignatura pendiente de los señores legisladores nacionales es -precisamente- la actualización de la norma reguladora del amparo. Pero, contrariamente a lo expuesto, para José A. BONILLO, “El amparo como procedimiento constitucional autónomo y la garantía del debido proceso”, *ED*, t. 2004, pág. 491, el art. 43 C.N. es autosuficiente, declamando que “*toda reglamentación implica un riesgo*”, por lo que postula el casuismo de la prudencia judicial.

tan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate. b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley N° 16.970. c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado. d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas. e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse". Por lo dicho con anterioridad, se procuró restringir el campo de acción del amparo.

Transcurrieron veintiocho años hasta que en 1994 la Convención Constituyente, luego de un acotado pero intenso debate ²⁹, dispuso la incorporación del amparo. En consecuencia, según Quiroga Lavié, la constitucionalización viene a cubrir un vacío en el ordenamiento ³⁰.

El texto del art. 43 CN, redactado de la siguiente manera, dispone: "*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...*" (lo destacado es propio). Esta vez es la Constitución un instrumento que permite considerar al amparo como solución contra la inactividad administrativa en su forma omisiva, la cual debe ser aceptada sin

²⁹ María Angélica GELLI, *Constitución...* ob. cit., pág. 389

³⁰ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavala Editor, 2000, pág. 234

cortapisas siempre y cuando se configuren los demás requisitos de admisibilidad ³¹.

Además, se acoge la inconstitucionalidad por omisión ³² o, mejor dicho, la inconstitucionalidad de las normas en que se funda la omisión lesiva.

La doctrina ³³ efectúa una interpretación constructiva y recepta la fórmula según la cual el amparo procede contra “*toda omisión de autoridad pública*”. En concordancia con los términos que cierran el primer apartado del art. 43 CN, resulta a las claras que las omisiones del legislador, del poder administrador y de los jueces podrán ser declaradas inconstitucionales por los tribunales de justicia de nuestro país y remediadas por un acto jurisdiccional, sólo para el caso concreto -claro está- y sin carácter normativo general.

³¹ Al respecto se pronuncia María Soledad LARREA, “El amparo por omisión”, *RAP*, año N° 22, N° 263, pág. 15

³² Consiste en la omisión o retardo en la emisión de leyes por parte del Congreso de la Nación o las legislaturas locales cuando las mismas fueren producto de un compromiso internacional o norma constitucional. Pero, no todo no hacer del legislador es considerado dentro de este apartado, sino el no hacer antijurídico. A su vez, la inacción legislativa podrá devenir en inconstitucional únicamente cuando el órgano legislativo con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución. Así también, si el legislador con su silencio o inactividad fomenta la creación o mantenimiento de efectos normativos contrarios al texto constitucional, entonces su inacción podrá ser reputada como fuente de inconstitucionalidad. Se advierte que este tipo de inactividad se perpetúa cuando el legislador ordinario, que debe dictar determinadas leyes que la propia Carta Fundamental le exige, pero, en los hechos demuestra una actitud contumaz, renuente, es decir, no cumple con la obligación. Ampliar Gerardo ETO CRUZ, “Una defensa constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión”, en VV.AA., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles* (en reconocimiento del Dr. Germán J. BIDART CAMPOS bajo la coordinación de Víctor BAZÁN), Buenos Aires, Ediar, 2003, págs. 807 a 820; Mario A. MIDÓN, “Las leyes faltantes por la omisión del Congreso”, *LL*, t. 2005-B, pág. 1169; Alberto B., BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, 2ª ed. actualizada, reestructurada y aumentada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Delpalma, 2002, t. 1, pág. 444.

³³ Humberto QUIROGA LAVIÉ, “El amparo, el habeas data y el habeas corpus”, en VV.AA., *La reforma constitucional. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pág. 117

3.b. Legitimación activa

Para la existencia de causa³⁴ es presupuesto necesario la legitimación procesal, esto es, la presencia de quien reclama o se defiende³⁵. La legitimación procesal -en general- es la aptitud legal para asumir la calidad de parte en un juicio y la legitimación activa -en particular- es la habilitación procesal para demandar. Sobre ella, se dice que es la llave de acceso al proceso judicial³⁶.

Y, justamente, sobre aspectos de la legitimación activa versó una de las innovaciones que trajo la reforma constitucional en materia de amparo, por lo que resulta de interés esbozar las siguientes consideraciones.

Al principio, se creyó que se había ampliado considerablemente la legitimación para entablar la acción de amparo, pero, con los años, la doctrina y la jurisprudencia fueron delimitando su campo de acción. En términos generales, se verifica que la amplitud con la que se acepte la legitimación puede derivar de una mayor o menor protección de los de-

³⁴ La expresión “causa” tiene relación con los términos “causa judicial” o “caso contencioso”, referido en el art. 2º de la ley N° 27 en el que se comprende a la controversia entre partes adversarias o contrapuestas, donde el reconocimiento de los derechos de una parte produce, generalmente, el rechazo del derecho del otro.

³⁵ María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, en VV.AA., *Derecho Procesal Administrativo*, en homenaje a Jesús GONZALEZ PÉREZ (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t.1, pág. 462

³⁶ Conf. María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones públicas” en *Documentación Administrativa*, N° 269-270, mayo-diciembre, 2004, pág. 8 y ss.; Tomás HUTCHINSON, “La legitimación en el proceso contencioso administrativo”, en VV.AA *Derecho Procesal Administrativo en homenaje a Jesús González Pérez* (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 2, pág. 518, donde se efectúa un análisis con un mayor rigor ya que se considera que la legitimación “es una condición de la admisibilidad del proceso, no de la existencia misma de la protección en él deducida”.

rechos y un mayor o menor control del ejercicio de las funciones públicas³⁷.

El constituyente identifica a otros que, sin ser afectados o titulares directos, se encuentran igualmente legitimados en razón de la especial naturaleza del derecho o garantía protegidos³⁸. De tal manera se percibe la coexistencia de un amparo individual y un amparo colectivo. En este último se debate respecto de un derecho de incidencia colectiva que es referible a un grupo determinado de titulares, debidamente organizado.

En el amparo individual el que articula es la persona³⁹, el particular afectado, lesionado en sus derechos constitucionales. Siguiendo con el enfoque de análisis propuesto, se considera -bajo los términos del art. 43 CN- “afectado” al sujeto con interés para accionar destinado a subsanar, reparar o evitar el menoscabo o perjuicio ocasionado por la inactividad⁴⁰. Es la víctima de la lesión. Es quien detenta de titularidad en el derecho a reclamar. Y, para acreditar la condición de “parte afectada”, debe demostrar que existe un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados le afecten de manera suficientemente directa o sustancial. En otras palabras, que posean suficiente concreción e inmediatez⁴¹.

³⁷ Véase María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “La legitimación” en VV.AA., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, La Ley, 2007, t. 1, pág. 553.

³⁸ Rodolfo Carlos BARRA, “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *LL*, t. 1994-E, pág. 1087.

³⁹ Para María Angélica GELLI, *Constitución...* ob. cit., pág. 396, el término “persona” aludido por el art. 43 CN comprende a todo habitante o no habitante de la República Argentina.

⁴⁰ Ampliar María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *LL*, t. 2003-B, pág. 1333

⁴¹ CSJN, 28/5/08, “Zatloukal, Jorge vs. Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción) s/ amparo”, en ocasión de resolver sobre un planteo contra la famosa y cuestionada Resolución 125/2008 del Ministerio de Economía y Producción de la Nación que establece un régimen de retenciones móviles aplicable a las exportaciones de productos agrícolas, el tribunal pre-

Para Jeanneret de Pérez Cortéz, la actuación del afectado o particular interesado tampoco desplaza a la de los otros sujetos mencionados en la norma ⁴².

El amparo colectivo procura la protección de derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva ⁴³ para “*el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines*” (art. 43 CN). En virtud del art. 120 CN, el Ministerio Público también goza de legitimación colectiva ya que tiene por función promover la actuación de la justicia tanto en defensa de la legalidad como de los intereses generales de la sociedad ⁴⁴.

La petición por la que se promueva un amparo colectivo debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, de naturaleza indivisible, lo que ocurre cuando aquél pertenece a toda la comunidad. Su incorporación produce una revolución en el régimen tradicional del amparo ⁴⁵. Cassagne considera, como un avance a favor de los justiciables, la amplitud de la legitimación con los derechos de incidencia colectiva ⁴⁶.

cisa los alcances de interpretación del término “afectado” con relación a la legitimación activa, indicando que la mera invocación del carácter de “ciudadano” no basta para demostrar la existencia de un interés “especial”, “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” que permita tener por configurado un “caso contencioso”

⁴² María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉZ, “Las partes y la legitimación procesal...”, ob. cit., t. 1, pág. 474

⁴³ Que se presentan ante lesiones transindividuales, impersonales, como por ejemplo, las derivadas de los derechos de los consumidores y de los usuarios de los servicios públicos, temas referidos a la protección del ambiente

⁴⁴ Conf. Mario A.R. MIDÓN, *Manual...* ob. cit., pág. 460.

⁴⁵ Aún hoy, cabe a los tribunales y a la doctrina precisar las distintas categorizaciones que fueron apareciendo a partir de los derechos de incidencia colectiva, como ser los llamados derechos individuales homogéneos y derechos transindividuales colectivos. Al respecto, véase las explicaciones sobre cada una de estas categorías en el voto en disidencia del Dr. Ricardo Luis LORENZETTI en *Fallos* 329:4593 (2006), consid. 9 a 12.

⁴⁶ Juan Carlos CASSAGNE, “El acceso a la justicia administrativa”, *LL*, t. 2004-D, pág. 1218 y ss. En el mismo sentido, Germán J. BIDART CAMPOS, “Las legitimaciones en materia de amparo”, *LL*, t. 2001-B, pág. 798, interpreta que “el art. 43 de la Constitución encara la legitimación con fórmulas sufi-

El Defensor del Pueblo de la Nación es quien se encuentra abocado a la protección de los intereses de la comunidad; su legitimación es otorgada en el art. 86 CN. Ésta es aceptada de plano, sin desconocer que los jueces se reservan la facultad de examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial⁴⁷. Ello, en atención al criterio sentado por la CSJN que “de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción”⁴⁸.

De lo que se infiere que la legitimación conferida a este órgano debe sustentarse en una adecuada invocación de un perjuicio efectivo de relevancia transindividual porque, de lo contrario, sería como conferirle una situación de prevalencia que lo habilitará para accionar procesalmente sin contar con bases concretas.

cientemente holgadas y claras”; Eduardo Pablo JIMÉNEZ, “¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el artículo 43 de la Constitución Nacional?”, *LL*, t. 2004-C, pág. 268 y ss., considera “... que la verdadera magnitud del acceso a la justicia, en los tiempos que corren, se encuentra en la decidida apertura en la legitimación colectiva”; por su parte, BALBÍN, Carlos F., “Sobre la legitimación en el proceso de amparo”, *LL*, t. 2001-B, pág. 1172 y ss., reconoce que “... la reforma amplió notoriamente la aptitud procesal para acceder a la protección jurisdiccional”.

⁴⁷ *Fallos* 323:4098 (2000), consid. 6º.

⁴⁸ *Fallos* 330:2800 (2007), consid. 5º. Sobre este precedente judicial, Esteban LAGUINGE, “Límites de las acciones colectivas”, *LL*, t. 2007-F, pág. 33, comenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisa que “la legitimación del Defensor del Pueblo se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por vía judicial, provoque un perjuicio a un derecho supraindividual, indivisible y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares” y no corresponde habilitar su intervención para la defensa de derechos patrimoniales individuales reclamados -en este caso- contra entidades financieras.

La existencia de una ilegitimidad (o, por lo menos, su fundada alegación) es un requisito indispensable para que el Defensor del Pueblo se encuentre legitimado con el fin de iniciar una acción judicial, dado que el mismo puede actuar en juicio solamente en los casos en que los derechos o garantías de los individuos o de la comunidad, reconocidos por la Constitución Nacional o por las leyes, se hallen vulnerados por un hecho, acto u omisión de la Administración Pública ⁴⁹.

En consecuencia, esa legitimación conferida al Defensor del Pueblo, a través de las disposiciones constitucionales, le permite a éste reclamar ante la justicia frente a la inactividad de las autoridades públicas, puesto que una de sus misiones es -casualmente- el “*control del ejercicio de las funciones administrativas públicas*” ⁵⁰.

Por su parte, las asociaciones también pueden accionar ⁵¹. La situación procesal que cabe asignar a las asociaciones de consumidores y usuarios se encuentra plasmada también en la ley N° 24.240 ⁵², que permite la invocación de derechos individuales de los consumidores o usuarios, derechos del sec-

⁴⁹ Conf. Gerónimo ROCHA PEREYRA, “La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación”, en VV.AA., *derecho procesal administrativo, en homenaje a Jesús González Pérez* (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 2, pág. 699.

⁵⁰ Jorge CERMESONI, “Legitimación procesal del Defensor del Pueblo”, en VV.AA., *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, pág. 148, considera que “*cuando se pretende limitar la actuación procesal del Defensor del Pueblo, lo que en definitiva se está intentando es restringir su competencia*”. Contra lo que se percibe que no es necesario incurrir en tal extremismo, ya que la defensa funcional de este ente estatal, para evitar su desvirtuación, se halla en delimitar su actuación dentro de sanos límites.

⁵¹ Julio César RIVERA y Julio César RIVERA (h), “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, *LL*, t. 2005-B, pág. 1053.. .

⁵² Publicada BON, 15/10/93.

tor y derechos de incidencia colectiva, para lo cual se deberá indicar el perjuicio concreto⁵³. Es por ello que se aconseja como necesario identificar y acreditar debidamente a qué categoría pertenece el derecho conculcado⁵⁴.

Incluso, existen algunos aspectos de la legitimación de este tipo de asociaciones que no se encuentran zanjados a raíz de la inactividad legislativa incurrida en la falta de reglamentación sobre “*los requisitos y formas de su organización*”. Este vacío, en ocasiones, dificulta el reconocimiento de su legitimación activa, omisión que, según Bianchi⁵⁵, no debe ser utilizada para no cumplir con el propósito del constituyente.

Finalmente, la integración del orden normativo, mediante la configuración del contenido positivo del derecho, sólo rige para el caso concreto⁵⁶ y será aquí donde el análisis sobre la legitimación del peticionante cobrará interés para definir la medida como la legitimidad del reclamo, porque no basta la existencia de un deber jurídico de actuación para la Administración, sino que es necesaria la justificación del de-

⁵³ Fallos 330:3836 (2007), en el punto IV del dictamen de la procuradora fiscal que la Corte comparte, se indica que la asociación demandante no tiene legitimación para actuar en autos, toda vez que las razones en las que intenta sustentar su demanda, antes que proteger intereses colectivos de sus socios o demostrar el perjuicio que le acarreará a la asociación el acto que impugna, tiende a defender los intereses individuales de aquéllos (sobre los cuales tampoco invocó, en el proceso, el actuar con mandato).

⁵⁴ Conf. Gerónimo ROCHA PEREYRA, “Reflexiones en torno de la legitimación de las asociaciones de usuarios”, *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, págs. 177 y 178, quien discrimina que, “*en el caso de que se trate de un derecho subjetivo, su reconocimiento, sólo podrá ser perseguido por el titular de la relación jurídica sustancial. Podrá intervenir la asociación de usuarios sólo en el caso de que el sujeto le otorgue la correspondiente acta poder*”.

⁵⁵ Véase, Alberto B. BIANCHI, “La legitimación colectiva en el amparo”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -VI- El amparo contra la Administración Pública*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001, págs. 100 a 103.

⁵⁶ Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, *Principios constitucionales...* ob. cit., pág. 130.

recho para exigir el cumplimiento de la prestación en una determinada situación.

3.c. Presupuestos

Los presupuestos son los elementos comunes de la acción, que hacen a su procedencia, sin los cuales no es posible provocar y lograr, en definitiva, el resultado tuitivo de la técnica de amparo.

Estos componentes se encuentran expresados en el art. 43 CN, cuando indica: inexistencia de otro medio judicial más idóneo, omisión de la autoridad pública, lesión de derechos y garantías establecidos en la Constitución, las leyes y tratados internacionales. Estas consideraciones, que se desprenden del mismo texto de la norma, pueden -a su vez- ser intituladas como los siguientes presupuestos: 1) procedencia de la vía, 2) materia comprendida y 3) lesión de derechos.

El Poder Judicial debe ser estricto en el examen de los presupuestos que habilitan la procedencia procesal del amparo, con el propósito de que siga siendo un remedio útil para, de manera eficaz y urgente, superar aquellas situaciones arbitrarias o ilegítimas que se denuncien como manifiestas⁵⁷.

3.c.1. Procedencia de la vía

El tratamiento sobre la procedencia de la vía es esencial en el amparo. Alude a una condición de tipo procesal, en la que el accionante deberá justificar fundadamente su opción por esta acción dentro de la multiplicidad de procesos jurisdiccionales, no sobre la base de aseveraciones dogmáticas sino dentro del contexto real en que la misma es entablada⁵⁸.

⁵⁷ *Fallos* 330: 1279 (2007), consid. 15º.

⁵⁸ *Fallos* 330: 4647 (2007), consid. 4º y 5º, la Corte Suprema de Justicia de la Nación justificó la procedencia de la vía del amparo, priorizando la

La ley N° 16.986, en su art. 2º, inc. 1º, establece que no será admisible cuando “*Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate*”. Tal disposición - dice Gelli- permite caracterizar al amparo como un remedio excepcional, residual y heroico ⁵⁹.

Sobre este punto, los convencionales constituyentes efectuaron cambios que fueron notablemente significativos, porque el art. 43 CN prescribe la exclusión de la vía sólo en el caso de que “... *exista otro medio judicial más idóneo*”. Es decir, la referencia a los remedios o vías administrativas fue abolida. En posteriores pronunciamientos, la CSJN fue delineando la procedencia de la vía y estableciendo que la acción comentada constituía la tutela inmediata de un derecho constitucional violado ⁶⁰ de modo manifiesto ⁶¹.

Evidentemente, la voluntad del constituyente -en este aspecto- se proyecta en que la acción procesal fuere admisible, aunque no se haya agotado la instancia administrativa, en la medida -claro está- en que el orden jurídico no determine un remedio eficaz y pronto, en sede judicial, para proveer la tutela efectiva de los derechos vulnerados.

Corresponderá al accionante demostrar, en su presentación, la idoneidad del amparo y la ineficacia de otra acción

protección del derecho a la salud de una persona con discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave; y manifestando que el examen sobre la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no debe formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar.

⁵⁹ Conf. María Angélica GELLI, *Constitución...* ob. cit., pág. 391

⁶⁰ Rodolfo Carlos BARRA, “Amparo, jurisdicción y discrecionalidad administrativa”, *ED*, t. 178, pág. 630

⁶¹ Véase *Fallos* 321:1252 (1998), en los votos de los ministros Belluscio y Bossert se sienta el principio de que “los jueces deben extremar la prudencia para no resolver materias de complejidad fáctica y técnica por la vía expedita del amparo a fin de no privar a los justiciables del debido proceso mediante pronunciamientos dogmáticos”.

procesal, porque éste no está destinado a sustituir los medios normales instituidos para la decisión de las controversias jurídicas, en las que se podrá necesitar, para su resolución, mayor espacio temporal para el debate y la producción de pruebas.

Pero, expuesta en este capítulo, la asignación del amparo por omisión de la autoridad pública como una técnica reclamativa en sede judicial frente a la inactividad administrativa material, el texto del art. 43 CN permite abonar la hipótesis de que no existe incompatibilidad o exclusión entre las técnicas o alternativas dispuestas por el ordenamiento jurídico contra aquélla ⁶².

Si bien mucho discute la doctrina -además- acerca del rol directo o subsidiario del amparo ⁶³, se puede afirmar que esta discusión aún no se encuentra concluida puesto que, sin embargo, bajo la perspectiva del análisis propuesto, puede resultar estéril porque la acción amparo contra las omisiones de las autoridades públicas tiene un espacio asignado y viene a consolidarse como el medio judicial idóneo y directo para tutelar los derechos particulares frente a las omisiones materiales del Estado ⁶⁴, ya que la intención de los constituyentes fue investir al amparo como una auténtica garantía.

⁶² No con la técnica resarcitoria que tramita por las reglas del proceso judicial ordinario.

⁶³ Ampliar Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2, pág. 377. Por su parte, Roberto DROMI y Eduardo MENEM, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pág. 160, consideran que el amparo "ha dejado de ser un remedio de excepción, para convertirse en un medio procedimental ordinario". Según Néstor P. SAGÜÉS, "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente)", *LL*, t. 1995-D, pág. 1517: "No hay aquí dogmas de derecho divino: todo es opinable...".

⁶⁴ En este sentido, Adolfo A. RIVAS, "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", *LL*, t. 1994-E, pág. 1330, considera que "... la Constitución, si bien dentro del sistema restringido, da al amparo un lugar específico: así, si la conducta lesiva es manifiestamente ilegal o arbitraria la comparación necesaria para determinar si es aplicable o no el amparo no ha de

En consecuencia, frente a la inactividad material de la Administración, el amparo es la vía por la que resulta procedente reclamar en sede judicial, sin retaceos, ante la omisión de hacer o de obrar de las autoridades públicas, cuando exista previamente -en cabeza de ésta- la obligación de hacerlo en el ordenamiento jurídico, como una tutela idónea y eficaz.

3.c.2. *Materia comprendida*

Por materia comprendida se interpreta el presupuesto fáctico, objetivo, el *abstractum*, que permite la aplicación de la acción de amparo como técnica reclamativa de la inactividad administrativa en sede judicial.

El art. 43 CN dice “*omisión de autoridad pública*”. Por omisión (siendo congruente con el concepto brindado en el Cap. II, apartado 2.c.1) se entiende a la abstención de hacer o a la inexistencia de actividad. Pero, la omisión que resulta relevante destacar es la inactividad de las autoridades públicas en cuanto detentan una competencia, por imperio de la norma, cuyo ejercicio es obligatorio e irrenunciable y, lógicamente, conlleva el deber de actuar.

Bajo el término de “*autoridad pública*” se abarca a los sujetos que se encuentran en ejercicio de la función pública, como empleado o funcionario, en cualquier organismo centralizado o descentralizado de la Administración u órgano del Estado. Según Rivas, debe entenderse por “*autoridad pública*” a todo sujeto individual u organismo que ejerza funciones de soberanía estatal de modo que su voluntad, sea que se exprese mediante decisiones formales sea por vías de hecho, debe ser acatada por el particular colocado en relación de subordinación con respecto a dicha voluntad⁶⁵.

En el otro extremo de la alteridad existente en la relación jurídica administrativa, se encuentra el particular, quien

hacerse entre el proceso ordinario y esa vía, sino entre ella y otras razonablemente aplicables (interdictos, amparos por mora, mandamus o prohibimus si estuvisen consagrados)”; por lo que se le reconoce al amparo un espacio propio.

⁶⁵ Conf. Adolfo Armando RIVAS, *El amparo...* ob. cit., pág.103

-a su vez- no tiene la obligación jurídica de soportar la omisión, sino -por el contrario- detenta del derecho de exigir la prestación debida. Es decir, que la materia comprendida por la técnica del amparo es la inactividad bajo la forma omisiva de obligaciones materiales, jurídicas y, posiblemente, exigibles ⁶⁶.

Además, la norma constitucional añade el plus de “*arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*”. Estos adjetivos se presentan acompañando o cualificando la actividad o la omisión. Lo ilegal es lo opuesto a legal; constituye un comportamiento contrario a la juridicidad que previamente había determinado una actuación concreta. En consecuencia, quedan excluidas las omisiones lícitas.

Siendo concordantes con la posición asumida en el cap. I, apartado 2.b.1, de efectuar una consideración integral del sistema normativo, el término “ilegal” prescripto en el art. 43 CN supone englobar el incumplimiento de la Administración al deber material concreto de actuación previsto en el universo normativo que constituye la juridicidad ⁶⁷.

Se indica que la ilegalidad asume la forma de arbitrariedad cuando ésta es un producto de una interpretación equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la

⁶⁶ Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, *Principios...* ob. cit., págs. 118 a 121, determina como uno de los presupuestos de procedencia del amparo por omisión, la configuración de un incumplimiento manifiesto del deber normativo de obrar.

⁶⁷ *Fallos* 329:4542 (2006), consid. 15º del voto en disidencia de los doctores Eugenio Raúl ZAFFARONI y Ricardo Luis LORENZETTI, se desprende que la omisión infundada de convocar a una audiencia pública a fin de que los usuarios pudieran participar en la elaboración de una resolución por la cual la Secretaría de Comunicaciones de la Nación autorizó el cobro del servicio de informaciones a los usuarios del servicio telefónico resulta manifiestamente ilegal, pues, si bien dicha convocatoria configura una facultad discrecional de la Comisión Nacional de Comunicaciones, dicho organismo tiene a su cargo asegurar la participación de los usuarios cuando puedan verse afectados sus derechos.

inteligencia asignada⁶⁸. El amparo también se impone ante situaciones de discriminación que constituyen una forma de arbitrariedad⁶⁹.

Lo arbitrario es un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho⁷⁰. Esta actitud se caracteriza por una nota de voluntarismo o subjetividad en el agente, o bien, falta de razonabilidad. Incluso, se alude que el incumplimiento de las prestaciones debidas que pudieren desprenderse del ejercicio de facultades donde se otorga mayor libertad de apreciación a la Administración, importa, en este caso, la discrecionalidad administrativa en omisión irrazonable y arbitraria⁷¹.

A su vez, ambos extremos -ilegalidad y arbitrariedad- se conectan con lo relativo a la determinación de la medida en que deben presentarse para ser procedente el amparo⁷². Esto conduce a una mayor reflexión partiendo del concepto de inactividad esbozado, porque no todo no hacer del Estado es ilegítimo o arbitrario. Interesa aquél que se encuentra unido a la inobservancia de la conducta o de la prestación establecida por la juridicidad. Y, desde este enfoque, supone una ilegalidad o arbitrariedad, cuya evidencia manifiesta o no manifiesta dependerá de las particulares circunstancias del caso.

El examen sobre la ostensible juridicidad, que puede de tentar la omisión, resulta vital para justificar la vía de amparo como acción reparatoria o restablecedora de la lesión cons-

⁶⁸ Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, "El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional", *LL*, t. 1995-E, pág. 1112.

⁶⁹ Conf. Ramón Alberto GAMBOA, *Derecho constitucional...* ob. cit., pág. 299.

⁷⁰ Según *Diccionario de la Real Academia Española*.

⁷¹ Ana Lía BERÇAITZ DE BOGGIANO, "La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión", *ED*, t. 137, pág. 862, justifica la obligación prestacional o social del Estado en la justicia distributiva

⁷² Ampliar en Ernesto N. BUSTELO, "La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta como recaudo sustancial de procedencia del amparo", en VV.AA., *Estudio de Derecho Administrativo -VI- El amparo contra la Administración Pública*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001, págs. 55 a 86

titucional en cabeza del sujeto afectado, individual o colectivo, congruente con el marco judicial cognoscitivo. Por ello, la exigencia de una manifestación ostensible, notoria ⁷³.

3.c.3. Lesión de derechos

El amparo es, antes que un remedio procesal, una garantía concreta para los derechos del hombre ⁷⁴ que opera cuando los mismos fueron lesionados, vulnerados o desconocidos. Por contrario imperio, si la lesión cesa, entonces, la acción de amparo ya no es viable ni procedente.

La lesión importa -por un lado- un concepto jurídico amplio, que comprende los más específicos de restringir o alterar ⁷⁵.

Pero -por otro lado- la lesión debe ser de cierta entidad, real, efectiva, tangible, concreta e ineludible ⁷⁶. En otras palabras, en el amparo se requiere un daño específico, un cambio o transformación del derecho que lo desnaturalice o bien una amenaza cierta, no basta con que sea probable la afectación al derecho o garantía en cuestión ⁷⁷. De tal manera, quien deman-

⁷³ Sobre el análisis del impacto de la omisión ilegítima y arbitraria, resulta ilustrativa la sentencia ubicada en *Fallos* 328:4655 (2005), especialmente consid. 5º, donde se expresa que el Estado Nacional no sólo tiene la carga de transferir los fondos en cuestión antes de la distribución de fondos coparticipables, sino también que se trata de una obligación independiente de la masa recaudada en materia impositiva, que debe ser financiada por el demandado en el caso de que no alcance para afrontar los costos de los servicios educativos. Por lo tanto, verificando el tribunal que se encontraba vigente la garantía de financiamiento del art. 15 de la ley 24.049, admitió la acción de amparo y ordenó al Estado Nacional que cese la arbitraria e ilegítima omisión en que incurrió respecto de su obligación de remitir a la Provincia de Salta los fondos previstos en la referida ley.

⁷⁴ Véase, Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, págs. 259 y 260.

⁷⁵ Alí Joaquín SALGADO y Alejandro César VERDAGUER, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2000, pág. 92.

⁷⁶ Conf. Mario A.R. MIDÓN, *Manual...* ob. cit., pág. 454.

⁷⁷ Conf. Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV, pág. 59.

da en el amparo debe presentar prueba acerca del agravio o menoscabo de sus derechos; es decir, debe existir una conexión con la propia condición subjetiva del que lo invoca. Además, el amparista deberá dar cuenta de la conveniencia de la vía del amparo ante una lesión actual o inminente y queda al margen de argumentaciones meramente hipotéticas o especulativas.

Es decir, el sujeto accionante tendrá que esgrimir la titularidad jurídica suficiente de reclamar que cese el estado de inacción o el cumplimiento de una prestación positiva por la Administración; también, indicar que se trata de una omisión presente, no pasada. Y, por último, que la omisión se constituya como una pasividad de la Administración Pública cierta, concreta, verificable o palpable, porque -se recuerda- el punto de inflexión está dado por el deber jurídico que tiene la Administración de obrar. En otras palabras, debe existir una relación directa -casi causal- entre la inactividad administrativa y la lesión invocada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”⁷⁸, establece que la lesión -actual o inminente- a los derechos e intereses debe ser satisfactoriamente demostrada por los demandantes.

Al respecto se indica que si se acredita la actualidad o inminencia de la lesión o un derecho cierto y la actualidad manifiesta del acto lesivo, en principio, la vía más idónea es el amparo. En tal supuesto, el actor no debe acreditar que la remisión del caso a las vías ordinarias y/o especiales le produzca un gravamen insusceptible de reparación ulterior, porque, precisamente, la acreditación de las condiciones mencionadas hace innecesario un debate intenso y un ámbito probatorio amplio, ajeno a un proceso, en esencia, protector. Configura así un medio directo de tutela⁷⁹.

⁷⁸ Fallos 321:1352 (1998), consid. 11º.

⁷⁹ Véase, Claudia Beatriz SBDAR, *Amparo de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2003, pág. 162.

3.d. Procedimiento judicial

En términos generales, el procedimiento judicial en el amparo continúa rigiéndose por las normas y pautas previstas en la ley N° 16.986⁸⁰. Se caracteriza por la naturaleza “*expedita y rápida*” de la vía (art. 43 CN), compatible con la previsión efectuada en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre el “... *derecho a un recurso sencillo y rápido...*”.

Lo expedito es lo pronto a obrar y lo rápido es lo que sucede o se hace a gran velocidad⁸¹. Estos son los adjetivos calificativos del amparo como acción para describirlo en cuanto a su aspecto procedimental, traducido en plazos breves, abandono de ritualismos excesivos y pronta resolución⁸².

El art. 3° faculta al juez, en forma previa a todo trámite, a efectuar un control de admisibilidad, otorgándole la posibilidad de rechazar la acción. El rechazo *in limine*⁸³ de ésta debe ser interpretado con criterio restringido y quedar reservado a aquellos supuestos en los que no exista duda alguna respecto de su inadmisibilidad, en los que se denote un dispendio jurisdiccional, es decir (como lo delinea alguna jurisprudencia⁸⁴), que resulte tan manifiesto como para ser declarado en forma categórica y sin necesidad de verificar supuestos de hecho que requieran mayor debate o prueba.

⁸⁰ En los aspectos no abrogados por la norma constitucional.

⁸¹ Según *Diccionario de la Real Academia Española*.

⁸² Aunque, lamentablemente, cabe reconocer que los tiempos de tramitación en los ámbitos tribunales -a veces- no son tan rápidos.

⁸³ Conf. Mario REJTMAN FARAH, “Examen de admisibilidad: El rechazo *in limine*”, en VV.AA., *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, pág. 190, considera que “*el art. 3° del decreto-ley fue entendido en muchas oportunidades con una amplitud que a mi juicio, resulta incompatible no sólo con los pactos internacionales, sino con el art. 18 de la Carta Magna, con el principio pro actione*”.

⁸⁴ CNCiv. y ComFed., Sala I, 20/10/03, “Ara Monti, Carlos A. vs. Poder Ejecutivo Nacional”.

Presenta una naturaleza bilateral⁸⁵ ya que se determina -bajo pena de nulidad- la solicitud de un informe circunstanciado a la autoridad que corresponda (art. 8º, ley N° 16.986), el cual, en la práctica, opera como una contestación de demanda y permite el ejercicio del derecho de defensa (art. 18 CN); el que luego de evacuado, si no existiere la posibilidad de la apertura del periodo probatorio, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 (cuarenta y ocho) horas, concediendo o denegando el amparo.

En el caso de que alguna de las partes hubiere ofrecido alguna prueba, más allá de la documental acompañada en la demanda o en la presentación del informe, ésta deberá ser producida en el marco de una audiencia convocada a tal efecto dentro de los tres días y, una vez concluida ésta, corresponde que pase la causa a resolver.

Como otras notas del procedimiento judicial de amparo, se menciona que no puede articularse la recusación sin causa, ni plantearse las excepciones previas, ni promover cuestiones incidentales (art. 16, ley N° 16.986). El periodo probatorio, como los medios de prueba que pueden ofrecerse, es limitado (arts. 7º y 9º, ley N° 16.986). Esto trasluce el propósito del legislador de que no se obstaculice la rapidez que debe primar en el trámite de la acción⁸⁶.

Finalmente, si bien la Ley de Amparo no contiene ninguna referencia expresa sobre las facultades ordenatorias del juez sobre el procedimiento judicial, resultan de aplicación

⁸⁵ De acuerdo, Alejandro ROSSI, "El informe del art. 8º: La Bilateralidad", en VV.AA., *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, pág. 197, la bilateralidad del proceso de amparo se manifiesta por la solicitud de informe circunstanciado y la posibilidad de ofrecer cómo producir prueba; además, resalta que "no obstante la urgencia propia de la acción de amparo, le son plenamente aplicables las pautas que informan el principio de contradicción".

⁸⁶ Silvia A. DÍAZ, "Procedimiento en la Ley de Amparo", *LL*, t. 2002-B, pág. 946

las disposiciones generales contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

3.e. Efectos de la sentencia

El efecto principal de la sentencia de amparo es hacer cesar la conducta o la omisión e inactividad estatal manifiestamente ilegítima o arbitraria, lesiva de derechos constitucionales.

Los aspectos sobre los que deberá pronunciarse el juez, si la acción es admitida se encuentran establecidos en el art. 12 de la ley 16.986. A saber: “a) *La mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo; b) la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución; c) el plazo para el cumplimiento de lo resuelto*”.

Resulta una paradoja que el Estado sea condenado a cumplir los compromisos por él mismo asumidos y que retacee su satisfacción⁸⁷. En estos casos, los efectos de la sentencia por la que se ordena a la Administración cesar con la inactividad se orientan a exigir el cumplimiento de la obligación material debida; esto supone compatibilizar la tutela de los derechos afectados por la omisión pública con el principio de separación de poderes.

Como se esgrimió con anterioridad, la inactividad administrativa no debe ser reemplazada por una ultra actividad judicial, que transforme al juez en administrador. Por eso, la prudencia y la equidad son valores a la hora de elaborar la sentencia de condena. De este modo no caminamos hacia el gobierno de los jueces sino, por el contrario, al potenciamiento del sistema democrático⁸⁸.

⁸⁷ Ampliar María Claudia CAPUTI, “Procesos urgentes y derecho a la salud”, en VV.AA., *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, pág. 533, donde remarca a la omisión como un factor omnipresente en el Derecho Administrativo.

⁸⁸ Conf. Humberto QUIROGA LAVIÉ, “El amparo...”, ob. cit., pág. 122.

Se considera ⁸⁹ que el juez podrá dar una orden con la obligación concreta para la Administración con el objetivo de dar o hacer y cesa así la omisión ⁹⁰, pero siempre deberá dejar que los aspectos concretos de la obligación y los detalles sean decididos por la Administración, lo que es propio dada la misión que ésta detenta en la gestión y promoción del bien común. Incluso, es posible la imposición de astreintes dentro del proceso de amparo, las que se presentan como un refuerzo de las potestades ordenatorias y compulsivas de los órganos judiciales a fin de doblagar la renuencia de la Administración ⁹¹.

Sin embargo, a veces, se mira con recelo o temor la posibilidad de que los efectos de la sentencia de condena emanada en un juicio de amparo signifique una intromisión en otro poder del Estado ⁹². Se considera que no es así porque, siguiendo las palabras de Carrió ⁹³, la función judicial no es ja-

⁸⁹ Véase Osvaldo S. PRITZ, "Medidas cautelares y control de la discrecionalidad administrativa" en VV.AA., *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007, pág. 415.

⁹⁰ Por ejemplo, CNContAdmFed., Sala II, 27/9/07, "Defensor del Pueblo de la Nación vs. Ferrovías SAC y otro s/amparo Ley 16.986", ordenó a empresas concesionarias del servicio de transporte ferroviario que instrumenten las medidas adecuadas para garantizar los derechos de los discapacitados en la línea férrea, estableciendo "el plazo de noventa días" para que coloquen, en cada una de las estaciones, una rampa fija -en el caso de que no exista ascensor- con la finalidad de que las personas discapacitadas accedan a los andenes. Asimismo, en el mismo plazo, que las formaciones que no tengan acceso al nivel de los coches deban estar conformadas -como mínimo- por un coche con rampa móvil que permita a las personas discapacitadas ingresar sin obstáculos a los trenes.

⁹¹ Conf. Augusto M. MORELLO, "En busca de la buena senda del amparo. Recepción de astreintes", *ED*, t. 167, pág. 409.

⁹² Sobre el particular, reflexiona Guido S. TAWIL, *Administración...* ob. cit., t. 1, pág. 306, que "... si bien no parece posible exigir a nuestros jueces que sean ellos quienes provean el servicio requerido, esta circunstancia no debe servir como excusa para consentir la desidia administrativa".

⁹³ Genaro R. CARRIÓ, *Recurso de amparo*, 2ª ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 30 nota N° 6.

más pasiva. La jurisdicción es un rodaje indispensable en la dinámica jurídica y, justamente, en el respeto al ámbito de las instituciones del Estado transita la técnica reclamatoria del amparo contra la inactividad material.

Otra situación que puede producirse es la reticencia de cumplir con la sentencia. En este caso, cobran relevancia las maneras de ejecución forzosa y la virtualidad de los efectos del aseguramiento cautelar. Este escenario, identificado en el Cap. III, apartado 6.b., de este trabajo, es considerado por Nieto García como inactividad material resistencial, para quien caben dos opciones políticas: o bien autorizar al juez para que ejecute por su cuenta la sentencia o bien limitarse a indicar a la Administración qué es lo que debe hacer⁹⁴. Entre ambas, la Ley Nacional de Amparo opta por la segunda.

4. Régimen jurídico del amparo en la provincia de Tucumán

4.a. Formulación normativa

Recién con la reforma constitucional que tuvo lugar el 18 de abril de 1990, el amparo fue consagrado en el art. 34 de la Norma Suprema de la Provincia en los siguientes términos: “*Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista otra vía pronta o eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determina la ley*”.

En sus orígenes se aplicó al amparo el procedimiento sumarísimo previsto en el art. 409, inc. 6, del Código Procesal

⁹⁴ Conf. Alejandro NIETO GARCÍA, *La inactividad ... ob. cit.*, pág. 57

Civil de Tucumán⁹⁵, que preveía “... *la acción de amparo de los derechos y garantías reconocidos, expresa e implícitamente por la Constitución, siempre que en forma actual o inminente, se restrinjan, amenacen, o lesionen, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño. Deberá promoverse dentro de los quince días que se produjo o debió producirse el acto*”.

Ambas disposiciones no efectuaban mención sobre el tipo de actividad o materia lesiva sobre la que operaba el amparo, haciendo hincapié sobre el carácter excepcional de la acción⁹⁶.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán⁹⁷ entiende que el amparo se utiliza en Derecho con un sentido específico, como es el de asignar una modalidad de actuación del órgano jurisdiccional, destinada a la protección de ciertos derechos básicos identificados con las libertades o garantías individuales que las constituciones liberales prevén explícita o implícitamente.

⁹⁵ Ley N° 6176, publicada BOT: 22/7/91. Norma que actualmente continúa vigente en Tucumán con las modificaciones introducidas por leyes 6904, 6913, 6944, 7427, 7637 (mod. por ley 7665) y 7881.

⁹⁶ Como ejemplo, se presenta la sentencia N° 1, de fecha 4/1/85, del Juzgado en lo Civil y Comercial de Tucumán (en feria), que delinea con claridad la concepción primigenia de la acción de amparo en el fuero provincial al expresar: “La acción de amparo de los derechos y garantías reconocidos, expresa o implícitamente por la Constitución, es una medida excepcional, sólo procedente en caso de feria judicial, siempre que se tratare de realizar diligencias urgentes, cuya demora podría ocasionar evidente perjuicio a las partes o a la administración de justicia, para reparar ese perjuicio o hacer cesar los efectos del acto objetado, cuando por su naturaleza la cuestión no pueda ser solucionada por otro medio”. En el mismo sentido, CContAdmTuc., Sala I, 18/12/91, expresa: “La vía del amparo es excepcional y sólo puede habilitarse ante una grosera turbación de los derechos y garantías reconocidas expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, vale decir que la conculcación motivante debe ser clara, explícita, palmaria fáctica y jurídicamente, compatible con la celeridad y abreviación del trámite que la ley ritual organiza para este proceso”.

⁹⁷ CSJT, 2/5/90, “Sandoval de Sotelo, Nilda Inés y otra vs. Consejo de educación de la Provincia s/ Acción de amparo y medida cautelar”.

El 8 de marzo de 1999, entra en vigencia el Código Procesal Constitucional identificado bajo la ley N° 6944⁹⁸, el cual es receptado favorablemente⁹⁹ y considerado como un gran paso hacia la efectiva vigencia de los derechos y garantías¹⁰⁰. En el art. 50 CPCT se conceptualiza al amparo como la acción procesal que se “... *deduce contra todo acto, omisión o hecho de órganos o agentes del Estado provincial o entes autárquicos provinciales, o de particulares, que, en forma actual o inminente, viola, lesiona, restringe, altera o amenaza violar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos, libertades o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Provincial o Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, con excepción de los protegidos por el hábeas corpus*” (lo destacado es propio).

Cuando en 2006 se efectuó una nueva reforma de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo quedó delineada en dos disposiciones. En primer lugar, el art. 37 indica que “*Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifies-*

⁹⁸ Modificada por leyes N° 7428 y N° 8049.

⁹⁹ Véase Alvaro J. D. PÉREZ RAGONE, “El Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán y el acceso a la justicia: punto de inflexión en la tutela de derechos”, LL, Suplemento Noroeste, 2000, pág. 280. Sin embargo, en la aplicación práctica de este código determinadas opiniones se alzaron sobre la necesidad de reformar algunas de sus disposiciones, como la de Verónica B. USANDIVARAS, “Código Procesal Constitucional: Necesidad de una reforma”, diario *El Siglo*, Sección Jurídica, 19 de octubre de 2004, pág. 3

¹⁰⁰ Véase Benjamín MOISÁ, “Código Procesal Constitucional de Tucumán. Un gran paso hacia la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales”, LL, Suplemento Noroeste, 2000, pág. 271. Por su parte, María Gilda PEDICONE DE VALLS, “Conveniencia de un Código Procesal Constitucional para la protección judicial efectiva frente a la actividad pública”, en VV.AA., *Estudio de Derecho Administrativo -X- El proceso administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001, pág. 657, considera a este ordenamiento procesal constitucional vigente en la Provincia de Tucumán como “*un complemento indispensable para la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y el Estado de Derecho*”.

ta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista otra vía pronta o eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley”.

