

Procedimiento administrativo y silencio de la Administración. Régimen del derecho argentino y español

*Administrative procedure and silence of the Administration.
The Argentine and Spanish systems*

Mauricio GOLDFARB

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo (UNNE)
Universidad Nacional del Nordeste (Argentina)
estudiogoldfarb@hotmail.com

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2017

Fecha de aceptación definitiva: 10 de enero de 2018

Resumen

El silencio de la Administración es un instituto en el que, en virtud de una ficción jurídica, se asigna a la falta de respuesta del ente público un significado estimatorio o desestimatorio de la petición del particular. Los sistemas administrativos español y argentino parten de dos principios opuestos: el primero asigna al silencio —como regla— carácter positivo, con excepciones, amplias por cierto; el segundo parte del principio contrario, por lo que el silencio produce efectos denegatorios,

Abstract

The silence of the Administration is an institute in which, by virtue of a legal fiction, is attributed to the lack of response of the public entity a meaningful of disregarding the petition of the citizen. The Spanish and Argentine administrative systems start from two opposing principles: the first assigns to silence — as a rule — a positive character, with exceptions, broad indeed; the second part of the opposite principle, that the silence produces effects denying, unless express rule. This

salvo norma expresa. Este trabajo compara ambos sistemas y expone sus diferencias y similitudes, destacando las ventajas y desventajas que cada uno posee.

Palabras clave: acto administrativo; organización administrativa; eficacia; plazo razonable.

paper compares both systems and exposes their differences and similarities, highlighting the advantages and disadvantages that each one has.

Key words: administrative act; administrative organization; effectiveness; reasonable time.

Sumario: 1. Introducción. 2. El procedimiento administrativo y el derecho a petionar a las autoridades. El deber de resolver y el derecho a una decisión fundada. 3. El silencio de la Administración. 4. El sistema argentino. 5. El sistema español. 6. Ventajas y desventajas de ambos sistemas. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo la comparación crítica de los sistemas argentino y español en relación al silencio administrativo. A pesar de la intención reiterada de solucionar la demora en los procedimientos, la experiencia nos indica que uno de los mayores déficits de las administraciones ha sido —históricamente— la cuestión del tiempo de la respuesta (FERNÁNDEZ PASTRANA, 1992: 127). Esta demora indebida en la actividad procedimental es violatoria del derecho a la tutela efectiva de los administrados, y, a su vez, afecta el principio de eficiencia que debe gobernar todo el accionar administrativo. El instituto del silencio es de gran importancia dentro del procedimiento administrativo, ya que funciona como una de las vías de protección del administrado ante la inactividad de los entes públicos.

Para realizar este trabajo de investigación se han utilizado herramientas metodológicas del derecho comparado, con referencias a la doctrina y a la jurisprudencia argentina y española. Todo estudio de derecho comparado exige definir las variables que se tomarán en cuenta, ya que la mera yuxtaposición de normas, sin considerar su contexto y el modo en que son aplicadas, resulta insuficiente. Del mismo modo, comparar toda la regulación administrativa española y argentina, a pesar de sus raíces comunes y la gran influencia que la primera ha tenido sobre la segunda, sería una tarea tan extensa como poco útil. Por ello, en este estudio se consideran y comparan ambos sistemas administrativos desde tres aspectos: el deber de resolver las peticiones formuladas a la Administración, las consecuencias jurídicas del silencio frente a las peticiones y las excepciones a la regla o principio general del silencio como estimatorio o desestimatorio. Estos aspectos son abordados desde una perspectiva cualitativa y teórica, pero no completamente desligados de la realidad, sino, por el contrario, en estrecha conexión con su efectiva realización. Del mismo modo, se revisan algunos

aspectos de la evolución histórica del instituto en cuestión, tanto en el caso argentino como en el español.

En el segundo capítulo se expone la normativa que regula el derecho de petición de los habitantes y su correlato, el deber de resolver, dentro del marco teórico del procedimiento administrativo.

En el tercer capítulo se define el silencio administrativo, sus características y las posibles consecuencias jurídicas de la inactividad formal de la Administración. En el cuarto y quinto capítulo se describen críticamente los sistemas administrativos argentino y español referidos al silencio.

Finalmente, en el sexto y séptimo capítulo se comparan y esquematizan las diferencias entre ambos ordenamientos y se exponen las conclusiones respecto de las ventajas y desventajas de cada sistema.

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO A PETICIONAR A LAS AUTORIDADES. EL DEBER DE RESOLVER Y EL DERECHO A UNA DECISIÓN FUNDADA

El procedimiento administrativo es la manera en la que se expresa jurídicamente la función administrativa, a través del conjunto de hechos y actos que se realizan de modo previo al dictado de los actos administrativos. Pero la función administrativa no se realiza de un modo espontáneo ni aislado. Los órganos que cumplen las distintas funciones estatales tienen un funcionamiento formal y sometido a reglas.

El procedimiento no es un conjunto aleatorio o desordenado de actuaciones, sino que, por el contrario, es una serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad de los organismos administrativos (GORDILLO, 2016: 394, tomo II). Esta secuencia ordenada contiene la previsión de los pasos necesarios para su avance y posterior finalización. Toda esta pluralidad de actos —cada uno de los cuales conserva su individualidad— está orientada a la resolución de un asunto y es la forma en la que se materializa la actividad jurídica de la Administración (RODRÍGUEZ ARANA, 2009: 147, tomo II).

El procedimiento administrativo, como toda actividad del Estado, exige el pleno sometimiento de este al principio de juridicidad. Tampoco puede desarrollarse de un modo cualquiera, ya que durante todo el trámite deben respetarse los principios generales del Derecho Administrativo: legalidad, oficialidad, debido proceso, rapidez y economía (GORDILLO, 2016).

