

EL FIN DEL PRONTO DESPACHO Y EL INICIO DE LA ERA DEL SILENCIO POSITIVO


Por Dr. Pablo J. Majul¹

Un análisis respecto de las modificaciones introducidas por la recién sancionada “Ley de Bases” (aun no promulgada) sobre estos institutos del procedimiento administrativo nacional en la ley 19.549 y su decreto reglamentario

SUMARIO

I. Introducción	01
II. La sustitución del artículo 10 de la ley 19.549 y su relación con el resto del articulado	02
III. La remoción del requisito del pronto despacho: análisis a la luz de los principios del derecho administrativo	06
a. La tutela administrativa efectiva y tutela judicial efectiva	06
b. La simplificación administrativa	08
c. La buena administración y buen gobierno	10
IV. El silencio positivo	13
a. Antecedentes	14
b. La regulación del instituto en el proyecto de Ley de Bases	15
c. Posibles efectos e implicancias	17
V. Conclusión	18

I. INTRODUCCIÓN

Las normas jurídicas operan como incentivos (o desincentivos) a través de cuya regulación se propende guiar determinada actuación o intención política.

Tras seis meses de trabajo legislativo, el 28 de junio de 2024, la Cámara de Diputados de la Nación, dio sanción definitiva a “La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” y la “Ley de Medidas Fiscales Paliativas y relevantes”, impulsadas por el Poder Ejecutivo.

1. Abogado (UNR). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Maestría en Derecho Administrativo Económico (UCA) —tesis en revisión—. Profesor de posgrado en la ECAE-PTN. Profesor de derecho administrativo, departamento derecho público II (Ayudante II) en la Facultad de Derecho (UBA) y profesor adscripto en derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la UCA (Bs. As.)

La “Ley de Bases”, entre sus principios y propósitos, tiene la de organizar de manera racional y de forma sustentable la Administración Pública nacional para garantizar una actuación administrativa de calidad, respetuosa de la dignidad humana, bajo criterios de objetividad, transparencia, profesionalismo, eficiencia y eficacia, que preste un servicio a la comunidad y a los ciudadanos que pueda satisfacer los requerimientos de la sociedad. El mismo principio rige para las empresas y sociedades estatales, acorde a parámetros de eficiencia, eficacia, transparencia y buen gobierno en la gestión mercantil².

En muchos casos, como bien expone Juan Vicente Sola (2009), el hecho que no se cumplan los objetivos del Congreso o de la legislación no es un intento deliberado de evitar sus decisiones sino la consecuencia de la ambigüedad de las intenciones. Al mismo tiempo se presenta el problema que los administradores encargados de aplicar la ley no siempre la ejecutan de una manera eficiente. Por eso es necesario analizar los incentivos que existen en el sector público y determinar las razones que llevan a los funcionarios públicos a tomar las decisiones que finalmente toman.

La modificación del actual artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo que suprime el pronto despacho como recaudo imprescindible para tener por configurado el denominado silencio negativo y, a la vez, el avance en la regulación del silencio positivo da cuenta acerca de la prescindibilidad de aquel instituto sumado a la inercia que le imprime la reglamentación de este último en pos de agilizar el trámite administrativo, quitando cargas al administrado y, como contracara, las refuerza en cabeza de la Administración.

II. LA SUSTITUCIÓN DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 19.549 Y SU RELACIÓN CON EL RESTO DEL ARTICULADO

La reciente sancionada “Ley de Bases”, en su artículo 31, propone la sustitución del actual artículo 10 de la ley 19.549 que, actualmente, dice así:

“El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición

2. Art. 2, inc. f)

expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración”.

Como apuntábamos, la “Ley de Bases” propone la siguiente sustitución:

“Sustitúyese el artículo 10 de la ley 19.549 por el siguiente: artículo 10: El silencio o la ambigüedad de la Administración se regirá de conformidad con las siguientes normas: a) Cuando se tratare de pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración. b) Cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Este inciso no será de aplicación en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso. Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa. Las disposiciones previstas en el inciso b) de este artículo comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente”.

