Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 7 – julho/agosto/setembro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO: PROBLEMAS ACTUALES

Prof. Fernando E. Juan Lima

Juiz do Contencioso Administrativo e Tributário do Poder Judiciário da Cidade Autônoma de Buenos Aires. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

I.1. En su obra "El silencio de la Administración y los plazos de caducidad", el Dr. MUÑOZ, ya desde sus palabras de introducción al estudio de los temas aludidos señala cuál es el meollo del tema que me ha sido asignado: la tensión siempre existente entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los particulares. El silencio de la Administración y los plazos para la impugnación de los actos administrativos se insertan en cada uno de los polos de esa tensión. Y, como apuntaba MUÑOZ, difícilmente podría encontrarse otro ejemplo en el cual tan claramente se revelen los imprevistos efectos secundarios que producen las abstracciones dogmáticas elaboradas a espaldas de la realidad; a espaldas de las necesidades sociales que dan lugar al alumbramiento de las categorías jurídicas[1].

Este es sin dudas el tema de mayor actualidad y el que atraviesa el examen del instituto en cuestión en su totalidad. Es por eso que, tras una breve reseña acerca del concepto mismo de silencio administrativo, he de referirme a cuál fue el sistema establecido en la ley 19.549 y cuáles son los temas conflictivos que aún continúan vigentes. Por último, e intentando aplicar las enseñanzas del Dr. MUÑOZ, he de analizar cuáles son las modificaciones que

[1] MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Silencio de la Administración y plazos de caducidad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 17/18.

ha sufrido el régimen vigente tras las reformas producidas con el dictado de la ley 25.344.

I.2. Usualmente se distingue entre la inactividad formal y la inactividad material de la Administración. Tradicionalmente se ha referido el concepto de silencio administrativo a los casos de inactividad formal, gravitando para ello razones de orden histórico, que se proyectaron en nuestro derecho positivo y en la doctrina nacional por la influencia en ellos del derecho administrativo francés[2].

Como sostiene HUTCHINSON, cabe precisar el distinto alcance que puede dársele a la inactividad administrativa, según: a) el sujeto de quien se predique la inactividad; y, b) el objeto sobre el cual se proyecta esa inactividad.

En su expresión más amplia, podría designar cualquier supuesto de inactividad, ya sea de la Administración, ya sea del particular en sus relaciones con aquélla. Dentro de una noción tal, debería comprenderse tanto la inactividad formal (o sea, la que ocurre en un procedimiento administrativo) como la material de la Administración (el no hacer dentro de las competencias ordinarias del órgano) y la llamada caducidad del procedimiento administrativo.

Si se admite una noción intermedia, sólo comprendería la inactividad formal de la Administración, que abarcaría no sólo la inactividad en sus relaciones con los particulares, sino también en sus relaciones interorgánicas e interadministrativas.

En la acepción más restrictiva, se refiere sólo a la inactividad formal de la Administración ante una petición de uno o más particulares.

A este alcance, generalmente las leyes de procedimiento y los códigos procesales administrativos lo llaman silencio administrativo[3].

Es por ello que en el presente trabajo me he de restringir a lo que se conoce como inactividad formal de la Administración y, en particular, a la forma en que tal situación se encuentra regulada en el orden nacional. Ello así aún cuando no puede dejar de señalarse la importancia de un tema que, como se dijo, excede al que ahora trataremos y que es el de la inactividad material de la Administración. Como sin ambages sostiene Eliaschev, “La carencia y la ausencia, propias de la tremenda desigualdad del orden social imperante en el país, se pueden asociar con una omisión inicial del Estado, que permite que se den esas condiciones, y una omisión que podría denominarse sobreviniente, que ocurre cuando el Estado no actúa para resolver o cambiar esa situación. La inactividad del Estado adquiere, entonces, la fuerza de una imagen simbólica de esta época. Sobre todo cuando esa actitud del Estado no ha sido

[2] COMADIRA, Julio Rodolfo y MONTI, Laura, “Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos administrativos, anotada y comentada”, tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 220.

[3] HUTCHINSON, Tomás, “La inactividad de la Administración y su control”, en “Control de la Administración Pública administrativo, legislativo y judicial”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral el 15, 16 y 17 de marzo de 2002, publicadas por ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 159.

casual, sino consecuente con una concepción política e ideológica que se ha sintetizado de modo elegante como de la subsidiariedad del Estado, pero que en verdad postula una minimización del rol estatal y una subordinación de los individuos a las leyes del libre mercado"[4].

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

GONZALEZ NAVARRO sostiene que el silencio administrativo puede definirse como una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud del 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. El silencio debe entenderse, siempre, como un complemento de la obligación de resolver[5].

Conocidas son las discusiones existentes en doctrina acerca de si el silencio se trata de una ficción[6], de una presunción[7], de una infracción[8] o de un verdadero acto[9]. Tomando en consideración que el propósito de la presente es tratar los "problemas actuales" relativos al silencio administrativo, y en el marco de un panel que versa sobre los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, bastará con convenir que el origen de la mayoría de las dificultades que se han presentado alrededor del silencio tiene su origen en el olvido de la razón de ser de este singular instituto y en la concepción del silencio como un verdadero acto[10].

Sin entrar en disquisiciones terminológicas, corresponde dejar asentado que el silencio viene a constituir como una respuesta de la Administración que la ley presume en determinadas circunstancias frente a la petición deducida por un interesado y que no es sino el reverso indispensable del derecho de petición.

---

[4] ELIASCHEV, Nicolás, "Respuestas judiciales frente a las conductas omisivas de los poderes públicos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", J.A., 26 de marzo de 2003, pág. 21.

[5] SOTELO DE ANDREU, Mirta G., "El silencio de la Administración", en "Procedimiento Administrativo", Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 20, 21 y 22 de mayo de 1998, en las que la citada autora concluyó en que el silencio administrativo "sea positivo o negativo, es un acto administrativo". Publicación de ediciones RAP, Buenos Aires, 1998, pág. 49.

[6] HUTCHINSON sostiene que la regulación legal del silencio no puede ser más clara en el sentido de configurarlo como un simple ficción legal, de efectos estrictamente procesales que el particular puede utilizar en su beneficio, y en ningún caso como una verdadera resolución o acto administrativo –declaración de juicio, deseo o conocimiento- ("La inactividad...", cit., pág. 180).

[7] MURATORIO, Jorge I, "¿Actos administrativos tácitos?", en "Acto y reglamento administrativo", jornadas llevadas a cabo en la Universidad Austral los días 30, 31 de mayo y 1º de junio de 2001, publicadas por Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 373.

[8] MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Silencio de la Administración y plazos de caducidad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 70 y 109.

[9] SOTELO DE ANDREU, Mirta G., "El silencio...", cit..

[10] PERRINO, Pablo Esteban, "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", Revista de Derecho Público, 2003-I, Proceso Administrativo-I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

El silencio se ha establecido en beneficio del particular, y no sólo en el silencio positivo, donde ello es evidente en tanto la petición resulta estimada, sino también en el negativo, pues de ese modo se evita la indefensión del particular, lo que impide que la Administración inutilice toda vía revisora ulterior, merced a incumplir el deber de resolver ante la petición del interesado que intenta obtener una respuesta.

EL SISTEMA ESTABLECIDO EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

III.1. Las normas de la ley 19.549. Otros regímenes.

III.1.1. El principio: el silencio negativo.

En el artículo 10 de la ley 19.549, después de establecerse que por regla el silencio de la Administración debe interpretarse como negativa, se dispone que sólo mediando disposición expresa puede otorgársele sentido positivo.

Así, el silencio administrativo reviste dos modalidades reguladas por el derecho positivo: a) el efecto y alcance de permisión total de lo concretamente pretendido o solicitado, y b) el de denegación total de lo que se hubiera peticionado. Para que el silencio tenga alcance positivo debe estar así determinado por la ley, caso contrario se entenderá que ha mediado denegación tácita por parte de la Administración ya que respecto de la operatividad de dicho silencio es principio general la denegación de lo pretendido por el peticionante y excepcional y subordinado a la existencia de una norma jurídica que concretamente lo contemple, la admisión de lo solicitado por el administrado[11].