El procedimiento puede tener origen en una iniciativa de la propia Administración o de un particular¹. Cuando se trata de la petición de un particular, nos encontramos con otro instituto de vieja raigambre en el derecho público: el derecho de petionar

1. Artículo 54 de la Ley de Procedimientos Administrativos de España, 39/2015.

a las autoridades. Peticionar a las autoridades es el derecho de reclamar, demandar o solicitar a los órganos con función administrativa una conducta u omisión concreta. Se trata de la facultad de dirigirse a los poderes públicos, el inicio de una instancia de comunicación entre gobernantes y gobernados (MIDÓN, 2004: 311) y tiene como correlato el deber de la Administración de dar respuesta cierta y oportuna a tales peticiones (GELLI, 2008). Este derecho tiene sus orígenes más remotos en la sección 5 del *Bill of Rights* inglés de 1689, la Constitución francesa de 1791 y la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Por tratarse de un derecho fundamental, es importante resaltar que la Administración no puede válidamente ampararse en la inactividad o el silencio para sostener que ha resuelto la petición o la cuestión planteada de un modo negativo (CREO BAY, 2008: 47). Por el contrario, la Administración tiene el deber de impulsar de oficio el trámite, salvo en lo que implica actividad a cargo del particular de manera exclusiva o necesaria. El procedimiento debe concluir, como principio, con una respuesta expresa a las peticiones de los ciudadanos (GORDILLO, 2010: 33). Por lo tanto, si es un deber del órgano con función administrativa el impulso del trámite y la conclusión con una decisión expresa, el silencio y la inactividad ante la petición de los ciudadanos son antijurídicos y deben acarrear responsabilidad (civil, penal, administrativa según el caso) para los incumplidores.

Todo procedimiento presupone un inicio y una finalización. No se trata de actos de mero rito, sino que el trámite debe estar orientado a cumplir siempre con la función administrativa. Este deber del Estado de responder a las peticiones, que ya estaba implícito en los artículos 14 (derecho a peticionar a las autoridades) y 18 (derecho al debido proceso adjetivo) de la Constitución Nacional argentina, ha tenido a partir de la reforma constitucional de 1994 un impulso adicional, con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos incluidos en el artículo 75 inciso 22. En especial, con la norma del art. XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos que expresamente reconoce no solo el derecho a formular peticiones, sino a recibir una pronta resolución. El artículo XXIV de la Declaración reconoce expresamente que: «Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución».

Queda claro, entonces, que el ciudadano no solo tiene derecho a una decisión expresa por parte de la Administración, sino que, además, esta respuesta debe ser *pronta*. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, *pronto/ta* es un adjetivo que significa *veloz, acelerado, ligero*².

De un modo no tan expreso, pero en el mismo sentido de tutela de los derechos del particular, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica reconocen el derecho a un recurso judicial rápido y efectivo. El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que: «Toda

2. RAE, 23.^a edición, 2014.

persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *leading case Clau-de Reyes y otros c. Chile* (2006) señaló que esta garantía no obliga solo a los jueces, sino también a todas las autoridades administrativas que tengan funciones de adoptar decisiones que determinan derechos de los habitantes³. En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha resuelto que el «plazo razonable» de «duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación, de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión»⁴.

De manera complementaria, el artículo 25 del mismo Pacto de San José de Costa Rica reconoce que: «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

Como reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva (CAPALBO, 2011) debe garantizarse también el cumplimiento de las sentencias judiciales, cuestión que es de gran importancia, como se verá más adelante.

El derecho a una decisión expresa y fundada es también una consecuencia de la adopción del régimen republicano de gobierno consagrado en el artículo 1 de la Constitución Nacional argentina (HITTERS, 2004). Ello, porque uno de los pilares del régimen republicano es la obligación de los funcionarios de dar razón de sus actos y el correlativo derecho de los ciudadanos de obligar a los gobernantes a que tomen y fundamenten sus decisiones (BASTERRA, 2013). Para GARCÍA PULLÉS, el principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno (artículo 1 de la Constitución Nacional) viene acompañado de otro principio de naturaleza administrativa: el de la formalidad documentaria según el cual es necesario que la actividad de los órganos administrativos se asiente en documentos que puedan ser compulsados y en los que se deje constancia de los motivos de la decisión, los antecedentes, objeto, finalidad y decisión concreta que se adopta. Solo esta expresión hace posible el control dentro y fuera de la propia Administración (GARCÍA PULLÉS, 2015).

Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina: «El derecho a peticionar a las autoridades, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, comprende el de obtener de aquellas una respuesta fundada, cuya omisión admite la procedencia del

3. Texto completo del fallo disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

4. CSJN, en autos *Bonder, Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ B.C.R.A. s/ resol. 178/93*, sentencia dictada en Buenos Aires el 19/11/2013.

amparo por mora para tutelar adecuadamente el derecho de defensa del particular, garantía consagrada en el artículo 18 de la Ley Fundamental»⁵.

En el mismo sentido, se resolvió que: «No decidir o decidir fuera de plazo constituyen conductas irregulares de la Administración que perjudican al particular y atentan contra el accionar eficaz de aquella»⁶.

Por eso, no basta que la Administración resuelva de modo expreso. Es necesario que los órganos estatales respondan la petición en tiempo oportuno y de manera fundada, explicitando las razones que permiten resolver de ese modo (GORDILLO, 1995). Sin esta expresión de las motivaciones, además de violarse el derecho a una decisión fundada, se torna imposible el control de la juridicidad y de la razonabilidad de la decisión del órgano administrativo.

La necesaria motivación de los actos permite el control (administrativo o judicial), especialmente en aquellos supuestos que se ejercen potestades discrecionales y no meramente regladas (SESIN, 1996). Pero, además, la motivación es una exigencia de un Estado democrático de Derecho, una necesidad derivada del carácter público de los actos republicanos. En el nuevo paradigma del Derecho Administrativo, los órganos administrativos no solo deciden de modo unilateral, sino que integran a sus decisiones las opiniones e intereses de los particulares que pueden verse afectados por el acto o el reglamento (BALBÍN, 2011).

En el caso español, la Constitución de 1978 reconoce expresamente el derecho de petición en su artículo 29: «Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley».

Este derecho de peticionar a las autoridades conlleva la obligación correlativa de la Administración de dar respuesta a las peticiones individuales y colectivas, de manera expresa y oportuna, sin perjuicio de su consagración legal, como más adelante se verá.

También en la Constitución española se establecen los principios generales de la actuación administrativa: «Artículo 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Estos principios de organización administrativa se ven complementados por las garantías que se reconocen a los ciudadanos:

Artículo 105. La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

5. Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, Buenos Aires, 6/6/11, en autos *Rosas*.

6. Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala III, Buenos Aires, 3/10/07 en autos *Perez, Ángel c. E.N.*

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

El deber del Estado de resolver de modo expreso las peticiones de los ciudadanos se halla consagrado en España en el artículo 21 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo que establece: «Obligación de resolver 1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación».