El artículo 50 de la “Ley de Bases” sustituye el actual artículo 23 de la ley 19.549. Entre los requisitos para tener por agotada la instancia administrativa y habilitada la judicial respecto de los actos de alcance particular, el punto (iii) establece el silencio o ambigüedad contemplado en el artículo 10 o en el inciso d) del artículo en comentario.

Este inciso d) del artículo 23 (según “Ley de Bases”) dispone que:

“El plazo para la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa no podrá ser inferior a treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna. Dicho plazo se extenderá a sesenta (60) días cuando no se haya dado al interesado oportunidad de intervenir en el procedimiento antes del dictado del acto. A partir de los VEINTE (20) días de dicha interposición, el interesado podrá considerarlo denegado por silencio, sin presentar pronto despacho, cualquiera sea el estado en que éste se encuentre, y ocurrir a instancia judicial”.

En primer lugar, no queremos pasar por alto el incremento del plazo para impugnar los actos administrativos (recordemos que, hasta ahora, los plazos más comunes son de diez días para la reconsideración³ y quince para el jerárquico⁴), aunque éste es un plazo máximo sujeto a reglamentación. Habrá que ver si ésta mantiene lo reglamentado por el decreto ley 1759/72 o, en cambio, los modifica.

En segundo lugar, tampoco queremos soslayar el hecho de que, con la incorporación de un aumento del plazo a sesenta días para impugnar (en caso de que no hubiese intervención previa del interesado), parece verificarse que existe una suerte de subsanación del acto administrativo dictado sin intervención previa del particular implicado —lo que equivaldría a fulminar de nulidad dicho pronunciamiento por una violación al derecho de defensa amparado constitucionalmente, más allá de lo establecido en el actual artículo 1, apartado f), inciso 1º LNPA—; lo cierto es que, una vez interpuesta la impugnación, si el órgano administrativo no se pronuncia dentro de los veinte días⁵, opera el silencio negativo “sin pronto despacho” y el interesado podrá ocurrir directamente ante la justicia.

En relación a esto último, en realidad, se mantiene idéntico temperamento a lo reglamentado por los artículos 87 y 91 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo, aprobado por el decreto-ley 1759/72 (t.o. 2017). La diferencia es que el proyecto prevé una reducción del plazo para resolver (de

3. Art. 84, decreto-ley 1759/72 (t.o. 2017)

4. Art. 90, decreto-ley 1759/72 (t.o. 2017)

5. Aquí, contrariamente, hay una reducción del plazo. Porque tanto el recurso de reconsideración (art. 87) como el jerárquico (art. 91), conforme el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, debe resolver en el plazo de treinta días.

veinte días). Porque tanto el recurso de reconsideración (art. 87) como el jerárquico (art. 91), conforme el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, deben resolverse dentro de los treinta días.

La Procuración del Tesoro tiene dicho que, en la vía recursiva, el silencio administrativo se configura automáticamente. Una vez transcurrido el plazo normativo para la resolución del respectivo recurso, no se debe presentar pronto despacho para generar la denegatoria tácita. El artículo 26 de la Ley N.º 19.549 fija una regla común a todos los supuestos en que sea de aplicación el instituto del silencio. El interesado tiene expedita la acción judicial sin que la Administración se haya expedido. Al decir ... sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción, el artículo permite afirmar que, a partir del silencio denegatorio, cesan las causales interruptivas o suspensivas del curso de la prescripción, produciéndose el reinicio o la continuación de su cómputo, según el caso⁶.

La regulación del silencio en el artículo 10 de la ley 19.549 conlleva a caracterizarlo jurídicamente como un mecanismo encaminado a enfatizar la obligación de la Administración de resolver dentro de los plazos legales.

De esta manera, para que se configure el silencio negativo en los términos de aludido artículo deben cumplirse, al menos, tres recaudos esenciales: (i) el transcurso del plazo (el que prevea la norma especial o, en caso de no preverlo, un máximo de sesenta días); (ii) vencido ese plazo, el interesado requerirá “pronto despacho” y (iii) transcurrir otros treinta días sin producirse dicha resolución.