En segundo término, se establece el ámbito material de aplicación así como sus efectos, receptando -además- la inconstitucionalidad por omisión, al decir en el art. 38 CT: *“Esta acción podrá interponerse contra cualquier decisión, hecho, acto u **omisión emanada de autoridad pública**, así como de cualquier persona física o jurídica que impida de manera ilegítima el ejercicio de los derechos mencionados. La acción será expedita y rápida. El juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u **omisión lesiva**”* (lo destacado es propio).

Cabe resaltar que la formulación normativa del régimen del amparo en la Provincia de Tucumán permite identificar al sujeto causante de la inactividad¹⁰¹; en ese caso, de acuerdo al art. 54 CPCT, la acción podrá dirigirse directamente *“contra el funcionario o titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio”*. Incluso, la mencionada disposición indica que *“de ignorarse la identidad del agente público, la acción se tendrá establecida contra el superior jerárquico”*.

Por último, cabe la reflexión de que las garantías constitucionales no pasarían de ser meramente semánticas, si la propia Carta Magna no hubiese establecido una verdadera super garantía, cual es la protección judicial de los derechos. Ella consiste en la posibilidad cierta de recurrir al Poder Judicial cuando los derechos y las libertades propias se encuentren afectados por una actitud del Estado o, en su caso, de los particulares. En tal evento y ante las garantías especí-

¹⁰¹ Sobre el particular, la CContAdmTuc., Sala I, 24/8/07, “A.D.M.E.Y.O. vs. I.D.P.Y.S.S.D.L.P.D.T.Y. s/amparo”, interpreta que las disposiciones locales “consagran un amplio margen de legitimación pasiva para entablar la acción de amparo”.

ficas o genéricas dadas por la Constitución, ese Poder está llamado a hacerlas efectivas ¹⁰².

4.b. *Legitimación activa*

Retomando el concepto de que la legitimación procesal implica la habilitación, por el ordenamiento jurídico, para asumir la calidad de parte con referencia a la concreta materia sobre la que puede versar el proceso ¹⁰³, la legitimación, en el derecho procesal tradicional, se vincula con la titularidad del ejercicio de derecho y con la posibilidad de exigir su reconocimiento a través de un determinado litigio.

La vía del amparo sólo abarca a aquél que detente legitimación para ser amparado en sus derechos y garantías derivados de la Constitución Nacional o Provincial, de las leyes y de los tratados internacionales.

En este caso, la legitimación se sustenta en la existencia de un verdadero agravio y en el derecho a reclamar de modo concreto frente a la inactividad administrativa.

El art. 37 CT prescribe que “... *la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley*”. Por su parte, el art. 7º CPCT establece que detenta legitimación activa para interponer una acción de amparo, “... *cualquier persona particularmente interesada, por sí o por apoderado y el Ministerio Público*”.

De tal manera se percibe que la tutela judicial en la norma provincial también amplía la protección del amparo más allá de los conflictos particulares, en los que se debate sobre el agravio a derechos individuales, comprendiendo los supues-

¹⁰² CSJT, 2/5/90, “Sandoval de Sotelo, Nilda Inés y otra vs. Consejo de Educación de la Provincia s/ Acción de amparo y medida cautelar”.

¹⁰³ Conf. María JEANNERET DE PEREZ CORTÉS, “Las partes y la legitimación procesal...”, ob. cit., t. 1, pág. 467.

tos de agravios con afectación social. Desde esta perspectiva, para entablar un amparo colectivo, sea bajo la forma de amparo de protección (art. 76 CPCT) o de amparo de reparación (art. 77 CPCT), el art. 78 CPCT indica como sujetos legitimados: *“El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos...”*.

De acuerdo con este mismo art. 78 CPCT, el juez tiene la facultad de analizar la legitimación con el objetivo de verificar -en cada caso concreto- si la acción es admisible, haciendo especial hincapié sobre aspectos del reclamante ¹⁰⁴, como ser *“... que la agrupación esté integrada por los sujetos que en forma particular resulten perjudicados por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo...”* (inc. 1); *“... que la agrupación prevea estatutariamente como finalidad expresa, la defensa del específico tipo o naturaleza del interés colectivo menoscabado”* (inc. 2); que la misma se encuentre *“... ligada territorialmente al lugar de producción de la situación lesiva del interés colectivo”* (inc. 3); *“... número de miembros, antigüedad en su funcionamiento, actividades y programas desarrollados y toda otra circunstancia que refleje la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación, en defensa de los intereses colectivos”* (inc. 4).

Dado que el gran ausente en la disposición mencionada es el particular lesionado en un derecho de incidencia colectiva, este vacío fue cubierto, por la jurisprudencia local ¹⁰⁵, a través de la declaración de inconstitucionalidad del primer

¹⁰⁴Al respecto, Alberto B. BIANCHI, “La legitimación...”, ob. cit., págs. 102 y 103, opina sobre la conveniencia de evaluar la legitimación de cada asociación para corroborar que “se presenta a defender los derechos que dice representar”. Adviértase que muchos de los aspectos que el prestigioso autor indica como requisitos mínimos sobre los que debe versar el análisis judicial, se encuentran detalladamente expresados en la norma de la Provincia de Tucumán.

¹⁰⁵Véase, CContAdmTuc., Sala III, 10/3/03, “Sosa Paz, María Elvira del Carmen y otro vs. Municipalidad de Yerba Buena y otro s/ amparo”.

párrafo del art. 78 de la ley 6944 en cuanto excluye a “los afectados” de la legitimación para interponer la acción de amparo colectivo conforme a los alcances previstos por el art. 43 de la Constitución Nacional y 34 de la Constitución Provincial (numeración anterior a la reforma constitucional de 2006). Se entiende también, con legitimación activa para promover una acción de amparo, en el contexto del art. 78 CPCT, un accionante individual.

4.c. Presupuestos

A los presupuestos de admisibilidad del amparo en el régimen jurídico de la Provincia de Tucumán los constituyen las condiciones invariables de tipo material, formal y hasta temporal, que deben estar presentes al plantear la acción, las cuales se encuentran plasmadas en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional. Éstos tienen un carácter restrictivo en cuanto a la aplicación, interpretación y alcance de esta técnica en el ámbito local.

El criterio es la necesaria concurrencia de los requisitos ¹⁰⁶, los cuales son agrupados de la siguiente manera respetando el orden efectuado cuando se presentaron los presupuestos en el régimen jurídico nacional, como: 1) procedencia de la vía, 2) materia comprendida y 3) lesión de derechos, los que son objeto de análisis a continuación

4.c.1. Procedencia de la vía

De manera similar a lo establecido en el régimen jurídico nacional, en Tucumán, el art. 53 CPCT prescribe que *“No será necesaria la reposición o ningún otro recurso administrativo para interponer la acción de amparo. Cuando el afectado opte*

¹⁰⁶ CSJT, 3/7/07, “Bringas, Julio Roberto vs. Defensoría del Pueblo s/ amparo”.

por ejercitar los recursos administrativos que concede el ordenamiento, se suspende el plazo de caducidad mientras la Administración no resuelva expresamente, sin perjuicio de que se ejerza directamente en cualquier momento". Esto se debe a que en el ideario del procedimiento vernáculo, no deja de ser la urgencia la nota distintiva que hace a la elección de la vía del amparo, puesto que se trata de una acción rápida y expedita. Y, como fuera considerado por algún autor ¹⁰⁷, el agotamiento de la vía administrativa equivaldría a condenar al ciudadano a naufragar en la pesada marea de la burocracia estatal. De tal forma, la técnica del amparo contra la inactividad material no excluye ni es incompatible con cualquier planteo efectuado por el particular en sede administrativa.

La discusión de lo que debe entenderse por "vía idónea" es la médula donde se unen la prudencia del requirente de amparo y el arrojo combinado con la función impulsiva y de necesario activismo judicial del juez ¹⁰⁸. El argumento de *rectius* idoneidad *strictu sensu* se encuentra asentado en el art. 2º del CPCT al indicar que: "*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro medio efectivo ante los jueces*".

En la Constitución local, el art. 37 establece que "... *siempre (...), y no exista otra vía pronta o eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley*". Por lo que es valioso rescatar que la acción de amparo de los derechos y garantías reconocidos, expresa o implícitamente por la Constitución,

¹⁰⁷ Ampliar en Carlos Alberto CARBONE, "Los principios generales del Código Procesal Constitucional de Tucumán. Su vinculación con el artículo 43 de la Constitución Nacional. El artículo 2º del Código Procesal Constitucional. Relación con las medidas cautelares, autosatisfactivas y sentencias anticipatorias. Recurso de amparo: vía principal, subsidiaria o alternativa", *LL*, Suplemento Noroeste 2002, pág. 844.

¹⁰⁸ Conf. Alvaro J. PÉREZ RAGONE, y Dora PREBISCH, "Excursus sobre la vía judicial más idónea en relación al amparo", publicado en el diario *El Siglo*, Sección Jurídica, 29 de febrero y 07 de marzo de 2000.

es una medida excepcional, en tanto que se tratare de realizar diligencias urgentes, cuya demora podría ocasionar evidente perjuicio a las partes o a la administración de justicia, para reparar ese perjuicio o hacer cesar los efectos del acto objetado cuando por su naturaleza la cuestión no pueda ser solucionada por otro medio legal ¹⁰⁹. En este orden de ideas, en la jurisprudencia de los tribunales provinciales se establece el criterio de interpretar con rigurosidad la vía del amparo indicando que ésta sólo se encuentra reservada para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, pueden verse afectados derechos constitucionales ¹¹⁰.

También la norma que regula el régimen de amparo en la Provincia determina, en el art. 58 CPCT, los supuestos en los cuales no procede la vía del amparo. Tales son: *“1) Cuando se trate de un acto jurisdiccional emanado de Tribunal del Poder Judicial de la Provincia o de la Nación o del Tribunal de la Legislatura en el Juicio Político; 2) contra las leyes u otras disposiciones normativas con fuerza de ley, (...) y 3) cuando la acción u omisión ha sido consentida por la persona agraviada”*. Los dos primeros incisos determinan una exclusión en razón de la materia, en uno es un acto jurisdiccional y, en otro, es un acto normativo, corresponde, en ambos casos, recurrir a otros mecanismos procesales y legales para cuestionarlos.

El tercer inciso merece atención ya que se relaciona directamente con la temática abordada en este trabajo; trata de considerar inadmisibles la procedencia de la vía del amparo cuando el particular agraviado o lesionado por la omisión pública la consintió. Este consentimiento se constituye a tra-

¹⁰⁹ CSJT, 4/1/85, “Juárez Saturnino, Esteban vs. Provincia de Tucumán s/ Acción de amparo”.

¹¹⁰ CContAdmTuc., Sala I, 24/8/07, “A.D.M.E.Y.O. vs. I.D.P.Y.S.S.D.L.P.D. T.Y. s/amparo”; CContAdmTuc., Sala III, 17/8/07, “Bustos, Ramona del Valle vs. Junta de Clasificación docente y otro s/amparo”; CContAdmTuc., Sala III, 10/8/07, “Gramajo, Ramón Gerardo vs. Municipalidad de la Banda del Río Salí”.

vés de una manifestación o expresión clara de voluntad del sujeto de aceptar o de usufructuar de la inactividad.

En definitiva, al representar el amparo una acción excepcional, es importante que el peticionante sea muy cuidadoso en indicar que no hay otra vía judicial ordinaria para tutelar la situación de inactividad material, o como se aclara desde la jurisprudencia, que la remisión a las otras vías judiciales produzca un gravamen serio insusceptible de reparación ulterior ¹¹¹.

4.c.2. Materia comprendida

El amparo es una acción procesal concebida como un instrumento garantizador de los derechos constitucionales, cuya estela de protección no se limita a las lesiones ocasionadas por actos, sino también a las omisiones emanadas de autoridad pública.

El art. 38 CT y el art. 50 CPCT, referidos al amparo en general, aluden simplemente a “*omisión*”, sin precisar a qué tipo de omisión se refieren, si es una omisión material o formal.

Pero, cuando el Código Procesal Constitucional de Tucumán se refiere, en su Capítulo IV, a los que denomina como “amparos especiales”, prescribe en el art. 70 CPCT al amparo por mora de la Administración, en el caso de omisión de “... *un deber concreto de cumplir en un plazo determinado y la administración fuere morosa en la tramitación de un expediente administrativo*”; entonces, cabe la pregunta destinada a diferenciar el ámbito de aplicación de cada uno de los institutos mencionados, si existe coincidencia o, si cada uno, afronta un aspecto o manifestación de la inactividad administrativa. La jurisprudencia tucumana ¹¹² concede una solución a la

¹¹¹ CSJT, 18/9/03, “Tarrab S.A. vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo”.

¹¹² CContAdmTuc., Sala II, 13/3/07, “Ruiz, Luis Edgardo vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora”; CContAdmTuc., Sala I, 24/8/07, “Monteros, Ángela del Carmen vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo”.

cuestión al determinar que: “El amparo por mora es un proceso que tiene por objeto poner fin a la llamada inactividad formal de la Administración que consiste en la omisión o pasividad dentro de un procedimiento administrativo durante un lapso de tiempo que excede los plazos legales o bien razonables pautas temporales de tramitación. Es por ello que la sentencia a dictarse en este tipo de procesos opera en el ámbito estrictamente formal del trámite administrativo y no importa juzgar en manera alguna acerca de la inactividad material de la Administración”.

En consecuencia, el espacio de actuación, comprendido en el amparo (general) en su forma omisiva, es la inactividad material de la Administración, es decir, el incumplimiento de ésta al deber de actuación concreto, posible, prefijado por el ordenamiento jurídico, el cual -a su vez- debe ser el factor directo de la lesión o agravio sobre un derecho tutelado por la Constitución de la Provincia de Tucumán, la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Requiere que la omisión material lesiva sea ilegal o arbitraria y que se presente en el mundo de los sentidos con una magnitud tal que pueda ser captada de manera fácil e indudable. Al expresar evidente o manifiesta, quiere indicar que no debe requerir amplitud de debate y prueba¹¹³, caracterizada como ostensible ilegitimidad por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán¹¹⁴.

Lo manifiesto proviene del latín *manifestus*, cuyo significado es evidente, que se da a conocer. En un sentido jurídico, es lo que se demuestra por sí mismo. No hace al ámbito fáctico del conflicto ni a la presencia de la conducta lesiva en sí misma, que tendrá que ser objeto de la prueba necesaria, ni tampoco a la gravedad o medida del daño, sino que está refe-

¹¹³CContAdmTuc., 9/9/03, “Linares de Orillo, Mercedes del Carmen vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Amparo”.

¹¹⁴CContAdmTuc., Sala II, 18/8/02, “Calcagno, Abel Hugo vs. Instituto Provincial de Acción Cooperativa y Mutual s/ Amparo”.

rida a la virtualidad o trascendencia jurídica de la omisión. En términos procesales denota que no debe dejar resquicios de dudas en la apreciación del magistrado.

Ilegalidad significa conducta contraria a derecho, violación del principio de juridicidad. La arbitrariedad es aquello contrario a la razón, existe un plus de voluntarismo en la violación del derecho.

La jurisprudencia caracteriza a lo manifiesto como lo evidente, indudable, absolutamente claro, ausente de toda incertidumbre ¹¹⁵.

A efectos de analizar la concurrencia del requisito constitucional del amparo -la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de la conducta lesiva- los jueces deben verificar si la complejidad del objeto resulta compatible con el estrecho marco de debate que caracteriza a la vía intentada y, en caso negativo, declarar la falta de idoneidad del carril procesal transitado para el ejercicio de la pretensión esgrimida ¹¹⁶.

Por último, también queda comprendida como materia del amparo la declaración de inconstitucionalidad de la norma en la que se funda la omisión lesiva, dado que se consuma una transgresión a lo que la Constitución prescribe hacer o actuar. En tal situación se postula que la sentencia que recepte favorablemente la pretensión del amparista deberá declarar, por un lado, la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad inconstitucional de la inactividad y, por otro, deberá ordenar que se sancione la ley exigida por el documento constitucional ¹¹⁷.

4.c.3. Lesión de derechos

De acuerdo con el texto del art. 37 CT, el amparo opera frente a una lesión, actual o inminente, de derechos recono-

¹¹⁵ CContAdmTuc., Sala III, 18/6/99, "Televisora Tucumana Color S.A. vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán".

¹¹⁶ CSJT, 27/2/06, "Costa, Héctor E. y otra vs. EDET S.A. y otro".

¹¹⁷ Conf., Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, *Principios constitucionales...* ob. cit., pág. 124.

cidos por la Constitución Argentina y la Constitución de Tucumán. Además, la incorporación de los tratados de Derechos Humanos al Derecho Nacional (art. 75 inc. 22 CN) y Provincial (art. 24 CT) modifica el sistema de fuentes normativas, dando prioridad en la pirámide jurídica a dichos tratados y, por ende, a los derechos esenciales de la persona por ellos reconocidos ¹¹⁸.

Es decir, que *prima facie* frente a una restricción, amenaza o lesión se justifica pensar en el amparo. Pero, la articulación judicial de la acción deberá ser complementada con la alegación y demostración de que aquella restricción, amenaza o lesión es producto de una arbitrariedad e ilegalidad manifiesta ¹¹⁹.

Ambos extremos permiten reformular que para que exista legitimación a favor de un sujeto -individual o colectivo- es necesario que el acto lesivo perjudique ¹²⁰ y que la violación de los derechos sea palmaria.

En consecuencia, quien demande amparo presentará la existencia de su derecho afectado, o la debida justificación de su invocación en el caso de representarse derechos colectivos, con indicación de que la vulneración deviene en una conducta omisiva pública ostensible en cuanto a su arbitrariedad o ilegitimidad, sea por contradecir la juridicidad o los criterios de la correcta elección entre las opciones dadas por la discrecionalidad o la razonabilidad.

Finalmente, corresponde añadir a la lesión de los derechos, como presupuesto, el plus de su actualidad o inminen-

¹¹⁸ CSJT, 6/8/07, "S.A.V. vs. I.D.P.V.S.D.T.Y.O. s/amparo".

¹¹⁹ Porque, como rescata Ernesto N. BUSTELO, "La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta...", ob. cit., pág. 78, el carácter manifiesto dado a la ilegitimidad no opera como un requisito autónomo o autosuficiente, sino con relación a la entidad de la lesión de los derechos y, por supuesto, la idoneidad de la vía para su reparación.

¹²⁰ Conf. Juan Carlos PERAL, "La legitimación en el Código Procesal Constitucional de Tucumán", LL, Suplemento Noroeste, 2000, pág. 1093.

cia, dado que condiciona la oportunidad tutelar de la intervención judicial en el amparo.

4.d. Procedimiento judicial

El procedimiento de amparo en Tucumán es rápido y preferente¹²¹. En cuanto a lo primero, el criterio de rapidez y agilidad fue fortalecido con la última modificación que tuvo el Código Procesal Constitucional a través de la ley N° 8049¹²², en los arts. 11 y 59 del CPCT, destinada a reinstalar plazos muy breves para cumplirse las diligencias procesales, así también su sustanciación deberá hacerse sin pérdida de tiempo, permitiéndose en el juicio de amparo que “... *todos los días se computarán como hábiles y las horas corridas*”.

En cuanto a lo segundo, es decir, el trámite preferente que debe asignarse al procedimiento, el art. 14 CPCT faculta al juez a priorizar su tratamiento frente a otros asuntos que tuviere en su tribunal.

El plazo de caducidad se compone por el espacio de tiempo que debe transcurrir entre la omisión, manifiestamente arbitraria o ilegal, actual o inminente y la presentación de la demanda ante el fuero judicial. El art. 52 CPCT establece: “*El amparo se interpone en cualquier tiempo mientras subsista la acción u omisión que motiva el mismo, y hasta noventa (90) días hábiles después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado*”.

Se entiende que la norma es muy generosa al otorgar plazos de caducidad amplios ya que, en este caso, la acción po-

¹²¹ Conf. Claudia Beatriz SBDAR, *Amparo de...* ob. cit., pág. 163.

¹²² Publicada BOT: 3/4/08. Al respecto, Dante MIRRA, “El peligro de la pérdida de identidad del amparo”, publicado en diario *La Gaceta*, Sección Tribunales, 25 de marzo de 2008, opina que “*la actual modificación a primera vista se muestra como positiva en tanto pretende agilizar un proceso de características de por sí urgente, y que significa volver a su diseño original*”.

drá intentarse en cualquier tiempo mientras subsista el sustrato fáctico, comprendiendo los noventa (90) días hábiles posteriores a la cesación de la inactividad.

En cuanto a las condiciones que debe reunir la demanda de amparo, es curioso que la norma recepte una amplitud de formas como ser: “... *se interpone por cualquier medio de comunicación escrito, por telegrama o carta documento*”. Esto para facilitar el acceso a la tutela. En cuanto al contenido o formalidades de la presentación, se exigen los mismos datos que para cualquier escrito judicial destinado a la identificación (nombre, apellido, nacionalidad, domicilios, etc.) de las partes, agregándose “*La individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnados o de quien hubiere ordenado la restricción*” (art. 55 inc. 2 CPCT). Respecto al sujeto pasivo, la ley permite que se demande al órgano con personería jurídica o a la persona del funcionario inactivo o a ambos.

Cuando la demanda llegue a conocimiento del magistrado que entenderá en la causa, éste podrá examinar si se encuentran los presupuestos de procedencia de la acción. También podrá procurar la subsanación de defectos formales (art. 16 CPCT) o convertir la acción de habeas corpus en amparo (art. 17 CPCT) y viceversa.

Pero, si considera que “... *la acción es formalmente procedente o no fuere del caso resolver interlocutoriamente el amparo, da inmediato traslado de la demanda al accionado y debe ordenar el informe del artículo 21*¹²³. *La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso*” (art. 59 CPCT).

El período de prueba es determinado en el tiempo y abreviado el debate para estar acorde con la vía sumarísima del amparo, lo que es reafirmado por la jurisprudencia tucumana¹²⁴.

¹²³Esto es requerir un informe circunstanciado al agente u órgano estatal denunciado como inactivo, el que debe ser evacuado en un plazo de noventa y seis (96) horas corridas.

¹²⁴CContAdmTuc., Sala III, 19/10/07, “Navarro, Pedro vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ amparo”; CContAdmTuc., Sala III, 31/8/07,

Al igual que la regulación nacional, con la demanda de amparo deberá acompañarse toda la documentación (art. 56 CPCT) y durante esta etapa procesal se encuentra limitado el número de testigos y no es admitida la prueba confesional cuando la acción es presentada contra la Administración. Es breve el plazo de producción de las pruebas y, dentro de sus potestades instructorias, el juez puede convocar a las partes a una audiencia (art. 60 CPCT).

4.e. Efectos de la sentencia

Chioventa señala que una resolución judicial se integra con la existencia o declaración de una voluntad y con la convicción del juez que puede proceder a la ejecución de lo declarado ¹²⁵. De acuerdo con el art. 61, inc. 4, CPCT, la sentencia debe contener mención concreta de la autoridad o el particular del cual emana la omisión o la inactividad denunciadas como lesivas por el accionante. Asimismo, determinar de manera precisa “... *los actos a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución, y, en su caso, el plazo fijado para su cumplimiento*”.

Este espíritu vinculante que existe entre la declaración judicial de ilegítima o arbitraria a la omisión, con la exigencia de cumplir (en tiempo y forma) la prestación debida, se complementa en el art. 62 CPCT cuando establece la obligación de actuar en cabeza del agente responsable ¹²⁶.

“Korstanje, Fernando Daniel vs. Municipalidad de Yerba Buena s/ amparo”; CContAdmTuc., Sala III, 28/8/07, “Monteros, Angela del Carmen vs. Provincia de Tucumán s/ amparo”.

¹²⁵ Ampliar, José CHIOVENTA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Reus, 2000, t. 1, pág. 205.

¹²⁶ Por ejemplo, la CContAdmTuc., Sala I, 23/11/06, “Federación Económica de Tucumán vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán”, hace lugar

Se resalta como novedoso que la norma (art. 65 CPCT) contemple la situación hipotética del rechazo de la acción de amparo por ausencia de los presupuestos de procedencia o de las condiciones de admisibilidad, pero esto no impide ni prejuzga respecto de “... *la responsabilidad administrativa, civil o penal en que haya podido incurrir el autor del agravio, y el ofendido puede ejercitar o promover las acciones pertinentes*”.

Por consiguiente, es valioso que se hayan regulado tan detenidamente las facultades del magistrado para exigir el cumplimiento de la prestación omitida. Ello constituye una traba para evitar se prolongue de manera indefinida la inacción o que la Administración incurra nuevamente en inactividad resistencial.

5. Conclusiones del capítulo

En el marco de la tutela judicial efectiva puede el sujeto individual o colectivo, afectado por la inactividad de la Administración, exigir el goce pleno de sus derechos, en el compromiso asumido por el Estado destinado a asegurar el bien común o la satisfacción de las exigencias o derechos sociales a través de prestaciones positivas y concretas.

En la legislación se encuentran previstas acciones procesales destinadas a unguir la actividad las que conllevan a una selección del cauce judicial de tutela. Por un lado, tanto el art. 43 CN como los arts. 37 y 38 CT, al determinar que la acción de amparo procede contra omisiones de las autoridades públicas, permiten considerar a ésta como una técnica

a la acción de amparo incoada por una asociación de comerciantes a fin de que la Municipalidad tome las medidas necesarias para remover la venta ambulante que se lleva a cabo en espacios de dominio público de la Ciudad de San Miguel de Tucumán, dado que se encuentra acreditada la omisión en la que incurre la demandada en cumplir y hacer cumplir las ordenanzas N° 942/87 y N° 2188/94 por ella dictadas, lo cual resulta manifiestamente ilegal.

contra la inactividad administrativa material, dado que la omisión es una manera en la que se expresa la inactividad para ser entablada en sede judicial a través de un procedimiento y presupuestos propios. Por otro lado, la acción de amparo por mora se presenta como una técnica contra la inactividad administrativa formal prevista en el art. 28 LNPA y en el art. 70 CPCT, que será objeto de desarrollo en el capítulo siguiente.

Ahora, respecto del amparo, se concluye que éste constituye un medio de tutela autónomo contra la inactividad de la Administración Pública de tipo material que permite la consolidación de las instituciones, para que estén más próximas a las realidades sociales sin incurrir en un paternalismo a ultranza. Su articulación no es incompatible ni excluyente de las técnicas desarrolladas en los capítulos IV, V y VI.

En su práctica se advierte una gran cuota de prudencia judicial en cuanto a su admisión, donde existe una relación entre el deber previo de actuación establecido a la persona estatal y la condición del particular peticionante con los presupuestos propios de la acción de amparo (procedencia de la vía, materia comprendida y lesión de derechos).

Enarbolando la tendencia garantística, se percibe, en el amparo contra las omisiones administrativas materiales, una visión superadora del contencioso como una instancia meramente revisora del actuar de la Administración, que permite fortalecer la efectiva concreción de los derechos a sujetos individuales y colectivos, merced la amplitud de la legitimación activa establecida en la reforma de la Constitución Nacional.

Después de celebrar el amparo su aniversario 50º desde que nació en la jurisprudencia, se erige como una garantía constitucional madura con un procedimiento rápido y preferente para restablecer la lesión de derechos producida por la inactividad de la Administración e, incluso, la omisión inconstitucional del legislador, mediante una sentencia de condena direccionada a exhortar la actividad material debida.

CAPÍTULO VII

LAS TÉCNICAS RECLAMATIVAS EN SEDE JUDICIAL: AMPARO Y AMPARO POR MORA

SEGUNDA PARTE:

AMPARO POR MORA CONTRA LA INACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Introducción al capítulo

Como se expuso en el Capítulo I, apartados 5.a., 5.b. y 5.c., el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14 CN) no implica el derecho a obtener lo peticionado, pero sí el de exigir una respuesta, que sea brindada en debido tiempo y de manera expresa (art. 24, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre) para que se conozcan motivadamente cuáles son las razones que determinan la decisión administrativa ¹.

Lo contrario, esto es, no decidir o decidir fuera de plazo, constituyen actos irregulares de la Administración, que per-

¹ Bajo un enfoque muy particular, Gastón ROSENBERG, "Breves consideraciones sobre el amparo por mora de la Administración", *LL*, Suplemento Noroeste, 2001, pág. 563, considera que no sólo es un deber que tiene la Administración de responder a las peticiones sino que también ésta "... *tiene el derecho a que los procedimientos iniciados en su ámbito sean culminados en dicha sede con el debido ejercicio de su competencia obligatoria e improrrogable*".

judican al particular y atentan contra la eficacia de la actividad de aquélla².

Por ello, nuevamente, partiendo de la premisa de que el ordenamiento jurídico establece soluciones para que el particular afectado por la inactividad³ de la Administración pueda reclamar el cumplimiento de la actividad debida, se identifican como pretensiones para ser entabladas en sede judicial a la acción de amparo (comentada en el Capítulo VII, Primera Parte) y a la acción de amparo por mora (que será objeto de examen en las páginas siguientes). Ambas con un ámbito de aplicación propio y con un procedimiento específico.

En el presente capítulo se analizará el amparo por mora como una técnica que representa una defensa activa contra la inactividad formal de la Administración. Gordillo⁴ observa que el amparo por mora se desarrolla orgánicamente dentro del proceso, pues su tramitación y resolución son efectuadas por órganos jurisdiccionales *stricto sensu*, pero que sus efectos resultan de utilidad funcional al procedimiento administrativo.

Seguidamente, continuando con la metodología de trabajo, se efectuará una exploración del amparo por mora a partir del régimen jurídico nacional y el de la Provincia de Tucumán en cuanto a su formulación normativa, sus presupuestos, su mecánica y alcances de la sentencia de pronto despacho judicial.

² Conf. Tomás HUTCHINSON, "El pedido judicial de pronto despacho...", ob. cit., pág. 210.

³ Como puntualiza Rodolfo Carlos BARRA, "Defensas del administrado ante la mora en la decisión administrativa. Una feliz corrección a la doctrina Dinet", *ED*, t. 74, pág. 223, la opción por alguna de estas soluciones está acordada a favor del administrado y no al contrario. Elección que es consagrada por Guido Santiago TAWIL, "El amparo por mora y el silencio de la administración", *LL*, 1986-D, pág. 1175, como un privilegio del particular y no de la Administración. También por CNContAdmFed., Sala IV, 15/12/05, "Uzandizaga, Alberto vs. Banco Central de la República Argentina s/ amparo por mora".

⁴ Véase Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t. IV, pág. XIII-2

2. Breve consideración terminológica

El instituto que en esta instancia se analiza, fue denominado válidamente por los distintos autores y por algunas normas de muy diferentes maneras. Por esto, se considera conveniente exponer de manera somera aquéllas con el objeto de procurar una unificación terminológica.

En la doctrina, Bidart Campos, antes de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y, refiriéndose al anteproyecto de 1968, lo denominaba como amparo de pronto despacho⁵ y así también lo identificó Linares⁶. De una manera más simple Barra⁷, Hutchinson⁸, Gordillo⁹, González de Reca¹⁰, Docobo¹¹, Sagüés¹², Creo Bay¹³, Balbín¹⁴ y Mairal¹⁵ lo llaman amparo por mora. Dromi lo nomina como amparo por mora administrativa¹⁶. Y, con mayores aditamentos, Pearson alu-

⁵ Germán BIDART CAMPOS, "El amparo de pronto despacho", *ED*, t. 24, pág. 204.

⁶ Juan Francisco LINARES, *Sistema de los recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974, pág. 36.

⁷ Rodolfo C. BARRA, "El amparo por mora de la Administración", *ED*, t. 59, pág. 797.

⁸ Tomás HUTCHINSON, "La morosidad administrativa", *RAP*, 1980, N° 2, pág. 7; Tomás HUTCHINSON, "La inactividad de la Administración...", *ob. cit.*, págs. 189 a 201.

⁹ Agustín GORDILLO, *Tratado...* *ob. cit.*, t. 4, págs. XIII-1 a XIII-31.

¹⁰ Florencia GONZÁLEZ DE RECA, "Amparo por mora", en *VV.AA. Acto y Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pág. 190.

¹¹ José DOCOBO, "Las sociedades del Estado y el amparo por mora de la Administración", *LL*, t. 1982-C, pág. 331.

¹² Néstor P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal...* *ob. cit.*, pág. 556.

¹³ Horacio D. CREO BAY, "La reforma introducida al amparo por mora de la Administración", *LL*, t. 1978-D, pág. 1202, y del mismo autor "La menor cuantía del amparo por mora de la Administración", *LL*, t. 1981-A, pág. 180.

¹⁴ Carlos F. BALBÍN, *Curso de derecho...* *ob. cit.*, t. 2, págs. 821 a 825.

¹⁵ Héctor A. MAIRAL, *Control...*, t. 1, págs. 265 a 268.

¹⁶ Roberto DROMI, "Amparo por mora administrativa", en *VV.AA., Prerrogativas y garantías administrativas*, publicación de la Universidad del Norte

de al amparo por mora de la Administración Pública Nacional¹⁷.

En la legislación, el léxico más utilizado es el de “amparo por mora”, seguido por el art. 28 de la LNPA, art. 41 de la Constitución de San Juan, art. 52 de la Constitución de Córdoba, art. 2º de la ley 4795 que reglamenta el art. 40 de la Constitución de Catamarca, arts. 161 y 162 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Tierra del Fuego (ley Nº 141). Como “amparo por mora de la Administración”, art. 70 CPCCT, art. 1º ley 8505 de la Provincia de Córdoba (ley Nº 8508), los arts. 110 y 111 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Formosa (ley Nº 971), arts. 95 y 96 de la ley 951 de La Pampa, art. 28 de la ley Nº 1260 de Santa Cruz. Como “acción de retardación” lo designa el art. 6º de la Ley de Procedimientos Administrativos de Salta (ley Nº 793).

Pero, más allá de los rótulos dados, se percibe una coincidencia de entender que se trata de una acción judicial a obtener una declaración o expresión de la voluntad de la Administración, siendo su vocación teleológica erigirse como un instrumento de amparo o tutela del particular frente a la inactividad administrativa.

Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1979, segunda parte, pág. 281, y del mismo autor *Derecho...* ob. cit., t. 2, pág. 432.

¹⁷ Marcelo PEARSON, “El amparo por mora de la Administración Pública Nacional”, *LL*, t. 1975-B, pág. 423, y del mismo autor “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la Administración Pública Nacional?”, *LL*, t. 1979-A, pág. 963.

3. Comprensión del amparo por mora como técnica reclamativa en sede judicial contra la inactividad administrativa formal

Se comprende al amparo por mora como un proceso concebido con el propósito de poner fin a una omisión antijurídica llamada inactividad formal de la Administración Pública, que consiste en la falta de ejercicio de la competencia decisoria del órgano competente frente a la petición formulada por un particular en un expediente administrativo¹⁸ durante un tiempo que excede los plazos constitucionales, legales, reglamentarios o las razonables pautas de tramitación.

La operatividad de esta acción jurisdiccional como técnica contra la inactividad posibilita que quien es parte en un procedimiento administrativo acuda al proceso judicial para que se emplace a la Administración con el fin de que se expida en forma expresa respecto de su solicitud¹⁹. Se trata de una institución práctica destinada a contribuir a la moralización de la Administración Pública ya que otorga una defensa al administrado frente a mecanismos burocráticos que

¹⁸ Incluso, Agustín GORDILLO, "Informalismo y amparo por mora", *LL*, t. 1997-A, pág. 81, proclama que el amparo por mora será procedente, no obstante la petición presentada por el particular en sede administrativa adoleciera de defectos formales

¹⁹ CNContAdmFed., Sala IV, 24/2/92, "Mesa, Oscar R. vs. Estado Nacional -Ministerio de Cultura y Educación"; CNCivil, Sala C, 27/4/00, "Casanfe S.A. vs. GCBA", conceptualizó al amparo por mora como la orden judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas, puntualizando que, por medio de él, se posibilita que aquél que sea parte en el procedimiento administrativo acuda a la vía judicial a efectos de que se emplace a la Administración a que cumpla con su cometido. La CNCiv., Sala C, 8/5/97, "Rossi, G. vs. Municipalidad de Buenos Aires", estableció que el amparo por mora es una orden judicial del pronto despacho de las actuaciones administrativas que posibilita, a quien es parte en el procedimiento administrativo, acudir a la vía judicial para que se emplace a la administración a decidir las cuestiones sometidas a su resolución, en el plazo fijado por el juez.

no dan respuesta alguna a sus reclamos²⁰ y se presenta como la “contracara” de una Administración Pública ineficiente²¹.

El bien jurídico protegido por esta técnica es el derecho a ser administrado bajo el respeto del principio de juridicidad. Se tutela el perjuicio generado por la mora que lesiona los derechos al debido proceso adjetivo, el derecho a petionar a las autoridades, como así también significa desconocer la garantía republicana de la motivación de los actos de gobierno²². Lo que se refleja en el axioma que en el derecho de petición se encuentra la obligación de responder²³.

²⁰ CNCiv., Sala F, 8/3/99, “Penthouse S.A. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considera que el amparo por mora se aplica a cualquier petición formulada en sede administrativa cuya resolución sufra dilación excesiva, sin que a ello obste la naturaleza del pedido. Esto es así desde que, a través de esta vía, no se está requiriendo a la Administración un pronunciamiento favorable al interesado, sino que tiende únicamente a proteger el derecho del administrado de obtener una resolución concreta y fundada emitida por la administración, con la prescindencia del resultado de dicho pronunciamiento.

²¹ Miriam Mabel IVANEGA, “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora”, en VV.AA. *Derecho Procesal Administrativo* en homenaje a Jesús González Pérez (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma editor, 2004, t. 2, pág. 1692.

²² Si bien es real el comentario efectuado por Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., pág. XIII-6, que en ocasiones el particular medita temerosamente sobre la promoción del amparo por mora ante la posibilidad de obtener una resolución negativa como reacción de la Administración, se prefiere sortear tal sospecha asumiendo un rol activo hacia la efectividad de los derechos al emplear las herramientas dispuestas por el ordenamiento jurídico.

²³ Ello es enfáticamente reafirmado por los tribunales, CNContAdmFed., Sala V, 17/10/95, “Bongianino, Marcela Andrea vs. Universidad de Buenos Aires -Facultad de Derecho y Ciencias Sociales s/ amparo por mora”, consid. 3º y CNContAdmFed., Sala III, 3/5/07, “Bernabé Gomez vs. Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo por mora”: “La Administración tiene el deber jurídico de pronunciarse expresamente frente a las peticiones particulares (...) 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. No decidir fuera de plazo constituye conductas irregulares de la administración que perjudican al particular y atentan contra el accionar eficaz de aquélla”.

La acción de amparo por mora es provechosa²⁴. Se trata de una pretensión determinativa²⁵ que tiene por objeto específico la obtención de una orden judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas²⁶. Opera sobre el ámbito estrictamente formal y la intervención jurisdiccional se limita a exigir a la Administración “despache” las actuaciones. No se inmiscuye en cómo la Administración deba pronunciarse sino tan sólo que debe expedirse²⁷.

En consecuencia, dado el ámbito de actuación específico del amparo por mora, no existe alguna exclusión o incompatibilidad con alguna de las técnicas desarrolladas en los caps. IV, V, VI, VII de la primera parte. Se destaca que su promoción no significa convalidar, purgar ni excusar el deber de actuación procedimental o declarativa que tiene la Administración, sino que insta su cumplimiento.

4. ¿Hay relación de género y especie entre el amparo y el amparo por mora?

Ahora bien, delimitada a la inactividad administrativa formal, dentro del ámbito de comprensión del amparo por mora, corresponde indagar qué relación existe con la acción de amparo.

Por un lado, en un mismo universo normativo, se encuentran la consagración de la acción de amparo en el art. 43 CN y

²⁴ David Andrés HALPERÍN, “La acción de amparo por mora”, en VV.AA *Derecho Procesal Administrativo* en homenaje a Jesús González Pérez (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2004, t. 2, pág. 1666.

²⁵ Conf. Fernando Raúl GARCÍA PULLÉS, *Tratado...* ob. cit., t. 2, pág. 785.

²⁶ Conf. Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit., pág. 16.

²⁷ CNContAdmFed., Sala IV, 24/9/92, “Meza, Oscar R. vs. Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación”.

en los arts. 37 y 38 CT y su regulación legal en la ley N° 16.896 y N° 6944, nacional y provincial, respectivamente. Por el otro, se hallan las disposiciones contenidas en el art. 28 LNPA y en el art. 70 de la ley N° 6944 que regulan el amparo por mora.

Se concibe al amparo como un género de tutela²⁸. Entre el primero y el segundo existe una relación de género y especie²⁹, que se desprende desde lo terminológico hasta la aplicación supletoria al procedimiento del amparo por mora de las previsiones legales establecidas en el amparo.

Para Aberastury, el amparo por mora se encuentra vinculado al amparo³⁰. Salgado y Verdaguer³¹ consideran que es claro reconocer que ambos institutos tienen distintos objetos, ya que mientras en el amparo se cuestiona cualquier acto, actividad u omisión al que se le atribuya ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, en el amparo por mora no se ataca un acto o actividad, sino que se solicita su dictado en respuesta a una petición formulada en sede administrativa.

Por el contrario, Balbín³² considera que el amparo por mora tiene un régimen jurídico especial y como no existe ho-

²⁸ Conf. Humberto QUIROGA LAVIÉ, *La Constitución...* ob. cit., pág. 234.

²⁹ Asumiendo una posición a favor, Roberto Andrés GALLARDO, "Amparo y amparo por mora ¿Existe la incongruencia en la relación género-especie?", *LL*, t. 1997-C, pág. 801. Enfoque que también asume la jurisprudencia de CNContAdmFed., Sala V, 20/2/07, "Puentes Luis Alberto vs. Estado Nacional s/ Amparo por mora", "Al no tener la ley de procedimientos administrativos disposiciones específicas, corresponde, en cuanto a los plazos y formas de conceder los recursos, la aplicación de las normas de acción del amparo, ello en sus arts. 14 y 15, pues el amparo por mora no deja de ser un caso especial de amparo, atento la similar naturaleza de ambas acciones sumarísimas"; del mismo tribunal, 13/9/04, "Vergara Llana, Haydee A. vs. Estado Nacional s/ Amparo por mora"; CNContAdmFed., Sala I, 25/9/03, "Fortunato Claudio E. vs. Estado Nacional s/ amparo por mora"; CNContAdmFed., Sala II, 30/9/03, "Zapana, Carlos Leoncio vs. Estado Nacional s/ amparo por mora".

³⁰ Conf. Pedro ABERASTURY (h), *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 287.

³¹ Alí Joaquín SALGADO y Alejandro César VERDAGUER, *Juicio de amparo...* ob. cit., pág. 288.

³² Conf. Carlos F. BALBÍN, *Curso de derecho...* ob. cit., t. 2, pág. 824.

mogeneidad con el amparo, no corresponde la aplicación de la ley N° 16.986 ni sus reglas.

Ahora bien, tomando partido por considerar esta relación de género y especie, cabe la pregunta de hasta qué punto podría considerarse la mutación de la pretensión procesal. Por ejemplo, si es procedente acoger como orden de pronto despacho una demanda de amparo que sólo en esos límites podría progresar.

La respuesta propuesta apunta a considerar que nada obsta a la transformación de la acción, acudiendo al principio *iura novit curia*³³.

5. Régimen jurídico del amparo por mora en la Nación

5.a. Formulación normativa

A nivel nacional, el Anteproyecto del Código de lo Contencioso Administrativo de la Nación de 1968, redactado por Marienhoff, Bidart Campos, Bosh, Linares y Cozzi, incorporó el amparo por mora en el Título V, arts. 164 a 167.

En 1972 obtuvo su lugar en la LNPA en el art. 28: *“El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados- y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable- sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, si la justicia lo estimare procedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que,*

³³ En este sentido se pronuncia la CNContAdmFed., Sala III, 12/9/95, “Maldonado Cartagena Esteban”; también la CNContAdmFed., Sala I, 6/7/06, “Mendiaz Maria Nubia vs. Estado Nacional”.

en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. 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”.

La doctrina recibió entusiasta la consagración legal del amparo por mora como una institución conveniente y plausible³⁴, que contribuiría al mejoramiento de la Administración Pública³⁵. Se dijo que su avenimiento no podía haber sido más feliz³⁶ y que provocaría el estremecimiento de los burócratas³⁷. Asimismo, se lo erigió como el brazo eficiente que haría valer el derecho del particular a la resolución de la petición planteada³⁸.