Pero además, en el orden supranacional, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales⁷ reconoce expresamente el derecho a una buena administración en su artículo 41. Allí se afirma que «toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable». De este modo, el derecho a una respuesta expresa, fundada y razonable tiene rango comunitario, y debe ser respetado por todas las autoridades administrativas españolas (GARCÍA PÉREZ, 2013). Además, el mismo texto reconoce (en el apartado 2 del artículo 41): «a) El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones».

Este derecho a la *buena administración* se extiende a todos los órganos estatales y a todos los niveles de la Administración: nacional, autonómica y municipal (SANZ LARRUGA, 2009).

Por último, y como una de las expresiones del derecho a la tutela efectiva y al debido procedimiento adjetivo, el particular tiene derecho a que el trámite administrativo finalice con el dictado de un acto que resuelva —de modo fundado— la petición. Este requisito de fundamentación del acto es, al mismo tiempo, una exigencia del Estado democrático de Derecho, y una necesidad para el control administrativo y judicial del acto, por el particular, por los terceros interesados y por el propio ente estatal.

3. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Cuando un particular se presenta y formula una pretensión ante la Administración debería, en un plazo razonable, obtener una respuesta expresa —sea positiva o negativa— a su petición a través del dictado del acto administrativo correspondiente. Pero la realidad nos enseña que, muchas veces, los órganos administrativos encargados de tramitar esta petición no brindan una respuesta expresa o no lo hacen de modo oportuno. Como uno de los modos de mitigar este vicio común de las administraciones, los ordenamientos jurídicos han creado desde antaño el instituto del silencio

7. Aprobada por el Consejo Europeo celebrado en Niza el 7 de diciembre de 2000.

administrativo. Este instituto tuvo su origen como una ficción que la ley establecía en beneficio del interesado y en virtud del cual se consideraba su solicitud estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquel cuando la Administración incumplía el deber que tiene de resolver de modo expreso (LIMA, 2009).

El silencio es, entonces, una técnica de tutela que el ordenamiento jurídico brinda al ciudadano frente a la inactividad o la falta de respuesta dentro de un procedimiento administrativo (NIETO GARCÍA, 1962). A esta altura, resulta importante señalar que el silencio administrativo opera solo en relación a la inactividad formal de la Administración, no así respecto de la inactividad material. Es decir, el silencio es una técnica de tutela frente a la omisión dentro de un trámite o procedimiento administrativo, no cuando lo que tiene lugar es la falta de actividad material de la Administración. Ilustrémoslo con dos ejemplos. Un afiliado a la obra social estatal solicita una cobertura farmacéutica específica u otra prestación no prevista en principio entre las que otorga el ente, pero que su médico indica como necesaria para tratar su enfermedad. El ente público forma un expediente con el pedido, pero, no obstante la urgencia del caso, no lo resuelve. Ante esta falta de respuesta, el paciente puede canalizar su pretensión por la vía del silencio administrativo denunciando, a su vez, la violación de su derecho a la salud, a la vida y a la integridad física, por la falta de provisión del medicamento. Un caso distinto sería el de la falta de actividad material de la Administración, por ejemplo, en no realizar campañas de prevención contra enfermedades como la que padece la persona de nuestro ejemplo. En este supuesto de falta de actividad (solo material) las vías de acción son distintas al silencio y exceden el marco de este trabajo.

El silencio administrativo ha sido definido en España como la ficción jurídica por la que se entiende, en defensa de los derechos del administrado, que se ha dictado una resolución de carácter estimatorio o desestimatorio, según el caso, cuando transcurren los plazos máximos que tiene la Administración para resolver un procedimiento y notificar la resolución del mismo, sin que se cumpla con dichas obligaciones (RODRÍGUEZ ARANA, 2009: 210, tomo II).

La doctrina administrativista clásica, de manera congruente con la concepción del contencioso administrativo como un juicio al acto, consideraba el silencio como un verdadero acto (tácito o presunto) denegatorio, que luego sería revisado en sede judicial. La superación del dogma revisor, y la aceptación de una revisión amplia de la actividad (y la inactividad) de la Administración y su compatibilidad con todo el orden jurídico, hace innecesario recurrir a tales ficciones⁸. Es más, la inactividad administrativa que resulta en el silencio implica, justamente, la ausencia de un acto (TENREYRO, 2011: 166). Baste con decir, en lo que importa al objeto de este trabajo, que la inactividad de

8. Constitución española, artículo 106. 1. «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican».

la Administración puede ser revisada de manera amplia por imperio de la existencia de un Estado constitucional de Derecho⁹.

A pesar de las críticas recibidas por la ley de procedimientos administrativos de 1992 (MEILÁN GIL, 2012), la reforma del procedimiento español de 2015 sigue considerando el silencio como una ficción de un acto (presunto) denegatorio. Este sistema ha sido objeto de importantes observaciones, especialmente en relación a su complejidad y la existencia de tantas excepciones al silencio positivo, que la regla —en los hechos y como veremos más adelante— es el silencio como desestimatorio (MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2016; FERNÁNDEZ PASTRANA, 1992: 107), como veremos en el capítulo quinto.

4. EL SISTEMA ARGENTINO

Luego de haber expuesto las características generales del derecho de peticionar de los particulares y el deber de resolver que pesa sobre la Administración, corresponde ahora que desarrollemos el tratamiento que el derecho argentino y el derecho español le otorgan a la inactividad formal de los entes públicos.

Antes de ingresar en la descripción del silencio en el derecho argentino, es necesario aclarar que, por imperio del sistema constitucional, el Estado argentino se halla organizado en un sistema federal¹⁰. Esto determina que a la par del sistema administrativo federal (aplicable a los procedimientos ante organismos nacionales) existen tantos ordenamientos como jurisdicciones provinciales (veinticuatro). Así, el Gobierno federal y las provincias regulan de manera separada sus sistemas administrativos. Por razones didácticas consideraremos el sistema federal, cuyas reglas generales todas las provincias siguen en mayor o menor medida.

El sistema establecido en la ley nacional de procedimientos administrativos (Decreto-Ley 19.549/72) está expuesto en el artículo 10:

El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto

9. Constitución española, artículo 1.1. «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Constitución de la Nación argentina, Artículo 1. «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal».

10. Constitución de la Nación Argentina, artículo 1.º. «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución».

despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.

