

SILENCIO ADMINISTRATIVO Y ACCESO A LA JUSTICIA

DIEGO ISABELLA

Profesor en la Universidad Católica Argentina de La Plata.*

En primer lugar quiero agradecer la gentil invitación que me efectuara el Dr. Enrique Alonso Regueira para dar esta breve charla sobre el silencio administrativo, que extiendo a la Asociación de Docentes de la Universidad de Buenos Aires.

Respecto al tema que me convoca, y por cuestiones de tiempo, la acotaré a analizar la regulación que introduce la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), respecto al tema puntual del silencio administrativo, y sobre todo respecto del silencio positivo.

Para ser breve y cumplir con los 15 minutos asignados, no me voy a dedicar profundamente a los antecedentes del silencio administrativo.

Sin perjuicio de ello, liminarmente, todos sabemos que sus orígenes fueron esencialmente en Francia, en el año 1864, y después una gran evolución que tuvo en España. Por supuesto en forma parcial primero y después ya fue integrándose a la Ley Contencioso Administrativa.

Tuvo una marcada evolución en España y creo que esa experiencia nos tiene que servir de espejo al cual tenemos que vernos reflejado para ver realmente cuál es el alcance del silencio positivo y las problemáticas asociadas a este.

En otro panel, el doctor Alfredo Guzmán va hablar de silencio administrativo positivo y, si no recuerdo mal, mitos o fantasías, o algo por el estilo. Bueno, me parece importante esa charla porque creo que en pocas palabras desnuda, deja en claro, cuál puede ser una postura crítica respecto al silencio positivo, por lo menos de mi parte. Como sabemos en España me tuvo demasiada complejidad normativa, lo que deja en claro que la práctica es una cosa y la teoría es otra.

Puntualmente –sin entrar en demasiados detalles– hay que recordar que el procedimiento administrativo –porque a veces uno se olvida– tiene una finalidad y esencialmente está dirigido a obtener el acto administrativo final que resuelve la cuestión de fondo y, sabemos que es el instrumento por el cual la

* Palabras pronunciadas en el Seminario “Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino”, el lunes 26 de agosto de 2024, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/noticias/2024/bases-para-la-libertad-en-el-procedimiento-administrativo-argentino> (<https://www.youtube.com/watch?v=tGQni67JCek&t=1615s>).

Administración Pública expresa sus decisiones, de un modo acompañado por los órganos de control.

Pero no es menor destacar eso, que hay que buscar el dictado del acto administrativo como eje central del ejercicio de las competencias. Es el deber de la Administración resolver. No solo es un corolario del derecho de petición; es decir, la contracara del derecho de petición es obtener una decisión fundada, sino que además tiene un sustento o un sustrato normativo constitucional y también reglado legalmente. Es la propia Ley de Procedimientos y todos los principios que enumera respecto a la decisión fundada y que hoy, los principios del art. 1º *bis* se ven reforzados por su incorporación en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) a partir de las reformas que hizo la llamada Ley de Bases, de lo que surge la obligación de la administración a resolver y hacerlo de modo fundado.

No solo es un deber de la Administración sino que es un derecho de particular obtenerla.

Distinguimos la actividad formal de la actividad material. Lo que tiene que ver con el silencio negativo esencialmente tiene que ver con la actividad formal, y el silencio positivo con la material.

Recordar toda la evolución que tuvo la doctrina respecto al silencio negativo y positivo, asume que ambos tienen naturaleza jurídica diversa, y puntualmente objetivos distintos. El silencio negativo se construyó como una suerte de ficción legal que tenía como finalidad trasvasar el obstáculo que conllevaba la imposibilidad de obtener una resolución expresa denegatoria, que era el presupuesto del llamado dogma revisor del contencioso administrativo.

Es decir, al no tener la posibilidad de tener una denegatoria, esto obstaculizaba el acceso a la instancia judicial, sus consecuencias son meramente instrumentales.

El silencio positivo fue una construcción de otro tipo, se lo entendió más que como una ficción legal, una presunción legal, la de conformar un acto administrativo tácito, con las características y los alcances del acto administrativo estimatorio o favorable a lo requerido por el particular, por más que la voluntad de la Administración no estuviera expresada.

De allí, la derivación lógica que tenía asignado la aplicación del régimen de estabilidad del acto administrativo, en este caso adquirido o sancionado de alguna manera por la configuración del silencio positivo y con ello, el régimen de revocación.