En 1977, la redacción originaria fue reformada por la ley Nº 21.686³⁹ que modificó el art. 28 previendo la apelación de las resoluciones en el trámite del amparo por mora.

De tal forma el texto vigente del art. 28 LNPA, con el mencionado agregado, quedó redactado de la siguiente manera: *“El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el*

³⁴ Juan Carlos CASSAGNE, “La Ley nacional...”, ob. cit., pág. 835.

³⁵ Rodolfo BARRA, “El amparo...”, ob. cit., pág. 797.

³⁶ Marcelo M. PEARSON, “El amparo por mora...”, ob. cit., pág. 423.

³⁷ José DOCOBO, “La ley nacional de procedimientos administrativos”, JA, Sección Doctrina, Nº 4027, pág. 705.

³⁸ Conf. Marcelo M. PEARSON, “La acción judicial contra la Administración Pública, en el orden nacional, por su mora en el procedimiento administrativo”, LL, t. 1982-D, pág. 913.

³⁹ Publicada en BON: 25/11/77.

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”.

En algún momento, cuando se ideaba la reforma constitucional en 1994, hasta se pensó en incluirlo en la Constitución Nacional, junto con las garantías constitucionales plasmadas en el art. 43 CN ⁴⁰.

Este instituto fue considerado en el proyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo en el Título XVII, arts. 74 y 75 ⁴¹. Una comisión honoraria, integrada por Marienhoff, Barra, Cassagne, Gauna, Comadira, Grecco y Cantero, elevó el 21 de diciembre de 1998 al Congreso de la Nación el “Anteproyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Nación”, en el que se regulaba el amparo por mora pero con pocas innovaciones en el Título VIII, arts. 54 a 59. Se destacaba, como una de ellas, la facultad del juez en caso de desobediencia, a pedido del particular, para aplicar sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que la autoridad administrativa competente cumpliera sus mandatos, cuyo importe estaría a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento, las que serían a la persona del funcio-

⁴⁰ Véase Carlos S. MENEM y Roberto DROMI, *Reforma del Estado y transformación nacional*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990, pág. 188.

⁴¹ El mismo fue objeto de análisis por Horacio D. CREO BAY, “Acción de amparo por mora en el Proyecto de Código Procesal Administrativo”, *LL*, t. 1994-D, pág. 845, quien consideró que “la regulación proyectada sigue la letra y el espíritu” del art. 28 LNPA.

nario que debió haber emitido el acto o dictamen objeto de la acción. Y, en relación con lo analizado en el apartado anterior de este capítulo, el anteproyecto previó la aplicación subsidiaria de las normas del amparo al amparo por mora (art. 59).

5.b. *Legitimación activa*

El art. 28 LNPA determina que puede promover una acción de amparo por mora “... *el que fuere parte en un expediente administrativo*”. A su vez, parte en éste, según el art. 3º RNPA es quien “... *invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo*”. De ahí que se perciba, a primera vista, una legitimación amplia⁴² de esta técnica, la que se habilita para quien detenta un derecho subjetivo, un interés legítimo⁴³, no así al interés simple⁴⁴. Inclusive, los terceros que tuvieren alguna participación en las actuaciones, cointeresados y contrainterésados⁴⁵. A ello se debe la proclama de que el amparo por mora es uno de los escasos supuestos en los que se tutelan en sede judicial los intereses legítimos⁴⁶.

Percepción que se confirma y acrecienta al verificar la protección mayor que el ordenamiento jurídico confiere al

⁴² También consagra una legitimación activa amplia de esta acción: el art. 3º, ley 4795 de la Provincia de Catamarca; el art. 1º, ley 8508 de la Provincia de Córdoba; el art. 216, ley 4106 de la Provincia de Corrientes; el art. 110, ley 971 de la Provincia de Formosa; el art. 95, ley 951 de la Provincia de La Pampa; el art. 28, ley 1260 de la Provincia de Santa Cruz; el art. 161, ley 141 de la Provincia de Tierra del Fuego.

⁴³ Véase Agustín GORDILLO, “El interés legítimo en el amparo por mora”, *LL*, t. 1996-A, pág. 637.

⁴⁴ Conf. CNContAdmFed., Sala V, 19/06/01, “Empresa Gral. Urquiza SRL vs. Comisión Nacional de Regulación del Transporte s/amparo por mora”, consid. 5º.

⁴⁵ Conf. Héctor A. MAIRAL, *Control...*, t. 1, págs. 266.

⁴⁶ Horacio D. CREO BAY, “Otra vez sobre la legitimación activa en el amparo por mora de la administración”, *RAP*, Año 18, Nº211, pág. 178.

derecho de recibir una respuesta. Como contrapartida, el titular del derecho de petición tiene el derecho a que la Administración le brinde el informe, emita el dictamen o resuelva cuestiones de mero trámite o de fondo en los plazos legales ⁴⁷.

Igualmente puede promoverlo quien es parte en una denuncia de ilegitimidad para lograr la decisión administrativa omitida por la Administración ⁴⁸.

En cambio, si bien pueden ser parte interesada en el procedimiento administrativo, no pueden accionar por vía de amparo por mora los entes estatales dotados de personalidad jurídica, en virtud del principio de unidad de la acción estatal, del cual emana la virtual eliminación de toda controversia entre sujetos estatales ⁴⁹. De acuerdo con este principio, la solución de los conflictos inter administrativos entre entidades estatales que actúan en una misma esfera de competencia constitucional, corresponde a los órganos superiores del órgano de que se trate ⁵⁰.

Además no habría impedimento legal o constitucional para otorgar legitimación al Defensor del Pueblo o a las asociaciones debidamente registradas que propendan a la defensa de derechos de incidencia colectiva. Respecto del primero, se recuerda que goza de competencia para verificar si la función administrativa es ejercida correctamente y, en consecuencia, al observar irregularidades o arbitrariedad se encuentra legitimado para iniciar acciones judiciales, entre las que se halla el amparo por mora.

⁴⁷ Conf. Liliana Graciela FLEKSERS, "Amparo por mora", *LL*, t. 1993-C, pág. 54.

⁴⁸ Julio Rodolfo COMADIRA, *Procedimiento Administrativo...* ob. cit., págs. 80 y 81, y del mismo autor *Ley Nacional de Procedimientos...* ob. cit., págs. 494 y 495.

⁴⁹ En el mismo sentido Rodolfo C. BARRA, "El amparo por mora...", pág. 797; Adolfo Armando RIVAS, *El amparo...* ob. cit., pág. 386.

⁵⁰ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...* ob. cit., t. 2, págs. 75 y 76; y del mismo autor "Relaciones inter orgánicas e inter administrativas", *RADA*, N° 6, pág. 53.

Respecto de las asociaciones, si bien la Constitución Nacional les otorga legitimación procesal, a los efectos del reclamo judicial por inactividad, deberán también justificar que son parte del expediente administrativo que denuncian por mora y que el mismo tiende a la defensa de los derechos colectivos cuya entidad tiene por objeto proteger o custodiar.

5.c. Presupuestos

A partir de la formulación normativa del amparo por mora se verifican los presupuestos objetivos, temporales y formales que deben encontrarse reunidos para que la articulación judicial de esta técnica contra la inactividad administrativa sea procedente.

5.c.1. Objetivos

Los presupuestos objetivos están dados por la caracterización de la conducta lesiva que habilita el planteo del amparo por mora. En otras palabras, cuál es el objeto sobre el que versa la protección tutelar del instituto, el que, según Hitters⁵¹, constituye una acción adecuada a efectos de combatir la discrecionalidad administrativa en cuanto los obligatorios plazos para resolver que, a veces, se transforman en infinitos por diversas cuestiones.

De tal forma, la conducta lesiva que permite formular el reclamo judicial por inactividad es la no emisión del "... *dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo*". Es decir, comprende la inactividad declarativa (desarrollada en el Capítulo III, apartado 3.b.) y la inactividad preparatoria o dictaminial (analizada en el Capítulo III, apartado 3.e.). Ambas son expresiones de la inactividad formal o procedimental de la Administración (Cap. III, apartado 4.a. y 4.b.).

⁵¹ Juan M. HITTERS, "El amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires", *JA*, t. 2004-I, pág. 863.

Siguiendo a Hutchinson ⁵², corresponde especificar que esta técnica procede contra las omisiones previstas en el art. 28 LNPA (los actos definitivos que resuelven el fondo de la cuestión, los interlocutorios, los de mero trámite y los simples actos, dictámenes e informes) que dan a lugar a una situación objetiva de mora ⁵³, que no es otra que es el incumplimiento concreto a la obligación de expedirse o decidir, sin que corresponda o influya la mención sobre el perjuicio ocasionado por la inactividad.

Sin embargo, ante la aparente claridad de la norma, la doctrina analiza si el amparo por mora procede contra la inactividad reglamentaria (Cap. III, apartado 3.c.), la inactividad convencional (Cap. III, apartado 3.d.) o para urgir un pago.

En cuanto a los reglamentos, Creo Bay ⁵⁴ no considera que el amparo por mora sea la vía más adecuada para lograr que el Poder Ejecutivo dicte un reglamento de ejecución o de integración, salvo que existiera una petición particular exigiendo su emisión y que transcurridos los plazos, ya configurada la inactividad formal, se exigiera judicialmente el pedido de pronto despacho. Su glosador ⁵⁵ adopta una posición distinta sobre la base del viejo adagio *ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere*.

Gordillo ⁵⁶ admite la posibilidad del amparo por mora cuando la Administración no cumple con la obligación legal

⁵² Véase Tomás HUTCHINSON, "La inactividad de la Administración...", ob. cit., pág. 196.

⁵³ Sobre el particular, CNContAdmFed., Sala I, 14/6/05, "102.7 SA vs. Comité Federal de Radiodifusión s/ Amparo por mora" indicó que: "La mora combatida por el amparo previsto en el art. 28 de la ley 19.549 es una simple mora objetiva que se concreta con tardanza en emitir el dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado".

⁵⁴ Véase, Horacio D. CREO BAY, *Amparo...* ob. cit., pág. 69.

⁵⁵ Véase Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit. págs. 107 a 109.

⁵⁶ Véase Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., pág. XIII-18, donde postula la solución para sortear el carácter de "... parte en un expediente" a

en término de dictar un reglamento. Por el contrario, se postula que la técnica idónea frente a la inactividad reglamentaria de la autoridad pública es el amparo.

Suele ser común, a lo largo de la ejecución de un contrato administrativo, que la Administración tenga una gran cantidad de oportunidades de caer en incumplimiento de plazos para emitir actos administrativos ⁵⁷, así como órdenes, modificaciones, rectificaciones. Asimismo, puede ocurrir, por ejemplo, la mora en la resolución de un reclamo efectuado en el curso de ejecución de un contrato de suministro, la omisión en la certificación en un contrato de obra pública, la negativa en resolver un recurso o un reclamo en el marco de un contrato de empleo público ⁵⁸, entre otros supuestos.

Sobre este punto, la jurisprudencia se orienta en considerar que no es óbice para la procedencia de la vía del amparo por mora que la cuestión de fondo aparezca referida a una relación contractual, ya que la actora -en este caso- no procura el cumplimiento de un contrato, sino la pronta decisión de un reclamo en los límites del art. 28 de la ley 19.549 ⁵⁹.

Por último, con referencia a si la exigencia de una deuda dineraria contra la Administración es materia de amparo por mora, cabe asumir una posición negativa ⁶⁰; en este caso es

través de la presentación del particular en sede administrativa requiriendo su emisión.

⁵⁷ *Fallos* 291:453 (1975); 307:562 (1985).

⁵⁸ CNContAdmFed., Sala III, 18/3/86, "Sanchiz de Muñoz, Marta Susana y otros vs. Dirección Nacional de Recaudación Previsional s/ daños y perjuicios".

⁵⁹ CNContAdmFed., Sala III, 28/4/88, "Astilleros Corrientes SA vs. Estado Nacional s/amparo por mora".

⁶⁰ Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *Amparo...* ob. cit., pág. 107, también se enrolan en considerar como una conducta contra la que no procede el amparo por mora a la solicitud de pago. En el mismo sentido, CNContAdmFed., Sala II, 4/10/07, "Pupilent S.A.-Laboratorio Pforner Cornealent SACI UTE) vs. Estado Nacional y otros s/ amparo por mora"

procedente la acción judicial de cobro de pesos para la tutela de un derecho de contenido patrimonial.

5.c.2. Temporales

Los presupuestos temporales del amparo por mora comprenden dos facetas diferenciadas pero vinculadas con el factor tiempo. Por un lado, determina la oportunidad para promover judicialmente el amparo por mora; por otro, permite calificar como morosa a la Administración.

En relación a la primera faceta, la cuestión se refiere a si existen o no plazos de caducidad que deben respetarse para promover el amparo por mora ya que sólo se requiere que el trámite no se encuentre concluido por alguna de las causales previstas para la culminación del trámite administrativo.

La jurisprudencia ⁶¹ considera que no es posible en el amparo por mora la aplicación de algún plazo de caducidad, dado que tal requisito de admisibilidad, de naturaleza temporal, es incompatible con este tipo de procesos, cuyo presupuesto tipificante es la demora de la Administración y el vencimiento de los plazos para emitir dictamen o resolver una petición concreta. Además, el art. 28 LNPA no efectúa ninguna determinación sobre la aplicación de este tipo de plazos.

Ello permite concluir que, tratándose de una conducta omisiva de la Administración, mientras ésta no se hubiese pronunciado, cualquiera sea el lapso que hubiera transcurrido, será viable la deducción de este remedio ⁶².

Con referencia a la segunda faceta, el art. 28 LNPA indica que procede esta acción cuando la autoridad administrati-

⁶¹ Véase CNCiv y ComFed, Sala I, 13/3/01, "Centro Terapéutico El Arbol Familiar vs. Servicio Nac. de Rehab. Prom. de la Persona Discapacitada y otro". También, CNCivil, Sala G, 7/2/94, "Koziner, Benjamín vs. Municipalidad de Buenos Aires".

⁶² Conf. Alí Joaquín SALGADO y Alejandro César VERDAGUER, *Juicio de amparo...* ob. cit., pág. 292.

va “... *hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable...*”. Es decir, la norma fija un parámetro temporal establecido en disposiciones legales o reglamentarias para entender que existe mora en la emisión o en la declaración y otro determinable a través de la razonabilidad que puede existir entre la complejidad de lo peticionado por el particular con los tiempos de tramitación. Así, la fijación concreta del plazo razonable debe realizarse caso por caso ⁶³.

Para precisar la razonabilidad, Linares ⁶⁴ vincula este concepto con la justicia racional o justicia de la igualdad lo que implica una congruencia, proporción o adecuada relación de medio a fin. Sin duda exige que la actividad estatal se cumpla dentro de un cierto orden, de una cierta justicia.

En la práctica de la gestión administrativa se considera que los tiempos administrativos devienen irrazonables cuando exceden los márgenes de proporción y coherencia esperados para que la Administración pueda analizar y resolver la cuestión planteada.

En la jurisprudencia nacional existen antecedentes que intentan precisar la razonabilidad en los plazos. Así se dice que, para enjuiciar la demora de la Administración en expedirse, debe descontarse el tiempo corrido hasta el pedido de pronto despacho y a los treinta (30) días hábiles posteriores prefijados por el art. 10 LNPA ⁶⁵. También se indica que si el art. 10 LNPA dispone que, en el caso de que normas especiales no previeran un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá

⁶³ Conf. Iván F. BUDASSI, “Amparo...”, ob. cit., pág. 447.

⁶⁴ Juan Francisco LINARES, *El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1944, pág. 134.

⁶⁵ CNContAdmFed, Sala III, 18/3/86, “Sanchiz de Muñoz, Marta Susana y otros vs. Dirección Nacional de Recaudación Previsional s/Daños y perjuicios”.

pronto despacho y, si transcurrieren otros treinta (30) días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración otorgándole a éste el alcance de una resolución negativa ⁶⁶.

5.c.3. Formales

Los presupuestos formales del amparo por mora apuntan a explicitar de qué manera se debe intentar la acción procesal.

Se advierte como importante la indicación en la demanda de forma clara y precisa, de cuál es el órgano administrativo moroso en el cumplimiento de la obligación de expedirse, en virtud de que será éste quien deberá evacuar el informe que le solicitará el juez respecto de las causales de inactividad.

No hay diferencia en cuanto a la autoridad administrativa para que la pretensión sea procedente. Así, cualquier autoridad de la Administración centralizada ⁶⁷, descentralizada, autárquica, empresas públicas ⁶⁸, autoridades administra-

⁶⁶ *Fallos* 304: 651 (1982), consid. 11.

⁶⁷ Hace varios años, Florencia GONZÁLEZ DE RECA, "Amparo...", ob. cit., págs. 193 y 194, efectuando una interpretación conjunta de los arts. 28 y 29 LNPA sostuvo que no era posible interponer un amparo por mora contra el Presidente de la Nación. Opinión no compartida ya que no se infiere tal restricción del art. 28 LNPA sino que la misma corresponde sólo para el art. 29 LNPA por su condición de jefe superior de la Administración Pública Nacional. En este sentido, véase Agustín GORDILLO, "Amparo por mora contra el Poder Ejecutivo Nacional", *LL*, t. 1998-E, pág. 539; del mismo autor, *Procedimiento...* ob. cit., pág. 292 y Iván F. BUDASSI, "Amparo...", ob. cit., pág. 435

⁶⁸ Respecto del caso de las sociedades del Estado, se observa que la regulación de estas sociedades por la Ley 20.705 las excluyó, en su art. 6º, de la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Posteriormente, la Ley 21.686, al modificar el art. 32 de la ley 19.549, introdujo en su inc. f, la mención de estas sociedades o entes públicos no estatales, autoridades administrativas independientes, los que pueden ser sujetos pasibles de la acción intentada. Así, la CNFed.Cont.Adm., Sala III, 10/11/81, "Amill, Andrés vs. YPF" estableció que "la ley 21.686, al modificar el art. 32 de la Ley 19.549 e incluir a las sociedades del Estado en su inc. f, dejó sin efecto la exclusión contenida en el art. 6º de la ley 20.705, en torno a la inaplicabilidad de la ley 19.549. Ello no sólo por tratarse de un mandato posterior de igual

tivas independientes e, incluso, las personas públicas no estatales, en cuanto ejercen función administrativa ⁶⁹, pueden ser demandados por inactividad formal.

Se estima que no hay razones para apartarse de los principios generales de la personalidad y de los postulados de la teoría del órgano para aplicar la imputación de las actuaciones de la persona física (órgano-persona) a la persona ideal (órgano-institución). Lo contrario significaría asignar a la acción de amparo por mora o acción judicial por inactividad un status de privilegio que no detenta. O se reformula todo el sistema de imputación o se aplica coherentemente el existente. Se prefiere lo segundo.

Entonces, reiterando lo antes manifestado, la demanda debe dirigirse contra la persona jurídica bajo cuya órbita actúe el órgano inactivo, el cual debe ser perfectamente individualizado, sin necesidad de especificar con nombre y apellido al funcionario público remiso. En definitiva, será éste quien deberá dar cuenta al juez y a sus superiores, de la falta de actividad y soportará las responsabilidades pa-

jerarquía legislativa, sino porque, aun refiriéndose a las actividades industriales y comerciales para las que fueron creados esos organismos por el derecho privado en su contenido específico, nada obsta a que el aspecto procesal sea reglado por la ley 19.549 fijando la cuestión en la órbita del Derecho Público, so pena de librar las relaciones de Estado-particular a un derecho concebido para regir las de los individuos entre sí". En la doctrina, Jorge DOCOBO, "Las sociedades de Estado...", ob. cit., pág. 332, afirma que "... estas sociedades son estatales, dado que su patrimonio es aportado íntegramente por el Estado; sus directores son funcionarios públicos, al ser representantes de los intereses públicos y, por último, por mantener el privilegio de la no falencia". En consecuencia, la exclusión que hace el art. 6º mencionado, no enerva la interposición de un amparo del art. 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, ante la mora de esta societaria estatal. GORDILLO, Agustín, *Tratado...* ob. cit., pág. XIII-14, también considera que no cabe la exclusión.

⁶⁹ CNContAdmFed., Sala III, 14/4/00, "L., R.E. vs. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", declaró procedente el amparo por mora contra el organismo colegiado demandado por la inactividad incurrida en expedirse respecto a la habilitación de la matrícula profesional

trimoniales, administrativas o penales que pudieren corresponder ⁷⁰.

Puede ocurrir que, en ocasiones, la dilación en que incurra la Administración Pública se deba a que el expediente fue remitido a otra dependencia ⁷¹. Previendo tal situación, se resuelve que si las actuaciones fueren enviadas a otra repartición (por ejemplo, a la Procuración del Tesoro de la Nación), no se puede reprochar a la demandada la demora en que incurra este organismo -aunque también integre la Administración Central del Estado- dado que sobre él aquélla no tiene imperio. Por tal motivo corresponde determinar el plazo otorgado por el juez para dictar el acto pertinente el que debe computarse a partir de la recepción de las actuaciones remitidas al organismo asesor ⁷².

No sería aplicable ese criterio, sin embargo, si la autoridad administrativa efectuara un pase indebidamente del expediente a otra oficina o jurisdicción, como también en casos en los que la remisión pudiere ser valorada como manifiestamente dilatoria.

En definitiva, con las actuaciones administrativas a la vista y las explicaciones vertidas en el informe, el juez merituará con mayor acierto la cuestión traída a su conocimiento.

⁷⁰ Pero no deja de causar curiosidad lo decidido por la CNContAdmFed., Sala V, 14/4/97, "Fernández Vidal, Hipólito vs. Estado Mayor General del Ejército s/ amparo por mora", que no sin justificativo empírico resolvió que debió notificarse la demanda al órgano concretamente responsable de la misma, en el caso, no al Estado Mayor General del Ejército sino al Ministerio de Defensa. Para Agustín GORDILLO, "El órgano institución y no la persona estado como parte demandada en el amparo por mora", *LL*, t. 1997-F, pág. 288; del mismo autor, "El Estado y sus órganos como demandados en los juicios en general y en el amparo por mora", *LL*, t. 1998-D, pág. 207, tal decisión tiene un claro interés teórico, pues implicaría que, en el amparo por mora, el demandado no es la persona jurídica del Estado sino el órgano institución que concretamente deba comunicarse.

⁷¹ Julio Rodolfo COMADIRA, *Ley Nacional de procedimientos...* ob. cit., pág. 495.

⁷² CNContAdmFed., Sala IV, 18/12/92, "Ojeda, Elio vs. Fuerza Aérea Argentina s/ amparo por mora".

5.d. Mecánica

La mecánica de la técnica se refiere a la operatividad procedimental de la misma en el ámbito judicial. El art. 28 LNPA establece que: “*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*”. Además de esta disposición específica, resultan de aplicación supletoria al trámite la Ley de Amparo N° 16.896⁷³ y, análoga, las previsiones procesales contenidas en el CPCCN.

Existen dos cuestiones que conviene desentrañar previamente al tratar las etapas del proceso de amparo por mora. Ellas giran en torno a los siguientes interrogantes: ¿es necesario la previa interpelación en mora? y ¿se trata de un proceso unilateral o bilateral?

Sobre la primera cuestión o interrogante, encaminada a determinar si, antes de interponer la acción judicial por inactividad, es requisito ineludible la previa intimación de mora a la Administración a través de la interposición de un formal pedido de pronto despacho o bien, puede el particular legitimado promover directamente la demanda.

Para arribar a una respuesta se considera que habrá que estar de acuerdo con lo que indique la norma que regula la materia para verificar si es o no una actividad preliminar que hace a la admisibilidad⁷⁴. El art. 28 LNPA no establece ninguna⁷⁵. Por lo tanto, cabe asumir la operatividad directa del

⁷³ Conf. Héctor A. MAIRAL, *Control...*, t. 1, págs. 268.

⁷⁴ Si bien cabe considerar que la Administración tiene la obligación de expedirse ante toda petición de los administrados, es dable requerir un mínimo de diligencia por parte de éstos, utilizando los recursos que las normas legales vigentes ponen a su disposición. La CSJN *in re* “Odol” estableció para la configuración de la mora administrativa la pertinente interpelación del particular damnificado.

⁷⁵ CNCiv, Sala C, 25/10/94, “Árbol, Alicia vs. Municipalidad de Buenos Aires”, considera erróneo sostener la necesidad de solicitar pronto despacho

amparo por mora, sin perjuicio de que el particular haya interpuesto cualquier reclamo en sede administrativa, sea pronto despacho o queja al superior por inactividad. Lo cual, como se expresó anteriormente, no es incompatible ni excluyente con la articulación de la técnica ahora desarrollada ⁷⁶. En definitiva, como lo resumen Raspi ⁷⁷, en ambas situaciones se solicita que se resuelva en la mayor brevedad.

El magistrado podría desestimar *in limine* la acción, por ejemplo, si es evidente que todavía no venció el plazo para que la Administración se expidiera, o que el peticionario no fuera parte del procedimiento administrativo en el cual se debe dictar el acto requerido ⁷⁸.

Con referencia a la segunda cuestión, esto es, si el proceso de amparo por mora es unilateral o bilateral, es necesario examinar la estructura y elementos que integran el mismo.

En el ordenamiento procesal hay bilateralidad cuando existen dos partes con intereses contrapuestos. En tal sentido es canon básico que ambos litigantes sean oídos, o bajo la expresión romana *audiatur et altera pars* y en el proverbio en rima de la Alemania medieval *Eines mannes red inst keine red, der richter soll die deel verhoren beed* (“la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes”).

Ahora bien, estos conceptos extraídos del Derecho procesal general deben ser confrontados con la modalidad propia

en sede administrativa previo a la acción de amparo por mora de administración. Criterio reiterado por CNContAdmFed., Sala I, 15/3/07, “Valenzuela Seguí, José Eduardo María vs. Estado Nacional s/ Amparo por mora”.

⁷⁶ En este sentido, CNContAdmFed., Sala IV, 1/3/01, “El Santiaguense SR. vs. Estado Nacional - Secretaría de Transporte - Resol.267/99 s/amparo por mora”.

⁷⁷ Arturo Emilio RASPI, “El pronto despacho en los artículos 10 y 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *ED*, t. 178, pág. 21.

⁷⁸ Conf. Rogelio W. VICENTE, “Amparo por mora de la Administración” en VV.AA., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*, Tomás HUTCHINSON (director), Buenos Aires, La Ley, Serie de libros universitarios, 2003, pág. 494, nota N° 5.

del proceso de amparo por mora y con la posición o rol que asume la Administración dentro de éste.

Para cierta corriente doctrinaria, la Administración no es parte ⁷⁹ y considera que el proceso es unilateral. Ello, por cuanto esta acción está destinada nada más que a verificar una situación de mora objetiva y, en su caso, ponerle fin. Según Sammartino ⁸⁰, el informe requerido es un mero informe-noticia por cuanto no es un acto procesal de resistencia y oposición, donde se le participa a la Administración de la petición judicial extracontenciosa formulada por el particular.

Dice Rivas que no puede haber contradictor, pues tanto la Administración como el administrado satisfacen concurrentes intereses a través de la decisión judicial ⁸¹. Y encuentra, otro fundamento a esta posición, en el silencio que guarda la ley acerca de las costas y de la prueba que podría producir la Administración ⁸².

En una posición más intermedia, algunos tribunales ⁸³ dicen que la naturaleza unilateral del amparo por mora no impide la condena en costas, toda vez que su promoción se deba al retardo de la Administración que obligó al administrado a acudir a sede judicial.

Gordillo ⁸⁴ distingue, en el proceso de amparo, una primera etapa unilateral previa al libramiento de la orden de

⁷⁹ Tomás HUTCHINSON, "La morosidad.." ob. cit. pág. 7; Osvaldo GOZAÍNI, "La sentencia dictada en el amparo por mora de la Administración es apelable", *JA* t.1985-II, pág. 343; Adolfo Armando RIVAS, *El amparo...* ob. cit., págs. 389 y 390, para quien la Administración no adquiere calidad de parte tampoco en el trámite de la apelación.

⁸⁰ Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, "Precisiones sobre la naturaleza procesal del amparo por mora", *JA*, t.1995-II, págs. 131 y 135.

⁸¹ Véase Adolfo Armando RIVAS, *El amparo...*ob. cit., pág. 390. También, Horacio D. CREO BAY y Tomás HUTCHINSON, *El amparo...*ob. cit., pág. 159.

⁸² Conf. Tomás HUTCHINSON, "La morosidad ...", ob. cit., pág. 7.

⁸³ CNCivil, Sala B, 5/4/95, "Donati, Néstor D. vs. Municipalidad de Buenos Aires".

⁸⁴ Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t. 4, pág. XIII-25.

pronto despacho y una segunda etapa, bilateral, a partir de la emisión de la misma.

Pero se propugna la opinión contraria. La Administración sí es parte del proceso, es parte demandada y, por tanto, aquel es bilateral y contradictorio. La contestación del informe es un verdadero acto de defensa ⁸⁵. Es más, se puede oponer (y en ocasiones, de hecho, se opone) a la pretensión procesal ensayada por el actor ⁸⁶.

Tal es así que el informe requerido por el juez con traslado de la copia de la demanda y la documentación presentada por la actora son evacuados con todas las exigencias de una verdadera contestación de demanda. La Administración ejerce su derecho a la defensa, puede alegar sus razones o explicaciones y ofrecer pruebas que demuestren que no se encuentra configurada la inactividad. La omisión o defectos en el diligenciamiento del pedido de informe ocasiona la nulidad del procedimiento.

En el proceso hay claramente diferenciado un sujeto activo (actor) y un sujeto pasivo (demandado). Es más, la sentencia que contiene la orden judicial de pronto despacho se pronuncia también sobre la imposición de las costas causísticas. Estos son elementos que permiten sostener la bilateralidad.

Ahora bien, habiendo tomado posición en las dos cuestiones sobre las que la doctrina se encuentra dividida, corresponde adentrarse en la mecánica procedimental por la que se desarrolla la técnica del amparo por mora.

El art. 28 LNPA requiere del juez una resolución sobre la procedencia de la demanda, quien deberá tener en cuenta las

⁸⁵ Conf. Alí Joaquín SALGADO y Alejandro César VERDAGUER, *Juicio de amparo...* ob. cit., pág. 295

⁸⁶ Conf. Iván F. BUDASSI, "Amparo...", ob. cit., pág. 452, para quien el informe que debe presentar la Administración "constituye técnicamente una carga procesal", por lo que considera que el proceso de amparo por mora es bilateral. También toma partido por la bilateralidad, Luis R. CARRANZA TORRES, "Sobre la naturaleza procesal del amparo por mora", *LL*, t. 2002-E, pág. 380.

circunstancias del caso. Ésta es una facultad reconocida a los magistrados por la CSJN en todas las causas de naturaleza administrativa, y no se trata de una excepción de la doctrina sentada desde “Avanzada S.A. vs. Gas del Estado”⁸⁷, además responde a la necesidad de evitar un dispendio jurisdiccional.

Cuando el juez declara inadmisibile la acción, se trata de un rechazo sin sustanciación⁸⁸. Ante la duda sobre la existencia de los requisitos de admisibilidad, el juez admitirá la acción⁸⁹ por aplicación del principio *in dubio pro administrado* y para priorizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Luego se requerirá un pedido de informe, en el cual la Administración deberá explicar circunstanciadamente respecto de la inactividad formal que fue denunciada. Que tales excusas sean ciertas y sinceras no significa que sean atendibles o justificables⁹⁰. Al respecto, desde la jurisprudencia⁹¹ se

⁸⁷ CNContAdmFed., Sala III, 16/8/90, “Avanzada S. A. vs. Gas del Estado”, sentó el criterio: “La necesidad de que el juez examine los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda contencioso administrativa, surge de la interpretación judicial de la ley N° 3952 y está consagrada en los procedimientos de leyes especiales”.

⁸⁸ Rodolfo C. BARRA, “El amparo por mora...” ob. cit., *ED*, t. 59, pág. 797; Horacio D. CREO BAY, “La reforma introducida al amparo por mora de la Administración”, *LL*, t. 1978-D, pág. 1202.

⁸⁹ Néstor P. SAGÜÉS, “El rechazo *‘in limine’* de la acción amparo”, *ED*, t. 70, pág. 807; en el mismo sentido Bartolomé A. FIORINI, “Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan”, *LL*, t. 124, pág. 1367. La CNCivil, Sala I, 21/5/98, “Atica Asociación de Técnicos Conservadores de Ascensores y Afines vs. Municipalidad de Buenos Aires”, expresó que sólo puede prescindirse del informe previsto en el art. 28 de la ley 19.549 cuando el juez no admita la procedencia *prima facie* de la acción de amparo. En el caso contrario, si considera viable la acción, se interpone su requerimiento, pues la locución “*si lo estimare pertinente*” se refiere al petitorio y no autoriza al juez a soslayarlo en el supuesto de dar curso a la acción de amparo puesto que este trámite constituye un imperativo cuya omisión genera un vicio de procedimiento con aptitud suficiente para invalidar la decisión.

⁹⁰ Conf. Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t. 4, pág. XIII-24.

⁹¹ CNContAdmFed., Sala III, 10/10/91, “Cooperativa de Trabajo 4 de Septiembre Ltda. vs. ANSSAL”; CNContAdmFed., Sala I, 26/02/98, “Genou

pronuncia que los argumentos esgrimidos referidos a la existencia de trabas burocráticas: intervención de varios organismos, cambios de autoridades o acefalía, agregado defectuoso de escritos y la necesidad del otorgamiento de sucesivas vistas y traslados a las partes por la índole de la cuestión debatida y la ausencia del número del expediente administrativo no son idóneas para dispensar la morosidad de la autoridad administrativa, porque la Administración no está para defenderse ella misma, sino para atender a las necesidades cuya satisfacción le fue confiada ⁹².

5.e. Alcances de la sentencia

Después de contestado el informe mencionado en el art. 28 LNPA o vencido el plazo sin su presentación, el juez “... *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*”. Pero, la eficacia de la tutela del

de Camus, Ana María vs. Estado Nacional”; CNContAdmFed., Sala IV, 6/11/01, “Esteves, Susana Lucía vs. Estado Nacional”; con el mismo criterio, CNContAdmFed., Sala III, 9/10/06, “Volpatti, Carlos Edgardo vs. Estado Nacional s/Amparo por mora”, expresa que “El extravío del expediente no puede ser oponible a quien pretende urgir una resolución de la Administración. Ello no permite justificar la mora en resolver, pues no se puede hacer cargar sobre el administrado la desorganización administrativa. Es a la Administración a quien incumbe la realización de las diligencias necesarias para la reconstrucción y la resolución de las actuaciones

⁹² Tomás HUTCHINSON, *Ley nacional...* ob. cit., t. 2, pág. 523. En el mismo sentido, Osvaldo A. GOZAÍNI, “La sentencia dictada...”, ob. cit., pág. 343, acotando que si bien la Administración “no está en condiciones de exigir la producción de pruebas, resultaría absurdo impedirle que proponga alguna, cuya realización quedaría a criterio del juez, si lo entiende pertinente para la mejor solución de la litis”.

amparo por mora dependerá de los alcances y la fuerza vinculante de la sentencia judicial sobre la Administración.

En congruencia con la visión tutelar y no de contralor desarrollada en el Cap. II, apartado 3.b., se denotan, en la intervención judicial, la verificación de la situación de inactividad formal y la protección de la situación del particular, porque se ordena sólo a la Administración que se pronuncie. No se inmiscuye en cómo ésta debe hacerlo. No sustituye ni interfiere.

Sin embargo, resulta acertada la interpretación que efectúa cierta jurisprudencia ⁹³, en aras a la finalidad tuitiva del amparo por mora. El cumplimiento de la sentencia no puede ceñirse a la sola demostración de la existencia de un pronunciamiento en sede administrativa sino que debe incluir necesariamente la verificación de que él guarde relación con el pedido efectuado. De lo contrario, fácil sería burlar el cumplimiento razonable de una decisión judicial con sólo acompañar un acto administrativo cualquiera para considerar que la demora cesó.

La orden de pronto despacho es el contenido de la parte dispositiva de la sentencia ⁹⁴, la cual se encuentra complementada con el otorgamiento por el juez de un plazo prudente, que será determinado, en cada caso, para comprobar el cumplimiento de la orden de actuación declarativa.

Afirma Barra ⁹⁵ que el juez dicta una verdadera sentencia de condena, la que tendrá todos los efectos propios de este acto judicial. Por lo tanto, deberá estar debidamente motivada declarando el derecho de alguna de las partes.

⁹³ CNContAdmFed., Sala IV, 21/3/06, "Criscuolo, María del Carmen vs. Estado Nacional s/ Amparo por mora".

⁹⁴ Conf. Miriam Mabel IVANEGA, "El amparo por mora" en VV.AA., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pág. 99.

⁹⁵ Rodolfo C. BARRA, "El amparo...", ob. cit., pág. 797.

Si el juez considera que no existe mora, por no haber transcurrido el plazo fijado o, a falta de éste, por no haber vencido aún un plazo razonable, debe rechazar la demanda. En tal caso, el particular puede intentar a posteriori otro amparo si la Administración sigue sin pronunciarse una vez transcurridos aquéllos. Resulta beneficiosa la postulación en la que el juez deberá indicar cuál es el plazo razonable, dando certeza a los derechos del administrado en cuanto a su exigencia de obtener un pronunciamiento expreso de la Administración porque, en la mayoría de los casos, el pronunciamiento judicial se limita al rechazo de la acción de amparo por mora sin más detalle y aquí la misión tutelar de la intervención jurisdiccional resulta diluida.

Cuando el magistrado hace lugar a la acción tutelar contra la inactividad formal estableciendo un plazo en el cual el órgano inactivo reconoce la operatividad del derecho de petición a través de la defensa del derecho de obtener una decisión expresa y pronta, como se indicó anteriormente, el límite prudencial se encuentra en no incurrir en la tentación de resolverlo de la forma como debió hacerlo la Administración. Situación en la cual el juez se transformaría en administrador y su sentencia devendría arbitraria por intervenir en la esfera de actuación de otro poder del Estado.

Lo que es notoriamente distinto cuando la misma ley otorga al juez la facultad discrecional de determinar el plazo en el que la Administración deba cumplir con su sentencia. El mismo debe ser estrictamente observado para no incurrir en una nueva inactividad. Ni tampoco corresponde ampliar el plazo conferido para cumplir la orden de pronto despacho si de las constancias de la causa no resulta que la cuestión a resolver sea compleja, pues ello importaría prolongar aún más la situación de mora que se reputó configurada ⁹⁶.

⁹⁶ CNContAdmFed., Sala III, 25/2/86, "Gurfinkel, Eduardo Oscar vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social, Sec. de Salud) s/ Amparo por mora".

El art. 29 LNPA dispone que “... *la desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable lo dispuesto por el art. 17 del decr. Ley 1285/58*”. Éste, a su vez, 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 calidad de tales, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos, a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda*”.

En síntesis, la técnica del amparo por mora tiene un restringido marco de conocimiento sobre la verificación o no de la demora administrativa formal por vencimiento de los plazos legales o reglamentarios o razonables para resolver, emitir el dictamen, el acto de mero trámite o de fondo requerido por el interesado y, por ende, la condena tiene también un limitado alcance al libramiento de la orden de pronto despacho de las actuaciones administrativas debidas.

5.e.1. Respecto de la posibilidad de interponer recurso contra la sentencia

Sentencia definitiva es el pronunciamiento que impide la prosecución de la causa o infiere un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior en el mismo u otro proceso. Y, en ese mismo sentido, se entiende que es dable equiparar como sentencias definitivas aquéllas que originan agravios cuya enmienda, en la oportunidad procesal en que se las invoca, exhiben, *prima facie*, entidad bastante para conducir a un diferente resultado del juicio, por lo que de ser mantenidos se generarían consecuencias de difícil recomposición.

En resoluciones recaídas en juicios donde se reclama, en sede judicial, contra la inactividad administrativa formal, se trata de una verdadera sentencia de condena y no de un simple auto o decreto ⁹⁷.

⁹⁷ Por ello, Roberto MERCADO LUNA, “El amparo por mora ¿es recurrible por vía de revocatoria?, *LL*, t. 1994-A, pág. 453, considera que no corresponde contra una sentencia recaída en este tipo de proceso un recurso de revocatoria.

El texto originario de la LNPA no contenía ninguna previsión respecto a la apelabilidad o no, o sobre la interposición de otros recursos sobre la sentencia recaída en un proceso de amparo por mora. En ese entonces, efectuando una interpretación armónica con el art. 11 RNPA ⁹⁸, que determinaba una aplicación supletoria del CPCCN para resolver cuestiones no previstas expresamente en los procedimientos administrativos, se permitía la posibilidad de apelación.

Posteriormente, cuando se produjo la reforma del art. 28 LNPA mediante la ley N° 21.686 ⁹⁹, el texto del mismo quedó redactado de la siguiente manera: “*La decisión del juez será inapelable...*”. Esto generó distintas interpretaciones en la doctrina sobre qué resolución era susceptible de recurso.

En 1980 un plenario de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en la causa “Dominga Esperanza” ¹⁰⁰, se resolvió la inapelabilidad de la sentencia final decisoria de la existencia o inexistencia de mora de la Administración. Cinco años más tarde, el mismo tribunal, pero con otra composición de magistrados, en el fallo “Transportadora de Caudales Zubdesa S.A.” ¹⁰¹, reconoció la procedencia de la apelación de la sentencia de primera instancia sobre la existencia o no del estado de mora.

Niegan la facultad de apelar la sentencia de fondo en este tipo de procesos, autores como Pearson ¹⁰² y Comadira ¹⁰³, quienes coinciden con el plenario “Esperanza”.

⁹⁸ Anterior a la reforma del decreto 1883/91 que lo ubicó como art. 106.

⁹⁹ Publicada BON: 25/9/77.

¹⁰⁰ CNContAdmFed., en pleno, 25/11/80, “Esperanza, Dominga E. vs. ENTEL”.

¹⁰¹ CNContAdmFed., en pleno, 5/2/85, “Transportadora de Caudales Zubdesa S.A. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos”.

¹⁰² Marcelo PEARSON, “¿Es apelable o inapelable...”, ob. cit., pág. 963.

¹⁰³ Julio R. COMADIRA, *Ley de Procedimientos...* ob. cit., pág. 501

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ¹⁰⁴, en pleno, en 1997, en “Guaycochea” fijó el dogma de que eran apelables las sentencias que resolvieran acerca de la existencia o inexistencia de la mora de la Administración, en los amparos regulados por el art. 28 LNPA, reformado por la ley 21.686.

Asimismo, también puede resultar pasible de recurso el apercibimiento de multa decretado en la sentencia final que resuelve acerca de la existencia de mora de la Administración, pues se trata de una cuestión que excede el restrictivo marco recursivo del amparo por mora ¹⁰⁵.

Barra ¹⁰⁶ expresa que, en todos los casos, la sentencia será apelable en todo o en parte, ya que sobre ello el art. 28 LNPA no presenta ninguna limitación. Creo Bay ¹⁰⁷ toma partido por la recurribilidad de la sentencia de amparo por mora ya que considera que la ubicación de la frase sobre la inapelabilidad no es casual. Si se hubiera querido establecer una instancia única, su lugar habría sido al final del artículo, luego de tratar sobre la resolución de fondo acerca de la mora, es decir, la sentencia que hiciera o no lugar al amparo. Este criterio es seguido por Hutchinson ¹⁰⁸, Docobo ¹⁰⁹, Diez ¹¹⁰ y Rivas ¹¹¹. Sin tomar partido, Biotti ¹¹² sostiene que una refor-

¹⁰⁴ CNCiv., en pleno, 20/6/97, “Guaycochea, Juan C. vs. Municipalidad de Buenos Aires”.

¹⁰⁵ CNCiv., Sala F, 20/5/96, “Alco S.A. vs. Municipalidad de Buenos Aires”.

¹⁰⁶ Rodolfo C. BARRA, “El amparo por mora ...” ob. cit., pág. 797.

¹⁰⁷ Horacio D. CREO BAY, *Amparo por Mora...* ob. cit., pág. 124 y; del mismo autor, “La reforma...”, ob. cit., pág. 1202.

¹⁰⁸ Tomás HUTCHINSON, *La morosidad...* ob. cit., págs. 7 y 8 y, del mismo autor, *Ley nacional...* ob. cit., t. 1, pág. 516.