La figura del silencio positivo, cuyo campo natural de acción se halla en el ámbito de la denominada actividad de policía o de control mediante la autorización de actividades privadas, no ha tenido fácil aceptación y sólo se ha previsto en limitadísimos supuestos[12].

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el silencio de la Administración no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales ya que se trata de una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo (arts. 913, 918, 919, 1145, 1146 del Código Civil y 10 de la ley 19.549). Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmación necesita ser demostrada, el

[11] CNCont. Adm. Fed., Sala II, "Turismo Parque S.R.L. c/ E.N. – Mº de Econ. y Ob. y Serv. Públ. S. de Tr. s/ proceso de conocimiento", del 18/6/98; voto de la Dra. Garzón de Conte Grand.

[12] Por ejemplo: artículo 5º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1842/87 de desmonopolización de servicios públicos prestados por las empresas estatales; artículo 4º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1470/97, que regula los servicios no regulares de transporte aéreo denominados charters, y art. 14 de la Ley Nº 25.156, de Defensa de la Competencia.

silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del particular[13].

Así, en el sistema legal argentino, la regla del silencio de la Administración es el silencio negativo. La institución del silencio positivo exige, para su procedencia, la existencia de una cláusula contractual expresa o una norma legal que demuestre en forma indubitada la voluntad tácita de la Administración de acogerse a las consecuencias que su omisión produciría. Tal institución debe ser interpretada en forma restrictiva, toda vez que el silencio positivo es un instrumento peligroso debido a que, luego de transcurridos los plazos legales, el particular estaría habilitado para realizar actividades sometidas a su control, sin que éste se efectivizara[14].

III.1.2. Modos de configuración del silencio.

En lo que se refiere a los recaudos que deben verificarse para la configuración del silencio, en el orden nacional se contemplan dos modalidades distintas.

Siempre se requiere, claro está, la configuración de la demora de la Administración por el transcurso del plazo para resolver. Lo que no siempre es necesario es la denuncia de tal demora a través de una petición expresa de pronto despacho.

Así, tratándose del silencio en vía de petición o reclamo, se exige la denuncia de la mora administrativa y el transcurso de un segundo período de inactividad (de 30 días en el artículo 10 de la ley 19.549; de 45 en lo que respecta a la específica vía reclamatoria –art. 31 ley cit.-).

En cambio, cuando se ha articulado un recurso administrativo, el silencio opera en forma automática, una vez que ha transcurrido el plazo para resolver (arts. 87 y 91 del decreto 1759/72 –t.o. por decreto 1883/91-, reglamentario de la ley 19.549).

Por su parte, en el derecho provincial, la situación es muy heterogénea, ya que en algunas legislaciones se ha seguido un criterio análogo al nacional, en otras siempre es preciso efectuar el pedido de pronto despacho, mientras que en algunas ello es innecesario toda vez que la denegatoria por silencio en

[13] Fallos: 308:618; 30/6/98, “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”. En igual sentido: CNCont. Adm. Fed., Sala II, “Fundación Hermandad Internacional de Escorpiones c/ Estado Nacional – Min. de Trabajo y otra s/ varios”, del 18/10/94; Sala IV, “Navalles, Flora E. y otros c/ E.N. – Mº de Defensa- s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, del 4/6/96; Sala I, “Banco de Previsión Social S.A. c/ Dir. Gral. Impositiva s/ D.G.I.”, del 11/5/2000).

[14] CNCont. Adm. Fed., Sala II, “Worthington Arg. S.A.I.C. s/ rec. de apel. (res. Sec. Ind. Com. Ext.)-recurso directo”, del 15/7/92, con cita de la C.S.J.N., in re: “Artefactos a gas Llama –Azul S.A.”, A 626 XXII, del 9 de abril de 1991.

todos los casos opera por el solo vencimiento de los plazos[15].

Merece la pena hacer una breve referencia al sistema vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el artículo 10 de la ley de procedimientos administrativos local se reproduce la solución prevista en la ley 19.549; por su parte, en lo que se refiere a la vía recursiva la solución también es idéntica (arts. 106 y 110 del dec. 1510/97). Más interesante es la expresa previsión del instituto del silencio en el propio Código Contencioso Administrativo y Tributario (art. 8º de la ley 189) y la disposición específica en virtud de la cual se establece que el plazo de caducidad previsto para la iniciación de la demanda contenciosa no será de aplicación en los supuestos de denegatoria tácita, siendo de aplicación sólo los plazos de prescripción (art. 7º). Esta solución resulta de aplicación tanto en lo que respecta a la vía impugnatoria, como a la reparatoria (aún cuando, en el orden local, se ha interpretado que el reclamo previo no resulta obligatorio[16]). En este sentido, cabe apuntar la paradoja de que un sistema que aparecía prima facie como más restrictivo del acceso a la instancia judicial, resulta a todas luces mejor predispuesto a tal acceso no sólo en virtud de la interpretación que de las normas en cuestión ha hecho el fuero local, sino en razón –fundamentalmente- de las reformas producidas en el orden nacional por la ley 25.344.

III.2. Las opciones del particular frente al silencio de la Administración.

Como sostiene TAWIL, el régimen en examen nos da cuatro posibilidades:

a) considerar al silencio como una denegatoria de la presentación o recursos interpuestos;

b) interponer la queja por defectos de tramitación e incumplimiento de plazos, siempre que no se refieran al plazo de resolución del recurso;

c) iniciar una acción de amparo por mora; y

d) esperar la resolución expresa de la presentación o recurso por parte de la Administración, que deberá (al constituir una obligación legal de ésta) necesariamente producirse[17].

Ahora, bien: ¿cómo funciona el sistema precedentemente enunciado? ¿se trata de diversas opciones entre las cuales el particular podrá optar libremente? ¿cuáles son los lineamientos de las distintas posibilidades

[15] PERRINO, Pablo Esteban, “La inactividad administrativa y su control judicial”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nº 269 (febrero 2001), pág.13.

[16] Ver JUAN LIMA, Fernando Enrique, “Las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, J.A. 2002-III-33.

[17] TAWIL, Guido Santiago, “Administración y justicia”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, tomo I, pág. 294.

previstas?

III.2.1. El derecho a una resolución expresa.

En un orden lógico, la primera de las posibilidades a la que se enfrenta el particular ante la inactividad formal de la Administración es la de esperar aquello a lo que tiene derecho: una respuesta expresa.

El particular tiene derecho subjetivo para obligar a la Administración Pública a dictar una resolución expresa; ello surge de diversas prescripciones contenidas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Así:

a) artículo 3º, según el cual el ejercicio de la competencia constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente;

b) artículo 7º, inciso c), según el cual se deben decidir todas las peticiones formuladas;

c) por otra parte, la Administración no sólo está obligada a resolver sino que, además, debe hacerlo de conformidad con determinadas pautas que le son legalmente impuestas. Tiene a su cargo la impulsión e instrucción de oficio (art. 1º, inciso a); debe actuar con celeridad, economía, sencillez y eficiencia (art. 1º, inciso b), mediante decisiones fundadas (art. 1º, inciso f) y respetando los requisitos establecidos en el artículo 7º[18].

En particular, corresponde destacar la disposición del artículo 1º, inciso f), apartado 3º, de la LNPA, en la que se estatuye la obligatoriedad de que el acto decisorio haga expresa mención de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto sean conducentes a la solución del caso. Ello indica que no sólo la Administración está obligada a dictar una decisión y resolver concretamente la pretensión del particular, sino también la de exponer los motivos que justifican dicha decisión[19].

III.2.2. Silencio negativo

En esta materia la solución vigente no merece mayores dudas: el administrado tiene derecho a una resolución expresa de la Administración por ser la alternativa del silencio como denegación tácita, prevista en el artículo 10 de la ley 19.549, una opción otorgada al particular[20].

---

[18] MUÑOZ, Guillermo, “Silencio...”, cit., pág. 66.

