El control de legalidad y el principio de revisión de los actos administrativos

Autores
Cabrera, Jimena Leticia Victoria
Musis, Matias Emanuel
Schreiber, Patricio

Estudiantes UBA

I. NOCIÓN DE "ACTOS ADMINISTRATIVOS"

Para comenzar a abordar el tema y entender que es un *Acto Administrativo,* como primordial planteamos la distinción que debe hacerse respectos de actos emanados por los entes particulares, si confieren o no actos de esta naturaleza. Se ha sostenido que los actos realizados por los entes particulares que prestan servicios públicos o que tiene otras prerrogativas de derecho público, no son actos administrativos, por que carecen de los caracteres de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad que tienen los que emanan de los órganos del Estado. Dicho esto, podemos afirmar que el *Acto Administrativo*, es aquel que proviene del órgano ejecutivo. En nuestro derecho éstos están regulados en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (L.N.P.A.) 19.549, donde en su artículo 1°, primera parte, establece que "*Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos*". Quiere decir entonces que la L.N.P.A. al referirse al procedimiento administrativo considera a la Administración en sentido orgánico, ya que no dice que aquél se aplicará a la actividad del estado en ejercicio de su función administrativa, en cuyo caso habría considerado a la Administración en su sentido material. Según esto, podemos decir que de acuerdo con el derecho vigente el acto administrativo emana de un órgano del Estado, que es precisamente el ejecutivo, siendo excluidos entonces del concepto de actos administrativos las actividades que realizan los órganos legislativo y judicial en ejercicio también de la función administrativa. Cuando describimos el contenido del derecho administrativo dijimos que estudia la administración en sentido orgánico, nos referíamos al conjunto de órganos distribuidos en forma de pirámide jerárquica que constituyen el órgano ejecutivo. Expuesto quien lo emite, nos referiremos

ahora al *acto administrativo* en particular, **sus características**. El acto administrativo es una *declaración unilateral y concreta* del órgano ejecutivo que produce *efectos jurídicos directos e inmediatos*. Respecto que es una declaración ***unilateral***, esto es así, ya que la voluntad del particular no contribuye nunca a la formación del acto administrativo. El acto es unilateral, aunque los efectos sean bilaterales por ejemplo, la admisión de un alumno en la universidad, si bien el acto de admisión es unilateral, sus efectos son bilaterales, ya que crean obligación y derechos tanto para la Administración como para el particular que ha sido admitido. Para que el acto sea bilateral es necesario que la voluntad del particular contribuya a la formación del acto y también a la realización de los efectos del mismo. Pero ya en este supuesto nos encontramos ante contratos administrativos, cuyo régimen jurídico es distinto al de los actos administrativos. Cuando decimos que es la declaración debe ser ***concreta***, se excluye el concepto de actos administrativos a los reglamentos, que tienen en el derecho positivo vigente, una reglamentación especial. Y finalmente, decimos que éstos producen ***efectos jurídicos directos e inmediatos***, porque surgen de acto mismo y por sí solos, que regirán no solamente en lo externo de la Administración sino también en lo interno de la misma, que tanto una como otra clase de actos, los externos y los internos, tienen iguales elementos jurídicos[1].

II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. NACIMIENTO. ORIGEN EN EL ORDEN NACIONAL. CONCEPTO[2]

Nacimiento

El procedimiento administrativo tuvo su nacimiento por influencia del proceso judicial. Se quiso asemejar a la Administración con la Judicial. Primero se creo un derecho administrativo material, como el civil o el penal, cuya ejecución estaba confiada a los tribunales. En segundo lugar se procedió a crear un derecho procesal administrativo (judicial) y como tercero, fue hacer un derecho adjetivo de la Administración con el fin de proporcionar a los particulares, que acudan a las autoridades administrativas en defensa de sus derechos, las mismas garantías, la misma seguridad que ofrece el derecho procesal a los que recurren a los tribunales con igual intención, surgiendo así las diversas normas de procedimiento.

[1] MANUEL MARÍA DIEZ, *Manual de Derecho Administrativo T. I,* Plus Ultra, ed. 1997, Pág. 171-178.
[2] HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos,* Astrea, ed. 1997, Pág. 31 – 35.