¹⁰⁹ Jorge DOCOBO, “Sociedades del Estado...”, ob. cit. pág. 331.

¹¹⁰ Manuel María DIEZ, *Derecho procesal ...* ob. cit., pág. 385.

¹¹¹ Adolfo Armando RIVAS, *El amparo...* ob. cit., pág. 391, expresa que al igual que en el amparo de la ley 16.896 “se puede admitir reposición siempre que fuera útil a los fines de un correcto desarrollo del amparo” y no impusiera una demora excesiva

¹¹² Véase María Alejandra BIOTTI, “Amparo por mora. Recurso de apelación y régimen aplicable”, *LL*, 1992-C, pág. 118.

ma legal deberá dar respuesta de cuál sería el régimen jurídico aplicable a la tramitación del recurso de apelación.

5.e.2. Las costas judiciales

Las costas constituyen una reparación de los gastos en que debió incurrir el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho; comprenden los gastos de juicios o tasas de justicia y honorarios regulados por la actuación de los profesionales intervinientes. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia también se hallan divididas respecto de si cabe o no condena en costas en el marco del juicio de amparo por mora. A su vez, los criterios asumidos se encuentran relacionados con la consideración de si el amparo por mora es un proceso unilateral o bilateral.

En contra de la imposición de costas se pronuncian Hutchinson¹¹³ y Maiorano¹¹⁴, quienes señalan que se trata de un proceso en donde no hay partes. Como consecuencia, no hay vencidos; la especial actuación del juez se limita a la expedición de la orden de pronto despacho en el marco del procedimiento administrativo que por esencia es gratuito y no requiere intervención letrada; además por el carácter opcional del instituto.

A favor de la condena en costas se ubican Gordillo¹¹⁵, Barra¹¹⁶ y Tawil¹¹⁷, quienes consideran que corresponde impo-

¹¹³Tomás HUTCHINSON, "La inactividad...", ob. cit., pág. 198.

¹¹⁴Jorge L. MAIORANO, "Las costas en el amparo por mora", *LL*, t. 1989-B, pág. 407.

¹¹⁵Agustín GORDILLO, "Antedatar sin costas", *LL*, t. 1997-B, pág. 405; y "¿Cuánto vale un amparo por mora?", *LL*, t. 1997-A, pág. 84, donde enérgicamente el autor expresa que debe existir como "un castigo judicial" contra la desidia de la Administración a través de la imposición de costas. En el mismo sentido, Horacio D. CREO BAY, *Amparo por mora...* ob. cit., pág. 79.

¹¹⁶Rodolfo C. BARRA, "El amparo por mora..." ob. cit., pág. 797.

¹¹⁷Guido Santiago TAWIL, "La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta", *LL*, t. 1989-E, págs. 286 a 288.

ner las costas a la Administración demandada, en razón de que debe indemnizar los perjuicios causados por su demora, como son los gastos necesarios para hacer cesar la misma. Incluso, se expresa que la naturaleza unilateral del amparo por mora no impide la condena en costas, toda vez que su promoción se deba al retardo de la Administración que obligó al administrado a acudir a sede judicial ¹¹⁸. La jurisprudencia entiende que corresponde la imposición de costas a la accionada en la medida en que se haya obligado al actor a litigar en ejercicio de una acción que la ley le reconoce ¹¹⁹.

Aun las costas deben ser impuestas cuando la cuestión devino abstracta por haber emitido la Administración, con posterioridad a la demanda, el acto administrativo cuyo dictado motivó el reclamo. En tal caso, uno de los criterios dados por la jurisprudencia indica que las costas pueden ser distribuidas -de conformidad con lo establecido por el art. 68, apartado 2º, del CPCCN- en el orden causado ¹²⁰.

Se dice, con acierto, que resultaría afectado el derecho a la defensa en juicio reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional si se obligase a la parte actora a soportar las costas judiciales del amparo por mora destinado a subsanar la falta de respuesta en tiempo oportuno.

¹¹⁸ CNCiv, Sala B, 5/4/95, "Donati, Néstor D.". En igual sentido, CFed. de Apelaciones de Tucumán, 28/7/00, "Verosaluce vs. ANSeS s/ Acción de amparo", establece que "atento al resultado que se arriba en la presente acción de amparo, corresponde que las costas se impongan a la demandada al haber incurrido en mora y, con ello, haber dado motivo a la acción promovida por el amparista en estas actuaciones conforme el art. 68 CPCCN".

¹¹⁹ CFed. de Apelaciones de Tucumán, 6/8/01, "Gentilini, Luis Victor vs. ANSeS s/ acción de amparo por mora"; CNContAdmFed., Sala III, 25/9/07, "Bilbao Armando Elías vs. Estado Nacional - Ministerio de Planificación - s/ amparo por mora", consid. 5º.

¹²⁰ CNContAdmFed., Sala III, 16/10/07, "Parra Laura Marcela vs. Estado Nacional -Secretaría de Cultura- s/ amparo por mora", especialmente consid. 3º; en el mismo sentido CNContAdmFed., Sala V, 6/11/07, "Taboada Mussi, Mira Fernanda vs. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Amparo por mora"; CNContAdmFed., Sala III, 29/11/06, "Fortunato, Claudio Alberto vs. Estado Nacional s/ amparo por mora".

Partiendo de la premisa de la aplicación de los principios generales sobre imposición de los gastos del juicio, se entiende que, de proceder a favor del actor, la acción de inactividad es aquella en la que se comprueba el incumplimiento de la obligación formal de expresarse por parte de la Administración y el reconocimiento de los derechos del administrado, operando la condena en costas como una reparación de los daños emergentes que se ocasionaron para obtener la orden judicial de pronto despacho. Se pretende que su actitud dilatoria sea castigada con las costas.

5.e.3. Aplicación de astreintes

Si bien, generalmente, las normas no otorgan al Poder Judicial la posibilidad de ejecutar por sí o resolver las actuaciones administrativas en el proceso de amparo por mora, ello no implica que no se halle habilitado para disponer medidas tendientes a obtener el cumplimiento de sus mandatos, como la imposición de astreintes hasta tanto subsista la actitud renuente de la Administración ante una orden de pronto despacho incumplida.

La Corte Nacional ¹²¹ fija el criterio de que los jueces tienen el poder y el deber de compeler a la Administración a cumplir con las obligaciones condenadas. En el fondo, se trata de una manera de fortalecer el *imperium* de los magistrados y de los deberes jurídicos impuestos por éstos.

Las astreintes son una condenación pecuniaria, conminatoria, graduable, provisional, temporaria, progresiva y de aplicación discrecional, cuyo objetivo es obtener el cumplimiento de una resolución judicial -que el deudor judicial no satisfizo oportunamente ¹²². El Código Civil, mediante la ley 17.711, en 1968, las introdujo en el art. 666 bis. Se dice que

¹²¹ *Fallos* 327:4749 (2004), consid. 10.

¹²² Conf. CNContAdmFed., Sala V, 27/12/01, "Molinelli, Graciela Paulina y otro vs. Estado Nacional s/amparo por mora", consid. 4.

cumplen con una doble función sucesiva, conminatoria y sancionatoria, ya que primero compelen el cumplimiento de las decisiones judiciales y, luego, al persistir el incumplimiento, se efectiviza la sanción ¹²³.

Sin perjuicio de ello, el art. 29 LNPA establece que en supuesto de incumplimiento por parte del agente público a la orden judicial de pronto despacho, resulta aplicable el art. 17 del decreto-ley N° 1285/58, por el cual se habilita al magistrado judicial comunicar la falta incurrida al superior jerárquico de la autoridad administrativa remisa a los efectos de que se proceda a la instrucción y aplicación de la sanción disciplinaria que correspondiere. Incluso, procurar la intervención de la justicia ante la posible comisión del delito penal de incumplimiento de los deberes públicos tipificados en el art. 249 del Código Penal Argentino, que reprime al “... *funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusar hacer o retardare algún acto de su oficio*” ¹²⁴.

Este tipo describe un delito doloso de pura omisión. Soler agrega que debe tratarse de una conducta omisiva ilegal, y debe actuarse en el conocimiento de esa ilegalidad, es decir, la omisión debe ser maliciosa.

Pero, no obstante, la claridad de la mencionada norma no impide que el juez aplique directamente sobre el agente inactivo astreintes ¹²⁵, por ser éstas un instrumento que permite efectivizar el cumplimiento de la sentencia de condena ¹²⁶.

¹²³Véase CNContAdmFed., Sala III, 15/10/91, “Banco Hipotecario Nacional vs. Dintel S.A.”.

¹²⁴En este supuesto, señala Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino* Buenos Aires, TEA, 1951, t. V, pág. 162, que se trata de un delito doloso de pura omisión y que debe actuarse en el conocimiento de esa ilegalidad. No es posible la tentativa. El único presupuesto objetivo es la existencia de una omisión o retardo antijurídico.

¹²⁵En el mismo sentido, Carlos F. BALBÍN, *Curso de derecho...* ob. cit., t. 2, pág. 824.

¹²⁶Al respecto, Agustín GORDILLO, “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer astreintes a los funcionarios

6. Régimen jurídico del amparo por mora en la provincia de Tucumán

6.a. Formulación normativa

Como ya se expresara anteriormente, en el ordenamiento jurídico tucumano, desde el año 1991, esta técnica fue consagrada en el art. 70 del Código Procesal Administrativo. Más tarde fue reubicada sin modificaciones dentro del art. 70 del Código Procesal Constitucional, cuyo texto expresa: “*Cuando la Constitución, la ley u otra norma con fuerza de ley imponga a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto de cumplir en un plazo determinado y la Administración fuere morosa en la tramitación de un expediente administrativo, toda persona afectada que fuere parte del mismo puede solicitar al Tribunal en lo Contencioso Administrativo, libre orden de pronto despacho.*”

Dicha orden es procedente cuando la autoridad administrativa ha dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubo una irrazonable demora en su tramitación sin emitir el dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado.

Presentado el petitorio, el Tribunal se expide sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estima pertinente requiere a la autoridad administrativa interviniente, en el plazo que le fije, informe sobre las causales de la demora aducida. La decisión del Tribunal es inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo haya evacuado, resuelve librar la orden para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo que se establezca en atención a las circunstancias del caso.

públicos”, LL, t. 2004-C, pág. 152, ilustra que incluso “Las más modestas multas sobre los sueldos personales de los funcionarios sirven eficazmente para hacerlos respetar la decisión judicial que les impone cumplir el derecho que han transgredido”

La desobediencia a la orden de pronto despacho es puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda y a la Justicia Penal. Asimismo faculta al Tribunal a aplicar, a petición de parte, las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes al cumplimiento de su decisión, cuyo importe es en beneficio de la parte perjudicada por el incumplimiento. La condena será graduada prudencialmente por el Tribunal de acuerdo a las circunstancias del caso y a la entidad de la desobediencia, previa intimación, bajo apercibimiento por el término de cinco (5) días.

En el supuesto de quedar expedita la acción judicial por aplicación del artículo 19 de la Constitución Provincial ¹²⁷, no serán de aplicación las sanciones previstas en el presente artículo”.

El mencionado Código Procesal Constitucional, como desentraña su exposición de motivos, contiene los mecanismos para la defensa de los derechos consagrados por la Constitución Provincial y Nacional.

En el caso particular de la disposición transcrita precedentemente, constituye una tutela específica contra la morosidad administrativa. La jurisprudencia ¹²⁸ establece, ante el deber de la Administración de decidir en cada caso concreto, en la Provincia de Tucumán, un postulado que trasciende el marco del derecho legal ya que enraíza en el principio republicano de gobierno, receptado por la Constitución, el que, frente al retardo, mora, demora e inactividad de la Administración, indica que es competencia del Poder Judicial, a través de la vía procesal elegida, resguardar el cumplimiento de ese deber.

¹²⁷Hoy, art. 21 CT.

¹²⁸CContAdmTuc., 9/12/93, Sentencia N° 481, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A. vs. Municipalidad de la Banda del Río Salí s/ amparo por mora”.

6.b. *Legitimación activa*

Puede iniciar la acción de amparo por mora en sede judicial quien ya sea parte en un expediente administrativo. El art. 70 CPCT sólo requiere que el actor “... *fuere parte...*” en las actuaciones llevadas ante Administración Pública. En tal caso, el actor debe acreditar -también- la existencia de una actuación administrativa en trámite y que la misma se encuentre pendiente de resolver.

De acuerdo al art. 9 LPAT: “*La actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona o entidad pública o privada que tenga derecho o interés legítimo*”. En consecuencia, detenta legitimación activa en un amparo por mora quien haya invocado un derecho subjetivo o interés legítimo en un expediente administrativo.

6.c. *Presupuestos*

En el régimen jurídico de la Provincia de Tucumán se determinan los presupuestos o condiciones objetivas, temporales y formales que viabilizan la procedencia como la admisibilidad de esta técnica de reclamación judicial contra la inactividad formal de la Administración.

6.c.1. *Objetivos*

En este apartado se ilustran los extremos que permiten acertadamente la promoción de la acción de amparo por mora en Tucumán, que determina “... *cuando la Constitución, la ley u otra norma con fuerza de ley imponga a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto de cumplir en un plazo determinado y la Administración fuere morosa en la tramitación de un expediente administrativo*”.

De esta manera, los presupuestos objetivos son: ausencia de un deber concreto de cumplir, vencimiento de un plazo determinado de actuación y el ámbito procedimental de la morosidad.

Respecto del primero, esto es, la ausencia de un deber concreto, se refiere a la constatación objetiva de la situación de mora en la emisión de dictamen, resolución de mero trámite y de fondo, sin la indagación de sus causales ¹²⁹.

La norma recepta la verificación de la inactividad ante el incumplimiento del deber de actuación concreto establecido en el ordenamiento jurídico en el ámbito del procedimiento.

Sobre el segundo aspecto, significa la aplicación de manera automática de términos legales, reglamentarios -o ante la falta de éstos- la observancia de un plazo que exceda lo razonable. En resumen, se propone una visión integradora de la acción judicial contra la inactividad ya que se considera que cualquiera sea el marco jurídico de la omisión administrativa, el juez se encuentre habilitado para constatar si transcurrieron los plazos para resolver o -a falta de éstos- si venció un plazo que excedía lo razonable, teniendo en cuenta la naturaleza del acto a dictarse y las particularidades del caso.

Tercero, se efectúa una referencia formal con el marco operativo de la técnica del amparo por mora ubicada dentro del ámbito del trámite del expediente administrativo.

6.c.2. Temporales

De acuerdo a la normativa “... dicha orden -de pronto despacho judicial- es procedente cuando la autoridad administrativa ha dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubo una irrazonable demora en su tramitación sin emitir el dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado”. En consecuencia, el supuesto temporal de la técnica se relaciona con plazos fijados o predeterminados en el ordenamiento jurídico o determina-

¹²⁹ CContAdmTuc., Sala II, 28/2/07, “P.,F.O. y otros s/ Amparo por mora”, indica que el proceso de amparo por mora se circunscribe a la verificación de la existencia o inexistencia anterior de la mora denunciada por el acto con relación a un trámite concreto.

bles a través de la razonabilidad que debe existir para la emisión de la actividad debida.

La intervención jurisdiccional encuentra sustento en la lentitud, demora, dilación, mora u omisión injustificada por parte de la Administración Pública, ya sea en el cumplimiento de los plazos legales o razonables. Tanto en el ordenamiento tucumano como en el nacional, el principio en la articulación del amparo por mora es que el mero transcurso del plazo señalado por las normas legales y reglamentarias para la emisión del acto o la actuación administrativa de que se trate configura, *ipso iure*, la inactividad formal.

Conviene recordar que en Tucumán, el art. 21 CT determina que las actuaciones administrativas “*deben*” despacharse porque existe una pauta presente para evaluar un plazo máximo. Sin embargo, respecto de este último, deberá considerarse la complejidad del asunto bajo estudio de la Administración y las diligencias por ésta observadas.

6.c.3. Formales

Los presupuestos formales se relacionan con la manera en que debe dirigirse y presentarse en sede judicial la acción de amparo por mora.

La regla general es que las acciones deben ser entabladas contra los entes con personalidad jurídica, los cuales gozan de capacidad para estar en juicio. En concordancia, el art. 6º CPAT dice: “*Son hábiles para estar en proceso administrativo, como actor o demandado todos aquellos que, conforme al ordenamiento jurídico y a las disposiciones de este código estén legitimados activa o pasivamente*” y, el art. 34 CPAT expresa que “*La demanda se notificará: a) Al Poder Ejecutivo, cuando se promueva contra la Provincia. Si la misma se motivare por una actuación atribuida al Poder Legislativo o al Poder Judicial, deberán notificarse además, al Presidente Subrogante de la Legislatura o al Presidente de la Corte Suprema de Justicia (...). b) A la persona que lo represente, de acuerdo a su carta orgánica, si se promoviere contra un ente descentralizado. c) Al Intendente, cuando se dedujere contra una Municipalidad*”.

Estas normas adjetivas locales se compatibilizan con el art. 70 CPCT que presenta una visión más amplia a la hora de individualizar el ente, funcionario u órgano inactivo, indicando que “... *requiere a la autoridad administrativa interviniente, (...) informe sobre las causas de la demora aducida... (o al expresar seguidamente) ... “que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones”*. Redacción que resulta beneficiosa para el peticionante, a la vez más justa al momento de aplicar las responsabilidades.

6.d. Mecánica

Cuando se promueva una demanda de amparo por mora, el actor deberá cumplir en presentarse con nombre y apellido, nacionalidad, número de documento o matrícula individual; denunciar sus domicilios real y constituido (art. 28 CPAT); identificar -si conoce- la autoridad contra la que se dirige la acción, funcionario, repartición o ente público administrativo y los datos del expediente; acreditar ser parte en las actuaciones administrativas y fundamentar el derecho que lo motiva a través de una descripción circunstanciada de los hechos (art. 70 CPCT). La morosidad deberá surgir de los propios dichos y de las actuaciones administrativas.

Recibida en mesa de entradas de tribunales, de acuerdo al art. 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Tucumán ¹³⁰, la cuestión es competencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo. Asimismo, son válidas las posibilidades sobre recusación o excursión previstas en el CPCCT ¹³¹.

El art. 70 del CPCT determina: “*Presentado el petitorio, el Tribunal se expide sobre su procedencia, teniendo en cuenta*

¹³⁰Ley N° 6238, publicada BOT: 5/9/91.

¹³¹En Tucumán no existe una restricción como la ley N° 8508 de Córdoba, cuyo art. 8° establece que “*no se admitirá la recusación sin invocación de causa...*”, en atención a la celeridad del procedimiento.

las circunstancias del caso, y si lo estima pertinente requiere a la autoridad administrativa interviniente, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del Tribunal es inapelable". Sobre ello se evalúa que en ocasiones no resulta necesario que el juez se expida en forma expresa sobre la procedencia, basta con que decida pedir informe a la autoridad administrativa para inferir que se pronunció afirmativamente sobre ella ¹³².

Sea que el juez rechace *in limine* o que admita la procedencia y requiera informe, la norma indica que esta decisión es inapelable. No obstante, se aprecia que la inapelabilidad deviene de por sí dada por la naturaleza propia del tribunal como de primera y única instancia ¹³³. Pero, ello no excluye la procedencia de otros recursos, como los de la aclaratoria (art. 76 CPAT) y revocatoria (arts. 77 a 79 CPAT).

Luego de analizada la procedencia de la acción, si lo estima pertinente, el juez requerirá a la autoridad administrativa que informe las causas de la demora aducida.

El organismo requerido deberá explicar circunstanciadamente sobre lo peticionado en el plazo fijado por el juez. Vencido éste, haya o no contestado la Administración, la cuestión deberá resolverse sin más trámite ¹³⁴. Ello se debe a que este tipo de proceso tiene por finalidad conminar el cumpli-

¹³²El art. 17 CPCT faculta al juez a convertir la acción demandada y encuadrarla más eficazmente a las pretensiones de las partes, dice el texto de este artículo: "*cuando el Juez al conocer el asunto advierta que no se trata de un hábeas corpus sino de un amparo o viceversa, así lo declara y prosigue la tramitación de conformidad a lo establecido por esta ley*" y, en virtud del principio de "quien puede lo más, puede lo menos", el magistrado también se encontraría habilitado a adecuar la acción de amparo al amparo por mora, o viceversa, cuando se tratara de otorgar una tutela judicial para los casos de inactividad material o formal, según corresponda.

¹³³Esto, hasta que se constituya operativamente el tribunal de apelación en lo contencioso administrativo creado por ley N° 7790 (BOT: 18/9/06), que convertirá al fuero en doble instancia.

¹³⁴CContAdmTuc., Sala II, 2/3/01, "Francisca T. de Trapani e Hijos SH vs. Dirección del Agua s/ amparo por mora", fija el criterio que no surgiendo

miento del deber de expedirse en forma expresa que pesa sobre los órganos de la Administración.

Al respecto, se deja de relieve que el art. 70 CPCT no contempla otras medidas probatorias que no sea la documental agregada por el actor a través de la Administración con su informe ¹³⁵, bajo el espíritu de que la inactividad formal se demuestra por sí misma a través de las actuaciones administrativas y que la tutela judicial no debe dilatarse.

6.e. Alcances de la sentencia

De acuerdo con la mecánica desarrollada, se desprende que el trámite es sencillo y sumario, tendiente a una inmediata protección judicial sobre la inactividad formal.

Es el costado de la eficacia y autoridad de la sentencia de amparo por mora aquel aspecto que debe apuntalarse con mayor firmeza ¹³⁶. La virtualidad jurídica de la sentencia a dictarse en el proceso de amparo por mora es operar en la perspectiva estrictamente formal del oportuno despacho de un procedimiento administrativo y no comporta juzgamiento alguno respecto a lo sustancial o a la fundabilidad intrínseca de la pretensión del particular ni sobre la procedencia del ejercicio de las competencias materiales de la Administración ¹³⁷.

de la respuesta al pedido de informe sobre la mora denunciada razón alguna que justifique la falta de pronunciamiento, resulta ajustado a derecho dictar la orden de pronto despacho

¹³⁵ En el mismo sentido, el art. 5° inc. 3 de la ley 8508 de Córdoba, art. 110 ley 971 de Formosa, art. 95 ley 951 de La Pampa, art. 28 ley 1260 de Santa Cruz. Lo que parece apropiado porque significaría dilatar la tutela solicitada.

¹³⁶ Conf. Pedro ETCHEVERRIGARAY, "Eficacia al amparo por mora. Entre el derecho de petionar y la ética pública", *LL*, t. 2007-A, pág. 250.

¹³⁷ *CContAdmTuc.*, Sala II, 27/2/97, "Previsa S.R.L. vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ amparo por mora".

De ahí que otra de las cualidades que debe destacarse en las sentencias dictadas en un amparo por mora es su actualidad, la que deberá determinar un plazo para que la Administración decida sobre las cuestiones que se le planteen. En consecuencia, la jurisprudencia tucumana ¹³⁸ determina que cuando ya exista la decisión administrativa, la pretensión de emplazamiento, motivo de la demanda, deviene inactual o abstracta. La inactividad debe cesar luego de la sentencia.

6.e.1. Respecto de la posibilidad de interponer recursos contra la sentencia

Dictada la sentencia de orden judicial de pronto despacho, el art. 70 CPCT indica que: “*La decisión del Tribunal es inapelable*”. De lo que se advierte que esto resulta por sí mismo imposible jurídicamente, en razón de que la Cámara en lo Contencioso Administrativo en Tucumán es un tribunal de única instancia. En consecuencia, no cabe ninguna apelación y, es por ello, que se proclama una reforma del texto legal a fin de que se utilicen términos adecuados, ya que cuando el mencionado art. 70, tercer párrafo, expresa que “... *la decisión del tribunal*” (debería decir presidente del tribunal) “*es inapelable*” (debería decir es “irrecurrible”) ¹³⁹.

Así, respecto de la posibilidad de interponer recursos contra la sentencia que acoja o no el amparo por mora, se responde afirmativamente, pues se trata de una nueva petición de tutela jurídica contra una resolución que no la ha otorgado en todo o en parte. De acuerdo al art. 76 CPAT cabe la interposición del recurso de aclaratoria. Asimismo, de acuerdo al art. 813 CPCCT, es posible articular recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia.

¹³⁸ CContAdmTuc., 23/12/91, “Loza, Nicolás Rolando vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ amparo por mora”.

¹³⁹ Verónica B. USANDIVARAS, *Código Procesal Constitucional...* ob. cit., pág. 3.

6.e.2. *Las costas judiciales*

En cuanto a la condena en costas judiciales, se sigue el criterio impuesto en el art. 106 CPCCT¹⁴⁰ que las establece a cargo de la parte vencida. Sin embargo, desde la perspectiva de análisis asumida en el apartado 4 de este capítulo, por la que se concibe al amparo por mora como una especie de amparo, y, en razón de esa circunstancia, procede acudir, para la resolución de las cuestiones no previstas en la normativa específica, a la aplicación supletoria de la legislación general vigente en materia de amparo.

En lo referente a la cuestión de las costas, el art. 26 CPCT fija los parámetros para su imposición en los procesos de amparo por mora y establece que las costas están a cargo del perdedor en el mencionado proceso, siendo también responsable solidario el agente inactivo¹⁴¹.

En ciertos casos, la jurisprudencia¹⁴² indica que sería inequitativo que en el *subjudice*, el afectado por la demora tenga que abonar las mismas, ya que él debió recurrir a los estrados judiciales con motivo del incumplimiento por parte del poder central de una de sus obligaciones primigenias.

También puede ocurrir que la Administración se expida sobre el fondo del asunto “... *antes de la sentencia*”, por lo que la cuestión se torna abstracta y procede al archivo de las actuaciones. Esta sería la mejor de las posibilidades ya que, de última, se lograría el efecto persuasivo bregado. En este caso, si bien cesó el estado de mora invocado y la controversia se

¹⁴⁰ CContAdmTuc., Sala II, 31/10/06, “Martínez Páez, Pedro Ernesto vs. Superior Gobierno de la Provincia s/ Amparo por mora”; con igual criterio, CContAdmTuc., Sala II, 10/4/06, “Coria, Raquel Inés vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ Amparo por mora”

¹⁴¹ CContAdmTuc., Sala III, 27/2/07, “Gusmerotti, Pablo Miguel y otra vs. Provincia de Tucumán -Sec. de Educación- y otros s/Amparo por mora”, dispuso aplicar el criterio del art. 26 CPCT imponiendo costas no sólo al órgano administrativo moroso sino también a la persona del funcionario.

¹⁴² CContAdmTuc., Sala III, 28/6/96, “Crivillón, Roberto vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Amparo por mora”.

diluyó, los tribunales locales ¹⁴³ entienden que corresponde imponer las costas a la autoridad administrativa demandada aun cuando se hayan despachado estas actuaciones con posterioridad a la interposición de la demanda, sin brindar en el informe explicaciones sobre la inactividad que precedió a la interposición de esta acción de amparo, limitándose a detallar los trámites cumplidos. En consecuencia queda confirmada la necesidad de promover esta demanda judicial para provocar el impulso del trámite.

6.e.3. Aplicación de astreintes

En el supuesto de incumplimiento a la orden judicial de pronto despacho, la norma local enuncia distintas posibilidades como poner en conocimiento al superior jerárquico a los efectos de la determinación de una responsabilidad disciplinaria o la intervención de la justicia penal por la comisión del delito de desobediencia judicial. Éstas se encuentran destinadas a repudiar la resistencia de la autoridad condenada y a compeler en el cumplimiento de la obligación de tramitar y expedirse.

Pero, además, el art. 70 CPCT “... *faculta al Tribunal a aplicar, a petición de partes, las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes al cumplimiento de su decisión, cuyo importe es en beneficio de la parte perjudicada por el incumplimiento. La condena será graduada prudencialmente por el Tribunal de acuerdo a las circunstancias del caso y a la entidad de la desobediencia, previa intimación, bajo apercibimiento por el término de cinco (5) días*”.

Estas sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas son las astreintes, las cuales suelen ser las que presentan una mayor efectividad para mover a la Administración renuente a pro-

¹⁴³ CContAdmTuc., Sala II, 31/10/06, “Pasteri, Luis Alberto vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (Subsidio de Salud) s/ Amparo por mora”. En igual sentido, CContAdmTuc., Sala III, 19/9/07, “Luján, María Emilia vs. Provincia de Tucumán s/ Amparo por mora”.

nunciarse ¹⁴⁴ y su finalidad se encamina a persuadir a la parte condenada para ejecutar una obligación de hacer.

Curiosamente, en este punto, la norma provincial establece una excepción en la aplicación de las mismas cuando el particular se encuentre en condiciones de optar por la técnica de configuración silencial. Adviértase que el art. 70 CPAT *in fine* indica que “... en el supuesto de quedar expedita la acción judicial por aplicación del artículo 19 (hoy art. 21) de la Constitución Provincial, no serán de aplicación las sanciones previstas en el presente artículo”. Con esto se desdibuja la posibilidad de forzar a la Administración a acatar la orden de pronto despacho ¹⁴⁵.

Ello genera un mayor rigor interpretativo de esta norma legal frente a la letra del art. 21 CT que asigna carácter facultativo a la opción y beneficio del particular al considerar el silencio con sentido denegatorio. Y es en esta cuestión, donde se divisa la intención de la jurisprudencia provincial de armonizar ambas disposiciones en pos del carácter tuitivo de la acción de amparo por mora y la virtualidad de la sentencia de condena e indica en algunos precedentes ¹⁴⁶ que “es indudable que la sanción pecuniaria está inescindiblemente vinculada a la suerte de la orden de pronto despacho (...) La virtud coactiva del amparo por mora depende vitalmente de la sanción pecuniaria y no puede entenderse terminado el proceso mientras no sea acatada la orden de pronto despacho y superada la reticencia o morosidad administrativa”.

El esfuerzo salomónico de compatibilizar la norma legal con la constitucional condujo, sólo ante la petición expresa

¹⁴⁴ Marcos Patricio ARIAS AMICONE, “Las astreintes en el amparo por mora en la Provincia de Tucumán”, *LL*, Suplemento Noroeste, julio, 2004, pág. 1205.

¹⁴⁵ Conf. Marcos Patricio ARIAS AMICONE, “Las astreintes...”, *ob. cit.*, pág. 1205.

¹⁴⁶ CContAdmTuc., Sala II, 15/2/99, “Rodríguez Rey, Juan José vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora”; del mismo tribunal, 18/9/06, “Gandur de Suárez Ordoñez, María Isabel vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Amparo por mora”.

del particular -litigante vencedor-, a habilitar la imposición de astreintes. En este sentido, la jurisprudencia ¹⁴⁷ postula "... buscando una solución que concilie la voluntad legislativa de limitar la conminación de la orden de pronto despacho con el derecho del particular a que la Administración exprese motivadamente por instrumento idóneo su voluntad concreta en un procedimiento administrativo, consideramos que en principio las sanciones conminatorias proceden en vía de petición, mas no en vía de recurso, y que suponen además la perduración y eficacia del reclamo administrativo previo como instrumento de preservación del derecho subjetivo o interés legítimo que se alega conculcado".

7. Conclusiones del capítulo

El amparo por mora es una técnica de reclamación en sede judicial contra la inactividad administrativa formal. Tiene un ámbito de aplicación muy específico referido a la falta de competencia decisoria y, en general, a las omisiones incurridas en el procedimiento administrativo que exceden los plazos constitucionales, legales, reglamentarios o pautas de razonabilidad y comprende tanto los trámites instructorios como el acto final o resolutorio, ya que procura la emisión del dictamen, actos interlocutorios o definitivos.

¹⁴⁷ CContAdmTuc., Sala II, 27/2/98, "Martín, Salvador Manuel vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/contencioso administrativo"; del mismo tribunal, 15/4/98, "Pereyra, Ernesto Raymundo vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora"; 6/3/01, "Montenegro, Alberto Ramón vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán"; 4/5/01, "Complejo Barrancas Coloradas vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora"; 5/7/01, "Sucesión de Patracca Antonio vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora"; 18/10/01, "Hortt, Fernando Jesús vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora" y; 26/11/02, "Luján, Luis Eduardo vs. Comuna de San Pablo y Villa Nougés s/ amparo por mora".

Concede una efectiva tutela judicial al derecho de recibir una respuesta expresa, pronta y motivada ante una petición presentada ante la Administración.

Más allá de algunas terminologías ensayadas, la denominación con la que generalmente se conoce a este instituto es demostrativa tanto de su acción como de sus efectos, ya que se concede, en favor del particular, una protección o amparo contra la mora objetiva, lesiva a derechos subjetivos e intereses legítimos, a través de un procedimiento bilateral, sencillo y sumario que culmina con la orden judicial de pronto despacho sobre la actuación administrativa debida.

La intervención jurisdiccional se limita a tutelar el perjuicio generado por la demora o inacción que lesiona los derechos al debido procedimiento adjetivo; el derecho de peticionar a las autoridades no sustituye ni direcciona la expresión volitiva de la Administración, ni menos aún excusa o libera a ésta de su deber positivo declarativo.

El amparo por mora es una técnica consolidada, práctica; su articulación no es excluyente ni incompatible con las otras técnicas analizadas en este trabajo. Su misión es enfrentar la morosidad y prácticas burocráticas alejadas del estándar de una buena administración ajustada a la juridicidad mediante la sentencia de condena de pronto despacho.

CAPÍTULO VIII

LA TÉCNICA RESARCITORIA

1. Introducción al capítulo

Advertida en los capítulos anteriores la inactividad como una conducta disvaliosa de la Administración y expuestas varias de las técnicas jurídicas al alcance de los administrados, para que de acuerdo con sus pretensiones puedan ser empleadas indistintamente, se considera que la tutela de los derechos vulnerados no sería completa si se contemplaran únicamente los instrumentos legales para sortear el estado de inacción, sino que es justo que el afectado por la inactividad administrativa pueda reclamar un adecuado resarcimiento de todos los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de aquélla.

El principio originario de la irresponsabilidad estatal fue cediendo lenta y trabajosamente a la par que se transformaron correlativamente las nociones de Estado, de soberano y de poder público¹; tanto que hoy constituyen la excepción².

Por eso, ahora, el instituto de la responsabilidad del Estado es aplicado como una técnica de tutela en favor del par-

¹ María Graciela REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, pág. 2.

² Véase Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de... ob. cit.*, t. IV, pág. 718.

ticular a través de una indemnización en metálico³. En este sentido, la responsabilidad patrimonial por la inactividad administrativa conlleva en sí misma un principio de orden que es muy sano para la buena marcha de la Administración.

Tal como se proclamó en junio de 2000 en las “Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y Funcionario Público”, realizadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴, no hay materia más importante en el Derecho Público que la responsabilidad⁵, lo cual también constituye un medio de garantía y un elemento de seguridad social⁶.

Sin embargo, como constituye una materia sumamente delicada⁷, corresponde asumir un análisis cauteloso sobre el tema, en el que deben existir pautas precisas y orientadoras en la determinación de la responsabilidad por inactividad porque no cualquier omisión o inacción puede generar la obligación de reparar. No es posible extender sin límites la responsabilidad del Estado, ni menos condenar la responsabilidad de éste como garante de pago ante la posible inejecución de una sentencia de condena pecuniaria a un particular. Tampoco resignar la tutela resarcitoria⁸.

³ Conf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso... ob. cit.*, t. 2, pág. 452.

⁴ Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Universidad Austral, Buenos Aires, 28, 29 y 30 de junio de 2000.

⁵ Véase disertación de Luis Martín REBOLLO, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado” en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, págs. 15 a 28.

⁶ Bajo el mismo espíritu, Graciela B. RITTO, “Un fallo ejemplificador sobre la responsabilidad del Estado por omisión. A mayor responsabilidad del Estado, mayor seguridad jurídica”, *LL*, Suplemento Córdoba, marzo, 2007, pág. 133, considera que a través del instituto de la responsabilidad se reafirma el rol del Estado como garante de la seguridad jurídica.

⁷ Conf. Pedro J.J. COVIELLO, “La responsabilidad del Estado en el fuero contencioso administrativo federal”, en VV.AA., *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pág. 525.

⁸ Porque, como observa Beltrán GAMBIER, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”,

En las siguientes páginas se determinará el ámbito de comprensión del instituto de la responsabilidad del Estado como una técnica resarcitoria frente a la inactividad administrativa, los diversos aspectos que permiten la operatividad de la misma, como ser, su fundamento normativo, factor de atribución, presupuestos de admisibilidad, alcance del resarcimiento y la prescripción de la acción.

Asimismo, a lo largo del desarrollo del capítulo se hará referencia a casos jurisprudenciales, nacionales y de la Provincia de Tucumán, destacando el criterio de los tribunales para admitir la responsabilidad del Estado por la inactividad administrativa.

2. Evolución hacia el reconocimiento de la responsabilidad de la administración por su inactividad

La acción de responsabilidad frente a las inactividades públicas, sean éstas materiales o formales, constituye una conquista del Estado de Derecho de la segunda mitad del siglo XX y uno de los últimos reductos de las inmunidades o impunidades del Poder. Temática que nuevamente transporta al rol de las Administraciones Públicas contemporáneas, a las funciones que les competen en orden a la intervención y defensa de los intereses particulares o generales de la comu-

LL, t. 1990-E, pág. 617: “Si bien es cierto que el Estado tiene a su cargo, por ejemplo, la seguridad de los ciudadanos, su educación, la preservación de su salud, la defensa de la Nación y otros cometidos que se han cargado sobre sus espaldas a partir de su intervención en la economía, ello no significa que la no consecución de esos fines, incluso aparejando con ello daños a los particulares, nos coloquen frente a supuestos de responsabilidad estatal”. También, la CNContAdmFed., Sala IV, 7/10/99, “Amiano, Marcelo E. y otro vs. Estado Nacional -Ministerio de Justicia” postula que se debe ser muy cauto cuando se trata de responsabilizar al Estado por actos omisivos evitando pretender exageraciones en su aplicación, pues otro criterio puede conducir a conclusiones absurdas.

nidad. Con frecuencia, una significativa porción de los daños que padece el hombre moderno, a raíz de las aglomeraciones urbanas y del desarrollo de los sistemas de transporte, obedece a omisiones de los gobernantes⁹.

El hito del reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad lo constituye el célebre caso “Tomás Devoto Cía. Ltda. S.A.”¹⁰, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 1933, a través de un fallo pretoriano, sorteando los arts. 36 y 43 CC que imposibilitaban la responsabilidad de la persona jurídica estatal, mediante la aplicación de los arts. 1109 y 1113 CC consagró el deber de abonar los daños y perjuicios en el campo incendiado de la sociedad demandada por parte de unos empleados del telégrafo por omitir apagar correctamente unas brasas¹¹.

En 1938, con la sentencia recaída en autos “Ferrocarril Oeste vs. Provincia de Buenos Aires”¹², que se trató de un error cometido al expedir un certificado por el Registro de Propiedad de la ciudad de La Plata, el Alto Tribunal de la Nación orientó la justicia del caso hacia los arts. 1109 y 1112 CC, donde se establece que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para cumplir con el fin para el que fuere establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el Derecho Público, la regla enunciada se encuentra fundada en razones de justicia y equidad.

⁹ Conf. Juan Carlos CASSAGNE, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 45.

¹⁰ *Fallos* 169:11 (1933), consid. 3º.

¹¹ También es reconocido como valioso el comentario a ese fallo efectuado por Rafael BIELSA, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, *JA*, t. 43, pág. 416, quien expresó: “*La Corte Suprema acaba de declarar la responsabilidad del Estado*”.

¹² *Fallos* 182:5 (1938), consid. 5º.

Mucho tiempo después, *in re* “Romero, Guillermo vs. Provincia de Santa Fe”¹³, se condenó la responsabilidad por la omisión en el informe del Registro Inmobiliario de la existencia de un embargo, puesto que el tribunal consideró que la garantía individualizada en el embargo constituía por sí un daño cierto y no eventual que debía indemnizarse.

En “Vadell”¹⁴, también un caso derivado de un equívoco registral, la Corte Nacional consagró definitivamente como fundamento normativo de la responsabilidad del Estado al art. 1112 CC. Por lo tanto, a partir de lo expresado como *holding* en este precedente, se allana el camino para reconocer la responsabilidad por la inactividad administrativa, admitida como objetiva y directa porque los funcionarios, en el ejercicio de su funciones o en ocasiones de ella, son órganos del Estado y, por consiguiente, lo que ellos hacen o dejan de hacer se imputa a éste mediante la aplicación de la teoría orgánica.

La Administración Pública se manifiesta a través de sus centros de competencias que atribuyen su actividad a la organización. Interesa la concepción del órgano como una abstracción directamente tributaria del dogma de la personalidad jurídica del Estado. Von Gierke, siendo el año 1883, en Alemania expone por primera vez la formulación de que los servidores del Estado no deben reputarse personas ajenas al mismo, representantes; antes bien, se incrustan en la organización estatal como parte integrante de ella. De tal manera, el agente forma parte de la Administración y se trata de una imputación directa¹⁵.

¹³ Fallos 307:1233 (1985).

¹⁴ Fallos 306:2027 (1984), consid. 5º.

¹⁵ Al respecto, Blanca A. HERRERA DE VILLAVICENCIO, en VV.AA., *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pág. 248, explica que la Corte Suprema de Justicia de Tucumán recepta el criterio de que los agentes públicos se dividen en dos categorías: a) funcionarios que manifiestan la voluntad orgánica del Estado y b) empleados públicos que son simples ejecutores de las tareas que se les asignan, sin tener poder de decisión y que, por tanto, revis-

A su vez, el art. 1112 C.C. se presenta como una norma de reenvío porque, para determinar la inactividad o la omisión del cumplimiento del deber jurídico del agente público, obliga a remitirse a las normas que constituyen la fuente de atribución de competencia como génesis del ejercicio obligatorio de aquélla. Y esta determinación de la obligación legal exigible, constituye de vital utilidad para verificar la procedencia de la técnica resarcitoria, la cual queda comprendida dentro del instituto de la responsabilidad estatal.

3. Comprensión del instituto de la responsabilidad del Estado como una técnica resarcitoria frente a la inactividad administrativa

Resarcir, del latín *resarcire*, significa indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio¹⁶ restableciendo, por la justicia distributiva, la situación jurídica del particular¹⁷. Se trata, por lo demás, de la aplicación de un principio reconocido por el derecho constitucional argentino que estatuye que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 CN), la garantía del derecho de propiedad (art. 17 CN), el respeto por los derechos adquiridos (arts. 14 a 20 CN) y por la razonabilidad (art. 28 CN), dado que el Estado no puede alterar aquéllos so pretexto de reglamentarlos¹⁸.

ten el carácter de meros dependientes, entendiendo que las previsiones contenidas en el art. 1112 CC no son aplicables a estos últimos, sino que se encuentran comprendidos en las disposiciones contenidas en el art. 1113 CC y el Estado debe responder por un deber de garantía y no por la existencia de falta de servicio.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁷ Conf. Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...* ob. cit., t. 1, pág. 277.

¹⁸ Conf. María Graciela REIRIZ, "Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado", en VV.AA., *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Las bases constitucionales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág. 254.

La no ejecución, injustificada, de las potestades públicas por parte de quienes las tienen atribuidas constituye una situación de inactividad por la que -bajo determinadas condiciones- cabe responder¹⁹. Pero, a su vez, el deber omitido debe ser una verdadera obligación, un deber concreto y no un deber que opere en dirección genérica o difusa²⁰.

Verificando la casuística en la materia, se advierte que la mayoría de las omisiones tienen sus raíces, precisamente, en el hecho de no haberse adoptado ciertas decisiones, de manera especial en el ejercicio de la policía administrativa²¹, de naturaleza preventiva²² o de fiscalización²³ y has-

¹⁹ Conf. Carlos BOTASSI, "Responsabilidad del Estado por omisión" en *Documentación Administrativa*, N° 269-270, mayo-diciembre, 2004, pág. 326

²⁰ José Luis CORREA, "Responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mendocina", *LL*, t. 2004-C, pág. 156. Opina lo contrario, Javier Indalecio BARRAZA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 123, quien considera que "... la obligación no sea concreta y determinada no autoriza a sostener que el Estado no deba responder", sino que la generalidad -para él- obedece a la particularidad de las normas, que deben ser generales, impersonales, abstractas y objetivas, por lo que deja librada la determinación de responsabilidad, su concretización y delimitación, al prudente criterio judicial.