[19] HUTCHINSON, Tomás, “La inactividad...”, cit., pág. 170.

[20] CNCont. Adm. Fed., “Alpargatas S.A.I.C. c/ E.N. (Min. de Econ. y Obras y Ser. Públ.) s/ amparo por mora”, del 30/4/92; con cita de la C.S.J.N., 26/12/78, in re “Galian” y Fallos: 293:460; C.Fed. Mendoza, 4/11/75, “Lucero”, L.L. 1976-B-56.

Y en ese sentido, cabe apuntar con RASPI, que el derecho a una respuesta expresa (frente a la cual el silencio es una opción) sólo tiene como fuente mediata al artículo 14 de la Constitución Nacional (derecho de "peticionar a las autoridades"). De hecho, SANCHEZ VIAMONTE y LINARES QUINTANA, por ejemplo, habían sostenido la falta de un correlativo deber u obligación por parte de la Administración frente al derecho de petición. El mentado autor halla sustento para esta obligación del Estado en el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el que se expresa que "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución"[21].

III.2.3. Queja

En el artículo 71 del reglamento de la LNPA se dispone que "Podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos.

La queja se resolverá dentro de los cinco días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá, si fuera necesario, del inferior, procurando evitar la suspensión del procedimiento principal. Las resoluciones que se dicten serán irrecurribles, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 de la ley".

Así, resulta claro que la queja es un reclamo administrativo[22] que las partes interesadas en un procedimiento administrativo pueden interponer durante su curso o sustanciación con el objeto de lograr que se cumplan trámites omitidos o demorados o se realicen bien los cumplidos defectuosamente[23].

III.2.4. Amparo por mora

El objeto del amparo por mora de la Administración (regulado en el orden nacional en el artículo 28 de la ley 19.549) no es otro que obtener una orden judicial de pronto despacho de las actuaciones administrativas para que el órgano competente dicte el acto administrativo definitivo, de mero trámite o preparatorio, estando dividida la doctrina acerca de si es viable frente a la

---

[21] RASPI, Arturo Emilio, "El silencio de la Administración", en "Procedimiento Administrativo", Jornadas llevadas a cabo por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de 1998; publicadas por Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, págs. 121/122.

[22] Es un reclamo y no un recurso por cuanto excede la impugnación de actos y no tiene previsto plazo de interposición.

[23] HUTCHINSON, Tomás, "La inactividad...", cit., pág. 202.

inactividad reglamentaria[24].

El instituto del amparo por mora tiene por finalidad resguardar el derecho de peticionar ante las autoridades, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Por eso, elegida esta vía, existe la obligación de resolver que le incumbe a la Administración, que posibilita al interesado –ante el silencio de ella- el ejercicio de su derecho para obtener una decisión expresa[25], sin que ello implique –claro está- que debe decidir en uno u otro sentido[26].

Ello asentado, debe tenerse presente que para la viabilidad del amparo por mora es suficiente con que la Administración hubiera dejado vencer los plazos fijados y, en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediera lo razonable sin emitir dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado[27].

En ese sentido, esta acción no es idónea para imponer a la Administración que decida en cierto sentido, para lo cual existen otros remedios procesales, sino, simplemente, lo es para obligar a que aquélla se expida[28].

Es interesante, en este contexto, traer a colación la situación vigente en la actualidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuyo sistema normativo no se encuentra expresamente previsto el amparo por mora.

Ello no obstante, a partir del precedente “Saslavsky”, se ha admitido la procedencia de esta acción con base en que en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad se prevé la acción de amparo dirigida contra “omisiones” de la autoridad pública[29].

En efecto, frente al silencio de la Administración ante pretensiones que demanden un pronunciamiento concreto, es opción del administrado acudir a la vía regulada por el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, a la queja prevista por el artículo 89 de esa misma ley –únicamente respecto a los defectos de tramitación o incumplimiento de plazos no referidos a la resolución de recursos-, o al amparo por mora. No conduce a una solución diversa la circunstancia de no haber sido regulado expresamente como alternativa procesal genérica, pues considerando que el

---

[24] PERRINO, Pablo Esteban, “La inactividad administrativa y su control judicial”, RAP Nº 269, febrero de 2001, pág. 14. Respecto de la viabilidad de este remedio en el caso de inactividad reglamentaria, explica este autor que se han pronunciado en contra SAGÜES y CREO BAY, en tanto que por la posibilidad de aplicar este instituto se ha manifestado HUTCHINSON.

[25] CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 3/3/88, “Lopez de Sgromo”.

[26] CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 2/6/92, “Linares”.

[27] CNCont. Adm. Fed., Sala I, 22/9/88, “Manigot”; 7/12/89, “Latorre”; Sala II, 13/11/86, “Basigaluz Saez”; Sala IV, 15/5/85, “Sarli”; 18/2/88, “Vieytes”.

[28] CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 5/8/86, “Glikstein”; 9/10/86, “Millara”; Sala I, 12/3/91, “Delrieu”; Sala III, 21/5/82, “Villoldo”.

[29] CCAyTCABA, Sala II, 29/12/2000, “Saslavsky, Martha Leonor c/ G.C.B.A. s/ amparo por mora (art. 14 C.C.A.B.A.)”.

particular puede tener concreto interés en obtener un positivo pronunciamiento del órgano competente, es preciso reconocerle la facultad de ocurrir a la Jurisdicción en protección del derecho a obtener el cumplimiento por la Administración de su deber de resolver[30].

III.3. Algunos temas conflictivos

III.3.1. El problema de la opción: ¿silencio, amparo por mora y/o queja?

PERRINO señala que la relación del amparo por mora con el silencio de la Administración no siempre ha sido bien comprendida por algún sector de la doctrina y la justicia, que llegó a sostener el uso incompatible de ambas figuras[31].

En relación con el planteo muchas veces efectuado por la Administración en el sentido de que, al tener el particular habilitada la vía judicial a través del silencio, no se necesitaba acudir al instituto del amparo por mora, cabe destacar que se ha dicho que, ante la tardanza de la Administración o el vencimiento de los plazos para resolver, el particular puede optar por utilizar distintos caminos, conforme lo autoriza la ley 19.549 en sus artículos 10 y 28, poniendo a resguardo su derecho de peticionar a las autoridades, a que hace referencia el artículo 14 de la Constitución Nacional. Pero ello no excluye la obligación de resolver que le incumbe a la Administración, ni le imposibilita al administrado –ante el silencio de aquella- el ejercicio de su derecho para obtener una resolución expresa, desde que la solución del instituto del silencio es optativa o facultativa para el particular[32].

La posición que consideramos acertada ha sido receptada en el artículo 76 del nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en el que se afirma que la configuración del estado silencial de la Administración no impide la utilización de la vía del amparo por mora.

La solución es adecuada, porque se trata de dos remedios diferentes que persiguen finalidades distintas y funcionan en forma independiente. El

---

[30] CCAyTCABA, Sala I, 28/2/2001, “ArgenX S.A. c/ G.C.B.A. s/ amparo”.

[31] PERRINO, Pablo Esteban, “La inactividad...”, cit., pág. 14. En esta “equivocada” postura el autor cita a BARRA, Rodolfo, “El amparo por mora de la Administración”, E.D. 59-797; TAWIL, Guido S. “Administración y justicia”, cit., T. 1, pág. 295; CREO BAY, Horacio, “Amparo por mora de la Administración Pública”, 2ª ed. act. y ampl., Bs. As., Astrea, 1995, pág. 29 y DROMI, José Roberto, “El procedimiento administrativo”, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1986, pág. 120. En contra, PEARSON, Marcelo M., “El amparo por mora de la Administración Pública Nacional. Artículo 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos”, L.L. 1979-B-487; HUTCHINSON, Tomás, “Régimen de Procedimientos Administrativos”, Bs. As., Astrea, 1992, pág. 173; MUÑOZ, Guillermo A., “Inmunidad del poder: la inactividad administrativa”, L.L. 1990-B-891; RASPI, Arturo, “El pronto despacho en los artículos 10 y 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, E.D. 178-13.

