

Voces: ADMINISTRACION PUBLICA ~ MORA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA ~ ACCION DE AMPARO ~ AMPARO POR MORA ~ MORA ~ INACTIVIDAD PROCESAL ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ DEFENSA EN JUICIO ~ DEBIDO PROCESO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ SILENCIO DE LA ADMINISTRACION ~ ACTO ADMINISTRATIVO ~ DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA ~ PRONTO DESPACHO ~ PLAZO ~ PLAZO PROCESAL ~ VENCIMIENTOS DE PLAZOS ~ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ~ PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ~ PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ~ RECURSOS ~ RECURSO DE QUEJA ~ RECURSO ADMINISTRATIVO ~ ACCION JUDICIAL ~ INTERPOSICION DE LA ACCION ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ PLAZO DE CADUCIDAD ~ LEY DE EMERGENCIA ~ EMERGENCIA ECONOMICA ~ RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO ~ LEGITIMACION ~ LEGITIMACION RECURSIVA

Título: El control de la inactividad formal de la administración

Autor: Cassagne, Ezequiel

Publicado en:

I. El debido proceso adjetivo. II. La inactividad de la administración. III. Los plazos en el procedimiento. IV. Técnicas de control de la inactividad. V. Relación entre el silencio, la queja y el amparo por mora

Abstract: "La administración tiene el deber de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos. Este deber surge de la obligación que impone el derecho del administrado de dar una decisión fundada, en el marco del respeto al debido derecho adjetivo y de la "tutela administrativa efectiva" (aplicación en el ámbito de la Administración del principio de la tutela judicial efectiva consagrado en los tratados antes referidos, y de la defensa en juicio establecido en la Constitución Nacional), y encuentra fundamento también en el principio de obligatoriedad de la competencia que impone el artículo 3 de la LNPA".

I. El debido proceso adjetivo

El principio del debido proceso adjetivo es una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, y de la tutela judicial efectiva reconocida en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (artículo 75, inciso 22).

En esta inteligencia, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (ley 19.549, en adelante, LNPA) (Adla, XXXII-B, 1752), prescribe, en su primer artículo, que las normas del procedimiento administrativo que se aplicarán ante la Administración Pública Nacional deberán respetar el debido proceso adjetivo, el cual comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y sobre todo, el derecho a obtener una decisión fundada. (1)

El derecho a ser oído implica la posibilidad de exponer las razones de las pretensiones y defensas de los particulares antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos, mediante la interposición de recursos, reclamos o cualquier petición. Se trata del derecho civil de peticionar ante las autoridades, reconocido expresamente en la Constitución Nacional — artículo 14—, y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre — artículo 24—, que al igual que los convenios internacionales antes referidos, tiene jerarquía constitucional. Para el ejercicio de ese derecho, es también importante y necesario el reconocimiento del derecho a ofrecer y producir la prueba pertinente en el expediente administrativo.

El debido proceso adjetivo no se agota con la posibilidad cierta de ser oído y producir prueba, sino que requiere para su cumplimiento que la Administración decida en forma fundada la cuestión propuesta, debiendo considerar los principales argumentos expuestos por el particular, en tanto fueren conducentes para la resolución del caso.

Es importante aclarar que si bien la obligación que impone la ley es de considerar sólo los argumentos principales esgrimidos, la decisión fundada debe decidir todas las peticiones formuladas por el particular, dado que de lo contrario podrían configurarse auténticas hipótesis de indefensión. (2) Esta obligación ha sido expresamente considerada en el artículo 7, inc. c, de la LNPA, que dispone como requisito esencial del acto administrativo que su objeto sea cierto y decida todas las peticiones formuladas, aunque claro está también pueda involucrar otras cuestiones no propuestas por el administrado.

El deber de emitir una decisión administrativa fundada encuentra también su cimiento en la obligación de que todo acto contenga una motivación, por medio de la cual se exprese en forma concreta las razones que llevan al órgano administrativo a emitir dicho acto, sustentándose en los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvieron de causa. (3) En este entendimiento, una decisión que debe resolver una petición de un particular deberá valorar — y expresar — como antecedentes los hechos y el derecho aplicable, así como también las peticiones del

administrado. Pero, como sostiene Coviello, cuando se hace referencia al derecho a una decisión fundada, “ con ello no es que sólo nos estamos refiriendo a la motivación del acto administrativo como elemento esencial de él. Antes bien, ello apunta a algo más elevado: la forma republicana de gobierno o sana democracia significa que los poderes públicos — todos— deben dar razón de sus decisiones” . (4)

El debido proceso adjetivo es una manifestación, a su vez, del debido procedimiento previo a todo acto administrativo. En tal sentido, señala FIORINI que “ el debido procedimiento administrativo es toda la actividad administrativa y el debido proceso adjetivo que menciona la ley es una sección del mismo; el primero tiende a la justicia de muchos otros bienes en especial, mientras el segundo se refiere a derechos particulares” . (5)

II. La inactividad de la administración

En primer lugar, es necesario distinguir entre la inactividad material y formal de la Administración. Al respecto, Hutchinson aclara que “ por inactividad material, se entiende una pasividad, un no hacer de la Administración dentro del marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento: es la simple no contestación a una petición de los particulares” . (6)

La administración tiene el deber de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos. Este deber surge de la obligación que impone el derecho del administrado de dar una decisión fundada, en el marco del respeto al debido derecho adjetivo y de la “ tutela administrativa efectiva” (aplicación en el ámbito de la Administración del principio de la tutela judicial efectiva consagrado en los tratados antes referidos, y de la defensa en juicio establecido en la Constitución Nacional), y encuentra fundamento también en el principio de obligatoriedad de la competencia que impone el artículo 3 de la LNPA.

A su vez, esta obligación se desprende también, claramente, de otros principios que rigen en el procedimiento administrativo, incorporados positivamente en el artículo 1º de la LNPA, tales como los de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites administrativos.

La obligación de resolver los planteos de los particulares también se vincula con el principio de transparencia que debe imperar en toda actuación administrativa. El silencio vulnera este principio, que exige reglas objetivas claras, publicidad de los actos y del procedimiento, participación en el procedimiento de toma de decisiones, etc., y la falta de respuesta a una petición del administrado es la prueba más cabal de la ausencia total de transparencia: la inexistencia de decisión administrativa. Una Administración poco transparente no perderá tiempo en contestar los reclamos de los particulares, y mucho menos expresar razones o argumentos de las decisiones ya tomadas o a adoptarse. Y en definitiva, como dice Schmidt-Assman, “ el tan frecuentemente criticado déficit democrático de la Comunidad es, en primer término, un déficit de transparencia” . (7)

Por su parte, el reglamento de la ley (Decreto 1759/72, en adelante RLNPA) expresamente indica que entre los deberes del órgano competente se encuentra el de tramitar los expedientes según su orden y decidirlos a medida que vayan quedando en estado de resolver. (8)

El deber de resolver — como señala Cassagne— es un verdadero principio general del derecho que no se circunscribe a los jueces, sino que se extiende a toda la administración frente a las peticiones de los ciudadanos. (9)

Sin embargo, es frecuente que la Administración no resuelva los planteos de los particulares, ni a favor ni en contra. El ciudadano se encuentra, en la mayoría de las veces, ante un silencio, incluso una vez transcurridos los plazos legales obligatorios que tiene la Administración para resolver una petición o para la realización de los trámites tendientes a la formación de la decisión administrativa (dictámenes, traslados, informes, intimaciones, etc.) (10)

Ocurre que en la práctica, los funcionarios públicos no son cuestionados por no resolver un determinado recurso o reclamo, y en cambio, consideran comprometida su responsabilidad en caso de resolver tales pretensiones. En muchos casos, a su vez, prefieren que el “ problema” lo resuelva la próxima administración o, en una mirada de más corto plazo, el funcionario que le suceda. A pesar del claro deber legal de decidir, al no existir prácticamente responsabilidad alguna para el funcionario que no decide en tiempo oportuno un recurso, reclamo o simple petición, los ciudadanos deben acostumbrarse al silencio de la Administración. (11) En este escenario poco alentador, (12) son indispensables las técnicas administrativas y judiciales para revertir esta situación y lograr que se respete el derecho republicano a obtener una decisión fundada.