La institución del silencio administrativo en la Argentina tiene como antecedente la Ley de Demandas contra el Estado n.º 3952, sancionada en 1900. Esta ley establecía en su artículo 1 que la Administración solo podía ser demandada previa denegación del reclamo administrativo. Luego, en el artículo 2 de la misma norma, se preveía el caso de silencio:

Si la resolución de la Administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los Tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos.

Como se advierte de la mera lectura de la ley, el silencio estaba previsto exclusivamente como un requisito de admisibilidad de la acción contenciosa contra el Estado, un supuesto necesario para el examen judicial de la conducta de la Administración.

4.1. *El principio general del sistema argentino*

Según la norma actualmente vigente, en el derecho argentino el principio general es que, ante la falta de pronunciamiento por parte de la Administración, la omisión tiene efecto desestimatorio, salvo norma expresa en contrario.

En la ley de procedimientos no se señalan cuáles son esas excepciones, las que resultan de normas especiales y complementarias. De todos modos, los ejemplos de silencio positivo en la legislación argentina son muy escasos y, además, muy poco utilizados. Entre los casos de silencio previsto como estimatorio, cabe citar la aceptación tácita de la renuncia de los funcionarios públicos nacionales, si no se produce su rechazo dentro de los 30 días de presentada¹¹; el caso de la autorización para realizar transporte aéreo de pasajeros no regulares (*charters*)¹²; la falta de pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre proyectos de concentración económica

11. Ley Marco de Regulación del Empleo Público (n.º 25.164), artículo 22 del Anexo: «La renuncia es el derecho a concluir la relación de empleo produciéndose la baja automática del agente a los treinta (30) días corridos de su presentación, si con anterioridad no hubiera sido aceptada por autoridad competente.

La aceptación de la renuncia podrá ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta (180) días corridos si al momento de presentar la renuncia se encontrara involucrado en una investigación sumarial».

12. Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n.º 1470/97, Normas de aplicación a las que deberán ajustarse las empresas aéreas autorizadas, nacionales y extranjeras, para la realización de servicios no regulares de transporte aéreo de pasajeros, denominados *Charters*; artículo 4: «Dentro de los DIEZ (10) días hábiles de efectuada la presentación la autoridad deberá expedirse

y operaciones de control de empresas¹³; la importación de gas natural¹⁴, y los proyectos de concentración económica¹⁵.

¿Cuál es el plazo dentro del cual la Administración debe resolver la pretensión del particular? La ley de procedimientos establece un plazo supletorio general de 60 (sesenta) días. En los demás casos, se debe estar a los plazos fijados en las leyes especiales, que puede ser inferior o superior al plazo supletorio, por ejemplo, el de 30 (treinta) días para resolver el recurso jerárquico o el de 10 (diez) días para emitir un dictamen jurídico.

4.2. Efectos del silencio en el sistema argentino

El silencio de la Administración, en las condiciones previstas en el artículo 10 del Decreto-Ley 19549, permite al particular considerar como denegado su pedido. Es importante señalar que esta posibilidad es un derecho del particular peticionante, no de la Administración, ni de terceros, aun cuando tengan interés en el procedimiento (TENREYRO, 2011: 186).

En relación al funcionario, la falta de pronunciamiento expreso puede generar responsabilidad civil, penal y administrativa. En lo que respecta al particular, este puede

respecto de la solicitud. En caso de no existir pronunciamiento, se considerará automáticamente concedido el permiso».

13. Ley 25.156 de Defensa de la Competencia; artículo 13: «En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo, el Tribunal por resolución fundada, deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la solicitud y documentación respectiva:

- a) Autorizar la operación;
- b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que el mismo Tribunal establezca;
- c) Denegar la autorización.

La solicitud de documentación adicional deberá efectuarse en un único acto por etapa, que suspenderá el cómputo del plazo por una sola vez durante su transcurso, salvo que fuere incompleta». (Párrafo incorporado por art. 4.º del Decreto n.º 396/2001 B.O. 5/4/2001.- Vigencia a partir del 9/4/2001).

Artículo 14: «Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa».

14. Ley 24.076, artículo 3.º: «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. Los importadores y exportadores, deberán remitir al Ente Nacional Regulador del Gas una copia de los respectivos contratos».

15. Ley 25156 de Defensa de la Competencia, artículo 14: «Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa».

adoptar varias alternativas para intentar vencer la inactividad del ente público. Estas vías son:

- a) Promover un pedido de pronto despacho administrativo
- b) Promover una acción de amparo por mora
- c) Deducir una acción contenciosa administrativa

A continuación, analizaremos brevemente esas opciones por separado.

a) Pronto despacho administrativo

El pronto despacho es una técnica prevista en la ley de procedimientos administrativos por la cual quien es parte en el trámite administrativo formula un urgimiento (pedido de pronto despacho) para que el ente resuelva la cuestión de modo expreso. Este pedido cuenta, según la ley, con un apercibimiento expreso: si la Administración no dicta el acto en el plazo de 30 días, se considera denegado el pedido y queda expedita la vía judicial.

El pronto despacho se realiza por escrito, sin otras formalidades que las que corresponde a toda otra presentación a la Administración y permite un rápido agotamiento de la vía administrativa.

b) Amparo por mora

El amparo por mora es una acción limitada a exigir al órgano moroso explique las razones de su inactividad (formal). Algunos autores entienden que el amparo por mora tiene una raíz común con el amparo genérico del artículo 43 de la Constitución argentina (SAGÜES, 2004) y que emana del derecho al debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional), ya que la inactividad o morosidad administrativa virtualmente opera como denegación de justicia en sentido amplio (DROMI, 2009), especialmente cuando el agotamiento de la vía administrativa constituye requisito para poder acceder a la justicia contenciosa administrativa.

La acción de amparo por mora está prevista en la propia ley de procedimientos administrativos. Así, el artículo 28 del Decreto Ley 19549 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.