La remoción del requisito (ii) de requerir pronto despacho, naturalmente, acorta los plazos para tener por configurado el silencio a la vez que libera al interesado de una carga procedimental que es la de presentar un pedido en ese sentido. Este cambio de dinámica, reivindica los principios del derecho administrativo, reforzándolos.

En cuanto al silencio positivo, lo analizaremos en el punto IV.

6. Dictámenes 306:194 bis

III. LA REMOCIÓN DEL REQUISITO DEL PRONTO DESPACHO: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

a. La tutela administrativa efectiva y tutela judicial efectiva

El concepto de tutela administrativa efectiva ha sido introducido entre nosotros por la Corte Suprema de Justicia Nación en la ya conocida causa “Astorga Bra-cht”⁷, por la cual se negó validez jurídica a una cláusula de un pliego de bases y condiciones para el llamado a concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión de frecuencia modulada que dispuso que los solicitantes deberán presentar un escrito por el cual desisten de manera total e incondicional de todos los recursos administrativos y judiciales interpuestos contra el COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC).

En un entorno de relaciones entre la Administración Pública y los particulares, debemos ubicar al principio de tutela administrativa efectiva como un principio propio del procedimiento administrativo, y como tal, continente de garantías que asisten a los particulares y cauce formal de toda la actividad administrativa. Por ello, la tutela administrativa efectiva se extiende a todas las vertientes y etapas del procedimiento administrativo alcanzando toda instrumentalización que los órganos públicos quisieran hacer de su función administrativa (Muñoz, 2012).

Armando Canosa (2005) destaca que la tutela administrativa efectiva “*se pone de manifiesto en la posibilidad de recurrir ante las autoridades administrativas competentes; en el derecho que goza el particular de obtener un pronunciamiento en sede administrativa, y por ende, en la obligación de la administración de resolver, y en la decisión de obtener esas decisiones –actos administrativos– previo tránsito por un procedimiento administrativo conducido en legal forma (Art. 7° inc. d) LPA)*”

A diferencia del proceso civil, el proceso administrativo cuenta con una etapa previa, que delimita el alcance de la causa contencioso administrativa. Aun cuando el proceso administrativo ha perdido el sentido de instancia meramente revisora del acto administrativo, siendo su rol ser el mecanismo que garantice la

7. Fallos 327:4185 (2004)

vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, la práctica muchas veces indica que ciertas concepciones estrictamente procesalistas impiden el adecuado desarrollo del proceso administrativo considerando la importante función que debe cumplir (Pozo Gowland, 2001).

La erradicación del pronto despacho administrativo revaloriza el principio bajo análisis en la medida que, si bien el derecho a obtener un pronunciamiento de la Administración aún puede ser obtenido mediante el denominado “pronto despacho judicial” a través del amparo por mora instituido en el artículo 28 de la ley 19.549, opera como una norma que incentiva a que la autoridad resuelva en menor tiempo (porque ya no podrá “especular” con que el interesado tenga la diligencia de requerir el pronto despacho en sede administrativa). Consecuentemente, la habilitación de la instancia judicial se configurará de forma más expedita y, por lo tanto, su acceso será más disponible en beneficio del administrado.

En base a este último, la modificación que propone la “Ley de Bases” en relación a este instituto, además de reforzar la tutela administrativa efectiva (mediante una norma de incentivo), se proyecta con igual vigor sobre el principio de tutela judicial efectiva porque, como dijimos, el ingreso a la revisión judicial estará más accesible porque requerirá menos recaudos para que el órgano judicial intervenga en la cuestión.

