

EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL

Por FERNANDO E. JUAN LIMA

SUMARIO

1. El silencio administrativo.....	147
2. El sistema establecido en la ley nacional de procedimientos administrativos	148
2.1. El principio: El silencio negativo	148
2.2. Modos de configuración del silencio	149
2.3. Las opciones del particular frente al silencio de la administración	149
3. Las modificaciones producidas por la ley 25.344.....	150
4. Las interpretaciones efectuadas por la doctrina	150
4.1. Las diversas interpretaciones del nuevo art. 31	151
4.2. La constitucionalidad del nuevo art. 31.....	154
5. Las proyecciones del problema planteado en relación con la habilitación de la instancia judicial. La jurisprudencia	156
6. Conclusión	158

EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL

Por FERNANDO E. JUAN LIMA

1. *El silencio administrativo*

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.¹

Conocidas son las discusiones existentes en doctrina acerca de si el silencio se trata de una ficción,² de una presunción,³ de una infracción⁴ o de un verdadero acto.⁵

Sin entrar en disquisiciones terminológicas, en lo que respecta al régimen administrativo federal, corresponde dejar asentado que el silencio es una respuesta de la administración que la ley presume en determinadas circunstancias frente a

¹ SOTELO DE ANDREU, MIRTA G., “El silencio de la Administración,” en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP, Buenos Aires, 1998, p. 49. La citada autora concluyó en que el silencio administrativo “sea positivo o negativo, es un acto administrativo.”

² HUTCHINSON sostiene que la regulación legal del silencio no puede ser más clara en el sentido de configurarlo como una 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. (HUTCHINSON, TOMÁS, “La inactividad de la Administración y su control,” en AA.VV., *Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 15, 16 y 17 de mayo de 2002, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 180.)

³ MURATORIO, JORGE I, en AA.VV., “¿Actos administrativos tácitos?” *Acto y reglamento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 30, 31 de mayo y 1º de junio de 2001, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 373.

⁴ MUÑOZ, GUILLERMO A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 70 y 109.

⁵ SOTELO DE ANDREU, *op. cit.*

la petición deducida por un interesado y que no es sino el reverso indispensable del derecho de petición.

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.⁶

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.⁷

2. El sistema establecido en la ley nacional de procedimientos administrativos

2.1. El principio: El silencio negativo

En el art. 10 de la ley 19.549,⁸ después de establecerse que por regla el silencio de la administración debe interpretarse como negativa, se dispone que sólo mediante 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 particular.⁹

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.¹⁰

⁶PERRINO, PABLO E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa," *Revista de Derecho Público*, n° 2003-I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 257-294.

⁷JUAN LIMA, FERNANDO E., "El silencio administrativo en el derecho argentino," en ROCHA, SERGIO A. (coord.), *Proceso Administrativo Tributario*, San Pablo, Quartier Latin 2007, en donde tratamos, entre otros, algunos de los asuntos que aquí examinamos.

⁸En adelante LNPA.

⁹CNFed. CA, Sala II, 18/VI/98, *Turismo Parque S.R.L. c/ E.N. - M° de Econ. y Ob. y Serv. Públ. S. de Tr. s/ proceso de conocimiento*, del voto de la Dra. GARZÓN DE CONTE GRAND.

¹⁰Por ejemplo: Art. 5° del decreto 1842/87 del Poder Ejecutivo Nacional de desmonopolización de servicios públicos prestados por las empresas estatales, art. 4° del decreto 1470/97 del Poder Ejecutivo Nacional que regula los servicios no regulares de transporte aéreo denominados *charters*, y art. 14 de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156.

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.¹¹

2.2. *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 art. 10 de la LNPA, de 45 días en lo que respecta a la específica vía reclamatoria —conforme lo dispuesto en el art. 31 de la ley citada.)

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 LNPA.)