Frente a la inactividad de la Administración, el ordenamiento jurídico debería otorgarle al administrado tres alternativas, a saber: a) que pueda aguardar la decisión el tiempo que desee; b) que pueda, si así lo estima, acceder a la instancia judicial y; c) que tenga a su alcance un régimen para urgir la decisión fundada de la Administración. (13)

III. Los plazos en el procedimiento

En el procedimiento administrativo los plazos son obligatorios para los interesados y para la administración, sin perjuicio de lo cual antes del vencimiento de un plazo podrá la Administración de oficio o a pedido del particular, disponer su ampliación, por un tiempo razonable, mediante resolución fundada, y siempre que no resulten perjudicados derechos de terceros. (14) La administración, por su parte, podrá dar por decaído el derecho dejado de usar dentro del plazo correspondiente. (15)

Estas pautas generales sobre la obligatoriedad de los plazos, y su prorrogabilidad, encuentran fundamento en los principios de verdad material, (16) y de informalismo a favor del administrado, (17), que rigen en los procedimientos administrativos.

En tal sentido, obligatoriedad y perentoriedad en la LNPA no tienen el mismo alcance, dado que un plazo perentorio no puede ser jamás prorrogado. Sin embargo, este principio general de prorrogabilidad, tiene una excepción muy importante en el procedimiento administrativo recursivo, dado que la propia LNPA dispone que una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos contra actos administrativos el administrado perderá el derecho para articularlos, sin perjuicio que se considere dicha impugnación como denuncia de ilegitimidad. Si esta última se resolviera en forma negativa, y el recurso presentado fuera de término era un jerárquico a los fines de agotar la vía administrativa, el particular no podrá acudir a la instancia judicial por no haber agotado dicha vía. Se trata, en este caso, de plazos perentorios, muy exiguos, que lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva. (18)

Con relación a los plazos especiales que tiene la Administración para resolver los reclamos y recursos, nos inclinamos por sostener que ellos son, en virtud del principio general antes expuesto, prorrogables, siempre que la prórroga fuere razonable y existan fundadas razones para disponerla. (19).

Los funcionarios deben, entonces, respetar los plazos legales. La ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164, establece entre los deberes de los agentes públicos, el de observar las normas legales y reglamentarias, responder por la eficacia, rendimiento de la gestión y del personal del área a su cargo y respetar, y hacer cumplir, dentro del marco de competencia de su función, el sistema jurídico vigente. (20).

Es más, el incumplimiento de los plazos legales puede llegar a configurar un delito. En efecto, el artículo 249 del Código Penal de la Nación dispone que “ Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio” .

IV. Técnicas de control de la inactividad

a) El instituto del silencio de la Administración

En la mayoría de las legislaciones sobre procedimientos administrativos, al silencio de la Administración, configurado luego de que transcurran ciertos plazos, se le otorga un efecto desestimatorio de la pretensión del particular, salvo que por una norma especial se le otorgue para ciertos casos concreto sentido positivo. (21).

Así, el artículo 10 de la LNPA establece que el silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa, y que sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo.

No es posible otra solución. El carácter negativo, como bien señala Budassi, “ se funda en elementales razones de conveniencia práctica y de sana administración. Baste pensar las consecuencias que podrá tener un patrón general inverso al establecido en el art. 10 LNPA: se considerarían acogidos favorablemente un sinnúmero de pedidos no analizados por una administración recargada de expedientes y acostumbrada a andar con paso cansino” . (22)

Esta normativa también dispone que sea el administrado quien tenga la facultad de generar ese silencio negativo de la Administración, o bien prefiera no hacerlo. En tal sentido, el artículo señalado dispone que “ si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración” . (23)

Según García de Enterría, “ el silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa; esta montado en beneficio del particular y como una facultad suya, al cual, por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar una resolución expresa (se entiende que para impugnar luego esta, si le conviniese hacerlo), por cuanto lo que el silencio no es, en todo caso, es una manera de pronunciarse de la Administración, a la cual se recuerda su estricta obligación de resolver y de hacerlo fundadamente” . (24)

El silencio, en todo caso, tiene el efecto que le asigne la norma. Se trata de una ficción legal, que en modo alguno puede considerarse como acto administrativo, dado que el silencio es, por el contrario, ausencia de

declaración de voluntad, y de manifestación. [\(25\)](#)

Pues bien, para que se produzca el silencio regulado en el artículo 10 de la LNPA es necesaria la participación activa del particular, que podrá interponer luego de transcurridos sesenta días — o el plazo especial aplicable— un pronto despacho para que, luego de treinta días, ello ocurra. Se trata de una facultad del administrado, y no de una carga, toda vez que no podría derivarse perjuicio alguno si decide no interponer el pronto despacho y esperar que la Administración resuelva. [\(26\)](#) La ficción del silencio debe establecerse en todos los casos a favor del particular, dado que trasunta un incumplimiento de la Administración, y una violación al derecho del administrado de obtener una decisión fundada. La mora de la Administración en el cumplimiento de los plazos obligatorios para resolver las peticiones no puede perjudicar al ciudadano. Por tal motivo, la denegatoria por silencio no debe generar jamás plazos de caducidad para su impugnación judicial, como el dispuesto en el art. 25 de la LNPA. [\(27\)](#)

Tal ha sido el espíritu de la ley en su redacción original, y se mantiene tanto para el supuesto de la vía recursiva como para el supuesto de aplicación del instituto general del silencio del art. 10 de la LNPA, aplicable, entre otros supuestos, a la impugnación directa de los reglamentos.

En efecto, el artículo 26 de la LNPA dispone que “ la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10, y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción” . [\(28\)](#)

La interposición del pronto despacho es una facultad del administrado, y no se encuentra orientada únicamente a abrir la instancia judicial. En primer lugar, el pronto despacho opera como una denuncia de mora que le exige a la Administración un pronunciamiento concreto. En segundo lugar, vencido un plazo determinado, el administrado puede recurrir a los tribunales judiciales para reclamar el fondo de la cuestión planteada en sede administrativa, pero en modo alguno la Administración queda eximida de pronunciarse ni puede escudarse en el silencio para no expedirse sobre la petición del particular (este deber subsiste incluso luego de que el administrado hubiere interpuesto demanda). En tercer lugar, la ausencia de un plazo de caducidad, indica que el particular puede optar por no ir a la Justicia y esperar que la Administración resuelva. [\(29\)](#)

En materia de recursos administrativos, el silencio se produce de manera automática luego de transcurridos ciertos plazos (treinta días en los casos de recursos de reconsideración, jerárquico y de alzada, según se establece en los arts. 86, 87, 91 y 98 del RLNPA), sin que sea necesaria la presentación de un pronto despacho, que de todas formas, tratándose de una denuncia de mora puede, vencidos los plazos, realizar el administrado.