No obstante, como anticipamos al inicio de este trabajo, consideramos desacertada la modificación del artículo 23 de la ley 19.549, en la medida que, en su inciso d) se establece la posibilidad de que el interesado no haya tenido la oportunidad de intervenir en el procedimiento antes del dictado del acto, reconociéndole, en ese caso, una extensión del plazo para recurrir de sesenta días. Tal consagración normativa afecta directamente el principio aquí analizado como así también la garantía de acceder a la justicia y el debido proceso adjetivo que instituye el artículo 18 de la Constitución nacional. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia⁸, en un reciente fallo, remitiendo al dictamen de la Procuración General, apuntó que:

8. Fallos 346:12 (2023)

“[L]a resolución que dispuso el cese del interinato de la actora con fundamento en faltas disciplinarias **sin ninguna forma de sustanciación previa**, afecta el art. 18 de la Constitución Nacional, y las convenciones internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la **tutela administrativa y judicial efectiva**, pues se **imposibilitó el descargo**, la producción y el ofrecimiento de pruebas por parte de aquélla, violándose las formas sustanciales de la garantía constitucional de la defensa que incluye la de asegurar al inculpado la posibilidad de ofrecer prueba de su inocencia o de su derecho, sin que corresponda diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos administrativos”.

Dejando a salvo tales observaciones, consideramos que los derechos a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia reconocidos en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8º, inciso 1º, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2º, inciso 3º, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquieren mayor entidad con la reforma propuesta por la “Ley de Bases”.

b. La simplificación administrativa

Por medio de este principio se procura agilizar la gestión de la Administración entendiendo que, en definitiva, se debe suministrar un buen servicio a la comunidad. A su vez, hay que reconocer que esa “simplificación” es progresiva y se va concretando a través de diferentes medidas y herramientas que se corresponden, a su vez, con el grado de desarrollo económico, social y tecnológico de cada sociedad. Por ejemplo, el artículo 32 del Reglamento incorporado por decreto 1883/91 ya reconocía la posibilidad de que la repartición certifique que un representante ya había acreditado su personería en otro expediente, liberándolo de hacerlo nuevamente. Reforzando este perfil, la última reforma operada mediante el decreto 894/17 instituye un principio general en el artículo 107 mediante la instauración de la “eliminación de cargas al administrado”.

La simplificación administrativa condensa otros principios del procedimiento administrativo, como los de sencillez y eficacia establecidos en el artículo 1º de la ley 19.549.

El decreto 891/17, que aprobó las BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE SIMPLIFICACIÓN, tomando las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) propuso “el establecimiento de normas y procedimientos claros, sencillos y directos mediante la utilización de principios e institutos que pongan en primer plano a los ciudadanos, simplificando los requisitos que deben cumplir para poder llevar adelante su actividad, mediante la interacción digital y remota de los distintos agentes”. Como así también, afirmó que “una adecuada política regulatoria exige que se implementen prácticas de buena gobernanza entre organismos y departamentos de gobierno tendientes a la simplificación de trámites y formalidades y la eliminación de normas que entorpecen y demoran el accionar del Estado”.

El artículo 3° del mencionado decreto establece la denominada “simplificación normativa” y, entre sus preceptos, dispone que “[l]as normas y regulaciones que se dicten deberán ser simples, claras, precisas y de fácil comprensión. El Sector Público Nacional deberá confeccionar textos actualizados de sus normas regulatorias y de las guías de los trámites a su cargo. Deberá evaluarse su inventario normativo **eliminando las que resulten una carga innecesaria**. En el mismo sentido el dictado de nuevas regulaciones que impongan cargas deberán a su vez reducir el inventario existente”.

Como apuntábamos, la implementación de este tipo de medidas se va dando de forma paulatina y progresiva; un avance en ese sentido, por ejemplo, fue la sanción del Digesto Jurídico Argentino mediante la ley 26.939⁹. Si bien esta ley fue anterior¹⁰ al decreto 891/17, se enmarca en este paradigma porque sirvió de presupuesto de trabajo esencial como “inventario normativo” sobre el cual se debía mejorar la regulación. También, habría que mencionar como antesala, el decreto 434 del 1° de marzo de 2016 que aprobó el Plan de Modernización del Estado como el instrumento mediante el cual se definen los ejes centrales, las prioridades y los fundamentos para promover las acciones necesarias orientadas a convertir al Estado en el principal garante de la transparencia y del bien común.