[32] Confr. doctr. CNCiv., Sala G, 8/10/80, “Siglo XX”; íd, 4/11/80, “Tiferes”; Sala E, 27/5/82, “Desplats”; Sala B, 18/4/83, “Spinedi”; CNCont. Adm. Fed., Sala II, 5/4/77, “Goldberg”, E.D. 74-221; Sala III, 9/4/85, “Buccianti de García”; 10/9/85, “Astilleros Corrientes S.A.I.C.”; 16/9/86, “Francisco Cacik e hijos S.A.”; Sala IV, 17/3/89, “Pelissero”.

amparo por mora se fundamenta en el derecho de todo administrado que es parte en un procedimiento administrativo a que se dicte una resolución expresa y fundada. La finalidad de esta vía es obtener un emplazamiento judicial para que la autoridad administrativa cumpla con su deber de resolver y dicte el acto administrativo o preparatorio que corresponda. El interesado cuando utiliza esta vía lo que busca es seguir en el procedimiento administrativo hasta que éste finalice con el dictado de la decisión definitiva. En cambio, el silencio es una técnica para huir del procedimiento y entrar en el proceso[33].

Sin perjuicio de lo expuesto, merece aclararse, siguiendo a RASPI, que quien pide pronto despacho en los términos del artículo 10 de la ley 19.549 no está buscando –estrictamente- el silencio de la Administración; menos aún puede sospecharse que pretenda que su petición sea rechazada, de modo que no tiene por qué quedarle cerrada la posibilidad de acudir al amparo por mora del artículo 28. Así, la opción no consistiría, como lo entiende parte de la doctrina, en configurar el silencio y la consiguiente denegación tácita, o peticionar una declaración expresa. Por el contrario, la opción que se le presenta al particular es la de requerir por sí, directamente a la Administración un pronunciamiento expreso y fundado (art. 10 LNPA) o pedir ese pronunciamiento también a la Administración, pero a través del órgano judicial[34].

En definitiva, y desde un punto de vista más abarcativo, entendemos que corresponde aceptar que el amparo por mora conforma, al igual que el silencio administrativo y la queja del artículo 71 del RLNPA, técnicas destinadas a combatir la pasividad administrativa y funcionan como vías alternativas, no excluyentes a favor del administrado[35].

En el mismo sentido, en el ámbito porteño se ha sostenido que el artículo 81 del decreto 1510/97, que prevé entre los modos de conclusión de los procedimientos administrativos la resolución tácita producida en virtud del silencio de la Administración, constituye una vía opcional a favor del administrado, ideada por el legislador para facilitarle el agotamiento de las distintas instancias administrativas. De ningún modo exime a la Administración de su deber de expedirse mediante resolución expresa y fundada (arts. 2, art. 22, inc. f, ap. 3 y 26, inc. a de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires) en el plazo previsto legalmente o en el razonable[36].

III.3.2. ¿Puede la Administración interrumpir el curso del plazo para que se configure el silencio?

---

[33] PERRINO, Pablo Esteban, “El derecho a la tutela...”, cit., pág. 269.

[34] RASPI, Arturo Emilio, “El silencio de la Administración”, en “Procedimiento Administrativo”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral el 20, 21 y 22 de mayo de 1998, publicadas por Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, págs. 128/129.

[35] CNCont. Adm. Fed., Sala V, 26/3/2001, “Díaz Mario Víctor c/ M. I y V s/ amparo por mora”.

[36] CCAyTCABA, Sala II, 14/5/2001, “Torres, Daniel Eirin c/ G.C.B.A. s/ amparo”.

Se ha dicho que si se permitiera a la Administración suspender, más o menos indefinidamente, el plazo preciso para que se produzca el silencio, sería poner en sus manos la doctrina de éste, pues para que ella no operase bastaría que los órganos administrativos recurrieran al remedio de pedir informes o que los interesados aportasen nueva documentación al expediente[37].

HUTCHINSON califica como absurda y jurídicamente impracticable la interpretación contraria a la posibilidad de tal interrupción o prórroga del plazo, pues, si el silencio exige conceptualmente una efectiva pasividad de la Administración durante un específico plazo, ¿cómo se va a poder decir que ella no podrá actuar –aunque no sea resolviendo definitivamente- antes de que aquél transcurra? Hay que admitir, pues, la posibilidad de que el plazo necesario para el silencio se interrumpa o suspenda, por ejemplo, durante el tiempo en que el expediente está fuera del ámbito de intervención del órgano que resuelve, volviendo a correr aquél por el tiempo que falte[38].

Aún cuando las palabras escogidas por HUTCHINSON para descalificar la postura a la que primero se hizo referencia parecen muy terminantes, lo cierto es que, a mi entender, en la mayoría de los casos debe sostenerse la impertinencia de la suspensión o interrupción de los plazos procedimentales en razón de la actuación de la propia Administración. En efecto, si se ha establecido un plazo para la resolución de las actuaciones debe interpretarse que el legislador consideró que ese era el necesario para que se decidiese la cuestión (si no hay plazo establecido, éste debe ser el que razonablemente se necesite para resolver el asunto). Por lo tanto, no resulta irrazonable concluir en que lo adecuado es suponer que al establecerse el aludido lapso se han tenido en cuenta todos los pasos que debería cumplir la Administración para llegar a una resolución.

La excepción a dicha regla vendría dada por los casos en que la presentación del particular posea graves defectos que impidan a la Administración expedirse, aún con la plena aplicación del principio del informalismo a favor del administrado. En estos casos, siendo que la opción para la Administración sería la de rechazar in limine la pretensión del particular, aquélla debería intimar al particular a aclarar la situación y subsanar los defectos, con lo que el plazo para resolver se encontraría interrumpido. Ello es así por cuanto sería irrazonable sostener que plazo alguno estaría corriendo para la resolución del asunto, pudiendo el particular incluso “beneficiarse” con la aplicación del silencio, cuando fue su propia actividad defectuosa la que motivó la necesidad de que la Administración debiera practicar algún tipo de actuación para subsanar dicha circunstancia.

Y lo cierto es que el propio HUTCHINSON no llega a una solución demasiado disímil a la expresada, por cuanto él cree que la solución del

---

[37] REYES MONTERREAL, José M., “Las resoluciones administrativas tardías”, Revista de Administración Pública, Nº 78, pág. 278; cit. por HUTCHINSON, Tomás, “La inactividad...”, cit., pág. 173.

[38] HUTCHINSON, Tomás, “La inactividad...”, pág. 174.

problema depende de que se tenga en cuenta que la obligación de la Administración de pronunciarse dentro de un plazo ha de presuponer y requerir que el interesado en la decisión acomode sus solicitudes o peticiones al ritualismo procedimental exigido en cada caso, porque la decisión o respuesta administrativa ha de ser correlativa a la concreta pretensión. Una Administración que no pudiera reclamar la aportación de documentos, de nuevos datos, la ampliación de informes o la producción de los omitidos, necesariamente tendría que rechazar de plano la pretensión deducida. Ello configuraría un efectivo e irreversible perjuicio para los interesados, pues, por más que les cupiera conseguir los datos o informes omitidos, de conformidad con el ordenamiento jurídico específicamente aplicable, a través de la oportuna subsanación de defectos u omisiones, la demora en resolver debido a esas circunstancias acarrearía el silencio administrativo.

Y, efectivamente, es posible que se subsanen esos defectos, puesto que el principio del informalismo así lo requiere. Entonces, para negar la posibilidad de que el plazo se interrumpa o suspenda mediante esos requerimientos subsanatorios por parte de la Administración, habría que comenzar por hacer caso omiso del mandato del principio citado.