Si bien en el ámbito de los recursos administrativos la Administración tiene plazos especiales para resolver, la normativa reglamentaria no exige la presentación de un pronto despacho para que se configure el silencio. El administrado, una vez transcurridos estos plazos, podrá continuar el trámite administrativo (en caso de que no haya agotado aún la vía administrativa) o podrá iniciar la acción judicial, sin que se le aplique en este caso el plazo de caducidad de 90 días hábiles judiciales del art. 25 de la LNPA, dado que este plazo, que importa una verdadera carga para el administrado, se encuentra previsto, en principio, para supuestos de resolución expresa de las peticiones de los particulares. [\(30\)](#)

En el caso específico del reclamo administrativo previo previsto en el art. 30 y ss. de la LNPA, el pronunciamiento respecto del reclamo deberá efectuarse dentro de los 90 días de formulado. Vencido ese término, el interesado puede requerir pronto despacho y si transcurrieren otros 45 días, podrá iniciar la demanda. [\(31\)](#)

En la redacción original del artículo 31 de la LNPA, frente al silencio de la Administración, la demanda judicial podía iniciarse en cualquier momento, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 26 antes comentado. Esta solución era razonable pues, como hemos dicho, la denegatoria por silencio no puede generar plazos de caducidad para el administrado, en la medida que el silencio debe operar siempre a favor del particular, que ve vulnerado su derecho a obtener una decisión fundada. Lamentablemente, en el año 2000 se promulgó la Ley de Emergencia Económica Financiera 25.344, que modificó el instituto del reclamo administrativo previo, estableciendo el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA para acudir a la justicia una vez configurado el silencio, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.

No obstante que a nuestro criterio la aplicación de un plazo de caducidad a la decisión que resuelve un reclamo administrativo es inconstitucional, toda vez que el derecho del particular no se modifica con la decisión que resuelve el reclamo y, en tal entendimiento, ese mero pronunciamiento administrativo no innova la situación jurídica del particular, y desaparece el fundamento de seguridad jurídica que justificaría la existencia de un plazo de caducidad, [\(32\)](#) la aplicación de dicho plazo a la ausencia de decisión de un reclamo administrativo previo es francamente inconstitucional, y no encuentra siquiera una razón relativa que la pueda sostener. La aplicación de un plazo de caducidad en ese escenario constituye un grave entorpecimiento al ejercicio de los derechos de los administrados, que atenta contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, agravado por configurarse en el marco de una violación clara del deber constitucional de resolver las peticiones que tiene la

Administración. Como lo ha sostenido la Corte Suprema, el silencio debe favorecer al particular, y no es razonable que se premie la actitud negligente de la Administración haciendo jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo. (33)

Por su parte, en el año 2006 la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido, in re “Palacios”, que “ante la configuración del silencio administrativo frente a la reclamación efectuada por un particular no resulta aplicable — a efectos de la admisibilidad de la demanda— el plazo de caducidad establecido en el artículo 25 de la ley 19.549”. (34) La arbitrariedad de la solución incorporada por la Ley 25.344 ha merecido la desaprobación de gran parte de la doctrina, que la considera inconstitucional. (35) Incluso, varios autores han sostenido que la redacción del art. 31 de la LNPA es confusa y contradictoria, y vulnera otros preceptos de la propia ley, razón por la cual cabría desestimar la aplicación del plazo de caducidad al silencio de la Administración ante un reclamo administrativo previo.

En esa inteligencia, Cassagne y Perrino sostienen que la duda se presenta habida cuenta que el nuevo art. 31 dispone que una vez configurado el silencio, el administrado “podrá” iniciar la demanda judicial, respetando los plazos de caducidad del art. 25 de dicha ley, “sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción”. Para esta corriente doctrinaria, la utilización del verbo “podrá”, y la referencia a plazos de prescripción hacen inviable la aplicación de un plazo de caducidad. Es que esta última alusión sería contradictoria porque nunca los plazos de prescripción del Código Civil resultan inferiores al plazo de caducidad de 90 días hábiles judiciales. (36) En apoyo de lo dicho señalan que no se ha modificado el art. 26 de la LNPA, que establece que configurado el silencio del art. 10 la demanda podrá iniciarse en cualquier plazo. Al respecto, los autores argumentan que es irrazonable otorgarle diferentes alcances al silencio administrativo, en uno u otro caso, y que el plazo de caducidad sólo se encuentra instituido en la ley para imponerse frente a decisiones expresas de la Administración, conforme da cuenta el art. 25, que tampoco ha sido modificado por la reforma. (37) Por otra parte, se ha señalado que la redacción es tan confusa que incluso una lectura literal de la misma permite advertir que el plazo de caducidad sólo se aplica frente al silencio de la Administración y no frente a una decisión expresa que resuelva el reclamo administrativo previo. (38)

Dado que tal solución importaría una incongruencia manifiesta, que no puede inferirse del legislador, es necesaria una interpretación que compatibilice la reforma con el principio general del derecho de la tutela judicial efectiva y el debido proceso adjetivo. En ese camino, algunos autores proponen una interpretación, in dubio pro actione, por la cual se estima que el plazo de caducidad sólo es aplicable frente a la resolución expresa del reclamo administrativo previo. (39)

Para otros autores, en cambio, la ley no permite que se aplique el plazo de caducidad a la decisión expresa del reclamo administrativo previo. En este sentido, Buján sostiene que “la ley 25.344 no establece el plazo de caducidad para impugnar el acto administrativo expreso que deniega el reclamo, y no resulta razonable así interpretarlo para salvar su inconstitucionalidad”. (40)

Sin restarle mérito al esfuerzo interpretativo que varios autores tuvieron que realizar para intentar encauzar la reforma de la ley 24.344 en un marco de legalidad, que recepte los principios generales del derecho, los derechos y garantías constitucionales, y la propia entelequia de la LNPA, en nuestra opinión el plazo de caducidad no se debe aplicar en ningún supuesto de silencio de la Administración, ni tampoco en el caso de una decisión expresa en la vía reclamatoria.

En el primer caso, porque su aplicación es inconstitucional, por violación al principio del debido proceso adjetivo, que demanda una decisión fundada, cuyo incumplimiento en modo alguno puede generar una prerrogativa para la Administración. En el segundo supuesto, porque además de no preverlo la normativa, también sería inconstitucional en la medida que, como hemos dicho, ese mero pronunciamiento administrativo no innova la situación jurídica del particular, y desaparece el fundamento de seguridad jurídica que justificaría la existencia de un plazo de caducidad. (41)

Somos concientes que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la más delicada de las funciones encomendadas a los jueces y un acto de suma gravedad que debe considerarse la ultima ratio del orden jurídico, debiendo estarse en la duda por su constitucionalidad. Sin embargo, debe acudirse a dicha declaración cuando, como en los dos casos analizados, no existe posibilidad de una solución adecuada del asunto, y la aplicación de la ley conduce a una irrazonabilidad evidente. (42)

En materia de prueba, sin perjuicio de los informes y dictámenes cuyo requerimiento fuere obligatorio, y de la prueba que requiera el particular, la Administración podrá requerir, mediante resolución fundada, otros dictámenes u informes que estime necesarios para el establecimiento de la verdad jurídica objetiva. El plazo máximo para evacuar dichas medidas probatorias es de veinte días, en caso de que fueren técnicas, y se podrá prorrogar. Para el supuesto de los informes administrativos no técnicos el plazo máximo es de diez días. (43)

Es importante destacar que los plazos para resolver los recursos comienzan, si se produjo prueba, desde la

presentación del alegato, (44) y si en dicho expediente no se alegó, desde el vencimiento del plazo para hacerlo. (45) No creemos que este tratamiento sea aplicable al reclamo administrativo previo, donde los plazos son bastante más amplios, y donde se encuentra previsto su prorrogabilidad por un plazo expresamente determinado, debiendo para ello fundarse su necesidad. En todo caso, si la prueba que se produce en el marco del reclamo administrativo es de interés del administrado, éste no urgirá el pronto despacho.

b) La queja

Otra técnica para contrarrestar la inactividad de la administración es la queja por defectos de tramitación e incumplimiento de plazos, en todos los trámites que no fueren recursivos.