²¹ *Fallos* 312:2138 (1989), "Ruiz, Mirta E. y otros vs. Provincia de Buenos Aires". Se trató de una demanda por los daños y perjuicios derivados de la muerte de una persona, en contra de la Provincia de Buenos Aires, producida como consecuencia de la colisión con un caballo suelto en una ruta provincial por la que aquélla circulaba conduciendo su automóvil. La Corte Suprema, en el consid. 5º, resolvió que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resultó suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte. Igual criterio se reiteró en situaciones fácticas similares en *Fallos* 323:305 (2000), 323:318 (2000), 327:6021 (2004).

²² *Fallos* 315:2835 (1992), "Posse, José Daniel vs. Provincia de Chubut y otros". Un joven nadador realizaba sus prácticas en las playas de Puerto Madryn utilizando las torres construidas por la Municipalidad a unos cien metros de la rambla. En uno de esos saltos, el actor no advirtió que el nivel de agua había retrocedido, por lo que sufrió lesiones considerables. Solicitó la reparación en contra del Municipio de la ciudad por ser quien había instalado las torres y debía custodiarlas; además, porque había omitido señalar el

ta cuestiones ambientales ²⁴. Al respecto, cabe recordar la conmovedora “tragedia de República de Cromagñon” en la que, a raíz de la muerte de centenares de personas por un incendio en un local bailable o de exhibición de cuadros musicales en vivo, se evidenciaron varias negligencias, falta de previsión y soluciones de organismos públicos, los que de haber actuado antes (en la verificación de las condiciones del lugar, en el cumplimiento de las medidas de seguridad, en la fiscalización) y después de ocurrido el siniestro (como en la adecuada información a los familiares de las víctimas, agilización en la entrega e identificación de cadáveres, en la indagación de las causas reales y determinación de los funcionarios públicos que no cumplieron con las obligaciones de control a su cargo) este resultado no se hubiera producido o los efectos hubieran sido menores. De ahí que se exponga que la responsabilidad por omisión está inmersa en

lugar como peligroso para los bañistas. También demandó a la Provincia, dueña de las playas. La CSJN hizo parcialmente lugar a la demanda, entendiendo que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos.

²³ *Fallos* 381:2002 (1995), “Badin, Rubén y otros vs. Provincia de Buenos Aires”. La Corte hizo lugar a la demanda de daños promovida por dos internos de la cárcel de Olmos ocasionados por un incendio. El Tribunal consideró que la Provincia era responsable por haber omitido adoptar las medidas conducentes para cumplir los fines de naturaleza constitucional (art. 18 CN) y las obligaciones que ellos generan. También *Fallos* 326:1269 (2003)

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/5/08, “Altube, Fernanda Beatriz y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otros”. Se trató de una acción de amparo por daño ambiental colectivo promovida por un grupo de personas domiciliadas en la Provincia de Buenos Aires ante la Corte Suprema, contra la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires, los municipios ribereños y diversas empresas, en virtud de las acciones y omisiones que, a criterio de los actores generó la contaminación de las cuencas de los ríos Reconquista y de La Plata y del acuífero Puelche, también la recomposición *in pristinum* de tales recursos ambientales, más el pago de una indemnización de daños y perjuicios.

el mundo del deber ser ²⁵ o, en otros términos, en lo que debió ser y no fue.

En estas ocasiones, la responsabilidad opera como técnica resarcitoria dado que el afectado pretende una reclamación pecuniaria con el objeto de reparar los daños ocasionados por la inactividad, de modo de recomponer el desequilibrio producido al sujeto damnificado, reestableciendo las relaciones de igualdad de éste respecto de los demás miembros de la comunidad. En este punto existe una obligación de restituir que será determinada por el juez, partiendo de la base de la entidad del daño y de la posición de la víctima ²⁶.

Pero, además, habrá que efectuarse una valoración contextual general para verificar, en cada caso particular, el alcance de la obligación cuya inactividad se reprocha a la Administración ²⁷.

De esta forma, se considera que la implementación del resarcimiento propende, en cierta medida, a la optimización de la gestión administrativa a través de un sistema de garantía que consolida la seguridad social y juega también un pa-

²⁵ Conf. Guillermo MUÑOZ, "Responsabilidad del Estado por omisión", en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 91.

²⁶ Eduardo SOTO KLOSS, "La responsabilidad pública: enfoque político. Un retorno a la idea clásica de restitución", *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Ediciones Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, 1982, pág. 40.

²⁷ Por ello, Pablo E. PERRINO, "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita", *ED*, t. 185, pág. 497, advierte que la cuestión nos introduce a una materia de suma complejidad "como es la relativa a los estándares medios de calidad de los servicios". O, como lo exponen Susana Elena VEGA y María Josefina ROTAECHE, "La falta de servicio: Un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso Mosca" en VV.AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 315 y 316, la valoración sobre la adopción de medios razonables para el cumplimiento del servicio de acuerdo a las especiales particulares circunstancias de modo, tiempo y lugar que representan, en cada caso, un "... estándar de rendimiento medio del servicio".

pel pedagógico adicional para la Administración, que se supone que aprenda para evitar en el futuro ser condenada²⁸.

En consecuencia, se comprende al instituto de la responsabilidad del Estado como una técnica resarcitoria frente a la inactividad administrativa en el cual se aplica un principio de correlación entre el daño y la indemnización, cuyos aspectos de aplicación serán analizados en el siguiente punto.

4. Aspectos de la técnica resarcitoria

4.a. Fundamento normativo

Marienhoff²⁹ encuentra fundamento de la responsabilidad estatal en el Estado de Derecho y sus postulados, cuya finalidad es proteger el Derecho. Expresa que éstos forman un complejo que tiende a lograr la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los administrados.

Cassagne³⁰ considera que el fundamento del deber de reparar del Estado se encuentra más allá de un encuadre a una norma del Derecho positivo actual, sino que el mismo se halla en un principio de Derecho natural inherente a la naturaleza social del hombre, que es el principio de restablecimiento del equilibrio Administración-administrado.

²⁸ Conf. Luis Martín REBOLLO, "Los fundamentos...", ob. cit., pág. 22.

²⁹ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de...* ob. cit., t. IV, pág. 698.

³⁰ Juan Carlos CASSAGNE, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", *ED*, t. 99, pág. 944. También, Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo...* ob. cit., t. 1, pág. 276, dice que: "No se trata sólo de hallar un fundamento estrictamente positivo sino de establecer cuál es el principio general de derecho público en que se funda la responsabilidad estatal, se halle él incorporado o no al ordenamiento. Este principio no es otro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados al Estado".

De igual manera, desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación³¹ se afirma que "... aun cuando no hay acuerdo en cuanto a la fuente inmediata de regulación legal de la responsabilidad del Estado por el daño causado sin culpa a los particulares, ello no obsta a su admisión fundada en la directa aplicación de principios constitucionales", definiéndose en "Barreto"³² a favor de que la regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado corresponde al Derecho Administrativo.

Sin embargo, dada la incorporación de los tratados internacionales al Derecho interno (art. 75 inc. 22 CN), Salomoni³³, efectuando una interrelación entre ambos ordenamientos, considera que en caso de conflicto entre ambos debe entenderse aquél como Derecho prevalente e interpreta que los arts. 1º y 2º del Pacto de San José de Costa Rica constituyen el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por omisión en el Derecho interno argentino.

Comadira y Canda puntualizan que el Estado debe responder cuando su omisión, pese a no vulnerar ningún mandato legal explícito, deje sin atención un interés normativamente relevante, se presente una necesidad de ac-

³¹ *Fallos* 315:970 (1992), consid. 5º del voto en disidencia de los Dres. LEVENE (h), FAYT y BARRA.

³² *Fallos* 329:759 (2006), consid. 10. En el comentario efectuado a la sentencia por Alejandro PÉREZ HUALDE y Ernesto N. BUSTELO, "Barreto: La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales", *LL*, t.2006-E, pág. 264, remarcan la trascendencia de la misma al ubicar el "instituto de la responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales", ya que ésta reafirma la competencia legislativa de las Provincias y la Nación, cada una en su ámbito, para establecer el régimen de responsabilidad del Estado en el campo del Derecho Público.

³³ Véase, Jorge L. SALOMONI, "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., págs. 1361 y 1362, quien incorpora esta visión del derecho prevalente dentro del concepto de inactividad, asumiendo una faz cualitativa y cuantitativa en la comprensión de los derechos humanos.

tuar para tutelar dicho interés y exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se obtiene³⁴.

En el Derecho Público vigente en la Nación o en la Provincia de Tucumán³⁵ no existe una norma que regule la responsabilidad del Estado en general ni la responsabilidad por la inactividad administrativa. En este caso, cabe asumir una plenitud hermenéutica del Derecho³⁶.

La aplicación del Código Civil al Derecho Administrativo puede originarse en aquellas situaciones en las cuales un caso no se encuentra dentro de la norma que lo rige. Esta situación era denominada por Linares³⁷ como el caso no previsto.

El art. 16 CC establece: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. El punto será determinar si la cuestión civil que plantea la

³⁴ Julio R. COMADIRA y Fabián O. CANDA, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos inter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)”, *LL*, t.1996-A, pág. 600.

³⁵ Beltrán GAMBIER y Pablo E. PERRINO, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado”, *JA*, t. 1996-IV, pág. 794, clarifican que la regulación sobre la responsabilidad estatal es local, por lo que las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión. En la Provincia de Tucumán, el art. 67, inc. 22, CT determina como una atribución de la legislatura local la elaboración de una ley sobre responsabilidad de los funcionarios públicos.

³⁶ Conf. María Graciela REIRIZ, “Responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *El Derecho Administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pág. 221.

³⁷ Juan Francisco LINARES, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976, págs. 18 y 19, considera que el caso no previsto es cuando aquél no encuentra en la norma que lo rige un presupuesto que lo haga aplicable, por carecer o ser insuficiente la endonorma (que establece la prestación) o la perinorma (la sanción).

norma es extensible al Derecho Administrativo³⁸. En otros términos, cabe descifrar si en el Código Civil se puede encontrar el fundamento normativo de la responsabilidad del Estado, en general, y de la responsabilidad por inactividad, en particular.

Marienhoff³⁹ afirma que hay dos maneras de utilizar al Derecho Administrativo, las normas o principios del Derecho Civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del Derecho y la otra consiste en considerar determinadas normas del Derecho Civil con expresión de una norma jurídica general y, por lo tanto, no limitada al Derecho Civil y válida directamente para el Derecho Administrativo. Reiriz⁴⁰, a la cuestión antes planteada, considera que sí es posible. Según Gordillo, cuando el Derecho Administrativo toma principios del Derecho común no los mantiene con sus caracteres esenciales⁴¹.

Se observa en el Código Civil argentino la existencia de dos disposiciones de interés. Por un lado, el art. 1074 CC establece que *“toda persona que por **cualquier omisión** hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable sola-*

³⁸ Ampliar, Guido J. DUBINSKI, “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de responsabilidad del Estado y la aplicación analógica o subsidiaria del Código Civil al Derecho Administrativo”, *RAP*, N° 356, 2008, pág. 90.

³⁹ Ampliar Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado...* ob. cit., t. 1, págs. 170 y 171.

⁴⁰ María Graciela REIRIZ, “Responsabilidad...”, ob. cit., págs. 221 y 224, afirma que la cuestión tiene norma aplicable y solución legal a través de la aplicación analógica del Derecho Civil al Derecho Administrativo, la que exige realizar una tarea previa de adaptación de aquél a las normas y principios del Derecho Público. En el mismo sentido, René Mario GOANE, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público en la Provincia de Tucumán. Algunas reflexiones” en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 522, se pronuncia por la aplicación analógica del Código Civil.

⁴¹ Véase Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t.1, pág. VIII-2.

mente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el **hecho omitido**"⁴² (lo destacado es propio).

Por otro lado, el art. 1112 CC, indica a "... las **omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas...**" (lo destacado es propio)⁴³.

A su vez, sobre la conjugación armónica de ambas normas, se encuentran varias opiniones de la doctrina.

Según Marienhoff⁴⁴, el art. 1074 CC rige genéricamente en materia de responsabilidad del Estado, mientras que el 1112 CC se aplica de modo específico a los supuestos de omisión comprendidos en él y, por lo tanto, a aquél se lo considera el fundamento formal de la responsabilidad extracontractual del Estado por sus abstenciones. En igual sentido se expide Mertehikian⁴⁵.

Para Cassagne, la omisión antijurídica se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita

⁴² CNContAdmFed., Sala III, 27/11/01, "Gatti Hernan Alberto vs. BCRA s/ Daños y perjuicios", destaca que nuestra legislación tomó la posición sostenida en su momento por Aubry et Rau, siendo sólo responsable quien, por una disposición de la ley, está obligado a cumplir con el hecho omitido.

⁴³ Para Jorge Luis SALOMONI, "Responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil", en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 437, el art. 1112 CC se trata de una norma de carácter administrativo introducida al Código Civil. También, Juan Carlos CASSAGNE, "Las causas de atribución en la responsabilidad del Estado", en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pág. 348.

⁴⁴ Miguel S. MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, págs. 1108 y 1109, quien alega que las reglas de la falta de servicio tendrían vigencia sólo en materia de servicios públicos y de función pública, pero no la tendría en materia de otros ilícitos omisivos.

⁴⁵ Eduardo MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, pág. 252.

(art. 1074 CC) y no de un deber genérico o difuso. Se trata de una responsabilidad objetiva cuyo fundamento radica en el principio de igualdad (extensivo a todo el ámbito de la responsabilidad estatal) y se aplica la noción de falta de servicio que acoge el precepto contenido en el art. 1112 CC ⁴⁶.

Gambier afirma que la cuestión debe ser abordada dentro del concepto de falta de servicio y analizarse en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada, especialmente, cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño. Se evita con ello el riesgo de aplicar el art. 1074 CC, en forma indiscriminada, lo que provocaría resultados disvaliosos que colocarían al Estado en un rol de asegurador y garantizador de la satisfacción de ciertas necesidades colectivas ⁴⁷.

Gordillo ⁴⁸ considera que la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una obligación legal de cumplir el hecho omisivo (art. 1074) sino que resulta necesario concordar dicha norma con lo establecido por el art. 1112 CC.

De lo expuesto se infiere que ambas disposiciones (arts. 1074 y 1112 CC) constituyen el fundamento normativo para reclamar el resarcimiento de los perjuicios derivados de la inactividad administrativa. De ellos, se extrae el recaudo de la antijuridicidad como presupuesto del deber de responder.

4.b. Factor de atribución

El factor de atribución es el fundamento que se toma en consideración para justificar la responsabilidad o bien la razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sin-

⁴⁶ Juan Carlos CASSAGNE, "Las grandes líneas de la evolución...", ob. cit., págs. 45 y 26 .

⁴⁷ Beltrán GAMBIER, "Algunas reflexiones...", ob. cit, pág. 617.

⁴⁸ Agustín GORDILLO, *Tratado...* ob. cit., t. 2, pág. XIX-14.

dicado como deudor ⁴⁹. Se relaciona con el interrogante acerca de por qué debe repararse ⁵⁰, sobre el que hay dos posibles respuestas, una subjetiva y una objetiva.

El factor de atribución subjetivo se funda en la culpa y el dolo. La antijuridicidad objetiva, en cambio, atiende a la acción que perjudica a los administrados, prescindiendo de la culpabilidad del agente ⁵¹.

En general, en el Derecho Público actual no se atiende a la idea de culpa o dolo basándose en el requisito de la antijuridicidad, que comprende el irregular funcionamiento de las atribuciones del Estado (sobre la idea de falta de servicio) y la existencia real del daño, en confrontación con el ordenamiento jurídico.

En particular, la falta de servicio permite la configuración como un factor de atribución objetivo en el que no es necesario individualizar al autor -funcionario o agente público- material del daño, sino que sólo importa si el servicio se prestó o no. Pero, en el caso de las omisiones públicas, no se puede dejar de condenar que ese “no servicio” constituye en sí mismo un perjuicio mayor que el de un actuar irregularmente ejecutado, en razón de que supone un grado mayor de negligencia e impericia y hasta desprecio por ejecutar la función asignada.

Fiorini ⁵² predica que la vieja fórmula civilista que dice que no hay indemnización si no existe culpabilidad, se

⁴⁹ CContAdmTuc., Sala III, 28/12/07, “Díaz de Rojas, Sara Argentina vs. Provincia de Tucumán s/daños y perjuicios”.

⁵⁰ Pablo E. PERRINO, “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 61.

⁵¹ Conf. Cecilia GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, “Responsabilidad del Estado por omisión”, *RDA*, t. 61, pág. 770.

⁵² Conf. Bartolomé FIORINI, *Manual de Derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1968, t. 2, pág. 1098.

transforma, en el Derecho Administrativo, por la regla de que todo daño injustamente ocasionado por el Estado debe ser resarcido. En este sentido, el dato de injusticia proviene de la ruptura del respeto por el derecho individual y la contradicción con la juridicidad.

Asimismo, se verifican distintas opiniones en favor de la objetividad y cada una aporta un matiz para su fundamentación.

Bandeira de Mello ⁵³ identifica la objetividad como factor de atribución de la responsabilidad del Estado como “culpa anónima” ya que, pese a que toda omisión involucra la falta de diligencia en el cumplimiento de lo impuesto o la deliberada intención de no hacerlo, ello sólo importará en el caso de indagar ante eventuales sanciones administrativas, patrimoniales o penales para la persona del funcionario.

Marienhoff ⁵⁴ advierte que la responsabilidad emergente del hecho o del acto de omisión o abstención es objetiva, puesto que toma esencialmente en cuenta el incumplimiento del deber, con prescindencia de la culpa. Es decir, en la objetividad no interesa indagar en las causas o en el ánimo subjetivo del agente que incurrió en omisión de sus tareas. Reiriz dice que se trata de un daño con falta del agente causal ⁵⁵ porque hay ausencia de voluntad. A favor de la responsabilidad objetiva también coinciden Botassi ⁵⁶ y Bustamante Alsina ⁵⁷.

La omisión de obrar generadora de la responsabilidad estatal se encuadra dentro del presupuesto de la falta de ser-

⁵³ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, “Responsabilidade extra contratual do Estado por comportamentos administrativos”, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Editorial de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, 1982, pág. 121.

⁵⁴ Miguel S. MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual...* ob. cit., pág. 1107.

⁵⁵ María Graciela REIRIZ, “Responsabilidad...”, ob. cit., pág. 228.

⁵⁶ Carlos BOTASSI, “Responsabilidad...”, ob. cit., pág. 331.

⁵⁷ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “¿La responsabilidad extracontractual del Estado es indirecta y subjetiva o directa y objetiva?”, *LL*, t. 1998-C, pág. 203,

vicio que se configura cuando la Administración no cumple sino de manera irregular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio (art. 1112 CC). Y esta responsabilidad es objetiva ⁵⁸.

En consecuencia, se percibe que al operador jurídico sólo le bastará confrontar el espacio de inactividad con la norma que fija una obligación positiva a cargo de la Administración porque la mora o el incumplimiento antijurídico constituye el sustrato material de la ilegitimidad objetiva.

En cambio, otra parte de la doctrina adopta un criterio diametralmente opuesto. Así, para Mertehikian, se trata de un sistema de responsabilidad basado en manera predominante en un criterio de atribución subjetiva ⁵⁹. También lo es para Muñoz ⁶⁰ y Hutchinson ⁶¹.

quien afirma que, por razones de buena administración de justicia en orden a la realización del valor “seguridad jurídica” y por el respeto que merece la apropiada y bien fundada doctrina jurisprudencial del más alto tribunal de Justicia de la Nación, los tribunales inferiores deben adoptar uniformemente el valioso precedente del caso “Vadell, Jorge F. vs. Provincia de Buenos Aires”.

⁵⁸ CNContAdmFed., Sala II, 11/02/99, “Lusquiños Horacio R. vs. Estado Nacional s/ daños y perjuicios”. Ante cualquier duda respecto de si un reglamento o una ley mandó o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 del CC lo soluciona afirmativamente aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, por lo que, si la omisión supone irregular ejercicio, hay responsabilidad

⁵⁹ Eduardo MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública...* ob. cit., pág. 274. Criterio precisado por el mismo autor en “La responsabilidad del Estado en el Derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso Friar S.A.”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pág. 81, al analizar que “... no es la falta del servicio entendida como culpa, sino la falta de servicio entendida como ausencia, carencia u omisión”, en la que se prioriza no una sanción a la Administración sino la restitución a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar el daño que la conducta lesiva le ha infringido”.

⁶⁰ Guillermo MUÑOZ, “Responsabilidad del Estado...”, ob. cit., pág. 93.

⁶¹ Criterio expuesto en su voto como magistrado en la CNContAdmFed., Sala V, 2/7/98, “Sykes, Violeta y otros vs. Banco Central de la República

Eliashev ⁶² considera que la noción de falta de servicio implica un factor subjetivo, valorativo, que conserva la idea de reproche, ya no a un accionar individual (con culpa o dolo) sino a un accionar de un órgano del Estado.

Gómez Puente ⁶³ predica que, cuando se trata de pasividad, omisiones e inactividad no es admisible la nota de objetividad, sino que no es distinguible ni separable de la idea de culpa, dado que aquí se infiere el carácter antijurídico o dañoso.

Por último, luego de la exposición realizada, se considera que en el caso de la responsabilidad del Estado por la inactividad administrativa como técnica de tutela, el factor de atribución es aún más objetivo, donde se destaca la lesión antijurídica, vale decir, el resultado dañoso a los derechos de los administrados frente el incumplimiento del deber legalmente impuesto de otorgar una prestación, de un hacer o dar una respuesta expresa y motivada ⁶⁴. La mora o demora es objetiva.

4.c. Presupuestos de admisibilidad

El reconocimiento de la responsabilidad estatal exige para su procedencia el cumplimiento, en simultáneo, de ciertos

Argentina”, estableciendo que debe aplicarse la teoría subjetiva de la responsabilidad “... mas que si el Estado no fue el autor del acto lesivo sólo le puede caber responsabilidad si incumplió su deber legal que le imponía el evento lesivo. En estos casos de conducta antijurídica por omisión, la responsabilidad tendrá base subjetiva salvo que el propio derecho le regule como responsabilidad objetiva”.

⁶² Nicolás ELIASHEV, “ La teoría del órgano en un trascendente fallo de la Corte sobre responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*, Tomás HUTCHINSON (director), Buenos Aires, La Ley, Serie de libros universitarios, 2003, pág. 639.

⁶³ Véase, Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 821.

⁶⁴ Ampliar, Susana María MELLID, “La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de

requisitos imprescindibles que constituyen los presupuestos de admisibilidad de la pretensión resarcitoria. Sin embargo, no debe sorprender que los elementos esenciales que deben existir para que se configure la responsabilidad del Estado en el campo del Derecho Público, sean básicamente comunes a los de la responsabilidad civil, con ciertas salvedades ⁶⁵.

La jurisprudencia ⁶⁶ identifica como presupuestos a la existencia de un daño cierto, a la relación de causalidad entre el accionar del Estado o de sus entes con el perjuicio y, obviamente, a la posibilidad de imputar directamente esos daños a dicho Estado. En especial, la Corte Suprema Nacional, en la causa “Friar SA vs. Estado Nacional” ⁶⁷, establece que, para considerar la responsabilidad “... no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama”.

Estos extremos son reformulados a fin de aplicarlos a la responsabilidad de la Administración Pública por inactivi-

resolver”, EDA, t. 2004, págs. 718 y 719, quien aporta como elementos relevantes para que la omisión pueda ser considerada antijurídica: “... a) si la inactividad excede los plazos razonables, teniendo en cuenta la índole de la petición formulada, la complejidad y tipo de procedimiento en el que aquella ha de ser decidida, las condiciones en las que funciona el servicio, los recursos materiales y humanos, entre otras pautas que -en el caso- se consideren de relevancia; y b) la inexistencia de causas que justifiquen la demora y que hayan impedido un normal desarrollo del procedimiento administrativo”. Al respecto, Federico J. LISA, “La responsabilidad de los funcionarios por el silencio administrativo”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pág. 930, predica que “es necesaria la adopción de una clara decisión política de hacer responsables a los funcionarios por el silencio”.

⁶⁵ Véase Blanca A. HERRERA DE VILLAVICENCIO, “Responsabilidad del Estado...”, ob. cit., pág. 243.

⁶⁶ CNContAdmFed., Sala IV, 26/9/94, “Fernández, Carlos M. y otro vs. Estado Nacional”.

⁶⁷ Fallos 329:3966 (2006), consid. 6º.

dad como técnica resarcitoria. De tal forma se perciben como presupuestos: el daño, la imputación al Estado de la falta de servicio a través de la constatación de inactividad administrativa y la relación causal entre aquella y éstos.

4.c.1. Daño

El daño es una lesión, un perjuicio o detrimento. Se esgrime que el daño, en el patrimonio del particular, es presupuesto esencial para determinar la existencia de la responsabilidad estatal ⁶⁸, el cual se integra con la imputación de la inactividad administrativa a la Administración y a la determinación de la relación causal para permitir la aplicabilidad de la técnica resarcitoria.

No basta la lesión a cualquier interés para que se legitime el resarcimiento del daño. Es necesario que el interés lesionado esté protegido por el ordenamiento jurídico ⁶⁹.

Se llama daño indemnizable cuando es evaluable económicamente en el patrimonio de un particular. García de Enterría y Ramón Fernández ⁷⁰ consideran al concepto técnico-jurídico de daño o lesión resarcible como centro de gravedad del sistema de responsabilidad, el que se pone en funcionamiento sólo sí y en la medida en que aquél se haya producido.

El Estado se encuentra obligado cuando se produce un daño con caracteres de certeza, efectividad, posibilidad de apreciación pecuniaria y particularidad o identificación en una persona o grupo de ellas. En el caso particular de análisis, el daño, la lesión o los perjuicios quedan constituidos como

⁶⁸ Conf. Graciela B. RITTO, "Responsabilidad del Estado por omisión", *LL*, t. 2006-F, pág. 615.

⁶⁹ Blanca A. HERRERA DE VILLAVICENCIO, "Responsabilidad del Estado..." ob. cit., pág. 244.

⁷⁰ Conf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...* ob. cit., t. 2, pág. 378.

consecuencia de la inactividad, sobre los que la Administración tiene el deber de evitarlos, actuando ⁷¹.

Para la procedencia de la indemnización se requiere acreditar la existencia real de los daños alegados. Quien la reclama o pretende hacer valer la responsabilidad del deudor tiene la carga de la prueba ⁷². Altamira Gigena ⁷³ señala que las condiciones que debe reunir el daño para ser indemnizado son cierto, material y directo.

Primero, el daño es cierto cuando existe la certeza de que el daño se produjo o que se producirá, pudiendo ser actual o futuro. Es decir, el perjuicio debe ser indefectiblemente real, no hipotético, potencial o conjetural. Éste debe existir al momento de dictarse la sentencia a fin de que su reparación sea integral o, de haber desaparecido en el curso del proceso, la demostración de su producción y de su persistencia en el tiempo, para permitir la reparación del daño temporal que pudo haberse inferido ⁷⁴.

Segundo, es material porque es apreciable en dinero. Comprende tanto el daño corporal o psicológico y el patrimonial como los padecimientos o sufrimientos morales.

Y, tercero, es directo en razón de que debe existir una relación de causalidad entre la intervención del Estado y el hecho generador del daño.

Mosset Iturraspe ⁷⁵ manifiesta que el daño debe ser efectivo y no posible, evaluable económicamente, individualizado,

⁷¹ Conf. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...* ob. cit., pág. 822.

⁷² CContAdmTuc., Sala III, 30/4/96, "Páez, Carlos Manuel vs. Municipalidad Banda del Río Salí". En el mismo sentido, CNContAdmFed., Sala II, 13/12/94, "Mayol, Inés vs. Estado Nacional - Ministerio del Interior".

⁷³ Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973, págs. 102 y 103.

⁷⁴ CNContAdmFed., Sala IV, 19/9/96, "Barroso, Fernando vs. Estado Nacional s/daños y perjuicios".

⁷⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, t. X "Responsabilidad del Estado", Cap. IV, págs. 172 y 173.

probado por quien lo invoca y, respecto de la Administración Pública, atribuible a los órganos que integran su estructura.

4.c.2. Imputación al Estado de la falta de servicio a través de la constatación de la inactividad administrativa

La imputación como presupuesto de la responsabilidad estatal consiste en que la inactividad -en este caso- pueda serle atribuible materialmente a un órgano estatal, en ejercicio de sus funciones públicas ⁷⁶.

Cuando el Estado desconoce su obligación de actuar incurre en una “falta de servicio”, en este sentido la omisión posee los mismos efectos jurídicos que la responsabilidad derivada del deficiente funcionamiento activo de la Administración ⁷⁷. En otras palabras, hay falta del servicio público cuando el servicio no ha funcionado o ha funcionado mal o demasiado tarde ⁷⁸.

Este concepto, que se hereda del derecho francés “*faute de service*”, cuya traducción al castellano ⁷⁹ es “falta”, “a falta de” o “infracción”, comprende en nuestro léxico el concepto de “... quien contrae la obligación de prestar un servicio lo

⁷⁶ Conf. Ricardo H. FRANCAVILLA, “La imputabilidad en la responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pág. 224.

⁷⁷ Al respecto, el art. 106.2. de la Constitución de España establece que: “*Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

⁷⁸ Héctor HUICI, “La responsabilidad del Estado por omisión”, *LL*, t. 1993-D, pág. 830. También la CSJN, 12/8/08, “Reynot Blanco, Salvador Carlos vs. Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios”, asume el concepto de falta de servicio porque “... quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular” (consid. 6º).

⁷⁹ *Diccionario Francés-Español, Español-Francés*, El Ateneo, 1995, pág. 110.

debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el cual ha sido establecido, siendo responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución”⁸⁰.

Así, cuando el Estado deja de realizar una actividad cuya obligatoriedad le está dada en forma explícita o implícita por la Constitución, la ley o el reglamento y su consecuencia directa es la producción de un daño en la persona o los bienes de un particular es, pues, el Estado quien debe responder por la denominada “falta de servicio”⁸¹. Ello se traduce en la exigencia de que el Estado se encuentre en una situación en la que esté obligado a actuar⁸² de una determinada manera.

En esta línea de pensamiento, Balbín⁸³ considera que el concepto de falta de servicio debe reemplazarse por el criterio liso y llano del incumplimiento de los deberes legales.

Además, como se expresara anteriormente, en la teoría general de la responsabilidad del Estado, el concepto de falta de servicio contiene elementos necesarios para determinar cuándo surge la obligación de indemnizar; no es un concepto abstracto sino matizado que debe apreciarse en concreto⁸⁴. En consecuencia, dada la interacción entre falta de servicio e inactividad, corresponde al particular, que peticona la reparación pecuniaria, alegar y constar la situación de inactividad administrativa.

Es decir, se trata de una falta, ausencia, carencia de condición o resultado positivo esperado, en el que se advierte un

⁸⁰ *Fallos* 307:824 (1985).

⁸¹ Conf. Cynthia ALVAREZ TAGLIABUE, “Responsabilidad del Estado por omisión del deber de seguridad”, *LL*, t. 2002-A, pág. 126.

⁸² CNContAdmFed., Sala III, 8/5/07, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía vs. Administración Nacional de la Seguridad Social s/ daños y perjuicios”.

⁸³ Véase, BALBÍN, Carlos F., *Curso... ob. cit.*, t. 2, pág. 347, quien indica que debe analizarse con detenimiento cuál es el deber estatal, esto es, más precisamente, su contenido y contorno según las circunstancias del caso.

⁸⁴ CNContAdmFed., Sala II, 26/11/96, “Kessel, Perla Felicia y otro vs. Estado Nacional s/daños y perjuicios”.

vacío en el contexto real frente a lo que debería ser. Pero, para que toda falta sea jurídicamente reprochable, es indispensable que exista una obligación predeterminada en un sentido y que exija una actuación de tipo positiva. Marienhoff⁸⁵ medita que si el deber jurídico no existiere, el hecho omisivo carecería de sanción y el Derecho se desentendería de él. Es por ello que Bustamante Alsina⁸⁶ enfatiza que la imputabilidad se configura con el incumplimiento del deber indispensable que convierte en ilícita esa abstención.

Entonces, para que proceda la técnica resarcitoria frente a la inactividad administrativa, la verificación del incumplimiento de una obligación concreta⁸⁷, precisa y preexistente⁸⁸, descripta expresamente en una norma constitucional, legal o reglamentaria, incluso un tratado o incorporada de manera razonablemente implícita, es la que determina en la Administración una actuación⁸⁹. En efecto, puede existir responsabilidad del Estado por su conducta antijurídica sea ella consecuencia de su obrar o de su inactividad material o formal⁹⁰. Este deber de obrar se encuentra vinculado con el sustento

⁸⁵ Miguel S. MARIENHOFF, *Responsabilidad...* ob. cit., pág. 12.

⁸⁶ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "La responsabilidad del Estado en ejercicio del poder de policía", *LL*, t. 1990-C, pág. 430.

⁸⁷ Juan Carlos CASSAGNE, "La responsabilidad del Estado por omisión", *LL*, t. 1989-C, pág. 512.

⁸⁸ Conf. Cecilia GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, "Responsabilidad...", ob. cit., pág. 770.

⁸⁹ Al respecto, Ismael MATA, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía", en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 182, considera que también resulta una omisión imputable al Estado, el incumplimiento de deberes implícitos provenientes de la obligación de sus agentes de obrar con prudencia y diligencia en la gestión del interés público (art. 1.109 CC) que rige tanto para actuar como para abstenerse.

⁹⁰ Conf. Carlos Marcelo LAMOGLIA, "La responsabilidad del Estado por omisión", en VV.AA., *Temas de Derecho Administrativo* (en honor al Prof. Doctor Agustín A. GORDILLO), La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pág. 393.

jurídico de la obligatoriedad e irrenunciabilidad de la competencia apuntado en el Cap. I, apartado 4.

Por ello, la antijuridicidad es un elemento decisivo para la constatación de la inactividad y para responsabilizar a la Administración ⁹¹.

En la ontología de la norma jurídica se desentraña el deber administrativo. Kemelmajer de Carlucci, en su voto en la sentencia “Torres, Francisco vs. Provincia de Mendoza” ⁹², siguiendo a Giovanni Duni, considera que la omisión antijurídica no puede responder a un principio amplísimo, tampoco se requiere una omisión típica a la manera del delito penal. Lo que se exige, en cada caso, es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar. Dentro de la cual existen tres requisitos: la existencia de un interés normativamente relevante, la necesidad material de actuar para tutelar interés y la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar.

Desde otra perspectiva de análisis, Rejtman Farah ⁹³ estima que la obligación del Estado de resarcir los daños causados por la omisión existe en tanto ésta presupone el irregular ejercicio de la función. Este autor sostiene que no es necesario que exista una obligación legal de cumplir el hecho omitido o que la omisión verse sobre una cuestión expresamente

⁹¹ Aspecto destacado también por María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “El ejercicio del poder de policía y la responsabilidad del Estado. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la causa Friar S.A.”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, págs. 57 y 58.

⁹² Corte Suprema de Justicia de Mendoza, 4/4/89, “Torres, Francisco C. Provincia de Mendoza”, donde se demandó por la omisión en la realización de grandes obras, pues la que se construyó fue insuficiente para detener la fuerza del aluvión. El Tribunal rechazó el reclamo pecuniario considerando que no se verificó el presupuesto de la antijuridicidad.

⁹³ Mario REJTMAN FARAH, “Responsabilidad del Estado por omisión judicial. Una tendencia que crece”, *LL*, t. 1996-D, pág. 79.

ordenada en una norma jurídica. Lo encuentra implícito en la idea de que el ejercicio de la función debe serlo en forma regular. En este caso, la procedencia del deber de resarcir se deriva de los principios generales que reprochan la omisión de conductas que interfieran singularmente en la esfera patrimonial o moral de otra persona.

De todo lo expuesto, se juzga que la imputación al Estado de la falta de servicio, a través de la constatación de la inactividad administrativa o, en otras palabras, el incumplimiento del deber jurídico de actuar es un presupuesto medular en la determinación de la responsabilidad de la Administración ⁹⁴. Deber que -como se esgrimió- debe estar dispuesto en la norma en forma clara, precisa y concreta, por medio de un mandato expreso o razonablemente implícito ⁹⁵.

⁹⁴ Corresponderá analizar las circunstancias particulares del caso para marcar los parámetros entre la obligación legalmente impuesta con la ausencia de su cumplimiento. Y así lo precisó la CContAdmTuc., Sala I, 4/9/98, “Nieva de Pacheco, Carmen Virginia vs. Superior Gobierno de la Provincia”, considerando que resultó acreditado que existió en la causa una omisión de los integrantes de la fuerza policial que, a más de no impedir la participación de los civiles en la búsqueda de presuntos delincuentes, permitieron el uso de armas de parte de dichos civiles, especialmente teniendo en cuenta que los agentes que participaban en el operativo estaban dispersos en las inmediaciones del lugar donde se había observado la presencia de personas en los techos. Con un criterio similar, la CNComercial de la Capital Federal en la causa “Cots, Libia Elda vs. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ daños y perjuicios” amplió el aspecto de la antijuridicidad de la omisión material en base a las exhaustivas pautas de control fijadas por el Estado sobre la actividad aseguradora en la ley N° 20.091, al proporcionar una cobertura social indemnizatoria para la víctima ante el incumplimiento del Estado en el debido control de un seguro obligatorio, extendiendo la responsabilidad de éste hasta el límite de la cobertura que hubiera correspondido asumir a la aseguradora ante la deficiente aplicación del poder de policía, en orden a la omisión de las diligencias tendientes al control del seguro obligatorio en un transporte público de pasajeros.

⁹⁵ Sobre el particular, en *Fallos* 330:563 (2007), en un caso de daños ocasionados con motivo de un encuentro futbolístico. La Corte Suprema Nacional resolvió que sería irrazonable el deber de la Administración de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios personales (consid. 6°).

4.c.3. Relación causal entre la inactividad y el daño

La relación causal es un vínculo externo que se establece entre el daño y una situación que lo generó. Ese perjuicio se imputa fácticamente al suceso que es su fuente, con prescindencia de toda valoración sobre su injusticia o reprochabilidad⁹⁶. Debe existir una correspondencia⁹⁷ entre ambos extremos.

De tal forma, la causalidad es uno de los conceptos más difíciles de aprehender, tanto desde la óptica gnoseológica como desde la jurídica⁹⁸. Siendo necesario recurrir, a la hora de su demostración, a razonamientos casi filosóficos y a leyes de lógica.

La fijación del nexo causal es crucial en el sistema de responsabilidad. La misma tiene como misión explicar por qué ocurrió el daño y a quién se le atribuye ese resultado⁹⁹.

Goldenberg¹⁰⁰ sostiene, precisamente, que, desde el punto de vista de la relación de causalidad, ese no hacer viene a ser una condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca. Prueba de lo expuesto es que, de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el proceso causal y evitar el desenlace dañoso.

Nieto García¹⁰¹ asevera que la responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico, que pondrá límites a su

⁹⁶ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños - Relación de causalidad", *LL*, t. 1997-D, pág. 1272.

⁹⁷ Conf. Javier Indalecio BARRAZA, *Responsabilidad extracontractual...* ob. cit., págs. 102 y 103.

⁹⁸ Conf. Lisandro L. MÁRSICO y Emilio F. MORO, "La responsabilidad del Estado por omisión en el servicio penitenciario", *LL*, Suplemento Litoral, agosto, 2008, pág. 717.

⁹⁹ Patricio M.E. SAMMARTINO, "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pág. 438.

¹⁰⁰ Isidoro GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1984, pág. 212.

¹⁰¹ Alejandro NIETO GARCÍA, "La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial", *REDA*, N° 4, 1975, pág. 427.

ambiciosa formulación inicial. Dentro de esos límites encuentra, como el más importante, la determinación de una relación causal precisa y expresa que, sólo de esta manera, el instituto de la responsabilidad administrativa no será un juego de azar.

La Corte de la Nación ¹⁰² exige, al señalar el carácter objetivo de la responsabilidad estatal, acreditar la existencia de causa entre la conducta (omisiva) y el perjuicio cuya reparación se persigue, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexos causal. En Tucumán, el máximo tribunal también considera relevante la verificación de este presupuesto ¹⁰³.

Pero, muchas veces las relaciones de causalidad son fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que actúan como condición del resultado cuya reparación se pretende ¹⁰⁴. Entonces, se trata de aislar entre los diversos sucesos que concurren (o pudieron haber concurrido) a la producción de aquel resultado para verificar, según el curso normal dentro de los acaecimientos, el que tenga la probabilidad de ser la causa generadora.

El desafío apunta a demostrar la virtualidad de la inactividad en el daño. Desde otra perspectiva de análisis, cabe la disquisición que, de haber procedido la Administración en forma positiva, se hubiera podido interrumpir el desarrollo causal y evitar, el resultado lesivo.

Para obtener un seguro éxito de la acción, debe unirse el daño a la omisión, determinando que el primero se produce, o produjo, como consecuencia natural, directa e idónea de aquél; para lo cual los elementos probatorios deben ser conducentes y convincentes.

¹⁰² *Fallos* 312:2022 (1989), consid. 16.

¹⁰³ Véase, CSJT, 23/12/1997, "Acosta, Ana Susana vs. Superior Gobierno de la Provincia s/ daños y perjuicios".

¹⁰⁴ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad", *LL*, t. 1991- E, pág. 1378.

Contrariamente, la doctrina germánica parte de la base de que los hechos negativos no tienen *per se* aptitud para modificar la realidad exterior, alude a la frase: *ex nihilo nihil fit*, que significa “de la nada, nada resulta”¹⁰⁵. Físicamente, juzga que la conducta inerte carece de toda eficacia causal porque es un no hacer, un *quid vacui*¹⁰⁶.

Sin embargo, esta postura deviene impracticable y su aplicación conduciría a injusticias porque la omisión trasluce una infracción al deber de actuación previsto legalmente, pasible de producir daños. El punto de partida para la consideración de existencia o no de la relación causal debe versar -como se indicó precedentemente- en indagar en lo que hubiera sucedido de haberse dado el comportamiento debido.

La relación causal adecuada, receptada en el art. 906 CC, luego de la reforma de la ley N° 17.711, que resulta aplicable por analogía, indica que “*En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*”. La misma no requiere proximidad, temporal o espacial, entre la causa y el efecto. Según Balbín¹⁰⁷, el criterio del legislador es básicamente el de la previsión de las consecuencias dañosas y el carácter irreversible de éstas (consecuencias inmediatas) o cuando su producción depende del hecho primigenio más otros acontecimientos entrelazados de modo directo con aquél (consecuencias mediatas).

Lo que interesa en la determinación de la relación causal es si la inactividad administrativa es generadora o no de un resultado dañoso. Así se comprende que la causa es, entonces, una condición; pero no cualquier condición, sino una de la que pueda predicarse una probabilidad calificada de haber desencadenado el resultado¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Lisandro L. MÁRSICO y Emilio F. MORO, “La responsabilidad del Estado por omisión ... ob. cit., pág. 718.

¹⁰⁶ Juan Manuel PREVOT, “¿Hay causalidad en la omisión”, *DJ*, t. 2006, pág. 1219.

¹⁰⁷ Carlos F. BALBÍN, *Curso...* ob. cit., t. 2, pág. 380.

¹⁰⁸ Conf. Marcelo LÓPEZ MESA, “El mito de la causalidad adecuada”, *LL*, t. 2008-B, pág. 861, quien opina que, a través del análisis de la jurisprudencia

Por lo tanto, se advierte que la inactividad genera por sí un proceso causal propio y prudente, a través de la representación mental de verificación de si la omisión es condición cierta o altamente probable del evento. Debe operarse con la sustitución de la omisión por la acción impeditiva, por lo cual, suplantando ésta por aquélla, el evento no se habría verificado ¹⁰⁹.

4.c.4. Inexistencia de causales eximentes

Hay ciertas circunstancias o situaciones que evitan la operatividad de la técnica resarcitoria y que se constituyen como causales eximentes de responsabilidad para la Administración, no permitiendo que la inactividad sea imputable a ésta. Tales son: cuando existe la participación de la víctima en la producción del daño, cuando ésta asume un riesgo personal, cuando se trata del hecho de un tercero que viene a romper el nexo causal o en el caso de que el incumplimiento del deber legal sea por una razón de caso fortuito o fuerza mayor. En todos estos supuestos se quiebra el nexo causal ¹¹⁰.