2.3. *Las opciones del particular frente al silencio de la administración*

TAWIL, refiriéndose al sistema vigente hasta el año 2000, sostenía que dicho régimen nos daba cuatro posibilidades:

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 silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del particular. (CSJN, *Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima*, 1998, Fallos, 308: 618. En igual sentido: CNFed. CA, Sala II, 18/X/94, *Fundación Hermandad Internacional de Escorpiones c/ Estado Nacional – Min. de Trabajo y otra s/ varios*; Sala IV, 04/VI/96, *Navalles, Flora E. y otros c/ E.N. – M° de Defensa-s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*; Sala I, 11/V/00, *Banco de Previsión Social S.A. c/ Dir. Gral. Impositiva s/ D.G.I.*)

¹¹ CNFed. CA, Sala II, 15/VII/92, *Worthington Arg. S.A.I.C. s/ rec. de apel. (res. Sec. Ind. Com. Ext.)-recurso directo*, con cita de la CSJN, *Artefactos a Gas “Llama Azul” S.A.I.C. y F.*, 1991, Fallos, 314: 217.

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.¹²

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 previstas?

3. *Las modificaciones producidas por la ley 25.344*

En el año 2000 se modificó la redacción del art. 31 de la LNPA en los siguientes términos:

“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.”¹³

¿Cuáles son las implicancias de esta nueva norma que viene a modificar el sistema previsto en la LNPA para las pretensiones no impugnatorias de actos administrativos?

A continuación examinaremos las propuestas de respuesta a este interrogante, esbozadas por la doctrina y la incipiente jurisprudencia que comienza a pronunciarse al respecto.

4. *Las interpretaciones efectuadas por la doctrina*

Tras la reforma producida por la ley 25.344, HUTCHINSON (reformulando en parte la postura de TAWIL referida en el apartado 2.3.) distingue las distintas técnicas que puede utilizar el particular para contrarrestar la morosidad administrativa de la siguiente manera:

1) Silencio Negativo:

¹²TAWIL, GUIDO S., *Administración y justicia*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 294.

¹³Art. 12 de la ley 25.344. (B.O. 21-XI-00.)

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

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

c) supuestos en que el silencio es obligatorio, art. 31 de la 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 de la LNPA.)

3) amparo por mora. (Art. 28 de la LNPA.)

4) queja. (Art. 71 RLNPA.)¹⁴

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.¹⁵

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

4.1. *Las diversas interpretaciones del nuevo art. 31*

GUSMAN ha entendido 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 art. 25, inc. 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 art. 26 de la ley citada.)¹⁶

CASSAGNE y PERRINO, en ocasión de contestar un reportaje acerca de la por entonces reciente ley 25.344, sostuvieron que el nuevo art. 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

¹⁴ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 161.

¹⁵ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 189, ver especialmente nota a pie de página n° 108.

¹⁶ GUSMAN, ALFREDO S., “Panorama del derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica,” *ED*, 2001/2002, 516.

25” para culminar prescribiendo: “[S]in perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.”

Para estos autores, 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 su entender— 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 art. 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 señaló que no se había modificado el art. 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 art. 10 de la LNPA. Es que, en este entendimiento, 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.¹⁷

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, concluyó 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 art. 31 de la LNPA que tienda a que el plazo de caducidad del art. 25 sólo

¹⁷ CASSAGNE, JUAN C. / PERRINO, PABLO E., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15-XI-01 y 20-XI-01.

se aplique ante el supuesto de rechazo por acto expreso del reclamo previo y no cuando se verifica el silencio negativo.¹⁸ Igual solución propicia POZO GOWLAND.¹⁹

A igual conclusión arribó DIEZ, quien, a efectos de lograr lo que estimó como una conciliación entre las disposiciones contenidas en los arts. 26 y 31 de la LNPA, sostuvo que el plazo de caducidad para la interposición de la pertinente demanda sólo correría cuando la administración desestimase en forma expresa el respectivo reclamo y a partir de la notificación del acto denegatorio.²⁰

BIANCHI, por el contrario, aun cuando sumamente crítico de la solución legal (sostuvo que si no habíamos regresado al año 1900, estábamos muy próximos), fue categórico en cuanto a que la ley 25.344 había impuesto el plazo de caducidad del art. 25 a los reclamos que finalizasen con el silencio de la administración. En el mismo sentido se expidieron MONTI, MAIRAL,²¹ MATA,²² SISELES y VINCENTI.²³

Como se adelantó, HUTCHINSON no sólo comparte esta última posición, sino que afirmó categóricamente que la modificación producida por la ley 25.344 le daba 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.)²⁴

COMADIRA, por su parte, consideró que el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA se aplicaría tanto frente a la decisión expresa del reclamo como en el caso de la configuración del silencio.²⁵

¹⁸ PERRINO, "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa," *op. cit.*, pp. 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 art. 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, y 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*.

