

“La legitimación a la luz de los nuevos derechos de incidencia colectiva en el amparo por mora de la Administración”

Por Marcos S. Serrano

Sumario: I. Introducción. II. Texto legal. Amparo por mora de la Administración. III. Requisitos de la acción. 1) La mora. 2) Legitimación. a) Legitimación activa. b) Legitimación pasiva. IV. Procedimiento. a) Primer pronunciamiento. b) Informe de la Administración. c) Sentencia. V. Reflexión final.

I - Introducción

El presente trabajo pretende reflexionar, al menos brevemente, sobre la legitimación procesal administrativa en torno al instituto del amparo por mora contemplado en el art. 28 de la Ley 19.549.¹

En ese contexto, se nos presenta la tarea de analizar de manera sucinta las características básicas del instituto – existiendo asimismo otras alternativas ante la inactividad de la administración en la legislación como lo es el silencio administrativo (art. 10 L.N.P.A.) y Queja (arts. 71 y 72 del reglamento)² – que como veremos, se torna una herramienta de gran importancia para el administrado para actuar frente al silencio o la inactividad de la Administración.

Una de las cuestiones más interesantes que se da en el derecho administrativo en lo que respecta a la legitimación procesal/procedimental, son las denominadas situaciones jurídicas subjetivas - derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple- que es precisamente la categorización que gran parte de la doctrina sostiene. Es importante aclarar que, aunque se trate de un tema procesal, precisamente lo que definirá la posibilidad o no de iniciar un juicio contra el Estado y el alcance de dicha acción, tiene gran relevancia en el ámbito del derecho constitucional, máxime cuando puedan estar en juego derechos amparados en la Constitución Nacional.

En este sentido lo ha entendido la Corte es que “La legitimación, aún cuando se conciba como un concepto procesal, debe quedar en claro que ella involucra una cuestión constitucional, puesto que se encuentra vinculada con lo relativo al reconocimiento y tutela de los derechos y garantías consagrados en la carta fundamental.”³

¹ Del 03-04-1972, Publicada en el Boletín Oficial del 27 de abril de 1972, y sus modificatorias

² Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 T.O. 1991.

³ Monner Sanz, Ricardo c/ PEN”. LL 1998-D-219.

De esta manera, es importante analizar, tras el reciente fallo “Halabi”⁴ cómo ha quedado la legitimación procesal administrativa en lo que respecta a los derechos de incidencia colectiva ante el silencio de la Administración.

II – Texto legal. Amparo por mora de la Administración

El art. 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos regula el instituto en estudio. Textualmente dice *“El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”*.

La doctrina, claramente lo ha definido como el procedimiento judicial de amparo establecido a favor del administrado ante el retardo de un funcionario u órgano administrativo para dictaminar o resolver, aun en asuntos de mero trámite, cuando ha transcurrido el plazo fijado para expedir el dictamen o dictar la resolución o el proveído que corresponda o bien cuando, de no existir ese plazo, transcurra un tiempo que exceda de lo razonable sin que esos actos se emitan.⁵

Es decir, a través del proceso de amparo tramitado por la vía judicial, se permite que quien es parte en un expediente administrativo logre que la Administración se expida en relación a su petición.

Ello, en virtud de que, como ya ha advertido la Jurisprudencia, “el derecho de petición no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir sino que exige una respuesta, esto es, que ante el derecho de petición se halla la obligación de responder, que no significa que la Administración debe pronunciarse en un sentido u otro, sino sólo que debe expedirse”.⁶

En el mismo sentido, la Procuración Del Tesoro De La Nación, ha sosteniendo que la Administración tiene la obligación de resolver las cuestiones que le plantean los particulares que alegan la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Esta obligación surge de los artículos 1º, inc. f), ap. 3º de la ley 19.549 que les garantiza, dentro del procedimiento administrativo, el derecho a una decisión fundada, y

⁴ CSJN, Fallos 332:111 Halabi Ernesto c/ P.E.N.”

⁵ COMADIRA, Rodolfo Julio, *Procedimientos Administrativos – Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, La Ley, Tomo I, p. 491.