El art. 71 del RLNPA establece 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 fuere necesario. En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya producido y la resolución será irrecurrible” .

Se trata de un reclamo, y no de un recurso, (46) toda vez que carece de plazo para su interposición y no está dirigido a impugnar actos administrativos. (47)

La queja persigue entre sus finalidades, la celeridad, eficiencia y economía del proceso, tendiente a obtener una decisión fundada, en el marco del debido proceso adjetivo. Los defectos de tramitación necesariamente demoran el expediente administrativo, y deben ser inmediatamente corregidos. El incumplimiento de plazos, por su parte, representa el problema concreto de la inactividad de la administración, que este reclamo busca impedir. Esta vía será procedente tanto para el caso de que exista un plazo determinado, como para el supuesto en que no se hayan fijado plazos, en la medida que ante la inexistencia de plazos especiales, éstos serán de diez días, conforme lo establece el art. 1º, inc. e), ap. 4 de la LNPA.

La queja que contempla el RLNPA no es aplicable al caso de incumplimientos de los plazos para resolver los recursos. La razón de esta exclusión parece provenir del hecho de que en materia de recursos administrativos, el silencio se produce, como hemos visto, de manera automática luego de transcurridos ciertos plazos, sin que sea necesaria la presentación de un pronto despacho, y el administrado se encontrará habilitado para acudir a sede judicial. (48) Sin embargo, nos parece que este argumento no repara en la finalidad de la queja, como técnica para contrarrestar la inactividad de la Administración, y como garantía para el ejercicio del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades y de obtener una decisión fundada.

Por ejemplo, en materia recursiva, el administrado puede pretender una decisión del órgano que dictó dicho acto, o sea, su reconsideración. Y si bien el recurso jerárquico va implícito, frente a la ausencia de una resolución expresa del recurso de reconsideración, el particular tiene la opción de pedir su elevación. Por tal motivo, está en su derecho, aún luego de transcurrido el plazo, obtener una decisión fundada. Lamentablemente, la reglamentación de la LNPA no permite en esta materia que el particular acuda en queja al superior a los fines de que el órgano inferior decida. Ello no impedirá que el administrado pueda presentar pedidos de resolución, a modo de pronto despacho, pero sin el efecto de generar plazo nuevo alguno. La administración se encuentra en falta, en materia recursiva, por el mero transcurso de los plazos fijados para cada recurso. No vemos el sentido de excluir en este punto la queja. (49)

Con el fin de procurarle a la queja algún resultado concreto y eficaz, el artículo 72 del RLNPA dispone que el funcionario a cargo directo del procedimiento será responsable si se observa un incumplimiento injustificado de los trámites y plazos. En ese caso, el superior deberá estimar la queja e iniciar las actuaciones tendientes a aplicarle la sanción a ese agente. La queja pone en descubierto la inactividad del órgano inferior frente a su superior jerárquico inmediato. El problema se presenta, sin embargo, en el supuesto de que el superior jerárquico no resuelva la queja. En ese caso el administrado tendría que presentar otra queja, ante el superior de aquel superior a quien se acudió en queja. (50)

c) El amparo por mora

La única acción judicial prevista en la LNPA es el amparo por mora. En efecto, en el artículo 28 de dicha norma se establece que “ El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo

hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes” .

Se trata de una orden judicial de pronto despacho, (51) cuya finalidad principal es el respecto a la garantía constitucional de defensa, y su principio inherente, esto es, el debido proceso adjetivo. Como hemos desarrollado al comienzo de este trabajo, el debido proceso adjetivo se integra por el derecho a ser oído, que encuentra su raíz constitucional también en el derecho a peticionar antes las autoridades públicas, el derecho a ofrecer y producir prueba, y el derecho a obtener una decisión fundada.

El amparo por mora persigue simplemente que la Administración cumpla con su deber de resolver, y no está orientado a decidir judicialmente el fondo del asunto. Así como el administrado tiene a su alcance ciertas técnicas administrativas en el marco del procedimiento para evitar la inercia de la Administración, como la queja o la posibilidad de interponer pronto despachos, el amparo por mora es una petición jurisdiccional que se impone como el más eficaz de los instrumentos que tiene el particular si quiere obtener una decisión del órgano público, y es procedente, conforme lo establece el propio artículo 28 de la LNPA, frente a la mora en la emisión de cualquier acto de la administración, sea que se trate de la resolución de fondo, una resolución interlocutoria, un dictamen o una resolución de mero trámite.

En tal sentido, vencido el plazo fijado para resolver, la administración se encuentra en mora. (52) En efecto, Budassi estima que estamos “ ante un particular caso de mora automática porque el sólo transcurso del plazo, sin necesidad de interpelación alguna, habilita la interposición del amparo del art. 28 LNPA” . (53)

En la demanda de amparo por mora el particular deberá acreditar que es parte en un expediente en el cual la autoridad administrativa dejó vencer los plazos legales. (54) Para ello, el administrado deberá relatar sucintamente el objeto de su petición a la Administración, explicando, si pudiere, en qué estado del trámite se encuentra el expediente y qué tipo de actuación deberá realizar la Administración, individualizando el órgano administrativo que se encuentra en mora. A tal fin, deberá indicar las normas de procedimiento que no se han respetado. (55)

El juez competente que estimare pertinente la demanda de amparo deberá necesariamente requerir a la autoridad administrativa que, en el plazo que le fije, informe las causas de la demora aducida por el particular. Recibido el informe, o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, el juez deberá expedirse sobre la procedencia del amparo por mora.

La sentencia podrá hacer lugar, o no, al amparo presentado por el administrado. Si la mora subsiste, deberá hacer lugar a la acción y ordenar a la Administración que despache las actuaciones en un plazo prudencial que a esos efectos fije, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del trámite pendiente.

Conforme lo dispuesto en el artículo 29 de la LNPA, la desobediencia a la orden judicial de pronto despacho torna aplicable la sanción dispuesta en el artículo 17 del Decreto 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587), que establece simplemente que se comunicará la situación de mora del órgano condenado a su autoridad superior, con el objeto de que sea sancionado disciplinariamente. (56)

V. Relación entre el silencio, la queja y el amparo por mora

El silencio administrativo, la queja y el amparo por mora son herramientas que el administrado tiene a su alcance para contrarrestar la inactividad formal de la Administración. El silencio, a su vez, le permitirá al particular acudir luego a sede judicial para reclamar su derecho sustancial.

Se ha discutido la relación entre el silencio y el amparo por mora. Varios autores, como BARRA y CREO BAY, sostienen que interpuesto el pronto despacho apto para configurar el silencio, el administrado no puede presentar una acción judicial de amparo por mora, en la medida que elegida una vía no es posible luego intentar la alternativa. (57)

Por su parte, LUQUI adopta un criterio más estricto, y afirma que es ilógico que el administrado que tiene a su alcance la posibilidad de considerar al silencio como denegatoria tácita de su petición, recurra a un superior jerárquico o promueva la acción de amparo. Su fundamento es que “ al existir medios de impugnación que resguardan verdaderamente los derechos o intereses de los administrados, carece de sentido que se emplee otro limitado sólo a instar la actividad de la Administración, cualquiera sea lo que ésta resuelva” . (58)

Estas posiciones doctrinarias parten de la base de considerar que la queja y el amparo por mora son las herramientas para obtener un pronunciamiento expreso de la Administración, mientras que la técnica del pronto despacho sólo persigue configurar la ficción del silencio al efecto de poder habilitar la instancia judicial.