¹⁹ POZO GOWLAND, HÉCTOR, "Cambios en el contencioso administrativo federal. El reclamo administrativo," *ED*, 2000/2001, 556.

²⁰ DIEZ, HORACIO P., "El plazo de caducidad para demandar al Estado. (El artículo 25 de la Ley N° 19.549)," en AA.VV, *Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 15, 16 y 17 de mayo de 2002, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 229.

²¹ BIANCHI, ALBERTO B. / MONTI, LAURA / MAIRAL, HÉCTOR, "La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti," *LL*, Suplemento Actualidad, 15-XI-01 y 20-XI-01.

²² MATA, ISMAEL, "Panorama del control sobre los entes reguladores," *ED*, 2000/2001, 610.

²³ SISELES, OSVALDO E. / VINCENTI, ROGELIO W., "La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo," *LL*, 2001-F, 1179.

²⁴ HUTCHINSON, TOMÁS, "La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti," *LL*, Suplemento Actualidad, 15-XI-01 y 20-XI-01 y "La inactividad de la Administración y su control," *op. cit.*, p. 189.

²⁵ COMADIRA, JULIO R. / MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 512.

4.2. *La constitucionalidad del nuevo art. 31*

MAIRAL sostuvo 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 con lo que surgiría de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que había declarado inconstitucionales, por irrazonables, previsiones semejantes (a su entender) contenidas en normas provinciales.²⁶

En esa línea de razonamiento, 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.²⁷

RASPI, por su lado, consideró que la ley 25.344 al reemplazar el texto del art. 31, le había dado un contenido que vulneraba un principio incorporado 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 art. 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.”²⁸

Por su parte, BIANCHI entendió que establecer un plazo de caducidad ante el silencio en el reclamo, además de contrariar las reglas generales de la ley de procedimientos administrativos, generaba al particular una desventaja procesal importante, pues le imponía la carga de iniciar la demanda en un plazo breve sin tener un acto administrativo contra el cual dirigirla y la administración, mientras tanto, conocía con mucha antelación el contenido de aquélla. El citado autor cree que hay materia para un caso federal con fundamento en los arts. 16 y 18 de la Constitución nacional.²⁹

HUTCHINSON, por el contrario, consideró que la solución merecía críticas por disvaliosa, mas no creyó que pudiera entenderse que fuera inconstitucional. Ello sería 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

²⁶ CSJN, *Colegio Bioquímico del Chaco*, 1993, *Fallos*, 316: 2477; *Edgar Galián*, 1978, *Fallos*, 300: 1299.

²⁷ MAIRAL, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

²⁸ RASPI, ARTURO E., “Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos,” *ED*, 2000/2001, 625.

²⁹ BIANCHI, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

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.³⁰

Por último, cabe mencionar la postura de MONTI (en opinión que, en este punto, compartimos), quien sostuvo que no era fácil encontrar argumentos que sustentasen con firmeza la inconstitucionalidad de la reforma del art. 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, podía también instituirlos indirectamente estableciendo plazos de caducidad para interponer acciones o recursos cuando estuvieran 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 prerrogativa en la que pudiera ampararse para soslayar dicho deber. También, como se ha afirmado reiteradamente, que el derecho de petición —garantizado en el art. 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 MONTI— 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 art. 31 de la LNPA, obligando al particular a acudir a sede judicial en el perentorio plazo establecido en el art. 25 de la LNPA.