⁶ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, ED 152-524.

del artículo 3° de la misma ley, que establece la obligatoriedad del ejercicio de la competencia.⁷

Asimismo, este instituto, como se sostuvo ut supra, tiene raigambre constitucional, ya que el derecho de peticionar y de interponer recursos administrativos, es un derecho del ciudadano que se funda tanto en la garantía constitucional de la debida defensa (art. 18 C.N.) como en el de peticionar a las autoridades (art. 14 C.N.).⁸

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -con jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994, conforme el artículo 75 inc. 22, - en su art. XXIV reconoce y garantiza el derecho de petición.⁹

Cabe aquí aclarar que, el instituto en análisis, no es el único remedio con que cuenta el administrado para actuar frente a la morosidad de la Administración. Existen otros dos institutos, a los que solo mencionaremos.

Por un lado, el particular tiene a su disposición el procedimiento regulado por el art. 10 L.N.P.A.¹⁰, que puede denominarse “silencio administrativo”. Constituyendo una ficción legal prevista en el ordenamiento para otorgar certidumbre a la posibilidad de ocurrir ante sede judicial frente a la inactividad de la administración.

Pero el administrado puede estar también exclusiva o principalmente interesado en obtener una decisión expresa por parte de la Administración –por ej. porque desea conocer cuáles son las razones que determinan la decisión administrativa- entonces para ello tiene, en sede administrativa: la queja y en sede judicial: el amparo por mora.

En los últimos años, se ha inclinado por considerar que el recurso de amparo por mora conforma, al igual que el silencio administrativo y la queja, técnicas destinadas a combatir la pasividad administrativa y funcionan como vías alternativas, no excluyentes, a favor del administrado.¹¹

III. Requisitos de la acción

1) La mora

Para que proceda el amparo es necesario que se encuentre configurada la situación de mora. Esto es, que se haya vencido el plazo legalmente establecido para resolver, y si no existiese plazo, que haya transcurrido un plazo razonable para ello.

⁷ Dictámenes de la Procuración Del Tesoro De La Nación 162:326

⁸ Cfr. FLEKSERS, Liliana Graciela, “Amparo por mora”, LL 1993-C, p. 54.

⁹ Artículo XXIV. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución

¹⁰ El artículo 10 L.N.P.A. dice “El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.”

¹¹ IVANEGA, Miriam Mabel, “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora” en *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo 2, Ed. Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2004, p. 1676.

Es decir, la mora se produce automáticamente, no es necesario ni intimar ni pedir un pronto despacho previo a la Administración.

Cierta parte de la doctrina considera que de no existir plazo expresamente fijado debería estarse al plazo de sesenta días establecido en el art. 10 de la L.N.P.A. Sin embargo, en rigor, este plazo no sería de aplicación al amparo por tratarse de un instituto distinto.

En consecuencia, la razonabilidad del plazo deberá meritarse en relación a la complejidad de las cuestiones que se encuentren a resolución y a las circunstancias de cada caso.

La doctrina en general es conteste en considerar que para la procedencia de la acción basta la mera situación objetiva de mora por parte de la Administración.¹²

Sin embargo, también se ha entendido que debe existir la arbitrariedad o ilegalidad de la mora, ello, porque la Administración podría oponer el acaecimiento de circunstancias que tornan justificada la demora, al punto de hacer razonable y legítimo el proceder o la omisión.¹³

2) Legitimación

a) Legitimación Activa

En relación a la legitimación activa cabe decir que, conforme prescribe el texto legal, se encuentra legitimado quien es “parte” en un procedimiento administrativo.

Es decir, es legitimado quien sea titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo – de acuerdo al art. 3 del Decreto N° 1759/1972- y haya instado un procedimiento ante la Administración. En consecuencia, en principio se encuentra excluido –ya volveremos todo titular de un interés simple.