Es cierto que el silencio posibilita acceder a la justicia, y que su configuración tiene sentido desde la óptica del proceso judicial. También es cierto que, frente a la inactividad formal de la Administración, el silencio es la solución al esquema de agotamiento de la vía administrativa consagrado en la LNPA. Sin embargo, si el particular

presenta un pronto despacho, y transcurren los plazos necesarios para conformar el silencio, la obligación de la Administración de responder la petición del particular, y el derecho de éste a obtener una decisión fundada, no se agotan por la circunstancia de que el administrado pueda acceder a la justicia a reclamar su derecho sustancial. En tal entendimiento, Muñoz señala que “ el amparo por mora no es incompatible con la figura del silencio, pues en nuestro país no existen silencios legítimos. La confusión proviene de considerar al silencio como un acto administrativo: como una forma de concluir el procedimiento administrativo” . (59)

En igual sentido, Hutchinson disiente con la postura de Creo Bay, al señalar que no le parece que al presentar un pedido de pronto despacho, el interesado se encamine a configurar el silencio, y que “ el pedido de pronto despacho no necesariamente lleva al silencio si el particular no decide optar por él una vez transcurrido el plazo posterior al pronto despacho sin que la Administración haya resuelto. Pero, hasta que haya vencido el plazo para resolver luego de la presentación del pronto despacho o aun después de vencido éste, el interesado puede no optar por el silencio y seguir esperando la decisión. Es decir puede no configurarse el silencio porque el interesado no quiso esa solución” . (60)

Perrino destaca que el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, con buen criterio, dispone en forma expresa que la configuración del estado silencial de la Administración no impide la utilización del amparo por mora. Para el autor, “ la solución es la adecuada, porque se trata de dos remedios diferentes que persiguen finalidades distintas y funcionan en forma independiente” . (61) No puede presuponerse que presentado un pronto despacho, la Administración pueda válidamente omitir decidir la cuestión planteada. El derecho del particular a obtener una decisión fundada, de raigambre constitucional, no se esfuma por haber optado por presentar un pronto despacho. Es más, el derecho del administrado debe adquirir una mayor protección en la medida que está demostrando una actitud pro activa de cara a alcanzar una respuesta del ente estatal. En definitiva, ¿qué es el pronto despacho? Es un pedido de resolución ante el mismo organismo que debe decidir. Que luego configure el silencio es una consecuencia que el ordenamiento le da, a los efectos de permitir que el particular pueda acudir a la justicia a reclamar el contenido sustancial de su derecho. Pero, como ya hemos dicho, la ficción del silencio debe siempre obrar a favor del administrado y, por ende, jamás el silencio podría suprimir la garantía del debido proceso adjetivo, que consagra el derecho a una decisión fundada. (62) Tampoco podría, como señala BUDASSI, eximirse a la Administración de contestar una petición, dado que el derecho de peticionar ante las autoridades se combina, además, con toda la estructura del procedimiento administrativo, que incluye la impulsión de oficio de las actuaciones, la celeridad y eficacia en los trámites, la obligatoriedad de los plazos, el derecho al debido proceso adjetivo, la obligatoriedad del ejercicio de la competencia y la obligación de dictar un acto con indicación de causa y objeto, motivado y por escrito. (63)

Ivanega, luego de analizar los distintos criterios, se inclina por esta posición, “ al entender que frente a una obligación incumplida por parte de la Administración (en el caso la de decidir, conforme a Derecho, las peticiones) el administrado no puede verse restringido a elegir, excluyentemente, entre una u otra vía, teniendo en cuenta que se ve compelido a recurrir a mecanismos legales, para exigir una conducta que obligatoriamente era debida por aquella” . (64)

Linares, por su parte, postula un orden cronológico entre el pronto despacho y el amparo por mora, entendiendo que el amparo por mora es un instrumento para obtener decisiones o cuando la Administración excede el plazo para la denegatoria del silencio. (65) Si bien coincidimos con este gran maestro en que las dos vías no son excluyentes, y que el silencio no libera a la Administración de su obligación de decidir, no vemos razones para anteponer necesariamente la configuración del silencio a la promoción de una acción de amparo por mora.

En la jurisprudencia se suscitó una fuerte polémica a partir del famoso precedente “ Dinet” , del año 1974. (66) La sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo en ese fallo que la Administración podía guardar silencio frente a un reclamo administrativo previo, y esa inactividad formal no hacía más que encuadrarse en los artículos 30 y 31 de la LNPA, razón por la cual su conducta no se enmarcaba en los supuestos contemplados por el artículo 28 de la LNPA. Se imponía, así, un criterio por el cual la Administración tenía derecho a no responder a los reclamos de los particulares, y a éstos sólo les quedaba reclamar judicialmente la cuestión de fondo.

El criterio cambió, dos años y medio después, con motivo del fallo que emitió la Sala II de ese mismo fuero, en la conocida causa “ Goldberg” , (67) donde el Tribunal afirmó que era obligación de la Administración resolver las cuestiones planteadas por los administrados, y en ese entendimiento, el silencio es siempre una ficción legal acordada a favor de aquéllos.

También se ha escrito mucho sobre la relación de la queja y el amparo por mora. Veamos. Según Fiorini y Sagiúés, la queja debe promoverse antes que el amparo por mora, tratándose de un requisito obligatorio para la procedencia de la promoción de esta acción judicial. (68) Para Creo Bay, en cambio, “ de la letra del artículo 28 no surge ningún condicionamiento referido al previo agotamiento de otras vías o remedios administrativos o judiciales, como expresamente lo hace la ley de amparo 16.986” . (69) Sin embargo, este autor entiende que no

deben interponerse ambos al mismo tiempo, una en sede administrativa, otro en sede judicial, por lo que de haberse interpuesto la queja, recién una vez resuelta podrá ocurrirse en amparo por mora. (70) Asimismo, en una opinión que también comparte Barra, siempre se puede desistir de una vía para utilizar la otra, cualquiera fuere el orden. (71) A su vez, Hutchinson, quien comparte en este aspecto el criterio de Creo Bay, entiende que hasta sería una conducta de mala fe intentar simultáneamente ambos procedimientos destinados a un mismo fin. (72)

En cambio, Gordillo explica que nada impide articular simultáneamente la queja en sede administrativa y el amparo por mora en sede judicial. Entre las varias circunstancias que manifiesta, el autor apunta que “ el amparo por mora no tiene efecto suspensivo del deber de la administración de seguir impulsando de oficio y resolviendo las actuaciones, y mal podría la propia administración argumentar que no resuelve la queja interpuesta ante ella porque el particular ya ha buscado satisfacción a su derecho ante la justicia” . (73)

En una postura que compartimos, Comadira y Monti expresan que “ las alternativas no se deben considerar excluyentes, de modo que si se opta por el silencio (art. 10) requiriendo un pronto despacho, nada impide que, después, se acuda a la queja o al amparo por mora; o que si se elige la queja se emplee, luego, el silencio o el amparo por mora y si se acude a éste, inicialmente, se utilice, con posterioridad, la queja o el silencio” . (74)

Tanto la mayor parte de la doctrina, como la jurisprudencia, entienden que el silencio, la queja y el amparo por mora no son excluyentes entre sí. La posición que estima al silencio como excluyente de la queja y el amparo por mora se encuentra en minoría, y se acepta, claro está, la interposición del pronto despacho y del amparo por mora en forma simultánea. Hay, sin embargo, algunas diferencias con relación a la articulación de la queja y el amparo por mora. En nuestra opinión, no sólo la queja en modo alguno puede considerarse un requisito previo para la promoción de un amparo por mora, sino que incluso pueden interponerse simultáneamente. En rigor, consideramos que las tres herramientas comentadas pueden interponerse al mismo tiempo. No vemos mayores inconvenientes (75) y, en cambio, vemos un resultado positivo: que el particular pueda agotar todos los instrumentos que tenga a su alcance para evitar que la Administración permanezca inactiva, ajena al mandato constitucional de resolver las peticiones de los particulares.