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.³¹

³⁰ HUTCHINSON, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

³¹ MONTI, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado - Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *op. cit.*

5. *Las proyecciones del problema planteado en relación con la habilitación de la instancia judicial. La jurisprudencia*

En su obra *El silencio de la Administración y los plazos de caducidad*, MUÑOZ, ya desde sus palabras de introducción al estudio de los temas aludidos señalaba cuál sería el meollo del tema que aquí tratamos: **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.³²

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, en su oportunidad, nos manifestamos a favor de una interpretación de la norma contenida en el art. 31 de la LNPA que no llevaba a su inconstitucionalidad e intentaba explicar la lógica del sistema estatuido.

Así, consideramos que si bien podía criticarse tanto la redacción como el propio sistema establecido en el nuevo art. 31 de la LNPA, lo cierto es que la solución prevista por el legislador era clara: Ante la configuración del silencio negativo se aplicaría el plazo de caducidad previsto en el art. 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 solución normativa no es inconstitucional.³³

De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha ratificado la vigencia de las soluciones que ya emanaban del conocido fallo *Gorordo*,³⁴ así como de

³² MUÑOZ, GUILLERMO A., *op. cit.*, pp. 17-18.

³³ Entiendo que los fallos citados en aval de la postura que sostiene la inconstitucionalidad de esta norma refieren a supuestos diversos a los regidos por el nuevo art. 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 (CSJN, *Galian*, 1978, *Fallos*, 300: 1292) 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. (CSJN, *Colegio Bioquímico del Chaco*, 1993, *Fallos*, 316: 2477.)

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 art. 25 de la LNPA.

³⁴ CSJN, *Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María*, 1999, *Fallos*, 322: 73.

la incorporación de sus lineamientos a la LNPA a través del dictado de la Ley 25.344,³⁵ y más recientemente, aun cuando *obiter dicta*, se ha referido al caso concreto del art. 31 que aquí hemos intentado examinar en detalle.

En efecto en el caso *Sisterna*,³⁶ que oportunamente comentamos,³⁷ el Alto Tribunal parecía haber despejado las dudas que se habían suscitado en torno al nuevo régimen del silencio relativo al reclamo administrativo previo, sosteniendo que existe un plazo de 90 días para deducir demanda en contra del Estado o de sus entes autárquicos, contados a partir de la notificación al interesado del acto expreso que agote la instancia administrativa o cuando hubiesen transcurrido 45 días del pedido de pronto despacho.³⁸

Ello no obstante, resulta interesante hacer referencia a un reciente fallo de la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en la que se ha arribado a una solución divergente con la indicada. En efecto, en el fallo recaído en la causa *Biosystems S.A.*,³⁹ el aludido tribunal sostuvo que la solución que se extrae de la aplicación literal del art. 31 de la LNPA conduce a sostener que es facultativo el inicio de la demanda (la norma dice: “[P]odrá”) y obligatorio el cumplimiento del plazo (en este caso, dice “deberá”) que, en razón del silencio, se encadena con los establecidos para que la administración se expida. Y, al respecto, adujo que tal solución, además de transformar al silencio en un deber y soslayar la función de garantía para la que ha sido diseñado (en el sentido de constituir un derecho que permite acudir a la vía judicial aun cuando no exista una decisión administrativa por la omisión de la autoridad en expedirse), es contraria a la contemplada en la misma ley (en los arts. 10 y 26) para los demás casos.

Añadió que, además, esa solución no guardaría coherencia con la finalidad del plazo de caducidad, que es dar certeza a las relaciones jurídicas, fijando un límite temporal para que el acto administrativo —entendido como aquella declaración de voluntad unilateral de la administración que produce efectos jurídicos directos e inmediatos en los derechos del particular— quede firme, ya que, en estos supuestos justamente no existe acto alguno cuya estabilidad esté en juego, pues lo que se persigue es el reconocimiento de una situación jurídica preexistente a través del dictado de una resolución administrativa que así lo disponga o, en caso de omisión del órgano competente en expedirse, mediante la declaración judicial.

³⁵ CSJN, *Resch, Héctor Juan*, 2004, *Fallos*, 327: 4681, comentado por JUAN LIMA, FERNANDO E., “Una «duda» recurrente: el examen de oficio de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa,” *RAP*, 329: 183.

³⁶ CSJN, *Sisterna, Ramón Silvano*, 2006, *Fallos*, 329: 88.