9. Consolidó las normas vigentes al 31 de marzo de 2013 (art. 1°)

10. Sancionada el 21/5/2014 – B.O. 16/6/2014

Ahora bien, la vinculación de este principio con la reforma legislativa que instaura la denominada “Ley de Bases” tiene que ver, justamente, con la remoción de cargas innecesarias orientada a facilitar los trámites de los interesados. Es que, el pronto despacho, a pesar de ser un mecanismo que puede ser interpretado desde una perspectiva de colaboración entre el particular y la Administración, porque permitiría operar como una especie de “alarma” o “recordatorio” para el órgano que debe decidir la cuestión sometido a su decisión, a la vez, que también alargaría la estadía en la sede administrativa a los fines de procurar que los planteos se diriman y resuelvan en esa instancia, lo cierto es que, a partir de la implementación de las nuevas tecnologías (v.gr. expedientes electrónicos, Trámites a Distancias, etc.) ese dispositivo legal termina siendo innecesario y se desvirtúa su finalidad, pues incentiva la inacción de la Administración, perjudicando, de ese modo, al administrado porque le carga una gestión por la cual, en la mayoría de las veces, no obtiene ningún pronunciamiento. Estadísticamente, casi ningún pronto despacho “despierta” a la Administración y, a partir de allí, se logre un pronunciamiento o avance útil del trámite administrativo.

c. La buena administración y buen gobierno

Siguiendo con el decreto 891/17, el mismo destaca —a partir de los lineamientos de la OCDE— la implementación de “prácticas de buena gobernanza” entre organismos y departamentos de gobierno tendientes a la simplificación de trámites y formalidades y la eliminación de normas que entorpecen y demoran el accionar del Estado.

La idea del buen gobierno y la buena administración, siguiendo a Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012), es que tales principios aspiran “a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales”.

Así, como bien lo expone Moscariello (2019), haciendo referencia al trabajo de Juan Pablo Pío Guarneri (2016) una buena administración “no significa menos administración sino mejor administración. Y una buena administración necesita de una buena sociedad”.

El Código Iberoamericano de Buen Gobierno¹¹ impulsado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en el que la Argentina es parte firmante, establece en el punto IV “Reglas vinculadas a la gestión pública” que los miembros del Poder Ejecutivo (en realidad, para nosotros, la Administración pública):

- Actuarán de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad y eficiencia y vigilarán siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado.
- Garantizarán que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados.
- Serán accesibles, en el desempeño de sus cargos, a la ciudadanía y a los pueblos, y atenderán eficazmente y contestarán oportuna y fundadamente a todos los escritos, solicitudes y reclamaciones que aquéllos realicen.

Finalmente, en el punto V.41 se instituye que “[l]os Gobiernos firmantes determinarán autónomamente la forma de incorporación a su práctica y derecho interno del contenido del presente Código”.

Así, destacamos que, tras una primera fase, ya superada, donde las apelaciones a la buena administración han sido genéricas, estamos, desde hace tiempo, en una nueva fase mucho más pragmática y concreta, en la que la doctrina, el legislador y la jurisprudencia están interactuando y contribuyendo a articular técnicas concretas para hacer realidad la buena administración y controlar la mala administración (Ponce Solé, 2023).

El Superior Tribunal Constitucional español (STC 22/1984, de 17 de febrero y posteriores) señala:

11. Aprobado por la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Montevideo, Uruguay, 22 y 23 de junio de 2006 Adoptado por la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Montevideo, Uruguay, del 3 al 5 de noviembre de 2006 (Resolución N° 15 de la “Declaración de Montevideo”)

“No se comprende bien que se apremie la deuda tributaria antes de resolverse de forma expresa el recurso de reposición que, teóricamente, podría dar al traste con el acto de cuya ejecución se trata; y, una vez, en su caso, desestimado explícitamente éste, cabría, entonces sí, dictar esa providencia de apremio, colocando así el carro y los bueyes –si se nos permite la expresión– en la posición funcionalmente adecuada. El mismo esfuerzo o despliegue de medios que se necesita para que la Administración dicte la providencia de apremio podría dedicarse a la tarea no tan ímproba ni irrealizable de resolver en tiempo y forma, o aun intempestivamente, el recurso de reposición, **evitando así la persistente y recusable práctica del silencio negativo como alternativa u opción ilegítima al deber de resolver**. Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, **el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal** que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3, 103.1 y 106 CE), **cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración**, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus deberes y mandatos legales estrictos y no se ampare en su infracción –como aquí ha sucedido– para causar un innecesario perjuicio al interesado”.