La Administración Pública será quien deberá alegar y probar la causal de eximición o que la causa del menoscabo se desplaza hacia otro u otros centros de imputación ¹¹¹. Lo que

nacional, los jueces expresan que la causalidad adecuada no es suficientemente analizada, "... ni siquiera presumida sino, a lo sumo, causalidad conjeturada". Ello se percibe en algún fallo donde son conmovidos por el daño a la víctima, en una actitud sobreprotectora; se condena la responsabilidad del Estado no obstante no encontrarse debidamente acreditada la relación causal entre la inactividad con el resultado dañoso. Por ejemplo, CNComercial, Sala D, 30/9/04, "C., L. E. vs. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", que condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización por la omisión de ejercer los controles propios del poder de policía, que habrían evitado la circulación de dicho vehículo, a favor de un peatón arrollado por un colectivo en un accidente de tránsito en Av. Córdoba y Av. Callao, a quien se debió amputar ambos miembros inferiores.

¹⁰⁹ Conf. Juan Manuel PREVOT, "¿Hay causalidad...?", ob. cit., pág. 1223.

¹¹⁰ CNContAdmFed., Sala IV, 10/9/96, "Kohan, Julio vs. Estado Nacional", del voto del Dr. Alejandro USLENGHI.

¹¹¹ Patricio M.E. SAMMARTINO, "La relación de causalidad...", ob. cit., pág. 453.

a veces será innecesario, como en los casos de público y notorio conocimiento: guerra, terremoto, tsunami, etc.

En el caso de participación o culpa de la víctima en la producción del daño se excluye la responsabilidad. Así el art. 1111 CC alude: *“El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”*. Asimismo, se interrumpe el nexo causal cuando la víctima se expone a una situación de riesgo ¹¹².

La imprevisibilidad, irresistibilidad, actualidad, inherentes a la idea de fuerza mayor o caso fortuito, entrañan la superación de cualquier acción exigible a la Administración.

El art. 513 CC establece: *“El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor”*. El art. 514 CC dice que *“... el caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”*, pero no hay una definición legal de fuerza mayor. En la nota al citado artículo, Vélez Sársfield precisa ambos conceptos y los identifica, *“... los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza o por hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo, la impetuosidad de un río que sale de su lecho, los terremotos o temblores de la tierra, las tempestades (...) los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o la fuerza del príncipe”*.

Por el contrario, en España se efectúa una distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, aunque ambos apelan a un evento indeterminable o impredecible. El caso fortuito se refiere a un suceso interno al servicio que se trate, en tanto la fuerza mayor se interpreta como algo exterior ajeno al servicio ¹¹³.

¹¹² Véase, *Fallos* 328:2547 (2005), consid. 4º, donde el alto tribunal consideró que la muerte del hijo de la actora era imputable a éste dado que se arrojó en una zona peligrosa del río en un balneario de la ciudad de Villa Carlos Paz (Provincia de Córdoba) en una época en la que no está legalmente previsto la presencia de bañeros.

¹¹³ Luis Martín REBOLLO, *La responsabilidad...* ob. cit., pág. 67. Se cita, a modo ilustrativo, la Ley de Régimen de las Administraciones Públicas y del

En Argentina se consideran ambos conceptos como sinónimos y con idénticos efectos jurídicos, es decir, que eximen al deudor de la obligación de responder.

Así, por ejemplo, los daños causados a particulares que revisten el carácter de imprevisible -en el caso, el atentado terrorista cometido en una embajada- y, por consiguiente, exceden las posibilidades normales de control, no generan responsabilidad alguna. Toda vez que el daño reconoce su causa eficiente en una circunstancia fáctica -terrorismo internacional- cuya prevención no puede, en principio, estar comprometida en función de la seguridad que aquél puede prestar¹¹⁴, se configura un supuesto de fuerza mayor que trae aparejada la inexistencia de nexo causal entre la conducta y la violación del derecho ajeno¹¹⁵.

Procedimiento Administrativo Común N° 30/1992, reformada por la ley 4/1999, dispone en el art. 141, apartado 1°, que “... *no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”.

¹¹⁴ CNContAdmFed., Sala I, 7/3/00, “Elowson Solueig Lineau y otros vs. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”.

¹¹⁵ La CContAdmTuc., Sala III, 18/12/07, “Otero, Silvia Rosana vs. Gobierno de la Provincia de Tucumán s/daños y perjuicios”, rechazó la demanda de daños y perjuicios promovida por una comerciante que sufrió el saqueo de mercadería y rotura de las instalaciones en su local de mini-service, en ocasión de los sucesos acaecidos en el país y en la ciudad de San Miguel de Tucumán entre los días 19, 20 y 21 de diciembre de 2001. Cuestionó la actora la falta de auxilio de personal policial a reiterados pedidos de protección y custodia. El tribunal entendió que esa situación constituyó un supuesto de fuerza mayor ya que, en la mayoría de los saqueos, las dotaciones de las fuerzas que actuaron se vieron rebasadas por el mayor número y la agresividad de los grupos que perpetraron los hechos de vandalismo.

4.d. Alcance del resarcimiento

El alcance del resarcimiento comprende la medida de la indemnización o la determinación del *quantum*¹¹⁶. Cuantificar es traducir en una suma dineraria el menoscabo que una persona determinada ha sufrido como consecuencia de un hecho antijurídico¹¹⁷. Atento a que la responsabilidad, en los casos de inactividad administrativa, se deriva de una actitud antijurídica, corresponde que los daños sufridos por el afectado sean reparados en su integridad. Es por ello que al comienzo se indicó que esta técnica resarcitoria opera como una garantía emanada de la misma esencia del Estado de Derecho; con ella se impone la justa restitución que reconstruye el equilibrio natural y conlleva a la armonía social, la cual se encuentra consagrada en el art. 21, inc. 2º, del Pacto de San José de Costa Rica.

En términos generales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación determina que el principio de la obligación de resarcir se traduce en el derecho a una reparación plena al damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable¹¹⁸. Como corolario, en cada caso particular, el alcance de la indemnización quedará numéricamente establecido por los magistrados sobre la base de su sana crítica luego de ponderar objetivamente la situación con la alegación de la parte afectada sobre los daños sufridos y las pruebas que los sustenten.

El tema del monto resarcitorio es complejo¹¹⁹. Resultaría complicado fijar de antemano el monto que se debería abo-

¹¹⁶ Conf. Ismael FARRANDO, "El alcance de la indemnización de la responsabilidad del Estado", en VV.AA. *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pág. 69.

¹¹⁷ Marcelo J. LÓPEZ MESA y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pág. 12.

¹¹⁸ *Fallos* 306:1413 (1984).

¹¹⁹ Véase, Tomás HUTCHINSON, "El problema del quantum indemnizatorio en la revocación por razones de oportunidad" en VV.AA., *Colección de*

nar; ello, en vez de otorgar seguridad a los particulares, produciría un efecto contrario y podría generar inquietudes, porque cada caso es distinto y los derechos en juego como la magnitud de afectación de los mismos difieren unos de otros.

La técnica resarcitoria frente a la inactividad administrativa se perfecciona mediante el pago de la indemnización que deberá efectuar el sujeto deudor para restituir, de manera integral, la situación jurídica del afectado al momento de perpetuados los perjuicios. Ahora bien, ésta podrá comprender la recomposición de varios daños o rubros, según corresponda. Así, integrarse con la recomposición del daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance y daño moral.

El daño emergente queda constituido por los perjuicios materiales, efectivos, derivados directamente de la omisión antijurídica. Es el daño patrimonial cierto. El art. 1069 CC indica que comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también las ganancias de que fue privado el damnificado por la omisión antijurídica. Mientras el daño emergente es una situación disvaliosa sin solución de continuidad con la fuente que la genera, el lucro cesante es la ganancia que cesa ¹²⁰.

En especial, el lucro cesante o *lucrum cessans* se compone por el pago de los beneficios futuros efectivamente esperados o por las ganancias no obtenidas o los aumentos patrimoniales que no se pudieron producir como consecuencia de la omisión dañosa. El art. 519 CC lo concibe como "... *la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación*". Según Marienhoff, la incorporación de este rubro responde a

Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo, Tomás HUTCHINSON (director), La Ley, Serie de Libros Universitarios, Buenos Aires, 2003, pág. 652, para quien "... *la responsabilidad no es una sanción sino una distribución de los daños*".

¹²⁰ Diego LÓPEZ OLACIREGUI, "Daño emergente vs. lucro cesante", *LL*, t. 1995-E, pág. 238.

un principio de reparación justa e integral ¹²¹ y la amplitud, extensión o contenido de la misma a derechos de origen y naturaleza administrativa ¹²², o regidos por el Derecho Público. Esto se halla expresado a través de normas de justicia distributiva, que es justicia publicística establecida por el Estado ¹²³.

La pérdida de chance comprende los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, lo que fue impedido por la inactividad de la Administración ¹²⁴. En este caso, como no hay certidumbre respecto del beneficio futuro, el alcance del resarcimiento abarca el cercenamiento de una expectativa o la probabilidad de una ventaja patrimonial ¹²⁵; la cual debe ser suficiente y estar fundada en el hecho de obte-

¹²¹ Miguel S. MARIENHOFF, "Otra vez acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Respuesta a algunas objeciones", *LL*, t. 1992-E, pág. 1031.

¹²² Miguel S. MARIENHOFF, "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado - Distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativo. Justicia distributiva y justicia conmutativa", *LL*, t. 1991-C, pág. 1080.

¹²³ Julio I. ALTAMIRA GIGENA, "Responsabilidad extracontractual del Estado", en VV.AA., *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho administrativo. Las bases constitucionales del Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág. 263.

¹²⁴ En un caso con ribetes policíacos, la CNCivComFed., Sala I, 1/6/99, "Gonzalez de Boggiano, Ramona y otro vs. Estado Nacional", determinó que, establecida la responsabilidad del Estado Nacional por el accionar y a la vez por la omisión policial, que permitió se limpiara y lavara el lugar en el cual se había cometido el crimen del esposo y padre de los reclamantes, con la consiguiente imposibilidad de obtener marcas o señales dactilares o bien simples restos que permitieran la identificación de los responsables, corresponde encuadrar la responsabilidad por la imposibilidad de resolver el caso o de haber limitado una "chance" en la investigación, al ser meramente conjetural la existencia de huellas y no poder afirmarse que los resultados negativos en orden al esclarecimiento del crimen sólo se deban a dicha carencia.

¹²⁵ Jorge A. MAYO, "La pérdida de chance como daño resarcible", *LL*, t. 1989-B, pág. 102.

ner una ganancia o evitar una pérdida y no la posibilidad vaga y general o puramente eventual e hipotética ¹²⁶.

Finalmente, el daño moral, que es la versión moderna del *pretium doloris* romano, constituye una lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas. Es el menoscabo a los sentimientos, o bien, el desmedro o desconsideración que la ofensa puede causar a la persona agraviada ¹²⁷.

Para determinar la cuantía del resarcimiento del daño moral deben tenerse en cuenta aspectos de variada índole, por ejemplo, las condiciones personales del sujeto afectado y su contexto. A su vez, dicho *quantum* no debe necesariamente guardar relación con el daño material, pues aquél no es un accesorio de éste ¹²⁸. Su valoración no está sujeta a cánones estrictos ¹²⁹.

Se considera que este rubro es propio de daños producidos a personas físicas, por lo que no cabe indemnizar por daño moral a las personas de existencia ideal, ya que éstas tienen como finalidad principal el lucro; además de ponderar que esta clase de entidades no es susceptible de sufrir un “padeamiento espiritual” ¹³⁰.

¹²⁶ Jorge Mario GALDÓS, “Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chances”, *LL*, t. 1997-D, pág. 79.

¹²⁷ Conf. Silvia TESTONI, “Daño moral”, en VV.AA., *Cuestiones de la responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pág. 211.

¹²⁸ *Fallos* 320:1361 (1997), consid. 10 del voto en disidencia del Dr. PETRACCHI.

¹²⁹ CNContAdmFed., Sala II, 9/6/94, “Reyes Pascual A. vs. Estado Nacional”.

¹³⁰ Pese a ello, hay quienes tienen un criterio afirmativo. Como, por ejemplo, BREBBIA, Roberto H., “... las personas jurídicas y las sociedades comerciales en particular como sujetos pasivos de agravio moral”, *LL*, t. 1991-A, pág. 51 y FORTIN, Pablo J., “El daño moral y el caso de las personas jurídicas”, *LL*, t. 1994-B, pág. 449, quien considera que el hecho de que las personas jurídicas posean derechos extrapatrimoniales (al buen nombre, honor, intimidad, etc.) ha llevado a un sector a aceptar la posibilidad de reclamos indemnizato-

En este punto se desprende que el alcance del resarcimiento no se encuentra pautado ni tarifado; su determinación, como la comprensión de los rubros indemnizables, depende de la entidad de los derechos afectados por la inactividad antijurídica de la Administración. Lo importante es que la misma sea justa y plena de modo que recomponga la situación del sujeto perjudicado.

4.e. Prescripción de la acción

La prescripción es también uno de los aspectos en los que se verifica orfandad normativa. Entonces, frente a la carencia de normas específicas en el Derecho Público, es menester la recurrencia al Código Civil¹³¹ mediante la analogía; pero, como dice Balbín¹³², es una analogía de segundo grado; esto es, normas del Derecho Privado pero matizadas con los principios del Derecho Público.

El art. 3951 CC prescribe que: *“El Estado general o provincial, y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción”*. En este sentido, el art. 4019 CC establece como regla que *“... todas las acciones son prescriptibles”*, lo que permite interpretar que corresponde la aplicación al Estado de las normas sobre la prescripción.

rios de su parte, siempre y cuando se verifique con claridad la presencia de dos elementos de carácter común: gravedad de la lesión e imposibilidad de cuantificación patrimonial del perjuicio, debiendo, en este último aspecto, distinguirse el daño moral de las consecuencias patrimoniales de una afectación de derechos extrapatrimoniales.

¹³¹ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...* ob. cit., t. 1, pág. 291.

¹³² Véase Carlos F. BALBÍN, *Curso...* ob. cit., t. 2, pág. 449.

Por su parte, la prescripción liberatoria se otorga al deudor en el art. 3949 CC como “... una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”.

En consecuencia, según el criterio mayoritario¹³³, la norma del Código Civil, que determina el plazo de la prescripción liberatoria para la acción de responsabilidad estatal por inactividad administrativa, se encuentra en el art. 4037 del Código Civil (texto reformado por la ley 17.711) que dice: “*prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual*”, dado que se verifica en ésta, como en aquella, un proceder contrario a la juridicidad. No obstante, como lo advierte Chinchilla¹³⁴, poniendo enclave en la condición objetiva de la falta de servicio, puede existir una autocontradicción en la extensión de las reglas de la responsabilidad civil, cuya regulación se sustenta principalmente en la ilicitud subjetiva.

En consecuencia, vencido este plazo, la Administración se encuentra habilitada para repeler la demanda de resarcimiento patrimonial en su contra. Éste es también el criterio receptado por la CSJN en “Cipollini, Juan vs. Dirección Nacional de Vialidad”¹³⁵.

Cabe advertir que, en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado *in omittendo*, rigen similares criterios sustanciales y formales en materia de responsabilidad extracontractual ilegítima *in comittendo*¹³⁶, por lo que la acción

¹³³ Véase Federico CHINCHILLA, “Notas sobre la prescripción en el derecho administrativo”, en VV.AA., *Tratado de la prescripción liberatoria*, Edgardo LÓPEZ HERRERA (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, t. 2, pág. 1062.

¹³⁴ Federico CHINCHILLA, “Notas sobre la prescripción...” ob. cit., pág. 1062.

¹³⁵ *Fallos* 300:143 (1978), consid. 6º.

¹³⁶ CNContAdmFed., Sala II, 17/09/1998, “Cooperativa de Trabajo La Argentina Ltda. vs. Corporación del Mercado s/ daños y perjuicios”.

analizada en el caso prescribe en igual lapso, es decir, a los dos años a los que hace alusión la antes mencionada disposición. Esto, dado la génesis antijurídica de ambas.

El plazo de referencia de dos años comenzará a correr para el afectado desde el momento del daño¹³⁷, pues la prescripción es inseparable de la acción y se inicia desde que ésta existe y no corre mientras no existe posibilidad de ejercer aquella¹³⁸. No obstante, en algunos casos, es importante la diligencia respecto a la efectiva configuración de la inactividad o el estado de mora de la Administración.

Desde el punto de vista procesal, ni en el orden nacional ni provincial, la acción de resarcimiento de daños exige la reclamación administrativa previa, la misma es facultativa. Por lo tanto, si el particular considera entablarla a través de una forma auténtica que no ofrezca dudas acerca de la veracidad del reclamo¹³⁹ o pretensión, se produce la suspensión del plazo de prescripción por un año y por única vez, por imperio de lo prescripto en el art. 3986, 2º párrafo, CC.

5. Conclusiones del capítulo

El instituto de la responsabilidad del Estado se presenta como una técnica resarcitoria en favor del particular frente a la inactividad administrativa, la cual opera por medio de la obligación de pago de una indemnización en dinero o metálico, justa e integral, con el objeto de recomponer la situación jurídica del damnificado. La misma, a la vez, constituye un

¹³⁷ *Fallos* 318:2558 (1995), consid. 5º.

¹³⁸ Conf. Laura MONTI y Fernando E. JUAN LIMA, "La prescripción de la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad del Estado (con especial referencia a los ámbitos federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), en VV.AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 356.

¹³⁹ *Fallos* 318:2558 (1995), consid. 7º.

principio de orden y factor ejemplificador para la buena marcha de aquélla.

La determinación de la responsabilidad estatal en relación con la inactividad administrativa se encuentra sometida a la verificación rigurosa de los presupuestos de admisibilidad en cada caso particular, porque no cualquier omisión puede generar la obligación de reparar, sino el incumplimiento de un deber concreto, preciso y preexistente, descrito de manera expresa o incorporado de modo razonablemente implícito, en una norma constitucional, legal o reglamentaria o en un tratado internacional, que determinan en la Administración un actuar. En esto, la labor casuística de los tribunales es loable para definir el instituto dentro de parámetros justos ¹⁴⁰.

Los arts. 1074 y 1112 CC, conjugados armoniosamente, constituyen el fundamento normativo del que parte el análisis judicial estricto para indagar respecto de la obligación material o formal que la Administración omitió realizar. Por lo que se encuentra excluido todo deber de actuar genérico o difuso.

Se trata de una imputación directa, con factor de atribución objetivo, mediante la imputación de la falta de servicio a través de la constatación de la inactividad administrativa, la existencia real de daños y la comprobación de la relación causal entre estos últimos.

¹⁴⁰ En el mismo sentido, Claudia CAPUTI, *Responsabilidad del Estado. Sistematización y síntesis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007, pág. 10, puntualiza que ante una falta de regulación orgánica de la responsabilidad del Estado en nuestro país, los aportes efectuados son, sobre todo, de sesgo jurisprudencial.

CONCLUSIONES FINALES

Luego del desarrollo del estudio, en el que fuera analizado el régimen jurídico vigente de la Nación Argentina y de la provincia de Tucumán, se concluye que las técnicas de tutela individualizadas en los mismos otorgan una adecuada protección a los derechos de los administrados afectados por la inactividad. No es necesario importar institutos foráneos cuando existen al alcance de la mano las soluciones. Se verifica que el particular, al decidir hacer uso de alguna de ellas frente a aquella, contribuye -desde su lugar- en la procura de la buena administración. Por esto, se considera de suma importancia la participación ciudadana para contrarrestar la desidia de los organismos administrativos.

La investigación realizada comprueba afirmativamente la hipótesis trabajada, lo que se demuestra a través de las siguientes enunciaciones:

I. La inactividad administrativa es una situación disvaliosa que pesa sobre las organizaciones públicas contemporáneas cuando se encuentran entrampadas en disquisiciones burocráticas que las alejan de su misión final, que no es otra que la satisfacción del bien común a través de la preordenación como ejecución de una serie de actuaciones, que expresan la esencia de una Administración imbuida en un Estado social de Derecho y comprometida en su vocación servicial hacia los derechos de los administrados.

II. Para confirmar si existe o no inactividad administrativa no debe incurrirse en el equívoco de limitarse a construcciones especulativas sino que es necesario efectuar una apreciación conjunta del contexto real, histórico, político y económico, a partir de la cual se pueda indagar específicamente en la relación entre deberes jurídicos en cabeza de la Administración y derechos de los administrados, porque, de este modo, se puede individualizar con acierto cuáles son las actividades de aquella y de éstos y así exigir cuáles sean concretadas y cuáles no. Esta determinación constituye un punto central ya que, de lo contrario, sería irreal que se espere todo del Estado.

III. *No toda omisión o inercia de la Administración detenta relevancia jurídica sino aquella que constituye el incumplimiento del deber legal de actuar* o la ausencia del cometido jurídico nacido del ejercicio funcional de las potestades administrativas, las cuales representan expresiones de un poder previamente conferido por el Derecho y, al mismo tiempo, se encuentran habilitadas dentro del marco de una competencia específica, que se caracteriza por la obligatoriedad de su ejercicio. Así, ***reviste relevancia para la tesis la confrontación con el ordenamiento jurídico puesto que es el Derecho quien proporciona contenido operativo a la Administración.***

En consecuencia, el atino se encuentra, primero, en determinar si existe o no un deber jurídico de actuación, segundo, si hay viabilidad real de llevarlo a cabo y tercero, si éste se encuentra o no cumplido. Por lo tanto, si la Administración no ejecuta la actuación predeterminada por la norma que atribuyó la competencia, siendo la misma materialmente posible, entonces, se cerciora de forma objetiva la existencia de inactividad u omisión antijurídica.

IV. *El derecho de petición constituye una herramienta que tienen los administrados para ilustrar a la Ad-*

ministración acerca del cumplimiento del deber jurídico de actuación, porque, de acuerdo a su consagración expresa en el art. 14 CN, reservada en el art. 24 CT y en la previsión efectuada en el art. 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se interpreta que frente a cada petición nace el deber de la Administración de tramitar y dar curso a la misma, en el marco del procedimiento normativamente establecido, hasta culminar con una respuesta expresa, pronta, que explicita los motivos o fundamentos que la sustentan. De tal manera, cada expresión volitiva expuesta por el particular quedará satisfecha con el debido desenvolvimiento de una serie de mecanismos tuitivos dentro de la organización administrativa. Este derecho tiene una doble faz; por un lado, constituye el derecho a una respuesta expresa, pronta y motivada, que posee el administrado como correlato del ejercicio del derecho de peticionar. Por el otro lado, permite afirmar que, cuando la Administración se manifiesta a través de sus decisiones o declaraciones, respeta el principio republicano de transparencia de los actos de gobierno.

V. El concepto de buena administración no debe ser apprehendido como un mero postulado dogmático sino como un derecho implícito dentro del art. 33 CN que se presenta como una meta a la que debe direccionarse la persona pública, que abarca el derecho de petición, el derecho a recibir una motivación sobre todas las decisiones administrativas, el derecho a la vista de las actuaciones, el derecho de informarse sobre los trámites, el derecho a la reparación de los daños imputables a la Administración, el derecho al debido procedimiento adjetivo, el derecho a la tutela administrativa y el derecho tanto a la celeridad como al cumplimiento de los plazos.

Se percibe que la confianza institucional, tan esperada como anhelada, puede ser alcanzada si la ciudadanía asume el compromiso conjunto de exigir a la Administración Pública que sea activa, diligente y eficaz, no sólo en el tiempo o

en el contenido íntegro de una prestación específica, sino que realmente cumpla con su rol en la gestión y promoción del bien común. Por ello, la inactividad se opone a la buena administración.

VI. Se concibe a la inactividad administrativa como un fenómeno reprochable porque conduce al abandono del administrado y a la flagrante violación de sus derechos. Contradice, por un lado, el principio de juridicidad, que comprende en unidad a todo el sistema jurídico, porque es el que establece las potestades, determina cuáles son las competencias y precisa los cometidos a seguir a través de los deberes. Y, por otro lado, vulnera el principio de eficacia, ya que no permite alcanzar el efecto u objetivo que desde el ordenamiento jurídico se espera.

VII. Tampoco la inactividad debe o tiene que ser justificada so pretexto de insuficiencia de recursos públicos, en virtud de que representa una desazón arbitraria y desinterés de los poderes políticos de redefinir la distribución de las erogaciones presupuestarias para cumplir con los preceptos jurídicos que definen de antemano cierto deber jurídico de actuación expreso o razonablemente implícito, concreto y fácticamente posible.

Menos aún, el administrado debe ser sumiso o rendirse ante la omisión antijurídica porque no se encuentra comprendida como uno de los ámbitos de inmunidad del poder estatal. Y el mismo Derecho no lo quiere así, dado que se presenta también como un instrumento a favor del particular para combatir aquélla y tutelar sus derechos disponiendo una serie de soluciones, las cuales son catalogadas como técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa. Además, cuando el administrado emplea alguna de estas técnicas está motorizando un mandato de optimización en la acción. No es más cautivo de la desidia, de la reticencia ni de la morosidad de la Administración.

VIII. Estas técnicas fueron identificadas y explicadas en los caps. IV ¹, V ², VI ³, VII ⁴ y VIII ⁵ con el objeto de rescatar sus ventajas para imprimir actuación a la Administración Pública, desde el espacio que cada una tiene asignado por el ordenamiento jurídico con una misión especial, particular y autónoma. Pero que, de manera conjunta, se presentan como un andamiaje aceitado bajo una finalidad eminentemente garantista, en la que se prioriza el restablecimiento de los derechos desconocidos o abandonados por la inacción estatal más que una fiscalización sobre aquélla.

Las mismas dependen del impulso y de la opción del administrado, para quien se presentan como diversas posibilidades. Es por ello que se declara que la sistematización efectuada fue necesaria porque el éxito deseado sólo podrá alcanzarse luego de realizada la elección estratégica de aquella técnica que pudiere ser la más provechosa para cada caso concreto.

IX. Entre las técnicas jurídicas de tutela frente a la inactividad, en principio, no existen incompatibilidades, ni se auto excluyen, sino que funcionan en armonía, por ejemplo, habiéndose reunido las condiciones para dar por configurado el silencio de la Administración con sentido denegatorio, puede el particular -si lo desea- interponer un pedido de pronto despacho o una reclamación en queja al superior, incluso un amparo por mora. O bien, habiendo obtenido una sentencia judicial de pronto despacho favorable que ordenara a la Administración resolver una determinada petición, puede, pos-

¹ Técnica cautelar.

² Técnica silencial.

³ Técnicas reclamativas en sede administrativa: pronto despacho y queja por inactividad.

⁴ Técnicas reclamativas en sede judicial: amparo (en la primera parte) y amparo por mora (en la segunda parte).

⁵ Técnica resarcitoria.

teriormente, solicitar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados durante el período de inactividad. Es más, si fue denegado judicialmente el amparo por mora, nada obsta, al administrado, a interponer en sede administrativa un pronto despacho o una queja, hasta un nuevo amparo por mora si se prolongara la falta de resolución.

No existe impedimento para que se presenten tantos pedidos de pronto despacho como se desee, pero, basta la interposición de un solo pronto despacho para configurar el silencio denegatorio en la LNPA. Además, ni aun rechazada la queja, no existe obstáculo para que sea entablada nuevamente, al cabo de un tiempo. Hasta puede desistirse del amparo por mora y entablarse directamente la acción judicial contencioso administrativa optando por el empleo de la técnica silencial. Incluso, puede suceder lo contrario, que el efecto de la ficción legal denegatoria del silencio administrativo sea insuficiente para brindar una protección adecuada al interesado, quien puede necesitar conocer efectivamente cuáles son las razones que posee la Administración para decidir en un sentido o en otro y se inclina por promover la reclamación judicial con el fin de obtener una orden de pronto despacho.

Sin embargo, en ocasiones, esta funcionalidad de las técnicas quedará supeditada -como precedentemente se indicó- a las particularidades propias de cada una. Como, por ejemplo, en el régimen jurídico nacional la queja por inactividad al superior es hábil para urgir resoluciones de mero trámite, dictámenes e informes y no para el incumplimiento de los plazos para resolver los recursos, situación que es remediada por el amparo por mora. Por el contrario, en Tucumán no existe tal distinción pudiendo ambas técnicas ser factibles de emplearse ante el mencionado supuesto.

Otra diferenciación se encuentra en el tratamiento del silencio con sentido denegatorio en la Nación previsto en el art. 10 LNPA, donde se necesita, previamente a su configuración, la interposición de un pronto despacho. No así en Tucumán, ya que el art. 21 CT permite operar la técnica silencial de modo automático.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la técnica cautelar, dada su naturaleza de tutela jurisdiccional provisional, es siempre instrumental y accesoria de una acción de fondo, que sería la pretensión de amparo por omisión de la autoridad pública por ser la más conciliable.

Evidentemente, son muchas las situaciones que pueden presentarse; lo importante es puntualizar que el propósito de identificar cada una de las técnicas así como sistematizar su funcionamiento se encuentra en clarificar la selección inteligente para enfrentar la inactividad administrativa, no el ataque por múltiples vías que sería desgastador y hasta poco productivo. Éste es el aporte práctico del presente trabajo.

X. Si bien la inactividad administrativa puede asumir diversas manifestaciones, que fueron expuestas mediante agrupaciones criteriosas en el Cap. III, se considera que la clasificación tradicional entre inactividad administrativa formal e inactividad administrativa material continúa siendo ventajosa para comprender en integridad el fenómeno estudiado y confrontar la aplicación de cada una de las técnicas sistematizadas. Ergo, la técnica silencial, las técnicas reclamativas en sede administrativa y la técnica del amparo por mora proceden contra la inactividad formal. La técnica cautelar y la técnica del amparo operan en los casos de inactividad material. Por último, la técnica resarcitoria permite la reparación por los daños y perjuicios producidos al particular tanto por la inactividad material como por la inactividad formal.

XI. La técnica cautelar tiene bien ganado su reconocimiento en los últimos años desde la jurisprudencia y desde la doctrina, por ser insuficiente frente a la inactividad el sistema tradicional de la suspensión de ejecutoriedad del acto administrativo, enraizado en el contencioso administrativo revisor. En esta situación, el otorgamiento de una tutela judicial precautoria del deber jurídico omitido es beneficiosa porque resalta el valor sensible de la jurisdicción

que, sin mengua del análisis de los presupuestos típicos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora, estimación que el otorgamiento de la medida no va a afectar el interés público y contracautela, se anima, antes de la sentencia de mérito o de fondo, ordenar a la Administración cumplir con la prestación material o positiva no cumplida. Se evitan, entonces, mayores perjuicios que podrían derivarse para el particular si tuviera que esperar los tiempos del proceso judicial para obtener aquella.

Esta técnica es una expresión clara del derecho a la tutela judicial efectiva con efectos innovativos, provisionales, ordenatorios e instrumentales. Su funcionamiento se encuadra dentro del derecho a tutela cautelar efectiva en los arts. 18, 33, 43 CN; art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 8º y 25 de la Convención Americana de derechos humanos y art. 2.3 del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también en el poder cautelar genérico de los jueces (art. 232 CPCCN y art. 250 CPCCT).

XII. La técnica silencial es la más sencilla y simplificadora de todas. Muy arraigada en el sistema jurídico nacional (desde la ley 3952 del año 1900) y provincial (desde la Constitución de 1907), aporta una solución jurídica de tipo procesal, con una operatividad facultativa para el interesado dado que es una opción de éste, en su exclusivo beneficio, que le facilita avanzar en el procedimiento o procurar la fiscalización judicial sorteando la inacción, encontrándose consagrada en el art. 10 LNPA, arts. 87, 91, 98 RNAP y art. 21 CT.

Pero, más allá de cuál sea su formulación normativa, por la que se exija o no la previa intimación o interpelación en mora a través del pronto despacho, se considera que la misma cobra importancia porque constituye una forma para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa cuando la Administración, escudada en su propia inactividad, prefiere no resolver las peticiones del administrado con la intención de impedirle o diferirle el ejercicio de la tutela judicial.

La premisa es que el silencio es una expresión de la inactividad y no a la inversa. Se caracteriza por la ausencia de manifestación de la voluntad cuando ésta es específicamente impuesta, evidenciando la omisión antijurídica de declaración de una voluntad expresa de la Administración dentro del procedimiento administrativo, una vez vencidos los plazos fijados por la Constitución, la ley, los reglamentos administrativos o por las pautas de la razonabilidad.

Entonces, cuando la Administración no se expide, ese vacío de la voluntad es superado por el Derecho a través de una ficción, que permite del silencio conformar otra realidad que representa como si la Administración efectivamente se hubiese expresado. Según sea el caso, se le asignará sentido negativo -como regla general- o positivo -como excepción-. En la práctica obra como un atajo que carece de fuerza conminatoria para procurar la actuación debida.

Asimismo, se postula una reforma en el art. 31 LNPA a fin de que se vuelva a la redacción e intención primigenia de no menguar la efectividad de la técnica silencial con la aplicación de plazos de caducidad para accionar judicialmente, puesto que se considera que la actual redacción de la norma citada es peligrosa e insegura ya que coarta, a través de escollos procedimentales, la finalidad tutelar de la misma.

XIII. Si bien pareciera que las técnicas reclamativas en sede administrativa no son muy utilizadas, se percibe que ello se debe por el temor a una repercusión contraria y al desconocimiento de sus bondades. Es claro que en ellas se asume una actitud reaccional porque se reclama el cumplimiento directamente y de frente a la misma Administración Pública.

Tanto el pronto despacho como la queja por inactividad al superior resultan caminos idóneos porque, sin necesidad de formas sacramentales permiten combatir la inactividad formal o procedimental en su más amplia expresión, ya sea por defectos en la aplicación de los trámites, o por retrasos, demoras indebidas, a través de un procedimiento sumario, en el que se garantizan celeridad mediante plazos breves, la

asignación del carácter irrecurrible de lo resuelto y la delimitación de responsabilidades.

Lo importante es que en poco tiempo el administrado obtendrá los resultados, para bien o para mal, en razón del efecto impulsorio de las mismas técnicas luego del acto de promoción del particular, unilateral y receptivo, que reúne los recaudos de identidad personal, exigencia categórica y requerimiento apropiado.

Por un lado, el pronto despacho constituye un ungimiento, advertencia o recordatorio dirigido a la autoridad administrativa que debe dictar el acto, con el objeto de provocar el impulso o reanudación del procedimiento administrativo detenido o demorado. Oficia como una denuncia de mora que, en el caso de Tucumán, consiste en una técnica no tipificada pero ínsita en el derecho de petición, mientras que, en el régimen jurídico nacional, puede adquirir una función preparatoria, en razón de que previo a la configuración de la técnica silencial es necesaria la articulación del pronto despacho.

Por otro lado, la queja por inactividad radica en un reclamo formulado directamente al órgano superior jerárquico de aquel a cuyo cargo estuviere el cumplimiento de la obligación de resolver o instruir el procedimiento previsto en el art. 71 RNPA y art. 56 LPAT, diferenciándose -como se indicó- que, en Tucumán, esta técnica permite reclamar el cumplimiento de los plazos recursivos, no así en el orden nacional, que lo excluye expresamente.

El superior tiene facultades amplias para exigir, subsanar, corregir, remediar, reparar anormalidades formales o temporales en el procedimiento administrativo de formación o de impugnación, si bien no conlleva -en principio- la resolución de fondo del asunto, en virtud de que no hay una sustitución orgánica, sino que se otorga fuerza a la intervención de aquel mediante la facultad que detenta para aplicar sanciones ejemplificadoras o disciplinarias contra el responsable de la tramitación de las actuaciones. Este último efecto es de relevante trascendencia dentro de la fiscalización interadministrativa.

XIV. En el caso de las técnicas reclamativas en sede judicial es otro el ámbito donde se presenta la batalla: el órgano judicial, el que auxiliará al particular ante la inactividad a través de una sentencia de condena que ordenará a la Administración Pública la realización del deber jurídico incumplido.

En este caso pueden intentarse dos acciones procesales distintas con identidad propia, pero que se encuentran ligadas entre sí en una relación de género-especie y que, coordinadamente, actúan para enfrentar el fenómeno de la inactividad de manera integral. Así, la acción de amparo (art. 43 CN, arts. 37 y 38 CT) permite combatir las omisiones materiales de las autoridades públicas y la acción de amparo por mora censura la inactividad formal, procedimental, declarativa y dictaminal (art. 28 LNPA y art. 70 CPCT).

XV. El amparo se erige en una vía directa de tutela contra las omisiones materiales de las autoridades públicas para fortalecer la efectiva concreción de los derechos, tanto para sujetos individuales como colectivos.

Su otorgamiento depende de una consideración estricta de los presupuestos relativos a la idoneidad procesal, sobre la ilegalidad como la arbitrariedad manifiesta de la omisión de las autoridades públicas y respecto de la entidad de lesión, restricción o amenaza cierta de conculcación de derechos constitucionales. Una vez confirmados los mencionados extremos, el afectado por la inactividad cuenta en esta técnica con un procedimiento judicial rápido y preferente para restablecer sus derechos.

XVI. El propósito del amparo por mora es poner fin a la inactividad formal de la Administración Pública, que consiste en la falta de ejercicio de la competencia decisoria del órgano competente frente a las peticiones formuladas en un expediente administrativo, por el particular legitimado, una vez excedidos los plazos legales o bien razonables pautas de tramitación.

Se trata de una acción judicial contra la morosidad procedimental desarrollada en un proceso bilateral y sumario, con un restringido marco de conocimiento, destinada a obtener una protección tutelar a través de la orden de pronto despacho por la que los jueces instan la declaración de la Administración, sin sustituir o indicar a ésta cuál será su respuesta o resolución.

XVII. El valor del amparo como del amparo por mora se percibe en los aditamentos que el ordenamiento jurídico inviste a los jueces que nutren a la sentencia de condena para exigir la actuación material o formal, según sea el caso, en cuanto a la determinación de la autoridad que debe cumplir la misma, el plazo para hacerlo y la aplicación de astreintes en caso de incumplimiento.

XVIII. El reconocimiento de que, además de ungrir la actuación omitida, puede el particular obtener una indemnización económica en concepto de reparación por los daños y perjuicios producidos por la inactividad material o por la inactividad formal significa completar el sistema de protección. El estudio de este aspecto refuerza la exigencia y el rol de la Administración Pública hacia la sociedad, permitiendo que se proyecte como una forma de garantía hacia la optimización de la gestión, que -a la vez- cumple un papel educativo para evitar futuras condenas pecuniarias.

La técnica resarcitoria impone al Estado la obligación objetiva e integral de reparar con fundamento en la aplicación armoniosa y analógica de los arts. 1074 y 1112 CC. Sin embargo, tanto la admisión definitiva de la misma como el monto de la indemnización serán objeto de valoración por los jueces en cada caso concreto, luego de constatar la inobservancia de un deber jurídico concreto (no de un deber genérico o difuso), la existencia de los daños, imputación de la falta de servicio por inactividad a la persona pública y la relación de causalidad entre ésta y aquéllos.

XIX. Hay que seguir bregando para que la Nación y la provincia de Tucumán, cada una en su ámbito, emitan una norma de Derecho público que regule los institutos de responsabilidad estatal, en la que se considere expresamente la aplicación de la técnica resarcitoria contra la inactividad administrativa porque, de lo contrario, si este supuesto se excluyera sería contraproducente y podría aumentarse la inacción, dado que, ante el temor de los agentes públicos de incurrir en responsabilidad patrimonial sólo por su acción, entonces, elijan escudarse en la omisión.

XX. Lo esbozado hasta aquí conduce a descubrir que el tema de la inactividad administrativa es interesante ya que trata de indagar en uno de los vicios de las Administraciones contemporáneas que es el “dejar de hacer”. Aun cuando por naturaleza ella está llamada a ser dinámica y le es impuesta la acción tanto desde el ordenamiento jurídico interno como del supranacional, porque sólo a través de su actuar podrá lograr la satisfacción de las necesidades colectivas y encontrar el dato legitimador de su existencia en un Estado social Derecho.

El panorama sería más sombrío si la sociedad civil se mantiene indiferente o complaciente con la inactividad, con la burocracia o con la corrupción.

XXI. El particular no es un mero espectador. No debe permitírsele a sí mismo, sino que debe asumir el compromiso de encauzar que la Administración cumpla con lo postulado por el principio de juridicidad como por el principio de eficacia. Su rol es vital. Así, frente a la inactividad administrativa, el mismo Derecho le brinda las herramientas adecuadas por lo que se encuentra investido de una cierta cantidad de soluciones jurídicas, no disonantes, pero con sus propios mecanismos. Basta ejercitarlas. La elección de cada una de ellas dependerá tanto de las particulares situaciones del caso como de los resultados que se esperen. Entonces -como se expresó- el empleo de las técnicas de tutela frente a la inactividad será una cuestión estratégica.

XXII. Se diagnostica que cada una de las técnicas participan en la Nación y en Tucumán de un sistema jurídico consolidado a través de los años gracias al aporte realizado desde la jurisprudencia y la doctrina. Por lo que, ante los nuevos desafíos del Derecho Administrativo, hay que reforzar lo trabajado, marcando aciertos y proponiendo mejoras.

XXIII. Dado que queda mucho camino por recorrer, es necesario reformular las formas de funcionamiento de la gestión administrativa y procurar dispositivos para evitar y reducir la inactividad, sea actualizando los sistemas de información al ciudadano, la capacitación de los agentes estatales, la programación de objetivos, la determinación de contenidos o estándares medios de servicio, o bien, activando mecanismos de comunicación, debate y diálogo, simplificación de trámites, etc., de tal manera que se proyecte una Administración Pública calificada, receptiva y abierta a la sociedad.

XXIV. Es preciso que se profundice en el estudio y aplicación de las medidas sancionadoras y correctivas contra los agentes estatales que se escudan en la inactividad, porque permitirán contribuir tanto a su corrección como a su depuración.

XXV. Finalmente, el bien común supone un esfuerzo compartido. No se debe ser más indulgente ni paciente. Los ciudadanos tienen el deber de custodiar que la Administración ejecute cada una de sus deberes jurídicos encomendados. Está en ellos el exigir un *Estado presente y activo*.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro (h) y CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- _____, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- AFTALIÓN, Enrique R. y VILLANOVA, José, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- ALBANESE, Susana, DALLA VÍA, Alberto, GARGARELLA Antonio, SABSAY, Daniel, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004.
- ALFERILLO, Pascual E., “Reflexiones sobre los efectos del silencio de la Administración con relación a la acción contencioso administrativa”, *LL*, Suplemento Cuyo, diciembre, 2003.
- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1963.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- _____, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, en VV.AA., *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Las bases constitucionales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José, y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Curso de Obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- ALVAREZ TAGLIABUE, Cynthia, “Responsabilidad del Estado por omisión del deber de seguridad”, *LL*, t. 2002-A.

- AMBROSINO, Silvana, "Amparo por mora y reclamo administrativo previo", *LL*, t. 2006-F.
- AMONDARAIN, Mariana, "La inactividad administrativa no otorga facultades extraordinarias", *LL*, Suplemento administrativo, noviembre, 2004.
- ARIAS AMICONE, Marcos Patricio, "Las astreintes en el amparo por mora en la Provincia de Tucumán", *LL*, Suplemento Noroeste, julio, 2004.
- ARIAS CAU, Esteban Javier, "Silencio y denegatoria tácita. Una saludable interpretación principista", *LL*, Suplemento Noroeste, febrero, 2007.
- BAENA DE ALCÁZAR, Mariano, "La estructura administrativa del Estado actual", *RAP*, año 1, N° 9.
- _____, *Curso de Ciencia de la Administración*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1985.
- BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- _____, "Sobre la legitimación en el proceso de amparo", *LL*, t. 2001-B.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "Responsabilidade extra contratual do Estado por comportamentos administrativos", *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Editorial de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, 1982.
- BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- _____, *Principios de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980.
- _____, "Burocracia y reforma de la Administración", *RAP*, año 13 N° 156.
- _____, "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *LL*, t. 1994-E, pág. 1087.
- _____, "Defensas del administrado ante la mora en la decisión administrativa. Una feliz corrección de la doctrina 'Dinet'", *ED*, t. 74.
- _____, "El amparo por mora de la Administración", *ED*, t. 59.