³⁷ JUAN LIMA, FERNANDO E., “Una de suspenso (Silencio administrativo, vigencia de la Ley N° 25.344 y habilitación de la instancia judicial),” *RAP*, 333: 67.

³⁸ CSJN, *Sisterna, Ramón Silvano*, 2006, *Fallos*, 329: 88, considerando 5. (Interpretación propugnada por cinco de los jueces de la Corte Suprema.)

³⁹ CNFed. CA, Sala III, 18/IV/11, *Biosystems S.A c/ E.N. –M° de Salud- Hospital Posadas s/ contrato administrativo*.

Así tras hacer referencia a que en el art. 25 de la LNPA se establece que el plazo de caducidad debe computarse desde la notificación del acto que agota la instancia administrativa (acto que no existe en caso de silencio), la Sala III (con el voto de los jueces ARGENTO, GRECCO y FERNÁNDEZ) concluyó en que correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 31 de la LNPA en tanto condiciona el acceso a la justicia del reclamo por el reconocimiento de un derecho frente a la inactividad de la administración y al encadenar los plazos para configurar la denegatoria por silencio (cuya función es de garantía) con el de caducidad previsto en el art. 25 de la ley citada. (Que tiene fundamento en lograr la inmutabilidad de un acto administrativo que no existe en la denominada vía reparatoria.)⁴⁰

6. Conclusión

Como desde hace tiempo venimos señalando,⁴¹ entendemos que parte de las discusiones que se plantean en esta materia —y, en particular, tras el dictado de la ley 25.344—surgen de la respuesta que se da 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.⁴²

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.⁴³

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 adminis-

⁴⁰ CNFed. CA, Sala III, 18/IV/11, *Biosystems S.A c/ E.N. -M° de Salud- Hospital Posadas s/ contrato administrativo*, considerando 5.

⁴¹ JUAN LIMA, “Una de suspenso (Silencio administrativo, vigencia de la Ley N° 25.344 y habilitación de la instancia judicial),” *op. cit.*

⁴² MUÑOZ, *op. cit.*, p. 90.

⁴³ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 91.

trativa. Semejante limitación temporal está consagrada legislativamente y no podría suprimírsela por vía hermenéutica. (Salvo que se declarase su inconstitucionalidad.)

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 decaería al vencimiento de los plazos breves sería la posibilidad procesal de acceso directo a la instancia judicial. Nada más.⁴⁴

Sin embargo, uno de los valores en juego al momento de examinar el régimen de acceso a la jurisdicción es el de la previsibilidad que, en este punto, se conecta con el de la seguridad jurídica. El cambio realizado en el texto del art. 31 de la LNPA está lejos de haber sido metabolizado por los operadores del derecho y provoca un estado de incertidumbre que sin dudas podría resultar perjudicial para el derecho de acceso a la jurisdicción y para la tutela judicial efectiva.

Así no puede menos que hacerse notar la gran cantidad de proyectos que se han presentado en el Congreso para modificar los contenidos de la LNPA, y en particular su art. 31, desde la modificación legal acaecida en el año 2000.⁴⁵

Para el adecuado funcionamiento del sistema republicano, para que efectivamente se posibilite un adecuado control de la cosa pública y la defensa de los intereses de los particulares en sus relaciones con la administración, se necesita de un sistema de tutela administrativa y judicial sencillo, claro, que pueda ser conocido en todo sus alcances y requerimientos con carácter previo a que se susciten los eventuales conflictos. Es por ello que, más allá de lo formalmente vigente, en lo que hace al principio material de justicia, en lo que tiene que ver con la interpretación de las normas, con el derecho sociológicamente vigente, la realidad de los hechos pareciera tender a imponer la necesidad de que (desde la Justicia, o mejor aún, desde el Congreso) se encuentre una salida al atolladero creado con la reforma del art. 31 de la LNPA.

⁴⁴ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁵ Confr. vgr., Exptes. 4243-D-2007, 350-D-2007, 6771-D-2005, 1639-D-2006, y, particularmente, Exptes. 4859-D-2006 y 4533-D-2006.