En nuestro ámbito, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal¹² tiene dicho que:

“Un principio emergente en las relaciones entre los particulares y la Administración es el denominado principio de buena administración. En cuanto a esto, la doctrina ha dicho que “[...] **el derecho a una buena administración no es sólo un paraguas que se limita a englobar un conjunto de principios y derechos relativos al procedimiento administrativo debido o justo**. La idea de una buena administración incorpora, por sí misma, la necesidad de que al ejercerse poder público (por el gobierno o la Administración) dicho ejercicio se vehicule mediante un procedimiento de toma de decisión que permita garantizar el análisis y la toma en consideración diligente y con el debido cuidado de los hechos, derechos e intereses relevantes [...]”¹³.

12. CNACAF, Sala V, “Landwer Inversiones S.A. y otro c. EN-AFIP-DGI s/ dirección general impositiva”, setn. 22/08/2023, TR LALEY AR/JUR/116848/2023

13. Con cita a (Ponce Solé, 2023)

Desde ese vértice, sin desconocer la vasta literatura que hay sobre el tema, nos parece atinado apuntar que la remoción del pronto despacho administrativo se encamina —como medida concreta— a seguir aquellos lineamientos de buena administración y buen gobierno porque, como dijimos, se trata de una figura pretoriana y la experiencia ha demostrado que lejos de aportar una instancia para resolver los conflictos o planteos en colaboración con el interesado, lo perjudica sobrecargándolo de diligencias y plazos que van en contramano de lo que los principios de eficacia, celeridad y eficiencia promueven.

IV. EL SILENCIO POSITIVO

Podría caerse, rápidamente, en la tentación de afirmar que el silencio negativo y el positivo son “dos caras de la misma moneda”, sin embargo, esto no es así. Ocurre que el silencio negativo es un “no acto”, una ficción que el ordenamiento jurídico instaura como efecto de un determinado comportamiento de la Administración (el silencio, su falta de pronunciamiento) con el fin de que el particular tenga habilitada una acción de revisión por parte de los órganos judiciales sin depender de la mera inconducta de la autoridad pública al no resolver ni expedirse sobre un pedido o planteo del interesado.

En cambio, el efecto que la ley le asigna al silencio positivo es la de un verdadero acto administrativo. La redacción del precepto revela que el silencio positivo se concibe como excepcional y se le dota de una estructura técnica completamente diferente de la del silencio negativo.

En otras palabras, cuando transcurre el plazo legalmente previsto, se entiende que el órgano administrativo competente ha producido un verdadero acto administrativo. Como ha señalado Muñoz Machado (2017) no se trata ahora de una ficción, ni un juego de presunciones hecho a favor del interesado, sino de la emanación de un verdadero acto administrativo, capaz de producir efectos como cualquier otro y, por tanto, de ser ejecutivo y generar derechos y obligaciones.

En definitiva, no podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad, se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la

propia ley. Esta situación de falta de respuesta por la Administración —siempre indeseable— nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano (Muñoz Machado, 2017).

a. Antecedentes

En el orden nacional

El decreto 891/2017 ya promovía el “silencio positivo” en el artículo 10, expresando que “[e]n la elaboración de las normas regulatorias deberá tenerse en cuenta la posibilidad de **incrementar el carácter positivo del silencio de la Administración**, en la medida que resulte posible en atención a la naturaleza de las relaciones jurídicas tuteladas por la norma de aplicación, siempre y cuando sea en beneficio del requirente y no se afecten derechos a terceros”.

De manera dispersa, a la fecha, existen varios ordenamientos que, expresa o tácitamente, autorizan la configuración del silencio positivo. Por ejemplo, el artículo 3° de la ley 24.076¹⁴.