El mentado autor sostiene que en esta cuestión se requieren ciertos matices ya que no consiente una solución absoluta y extrema. Así, en cada caso habrá que averiguar si lo requerido o mandado completar por la Administración resulta especialmente necesario de conformidad con el procedimiento aplicable. En general, podría decirse que se debe estimar cuando, según el respectivo condicionamiento legal, falten datos o se omita en todo o en parte el cumplimiento de requisitos esenciales, necesarios e imprescindibles para conseguir el pronunciamiento administrativo que se solicita, de suerte que sin ellos la Administración se vea imposibilitada para decidir adecuadamente sobre la solicitud. No cabe duda de que esa idea de necesidad de que se observen y cumplan aquéllos, o de que se aporten datos complementarios, fundamenta y legitima, de modo pleno, el obrar administrativo sin que el plazo del silencio administrativo deba proseguir su marcha.

Esta solución es la más compatible con el instituto que comento, pues, en caso contrario, se obligaría a la Administración a rechazar de plano la petición, decisión que no puede adoptar basada sobre yerros formales. Además, esa posibilidad de interrupción por parte de la Administración sólo es viable antes de producida su mora; acaecida ésta, no es válido pretender que aquélla pueda interrumpir el plazo complementario que contenga cada normativa específica[39].

III.3.3. El problema de las resoluciones tardías.

El tema al que nos referimos es el atinente a aquellas decisiones que

[39] GRECCO. C.M., “Sobre el silencio de la Administración”, L.L. 1980-C-784.

son adoptadas por la Administración una vez vencido el plazo establecido en el ordenamiento jurídico para el reconocimiento o rechazo expreso de la pretensión del particular.

La decisión tardía con el mismo alcance que la presunta o ficta –esto es, denegatoria- en nada perjudica al particular. A lo sumo, éste deberá ampliar los fundamentos de su impugnación, si ya la ha efectuado. Caso contrario, los plazos comienzan a correr desde la resolución expresa. Si el particular tenía plazo para accionar por silencio y lo dejó vencer, la resolución tardía le brinda un nuevo plazo de impugnación (el que la norma ofrece respecto de la resolución expresa).

Corresponde destacar la obligación de impugnar el acto administrativo expreso posterior a la configuración del silencio por cuanto no podría hablarse de una suerte de "impugnación implícita", entre otras razones, por cuanto en el acto en cuestión podrían realizarse consideraciones distintas a las que se tuvieron en cuenta al acudirse a la justicia por la vía del silencio. Ello es así pues, de otro modo, se consentiría un acto administrativo que se opone a la pretensión del particular, respecto del cual –en principio- no podrían expedirse los tribunales por resultar una cuestión ajena a la litis.

Por último, sólo queda agregar que es posible impugnar el acto administrativo expreso, aunque no se hubiera impugnado el presunto, como también es procedente que, después de declarada inadmisible por extemporánea –en las legislaciones que prevén plazo para atacar el acto presunto- la impugnación contra la resolución tácita, se interponga una nueva contra la denegación expresa posterior, con base en las mismas pretensiones. Si la resolución expresa es favorable a las pretensiones del particular (de signo contrario a la presunta), el interesado habrá visto satisfechas sus pretensiones. Si esto ocurre cuando el afectado por el acto presunto ha planteado su acción judicial, tendríamos un caso similar al allanamiento. El problema de la resolución expresa que acoge parcialmente las pretensiones del particular, y el de las costas, debe solucionarse tal como el Código Procesal Civil y Comercial encara esas cuestiones en el allanamiento[40].

LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS POR LA LEY 25.344.

Tras la reforma producida por la ley 25.344, HUTCHINSON distingue las distintas técnicas que puede utilizar el particular para contrarrestar la morosidad administrativa de la siguiente manera:

1) Silencio Negativo:

a) Supuestos en el que el particular tiene la posibilidad de optar (art. 10 LNPA);

[40] HUTCHINSON, Tomás, "La inactividad...", cit., págs. 188/189.

b) Supuestos de denegación tácita de los recursos administrativos (también existe en este caso opción del particular para acudir a la solución denegatoria);

c) Supuestos en que el silencio es obligatorio, art. 31 LNPA (reclamo administrativo previo: producida la mora y planteado el pronto despacho, vencido el plazo para que la Administración resuelva, comienza el plazo para accionar).

2) Silencio positivo (en caso de que así se disponga en una norma; art. 10 LNPA).

3) Amparo por mora (art. 28 LNPA).

4) Queja (art. 71 RLNPA)[41].

IV.1. Avance del dogma revisor.

La doctrina clásica daba por supuesto que el proceso contencioso administrativo estriba exclusivamente sobre la base de los actos administrativos. Por eso, en una primera etapa, se caracterizó al silencio negativo de la Administración como un verdadero acto, aunque presunto, que vino a remediar el inconveniente de la inexistencia de una decisión previa que pudiera suscitar la competencia revisora del juez contencioso administrativo.

Una reciente expresión de esta doctrina la encontramos en la postura adoptada por la Cámara Federal de la Seguridad Social, que sostuvo que la falta de resolución del organismo administrativo sobre el reclamo de reajuste del haber previsional impedía que la instancia judicial tomase intervención, pues de esa manera se habría estado permitiendo obviar instancias regulares que habían sido establecidas dentro de un modelo que no toleraba alteración alguna sin comprometer el adecuado desenvolvimiento de la administración de justicia. En particular, ratificándose lo que ya se decidía durante la vigencia de la ley 23.473, con la reforma introducida por la ley 24.463, se interpretó que en su artículo 15 se recogía el principio según el cual “la demanda a deducir ante la justicia federal presupone el dictado de una resolución expresa en sentido contrario a las pretensiones que se quieren hacer valer”[42].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con atinado criterio rechazó la postura reseñada, afirmando que la Administración no sólo tiene que decidir las cuestiones que se le plantean (arts. 1º inc. f, ap. 3, 3º y 7º, inciso c, de la ley 19.549), sino que también debe hacerlo en término (art. 1º, inc. e. ap. 1, del mismo cuerpo legal). Esta obligación legal no es ajena a los organismos previsionales, por lo que frente al silencio el particular tiene la opción de esperar el dictado de la resolución o bien acudir a la instancia administrativa o

[41] HUTCHINSON, Tomás, “La inactividad...”, cit., pág. 161.

[42] CFed. Seg. Social, Sala III, 23/06/97, “Benetti, Exequiel Ruben c/ A.N.Se.S.”.

judicial que corresponda (arts. 10 y 28 de la ley de procedimiento aludida), pues cuenta con un medio idóneo para la protección de sus derechos frente a una actitud pasiva que lo perjudica (arts. 23 y 26 de la Ley de Procedimientos Administrativos).

Afirmados tales principios, el Alto Tribunal sostuvo que no se ajustaba a la actuación cautelosa que debía caracterizar la dilucidación de temas vinculados con prestaciones de naturaleza alimentaria, aquella que dilataba en forma ilegítima la decisión del litigio y negaba a los agentes en pasividad una acción reconocida al resto de los administrados. Además, sostuvo que la sentencia se apartaba de lo que se disponía en las normas vigentes y los jueces no habían expresado fundamentos serios como sustento de la postura adoptada. En suma, se había privado al actor del ejercicio de una acción establecida por el orden jurídico a su favor, como medio técnico para la eficaz protección de sus derechos, sobre la base de una doctrina judicial que carecía de sustento a la luz de las disposiciones legales vigentes. En consecuencia, el fallo impugnado no sólo desconocía los efectos de la conducta jurídicamente relevante de la actora, sino que –además- premiaba la actitud negligente de la Administración, haciendo jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo, instituida claramente a su favor (doctrina de Fallos: 316:2477)[43].

IV.2. ¿Es el silencio ahora un acto en estos supuestos?

HUTCHINSON sostiene que aquellos casos en que las normas imponen plazos para accionar o recurrir producida la mora administrativa al no resolver excluyen el deber de la Administración de pronunciarse[44].

Ese sería el caso del silencio producido en el marco de los reclamos normados en el artículo 30 de la LNPA, por cuanto en la nueva redacción de su artículo 31 se dispone que:

> "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 demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente"[45].

La redacción de la norma en cuestión es confusa y da lugar a dudas en

[43] C.S.J.N., 24/4/2001, "Villareal, Clara Baudilia c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad".