(1) Artículo 1, inciso f, Ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752)

(2) CNCAF, sala I, in re “ Confederación Odontológica de la República Argentina c. Estado Nacional” , de fecha 23/11/89, DJ, 1990-2-616.

(3) Art. 7, incisos b y e, de la LNPA.

(4) COVIELLO, Pedro. El Debido Procedimiento Adjetivo y el Procedimiento Administrativo, en AAVV, Cuestiones de Procedimiento Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 608.

(5) FIORINI, Bartolomé, Derecho Administrativo, 2ed actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 457.

(6) HUTCHINSON, Tomás. La inactividad de la Administración y su control, en AAVV, Control de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 160; Cfr. MUÑOZ, Guillermo, Inmunidad del Poder: la inactividad administrativa, LA LEY, 1990-B, 891.

(7) SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, La teoría general del Derecho administrativo como sistema, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 413. Si bien el autor se refiere a la Unión Europea, su proyección a los sistemas democráticos de América Latina es fácil de advertir.(8v Art. 5 del RLNPA.

(9) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009, p. 267.

(10) El artículo 1, inciso e, apartado 1, de la LNPA, establece que los plazos “ serán obligatorios para los interesados y para la Administración” , y en el apartado 4 sostiene que “ cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquél será de diez días” .

(11) No dejamos de advertir que el art. 72 del RNLPA prescribe que “ el incumplimiento injustificado de los trámites y plazos previstos por la ley de procedimientos administrativos y por este reglamento, genera responsabilidad imputable a los agentes a cargo directo del procedimiento o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección, fiscalización o cumplimiento; en cuyo caso y cuando se estime la queja del artículo anterior o cuando ésta no sea resuelta en término el superior jerárquico respectivo deberá iniciar las actuaciones tendientes a aplicar la sanción al responsable” , pero no se nos escapa que esta responsabilidad disciplinaria en la práctica es casi inexistente, por no decir del todo.

(12) Gordillo advierte que “ el arma más fuerte que tiene la administración contra el administrado en el procedimiento administrativo es la demora y la inercia: frente a las urgencias empresariales o privadas, el lento

pero inexorable transcurso del tiempo sin que se produzcan los necesarios pasos o etapas del procedimiento hacia una resolución final, produce un efecto profundamente lesivo al derecho del administrado, para el cual no hay solución alguna verdaderamente efectiva”, en GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, t. 4.2, Ediciones Macchi, p. XIV-5, Buenos Aires, 1982

(13) Cfr. HALPERIN, David, La acción de amparo por mora de la Administración, en AA.VV., CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho Procesal Administrativo, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1648.

(14) Cfr. art. 1, inc. e), apartados 1 y 5 de la LNPA.

(15) Ver art. 1, inc. e), apartado 8 de la LNPA.

(16) Señala Tawil que “ el principio de verdad material o verdad jurídica objetiva “ presupone que corresponde a los entes u órganos estatales llamados a resolver en el proceso la carga de verificar la efectiva existencia de los hechos (la quaestio facti) y el derecho en cuestión (la quaestio iuris)” , en TAWIL, Guido, El principio de verdad material en el procedimiento administrativo, AA.VV., “ Procedimiento administrativo, TAWIL, Guido (director), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 117.

(17) Cfr. art. 1, inc. c) de la LNPA, que establece la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente. Comadira y Monti destacan, con acierto, que “ parecen más adecuados los términos formalismo moderado o debilitamiento de la preclusión como denominaciones de un principio que no puede significar la existencia de un procedimiento “ sin formas” aun cuando esa ausencia pretenda aplicarse sólo en beneficio de los particulares” , en COMADIRA, Julio - MONTI, Laura, Procedimientos Administrativos, t. I., La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2003, p. 58. (18) Aguilar Valdez sostiene, por ejemplo, que “ en el efecto expansivo sobre el acceso a sede judicial del vencimiento de un fugaz plazo administrativo es en donde aparece el principal quicio constitucional que afecta al régimen del agotamiento tal como el mismo está estructurado en la LNPA. El plazo de interposición del recurso administrativo se transforma, así, en un plazo aniquilador de derechos no sólo adjetivos sino ya materiales” , en AGUILAR VALDEZ, Oscar, El agotamiento de la vía administrativa, en AA.VV., Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Cassagne, Juan Carlos, (dir.), t. I, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2007, p. 649.

(19) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, en La inactividad de la Administración y su control, en AAVV, Control de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 174.

(20) Cfr. Ley 25.164, artículo 23, incisos b, c y d (Adla, LIX-E, 5252).

(21) Un ejemplo de una normativa que establece expresamente el silencio positivo se encuentra en los artículos 12 y 14 de la ley 25.516 de Defensa de la Competencia (Adla, LXII-A, 20), que contempla la autorización tácita del Tribunal de Defensa de la Competencia en caso de que dicho órgano no se expida dentro del término de 45 días de presentada la solicitud para autorizar la operación de fusiones entre empresas, transferencias de fondos de comercio o la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma, etc.

(22) BUDASSI, Iván, Amparo por mora, en Cassagne, Juan Carlos, (dir.) AA.VV., Tratado de Derecho Procesal Administrativo, t. II, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2007, p. 418.

(23) Art. 10, in fine, de la LNPA.

(24) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Sobre silencio administrativo y recurso contencioso, RAP, N° 47, 1965, pp. 211/212.

(25) Cfr. LINARES, Juan Francisco, El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549, LA LEY, 1980-C, 768, p. 770; GARRIDO FALLA, La llamada doctrina del silencio administrativo, RAP, N° 16, España, p. 86; GONZALEZ PÉREZ, Jesús, Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos, Madrid, 1977, p. 555; CASSAGNE Juan Carlos sostiene que “ tratándose de una presunción o ficción legal, es evidente que el silencio no configura un acto administrativo ya que le faltan todos los requisitos propios del acto administrativo (voluntad, formas previas, motivación, etc.), en Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009, p. 269; Para HUTCHINSON, Tomás, el silencio “ es una ficción, no una presunción — por lo menos en la figura voluntaria del silencio— porque parte de un hecho cierto: la inactividad de la Administración que no cumple el deber que tiene de resolver y porque afirma como verdad jurídica algo que no es verdad en la realidad (afirma algo que es contra veritatem). Se finge que la resolución se ha dictado” , en La inactividad de la Administración y su control, en AAVV, Control de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 169; En contra, MARIENHOFF, Miguel, quien sostiene que “ cuando la norma le atribuye un sentido o significado al silencio equivale a la respectiva manifestación tácita de voluntad, porque en tal supuesto la autoridad que calla

sabe con anticipación cuál es el significado que el derecho le asigna a su comportamiento (...) No se trata, pues, de una ficción de la norma, sino de una presunción aceptada por ésta, basada generalmente en datos de experiencia (...) integra lo que ha dado en llamarse teoría o doctrina del silencio. La razón de ser de esta teoría o doctrina obedece a la necesidad de que los derechos de los administrados no quedasen fuera de la protección jurisdiccional de la justicia y no se les crease una situación de indefensión, lo que fatalmente ocurriría si la Administración Pública en lugar de resolver las peticiones de los particulares guardase silencio, pues entonces, no habiendo acto administrativo, los administrados no podrían impugnar lo que no existe y sus pretensiones quedarían de hecho desconocidas y sus derechos frustrados” en Tratado de Derecho Administrativo, t. II, 4ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 323.