El proceso —de carácter sumarísimo— concluye con una sentencia que declara la existencia o no de mora, y, en este último caso, la condena a la Administración a dictar el acto, también bajo apercibimiento de habilitar la vía judicial. La vía del amparo por mora es una alternativa sencilla, rápida y económica. Los repertorios de jurisprudencia y las referencias de la doctrina reflejan la conducta habitual de la Administración de, al ser notificada del amparo por mora, dictar el acto demorado. Así, se produce una inmediata reacción del emplazado que al recibir la notificación, luego de una larga inactividad, dicta inmediata y apresuradamente el acto, lo adjunta al responder el informe y solicita que la cuestión se declare abstracta y las costas se impongan en el orden causado (GUSMÁN, 2014). Sin embargo, lo habitual es que, más allá de que la cuestión se haya vuelto efectivamente abstracta (PEYRANO, 1993: 131), la carga de las costas sea soportada por la Administración, que, con su demora, obligó al particular a litigar (GORDILLO, 2010; SAGÜES, 2004: 610).

c) Acción contenciosa administrativa

La última alternativa de reacción del particular ante el silencio es la de, vencido el plazo legal para resolver, simplemente considerar agotada la vía administrativa por silencio, entender desestimado el acto y deducir la acción contenciosa administrativa. En este caso, la acción tendrá por objeto el reconocimiento del derecho desconocido, la nulidad de un acto (previo al silencio) o la reparación de los daños causados por la Administración.

Más allá de algunas vacilaciones de la jurisprudencia y de algunas interpretaciones restrictivas, en los casos de silencio de la Administración no corre plazo de caducidad para deducir la acción contenciosa administrativa. El fundamento es que el particular no puede, ante la conducta ilegítima de la Administración de no resolver el pedido, verse en una situación peor que aquel a quien se le ha denegado de modo expreso.

5. EL SISTEMA ESPAÑOL

En el capítulo anterior expusimos el tratamiento que el derecho argentino brinda al silencio administrativo. En este capítulo veremos cómo lo hace el derecho administrativo español.

El sistema español también utiliza el instituto del silencio administrativo, pero, a diferencia del caso argentino, le otorga a la falta de pronunciamiento del órgano un carácter estimatorio, salvo excepciones. Esta solución del derecho español producto de una evolución desde el principio opuesto. El principio del silencio con carácter estimatorio es una innovación introducida por la Ley 30/1992¹⁶, que modificó el principio establecido por la anterior ley de 1956. En esa ley de procedimientos administrativos,

16. Luego modificada parcialmente por la Ley 4/1999.

el silencio tenía como principio efecto desestimatorio —salvo excepciones como la prevista en el artículo 95 (FERNÁNDEZ PASTRANA, 1992), referido a las relaciones interadministrativas e interorgánicas y las autorizaciones o aprobaciones que debían acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores—. Sin embargo, como una forma de protección al ciudadano, se le permitía el acceso a la vía de recurso contencioso administrativo, a través de la ficción legal del acto «presunto» (GARRIDO FALLA, 1994).

Precisamente, fue GARRIDO FALLA, durante la vigencia del régimen del silencio desestimatorio, uno de los principales opositores al régimen del silencio positivo, presente también en varios ordenamientos municipales. Entre las principales razones que este jurista español sostuvo contra la posibilidad de estimar como positivo el silencio fueron su «peligrosidad» para el interés público y su «inutilidad». Peligrosidad por la posibilidad de que pretensiones absurdas pudieran tenerse por aceptadas, solo por el paso del tiempo, afectando así el interés general. Inutilidad porque, si la Administración no ha dictado el acto de reconocimiento expreso, parece lógico que para ejecutar dicho acto «presunto» será necesario recurrir a la vía contenciosa, al mantenerse la inactividad de la Administración (GARRIDO FALLA, 1955). Esta posición contraria al silencio positivo es también compartida por un sector importante de la doctrina administrativista española, que destaca el «peligro» de que la negligencia de un funcionario produzca efectos tan importantes (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006).

En la exposición de motivos de la ley de procedimientos administrativos de 1992, el legislador aclaraba que: «Por ello la Ley instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la Jurisdicción contencioso-administrativa».

El instituto del silencio es siempre una garantía a favor del administrado, y de ningún modo releva a la Administración del deber de resolver de modo expreso y fundado. Así lo resolvió el Tribunal Supremo español:

No siendo el silencio un acto en sentido propio, el ordenamiento jurídico que no desconoce que la Administración está obligada a resolver, asignaba a ese silencio un valor normalmente negativo (artículo 94 de la lpa), con efectos estrictamente procesales: así se convirtió el silencio de la Administración en un instrumento apto para abrir la vía jurisdiccional a salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los afectados por la decisión administrativa (30 de septiembre de 1994, sala 3.^a, ponente ESCUSOL BARRA).

El propósito declarado del legislador de 1992 fue «superar la doctrina del llamado silencio administrativo». La propia exposición de la ley afirma que

el carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la

celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o cuando, realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista.

Esta modificación procedimental fue, sin embargo, muy criticada por la doctrina española (PAREJO ALFONSO, 2012; AA. VV., 2008). Los autores consideraron que, más allá de las buenas intenciones, la cantidad de excepciones previstas para el silencio positivo generaban que, en la realidad, el principio no tuviera virtualidad. Como advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, el carácter amplio de la previsión del artículo 43 colisiona con la eufórica proclamación hecha en la exposición de motivos de la ley a favor del silencio positivo (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 596-597). Según RODRÍGUEZ ARANA, en 1992, con la Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, un 90,1% de los procedimientos tenían efectos desestimatorios, frente a un 9,9% que los tenían estimatorios, mientras que en 1996, y con la Ley 30/1992, sin perjuicio de que el principio general era teóricamente el silencio positivo, a través de las normas reglamentarias se logró que un 77,5% de los procedimientos mantengan el silencio negativo, mientras que solo el 22,5% de los procedimientos seguían la regla general del silencio positivo (RODRÍGUEZ ARANA, 1999). Otro punto que generó muchas críticas fue el mantenimiento de la ficción del acto presunto (ANDREAU, 1999) como supuesto producto de la inactividad formal de la Administración.

Así, la ley mantenía la presunción de acto equiparable a la resolución administrativa expresa, funcionando como una técnica otorgatoria o de reconocimiento de derechos (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006). El mero transcurso del plazo sin resolver de modo expreso producía un verdadero acto administrativo, que podía hacerse valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, pública o privada¹⁷.

5.1. El principio general del sistema español

El principio general de la falta de respuesta como estimatoria de la pretensión del particular fue ratificado, con algunas modificaciones, en el artículo 24 de la Ley de Procedimientos Administrativos¹⁸, que ha mantenido el sistema establecido por la Ley 30/1992, con algunas variantes. El texto de la norma establece que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa permite al interesado entenderla estimada, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Además, cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su

17. Ley 30/1992 artículo 44.1.

18. Ley 39/2015 del 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio debe fundarse en la existencia de razones imperiosas de interés general.