[44] HUTCHINSON, Tomás, "La inactividad...", cit., pág. 189, ver especialmente nota al pie Nº 108.

[45] Confr. art. 12, ley 25.344 (B.O. 21/11/2000).

relación con su posible interpretación en el marco de los principios enunciados con anterioridad. En ese sentido podría incluso llegar a afirmarse su inconstitucionalidad. Es por ello que estimamos adecuado intentar arribar a una respuesta a tales interrogantes para entender cómo juega el sistema establecido en la LNPA tras la reforma indicada.

IV.2.1. Las diversas interpretaciones del nuevo artículo 31.

GUSMAN entiende que, una vez notificado el acto que resuelve el reclamo, la demanda debe interponerse en el plazo de noventa días hábiles posteriores (por aplicación del artículo 25, inciso a de la LNPA). Ante el supuesto de silencio administrativo, el particular no tendrá que atenerse a otro plazo distinto al de prescripción de la acción (por aplicación del artículo 26 de la ley citada)[46].

CASSAGNE y PERRINO, en ocasión de contestar un reportaje acerca de la por entonces reciente ley 25.344, sostuvieron que el nuevo artículo 31 originaba dudas acerca de la aplicación del plazo de caducidad para demandar en los supuestos en que se había configurado el silencio en la vía del reclamo. La disposición en cuestión –a entender de estos autores- es verdaderamente equívoca y contradictoria pues, si bien primero se determina que, configurado el silencio, el interesado “podrá” iniciar la demanda, seguidamente se dispone que aquélla “deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25”, para culminar prescribiendo: “sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción”.

La redacción no es clara y puede generar confusión pues, no obstante que el legislador reemplazó la expresión “en cualquier momento” por otra en la que se exige la presentación de la demanda “en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25”, la utilización del verbo podrá, más la referencia a los plazos de prescripción, permitiría sostener –a entender de estos autores- que no se aplica el plazo de caducidad cuando se configura el silencio. De lo contrario, la mención al plazo de prescripción sería inconsecuente, ya que nunca este lapso será inferior al previsto en el artículo 25 de la LNPA.

En este orden de ideas, frente a la compleja situación expuesta, y con base en el principio in dubio pro actione, sería posible concluir en que no corresponde aplicar el plazo de caducidad ante la configuración del silencio negativo.

En apoyo de lo dicho se señala que no se ha modificado el artículo 26 de la LNPA, en el cual se prescribe que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción cuando se verifique el silencio negativo previsto en el artículo 10 de la LNPA.

[46] GUSMAN, Alfredo Silverio, “Panorama del derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica”, El Derecho, 30 de agosto de 2001, pág. 11.

Es que, no parecería razonable que ante una misma situación (el silencio administrativo) el legislador hubiera establecido consecuencias disímiles.

Por lo demás, la imposición de un plazo para accionar frente al silencio negativo no sería coherente con la finalidad de opción procesal de dicho instituto y con el principio de tutela judicial efectiva, al establecer un peligroso y confuso sistema de plazos encadenados que a la postre pueden generar la indefensión del administrado[47].

Posteriormente, PERRINO ahondó en esa línea de pensamiento, al entender (aún admitiendo que una interpretación literal del precepto podría llevar a la –a su entender- irrazonable conclusión de que dicho plazo sólo es aplicable cuando se verifica el estado silencial y no frente al rechazo del reclamo por un acto expreso) que la intención del legislador –no obstante la deficitaria redacción de la norma- fue imponer la aplicación del plazo para demandar en ambos supuestos. De lo contrario se trataría de una solución claramente incongruente, ya que no existirían razones que justifiquen un tratamiento diferencial de ambas situaciones.

De todos modos, concluye el citado autor en que, ante la redacción equívoca y poco clara de la norma, si se efectúa un esfuerzo interpretativo que privilegie el principio de tutela judicial efectiva, puede llegar a postularse una hermenéutica del artículo 31 de la ley 19.549 que tienda a que el plazo de caducidad del artículo 25 sólo se aplique ante el supuesto de rechazo por acto expreso del reclamo previo y no cuando se verifica el silencio negativo[48]. Igual solución propicia POZO GOWLAND[49].

A igual conclusión arriba DIEZ, quien, a efectos de lograr lo que estima como una conciliación entre las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 31 de la LNPA, sostiene que el plazo de caducidad para la interposición de la pertinente demanda sólo correrá cuando la Administración desestime en forma expresa el respectivo reclamo y a partir de la notificación del acto denegatorio[50].

---

[47] CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo Esteban, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado”; reportaje publicado en el Suplemento Actualidad de la revista jurídica La Ley, los días 15 y 20 de noviembre de 2001.

[48] PERRINO, Pablo Esteban, “El derecho a la tutela judicial...”, cit., págs. 276/277. El autor apoya esta solución interpretativa en los siguientes argumentos: 1) la utilización del verbo podrá, más la referencia a los plazos de prescripción en la norma del artículo 31; 2) el absurdo que sostiene que se produciría de aceptarse soluciones disímiles para la vía impugnatoria y la reclamatoria; 3) la desnaturalización de la figura del silencio que se produciría de aceptar la vigencia del plazo de caducidad, cuando aquél nació como instrumento de garantía de los particulares para paliar la situación de indefensión que generaba la teoría de la decisión previa y su consecuencia, el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso administrativa; 4) la aplicación de los lineamientos que dimanan de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en particular, la del principio in dubio pro actione.

[49] POZO GOWLAND, Héctor, “Cambios en el contencioso administrativo federal. El reclamo administrativo”, E.D., 29 de diciembre de 2000, pág. 6.

[50] DIEZ, Horacio Pedro, “El plazo de caducidad para demandar al Estado. (El artículo 25 de la Ley Nº 19.549)”, en “Control de la Administración Pública”, Jornadas organizadas por la Universidad

BIANCHI, por el contrario, aun cuando es sumamente crítico de la solución legal (sostiene que si no hemos regresado al año 1900, estamos muy próximos), es categórico en cuanto a que la ley 25.344 ha impuesto el plazo de caducidad del artículo 25 a los reclamos que finalicen con el silencio de la Administración. En el mismo sentido se expidieron MONTI, MAIRAL[51], MATA[52], SISELES y VINCENTI[53].

Como se adelantó, HUTCHINSON no sólo comparte esta última posición, sino que afirma categóricamente que la modificación producida por la ley 25.344 le da al silencio el carácter de un acto presunto, con todas las consecuencias que ello acarrea (en el caso, la vigencia del plazo del art. 25 de la LNPA para accionar)[54].

COMADIRA, por su parte, considera que el plazo de caducidad del artículo 25 de la LNPA se aplica ahora tanto frente a la decisión expresa del reclamo como en el caso de la configuración del silencio[55].

IV.2.2. La constitucionalidad del nuevo artículo 31.

MAIRAL sostiene que la aplicación del plazo de caducidad en los supuestos de silencio de la Administración en la resolución del reclamo administrativo previo podría ser declarada inconstitucional. Ello, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha declarado inconstitucionales, por irrazonables, previsiones semejantes contenidas en normas provinciales[56].

A su entender, cabría aplicar a la ley 25.344 la misma tacha que advirtió la Corte en las leyes provinciales que descalificó en esos casos: la norma subvierte la función del silencio de la Administración, haciéndolo jugar en contra del administrado, en vez de en su favor, premiándose así la negligencia de la Administración que no cumple con su deber de pronunciarse[57].

RASPI, por su lado, considera que la ley 25.344 al reemplazar el texto del artículo 31, le ha dado un contenido que vulnera un principio incorporado

---

Austral los días 15, 16 y 17 de mayo de 2002, publicadas por Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 247.

[51] BIANCHI, Alberto B., MONTI, Laura y MAIRAL, Héctor, “La reforma de la ...”, reportaje cit..

[52] MATA, Ismael, “Panorama del control sobre los entes reguladores”, E.D., 30 de marzo de 2001, pág. 6.