Por supuesto que después tenemos el problema mayor del silencio positivo *contra legem*, del cual después me voy a abocar.

En síntesis, el silencio negativo es el camino para sortear los obstáculos del dogma revisor y el silencio positivo tenía que ver con reconocer en el particular

aquella pretensión que venía a buscar sobre la base de que la administración omitía expresar su voluntad luego del vencimiento de los plazos fijados para ello.

Y como el silencio positivo resulta así una técnica de alguna manera sustitutiva del sistema de autorizaciones en el marco del poder de policía administrativa, lo que conlleva que el silencio positivo (y lo que me parece peligroso), es que impide la administración haber elaborado esos actos de control de policía previos a la autorización. En definitiva, el particular adquiere un derecho sobre la base de la omisión estatal en ejercer las competencias propias de control.

Tenemos que acordarnos que el silencio es la falta de respuesta expresa, y no dejaría de ser antijurídico, al conllevar una omisión al deber legal de expresarse.

Entonces, lo peligroso entiendo que tiene que ver con obtener este tipo de autorizaciones que evaden los controles estatales, y que se basan en un sistema de control ineficiente, que podría encontrar soluciones disímiles y menos perniciosas que la del instituto aludido.

Respecto a la Ley 27.742 de Bases, en lo que tiene que ver con el silencio negativo, hay algunas modificaciones positivas (valga la paradoja) que me gustaría comentar brevemente.

En el silencio negativo ya no se exige pronto despacho con lo cual abrevia el plazo para adquirir la denegatoria tácita, tanto a nivel de petición, como recursivo, pese a mantenerlo en vía de reclamo administrativo previo (art. 31). Mantiene el silencio automático en los recursos administrativos.

Se modifica el art. 26 de la ley anterior, eliminando el plazo de prescripción a partir de la configuración de silencio negativo para demandar, pudiendo interponer la demanda en “cualquier momento”. Lo suprime del texto anterior. Esto no quiere decir que a alguien se le ocurra la aplicación del instituto de la prescripción por medio de las disposiciones del Código de fondo.

Mantiene a su vez la falta de plazo de caducidad para el silencio en vía recursiva, y en vía reclamatoria previa se la suprime del texto anterior, pudiendo interponer la demanda en cualquier momento, sin perjuicio en el caso del art. 31 (reclamo previo) mantiene la aplicación del plazo de prescripción.

Hay una clara e infundada contradicción, en cuanto el art. 31 –reclamo previo– no solo mantiene el pedido de pronto despacho, sino que además frente al silencio le aplica el plazo de prescripción, con lo cual hay un trato distinto, que no encuentra ninguna justificación válida. Resulta así, una contradicción insalvable, que en un caso afecta el derecho de obtener decisión fundada al particular.

Después la certificación del acto presunto por silencio, no requiere pronto despacho. Pero bueno, la pregunta es qué sucede cuando omite la administración certificar el acto presunto adquirido por silencio.

No tiene claramente asignada ningún tipo de consecuencia. Veremos que el particular en ese caso va a tener el mismo problema que tenía antes. Va a tener un

silencio positivo configurado pero no certificado o registrado, con lo cual creo yo que ahí se va a generar un grave problema también práctico. También sucedió en España, que va a tener que ver con el impulso después de ese certificado. Muy probablemente el particular deberá acudir otra vez a la justicia para impulsar el otorgamiento del certificado del acto presunto o de su registración, con lo cual, el problema no desaparece por la aplicación del silencio positivo.

También creo que se va a generar el problema con el certificado cuando se advierte que el acto presunto es contrario a la ley: ¿La Administración va a otorgarlo cuando hay un vicio manifiesto en el silencio positivo? En un caso en concreto, ¿qué va a pasar con el certificado?, ¿lo van a emitir igual? ¿Van a hacer alguna observación? Veremos.

Difícilmente la Administración certifique un acto presunto sobre la base de una manifiesta ilegitimidad de ese silencio positivo.

Con lo cual como está regulado el silencio positivo en la Ley de Bases, esta lo considera un acto administrativo a todos sus efectos. Se enrola en esta idea de que es un acto tácito que estima la pretensión de particular sobre la base de la configuración del silencio positivo. Entonces vencido el plazo sin pronto despacho, el particular tiene configurado el silencio positivo, sin otro presupuesto que ese, e incluso en forma automatizada por medio de la plataforma TAD (tramite administrativos a distancia). La certificación, en sí, es solo un medio instrumental de acreditación del silencio positivo, pero él se encuentra configurado desde el vencimiento del plazo sin respuesta, e incluso puede ser acreditado por medios distintos, entre ellos, el expediente administrativo y sus constancias.