Orígenes en el Orden Nacional

Dicho procedimiento nació, en el orden nacional, como una garantía cierta del particular, para permitir las "demandas contra la Nación" (Ley 3952). Esta Ley establecía que los tribunales federales no podían dar curso a la demanda contra el Estando Nacional sin que previamente se acreditara la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo, y denegación por parte de éste. Dicha reclamación previa nació como una respuesta a los inconvenientes surgidos en torno a la interpretación del Art. 100 de la Constitución Nacional. La ley 3652 vino a sustituir a la venia legislativa para facilitar el ejercicio de las acciones contra el Estado. Y a pesar que la norma fundamental, que partía del principio anglosajón de la indemandabilidad del Estado, nuestra comunidad adaptó al sistema constitucional el sistema contencioso de nuestra madre patria, creando el reclamo administrativo previo como una posibilidad de defensa de los derechos del particular que, a partir de él, podía demandar al Estado Nacional. Fue una solución de transición y de transacción.

Concepto

El procedimiento administrativo consiste en la serie de actuaciones que ha de llevar a acabo, en el conjunto de formalidades y trámites que tiene que observar la Administración pública para emitir sus decretos, disposiciones o resoluciones. El procedimiento es la vía, el camino que ha de seguir la Administraron para llegar a un fin: *el acto administrativo*. Este procedimiento no pretende garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la misma Administración con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y dentro del respeto debido a los derechos de los particulares. La ***finalidad*** del proceso administrativo **es doble**: constituir una garantía de los derechos de los particulares y asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias, por los órganos de la Administración, por ello dicho procedimiento sirve como protección jurídica para el particular y es, a su vez, privilegio de aquélla. Los ***objetivos*** del procedimiento, en cuanto etapa necesaria para el agotamiento de la vía administrativa, son: a) producir una etapa conciliatoria anterior al juicio; b) dar a la Administración la posibilidad de revisar el y corregir algún error; c) promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos de los órganos inferiores; d) facilitar la tarea tribunalicia, al llevar ante los jueces una situación

contenciosa ya planteada, y e) permitir una mejor defensa del interés público. Es oportuno destacar, que la función de la Administración a ***diferencia*** de la función Judicial, que actúa directamente para aplicación de la ley, su actividad es concreta, satisface inmediatamente y continuamente las necesidades colectivas. Asimismo la Administración, en todos los casos ha de obrar conforme a derecho. Éste es para ella un medio, no un fin. Mientras que el juez aplica de ley par el restablecimiento del desorden jurídico perturbado, la Administración lo hace para el mejor cumplimiento del interés general. Otro punto importante a destacar es que en la Administración el juez no es imparcial, sino que es juez y parte; la resolución que resuelve el recurso es un acto administrativo y carece de la fuerza de cosa juzgada que tienen las resolución judiciales. A diferencia de lo que ocurre en el Judicial, donde el juez esta por encima de las partes, es un tercero imparcial e independiente.

III. LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS N° 19.549

Una Ley de procedimientos es un cuerpo legal que se ocupa de diversos aspectos formales que, si embargo, son sumamente importantes porque condicionan los aspectos sustanciales de la materia. Así, pone a disposición técnicas concretas que hacen viable la defensa de los derechos individuales, establece norma de legitimación, organiza sistemas de recursos, etc. Por ello, debe ser la propia Administración la que primero controle su propio desvío, ya que defendiendo el interés público y la legalidad objetiva de su accionar, habrá de proteger, además, los intereses de los particulares, y no, por el contrario poner primero en marcha el mecanismo judicial. Como toda Ley orgánica de procedimientos Administrativos interesa fundamentalmente a una buena organización, al interés colectivo y al interés directo del particular[3].

La presente Ley, fue publicada en el Boletín Oficial el 27/04/1972 y consta de treinta y cuatro (34) artículos. Posteriormente, en el año 1977 sufre modificaciones. Tal es así, que la Ley 21.866 (modificación de la Ley 19549), publicada en el Boletín Oficial con fecha 25/11/1977, sustituye los artículos 1, 9, 15, 17, 25, 28, 30 y 32 de dicha Ley. Luego, los dos últimos artículos sustituidos por esta Ley, el Art. 30 y 32, son nuevamente sustituidos por la Ley 25.344 (Emergencia Económica-Financiera),

[3] HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Astrea, ed. 1997, Pág. 36-37.

publicada en el Boletín Oficial con fecha 21/11/2000. Hasta la fecha, no sufrió otra modificación.