[53] SISELES, Osvaldo E. y VINCENTI, Rogelio W., “La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo”, L.L. 30 de octubre de 2001, pág. 3.

[54] HUTCHINSON, Tomás, “La reforma de la ...”, reportaje cit. y “La inactividad...”, cit., pág. 189.

[55] COMADIRA, Julio Rodolfo – MONTI, Laura, “Procedimientos Administrativos”, cit., pág. 512.

[56] CSJN, in re “Colegio Bioquímico del Chaco c. instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s. demanda contencioso administrativa”, E.D. 158-273, y “Edgar Galián c/ Provincia de Corrientes”, Fallos: 300:1299.

[57] MAIRAL, Héctor, “La reforma de la ...”, reportaje cit..

por un instrumento internacional de nivel constitucional, concebido para garantizar a la persona humana el derecho de obtener pronta respuesta a las peticiones que formule a la autoridad competente. Y aquél es el contenido en el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que impone a la autoridad la obligación de dar "pronta resolución a la petición que toda persona tiene derecho a presentarle"[58].

Por su parte, BIANCHI considera que establecer un plazo de caducidad ante el silencio en el reclamo, además de contrariar las reglas generales de la Ley de Procedimientos Administrativos, genera al administrado una desventaja procesal importante, pues le impone la carga de iniciar la demanda en un plazo breve sin tener un acto administrativo contra el cual dirigirla y la Administración mientras tanto conoce con mucha antelación el contenido de aquélla. El citado autor cree que hay materia para un caso federal con fundamento en los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional[59].

HUTCHINSON, por el contrario, entiende que la solución merece críticas por disvaliosa, mas no cree que pueda entenderse que es inconstitucional. Ello es así por cuanto el particular puede optar por esperar la respuesta o por el régimen del silencio denegatorio presentando el pronto despacho, con lo cual se preserva su derecho a obtener una respuesta concreta y expresa como exige el derecho de petición. Al no requerirse obligatoriamente la solución del silencio denegatorio, no se exige al particular instar el procedimiento administrativo, sancionando su incuria con un injustificado rigor, como sería la extinción de su derecho por no hacerlo[60].

Por último, cabe mencionar la postura de MONTI (en opinión que, en este punto, compartimos), quien sostiene que no es fácil encontrar argumentos que sustenten con firmeza la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 31 de la LNPA pues esta norma, dada su naturaleza y su carácter eminentemente público, así como podría establecer términos de prescripción específicos, al margen de los previstos en otros ordenamientos legales, puede también instituirlos indirectamente estableciendo plazos de caducidad para interponer acciones o recursos cuando estén en juego derechos subjetivos o intereses legítimos, de naturaleza administrativa.

Con su claridad habitual, MONTI explica que podrá argumentarse, para fundar la inconstitucionalidad de la disposición, que el instituto del silencio negativo, habilitante de la instancia judicial, debe jugar a favor del particular, quien tiene derecho a una resolución expresa de la Administración; que aquél debe constituir sólo un instrumento del ordenamiento instituido para favorecer el acceso de aquél a la jurisdicción, ante el retardo estatal; incluso, que el derecho a obtener una decisión fundada –art. 1º, inc. f) de la ley 19.549- se vería vulnerado si se diera al silencio de la Administración el carácter de una

[58] RASPI, Arturo Emilio, "Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos", E.D., 30 de marzo de 2001, pág. 9.

[59] BIANCHI, Alberto, "La reforma...", reportaje cit.

[60] HUTCHINSON, Tomás, "La reforma...", reportaje cit.

prerrogativa en la que pudiera ampararse para soslayar dicho deber. También, como se ha afirmado reiteradamente, que el derecho de petición –garantizado en el artículo 14 de la Constitución Nacional- no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta.

Sin embargo –continúa la citada autora-, no se advierte que estos argumentos puedan alcanzar para desconocer al legislador la posibilidad de establecer un efecto para el silencio como el que se ha instituido en el artículo 31 de la LNPA, obligando al particular a acudir a sede judicial en el perentorio plazo establecido en el artículo 25 de la ley 19.549.

Podrá discutirse sobre la justicia de esta disposición, pero al entrar en el terreno de su posible inconstitucionalidad, cuya declaración, por lo demás, es considerada la ultima ratio del orden jurídico, no aparecen argumentos suficientemente sólidos[61].

IV.2.3. Nuestra opinión.

A nuestro entender, el primer punto que podría suscitar discusión es que lo cierto es que en la ley se establece la aplicación del plazo de caducidad del artículo 25 de la LNPA en caso de silencio, pero nada se dice en caso de que la Administración resuelva expresamente. Los esfuerzos demostrados por parte de la doctrina para sustentar la vigencia de tal plazo también para este último supuesto denotan ora el mantenimiento de una postura sostenida con la redacción anterior de la LNPA, ora el intento de dar mayor coherencia al sistema, pero podrían chocar contra el indiscutido principio que se opone a toda interpretación extensiva de cláusulas que restrinjan o veden el acceso a la instancia judicial.

Este punto merece ser estudiado con mayor profundidad, pero, en lo que concierne al tema que nos convoca, esto es, en lo atinente al silencio administrativo, consideramos que si bien puede criticarse tanto la redacción como los el propio sistema establecido en el nuevo artículo 31 de la LNPA, lo cierto es que la solución prevista por el legislador es clara: ANTE LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO NEGATIVO SE APLICARÁ EL PLAZO DE CADUCIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 25 DE LA LNPA.

Es cierto: el legislador parece haber optado por una solución que va en contra de la doctrina del silencio a la que se hizo referencia. Es más, podría incluso afirmarse que lo que subyace en la reforma constituye una indebida influencia de la concepción del silencio como verdadero acto administrativo. Pero, a nuestro entender, LA SOLUCION NORMATIVA NO ES INCONSTITUCIONAL.

En este sentido cabe señalar que los fallos citados en aval de la postura que sostiene la inconstitucionalidad de esta norma refieren a supuestos

[61] MONTI, Laura, “La reforma...”, reportaje cit.

diversos a los regidos por el nuevo artículo 31. En efecto, en los pronunciamientos usualmente mencionados lo que estaba en cuestión era la aplicación extensiva de normas destinadas a regir la impugnación de actos administrativos expresos a los supuestos de silencio, y, en particular, normas en las cuales se presumía la renuncia de derechos por no haberse urgido el procedimiento administrativo[62] o se establecía un plazo de caducidad de 30 días que correrían automáticamente ante la falta de respuesta del reclamo en el lapso de 60 días[63].

Así, no se advierte la clara existencia de una violación del derecho de defensa, por cuanto el particular se halla frente a la opción de esperar la resolución por parte de la Administración (la cual, en su caso, podrá ser urgida a través de la acción de amparo por mora) o requerir el pronto despacho, a sabiendas de que, transcurrido el plazo pertinente sin respuesta por parte de la Administración, se configurará el silencio negativo y comenzará a correr el plazo de caducidad previsto en el artículo 25 de la LNPA.

Por otra parte, aún en el supuesto de que se sostuviera que la solución prevista en el artículo 31 se aplica sólo para el caso de silencio, mas no ante la resolución expresa del reclamo por parte de la Administración, entendemos que tampoco se vulneraría el derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, ni sería necesariamente incongruente el sistema.

Ello así por cuanto lo que acaecería es que se regularían de modo diverso situaciones que no son iguales entre sí. Lo expuesto es así por cuanto, hasta el dictado de la ley 25.344 (y salvo el concreto caso regulado en la ley 24.447) frente a la configuración del silencio lo cierto es que no corría plazo alguno (porque, los que correspondiesen, se encontraban interrumpidos o suspendidos, según el caso, por la interposición del recurso o reclamo). Es por ello que podría pensarse que el legislador ha querido terminar con esa situación de absoluta indefinición cuando la Administración no se ha expedido en forma alguna respecto de la pretensión del particular (respecto de la cual sí habría opinado en el caso de impugnación de actos –razón que justifica la solución del art. 26 LNPA- y en el de respuesta expresa al reclamo –por lo que no sería necesariamente incoherente esta interpretación del art. 31 LNPA-). Así, frente a la interposición de un pronto despacho en estos casos en que la Administración no ha fijado posición alguna, podría pensarse que no resultaría irrazonable que se pretendiera definir rápidamente el asunto, para no quedar sine die sujeta a un eventual juicio.