La pregunta es la configuración del silencio positivo: ¿es facultativo o es obligado? Porque la Ley, en el inc. *b*, habla de 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”.

Con lo cual parece no dejar opciones al particular. Parecía ser que es obligatoria, y de automática configuración por medio de la plataforma TAD cuya aplicación para ese cometido está prevista en la reglamentación a la ley mediante el Decreto 695/24.

Yo creo que no es necesariamente así. Porque el derecho particular de exigir la respuesta de la Administración siempre tiene que estar, solo es renunciable por este, mal puede constreñirse al particular a que su derecho sea solo reconocido por medio de un acto tácito devenido del silencio positivo, cuando este quiere pretender (por el motivo que fuere) adquirirlo mediante un acto expreso, fundado, y que haga mérito de la prueba y argumentos de hecho y derecho producidos en el expediente. Es claro que una autorización reglada de importancia económica

para un empresario, no tiene el mismo valor que sea expresa, fundada y transparente, que aquella adquirida por la falta de respuesta de la administración.

La ley la enrola, como decíamos, en la idea de que es un acto tácito y que se le tiene que aplicar a todos sus efectos la connotación de acto administrativo finalizador del procedimiento.

¿Qué pasa con los terceros ajenos o a los terceros vinculados a esta estimación presunta en cabeza de un particular? Los afectados, los terceros afectados. Ahí también me quedan algunas dudas, porque expresamente lo considera, al silencio positivo, la Ley de Bases, como una de las causales de finalización del procedimiento administrativo, como si fuera un acto finalizador.

A mí parece que si bien puede ser la finalización de un procedimiento, en todo caso es una finalización anormal, no querida por la norma o por el régimen jurídico.

¿Qué pasa con los terceros afectados? ¿Lo van a poder impugnar? ¿Está finalizado el procedimiento? ¿Cuándo lo van a impugnar? ¿En qué plazo?, ¿A partir de cuándo corre el plazo? Es toda una cuestión que debería, por lo pronto, ser reglamentada y por menos hasta aquí no lo fue y que a mí me genera dudas.

Como anticipé, la Ley de Bases regula la aplicación del silencio administrativo positivo para las autorizaciones regladas. Pero exceptúa (en principio) temas esencialmente delicados como el medio ambiente, la salud, servicios públicos o derechos del dominio público y las que fija la reglamentación. Aunque esa limitación resulta solo aparente, ya que aun estos casos restringidos, por principio, a la aplicación del silencio positivo, pueden resultar finalmente incluidos, en cuanto ello es así autorizado por la propia Ley de Bases, al sostener en la nueva redacción del art. 10 de la LNPA, que: "... 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*".

Por lo tanto creo yo que hay demasiado optimismo con el silencio positivo, demasiado ruido –si se quiere– con el silencio positivo, en el sentido de que pareciera ser la panacea o la solución a los grandes problemas que tiene la administración a la desidia para responder, pero en definitiva tiene un ámbito de aplicación acotado en principio, y que puede ser aún más restringido por su reglamentación.

Creo que nos han *vendido* un instituto que lejos de ser positivo, resulta esencialmente negativo, ya que va a tener muchísimos problemas, generará más incertidumbre para el empresario que quiera acudir a este instituto, sobre todo, no va a alentar a la resolución expresa, sino al contrario.

Además al estar notablemente acotado en la materia, y más aún con la reglamentación que se pueda dictar, con lo cual el espacio de discusión o espacio de aplicación del silencio positivo la verdad es virtualmente escaso. Con lo cual me parece

que hay que bajar un poco la espuma a esta venta política del silencio positivo, y además —entiendo yo— que siendo la Argentina un país esencialmente corrupto, utilizar esta figura para adquirir un derecho me parece seriamente peligroso.

Fíjense que va a ser más fácil para un funcionario cajonear un expediente para que otro adquiera un derecho. Nada más ni menos que eso, no tiene que hacer nada. Me parece muy peligroso.