IV. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Cuando lo que se declara inadmisible es una pretensión que debió haber sido ejercida previo reclamo administrativo o en el caso que la pretensión impugnatoria fuera ejercida contra un acto de alcance general por la vía del llamado "reclamo impropio" en la medida en que ambos institutos no tienen plazo para su interposición en sede administrativa, y siempre que no se hubiese operado entre tanto el plazo de prescripción de la acción, no queda enervada la posibilidad de una ulterior admisión de dicha pretensión por el Poder Judicial una vez interpuestos los mismos en sede administrativa. En el caso de no admitirse la alternativa del "replanteo", ante la existencia de un plazo perentorio para interponer los recursos administrativos, la falta de agotamiento de la vía recursiva administrativa deja firme al acto administrativo que no ha sido debidamente impugnado y por ello resulta insusceptible de revisión judicial ulterior. Es por eso que dentro del esquema jurisprudencial existirían razonables fundamentos para sostener que ni siquiera podría el particular articular la nulidad del acto que ha quedado firme por falta de agotamiento por vía reconvencional o por medio de una defensa de nulidad opuesta en el caso en que, a raíz de su firmeza, la Administración iniciara en proceso tendiente a la ejecución de lo dispuesto en dicho acto. Mientras que en el caso de falta de interposición del reclamo administrativo previo o del reclamo impropio, el análisis de la procedencia sustancial de la pretensión solo habría quedado dilatado en el tiempo, en el caso de la falta de agotamiento de la vía recursiva administrativa, tal circunstancia habría perdido toda la posibilidad de ocurrencia ulterior. El efecto "preclusivo" que la falta de agotamiento impone a la pretensión procesal administrativa, no se limitaría solamente a aquellas de carácter impugnatorio o anulatorio del respectivo acto, sino que también se extenderían a pretensiones de naturaleza no impugnadora en la medida en que éstas tengan algún grado de conexidad o accesoriedad con el acto administrativo que ha quedado firme por falta de agotamiento de las instancias administrativas.

Las finalidades del agotamiento en la L.N.P.A.

La Jurisprudencia de la Cámara Federal y la doctrina le han añadido finalidades diversas como por ejemplo evitar el escándalo de someter al Estado a juicios indefendibles y facilitar la tarea judicial al someter a los jueces a las cuestiones delimitadas previamente por los órganos administrativos especializados.

Fundamento del agotamiento de la vía Administrativa según la Jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema ha sostenido que la previsión legislativa de un recurso judicial directo no sólo exige el agotamiento previo de las instancias administrativas sino que impide al particular la interposición de otros remedios, inclusive administrativos, distintos del recurso directo. Se advierte una tendencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema a tratar de justificar al "agotamiento" en el Principio de División de Poderes como sucedió en la causa "Serra" donde la Corte Suprema sostuvo que el agotamiento encontraba allí su fundamento porque tendía asegurar que sea la Administración "quien resuelva sus conflictos jurídicos cumpliendo con un aspecto necesario de su competencia constitucional de administrar". Esta línea jurisprudencial encuentra su punto culmine en la causa "Gorordo" en donde el Tribunal considero que el sólo hecho de haberse operado el vencimiento del plazo para recurrir un acto en sede administrativa generaba la imposibilidad constitucional de ser revisado por el Poder Judicial aún cuando la Administración Pública hubiese rechazado la denuncia de ilegitimidad por razones materiales o de fondo. El *agotamiento* aparece entonces como un instituto de carácter contingente y que se configura un privilegio procesal del Estado cuya función del Contencioso Administrativo Federal actual está orientado a poner obstáculos a la demandabilidad del Estado.

La intención de los poderes políticos fue evitar que el Estado Nacional pudiese ser ampliamente demandado, motivo por el cual en lugar de cometer la tarea de modificar las reglas institucionales vigentes que han llevado a una creciente litigiosidad contra el Estado Nacional, se recurrió al rápido y sencillo expediente de poner todas las vallas posibles para cercenar el acceso a la justicia y así dificultar que el Poder Judicial pueda entrar a revisar la legitimidad del obrar público. Es por eso que puede verse que el agotamiento antes que ser funcional al logro del "bien común", aparece en la realidad argentina actual como "un mecanismo de protección de malas políticas públicas". Esto es porque el carácter obligatorio del agotamiento antes que perseguir una solución

amistosa de los conflictos, revalorizando el procedimiento administrativo, acentúa a los primeros y desnaturaliza al segundo debido a que obliga a cuestionar cualquier acto que se dicte en el curso de una relación con el Estado, con lo cual afecta el "principio de colaboración" que reina en todo procedimiento administrativo, colocando los incentivos, tanto en cabeza del particular como del funcionario que tiene a su cargo la resolución del recurso, en el posicionamiento para el ulterior debate judicial antes que en lograr una verdadera conciliación y solución extrajudicial de los conflictos.