Reiteramos: la solución puede ser, por cierto, criticable. Es más: se subvierten principios generalmente aceptados de la doctrina del silencio. Pero lo cierto es que la solución legal no aparece claramente como inconstitucional y corresponde estar, en consecuencia, a lo que ha sido la voluntad del legislador.

Por último, entendemos que parte de las discusiones que se plantean en

[62] C.S.J.N., Fallos: 300:1292.

[63] C.S.J.N., Fallos: 316:2477.

esta materia –y, en particular, tras el dictado de la ley 25.344- surgen de la respuesta que se de a los interrogantes que inteligentemente se planteaba MUÑOZ (aún cuando él se refería a la vía impugnatoria; distinción que, de no hacerse, también podría formar parte de las razones de la confusión reinante): ¿qué sucede si el particular deja vencer el plazo establecido sin accionar judicialmente y la Administración no dicta resolución tardía? ¿Le queda cerrado para siempre el acceso a la revisión judicial? ¿Pierde los derechos materiales de los cuales es titular?

MUÑOZ contestaba que no a estas preguntas. Ello así pues, a su entender, lo contrario implicaría sostener la grave incongruencia de que la Administración se ve premiada por la comisión de una infracción; que el silencio es un mecanismo que no sólo la libera de su obligación de resolver, sino que, además, le sirve para cerrar definitivamente el control judicial sobre su actividad[64].

Afirmar que el vencimiento de los plazos establecidos para promover la demanda cuando hay "denegación tácita" produce los mismos efectos que cuando media denegación expresa, supone no sólo una contradicción lógica, sino, lo que es más grave, una contradicción axiológica en desmedro de la justicia y de los demás valores parcelarios[65].

Con base en lo expuesto, actualizando la doctrina de MUÑOZ a las nuevas circunstancias vigentes tras el dictado de la ley 25.344, podría pensarse en sostener que, vencidos los plazos de acceso a la instancia judicial –cuando mediara denegación tácita-, el particular habría perdido la posibilidad de peticionar directamente en sede judicial aquello que no le fue respondido en sede administrativa. Semejante limitación temporal está consagrada legislativamente y no podría suprimírsela por vía hermenéutica.

Pero de ello no se podría deducir que, en tales casos, el interesado habría perdido también su derecho de fondo. Recuérdese que estamos en el marco de la vía reclamatoria: lo que se pretende es un dar, un hacer o un no hacer de la Administración; no se ataca acto administrativo alguno. Es por ello que, decaída la posibilidad de acceso directo, el particular podría intentar un nuevo procedimiento administrativo en vía de petición. Con ello logrará forzar una decisión expresa, o provocar una nueva actitud silente de la Administración. También podría, si así lo prefiere, interponer una acción de amparo por mora en sede judicial.

De esta manera, cuando media "denegación tácita", lo que decae al vencimiento de los plazos breves es la posibilidad procesal de acceso directo a la instancia judicial. Nada más[66].

---

[64] MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Silencio...", cit., pág. 90.

[65] MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Silencio...", cit., pág. 91.

[66] Arg. MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Silencio...", cit., pág. 92.

IV.2.4. El tema de las resoluciones tardías.

El problema esbozado en III.3.3. ha cobrado nueva vigencia con las reformas producidas con el dictado de la ley 25.344.

Así, con los alcances del nuevo sistema vigente, la primera posibilidad sería considerar el silencio como un verdadero acto –como pareciera hacerlo HUTCHINSON[67]-, con lo que la Administración no podría dictar una acto administrativo expreso una vez configurado el silencio (un poco a la manera de lo que se sostiene en relación con el silencio positivo).

Sin embargo, aún cuando podría pensarse que la solución favorecería al particular, al tender al rápido e irrestricto acceso a la instancia judicial, lo cierto es que sería profundizar la senda de un camino que se ha demostrado erróneo.

El silencio no es un acto y la obligación de resolver pervive a pesar de su configuración. Lo que no podrá permitirse es que razones de orden procesal perjudiquen al particular que ya debió sufrir los perjuicios de la pasividad administrativa.

Así, si aún no se encuentra notificado el traslado de la demanda, ella podrá ser ampliada (art. 331 del CPCC); si todavía no transcurrió el plazo de cinco días desde la celebración de la audiencia de prueba del artículo 360 del CPCC, podrá denunciarse como hecho nuevo (art. 365 CPCC); ¿pero qué sucede si la resolución tardía acaece (o es conocida) con posterioridad a esta última circunstancia?

En este caso, en principio, pareciera que no quedaría otra opción que iniciar una nueva demanda (con los consiguientes costos que ello irrogaría; por ejemplo, el pago de la tasa de justicia), pedir su radicación por conexidad por ante el mismo tribunal y peticionar la suspensión de los plazos en la causa en la que se atacaba el silencio negativo.

Ello no obstante, aún cuando ésta debería haber sido la respuesta con el sistema vigente con la ley 19.549, la ley 25.344 –según la interpretación que de ella se haga- profundizaría los perjuicios que la inactividad y consiguiente actuación tardía de la Administración provocan al particular. Así, siendo que las normas contenidas en el CPCC son sólo de aplicación analógica al litigio contencioso administrativo, deberían los jueces admitir la incorporación al proceso de la impugnación del acto administrativo que decide en el mismo sentido que el silencio en cualquier estado del proceso, debiendo sustanciarse dicha incorporación.

[67] Confr. citas 41, 44 y 54.

CONCLUSIÓN

Para concluir, nada mejor que acudir a MUÑOZ cuando señalaba que si el silencio administrativo es un acto, se trata de un acto que infringe los requisitos esenciales del artículo 7º de la ley 19.549; de un acto "no dictado" por autoridad competente, que carece de causa; que en vez de decidir todas las peticiones formuladas, no decide ninguna; que prescinde totalmente de los procedimientos sustanciales y esenciales previstos, entre ellos el del dictamen jurídico; que no está motivado; etcétera.

Equiparar el silencio con un acto implica tanto como afirmar que el ordenamiento habilita dos cauces distintos dentro de los cuales la Administración puede canalizar su conducta: la de los actos administrativos expresos y la de los actos administrativos tácitos o presuntos[68].

Sin dudas, los inconvenientes que aún se siguen presentando en la interpretación de las normas contenidas en la ley 19.549 tienen gran parte de su origen en la influencia que una inadecuada equiparación del silencio a un acto administrativo ha tenido en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia. Esta afirmación se ve avalada por el caso concreto de la reforma producida con la ley 25.344.

En definitiva, aún cuando resulta claro que del silencio no puede extraerse manifestación alguna de voluntad por parte de la Administración[69], la situación descripta nos hace recordar una anécdota que suele circular entre la cinefilia en relación con el período silente o "mudo" del cine. Así, se cuenta que, habiendo concurrido a presenciar un film supuestamente dramático un curso de una escuela para sordo-mudos, la audiencia presenció perpleja cómo los niños comenzaban a reír sin parar, al tiempo que eran retirados de la sala por su indignado maestro acompañante. La razón: los actores, aprovechando el carácter silente de la filmación y proyección se habían apartado de los diálogos que aparecían en los intertítulos, despachándose con toda clase de insultos, groserías e improperios; sólo quienes sabían leer los labios podían descubrir esta circunstancia. Pues bien: a la vista de la situación vigente, podríamos aventurar que, si pudiésemos "leer los labios" de la Administración, nos encontraríamos con una sorpresa similar.

[68] MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Silencio...", cit., pág. 106.

[69] MURATORIO, Jorge I., "¿Actos administrativos tácitos?", cit., pág. 372.

Referência Bibliográfica (ABNT: NBR-6023/2000):

LIMA, Fernando E. Juan. El Silencio Administrativo: Problemas Actuales . **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.