Sentado el principio general de que el silencio es considerado como asentimiento de la Administración —salvo norma de rango legal o superior que establezca lo contrario y que existan *razones imperiosas de interés general*—, la Ley de Procedimientos Administrativos abre una larga serie de excepciones al principio. Así, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos a:

- El ejercicio del derecho de petición (artículo 29 de la Constitución española).
- Aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.
- Impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente.
- Procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- Procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y de revisión de oficio de aquellos iniciados a solicitud de los interesados. Sin embargo, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo no dictase y notificase resolución expresa (siempre que no se refiera a las materias enumeradas anteriormente).
- En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

Por ello, ante la falta de respuesta (y notificación) por parte de los entes públicos tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. En cambio, la desestimación por silencio administrativo tiene como único efecto permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o judicial que corresponda.

Una vez vencido el plazo, ¿la Administración debe dictar el acto expreso? La respuesta es afirmativa, pero el contenido posible del acto varía, según el silencio sea considerado por la ley como estimatorio o desestimatorio.

- a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo solo puede ser confirmatoria del pedido del particular.
- b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo puede asumir un contenido positivo o negativo.

Los actos administrativos (presuntos o ficticios) producidos por silencio administrativo se pueden hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica. Sus efectos se producen desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En este sentido, la nueva ley de procedimientos española introduce una innovación, ya que antes era necesaria

la expedición de un certificado del vencimiento del plazo, expedido por el órgano competente para resolver.

En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, en el caso de vencimiento del plazo para resolver, se producirá la caducidad de las mismas¹⁹.

5.2. Excepciones

El principio declarado del silencio como estimatorio del Derecho Administrativo español debe ser apreciado considerando el ordenamiento jurídico en su conjunto. Como ya vimos, la propia ley de procedimientos establece excepciones muy importantes en número, en los que el silencio es desestimatorio. Además, la propia ley de procedimientos efectúa una remisión al resto de las normas que consagran supuestos de silencio desestimatorio de modo expreso²⁰. A ello se ha sumado una interpretación jurisprudencial que introdujo fuertes recortes al principio. Así, por ejemplo, la sentencia del TC 52/2014, de 10 de abril (BOE de 7 de mayo de 2014), declara constitucional, pero reinterpreta, la regulación que hace el art. 46.1 LJCA del plazo máximo para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos «presuntos», afirmando que esta noción incluye únicamente los actos estimatorios por silencio, con lo que el plazo de caducidad no resulta aplicable a los supuestos de silencio negativo, en los que queda abierta la vía de recurso en tanto la Administración no resuelva.

El Tribunal Supremo español también ha recortado los límites del silencio positivo, a través de una interpretación restrictiva de la norma de procedimiento²¹. Así el Tribunal Supremo decidió excluir del silencio positivo a cualquier petición si no tenía previsto un procedimiento predeterminado, para evitar que el silencio positivo sirviera de aval para peticiones descabelladas.

En la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo (TS, 14/10/13, Rec. 2007/2012).

Otro caso de interpretación restrictiva del silencio es cuando media un requisito imprescindible para la validez del acto, por aplicación de la norma del artículo 47 de la ley

19. Artículo 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo español.

20. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social establece una serie de procedimientos que quedan excepcionados de la regla general del silencio administrativo positivo.

21. Los casos se refieren a la Ley 30/1992, cuyo texto es similar al actualmente vigente.

de procedimientos²². Así lo resolvió la sentencia del Tribunal Supremo (Rec. 3887/2012) del 7/10/14 referida a la homologación de títulos expedidos fuera de España.

Finalmente, el Tribunal Supremo también ha excluido la aplicación del silencio positivo a los casos en los que se hallen comprometidos derechos de terceros, respecto de los cuales debe garantizarse siempre el derecho a ser oídos (sentencia del 28/10/14 en el Rec. 4766/2011).

Además, la Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción contencioso-administrativa introdujo un elemento más al fijar los plazos para recurrir a la vía jurisdiccional, y en su artículo 46.1 fijó un plazo de dos meses si el acto era expreso y de seis meses si el acto era presunto (por silencio).

El 24 de enero de 2004, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sec. 2) resolvió que:

La remisión que el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional hace al acto presunto, no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación que del silencio negativo se hace en la Ley 30/1992 lo configura como una ficción y no como un acto presunto... Tratándose de silencio negativo, desde la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino sólo —nuevamente— de ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado, por lo que no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su obligación de resolver.

De este modo, el sistema español puede resumirse del siguiente modo: el vencimiento del plazo máximo para resolver un procedimiento sin haberse notificado resolución expresa al interesado se entenderá estimado (silencio positivo) salvo en los siguientes supuestos:

- a) Procedimientos a los que la Ley o norma de jerarquía superior expresamente les atribuye el efecto desestimatorio, por razones de interés general.
- b) Peticiones que no cuentan con regulación de un procedimiento específico (legal o reglamentario) para su trámite.
- c) Procedimientos en que falte un requisito imprescindible para el acto administrativo.
- d) Procedimientos iniciados de oficio.
- e) Procedimientos en que no se haya garantizado el derecho de audiencia a los terceros que puedan ser afectados.

Así, el principio del silencio positivo en el procedimiento administrativo español queda prácticamente reducido a una mínima expresión, porque resulta difícil pensar supuestos en los que no haya terceros afectados (directa o indirectamente) por un acto administrativo o que no concurren algunas de las otras excepciones previstas en la ley.

22. Artículo 47. Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ... f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE AMBOS SISTEMAS

Habiendo expuesto el sistema argentino y el sistema español de regulación del silencio administrativo, corresponde ahora analizar las ventajas y desventajas que cada ordenamiento jurídico posee.

Por un lado, el sistema argentino del silencio como desestimatorio (salvo norma expresa en contrario) tiene una ventaja importante: su sencillez y claridad. El particular sabe que, ante la falta de respuesta oportuna, el sentido de la omisión estatal es denegatorio, sin que por ello la omisión pierda su carácter antijurídico. En consecuencia, el particular que se considera damnificado puede solicitar el pronto despacho, promover una acción de amparo por mora o, cumpliendo los demás requisitos procesales, dar por agotada la vía administrativa y requerir la tutela judicial de su derecho.