En Italia, por ejemplo, la reglamentación, la Ley 241/90, también está destinado a autorizaciones regladas. Ahora bien, en Italia está más constreñida su aplicación porque, por ejemplo, están excluidas las posibilidades de otorgar silencio positivo frente a autorizaciones que requieren la realización de pruebas o ponderaciones previas, por ejemplo, en este caso, el carnet conducir. Bueno y en aquellas autorizaciones o actividades que deberían ser autorizadas por un número clausus limitado, también se las excluye. Bueno todo esto acá no pasó, y tampoco está reglamentado.

A contrario de Italia, que deja afuera situaciones en las cuales la obtención de la autorización requiere de la ponderación y/o la realización de pruebas de aptitud, estas situaciones no parecen estar del todo excluidas de la reglamentación dictada a consecuencia de la Ley de Bases, al incorporarse en ella, por ejemplo, supuestos como la obtención de la licencia para conducir barcos entre los casos incluidos en el silencio positivo. Imagínese que uno no va, no hace nada y adquiere la posibilidad de conducir un barco.

Así fue como por el Decreto 971/24 (Anexo 2) se incluyen trámites incluidos en el régimen del silencio positivo, entre otros, estos que se destacan: la solicitud de Apostilla/Legalización para documentos públicos; Licencias Servicios TIC - Obtención de Licencia (para personas humanas o jurídicas); Solicitud de Certificación Migratoria; Presentación extraordinaria precursores químicos; Solicitud de Habilitación de adquisición de Tierras Rurales, entre muchos otros que allí se indicaron.

¿Qué sucede —y acá ya voy terminando— con la revocación o anulación del acto nacido del silencio positivo *contra legem*? ¿Qué aplica? Porque acá la ley dice, muy coloquialmente, muy brevemente, que en ningún caso el silencio positivo podría implicar excepciones o incumplimientos sobre las condiciones previstas reglamentaria o normativamente; es decir no puede haber un silencio que otorgue un derecho *contra legem*. Está claro que una vez configurado otorga un derecho adquirido, se configura el acto administrativo estimatorio. No refiere la Ley de Bases, ni su reglamentación, cual es el régimen de estabilidad y de revocación aplicable al acto presunto. Entonces la pregunta es ¿qué sucede? La ley, la administración, no da ninguna respuesta. Lo único que dice es “...deberán ser fiscalizadas y auditadas por las autoridades competentes”, nada más.

Es toda la solución que dio. No dice ni cómo, ni cuándo, ni de qué manera.

Tampoco dice si se aplica el art. 17 y el ex 18, de la Ley Nacional en cuanto a los actos administrativos regulares e irregulares. ¿Le aplica la estabilidad? ¿No le aplica? No lo dice la ley.

El art. 17 está previsto solamente para actos expresos, lo dice expresamente, con lo cual la aplicación directa del art. 17 también genera dudas, además la estabilidad aplica a partir de la *notificación*, supuesto que no acaece en el acto presunto, que se configura automáticamente por el vencimiento del plazo sin respuesta.

Me parece que la ley debió haber dado –por lo menos la reglamentación– un sistema de revocación y eventualmente establecer los parámetros claros de revocación del acto tácito por silencio *contra legem*.

No voy a entrar demasiado en la reglamentación por cuestiones de tiempo. Pero hace poco salió el famoso cronograma, que son dos artículos. A partir del 1º de noviembre va a aplicar el silencio positivo en la Administración Pública central y desconcentrada y partir del 1º de diciembre a la descentralizada.

Eso después respecto a todo lo demás, la reglamentación no agrega demasiadas cosas. Esto que decíamos hoy me genera dudas. Por supuesto la suspensión del plazo para responder por parte de la Administración va a quedar absolutamente demorado si hay cargas a cargo justamente del particular, eso es una cuestión bastante positiva y me queda la idea de hablar de alguna otra propuesta pero la dejo para quien quiera comprar el libro que sacamos el año pasado.

Pero, en definitiva, creo que le queda bastante por recorrer, bastante por reglamentarse y ver qué dice la doctrina y, sobre todo, la casuística respecto a todas estas cuestiones que a mí realmente me preocupan. Gracias.

DIEGO ISABELLA

Es Abogado. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Con estudios de posgrado en la Universidad de Harvard. Profesor en la Universidad Católica Argentina de La Plata y en la Universidad de San Isidro. Director del Instituto de Derecho de Acceso a la Justicia de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Autor, director y coautor de publicaciones sobre la especialidad. Procurador General Adjunto de Dictámenes de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JUECES Y FISCALES DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**