(26) Véase MUÑOZ, Guillermo, Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 77.

(27) Cfr. HALPERIN, David, La acción de amparo por mora de la Administración, en AA.VV., CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho Procesal Administrativo, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1649.

(28) Como señala HUTCHINSON, Tomás, “ la norma emplea una terminología equívoca; considera al silencio de la Administración como un acto presunto, cuando en realidad (...) es un hecho al que la norma le otorga una consecuencia jurídica: el carácter denegatorio” , en Régimen de Procedimientos Administrativos” , 6ed. Actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 177. Esa consideración equívoca del silencio hizo necesario que en dicho artículo se dispusiera la salvedad de los plazos de prescripción. Sin embargo, este plazo debe entenderse suspendido, dado que conforme el silencio es una ficción legal que juega a favor del administrado y no un acto tácito o un modo anormal de terminación del proceso, el procedimiento administrativo no se extingue y, por ende, como establece el art. 1, inc. E, ap. 9, de la LNPA, “ las actuaciones administrativas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción” . Sin perjuicio de ello, este autor también reconoce que “ en algunos casos, ante la omisión de resolver la Administración se configura el silencio aún contra la voluntad de particular, quien no puede seguir esperando a que aquélla cumpla con su obligación de resolver, sino que debe actuar como si el acto negatorio se hubiera en realidad producido. Más que ante una ficción legal, nos encontramos aquí con un acto tácito o presunto” , en op. cit. p. 182.

(29) Cfr. GRECCO, Carlos, Sobre el silencio de la Administración, en Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 270.

(30) El artículo 25 prevé que también se aplique el plazo de caducidad de 90 días hábiles judiciales en los supuestos de vías de hecho o hechos administrativos, desde que estos fueren conocidos por el afectado.

(31) A su vez, en el art. 31, in fine, de la LNPA, se estatuye que “ el Poder Ejecutivo a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundamentamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de 120 días y 60 respectivamente” .

(32) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009, p. 477. En contra, COMADIRA, Julio - MONTI, Laura, Procedimientos Administrativos, t. I, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2003, p. 512.

(33) CSJN, Fallos 316:2477.

(34) CNCAF, Sala IV, in re “ Palacios Héctor Julio c. EN” , de fecha 5-10-06.

(35) Muchos autores que han estudiado la reforma introducida por la Ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547) sostienen que la aplicación de un plazo de caducidad al silencio frente a un reclamo administrativo previo es inconstitucional. Entre otros, CASSAGNE, Juan Carlos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009, p. 478; MAIRAL, Héctor A. en La reforma de la ley 25.344 y las garantías del Administrado, reportaje publicado en LA LEY Actualidad del 15 y 20/11/2001.; BIANCHI, Alberto, en “ La reforma...” La Ley, Report. cit.; HALPERIN, David - CANOSA, Armando - MARTORELLO, Beatriz, en Emergencia Económica, Buenos Aires, Errepar, 2001, p. 91; BUJÁN, Néstor, Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.34” , Revista de Derecho Público, n° 2003-2, p. 81. Otros autores, en cambio, si bien reprueban esta solución, no consideran que ella sea inconstitucional. Ver MONTI, Laura, en “ La reforma...” La Ley, Report. cit., quien entiende que el legislador puede establecer un efecto para el silencio como se ha instituido en el nuevo art. 31 de la LNPA; SISELES y VINCENTI defienden la aplicación del plazo de caducidad, en la medida que entienden que el administrado tiene la facultad — no obligación— de presentar el pronto despacho y acudir luego, en su caso, a la vía judicial. Cfr. SISELES, Osvaldo - VINCENTI, Rogelio, La Ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo, La Ley, del 30/10/2001.

(36) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo, en “ La reforma...” . La Ley, Report. cit. Para estos autores, los plazos de prescripción se reinician de cero una vez terminado el procedimiento administrativo. Si bien la LNPA se refiere a la suspensión de la prescripción mientras tramita el expediente, para CASSAGNE, por ejemplo, suspensión e interrupción en los términos de la ley quieren decir lo mismo, toda vez que la referencia invocada en el art. 1, inc. e), apart. 9 de la LNPA al reinicio del plazo de prescripción es inequívoca. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009, p. 109.

(37) Para BIANCHI, MONTI, MAIRAL y HUTCHINSON, en cambio, el art. 31 es claro al instaurar el plazo de caducidad una vez configurado el silencio en los términos del reclamo administrativo previo. Cfr. BIANCHI, Alberto - MONTI, Laura - MAIRAL, Héctor - HUTCHINSON, Tomás, en “ La reforma...” La Ley, Report. cit. En igual sentido, ver BUJÁN, Néstor, Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.344, Revista de Derecho Público, n° 2003-2, p. 77.

(38) PERRINO, Pablo, El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, Revista de Derecho Público, 2003 - I, “ Proceso Administrativo I” , Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

(39) Cfr. PERRINO, Pablo, op. cit.; USLENGHI, Alejandro, en Algunas consideraciones en torno a la reforma del proceso administrativo, Revista de Derecho Público, n° 2003-2, p. 29; POZO GOWLAND, Héctor, “ Cambios en el Contencioso Administrativo Federal. El reclamo administrativo” , EDA 2000-556; DIEZ, Horacio, “ El plazo de caducidad para demandar al Estado, en AA.VV., Control de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 247. Para otros autores, en cambio, después de la reforma introducida por la ley 25.344 corresponde aplicar también el plazo de caducidad — además de al silencio— a la decisión expresa sobre el reclamo administrativo previo. Así, COMADIRA y MONTI, con citas de CRIVELLI y CANOSA, sostienen que sería irrazonable exigir el plazo de caducidad en los casos de denegación tácita y no en los de resolución expresa, y que no existen motivos para excluir la decisión expresa del reclamo administrativo previo del plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA. Cfr. COMADIRA, Julio - MONTI, Laura, Procedimientos Administrativos, t. I., La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2003, p. 512. (40) BUJÁN, Néstor, Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.344, Revista de Derecho Público, n° 2003-2, p. 85.

(41) Luego de ser aprobado por el Senado de la Nación en el mes de abril de 2010, se encuentra a estudio de la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley, presentado por el Senador Nacional Juan A. Pérez Alsina, por medio del cual se propicia modificar el artículo 31 de la LNPA, a los fines de establecer que el silencio en el reclamo administrativo previo en modo alguno genere plazos de caducidad para demandar al estado.

(42) Ver Fallos: 323:2409; 325:645, 1922; 327:1899, 5147, 5723; 328:1416, 1491; entre muchos otros.

(43) Cfr. art. 48 del RLNPA.

(44) Esta posibilidad no es aplicable a los trámites necesarios (dictámenes, como ser el proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico), que tendrán que producirse en el plazo fijado para resolver el recurso desde la recepción de las actuaciones por la autoridad competente para decidir. Cfr. HUTCHINSON, Tomás, Régimen de procedimientos administrativo, 6ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 371.

(45) Cfr. artículo 91 del RLNPA. Ver también HUTCHINSON Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, 6ª Actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 371.

(46) Para Marienhoff, “ el recurso administrativo es un medio de impugnar la decisión de una autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o extinción” , en MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, 5ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 693.