Viene a bien recordar que, en general, se admite – según lo expone Gordillo¹⁴- que el titular de un derecho subjetivo “puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia Administración como ante la Justicia; si la Administración no le reconoce su derecho él puede demandar judicialmente, no solo la extinción del acto, sino que también el otorgamiento de las indemnizaciones pertinentes por los daños que tal acto le haya ocasionado.”

A diferencia de lo que ocurre con el titular de un derecho subjetivo, el titular de un interés legítimo sólo puede reclamar, como principio general, ante la propia Administración. Por lo demás, quien solo alega un interés legítimo, si bien puede pedir la revocación o la anulación del acto según sea el caso, no puede pedir que se le

¹² BARRA, Rodolfo C., “El amparo por mora de la Administración”, en Estudios de derecho administrativo, Cooperadora, Buenos Aires, 1975, p. 9.

¹³ GARCÍA PULLES, Fernando R., Tratado de lo contencioso administrativo, Tomo 2, Ed. Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2004, p. 790.

¹⁴ GORDILLO, Agustín “ Tratado de Derecho Administrativo” T.1, pág. VIII-8, Buenos Aires, 1974

indemnizen los daños y perjuicios. Por lo que cualquier interpretación restrictiva que se realice, es decir, considerar que solo el que alegare un derecho subjetivo estaría legitimado para presentar un amparo por mora, sería un retroceso.

Esta ampliación de la legitimación encuentra sustento constitucional, a la luz de lo previsto en el actual art. 43 de la CN.

Por lo que podemos concluir que la clasificación derechos subjetivos e intereses legítimos ha llegado a su fin, encontrando mayor recepción la clasificación: “tiene derecho a...; no tiene derecho a...” que es lo que me permitirá en fin, iniciar una acción o no. Cabe recordar, para sustentar esta última clasificación la magnífica resolución en “Marbury v. Madison” (5 U.S. 137) donde el “Chief Justice” Marshall expresó: “... es una regla general e indiscutible que cuando hay un derecho también hay un remedio por vía de acción judicial cada vez que ese derecho sea violado”.

A partir de la reforma constitucional de 1994, donde se incorporaron nuevas instituciones como lo es el Consejo de la Magistratura, el Jefe de Gabinete y, en lo que ahora nos interesa, los derechos de incidencia colectiva y en consecuencia los procesos colectivos, han traído de manera lógica una ampliación en la legitimación.

Así lo vemos recepcionado en la legislación de la Provincia de Buenos, en lo que respecta a los derechos ambientales¹⁵, establece el art. 34 de la Ley N° 11.723 que “Cuando a consecuencia de acciones del Estado se produzcan daños o pudiera derivarse una situación de peligro al ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincial, cualquier habitante de la Provincia podrá acudir ante la dependencia que hubiere actuado u omitido actuar, a fin de solicitar se deje sin efecto el acto y/o activar los mecanismos fiscalizadores pertinentes.”

Por lo que, dentro del ámbito administrativo, ante la acción u omisión perjudicial del Estado, con solo alegar el carácter de habitante de la provincia podrá acudir a la dependencia en cuestión. En lo que respecta a nuestro estudio, podemos decir que cualquier habitante de la Provincia de Buenos Aires que haya instado un procedimiento administrativo y la Administración no se hubiere expedido, se encuentra por tanto ante la configuración de la mora, y podría articular un amparo por mora.

De esta forma también lo han entendido los tribunales, no solo reconociendo legitimación a quien invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo, sino que también a quien alegue un derecho de incidencia colectiva¹⁶.

Es dable resaltar la nueva clasificación efectuada por la Corte en el caso “Halabi” en materia de legitimación procesal, delimitando tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

¹⁵ Ley 11.723. De protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. 09/11/1995

¹⁶ C. Nac. Civ., sala H, 27/05/1997: “Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo como así también aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, y que se hubieran presentado en el expediente administrativo, pueden ocurrir ante la justicia mediante el amparo por mora, debiendo acreditar la mera situación objetiva de la mora administrativa”

Pero no solo se ha avanzado hasta ahí, sino que parte de la jurisprudencia¹⁷ y la doctrina¹⁸ entiende que la legitimación se extendería al titular de un interés simple.