Por otra parte, no es menos cierto que este sistema alienta —de un modo indirecto— la falta de resolución de las peticiones. El funcionario tiene un camino sencillo y poco comprometido: si no resuelve la petición, esta se considera desestimada y nadie puede imputarle connivencia ni apresuramiento al resolver. Si algún derecho ha sido desconocido en el camino, allí está el órgano jurisdiccional para repararlo. Este modo de razonar —muy común en los funcionarios— es claramente antijurídico, porque, como ya vimos, viola el principio de tutela efectiva que exige que las peticiones tengan respuesta expresa y oportuna.

La doctrina argentina no ha formulado mayores críticas al sistema del silencio negativo. Por el contrario, el padre del Derecho Administrativo argentino Rafael BIELSA se oponía firmemente al silencio positivo por dos razones: porque todo acto administrativo debe ser expreso y fundado, y porque la aprobación tácita vendría a legitimar y estimular la inercia administrativa (BIELSA, 1942).

El sistema del silencio con efecto estimatorio, adoptado actualmente por el derecho español, busca remediar este mal. El propio legislador español señalaba, en la exposición de motivos de la Ley de Procedimientos de 1992, que el propósito de la modificación del sistema de silencio era obligar a la Administración al dictado de los actos expresos. Sin embargo, la inclusión de numerosas excepciones, luego ampliadas por vía jurisprudencial, ha casi revertido el principio. Además, al complementar el principio general con enumeraciones donde el silencio asume un sentido positivo (p. e. recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo) o negativo (p. e. actividades que puedan dañar el medio ambiente) hace más complejo el sistema.

Otra crítica que se ha formulado al sistema del silencio positivo es la posible corrupción que puede generarse, a través de una connivencia entre el funcionario encargado de resolver y el particular interesado en una respuesta favorable (TORRES PERAL,

2008)²³. Entendemos que esta crítica no puede aceptarse válidamente solo para el caso del silencio positivo. Si existen funcionarios corruptos (y particulares dispuestos a corromperlos), estos aprovecharán tanto las situaciones de silencio positivo como las de silencio negativo, tanto los casos en que se debe realizar una acción como simplemente omitir cierta conducta.

A esta altura de la comparación de los sistemas, es importante señalar que, cualquiera que sea la decisión legislativa que se adopte, el instituto del silencio administrativo —que parte de un incumplimiento del deber de resolver del Estado— debe ser siempre interpretado en base al principio *pro homine*, es decir, en el sentido más favorable al particular. El principio se halla consagrado en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por lo tanto, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos reconocidos en ellos. Así, cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el principio *pro homine* expresando que «en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos»²⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado el principio *pro homine* como un «principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones»²⁵.

Por eso, en ningún caso debe admitirse la pérdida del derecho del particular como consecuencia de la falta de pronunciamiento expreso de la Administración, salvo los casos en que el ordenamiento impone una carga al particular en relación al impulso del trámite. La importancia del criterio interpretativo *pro homine* ha sido destacada por la Doctrina argentina como una pauta hermenéutica básica del sistema de derechos humanos (SAGÜÉS, 2002; PINTO, 1997). También la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha reconocido la plena vigencia de este principio en materia de derechos fundamentales en los casos «Cardozo»²⁶, «Madorrán»²⁷ y «Álvarez»²⁸, entre otros.

No obstante, y a pesar de todas las excepciones, restricciones y resistencias a la operatividad del silencio positivo, las cifras que se expusieron en el capítulo quinto

23. Disponible en <http://www.lavozdigital.es/cadiz/20081231/opinion/constitucion-silencio-administrativo-20081231.html>.

24. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 35/07 en autos «Jorge, José y Dante Peirano Basso c/ República Oriental del Uruguay», del 1 de mayo de 2007.

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85.

26. Fallo del 20 de junio de 2006.

27. Fallo del 3 de mayo de 2007.

28. Fallo del 7 de diciembre de 2010.

demuestran que, comparando con los casos prácticamente nulos de silencio positivo en la Argentina, el sistema de silencio estimatorio cubre una franja importante de la actividad administrativa española (entre un 9 y un 22% de los procedimientos), especialmente en el campo de las autorizaciones. Esta técnica, prevista para casos donde la actuación de la Administración puede efectuarse *a posteriori* y dentro del marco del control de la actividad de los particulares, aparece como un avance en el ejercicio pleno de los derechos.

A modo de síntesis, las diferencias entre ambos sistemas pueden esquematizarse del siguiente modo:

Tabla n.º 1. Diferencias respecto del silencio en el derecho español y argentino

	Derecho español	Derecho argentino
Obligación de resolver	Sí	Sí (implícita)
Plazo	No mayor a 6 meses (salvo norma legal o suprallegal)	90 días (supletorio) o el fijado en normas especiales
Principio general del silencio	Estimatorio	Desestimatorio
Certificación del silencio	Sí (optativo)	No
Excepciones	<ul style="list-style-type: none"> - Transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público - Impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente - Procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas - Impugnación de actos - Revisión de actos de oficio - Falta de requisitos imprescindibles para el acto 	Norma expresa (del resto del ordenamiento)
Remedios contra el silencio	Acción contenciosa (por vencimiento del plazo)	<ul style="list-style-type: none"> -Acción contenciosa -Pronto despacho -Amparo por mora
Posible contenido del acto posterior	<ul style="list-style-type: none"> - Para los casos de silencio estimatorio: solo para confirmar - Cuando se trata de casos en que el silencio es desestimatorio: sin restricciones 	Sin restricciones

Fuente: Elaboración propia.

La lectura de la tabla permite advertir las diferencias de los sistemas, al menos en el plano teórico y más allá de sus resultados —similares— en la práctica. Del mismo modo se advierte la notoria mayor complejidad del sistema administrativo español, con las consecuencias que en el capítulo siguiente se expondrán.

7. CONCLUSIONES

En los capítulos anteriores se expusieron críticamente los sistemas argentino y español en relación al silencio administrativo. En este último capítulo se exponen las conclusiones que resultan de la comparación de ambos sistemas.

El silencio de la Administración es una institución muy significativa dentro del procedimiento administrativo, ya que permite una solución, al menos parcial, a la falta de actividad formal de los órganos públicos.