- _____, “Amparo, jurisdicción y discrecionalidad administrativa”, *ED*, t. 178.
- _____, “La sustantividad del contrato administrativo”, *ED*, t. 182.
- BARRAZA, Javier Indalecio, “Las omisiones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *LL*, 2 de febrero de 2005.
- _____, “La inercia administrativa. Distintas técnicas jurídicas ante la inactividad de la Administración”, *DJ*, t. 2008-II.
- _____, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- BERÇAITZ DE BOGGIANO, Ana Lía, “La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión”, *ED*, t. 137.
- BIANCHI, Alberto B., *Dinámica del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- _____, “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control”, *LL*, t. 2000-D.
- _____, *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001.
- _____, “La legitimación colectiva en el amparo”, en VV.AA., *Estudios de Derecho administrativo -VI- El amparo contra la Administración Pública*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001.
- _____, *Control de constitucionalidad*, 2ª ed. actualizada, reestructurada y aumentada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- _____, “Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y función administrativa”, *ED*, t. 129.
- BIBILONI, Héctor, “La obligación ambiental. Fundamentos - Responsabilidad”, *LL*, Suplemento ambiental, 23/9/05.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “El amparo de pronto despacho”, *ED*, t. 24.
- _____, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

- _____, “Las legitimaciones en materia de amparo”, *LL*, t. 2001-B.
- _____, “La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional”, *LL*, t. 2001-E.
- BIELSA, Rafael, *Ciencia de la Administración*, 2ª ed., Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1955.
- _____, *Estudios de Derecho Público, Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, Librería Editorial Depalma, 1952.
- _____, *Ideas generales sobre lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, J. Lajoaune & Cía. Editores, 1933.
- _____, *Principios de Derecho administrativo*, imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, 1942.
- _____, *El recurso de amparo. Análisis doctrinal. Jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1965.
- _____, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, *JA*, t. 43.
- BIOTTI, María Alejandra, “Amparo por mora. Recurso de apelación y régimen aplicable”, *LL*, t. 1992-C.
- BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, Estudios Administrativos, 1965.
- BONILLO, José A., “El amparo como procedimiento constitucional autónomo y la garantía del debido proceso”, *ED*, t. 2004.
- BOTASSI, Carlos A., “Ejecución de sentencias contra el Estado. En el nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires”, *LL*, t. 2000-E, pág. 1116.
- _____, “Responsabilidad del Estado por omisión” en *Documentación Administrativa*, N° 269-270, mayo-diciembre, 2004.
- BREBBIA, Roberto H., “Las personas jurídicas y las sociedades comerciales en particular como sujetos pasivos de agravio moral”, *LL*, t. 1991-A.
- BREWSTER CARIAS, Allan R., *Estado de Derecho y control judicial. Justicia constitucional, Contencioso-Administrativo y Derecho de amparo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

- BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A., “Las llamadas precautelares contra la Administración Pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva”, *LL*, t. 2003-D.
- BUDASSI, Iván F., “Amparo por mora” en VV.AA., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, La Ley, 2007.
- BULYGIN, Eugenio, “Teoría y técnica de la legislación”, *LL*, t. 1981-C.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad”, *LL*, t. 1991-E, pág. 1378.
- _____, ¿La responsabilidad extracontractual del Estado es indirecta y subjetiva o directa y objetiva?, *LL*, t. 1998-C.
- _____, “La responsabilidad del Estado en ejercicio del poder de policía”, *LL*, t. 1990-C.
- BUSTELO, Ernesto N., “La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta como recaudo sustancial de procedencia del amparo”, en VV.AA. *Estudio de Derecho Administrativo -VI- El amparo contra la Administración Pública*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001.
- CAFFERATTA, Néstor A., “De la efectividad del Derecho ambiental”, *LL*, t. 2007-E.
- CAIELLA, Pascual, “La eficiencia administrativa en el Estado Posmoderno”, *RAP*, año XXX, N° 354.
- CAMPOLIETI, Federico, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad”, *LL*, t. 2006-E, pág. 284.
- CANDA, Fabián Omar, *Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2004.
- _____, “La responsabilidad penal de los agentes de la Administración Pública”, en VV.AA. *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, 2001.
- _____, “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, en VV.AA.,

- Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- CANOSA, Armando N., *Recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- _____, “El silencio y otros aspectos de la formación de los contratos administrativos”, *ED*, t. 155.
- _____, “La vista en el procedimiento administrativo”, *ED*, t. 134.
- _____, “Autolimitaciones de la Administración en materia de silencio y caducidad”, *ED*, t. 158.
- _____, *Procedimiento administrativo: Recursos y reclamos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- CAPUTI, María Claudia, “Procesos urgentes y derecho a la salud”, en VV.AA., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- _____, *Responsabilidad del Estado. Sistematización y síntesis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007.
- CARRANZA TORRES, Luis R., “Sobre la naturaleza procesal del amparo por mora”, *LL*, t. 2002-E.
- CARBONE, Carlos Alberto, “Los principios generales del Código Procesal Constitucional de Tucumán. Su vinculación con el artículo 43 de la Constitución Nacional. El artículo 2° del Código Procesal Constitucional. Relación con las medidas cautelares, autosatisfactivas y sentencias anticipatorias. Recurso de amparo: vía principal, subsidiaria o alternativa”, *LL*, Suplemento Noroeste, 2002.
- CARRANZA TORRES, Luis R., “Sobre la naturaleza procesal del amparo por mora”, *LL*, t. 2002-E.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre el Derecho y el lenguaje*, 4ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- _____, *Recurso de Amparo*, 2ª ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
- CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración” en VV.AA., *Tratado de Derecho Procesal Ad-*

- ministrativo*, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, La Ley, 2007.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “La ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549”, *ED*, t. 42.
- _____, *Derecho Administrativo*, 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- _____, “La responsabilidad del Estado por omisión”, *LL*, t. 1989-C.
- _____, “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, *ED*, t. 99.
- _____, “La responsabilidad de los funcionarios públicos”, *LL*, t. 1989-C.
- _____, “El acceso a la justicia administrativa”, *LL*, t. 2004-D.
- _____, “Relaciones inter orgánicas e inter administrativas”, *RADA*, N° 6.
- _____, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- _____, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001.
- _____, “Las causas de atribución en la responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- _____, y PERRINO, Pablo Esteban, “La reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado”, reportaje publicado en *LL*, Suplemento de actualidad del 15 y 20 de noviembre de 2001.
- CERDEIRAS, Rosaura, “El difícil equilibrio entre razonabilidad, justicia y eficacia”, *LL*, t. 2002-D.
- CERMESONI, Jorge, “Legitimación procesal del Defensor del Pueblo”, en VV.AA., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Car-

- los CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- CHINCHILLA, Federico, "Notas sobre la prescripción en el Derecho administrativo", en VV.AA., *Tratado de la prescripción liberatoria*, Edgardo López Herrera (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Reus, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 2000.
- CINCUNEGUE, Juan Bautista, "El rol del Estado en la Economía", *RAP*, año 12, N° 137.
- COLACO ANTUNES, A., "Los intereses difusos: ubicación constitucional; tutela jurisdiccional y acción popular de masas", *Revista de Administración Pública*, N° 124, enero-abril, 1991.
- COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2003.
- _____, *Procedimiento administrativo. La ley nacional de procedimiento administrativo. Anotada y comentada* (con colaboración de Laura MONTI), Buenos Aires, La Ley, 2003.
- _____, *El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- _____, "Responsabilidad disciplinaria del funcionario público", en VVAA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001.
- _____, y CANDA, Fabián O., "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos inter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso administrativa)", *LL*, t.1996-A.

- COMADIRA, Julio Pablo, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita”, en VV.AA. y *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Astreintes (Algunos de sus aspectos en el Derecho argentino y francés)”, *LL*, t. 1992-D.
- CORDERO VEGA, Luis, *El procedimiento administrativo*, Chile, Lexis Nexis, 2003.
- CORREA, José Luis, “Responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia de la Suprema Corte mendocina”, *LL*, t. 2004-C.
- _____, “Contratos administrativos: versión clásica”, en VV.AA. *Contratos administrativos* (director, Ismael Farrando (h)), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2002.
- _____, “El silencio administrativo y el pronto despacho: comentario a fallos de la Suprema Corte de Justicia Mendocina”, *RDA*, t. 54.
- COVIELLO, Pedro J.J., “La responsabilidad del Estado en el fuero contencioso administrativo federal”, en VV.AA., *XXX Jornadas Nacionales de Derecho administrativo. La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005.
- CREO BAY Horacio D., *Amparo por mora de la Administración*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.
- _____, “Otra vez sobre la legitimación activa en el amparo por mora de la Administración”, *RAP*, año 18, Nº 211.
- _____, y HUTCHINSON, Tomás, *Amparo por mora de la Administración*, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- _____, “Acción de amparo por mora en el Proyecto de Código Procesal Administrativo”, *LL*, t. 1994-D.
- _____, “La reforma introducida al amparo por mora de la Administración”, *LL*, t. 1978-D.
- _____, “La menor cuantía del amparo por mora de la Administración”, *LL*, t. 1981-A.

- CUETO RÚA, Julio César, “Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de las normas jurídicas generales”, *LL*, t. 1999-F.
- D’ARGENIO, Inés A., “Inserción social en la gestión administrativa”, en VV.AA., *Derecho Público para administrativistas* (Jorge Luis Bastons, director), La Plata, Librería Editora Platense, 2008.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, “Algunas puntualizaciones en torno a la función directiva”, *RAP*, año N° 7, N° 73.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, reimpresión 1989.
- DÍAZ, Silvia A., “Procedimiento en la ley de amparo”, *LL*, t. 2002-B.
- DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora”, *JA*, Suplemento de Derecho ambiental (coordinador: Néstor CAFFERATTA) número especial, 10 de julio de 2002.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983.
- _____, *Manual de Derecho Administrativo* (con colaboración de Florencia GONZÁLEZ DE RECCA), Buenos Aires, Plus Ultra, 1977.
- _____, *Acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956.
- DOCOBO, Jorge, “Las sociedades del Estado y el amparo por mora de la Administración”, *LL*, t. 1982-C, pág. 331.
- _____, “La ley nacional de procedimientos administrativos”, *JA*, Doctrina, 1972.
- DROMI, José Roberto, “Amparo por mora administrativa”, en VV.AA., *Prerrogativas y Garantías Administrativas*, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, mayo - junio, 1979.
- _____, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- _____, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1986.

- _____, y MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- DUBINSKI, Guido J., “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de responsabilidad del Estado y la aplicación analógica o subsidiaria del Código Civil al Derecho Administrativo”, *RAP*, año N° 30, N° 356.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- ELIASCHEV, Nicolás, “La teoría del órgano en un trascendente fallo de la Corte sobre responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de Derecho administrativo*, Tomás HUTCHINSON (director), Buenos Aires, La Ley, Serie de Libros Universitarios, 2003.
- ENTELMAN, Remo F., “El problema de la clasificación en la ciencia del Derecho”, en VV.AA., *El lenguaje del Derecho*. (Homenaje a Genaro R. CARRIÓ), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Tecnos. Madrid, 1987.
- ERBIN, Juan, “¿Responsabilidad del Estado por omisión de control o por imposibilidad de ejecución de la sentencia?“, *LL*, t. 2005-F.
- ETCHEVERRIGARAY, Pedro, “Eficacia al amparo por mora. Entre el derecho de peticionar y la ética pública”, *LL*, t. 2007-A.
- ETO CRUZ, Gerardo, “Una defensa constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión”, en VV.AA. *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles* (en reconocimiento del Dr. Germán J. BIDART CAMPOS bajo la coordinación de Víctor BAZÁN), Buenos Aires, Ediar, 2003.
- FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, concordado, comentado*, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- FARRANDO, Ismael, “El alcance de la indemnización de la responsabilidad del Estado”, en VV.AA. *Cuestiones de res-*

- ponsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- FIORINI, Bartolomé, *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- _____, “Acción de Amparo. Grandes limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan”, *LL*, t. 124.
- _____, *Manual de Derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1968.
- FLEKSERS, Liliana Graciela, “Amparo por mora”, *LL*, t. 1993-C.
- FORSTHOFF, Ernest, *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967.
- FORTIN, Pablo J., “El daño moral y el caso de las personas jurídicas”, *LL*, t. 1994-B.
- FRANCAVILLA, Ricardo H., “La imputabilidad en la responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- GALDÓS, Jorge Mario, “Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chance”, *LL*, t. 1997-D.
- GALLARDO, Roberto Andrés, “Amparo y amparo por mora ¿Existe la incongruencia en la relación género-especie?”, *LL*, t. 1997-C.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- _____, “Las medidas cautelares”, en VV.AA., *Procedimiento y proceso administrativo*, Jornadas organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico. Facultad de Derecho. Departamento Postgrado y Extensión Jurídica. Pontificia Universidad Católica Argentina, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- _____, “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo”, en VV.AA., *Control Judicial de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

- _____, “Control judicial efectivo de la Administración. Medidas cautelares”, en VV.AA., *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- GALLO, Javier, “Agotamiento de la instancia administrativa y acción de amparo. En el marco del dilema planteado frente a la selección inteligente del cauce judicial de tutela”, en VV.AA., *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo: El proceso Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2006.
- GAMBIER, Beltrán, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, *LL*, t. 1990-E.
- _____, y ZUBIAUR, Carlos A., “Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549)”, *LL*, t. 1993-D.
- _____, y PERRINO, Pablo E., “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado”, *JA*, t. 1996-IV.
- GAMBOA, Ramón Alberto, *Derecho Constitucional y Federal*, Tucumán, Ediciones El Graduado, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Sobre los Derechos públicos subjetivos”, *REDA*, Nº 6, Madrid, 1975.
- _____, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1995.
- _____, *La Administración Española. Estudios de ciencia administrativa*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999.
- _____, *La batalla por las cautelares*, Madrid, Civitas, 1992.
- _____, *Lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983.
- _____, y MÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997.
- _____, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, con notas de Agustín GORDILLO, 1ª ed. argentina, Buenos Aires, Thomson Civitas- La Ley, 2006.

- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Contenidos y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en libro homenaje al Profesor Luis Villar Palasí, Madrid, Civitas, 1989.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando Raúl, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- _____, “El proceso contencioso administrativo como instrumento de control”, en VV.AA. *Derecho Procesal Administrativo*, en homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (Juan Carlos Cassagne, director), Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2004.
- _____, “La potestad sancionadora de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional”, en *Documentación Administrativa* N° 267-268, septiembre 2003-abril 2004.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- _____, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- GAUNA, Juan Octavio, “Amparo por mora de la Administración Pública” en VV.AA., *El Derecho Administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- _____, “Los derechos sociales y el amparo en los entresijos de la historia argentina (A modo de epílogo)”, *LL*, t. 2008-A.
- GIANINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo* (traducción Luis ORTEGA), Madrid, edición del Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.
- GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, Cecilia, “Responsabilidad del Estado por omisión”, *RDA*, t. 61, pág. 770.
- GOANE, René Mario, *El poder disciplinario de la Administración Pública. Las funciones del Estado. Las limitaciones*

- administrativas al dominio*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, Asociación Fondo de Cultura Jurídica, Tucumán, 1991.
- _____, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público en la provincia de Tucumán. Algunas reflexiones” en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.
- _____, “Condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares contra la Administración” en VV.AA., *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo: El proceso contencioso administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2006.
- GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1984.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, 2ª ed., Navarra, Aranzadi, 2000.
- _____, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, en *Documentación Administrativa*, N° 237-238, enero-junio, 1994.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 8ª ed., Buenos Aires, Angel Estrada y Cía. Editores, 1951.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed. corregida, Buenos Aires, J.Lajoaune & Cía. Editores, 1923.
- GONZÁLEZ DE AGUIRRE, Marta y BERNALES DE RUIZ VEGA, Estela, “El amparo contra los actos de la Administración Pública” en VV.AA. *Estudios de Derecho Administrativo -VI- El amparo contra la Administración Pública*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001.
- GONZÁLEZ DE RECA, Florencia, “Amparo por mora”, en VV.AA., *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M., “El silencio administrativo y la tutela judicial efectiva”, *ED*, del 18 de mayo de 2005.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, EUNSA, 1987.

- _____, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativos*, Navarra, EUNSA, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Madrid, Temis, 1985.
- _____, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1977.
- GORDILLO, Agustín (director), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Depalma, 2003.
- _____, *La Administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982.
- _____, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- _____, “El Estado y sus órganos como demandados en los juicios en general y en el amparo por mora”, *LL*, t. 1988-D, pág. 207.
- _____, “Antedatar sin costas”, *LL*, t. 1997-B.
- _____, “Amparo por mora contra el Poder Ejecutivo Nacional”, *LL*, t. 1998-E, pág. 539.
- _____, “Informalismo y amparo por mora”, *LL*, t. 1997-A.
- _____, “El órgano institución y no la persona Estado como parte demandada en el amparo por mora”, *LL*, t. 1997-F.
- _____, “Racionalidad, política, economía, derecho”, *LL*, t. 2006-A.
- _____, “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer astreintes a los funcionarios públicos”, *LL*, t. 2004-C.
- _____, “La sentencia en el amparo por mora: alcances, recursos”, *LL*, t. 1995-D.
- _____, “El interés legítimo en el amparo por mora”, *LL*, t. 1996-A.
- _____, “¿Cuánto vale un amparo por mora?”, *LL*, t. 1997-A.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional”, *Diario La Ley*, 21 de noviembre de 1995.
- _____, “La sentencia dictada en el amparo por mora es apelable”, *JA*, t. 1985-II.

- _____, “El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional”, *LL*, t. 1995-E.
- _____, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, La Plata, 1971.
- GRECCO, Carlos Manuel, “Sobre el silencio de la Administración”, *LL*, t. 1980- C.
- _____, y MUÑOZ, Guillermo A., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.
- _____, *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, 2ª ed., Madrid, Colex, 1997.
- HALPERÍN, David Andrés, “La acción de amparo por mora”, en VV.AA. *Derecho Procesal Administrativo*, homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (Juan Carlos Cassagne, director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, “Derechos y deberes en nuestro constitucionalismo subnacional”, en VV.AA., *Derecho Público Provincial*, Antonio María Hernández (coordinador), 1ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- HERNÁNDEZ, Belisario J., “Recurso de queja”, *RADA*, N° 9.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española. Una propuesta para un debate aún abierto”, en VV.AA., *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, “La experiencia de doña Rosa: La motivación *in aliunde* ante el derecho de petición”, *LL*, t. 2006-A.
- HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., “Procedimiento administrativo en Tucumán” en VV.AA., *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.

- _____, “Responsabilidad del Estado administrador por actividad (hecho o actos) y por omisión ilícita”, en VV.AA., *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005.
- HITTERS, Juan M., “El amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires”, *JA*, t. 2004-I.
- HUICI, Héctor, “La responsabilidad del Estado por omisión”, *LL*, t. 1993-D.
- _____, “La responsabilidad del Estado por omisión en materia de seguridad pública”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- HUTCHINSON, Tomás, *Ley nacional de procedimiento administrativo, Ley 19.549 Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- _____, “La inactividad de la Administración y su control”, en VV.AA., *Control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003.
- _____, “El Poder Judicial y su función administrativa”, *RADA*, Nº 13, 1976.
- _____, “El pedido judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas (Amparo por Mora)”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -IV- El amparo contra la Administración Pública*, Mendoza, Ediciones Diké, 2001
- _____, *Ley Digesto Práctico La Ley. Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004.
- _____, “La morosidad administrativa”, *RAP*, Nº 2, 1980.
- _____, “La legitimación en el proceso contencioso administrativo”, en VV.AA., *Derecho Procesal Administrativo*, homenaje a Jesús González Pérez (Juan Carlos Cassagne, director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- _____, “El problema del *quantum* indemnizatorio en la revocación por razones de oportunidad” en VV.AA., *Colección*

de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo, Tomás HUTCHINSON (director), Buenos Aires, La Ley, Serie de Libros Universitarios, 2003.

ISABELLA, Diego P., “El silencio administrativo relativiza la aplicabilidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado. En torno a un trascendente fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires”, *LL*, Suplemento administrativo, mayo, 2005.

ITURREZ, Arturo Horacio, “Garantías”, en VV.AA., *Derecho Público Provincial*, Antonio María HERNÁNDEZ (coordinador), 1ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.

IVANEGA, Miriam Mabel, “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora”, en VV.AA., *Derecho Procesal Administrativo*, homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma editor, 2004.

_____, “El amparo por mora” en VV.AA., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

_____, “Los principios de la organización administrativa”, en *Documentación Administrativa*, Nº 267-268, septiembre 2003 - abril 2004.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones públicas” en *Documentación Administrativa*, Nº 269-270, mayo- diciembre, 2004.

_____, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, en VV.AA., *Derecho Procesal Administrativo*, homenaje a Jesús González Pérez (Juan Carlos CASSAGNE, director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

_____, “La legitimación” en VV.AA. *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, La Ley, 2007.

_____, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *LL*, t. 2003-B.

- _____, “El ejercicio del poder de policía y la responsabilidad del Estado. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la causa Friar S.A.”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el artículo 43 de la Constitución Nacional?”, *LL*, t. 2004-C.
- JUAN LIMA, Fernando E., “El silencio administrativo: problemas actuales”, en VV.AA., *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Jornadas organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico. Facultad de Derecho. Departamento de Posgrado y extensión jurídica. Pontificia Universidad Católica Argentina, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - UCA, 2005.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, traducción a cargo de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1960.
- LAGUINGE, Esteban, “Límites de las acciones colectivas”, *LL*, t. 2007-F.
- LAMOGLIA, Carlos Marcelo, “La responsabilidad del Estado por omisión”, en VV.AA., *Temas de Derecho Administrativo* (en honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo), La Plata, Librería Editora Platense, 2003.
- LANDE, Carolina, “Amparo por mora y pronto despacho van juntos”, *LL*, t. 2006-F.
- LARREA, María Soledad, “El amparo por omisión”, *RAP*, año N° 22, N° 263.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Derecho y Libertad*, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo Editor, 1952.
- LINARES, Juan Francisco, *Sistema de los recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- _____, *El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- _____, “El deber de eficiencia del agente público”, *LL*, t. 1980-B.

- _____, “El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549”, *LL*, t. 1980-C.
- _____, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1959.
- LISA, Federico José, “Agotamiento de la instancia y el silencio administrativo frente al derecho del administrado a obtener una resolución expresa” en VV.AA., *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, El Proceso Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2006.
- _____, “La responsabilidad de los funcionarios por el silencio administrativo”, en VV.AA. *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J., “El mito de la causalidad adecuada”, *LL*, t. 2008-B.
- _____, y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- LÓPEZ OLACIREGUI, Diego, “Daño emergente vs. lucro cesante”, *LL*, t. 1995-E.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Notas para una teoría de las obligaciones de hacer”, *LL*, t. 1991- C.
- LORENZO, Susana, *Sanciones administrativas*, de Julio César Faria Editor, Montevideo, 1996
- MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MAIORANO, Jorge L., “Las costas en el amparo por mora”, *LL*, t. 1989-B.
- MARAFUSCHI, Miguel A., “Procedimiento Administrativo y Control de Legalidad”, en VV.AA., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.

- MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- _____, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- _____, “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado - Distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativa. Justicia distributiva y justicia conmutativa”, *LL.*, t. 1991-C.
- _____, “Otra vez acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Respuesta a algunas objeciones”, *LL.*, t. 1992-E.
- MÁRSICO, Lisandro L. y MORO, Emilio F., “La responsabilidad del Estado por omisión en el servicio penitenciario”, *LL.*, Suplemento litoral, agosto, 2008.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción, *Posmodernidad y Derecho público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- MATA, Ismael, “Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía”, en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001.
- MAYO, Jorge A., “La pérdida de chance como daño resarcible”, *LL.*, t. 1989-B.
- MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán, Le droit administratif allemand*, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1949.
- MELLID, Susana María, “La responsabilidad del Estado nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de resolver”, *EDA*, t. 2004.
- MENEM, Carlos S. y DROMI, Roberto, *Reforma del Estado y transformación nacional*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990.

- MERCADO LUNA, Roberto, “El amparo por mora ¿es recurrible por vía de revocatoria?”, *LL*, t. 1994-A.
- MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, (edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez), Granada, Comares, 2004.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001.
- _____, “La responsabilidad del Estado en el Derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso Friar S.A.”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones _____, 2008.
- MIDÓN, Mario A.R., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed. aumentada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- _____, “Las leyes faltantes por la omisión del Congreso”, *LL*, t. 2005-B.
- MIGUENS, Dolores, “Breves consideraciones con relación a la cosa juzgada y a la aplicación de astreintes”, *LL*, t. 1997-C.
- MIRRA, Dante, “El peligro de la pérdida de identidad del amparo”, publicado en diario *La Gaceta*, Sección Tribunales, 25 de marzo de 2008.
- MOISÁ, Benjamín, “Código Procesal Constitucional de Tucumán. Un gran paso hacia la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales”, *LL*, Suplemento Noroeste, 2000.
- MONTI, Laura, “Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia”, VV.AA., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000.
- _____, y VIEITO FERREIRO, Mabel, “El amparo por mora de la Administración y la obligación de resolver”, *LL*, t. 1996-E.
- _____, y JUAN LIMA, Fernando E., “La prescripción de la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad del

- Estado (con especial referencia a los ámbitos federal y de la ciudad autónoma de Buenos Aires), en VV.AA., *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2008.
- MORELLO, Augusto M., *Anticipación de la tutela*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996.
- _____, y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, 2ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 1995.
- _____, “La cautela material”, *JA*, t. 1992-IV, pág. 4.
- _____, SOSA, Gualberto Lucas y BERIZONCE, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados*, 2ª ed. reelaborada y ampliada, Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1996.
- _____, “En busca de la buena senda del amparo. Recepción de astreintes”, *ED*, t. 167.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Una revisión desde la perspectiva constitucional de la técnica del silencio administrativo positivo”, *RDA*, t. 65.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto, *Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- _____, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, t. X, “Responsabilidad del Estado”.
- MUÑOZ, Guillermo Andrés, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, 1982.
- _____, “Inmunidad del poder: inactividad administrativa”, *LL*, t. 1990-B.
- _____, “Responsabilidad del Estado por omisión”, en VV.AA. *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001.
- MURATORIO, Jorge I., “¿Actos administrativos tácitos?”, en VV.AA. *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002.
- NALLAR, Daniel M., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, *RDA*, año 12, enero-diciembre, 2000.

- NIETO GARCÍA, Alejandro, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, *RAP*, N°37, enero-abril, 1962.
- _____, “La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998”, *Revista Justicia Administrativa*, número extraordinario, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- _____, “La inactividad material de la Administración: 25 años después”, *Documentación Administrativa*, N° 208, abril-diciembre.
- _____, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.
- _____, “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial”, *REDA*, N° 4, 1975.
- _____, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- NOVILLO, Rodolfo Napoleón, *Derecho procesal administrativo*, Tucumán, Top Graph, 2000.
- OROZ, Miguel H. E., “El amparo por mora: transitando por una buena venda”, *Revista Lexis Nexis*, Suplemento Derecho Administrativo, 30 de julio 2003.
- PALACIO, Lino Enrique, “La acción de amparo”, *LL*, t. 96.
- _____, *Derecho Procesal Civil*, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- PALAZZO, José Luis, “Medidas cautelares positivas o innovativas”, en VV.AA. *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo: El proceso contencioso administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2006.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1990.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma constitucional*, Madrid, Civitas, 1983.

- PASTOR DE PERIOTTI, Irma y ORTIZ DE GALLARD, O, María Inés del C., “Medidas cautelares en la justicia administrativa: Fundamentos y alcances”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004.
- PEARSON, Marcelo M., “La acción judicial contra la Administración Pública”, *LL*, t. 1978-D.
- _____, “El amparo por mora de la Administración Pública Nacional”, *LL*, t. 1975-B.
- _____, “Acción Judicial contra la Administración Pública”, en el orden nacional, por su mora en el Procedimiento Administrativo”, *LL*, t. 1982-D.
- _____, “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la Administración Pública Nacional?”, *LL*, t. 1979-A.
- PEDICONE DE VALLS, María Gilda, “Conveniencia de un Código Procesal Constitucional para la protección judicial efectiva frente a la Actividad Pública”, en VV.AA. *Estudio de Derecho Administrativo -X- El proceso administrativo en la República Argentina*, Ediciones Diké, Foro de Cuyo, 2001.
- PERAL, Juan Carlos, “La legitimación en el Código Procesal Constitucional de Tucumán”, *LL*, Suplemento Noroeste, 2000.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro y BUSTELO, Ernesto N., “Barreto: La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales”, *LL*, t. 2006-E.
- PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D., “El Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán y el acceso a la justicia: punto de inflexión en la tutela de derechos”, *LL*, Suplemento Noroeste, 2000.
- _____, y PREBISCH, Dora, “Excursus sobre la vía judicial más idónea en relación al amparo”, diario *El Siglo*, Sección Jurídica, 29 de febrero y 7 de marzo de 2000.
- PERRINO, Pablo Esteban, “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva”, en VV.AA., *Temas de Derecho Adminis-*

- trativo* (en honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo), La Plata, Librería Editora Platense, 2003.
- _____, “El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004.
- _____, “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en VV.AA., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001.
- _____, “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita”, *ED*, t. 185.
- PIZZOLO, Calógero, *Constitución Nacional. Comentada, concordada y anotada con los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los órganos de control internacional*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
- PREVOT, Juan Manuel, “¿Hay causalidad en la omisión”, *DJ*, t. 2006.
- PRITZ, Osvaldo S. “Medidas cautelares y control de la discrecionalidad administrativa” en VV.AA., *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “El amparo, el habeas data y el habeas corpus”, en VV.AA. *La reforma constitucional. Explicada por miembros de la comisión de redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- _____, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavala Editor, 2000.
- RASPI, Arturo E., “El pronto despacho de los artículos 10 y 28 de la ley nacional de procedimientos administrativos”, *ED*, t. 178.
- REBOLLO, Luis Martín, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado” en VV.AA. *Responsabilidad del Estado y*

- del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001
- REIMUNDIN, Ricardo, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Viracocha, 1961.
- REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *El Derecho Administrativo Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996.
- _____, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- _____, “Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Las bases constitucionales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004.
- REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- _____, “Examen de admisibilidad: El rechazo *in limine*”, en VV.AA., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- _____, “Responsabilidad del Estado por omisión judicial. Una tendencia que se expande”, *LL* t. 1996-D, pág. 79.
- RITTO, Graciela B., “Un fallo ejemplificador sobre la responsabilidad del Estado por omisión. A mayor responsabilidad del Estado, mayor seguridad jurídica”, *LL*, Suplemento Córdoba, marzo, 2007.
- _____, “Responsabilidad del Estado por omisión”, *LL*, t. 2006-F.
- RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo*, Buenos Aires, La Rocca, 1990.
- _____, “El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina”, *LL*, t. 1994-E.
- RIVERA, Julio César y RIVERA, Julio César (h), “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, *LL*, t. 2005-B.

- ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación”, en VV.AA *Derecho Procesal Administrativo*, homenaje a Jesús González Pérez (Juan Carlos Cassagne, director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- _____, “Reflexiones en torno de la legitimación de las asociaciones de usuarios”, *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos”, *RDA*, t. 47.
- _____, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, 1ª ed., Madrid, Aranzadi, 2006.
- RODRÍGUEZ COSTA, Manuel, *Control de la inactividad administrativa*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2005.
- ROMANO, Santi, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- ROSENBERG, Gastón, “Breves consideraciones sobre el amparo por mora de la Administración”, *LL*, Suplemento Noroeste, 2001.
- ROSSI, Alejandro, “El informe del art. 8º: La bilateralidad”, en VV.AA., *Amparo, Medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2007.
- SAGÜÉS, Néstor P., “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente)”, *LL* t. 1995-D.
- _____, *Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- _____, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Rodolfo Depalma, 1988.
- _____, “El rechazo *in limine* de la acción de amparo”, *ED*, t. 70.
- SALGADO, Alí Joaquín y VERDAGUER, Alejandro César, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2000

- SALOMONI, Jorge Luis, “La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina”, *JA*, t. 2005-IV.
- _____, SALOMONI, Jorge Luis, “Responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil”, en VV.AA. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001.
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, *Documentación Administrativa*, N° 269-270, mayo-diciembre, 2007.
- _____, “Precisiones sobre la naturaleza procesal del amparo por mora”, *JA*, t. 1995-II.
- _____, “El amparo en la Constitución”, en VV.AA., *Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003.
- _____, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El Contencioso Administrativo urgente*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003.
- _____, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en VV.AA., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- SBDAR, Claudia Beatriz, *Amparo de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.
- SESIN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discreción y técnica, Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- _____, “Derecho a la tutela judicial efectiva. Alcance e intensidad en el proceso administrativo actual”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El proceso Administrativo en Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004.
- _____, “El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del Derecho y la política”, *LL*, t. 2003-E.
- SCHAVONE, Graciela M., *Cómo se escribe una tesis*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- SISELES, Osvaldo E. y VINCENTI, Rogelio W., “La ley de emergencia N° 25.344 y el proceso contencioso administrativo”, *LL*, t. 2001-F.

- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general de Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1951.
- SOBRE CASAS, Roberto Pablo, “Procesos urgentes y medidas cautelares en el Derecho público en el Provincia de Tucumán”, en VV.AA. *Amparo, medidas cautelares y otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Juan Carlos CASSAGNE (director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- SORIA, Daniel Fernando, “Silencio de la Administración en la emisión de actos de trámite”, *RAP*, año 12, N° 142.
- _____, “La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)”, *ED*, t. 182.
- SOSA, Ismael A., *Historia constitucional de Tucumán*, publicación de la Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 1945.
- SOTELO DE ANDREU, Mirta G., “El silencio de la Administración”, en VV.AA., *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad pública: Enfoque político. Un retorno a la idea clásica de Restitución”, en VV.AA. *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Editorial de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, 1982.
- SUÁREZ ABALOS DE LÓPEZ, Pilar, “El silencio administrativo”, *LL*, Suplemento Córdoba, 1999
- TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- _____, “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial”, *ED*, t. 128.
- _____, “El amparo por mora y el silencio de la Administración”, *LL*, t. 1986-D.
- _____, “La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta”, *LL*, t. 1989-E.

- TENREYRO, María Pamela, “Estado de la cautelar positiva en la Provincia de Tucumán”, *LL*, Suplemento Noroeste, febrero, 2008.
- _____, “Solución para el problema del silencio administrativo”, publicado en diario *La Gaceta*, Sección Tribunales, 3 de octubre de 2006.
- TESTONI, Silvia, “Daño moral”, en VV.AA., *Cuestiones de la responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- TETTAMANTI DE RAMELLA, Adriana, “Las medidas cautelares en el Proceso Administrativo”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El proceso administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004.
- TOIA, Leonardo, “El enigmático silencio en el reclamo previo”, *ED*, Suplemento Derecho Administrativo, 29 de febrero de 2008.
- TOLLER, Fernando M., “El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales”, *RDA*, t. 45.
- TRIBIÑO, Carlos R., “El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo”, en VV.AA., *Temas de Derecho Administrativo*, en honor al Prof. Dr. Agustín A. GORDILLO, La Plata, Librería Editora Platense, 2003.
- U ROSA MAGGI, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2003.
- _____, “La protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la inactividad de la Administración Pública. Aproximación jurisprudencial”, *Revista Derecho y Sociedad*, N° 1, Caracas, 2000.
- URRUTIGOYTI, Javier, “El silencio de la Administración y habilitación de la instancia procesal administrativa (sistema mendocino)”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo -X- El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Ediciones Diké, 2004.

- USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria”, en VV.AA. *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002.
- USANDIVARAS, Verónica B., “Código Procesal constitucional: Necesidad de una reforma”, diario *El Siglo*, Sección Jurídica, Tucumán, 19 de octubre de 2004.
- VALLEFÍN, Carlos A., “Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares” en VV.AA. *Temas de Derecho Administrativo*, en honor al Prof. Dr. Agustín A. GORDILLO, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2003.
- VARGAS, Abraham Luis, “Teoría General de los Procesos Urgentes”, en VV.AA., *Medidas Autosatisfactivas*, Jorge W. PEYRANO (director), Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
- VEGA, Susana Elena y ROTAECHE, María Josefina, “La falta de servicio: Un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso Mosca” en VV.AA. *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.
- VERMENGO, Roberto J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- _____, “Sistemas normativos dinámicos y la idea de la libertad jurídica”, en VV.AA., *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- VIALE, Claudio Martín, “El silencio de la Administración”, *LL*, Suplemento Córdoba, 1997.
- VICENTI, Rogelio W., “El silencio de la Administración” en VV.AA., *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de Derecho administrativo*, (Tomás HUTCHINSON, director), Buenos Aires, La Ley, Serie de Libros Universitarios, 2003.
- _____, “Amparo por mora de la Administración” en VV.AA., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo* (Tomás HUTCHINSON, Director), Buenos Aires, La Ley, Serie de Libros Universitarios, 2003.

- VILLARRUEL, María Susana, “Algunas reflexiones en torno de las denominadas medidas cautelares positivas”, *ED*, t. 178.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949.
- VON IHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978.
- VON FISCHER, Marcela, “Amparo colectivo y principio republicano de gobierno (A propósito de la situación de emergencia de la comunidad Toba en la Provincia de Chaco)”, *RDA*, t. 63, pág. 174.
- WALSH, Juan Rodrigo, “El ordenamiento territorial como presupuesto mínimo de protección ambiental”, *LL*, t. 2005-D.
- ZARA MENSAQUE, Alberto R., “Garantías Institucionales. Hábeas Corpus. Amparo. Hábeas Data. Amparo por mora” en VV.AA., *Derecho Público Provincial*, Antonio María Hernández (coordinador), 1ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Actualidad en la jurisprudencia sobre Derecho de daños - Relación de causalidad”, *LL*, t. 1997-D.
- ZELAYA, Simón, *El Contencioso Administrativo en Tucumán*, San Miguel de Tucumán, Fondo de Cultura Jurídica, Asociación Cooperadora, Universidad Nacional de Tucumán, 1983.

ANEXO I: CUADRO COMPARATIVO

			Nación	Tucumán
Técnica cautelar			Art. 232 CPCCN	Arts. 27 CPAT, 250 CPCCT y 58 CPCT
Técnica silencial			Arts. 10 LNPA, 87, 91, 98 RNPA	Art. 21 CT
Técnicas reclama- tivas	En sede adminis- trativa	Pronto despacho	Arts. 10 y 31 LNPA	
		Queja por inactividad	Art. 71 RNPA	Art. 56 LPAT
	En sede judicial	Amparo	Art. 43 CN	Arts. 37, 38 CT y 50 CPCT
		Amparo por mora	Art. 28 LNPA	Art. 70 CPCT
Técnica resarcitoria			Arts. 1074 y 1112 CC	

ANEXO II: LEGISLACIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL PERTINENTE

A continuación se transcriben las normas nacionales y provinciales que fueron mencionadas:

1. Nación

a. Constitución Nacional

Art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia

colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

b. Ley N° 19.549

Art. 10: “El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediante disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración”.

Art. 28: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolu-

ción 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”.

Art. 29: “La desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable lo dispuesto por el artículo 17 del decreto-ley 1285/58”.

c. Ley N° 17.811

Art. 19: “La Comisión Nacional de Valores debe resolver la solicitud de autorización para realizar oferta pública dentro del plazo de 30 (treinta) días a partir de la fecha de su presentación. Cuando vencido dicho plazo, no se hubiera expedido, el interesado puede requerir pronto despacho. A los diez (10) días de presentado este pedido si la Comisión Nacional de Valores no se hubiera pronunciado, se considera concedida la autorización”.

d. Ley N° 24.076

Art. 3°: “Quedan autorizadas las importaciones de gas natural sin necesidad de aprobación previa. Las exportaciones de gas natural deberán, en cada caso, ser autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional, dentro del plazo de noventa (90) días de recibida la solicitud, en la medida que no se afecte el

abastecimiento interno. El silencio, en tal caso, implicará conformidad. Los importadores y exportadores, deberán remitir al Ente Nacional Regulador del Gas una copia de los respectivos contratos”.

e. Ley N° 25.156.

Art. 13: “En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo, el Tribunal por resolución fundada, deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la solicitud y documentación respectiva: a) Autorizar la operación; b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que el mismo Tribunal establezca; c) Denegar la autorización. La solicitud de documentación adicional deberá efectuarse en un único acto por etapa, que suspenderá el cómputo del plazo por una sola vez durante su transcurso, salvo que fuere incompleta (*párrafo incorporado por art. 4° del Decreto N° 396/2001; B.O., 5/4/2001.- Vigencia a partir del 9/4/2001*)”.

Art. 14: “Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa”.

f. Ley N° 24.441

Art. 17: “Transcurridos treinta (30) días de vencido el plazo previsto en el inciso citado (12 meses) sin que la administración dicte el acto administrativo pertinente, la designación se considerará efectuada, adquiriendo el agente el derecho a la estabilidad”.

g. Decreto 1759/72

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

Art. 87: “Si el recurso de reconsideración no fuere resuelto dentro del plazo fijado, el interesado podrá reputarlo denegado tácitamente sin necesidad de requerir pronto despacho”.

Art. 91: “El plazo para resolver el recurso jerárquico será de treinta (30) días, a contar desde la recepción de las actuaciones por la autoridad competente, o en su caso, de la presentación del alegato -o del vencimiento del plazo para hacerlo- si se hubiere recibido prueba. No será necesario pedir pronto despacho para que se produzca la denegatoria por silencio”.

h. Decreto ley N° 15.349/46 ratificado por ley N° 12.962.

Art. 8°: “El presidente de la sociedad, o en su ausencia cualquiera de los directores nombrados por la Administración Pública, tendrán la facultad de vetar las resoluciones del Directorio o las de las Asambleas de accionistas, cuando ellas fueren contrarias a esta Ley o la de su creación o a los estatutos de la sociedad, o puedan comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad. En este caso se elevarán los antecedentes de la resolución objetada a conocimiento de la autoridad administrativa superior de la administración pública asociada, para que se pronuncie en definitiva sobre la confirmación o revocación correspondiente al

veto, quedando entretanto en suspenso la resolución de que se trata. Si el veto, no fuere confirmado por dicha autoridad dentro de los veinte (20) días subsiguientes al recibo de la comunicación que dispone este artículo, se tendrá por firme la resolución adoptada por el Directorio o por la Asamblea de la sociedad en su caso”.

2. Tucumán

a. Constitución de Tucumán.

Art. 20: “La Provincia, como persona civil, puede ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia provincial sobre propiedad y por obligaciones contraídas, sin necesidad de requisito previo y sin que el juicio deba gozar de privilegio alguno”.

Art. 21: “Toda reclamación de índole administrativa debe ser despachada en el término de tres meses desde el día de su interposición. Vencido ese plazo, el interesado podrá tenerla por denegada y concurrir directamente a la Justicia”.

Art. 37: “Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista otra vía pronta o eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley”.

Art. 38: “Esta acción podrá interponerse contra cualquier decisión, hecho, acto u omisión emanada de autoridad pública, así como de cualquier persona física o jurídica que impida de manera ilegítima el ejercicio de los derechos mencionados. La acción será expedita y rápida. El juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva”.

b. Ley N° 4537

Art. 56: “Contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales y reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento, podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico, la que se resolverá dentro de los cinco días sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá, si fuere necesario, del inferior, procurando evitar la suspensión del procedimiento principal. La decisión que se dicte será irrecurrible. El incumplimiento injustificado de los trámites y plazos legales o reglamentarios genera responsabilidad imputable a los agentes a cargo directo del procedimiento o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección, fiscalización o cumplimiento y se hará efectiva de acuerdo con lo establecido por el artículo 4° primer párrafo *in fine*”.

c. Ley N° 6944

Art. 50: “La acción de amparo se deduce contra todo acto, omisión o hecho de órganos o agentes del Estado provincial o entes autárquicos provinciales, o de particulares, que, en forma actual o inminente, viola, lesiona, restringe, altera o amenaza violar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos, libertades o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Provincial o Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, con excepción de los protegidos por el hábeas corpus”.