No estoy de acuerdo con esta última ampliación de la legitimación, si entendemos –al igual que la gran mayoría de los autores– el interés simple como aquél interés que todo particular tiene en que la ley sea observada. Es el interés que no pertenece a la esfera de lo personal o privado sino a la esfera de las conveniencias públicas, el interés impersonal y general que todo miembro de la comunidad debe tener en la buena marcha de la administración pública. De la misma manera lo entendió la Cámara en el caso “Yanov”¹⁹.

Podemos concluir que quien sea titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo o titular de derechos de incidencia colectiva – incluyendo los que tienen por objeto bienes colectivos y a intereses individuales homogéneos– estarán legitimados para presentar un amparo por mora, en tanto se hayan presentado en el expediente administrativo y se encuentre configurada la situación de mora.

Esta última clasificación de derechos, trae inmersa la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que propendan a esos fines y se encuentren registradas conforme a la ley.

b) Legitimación Pasiva

Respecto a la legitimación pasiva, cabe señalar que el amparo por mora procede contra cualquiera de los poderes del Estado, inclusive en su máxima jerarquía, con la aclaración en el caso de los Poderes Judicial y Legislativo que procede solamente cuando actúan en ejercicio de función administrativa. Es decir, procede también contra los actos de órganos o autoridades administrativas independientes, como la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la Nación.²⁰

La jurisprudencia lo ha considerado aplicable también a la demora del Colegio Público de Abogados en expedirse sobre la habilitación en la matrícula requerida por un abogado.

Sin embargo, quedan excluidas las personas privadas aunque sean concesionarias o licenciatarias de servicios públicos.²¹

¹⁷ C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 3°, 10/03/1999, “Empresa Sans v. Comisión Nacional de Regulación de Transporte” LL 2000-D-868: “Resulta procedente la acción de amparo por mora prevista en el art. 2, LPA, si la Comisión Nacional de Regulación de Transporte incumplió su obligación de resolver oportunamente las denuncias contra tres empresas de transportes de pasajeros planteadas por la actora”

¹⁸ Cfr. HALPERIN, David Andrés, “La acción de amparo por mora de la Administración” en Derecho Procesal Administrativo, Tomo 2, Ed. Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2004, p. 1656, considera que a partir del Programa Carta Compromiso del Dto. 229/00 se ha establecido el deber de resolver las denuncias, lo que incorporaría al titular de un interés simple a la nómina.

¹⁹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1°, 7/09/2000, “Yanov, Eduardo Raúl v. Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutual s/amparo por mora”: “...El actor como ciudadano puede presentar denuncias para hacer conocer una irregularidad o la violación que ha cometido la Administración pero no tiene ni acción ni recursos, actos que presuponen un derecho jurídicamente protegido para hacer valer.”

²⁰ Cfr. GORDILLO, Agustín, “Amparo por mora contra el Poder Ejecutivo Nacional”, LL 1998-E, p. 539.

²¹ Cfr. HALPERIN, Idem, p. 1658.

IV. Procedimiento

a) Primer pronunciamiento

Interpuesta la acción de amparo por mora, el Juez en primer lugar debe analizar la viabilidad de la acción, y en caso de estimarla procedente, debe requerir a la Administración un informe acerca de la demora en que ha incurrido.

Es decir, el Juez debe pronunciarse *prima facie* sobre la procedencia de la acción instaurada y, una vez resuelta la cuestión, deberá requerir obligatoriamente el informe a la Administración sobre las causas de la demora. El Juez debe verificar previamente las “circunstancias del caso”, es decir, valorar si hubo temporalmente mora, una vez transcurridos los plazos previstos, o sino habiendo plazos, ha transcurrido un término más que razonable.²²

Ahora bien, este primer pronunciamiento, ya sea que el Juez rechace *in limine* o bien admita la procedencia de la acción y requiera informe, es inapelable, sin perjuicio de la viabilidad de otros recursos como la aclaratoria o la reposición.²³

b) Informe de la Administración

Luego del análisis de admisibilidad, en caso de considerar procedente la acción, el Juez requerirá a la Administración un informe acerca de las causas de la demora.