Derecho comparado. España

La última versión del régimen del silencio en España tuvo lugar con ocasión de la incorporación al ordenamiento español de la Directiva de Servicios 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006. La Ley 17/2009 de 23 de noviembre, que incorporó la Directiva que añadió la exigencia de que las excepciones a la regla del silencio positivo tienen que apoyarse, además, en “razones imperiosas de interés general”, lo que implica una importante limitación al legislador, que tendrá, en lo sucesivo, que justificar las exclusiones y, además, explicitar cuáles son los motivos de interés general en que se apoya (Muñoz Machado, 2017).

El citado autor español (2017) nos enseña que la regulación actual del silencio ad-

14. Art. 3°. “Quedan autorizadas las importaciones de gas natural sin necesidad de aprobación previa. Las exportaciones de gas natural deberán, en cada caso, ser autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional, dentro del plazo de noventa (90) días de recibida la solicitud, en la medida que no se afecte el abastecimiento interno. **El silencio, en tal caso, implicará conformidad (...)**”

ministrativo en el artículo 24 de la LPAC considera que cuando transcurre el plazo establecido en la Ley para que la Administración resuelva en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, estos deben entender normalmente estimada su solicitud, ya que la regla general ha de ser el silencio positivo. El silencio negativo opera, de acuerdo con los principios de la Ley, residualmente.

Sin embargo, hay algunas excepciones. Se entiende negativo el silencio en los siguientes procedimientos: a) los relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución¹⁵; b) aquellos cuya estimación tenga como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; c) impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar al medio ambiente; d) procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; e) los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados.

En los procedimientos iniciados de oficio, la falta de resolución expresa deberá entenderse como desestimatoria cuando pudiera derivarse el reconocimiento o constitución para los interesados de derechos u otras situaciones jurídicas favorables. Sin embargo, cuando se trate de procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad [artículo 25.1.a) y b) LPAC].

b. La regulación del instituto en el proyecto de Ley de Bases

El artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos reconoce que “[s]ólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo”. Como ya vimos, por ejemplo, el artículo 3º del Marco Regulatorio del Gas establece una autorización expresa en tal sentido.

15. Artículo 29. 1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

En cuanto al avance en la regulación del *silencio positivo* (art. 10, inc. b) se hace una diferencia que antes no se hacía: a partir de ahora, sabemos con mayor precisión que:

- Cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo.
- La estimación por silencio administrativo (positivo)¹⁶ tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa.
- No será de aplicación en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso.

Hay que tener en cuenta —como bien lo expresa la norma bajo análisis— que tales disposiciones no son operativas, sino que comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente.

Finalmente, la configuración del silencio impactará —de manera favorable para el interesado— en la habilitación de la instancia judicial para iniciar la demanda en los términos del nuevo artículo 26 de la ley 19.549, reformado por el artículo 45 de la “Ley de Bases”.

16. En nuestra opinión, no cabe ninguna duda que el precepto aludido en la última parte del primer párrafo del inciso b) debe ser interpretado en el contexto del aludido inciso, esto es, en relación al silencio “positivo”; la falta de una adecuada o más precisa aclaración en la norma podría dar lugar a alguna confusión en punto a si “todos los efectos” son aplicables igualmente para ambos silencios (negativo y positivo).

c. Posibles efectos e implicancias

Un tema de debate se abre sobre si este tipo de pretensiones puede ser entendida, a través del silencio positivo, como adquiridas, aunque fueran evidentemente contrarias a derecho. La jurisprudencia española tiene dicho, en algunos de sus pronunciamientos más estables, que no puede obtenerse por silencio lo que la ley prohíbe (SSTS de 3 de noviembre, 9 de diciembre y 24 de diciembre de 1964, 23 de junio de 1971, y 7 de noviembre de 1972). En tal sentido, Muñoz Machado refiere a que la Ley de Suelo española de 1975 establece “*En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta ley, de los planes, proyectos, programas y, en su caso, de las normas subsidiarias de planeamiento*”.