Art. 70: “Cuando la Constitución, la ley u otra norma con fuerza de ley imponga a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto de cumplir en un plazo determinado y la administración fuere morosa en la tramitación de un expediente administrativo, toda persona afectada que fuere parte del mismo puede solicitar al Tribunal en lo Contencioso Administrativo, libre orden de pronto despacho. Dicha orden es procedente cuando la autoridad

administrativa ha dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubo una irrazonable demora en su tramitación sin emitir el dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado. Presentado el petitorio, el Tribunal se expide sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estima pertinente requiere a la autoridad administrativa interviniente, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del Tribunal es inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo haya evacuado, resuelve librar la orden para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo que se establezca en atención a las circunstancias del caso. La desobediencia a la orden de pronto despacho es puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondientes a los mismos, a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda y a la Justicia Penal. Asimismo faculta al Tribunal a aplicar, a petición de partes, las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes al cumplimiento de su decisión, cuyo importe es en beneficio de la parte perjudicada por el incumplimiento. La condena será graduada prudencialmente por el Tribunal de acuerdo a las circunstancias del caso y a la entidad de la desobediencia, previa intimación, bajo apercibimiento por el término de cinco (5) días. En el supuesto de quedar expedita la acción judicial por aplicación del artículo 19 de la Constitución Provincial, no serán de aplicación las sanciones previstas en el presente artículo”.

3. Catamarca

a. Constitución de Catamarca

Art. 40: “Contra todo acto, decisión u omisión de los agentes administrativos que violen, amenacen o menoscaben derechos garantizados por esta Constitución o por las leyes sancionadas en su consecuencia, y que ocasionen un gravamen

irreparable por otro medio, procederá al amparo, que se sustanciará judicialmente, por procedimiento sumario y sin necesidad de reglamentación previa”.

b. Ley N° 4795. Reglamentación del derecho consagrado en el art. 40 de la Constitución de Catamarca

Art. 2°: “Su presupuesto fáctico será una situación objetiva de demora administrativa en cumplir un deber concreto en un plazo determinado y en caso de no existir éste, si hubiere transcurrido un plazo que excediere lo razonable, sin emitir dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado”.

c. Ley N° 3559. Código de Procedimientos Administrativos

Art. 25 (2° párrafo): “El silencio, de por sí, es tan sólo una conducta administrativa inexpresiva; únicamente cuando el orden normativo expresamente dispone que ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, como acto administrativo”.

4. Córdoba

a. Constitución de Córdoba. Mora de la Administración. Amparo.

Art. 52: “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”.

b. Ley N° 7182. Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo

Art. 7°: “La autoridad que se refiere el artículo anterior debería expedirse en el término de ciento veinte días hábiles administrativos, en el caso de petición, y de treinta días hábiles administrativos, en el caso de recurso necesario, contados desde la interposición. Si así no lo hiciera, el interesado deberá presentar pronto despacho en el término de tres meses y si no hubiere pronunciamiento dentro de los veinte días hábiles administrativos quedará, por éste sólo hecho, expedida la vía contencioso administrativa, la que podrá ser iniciada hasta seis meses después de la fecha de presentación del pronto despacho”.

c. Ley N° 8508. Acción de amparo por mora de la Administración.

Art. 1°: “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”.

Art. 5°: “La demanda se interpondrá por escrito y deberá contener: 1. Nombre, apellido, domicilio real, y constituido del accionante. Si se tratare de persona jurídica, su denominación, domicilio social, domicilio constituido, el nombre de

sus representantes y datos de inscripción registral cuando correspondiera. 2. Relación circunstanciada del deber omitido por la administración, con indicación precisa del derecho subjetivo o interés legítimo afectados, de la norma que predetermine en concreto la obligación y de la autoridad administrativa involucrada. 3. El ofrecimiento de la prueba de que pretendiera valerse el accionante. Siempre que se invoque representación legal o mandato de terceras personas, se acompañarán con la demanda los instrumentos legales que lo acrediten”.

5. Chubut

a. Ley N° 920. Ley de Procedimiento administrativo (texto ordenado por el decreto N° 1464/1995)

Art. 76 (primer párrafo): “Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurrido un mes desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición”.

6. Entre Ríos

a. Ley N° 7061. Código Procesal Administrativo

Art. 5°: “Denegación tácita: Proceden igualmente las acciones en caso de denegación tácita. Se entiende por denegación tácita cuando: a) Formulada alguna petición, no se resolviera definitivamente dentro de los sesenta días corridos de estar el expediente en estado de ser resuelto. b) El órgano

competente no dicte las providencias de trámite en asunto que de lugar a las acciones que este Código establece, en los plazos fijados por las normas que regulan el procedimiento administrativo y hayan transcurrido sesenta (60) días del vencimiento del término. Si aquellas no establecieren plazo para dictar la providencia de trámite, éste será de cinco (5) días...”.

7. Formosa

a. Ley N° 584. Código Procesal Administrativo

Art. 5°: “Denegación tácita: Proceden igualmente las acciones en caso de denegación tácita. Se entiende que hay denegación tácita cuando: a) Formulada alguna petición, no se resolviera definitivamente dentro de los sesenta (60) días corridos de estar el expediente en estado de ser resuelto. b) El órgano competente no dicte las providencias de trámite en asunto que de lugar a las acciones que este Código establece, en los plazos establecidos por las normas que regulan el procedimiento administrativo y hayan transcurrido sesenta (60) días corridos. Si aquellas normas no establecieren plazos para dictar las providencias de trámite, éste será de cinco (5) días”.

b. Ley N° 971. Ley de Procedimientos Administrativos

Art. 110: “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 vencerlos plazos fijados -y en caso de no existir éstos, si hubiese transcurrido un plazo que excediera lo razonable- sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentando el petitorio, el juez se expedirá sobre su proceden-

cia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerir 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 le establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámite pendiente”.

Art. 111: “La desobediencia a la orden de pronto despacho emitida por el juez, en que incurrieren los funcionarios y empleados de la Administración, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos, a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda, todo ello sin perjuicio de que el juez actuante le dé intervención a la justicia penal, por si la desobediencia importare la comisión de un delito”.

8. La Pampa

a. Ley N° 951. Ley de Procedimientos Administrativos

Art. 46: “Si las normas especiales no previenen un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta (30) días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración”.

Art. 95: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados -y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable- sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado.

Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestando el requerimiento o vencido el plazo sin que se 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 le establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes. Será el juez competente el de primera instancia con jurisdicción en materia civil y comercial”.

Art. 96: “La desobediencia a la orden de pronto despacho emitida por el juez, en que incurrieren los funcionarios y empleados de la Administración, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos, a efectos de la sanción disciplinaria que proceda, todo ello sin perjuicio de que el juez interviniente le dé intervención a la justicia penal, por si la desobediencia importare la comisión de un delito”.

9. La Rioja

a. Ley N° 4044. Ley de Procedimientos Administrativos

Art. 5°: “Denegación tácita: Proceden igualmente las acciones en caso de denegación tácita. Se entiende que hay denegación tácita cuando: Formulada alguna petición, no se resolviera definitivamente dentro de los sesenta (60) días corridos de estar el expediente en estado de ser resuelto. b) El órgano competente no dicte las providencias de trámite en asunto que dé lugar a las acciones que este código establece, en los plazos establecidos por las normas que regulan el procedimiento administrativo”.

Art. 161: “Vencido los plazos previstos por el art. 158, inc. f) el interesado podrá solicitar pronto despacho y transcurrido cuarenta (40) días desde esta reclamación, se constituye la existencia de la resolución denegatoria”.

10. Mendoza

a. Ley N° 3918. Código Procesal Administrativo

Art. 6°: “Proceden igualmente las acciones en caso de denegación tácita. Se entiende que hay denegación tácita cuando: a) Formulada alguna petición, no se resolviera definitivamente dentro de los sesenta (60) días corridos de estar el expediente en estado de ser resuelto.-b) El órgano competente no dicte las providencias del trámite en asunto que dé lugar a las acciones que este código establecen en los plazos establecidos por las normas que regulan el procedimiento administrativo y hayan transcurrido sesenta (60) días corridos. Si aquellas normas no establecieren plazos para dictar las providencias del trámite, este será de cinco (5) días”.

Art. 20: “La acción deberá promoverse dentro del plazo de treinta (30) días corridos, el que comenzará a regir desde el día siguiente al de la notificación de la decisión administrativa o, en los casos de denegación tácita, desde el siguiente al del vencimiento de los sesenta (60) días”.

11. Neuquén

a. Ley N° 1284. Ley de Procedimientos Administrativos

Art. 162: “Denegación tácita: Transcurridos sesenta (60) días desde la interposición de una petición o impugnación administrativas el interesado tendrá derecho a reputarla denegada tácitamente, sin perjuicio de la responsabilidad del agente competente para resolver”.

Art. 171: “Vencido el plazo a que se refiere el art. 162 el interesado podrá: a) Reputar denegados tácitamente su petición, recurso o reclamación en cualquier oportunidad antes de la prescripción, ejerciendo los medios de impugnación, administrativos judiciales que correspondieran. b) Aguardar una resolución expresa, extemporánea en los términos del art. 162 in fine. c) Requerir por vía judicial, a través del amparo por mora administrativa, un pronunciamiento expreso. El ejercicio por parte del interesado de la opción otorgada en el inc. a) impide la del inc. c), pero el uso de esta última no obsta a ejercitar el derecho conferido en el inc. a)”.

12. Río Negro

a. Decreto N° 819. Normas de Procedimiento Administrativo

Art. 17: “Salvo disposición expresa en contrario, el silencio o ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretará como negativa. El plazo para el pronunciamiento no podrá exceder de treinta (30) días, salvo el caso de plazo determinado por normas especiales. Una vez vencido el plazo correspondiente el interesado deberá requerir pronto despacho y, en caso de que transcurrieren otros quince (15) días sin producirse resolución, se considerará que hay silencio de la Administración”.

13. Salta

a. Ley N° 793. Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo

Art. 6°: “Cuando hubiesen transcurrido tres meses desde que un asunto que dé lugar a la acción contencioso-adminis-

trativa, estuviese en estado de dictar resolución definitiva, el particular o administración interesados deberán solicitar por escrito la resolución. Transcurridos tres meses desde la presentación de ese escrito, sin producirse la resolución definitiva, el particular o administración interesados, estarán habilitados para iniciar la acción contencioso-administrativa se hubiese producido, y fuese contraria a los derechos del interesado. Habrá también lugar a la acción contencioso-administrativa por retardación, cuando la administración no dicte las providencias de trámite en un asunto que dé lugar a la acción contencioso-administrativa, en los plazos establecidos por la misma autoridad administrativa, en los decretos o reglamentos que fijen sus procedimientos”.

14. San Juan

a. Constitución de San Juan

Art. 41: “Amparo por mora: Toda persona que sufiere un perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza, por incumplimiento del deber que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública en forma expresa y determinada, puede demandar ante el juez competente la ejecución inmediata del o los actos que el funcionario o entidad pública rehúsa cumplir. El juez previa comprobación sumarisima de los hechos denunciados y el derecho invocado, librará el mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido”.

15. Santa Cruz

a. Ley N° 1260. Ley de Procedimientos Administrativos

Art. 10: “El silencio o ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieren de ella un pronunciamien-

to concreto, se interpretarán como negativa. Solo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, el mismo no podrá exceder de 60 días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros 30 días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio en la Administración”.

Art. 28: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados –y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentando el petitorio si la justicia lo estimare procedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que en el plazo que le fije, informe sobre la causa de la demora aducida. Contestando el requerimiento o vencido el plazo sin que se le hubiere evacuado, se resolverá la pertinente acerca de la mora, librando la orden 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”.

16. Tierra del Fuego

a. Ley N° 141. Ley de Procedimiento Administrativo

Art. 102: “El silencio de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto se interpretará como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de cuarenta y cinco (45) días”.

Art. 161: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubieren transcurrido cuarenta y cinco (45) días sin emitir la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. La petición tramitará conforme a lo normado en el artículo 48 de la Constitución Provincial”.

Art. 162: “La desobediencia a la orden de pronto despacho emitida por el Juez, en que incurrieren los funcionarios y empleados de la Administración, será puesta en conocimiento en la autoridad superior correspondiente a los mismos, a efectos de la sanción disciplinaria que proceda, todo ello sin perjuicio de que el Juez interviniente le dé intervención a la justicia penal, por si la desobediencia importare la comisión de un delito”.

ANEXO III: LISTADO DE FALLOS CITADOS

A. República Argentina

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Aeroandina S.A. y Fexis S.A. s/ apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Fallos*, 329:972 (2006).
- Altube, Fernanda Beatriz y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo, *Fallos*, 331:1312 (2008).
- Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina vs. Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación s/amparo, *Fallos* 330:3836 (2007).
- Badin, Rubén y otros vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, *Fallos*, 381:2002 (1995).
- Barreto, Alberto Damián y otra vs. Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 329:759 (2006).
- Bertinat, Pablo Jorge y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 323:305 (2000).
- Cabe Estructura S.C. vs. Universidad Nacional de Catamarca s/ordinario, *Fallos*, 327:4749 (2004).
- Cipollini, Juan Silvano vs. Dirección Nacional de Vialidad y otra s/daños y perjuicios, *Fallos*, 300:143 (1978).
- Colavita, Salvador y otro vs. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 323:318 (2000).
- Colegio de Bioquímicos del Chaco vs. Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s/ demanda contencioso administrativa, *Fallos*, 316:2477 (1993).

- Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo, *Fallos*, 321:1352 (1998).
- Cooperativa Obreros y Estibadores Puertos Argentinos -C.O.E.P.A.- vs. Junta Nacional de Granos, *Fallos*, 291:453 (1975).
- Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional s/ amparo, *Fallos*, 323:4098 (2000).
- Defensor del Pueblo de la Nación vs. Provincia de Buenos Aires y otro s/amparo, *Fallos*, 330:1915 (2007).
- Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional s/amparo, *Fallos*, 330:2800 (2007).
- Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y Provincia de Chaco s/ proceso de conocimiento, *Fallos*, 330:4134 (2007).
- Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires vs. Secretaría de Comunicaciones resol. 2926/99 s/ amparo, *Fallos*, 329:4542 (2006).
- Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. vs. Dirección Nacional de Vialidad s/daños y perjuicios, *Fallos*, 306:1409 (1984).
- Electroingeniería S.A. vs. Dirección de Energía de Catamarca s/acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, *Fallos*, 324:1087 (2001)
- Ferrocarril Oeste de Buenos Aires vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, *Fallos*, 182:5 (1938).
- Fernández Arias, Elena y otros vs. Poggio (sucesión), *Fallos*, 247:646 (1960).
- Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. vs. Estado Nacional s/ amparo, *Fallos*, 329:2552 (2006).
- Friar S.A. vs. Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos -Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y S.E.N.A.S.A. s/daños y perjuicios (ordinario), *Fallos*, 329:3966 (2006).

- Gothelf, Clara Marta vs. Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 326:1269 (2003).
- Gypobras S.A. vs. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública, *Fallos*, 318:441 (1995).
- Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, *Fallos*, 307:821 (1985).
- Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus, *Fallos*, 241:291 (1958).
- Ledesma S.A. Agrícola Industrial vs. Estado Nacional s/ nulidad de resolución, *Fallos*, 312:2022 (1989).
- Legnangel S.A. vs. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 318:2558 (1995).
- María, Flavia Judith vs. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial, *Fallos*, 330: 4647 (2007).
- Mosca, Hugo Arnaldo vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, *Fallos*, 330:563 (2007).
- Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro - filial Córdoba- vs. Estado Nacional s/amparo, *Fallos*, 329:4593 (2006).
- Odol S.A.I.C. vs. Nación Argentina s/daños y perjuicios, *Fallos*, 304: 651 (1982).
- Pietranera, Josefa y otros vs. Nación Argentina s/desalojo, *Fallos*, 265:291 (1966).
- Posse, José Daniel vs. Provincia de Chubut y otros, *Fallos*, 315:2835 (1992).
- Prodelco vs. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo, *Fallos*, 321:1252 (1998).
- Provincia de San Luis vs. Consejo Vial Federal s/amparo, *Fallos*, 330:1279 (2007).
- Provincia de Salta vs. Estado Nacional s/ acción de amparo, *Fallos*, 328:4655 (2005).
- Ramos, Graciela Petrona vs. Provincia de Córdoba s/ daños y perjuicios, *Fallos* 328:2547 (2005).

- Reyes, Pascual Ángel vs. Estado Nacional y/u otros s/ juicio de conocimiento, *Fallos*, 320:1361 (1997).
- Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Provincia de Santiago del Estero s/daños y perjuicios, 12/8/08.
- Romero, Guillermo Aníbal vs. Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 307:1233 (1985).
- Rosales, Paulo Vitervo y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 327:6021 (2004).
- Rosario Difusión S.A. vs. Nación Argentina y otros s/ amparo, *Fallos*, 307:562 (1985).
- Ruiz, Mirta E. y otros vs. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 312:2138 (1989).
- Siri, Ángel s/ Interpone recurso de hábeas corpus, *Fallos*, 239:459 (1957).
- Tomás Devoto y Cía. S.A. vs. Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 169:111 (1933)
- T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. vs. Provincia de Neuquén s/ amparo, *Fallos*, 330:4144 (2007).
- Tumini, Mónica Ninfa y otro vs. Gemar S.R.L., *Fallos*, 306:2023 (1984).
- Vadell, Jorge Fernando vs. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios, *Fallos*, 306:2030 (1984).
- Villareal, Clara Baudilia vs. ANSeS (Administración Nacional de la Seguridad Social) s/ reajuste por movilidad, *Fallos*, 324:1405 (2001).
- Zatloukal, Jorge vs. Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción) s/amparo, 28/5/08.

2. *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*

Sala I

- Abbott Laboratories Argentina S.A. vs. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, 2/10/01 (causa 12.099/99).

- Argentina Aeropuertos 2000 vs. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, 27/8/02 (causa 146.620/02).
- Elowson Solueig Lineau y otros vs. Estado Nacional y Estado de Israel s/ proceso de conocimiento, 7/3/00 (causa 31.435/93).
- Fortunato, Claudio E. vs. Estado Nacional s/amparo por mora, 25/9/03 (causa 164.983/02).
- Genoud de Camus, Ana María vs. Estado Nacional s/ amparo por mora, 26/2/98 (causa 18.256/97).
- Mendiaz, María Nubia vs. Estado Nacional -Ministerio de Justicia S y DDHH-Ley 24.043 s/ nulidad, 6/7/06 (causa 40.730/05).
- Mundo, Antonio vs. Estado Nacional -Ministerio de Cultura y Educación y Otro s/empleo público, 25/2/00 (causa 28.008/98).
- Nobleza Picardo S.A. vs. Estado Nacional s/proceso de conocimiento, 31/3/00 (causa 7/00).
- Sacoar S.A. vs. Dirección Nacional de Vialidad s/ nulidad, 26/6/90.
- Valenzuela Seguí, José Eduardo María vs. Estado Nacional s/ amparo por mora, 15/3/07 (causa 26.128/06).
- 102.7 S.A. vs. Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo por mora, 14/6/05 (causa 11.506/04)

Sala II

- Beamurguia, Narciso A. vs. Estado Nacional s/ nulidad, 23/9/93.
- Cooperativa de Trabajo La Argentina Ltda. vs. Corporación del Mercado Central s/ proceso de conocimiento, 17/9/98 (causa 52.541/95).
- Defensor del Pueblo de la Nación vs. Ferrovías S.A.C. y otro s/amparo ley 16.986, 27/9/07 (causa 23.466/05).
- Kessel, Perla Felicia y otro vs. Estado Nacional s/proceso de conocimiento, 26/11/96 (causa 16.630/96).
- Lusquiños, Horacio R. vs. Estado Nacional s/ daños y perjuicios, 11/2/99 (causa 41.697/94).

- Mayol, Inés vs. Estado Nacional - Ministerio del Interior s/ nulidad, 13/12/94.
- Pupilent S.A.-Laboratorio Pforner Cornealent SACI UTE) vs. Estado Nacional y otros s/ amparo por mora, 4/10/07 (causa 37.251/06).
- Reyes, Pascual A. vs. Estado Nacional s/ daños y perjuicios, 9/6/94.
- Rilkahe S.R.L. vs. Dirección Nacional de Valores s/ contrato de obra pública, 25/8/05 (causa 60.629/02).
- Seidel, Germán R. y otros vs. Ministerio de Economía s/amparo por mora, 30/5/06 (causa 37.694/04).
- Zapana, Carlos Leoncio vs. Estado Nacional s/amparo por mora, 30/9/03 (causa 169.711/02).

Sala III

- Amill, Andrés vs. Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) s/ nulidad, 10/11/81.
- Astilleros Corrientes SA vs. Estado nacional s/amparo por mora, 28/4/88.
- Avanzada S.A. vs. Gas del Estado s/ nulidad, 16/8/90.
- Banco Hipotecario Nacional vs. Dintel S.A. s/ apelación de astreintes, 15/10/91.
- Bernabé Gómez vs. Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo por mora, 3/5/07 (causa 26.021/06).
- Bilbao, Armando Elías vs. Estado Nacional -Ministerio de Planificación- s/ amparo por mora, 25/9/07 (causa 2.011/07).
- Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía vs. Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) s/daños y perjuicios, 8/5/07 (causa 12.579/99).
- Cooperativa de Trabajo 4 de Septiembre Ltda. vs. Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), 10/10/91
- Copyc Constructora S.A. vs. Asociación Coop. Liceo Nac. de Señoritas N° 1 y otra s/ contrato, 30/6/88.
- Fortunato, Claudio Alberto vs. Estado Nacional s/ amparo por mora, 29/11/06 (causa 28.905/05).

- Gatti, Hernán Alberto vs. Banco Central de la República Argentina (BCRA) s/ daños y perjuicios, 27/11/01 (causa 10.482/97).
- Gurfinkel, Eduardo Oscar vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social, Sec. de Salud) s/ amparo por mora, 25/2/86.
- Insugra S.A. vs. Estado Nacional s/ amparo, 15/5/07 (causa 7.332/07).
- Hidroeléctrica Ameghino S.A. vs. Estado Nacional s/proceso de conocimiento, 11/11/99 (causa 37.326/99).
- L., R.E. vs. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ nulidad, 14/4/00.
- Parra, Laura Marcela vs. Estado Nacional -Secretaría de Cultura- s/ amparo por mora, 16/10/07 (causa 264/07).
- Sanchiz de Muñoz, Marta Susana y otros vs. Dirección Nacional de Recaudación Previsional s/ daños y perjuicios, 18/3/86.
- Volpatti Carlos Edgardo vs. Estado Nacional s/ amparo por mora, 9/10/06 (causa 24.896/05).

Sala IV

- Amiano, Marcelo Eduardo y otro vs. Estado Nacional -Ministerio de Justicia s/proceso de conocimiento, 7/10/99 (causa 31.318/94)
- Bank of America vs. Banco Central s/ nulidad, 5/11/87
- Barroso, Fernando vs. Estado Nacional -Ministerio de Economía- s/ proceso de conocimiento, 19/9/96 (causa 52.552/95)
- Ces, Irma Teresa vs. Estado Nacional s/amparo por mora, 1/9/03 (causa 164.608/02).
- Criscuolo, María del Carmen vs. Estado Nacional -Ministerio del Interior- s/ amparo por mora, 21/3/06 (causa 164.608/02).
- El Santiagueño S.R.L. vs. Estado Nacional -Secretaría de Transporte- Resol.267/99 s/amparo por mora, 1/3/01 (causa 8.932/00).

- Esteves, Susana Lucía vs. Estado Nacional –Ministerio del Interior- s/ amparo por mora, 6/11/01 (causa 1.560/01).
- Fernández, Carlos M. y otro vs. Estado Nacional s/ daños y perjuicios, 26/9/94.
- Kohan, Julio vs. Estado Nacional -Ministerio de Defensa- s/ amparo por mora s/contrato administrativo, 10/9/96 (causa 13.134/94).
- Meza, Oscar Ramón vs. Estado Nacional -Ministerio de Cultura y Educación s/ amparo por mora, 24/9/92.
- Ojeda, Elio vs. Fuerza Aérea Argentina s/ amparo por mora, 18/12/92.
- Uzandizaga, Alberto vs. Banco Central de la República Argentina (BCRA) s/ amparo por mora, 15/12/05 (causa 39.992/04).

Sala V

- Bongianino, Marcela Andrea vs. Universidad de Buenos Aires -Facultad de Derecho y Ciencias Sociales s/ amparo por mora, 17/10/95 (causa 23.551/95).
- Empresa Gral. Urquiza S.R.L. vs. Comisión Nacional de Regulación del Transporte s/amparo por mora, 19/6/01 (causa 30.352/00).
- Fernández Vidal, Hipólito vs. Estado Mayor General del Ejército s/ amparo por mora, 14/4/97 (causa 25.743/98).
- Molinelli, Graciela Paulina y otro vs. Estado Nacional s/amparo por mora, 27/12/01 (causa 8.816/99).
- Moquedze Mazalan, Jorge vs. Banco Central de la República Argentina s/ amparo por mora, 26/4/00 (causa 4.346/99).
- Plana de Villoslada, Elsa Beatriz vs. Autoridad regulatoria nuclear s/amparo, 14/11/03 (causa 48.810/03).
- Plaza Intendente Alvear S.A. vs. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ proceso de conocimiento, 19/10/00 (causa 17.264/00).
- Puentes, Luis Alberto vs. Estado Nacional –Ministerio del Interior- s/ amparo por mora, 20/2/07 (causa 25.176/05).

Sanatorio Bernal S.R.L. y otros UTE y Otros vs. Ministerio de Economía y Producción y otros s/ amparo por mora, 14/6/06 (causa 32.643/04).

Sykes, Violeta y otros vs. Banco Central de la República Argentina (BCRA) s/ daños y perjuicios, 2/7/98.

Taboada Mussi, Mirta Fernanda vs. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ amparo por mora, 6/11/07 (causa 1.564/07).

Vergara Llana, Haydee A. vs. Estado Nacional -Ministerio del Interior- s/ amparo por mora, 13/9/04 (causa 170.552/02).

En pleno

Esperanza, Dominga E. vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) s/ amparo por mora, 25/11/80.

Transportadora de Caudales Zubdesa S.A. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ amparo por mora, 5/2/85.

3. Otros tribunales federales

CNCiv, Sala A, 9/5/96, “Domínguez Bugallo, Julián vs. Municipalidad de Buenos Aires”.

CNCiv, Sala B, 5/4/95, “Donati, Néstor D. vs. Municipalidad de Buenos Aires”.

CNCiv, Sala C, 27/4/00, “Casanfe S.A. vs. GCBA”.

CNCiv, Sala C, 8/5/97, “Rossi, G. vs. Municipalidad de Buenos Aires”.

CNCiv, Sala C, 15/9/89, “Lazzari, Roberto vs. Municipalidad de Buenos Aires”.

CNCiv, Sala C, 25/10/94, “Arbol, Alicia Norma vs. Municipalidad de Buenos Aires s/ nulidad de resolución municipal”.

CNCiv, Sala F, 8/3/99, “Penthause S.A. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

CNCiv, Sala G, 7/2/94, “Koziner, Benjamín vs. Municipalidad de Buenos Aires”.

CNCiv y Comercial Federal, Sala I, 13/3/01, “Centro Terapéutico El Arbol Familiar vs. Servicio Nac. de Rehab. Prom. de la Persona Discapacitada y otro”.

CNCiv y Comercial Federal, Sala I, 1/6/99, “Gonzalez de Boggiano, Ramona y otro vs. Estado Nacional”.

CNCiv y Comercial Federal, Sala I, 20/10/03, “Ara Monti, Carlos A. vs. Poder Ejecutivo Nacional”.

CN en lo Comercial, Sala D, 30/9/04, “C., L. E. vs. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”.

CN en lo Comercial, Sala D, 30/9/04, “Cots, Libia Elda vs. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ daños y perjuicios”.

C Federal de Apelaciones de Tucumán, 28/7/00, “Verosaluce vs. ANSeS s/ acción de amparo”.

C Fed de Apelaciones de Tucumán, 6/8/01, “Gentilini, Luis Víctor vs. ANSeS s/ acción de amparo por mora”.

B. Provincia de Tucumán

1. Corte Suprema de Justicia de Tucumán

Acosta, Ana Susana vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios, 23/12/97 (sentencia N° 1035).

Alfaro, Juan Carlos vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ cobro ejecutivo, 5/3/01 (sentencia N° 505).

Barrojo, Zulema Argentina vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro s/ amparo, 15/2/08 (sentencia N° 42).

Bringas, Julio Roberto vs. Defensoría del Pueblo s/amparo, 3/7/07 (sentencia N° 585).

Bunader Valperga, Rodolfo Edgardo vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ cobro ejecutivo, 5/3/01 (sentencia N° 204).

Compañía de Circuitos Cerrados SA vs. Municipalidad de la Banda del Río Salí s/ amparo por mora, 9/12/93 (sentencia N° 481).

Costa, Héctor E. y otra vs. EDET S.A. y otro s/ daños y perjuicios, 27/2/06 (sentencia N° 97).

Gramajo Cainzo, Carmen vs. Banco Provincia de Tucumán s/ indemnización por despido, 17/11/98 (sentencia N° 844).

Ferullo, Sara E. y otros vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ inscripción de escritura traslativa de dominio, 12/12/96 (sentencia N° 209).

Istenick, Julio Cesar vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán y Comuna de la Ramada y la Cruz, 2/3/98 (sentencia N° 118).

Juárez, Saturnino Esteban vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo, 4/1/85 (sentencia N° 01)..

Moreno, Julio Orlando vs. Municipalidad de La Cocha s/ diferencias salariales, 30/11/04 (sentencia N° 988).

Sandoval de Sotelo, Nilda Inés y otra vs. Consejo de Educación de la Provincia s/ acción de amparo y medida cautelar, 2/5/90 (sentencia N° 101).

S.A.V.vs. I.D.P.V.S.D.T.Y.O. s/ amparo, 6/8/07 (sentencia N° 687).

Tarrab S.A. vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo, 18/9/03 (sentencia N° 645).

2. Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán

Sala I

A.D.M.E.Y.O. vs. I.D.P.Y.S.S.D.L.P.D.T.Y s/ amparo, 24/8/07 (sentencia N° 545).

Alperovich, José Jorge vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo, 12/3/03 (sentencia N° 82).

Brandan, Rosa Lucía vs. Dirección General de Institutos Penales s/ amparo, 18/12/91 (sentencia N° 1014).

Federación Económica de Tucumán vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán, 10/11/06 .

Manzur, Alfredo vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ contencioso administrativo, 7/6/96 (sentencia N° 209).

Monteros, Angela del Carmen vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo, 24/8/07 (sentencia N° 540).

Nieva de Pacheco, Carmen Virginia vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios, 4/9/98 (sentencia N° 271).

Z.C.M. vs. P.D.T. s/ amparo, 14/2/07 (sentencia N° 39).

Sala II

Calcagno, Abel Hugo vs. Instituto Provincial de Acción Cooperativa y Mutua s/ amparo, 18/8/02 (sentencia N° 243).

Complejo Barrancas Coloradas SA vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo por mora, 4/5/01 (sentencia N° 114).

Contini, Liliana del Valle vs. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán s/ nulidad, 13/12/06 (sentencia N° 710).

Coria, Raquel Inés vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social s/ amparo por mora, 10/4/06 (sentencia N° 148).

Francisca T. de Trapani e Hijos SH vs. Dirección del agua s/ amparo por mora, 2/3/01, (sentencia N° 16).

Gandur de Suárez Ordóñez, María Isabel vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 18/9/06 (sentencia N° 546).

Gutierrez, Celdonio (h) vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (I.P.S.S.T.) s/ amparo, 28/12/05 (sentencia N° 626).

Hortt, Fernando Jesús vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 18/10/01 (sentencia N° 328).

Loza, Nicolás Rolando vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ amparo por mora, 23/12/91 (sentencia N° 1023)

Luján, Luis Eduardo vs. Comuna de San Pablo y Villa Nougoués s/ amparo por mora, 26/11/02 (sentencia N° 415).

Martín, Salvador Manuel vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (I.P.S.S.T.) s/ contencioso administrativo, 27/2/98 (sentencia N° 47).

Martínez Páez, Pedro Ernesto vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 31/10/06 (sentencia N° 641).

Montenegro, Alberto Ramón vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 6/3/01 (sentencia N° 36).

Pereyra, Ernesto Raymundo vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 15/4/98 (sentencia N° 137).

Pasteri, Luis Alberto vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (Subsidio de Salud) s/ amparo por mora, 31/10/06 (sentencia N° 640).

Perez, Héctor René vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ amparo, 30/9/05 (sentencia N° 412).

P.,F.O. y otros vs. Superior Gobierno de la Provincia s/ amparo por mora, 28/2/07 (sentencia N° 49).

Previsa S.R.L. vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ amparo por mora, 27/2/97 (sentencia N° 21).

Rivero, Alfredo Osvaldo vs. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán s/ medida cautelar, 8/8/07 (sentencia N° 357).

Ruiz, Luis Edgardo vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 13/3/07 (sentencia N° 67)

Quinteros, Eduardo Andrés vs. IPACYM s/ amparo por mora, 23/8/06 (sentencia N° 472).

Rodríguez Rey, Juan José vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 15/2/99 (sentencia N° 19).

Simón, María Sofía vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ inconstitucionalidad, 27/2/07 (sentencia N° 42).

Sucesión de Patracca Antonio vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo por mora, 5/7/01 (sentencia N° 198).

Zárate, María Cristina vs. Municipalidad de Concepción s/amparo por mora, 20/8/04 (sentencia N° 366).

Sala III

Aconquija Televisora Satelital S.A. vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ inconstitucionalidad, 3/4/07 (sentencia N° 130).

Bustos, Ramona del Valle vs. Junta de Clasificación docente y otro s/ amparo, 17/8/07 (sentencia N° 394).

Crivillón, Roberto vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 28/6/96 (sentencia N° 217).

Díaz de Rojas, Sara Argentina vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios, 28/12/07 (sentencia N° 773).

Gramajo, Ramón Gerardo vs. Municipalidad de la Banda del Río Salí s/ amparo, 10/8/07 (sentencia N° 373).

Gusmerotti, Pablo Miguel y otra vs. Provincia de Tucumán -Secretaría de Educación- y otros / amparo por mora, 27/2/07 (sentencia N° 40).

Korstanje, Fernando Daniel vs. Municipalidad de Yerba Buena s/ amparo, 31/8/07 (sentencia N° 462).

Luján, María Emilia vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo por mora, 19/9/07, (sentencia N° 494).

Monteros, Ángela del Carmen vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo, 28/8/07 (sentencia N° 419).

Navarro, Pedro vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ amparo, 19/10/07 (sentencia N° 539).

Otero, Silvia Rosana vs. Gobierno de la Provincia de Tucumán s/daños y perjuicios, 18/12/07 (sentencia N° 690).

Paez, Carlos Manuel vs. Municipalidad Banda del Río Salí s/ daños y perjuicios, 30/4/96 (sentencia N° 129).

Sosa Paz, María Elvira del Carmen vs. Municipalidad de Yerba Buena y otro s/ amparo, 10/3/03 (sentencia N° 24).

Televisora Tucumana Color S.A. vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ amparo, 18/6/99 (sentencia N° 203).

3. Otros tribunales de Tucumán

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común, Sala II, 30/8/07, “Negocios y transportes S.R.L. vs. Telecom Personal S.A. s/ sumarísimo” (sentencia N° 61).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común, Sala II, 20/12/07, “Guerineau de Vallejo, María Laura vs. Telecom Argentina S.A. y Publicación S.A. s/ sumarísimo” (sentencia N° 585).

Juzgado en lo Civil y Comercial, II Nominación, 17/3/06, “Suárez, María Victoria y otros vs. Empresa de Distribución Eléctrica de Tucumán (EDET) s/ amparo” (sentencia N° 106).

C. Otros tribunales argentinos

Corte Suprema de Justicia de Mendoza, 4/4/89, “Torres, Francisco vs. Provincia de Mendoza s/daños y perjuicios”.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala II, 7/6/05, “Caballero, Sara vs. Provincia de San Juan s/amparo”.

CContAdm. de San Martín, “Mazzaglia, Ricardo A. vs. Municipalidad de José C. Paz s/ nulidad”, 4/7/06.

CContAdm. de La Plata, 25/4/06, “Serrano, Luis E. vs. Provincia de Buenos Aires”.

INDICE

Abreviaturas empleadas	11
Agradecimientos	13
Prólogo	17

Introducción general

1. Planteo del problema	23
2. Propuesta	27
3. Desarrollo sistemático del trabajo	29
4. Método y delimitaciones de la investigación	32
5. Finalidad	34

Capítulo I

Deberes de la administración y derechos de los administrados

1. Introducción al capítulo	37
2. La relación entre los deberes de la administración y los derechos de los administrados	38
3. Las potestades administrativas	42
4. La competencia administrativa como deber jurídico de obrar	45
5. Derechos	46
5.a. El derecho de petición	51
5.b. El derecho a una respuesta	55
5.c. El derecho a recibir las razones	59
5.d. El derecho a obtener una pronta resolución	61
5.e. El derecho a una buena administración	62
6. Conclusiones del Capítulo	64

Capítulo II

La inactividad administrativa y las técnicas de tutela

1. Introducción al capítulo	67
2. Respecto a la inactividad administrativa	68
2.a. Sobre la acción y misión de la administración pública	68
2.b. Concepto de inactividad administrativa	72
3. Respecto de las técnicas de tutela	82
3.a. El derecho como técnica	82
3.b. El porqué de las técnicas de tutela	84
3.c. Espacios de las técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa	87
3.d. Algo más sobre las técnicas identificadas	89
4. Conclusiones del capítulo	94

Capítulo III

Clasificaciones de la inactividad administrativa

1. Introducción al capítulo	95
2. Clasificación tradicional	96
2.a. Inactividad material	97
2.b. Inactividad formal	99
2.c. Combinaciones entre inactividad formal y material	100
3. Clasificación Desde el punto de vista de las manifestaciones de la función administrativa	101
3.a. Inactividad fáctica	101
3.b. Inactividad declarativa	102
3.c. Inactividad reglamentaria	104
3.d. Inactividad convencional	107
3.e. Inactividad preparatoria o dictaminal	109
4. Clasificación desde el punto de vista de las etapas del procedimiento administrativo	111
4.a. Inactividad en el procedimiento de formación	112
4.b. Inactividad en el procedimiento administrativo de impugnación	113
5. Clasificación desde el punto de vista de la gestión pública	113

5.a. Inactividad prestacional	113
5.b. Inactividad preventiva.....	115
5.c. Inactividad de control	117
5.d. Inactividad sancionadora	119
5.e. Inactividad informativa	123
5.f. Inactividad ambiental	125
6. Clasificación desde el punto de vista de la ejecución ..	128
6.a. Inactividad en la ejecución de los actos administrativos.....	128
6.b. Inactividad en la ejecución de sentencias judiciales o inactividad resistencia	131
7. Conclusiones del capítulo.....	133

Capítulo IV

La técnica cautelar

1. Introducción al capítulo.....	135
2. El derecho a la tutela cautelar	136
3. Noción de la técnica cautelar frente a la inactividad administrativa o cautelar positiva	139
4. Caracteres	141
5. Presupuestos de admisibilidad	144
5.a. Verosimilitud del derecho.....	144
5.b. Peligro en la demora	146
5.c. Estimación que el otorgamiento de la medida no va a afectar el interés público	148
5.d. Contracautela	150
6. Régimen jurídico de la técnica cautelar en la Nación ..	151
6.a. Jurisprudencia.....	154
7. Régimen jurídico de la técnica cautelar en la provincia de Tucumán	155
7.a. Jurisprudencia.....	157
8. Conclusiones del capítulo.....	160

Capítulo V

La técnica silencial

1. Introducción al capítulo.....	161
----------------------------------	-----

2. El silencio de la administración y noción de la técnica silencial	162
3. Ambito de aplicación	164
4. Efectos de la técnica silencial	165
4.a. Efecto negativo	166
4.b. Efecto positivo	167
5. Criterios en la doctrina sobre la naturaleza jurídica ...	171
5.a. Criterio de la ficción legal	171
5.b. Criterio de la presunción legal	174
5.c. Criterio del silencio como resolución tácita.....	176
6. Régimen jurídico de la técnica silencial en la Nación..	178
6.a. Formulación normativa	178
6.b. Jurisprudencia nacional respecto de la naturaleza jurídica	180
6.c. Legitimación activa	181
6.d. Mecánica	183
6.e. Habilitación judicial a partir del silencio denegatorio.....	185
7. Régimen jurídico de la técnica silencial en la provincia de Tucumán	192
7.a. Formulación normativa	192
7.b. Jurisprudencia provincial respecto de la naturaleza jurídica	194
7.c. Legitimación activa	195
7.d. Mecánica	196
7.e. Habilitación judicial a partir del silencio denegatorio.....	198
8. Conclusiones del capítulo.....	200

Capítulo VI

Las técnicas reclamativas en sede administrativa: pronto despacho y queja por inactividad

1. Introducción al capítulo.....	203
2. Comprensión del pronto despacho y la queja por inactividad como técnicas reclamativas en sede administrativa contra la inactividad administrativa	204

3. Naturaleza jurídica de las técnicas reclamativas en sede administrativa	206
4. Régimen jurídico de las técnicas reclamativas en sede administrativa en la Nación	208
4.A. Formulación normativa	208
4.B. Presupuestos	209
4.C. Mecánica	211
4.D. Efectos jurídicos	213
5. Régimen jurídico de las técnicas reclamativas en sede administrativa en la provincia de Tucumán	215
5.A. Formulación normativa	215
5.B. Presupuestos	216
5.C. Mecánica	217
5.D. Efectos jurídicos	218
6. Conclusiones del capítulo	218

Capítulo VII

Las técnicas reclamativas en sede judicial: amparo y amparo por mora

Primera Parte: Amparo contra la inactividad material de la Administración

1. Introducción al capítulo	221
2. Comprensión de la acción de amparo como técnica reclamativa en sede judicial contra la inactividad administrativa material	224
3. Régimen jurídico del amparo en la Nación	229
3.a. Formulación normativa	229
3.b. Legitimación activa	233
3.c. Presupuestos	239
3.d. Procedimiento judicial	247
3.e. Efectos de la sentencia	249
4. Régimen jurídico del amparo en la provincia de Tucumán	251
4.a. Formulación normativa	251
4.b. Legitimación activa	255
4.c. Presupuestos	257

4.d. Procedimiento judicial.....	264
4.e. Efectos de la sentencia	266
5. Conclusiones del capítulo.....	267

Capítulo VII

Las técnicas reclamativas en sede judicial: amparo y amparo por mora

Segunda Parte: Amparo por mora contra la inactividad formal de la Administración

1. Introducción al capítulo.....	269
2. Breve consideración terminológica.....	271
3. Comprensión del amparo por mora como técnica reclamativa en sede judicial contra la inactividad administrativa formal.....	273
4. ¿Hay relación de género y especie entre el amparo y el amparo por mora?	275
5. Régimen jurídico del amparo por mora en la Nación...	277
5.a. Formulación normativa	277
5.b. Legitimación activa	280
5.c. Presupuestos	282
5.d. Mecánica	290
5.e. Alcances de la sentencia	295
6. Régimen jurídico del amparo por mora en la provincia de Tucumán	305
6.a. Formulación normativa	305
6.b. Legitimación activa	307
6.c. Presupuestos	307
6.d. Mecánica	310
6.e. Alcances de la sentencia	312
7. Conclusiones del capítulo.....	317

Capítulo VIII

La técnica resarcitoria

1. Introducción al capítulo.....	319
2. Evolución hacia el reconocimiento de la responsabilidad de la administración por su inactividad	321

3. Comprensión del instituto de la responsabilidad del estado como una técnica resarcitoria frente a la inactividad administrativa	324
4. Aspectos de la técnica resarcitoria	328
4.a. Fundamento normativo	328
4.b. Factor de atribución	333
4.c. Presupuestos de admisibilidad	337
4.d. Alcance del resarcimiento	352
4.e. Prescripción de la acción	356
5. Conclusiones del capítulo	358
 Conclusiones finales.....	 361
Bibliografía	375
Anexo I: Cuadro comparativo.....	409
Anexo II: Legislación nacional y provincial pertinente	411
Anexo III: Listado de fallos citados	431

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de setiembre de 2012