(47) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, Régimen de procedimientos administrativo, 6ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 338. Para CANOSA, en cambio, no es ni un recurso ni un reclamo, sino únicamente una vía administrativa. Este autor sostiene que “ rechazamos también la posibilidad de que se trate de una reclamación, instituto reservado para otras circunstancias dentro del procedimiento administrativo. La queja simplemente reviste la calidad de una vía administrativa, distinta a la del recurso administrativo, dado que se está juzgando una conducta y no enjuiciando un acto” , en CANOSA, Armando, Procedimiento administrativo: Recursos y Reclamos, Abeledo Perrot, Prov. de Buenos Aires, 2008, p. 494. Consideramos que a ambos autores sólo los separa en este punto una distinción meramente terminológica.

(48) Cfr. CANOSA, Armando, Procedimiento administrativo: Recursos y Reclamos, Abeledo Perrot, Prov. de Buenos Aires, 2008, p. 494.

(49) En igual sentido, GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 3ª ed., t. 4.2, Ediciones Macchi, p. XIV-5, Buenos Aires, 1982.

(50) Cfr. CREO BAY, Horacio, La morosidad administrativa y las técnicas para su control, en AAVV, “Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff”, Director Cassagne Juan Carlos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 607.

(51) Cfr. DIEZ, Manuel María, Derecho Procesal Administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 363.

(52) Cfr. BARRA, Rodolfo, El amparo por mora de la Administración, en Estudios de derecho administrativo, Cooperadora, Buenos Aires, 1975, pp. 9 y 13.

(53) BUDASSI, Iván, Amparo por mora, en Cassagne, Juan Carlos, (dir.) AA.VV., Tratado de Derecho Procesal Administrativo, t. II, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2007, p. 447.

(54) Esta presentación inicial debe realizarse con las formalidades y requisitos de toda presentación de demanda, conforme lo establecen los arts. 330 y siguientes del CPCCN, o los arts. 6 y 7 de la Ley 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491).

(55) Véase BARRA, Rodolfo, El amparo por mora de la Administración, ED, p. 802.

(56) El artículo 17 del Decreto-Ley 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587), por medio del cual se reorganiza la Justicia Nacional, dispone que “ Toda falta en que incurran ante los tribunales nacionales los funcionarios y empleados dependientes de otros poderes u organismos del Estado nacional o provincial, actuando en su calidad de tales, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda.” Las sanciones se encuentran contempladas en el artículo 30 del la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 (Adla, LIX-E, 5252). Allí se dispone que “ el personal podrá ser objeto de las siguientes medidas disciplinarias: a) Apercibimiento. b) Suspensión de hasta treinta (30) días en un año, contados a partir de la primera suspensión. c) Cesantía. d) Exoneración” , dependiendo de la gravedad de la falta y la reiteración de la misma (ver arts. 31 y ss. de la Ley 25.164).

(57) Cfr. BARRA, Rodolfo, El amparo por mora de la Administración, ED, p. 799; Creo Bay afirma que “ el instituto del silencio como denegatoria tácita resulta una vía excluyente de las otras dos. En consecuencia, una vez interpuesto el pronto despacho del artículo 10 — denuncia de mora— no se podrá articular la reclamación en queja ni la acción de amparo por mora, vías procesales para la obtención de un pronunciamiento expreso. Rige el principio según el cual, elegida una vía, no es posible luego intentar otra alternativa. Al presentar el pedido de pronto despacho, el interesado se encamina a configurar el silencio conforme el artículo 10 de la LNPA, lo que no quiere decir que ya se haya configurado en el caso, pero el interesado ya ha optado. Ha optado por una vía, lo que le impide usar la otra” . Véase CREO BAY, Horacio, La morosidad administrativa y las técnicas para su control, en AA.VV., “ Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff” , Director Cassagne Juan Carlos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 611.

(58) Véase LUQUI, Roberto, Revisión judicial de la actividad administrativa, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 216.

(59) Cfr. MUÑOZ, Guillermo, Inmunidad del Poder: la inactividad administrativa, LA LEY, 1990-B, 891.

(60) Cfr. CREO BAY, Horacio - HUTCHINSON Tomás, Amparo por mora de la Administración Pública, 3ª ed, Astrea, Buenos Aires, pp. 86-87.

(61) PERRINO, Pablo, La inactividad administrativa y su control, RAP, N° 269, Febrero 2001, p. 14.

(62) Cfr. PEARSON, Marcelo, El amparo por mora de la Administración Pública nacional, LA LEY, 1975-B, 423.

(63) BUDASSI, Iván, Amparo por mora, en Cassagne, Juan Carlos, (dir.) AA.VV., “ Tratado de Derecho Procesal Administrativo” , t. II, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2007, p. 427.

(64) IVANEGA, Miriam, Algunas cuestiones sobre el amparo por mora, en AA.VV., Cassagne, Juan Carlos (dir.), “ Derecho Procesal Administrativo” , t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1675.

(65) LINARES, Juan Francisco, Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 36 y 37.

(66) CNCAF, Sala I, in re “ Donet José c. Gobierno Nacional” , de fecha 17-12.1974, LA LEY, 1975-B, 423.

(67) CNCAF, Sala II, in re “ Goldberg Marta c. UBA” , de fecha 5-4-1977, ED, 74-222. En el año 1985 la misma Sala II dictó el fallo “ Basigaluz” por medio del cual se volvió a la jurisprudencia de “ Dinet” . Se trató, por suerte, de un precedente aislado. Véase CNCAF, sala II, in re “ Basigaluz Saez, Laura c. Gobierno Nacional” , de

fecha 27-12-1985, LA LEY, 1986-C, 404, y en particular la crítica que se formula en TAWIL, Guido, El amparo por mora y el silencio de la administración, LA LEY, 1986-D, 1172.

(68) Cfr. FIORINI, Bartolomé, Los recursos en la ley de procedimientos administrativos, LA LEY, 147-1278; SAGÜES, Néstor, Acción de Amparo, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 594; GONZALEZ DE RECA, Florencia, Amparo por mora, en Diez Manuel M. y otros, “ Acto y procedimiento administrativo” , Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 197.

(69) Véase CREO BAY, Horacio, La morosidad administrativa y las técnicas para su control, en AA.VV., “ Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff” , Director Cassagne Juan Carlos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 610.

(70) Cfr. CREO BAY, Horacio, La morosidad administrativa y las técnicas para su control, en AAVV, “ Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff” , Director Cassagne Juan Carlos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 610.

(71) Cfr. BARRA, Rodolfo, El amparo por mora de la Administración, ED, p. 799; Cfr. CREO BAY, Horacio - HUTCHINSON Tomás, Amparo por mora de la Administración Pública, 3ª ed, Astrea, Buenos Aires, p. 610.

(72) Cfr. CREO BAY, Horacio - HUTCHINSON Tomás, Amparo por mora de la Administración Pública, 3 ed, Astrea, Buenos Aires, p. 78.

(73) GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, t. 4.2, Ediciones Macchi, p. XIV-8, Buenos Aires, 1982.

(74) COMADIRA, Julio - MONTI, Laura, Procedimientos Administrativos, t. I., La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2003, p. 58.

(75) Si el superior jerárquico resuelve primero la queja a favor del administrado, el amparo por mora devendrá abstracto. En caso de que la queja sea desestimada, el particular seguirá con su acción judicial, si la hubiere promocionado. Por otra parte, si el juez ordena un pronto despacho, la Administración tendrá que obedecer la sentencia, cualquiera hubiese sido, o fuere, la resolución de la queja en sede administrativa.