En relación a este informe se ha entendido que constituye una verdadera contestación de demanda que hace al derecho de defensa del imputado, léase, la Administración.

Es por ello que se ha dicho que su omisión en pedirlo causa la nulidad del proceso, y que es de aplicación analógica respecto del cumplimiento de tal acto procesal, lo establecido para el traslado de la demanda. En el pedido de informe deberá, entonces, acompañarse copia de dicha demanda, a fin de posibilitar el ejercicio real del derecho de defensa.²⁴

No puede menos que ser un responde de la demanda: Lo contrario implicaría la rareza de una acción con demanda, pero sin contestación de ella; de un actor que reclama y de un demandado que exclusivamente comunica (pero a la vez ofrece pruebas). En síntesis, de constituir el informe circunstanciado nada más que un medio suministrador de datos, se violaría el principio de defensa en juicio que, precisamente, salvó la tesis de la bilateralidad del amparo.²⁵

Por último, corresponde señalar que el plazo para evacuar este informe no ha sido puntualizado en la ley nacional, sino que se ha dejado al "prudencial" arbitrio del magistrado.

c) Sentencia

²² DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, 6ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 884.

²³ Cfr. COMADIRA, Idem, p. 497.

²⁴ Cfr. CARRANZA TORRES, Luis R., “Sobre la naturaleza procesal del amparo por mora”, LL 2002-E, p. 380.

²⁵ CARRANZA TORRES, Idem, p. 380.

Una vez presentado el informe de la Administración, el magistrado deberá dictar sentencia, y para el caso que haga lugar a la acción, deberá fijar un plazo para que la Administración se expida.

No obstante, el Tribunal no puede indicarle el sentido en que debe resolver. De lo contrario el órgano judicial sustituiría el órgano administrativo, lo que es manifiestamente inadmisibles dentro del sistema de separación de los poderes.²⁶

V – Reflexión final

Como ha sido explicado a lo largo del presente, el procedimiento judicial de amparo por mora es una de las herramientas que tiene a su favor el administrado –junto con el procedimiento del art. 10 L.N.P.A. y la queja- frente a la inactividad de la administración, para lograr que la misma se expida en relación a su petición.

Es decir, este procedimiento tiene su razón de ser en la existencia de una Administración Pública ineficiente que no puede dar respuesta a sus administrados en tiempo oportuno y, en consecuencia, no puede asegurar el goce de derechos de raigambre constitucional como el derecho de petitor y de interponer recursos administrativos, que se fundan tanto en la garantía constitucional de la debida defensa (art. 18 C.N.) como en el de petitor ante las autoridades (art. 14 C.N.).

De ahí la importancia del instituto en estudio, cuyo reconocimiento, por ende, se vincula necesariamente con la idea de lograr una “buena administración” y la obligación de la Administración como principal gestora de la satisfacción de las necesidades colectivas, de ejercer su función, de forma tal, que garantice los derechos reconocidos a los administrados.²⁷

La Corte a través de su sentencia, como lo es el caso “Halabi” viene a cerrar un período de penumbras, debates y de variadas clasificaciones acerca de la configuración conceptual de los derechos de incidencia colectiva. Aunque creemos que no fue el mejor caso para instaurar la doctrina de los efectos expansivos, por la naturaleza del derecho invocado.

Ahora bien, analizando el caso desde una perspectiva donde se garantiza efectivamente derechos constitucionales, no solo deja una precisa clasificación de los derechos mencionados, sino que también deja bien en claro que ante nuevos problemas institucionales y sociales, la Corte en su rol de autoridad y última intérprete de la CN es la que debe salvaguardar los derechos de la comunidad en general, aún cuando deba enfrentar falencias de los otros poderes, cómo es la falta de regulación normativa en la instrumentación de estos procesos.

²⁶ HALPERIN, Idem, p. 1655.

²⁷ IVANEGA, Idem, p. 1692.