El silencio administrativo puede tener como consecuencia la estimación o desestimación de la petición. La elección de una u otra alternativa es materia de un criterio de apreciación de normas de rango legal o superior, para la mejor defensa de los derechos de los ciudadanos.

Los sistemas administrativos español y argentino parten de principios opuestos: el primero del silencio como estimación de la petición y el segundo como desestimación. Sin embargo, las numerosas excepciones al efecto estimatorio en el derecho español acercan los resultados finales de ambos ordenamientos. De este modo, en el caso español, para la gran mayoría de los trámites administrativos la inactividad formal de la Administración tiene efectos desestimatorios, con la única ventaja a favor del ciudadano de habilitar la instancia del reclamo judicial contencioso-administrativo. A pesar de esta distorsión y de todas las críticas formuladas por la doctrina a su implementación concreta en el caso español, el principio general del silencio positivo aparece como una herramienta útil en la defensa del ciudadano respecto de la ineficiencia y la demora de la Administración.

La comparación entre ambos ordenamientos permite advertir —como otra diferencia— la distinta complejidad del instituto en ambos sistemas. En ese sentido, el derecho federal argentino es mucho más sencillo al establecer el principio (negativo) salvo norma expresa (que cuenta con escasas excepciones, fuera de la norma administrativa general). En cambio, el derecho español establece un principio general (estimación) pero luego se definen numerosas excepciones dentro de la misma ley de procedimientos administrativos (por tipo de trámite o por naturaleza de la cuestión) que a su vez tienen excepciones que vuelven a determinar la vigencia del principio general. Esta extrema complejidad puede generar una afectación del principio de seguridad jurídica, en especial en aquellos particulares no especialistas en la materia.

De todos modos, la adopción de uno u otro sistema (silencio como estimatorio o desestimatorio) dependerá siempre de una decisión de tipo legislativo (política). Esta

decisión debe tener en cuenta la idiosincrasia de la sociedad y los estímulos que se prevean para el pronunciamiento oportuno y expreso en el ordenamiento que se aplique. En cualquier caso, es conveniente que las reglas sean lo más claras posibles, para evitar perjuicios a la seguridad jurídica y contribuyendo a la previsibilidad del sistema administrativo tanto para los funcionarios como para los particulares interesados.

Para finalizar, es necesario recordar que siempre, cualquiera que sea el sistema que se adopte, la interpretación de la inactividad formal administrativa debe elegir aquella solución que proteja al particular de la mejor manera frente a la Administración, garantizando del mejor modo posible el derecho a la tutela efectiva de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. 2008: *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Derecho Global.
- ANDREAU, S. 1999: «El silencio de la Administración». En AA. VV.: *Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: RAP.
- BALBÍN, C. F. 2011: *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- BASTERRA, M. 2013: *El proceso constitucional de amparo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BIELSA, R. 1942: *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: UNL.
- CAPALBO, S. 2011: «El derecho a la tutela judicial efectiva». En G. Tawil: *Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 112-118.
- CREO BAY, H.-H. 2008: *Amparo por mora de la administración*. Buenos Aires: Astrea.
- DROMI, R. 2009: *Derecho Administrativo* 12.^a ed. act. Buenos Aires: Ciudad Argentina – Hispania Libros.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. enero-abril de 1992: «Reivindicación del silencio positivo: Reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas». *RAP*, 1992, (127): 103-142.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-F. 2006: *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- GARCÍA PÉREZ, M. 2013: «El silencio administrativo en España». *Misión Jurídica*, 2013, (6): 57-83.
- GARCÍA PULLÉS, F. 2015: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GARRIDO FALLA, E. 1955: «La llamada doctrina del silencio administrativo». *RAP*, 1955: 98 y ss.
- GARRIDO FALLA, F. 1994: «La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo». *REDA*, 1994: 189-200.
- GELLI, M. A. 2008: *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- GORDILLO, A. 1995: «La sentencia en el amparo por mora: alcances, recursos», *La Ley*, 1995: -D-307.
- GORDILLO, A. 2016: *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: FDA.
- GORDILLO, A. 2010: *Procedimiento Administrativo. Decreto Ley 19.549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Comentados y concordados*. 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GUSMÁN, A. S. 2014: *Juicio de Amparo por mora de la Administración*. Buenos Aires: Hammurabi.
- HITTERS, J. 2004: «El amparo por mora en la provincia de Buenos Aires». *Jurisprudencia Argentina*, I-863.

- LIMA, F. 2009: *El silencio de la Administración y la habilitación de la instancia judicial*. Obtenido de <http://www.gordillo.com>.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. 2016: *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*. Pamplona: Arazandi S.A.
- MEILÁN GIL, J. L. 2012: «El silencio de la administración». *AFDUC*, 2012, (16): 275-295.
- MIDÓN, M. R. 2004: *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 2.ª ed. Buenos Aires: La Ley.
- NIETO GARCÍA, A. 1962: «La inactividad material de la Administración y el recurso contencioso administrativo». *RAP*, 1962, (80): 75-126.
- NIETO GARCÍA, A. 2006: «La inactividad material de la Administración y el recurso contencioso administrativo». *RAP*, 2006: 80.
- PAREJO ALFONSO, L. 2012: *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*. Sevilla: Derecho Global.
- PEYRANO, J. 1993: *El Proceso Atípico*. Buenos Aires: Universidad.
- PINTO, M. 1997: «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En M. Abregú: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS - Editores del Puerto.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. 1 de enero de 1999: «Sobre la reforma de la ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común». *ED*, 1999, (180-902).
- RODRÍGUEZ ARANA, J.-S. 2009: *Derecho Administrativo Español*. La Coruña: Netbiblo.
- SAGÜÉS, N. P. 2002: «La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional». En J. Palomino: *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- SAGÜES, N. P. 2004: *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- SANZ LARRUGA, F. 2009: «El ordenamiento europeo, el Derecho Administrativo español y el derecho a una buena administración». *AFDUC*, 2009: 729-751.
- SEGIN, D. J. 1996: *Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados*. Buenos Aires: Derecho Administrativo Argentino hoy, Ciencias de la Administración.
- TENREYRO, P. 2011: *Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*. Córdoba: Advocatus.
- TORRES PERAL, T. 31 de diciembre de 2008: *La Constitución y el silencio administrativo*. Recuperado el 23 de enero de 2017, de <http://www.lavozdigital.es/cadiz/20081231/opinion/constitucion-silencio-administrativo-20081231.html>.