En caso de verificarse esto último, según nuestro ordenamiento jurídico, el derecho ilegítimo adquirido por el particular vía silencio positivo (como auténtico acto administrativo), se cumple con los recaudos del actual artículo 17 de la ley 19.549 y a la Administración no le quedará otro camino que declarar lesivo el acto y promover la acción de nulidad ante el órgano judicial competente. Sin perjuicio de disponer alguna medida preventiva en los términos del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Otro supuesto que vale la pena analizar, vía hipótesis, es el de las ayudas públicas. El pedido de un subsidio o la adhesión a un régimen de fomento, por ejemplo, industrial podría acarrear un peligro presupuestario con la consiguiente responsabilidad patrimonial del funcionario a cargo de la decisión. En el primer caso, es probable que estemos ante un pedido que amerite un pronunciamiento *discrecional* de la autoridad (v.gr. por razones de vulnerabilidad social o para subvencionar alguna actividad cultural, deportiva o de esparcimiento), mientras que, en el segundo, es posible que sea *reglado* (v.gr. cumplimiento de recaudos, la existencia de concurso, etc.). Más allá que siempre hay que estar al marco jurídico respecto del cual cada actividad o ayuda pública se promueve, lo cierto es que, en principio, este tipo de actos de fomento no estarían subsumidos en la novel normativa, por cuanto no implican una autorización ni permiso, sino que simplemente son actos de favorecimiento y, como tales, la falta de respuesta de la autoridad frente a un pedido concreto de algún interesado debe ser interpretado como negativa.

En materia tributaria, un escenario posible podría presentarse, por ejemplo, con los pedidos de exenciones de impuestos, sellados, tasas o contribuciones. Aquí, ante pedidos de los contribuyentes y configurado el silencio del Fisco, no cabría interpretarlo como positivo porque el pedido de exención se trata, en realidad, de un requerimiento para que la autoridad los excluya por razones políticas, sociales y/o económicas. En otras palabras, no hay una petición de “autorización” para llevar a cabo una determinada conducta o acto.

Los ejemplos e hipótesis pueden resultar profusas dado el vasto y disperso universo que abarca el derecho administrativo en el orden nacional; será cuestión de ir discerniendo caso por caso a medida que se avance en ese sentido. Sin embargo, en principio, consideramos bastante acertada la delimitación que impone la normativa analizada, por cuanto, de su estudio surge que no cualquier pedido ni reclamo podrá ser encausado bajo este concepto.

V. CONCLUSIÓN

En primer término, consideramos que la reforma en este punto es promisoriosa y, en principio, goza de buenas expectativas para agilizar el procedimiento administrativo y liberar de cargas innecesarias al interesado que transita esa sede en procura de sus derechos.

Finalmente, no es menor destacar que la reforma propuesta por la “Ley de Bases” propende a avanzar “un paso más” hacia el acceso a la justicia como garantía convencional (arts. 8.1 y 25, CIDH), cumpliendo, de esta manera, con el mandato establecido en el artículo 2º del Pacto de San José de Costa Rica en la medida que pone en cabeza de los Estados partes el compromiso de “*adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

Bibliografía

Canosa, A. (1 de agosto de 2005). Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. *Revista de la Administración Pública*(323), 75-88.

Moscariello, A. R. (mayo de 2019). Buen gobierno y calidad normativa en los municipios de la provincia de Santa Fe. *La Ley Litoral*. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/568/2019

Muñoz Machado, S. (2017). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general - Tomo XII Actos administrativos y sanciones administrativas* (Segunda edición ed.). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Muñoz, R. A. (2012). La tutela administrativa efectiva. *La Ley* - TR LALEY AR/DOC/814/2012, 2012-B , 919.

Pío Guarnieri, J. P. (2016). “El principio y derecho fundamental a la buena administración y al buen gobierno, contenido y alcance ¿Nuevo concepto o expresión novedosa aglutinadora de antiguos criterios? XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago de Chile.

Ponce Solé, J. (2023). El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la sentencia de la Sala 3° del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017. *Revista de la Administración Pública*(221), 163-182. doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.0>

Pozo Gowland, H. M. (2001). Los principios generales del proceso administrativo. LA LEY 2011-E. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/2491/2011

Rodriguez Arana Muñoz, J. (2012). *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. Zaragoza: Reus.

Sola, J. V. (2009). *Tratado de derecho constitucional - Tomo III* (1ra ed.). Buenos Aires: La Ley.