Estas relaciones están llamadas a ser de larga duración entre los particulares y la Administración por ejemplo como las relaciones entre prestadores de servicios públicos y reguladores que son relaciones llamadas a "perdurar por décadas". En estos casos, el mantenimiento del *"agotamiento"* lo que hace es desgastar tales relaciones puesto a que obliga a los particulares a no dejar firme ningún acto administrativo referido a un caso dado. Esto es porque al conferírsele al *"agotamiento"* el carácter de presupuesto procesal, el *"eje"* sobre el que descansara el derecho a acceder a un tribunal cuando se trate de una pretensión impugnatoria será el recurso administrativo, cuya finalidad primordial debe radicar en permitir el autocontrol administrativo y en no funcionar como recaudo habilitante de una eventual demanda judicial, debido a que antes de la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, lo único que se exigía para habilitar la instancia judicial era la reclamación administrativa previa (sin plazos de interposición) y no el recurso jerárquico pertinente. De esta manera, la recurribilidad administrativa pierde el carácter "garantístico" que tiene en nuestro sistema como integrativo del "derecho de ser oído" *para transformarse en una verdadera* ***"carga"*** *sobre el particular a los efectos de habilitar la ulterior revisión judicial*[4].

V. HERRAMIENTAS PARA OBTENER EL PRONUNCIAMIENTO DEL ORGANO ADMINISTRATIVO:

A) EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN. ART. 10 DE LA L.N.P.A.[5]

[4] CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo,* T. 1 *(por Oscar R. Aguilar Valdez)*, La Ley, ed. 2007, Pág. 628-648.
[5] ABERASTURY (h), Pedro, CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo,* Abeledo Perrot, ed. 1998, Pág. 125-129.

Del Art. 10 de la L.N.P.A. surge el ***Silencio de la Administración***, donde establece: *"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 despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración".* En el procedimiento administrativo, el silencio consiste en la facultad del particular, en el caso que la Administración no emitiera el pronunciamiento que se le requiere, de considerar que su petición se encuentra denegada por el sólo transcurso del tiempo, salvo que la norma en forma expresa le otorgue el carácter positivo a la petición. En cambio en materia de derecho común, se establece para el silencio un principio totalmente diferente que este. Por su lado, el Art. 919 del código civil establece que *"El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes"*, que es de aplicación tanto para los actos jurídicos, como para los contratos jurídicos. El silencio dentro de este ámbito, no significa ninguna declaración de voluntad: es decir quien calla, no otorga nada (en contradicción al dicho *"el que calla otorga"*). Sólo se tendrá el silencio en cuenta como declaración de voluntad, cuando medie una obligación de explicarse por que la Ley así lo estima, o por las relaciones de familia, o a causa de la relación entre el silencio actual y declaraciones anteriores.

La Administración por su parte, tiene el deber de pronunciarse expresamente sobre la petición del administrado ya que éste tiene el derecho a obtener una decisión fundada, por así disponerlo el principio del ***debido proceso*** adjetivo pero, a los efectos de no tener que demorar el pedido del reconocimiento de su derecho por la inercia administrativa ante el Poder Judicial, la norma lo faculta para considera denegada la misma. Asimismo, si el particular tiene la necesidad de obtener un pronunciamiento expreso de la Administración, puede solicitar judicialmente que se intime a la Administración a tal efecto, a través de la deducción de la acción de *amparo por mora*, que luego ampliaremos sobre tal tema.

Los efectos del Silencio

El obtener un pronunciamiento expreso sobre la petición del administrado constituye un derecho subjetivo de éste, y por ende se deriva la facultad de exigir ante a la Administración un comportamiento determinado, es decir un pronunciamiento expreso. Este derecho subjetivo se limita a la obtención de un pronunciamiento con independencia de su contenido. Entonces resulta que frente a la inactividad administrativa se provoca una ficción: que el acto ha sido dictado y que este tiene contenido negativo, para poder cumplir con los requisitos procedimentales indispensables para si revisión judicial posterior, salvo norma legal expresa que admita otorgarle otra significación. La L.N.P.A. estableció el plazo general del silencio, de modo que transcurrido ***sesenta días hábiles*** administrativos de haber efectuado la petición sin que existiera pronunciamiento, el particular deberá constituirla en mora a través de la interposición de ***pronto despacho***, y que si luego de éste transcurren otros ***treinta días*** podrá considerar denegada la petición. Pero el transcurso de estos plazos, no desestiman la obligación que tiene la Administración de dictar pronunciamiento sobre la cuestión sometida a su conocimiento, ésta subsiste aún.

Cuando la norma se refiere al ***"silencio positivo[6]"*** (…*Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo.*…) se entiende que su operatividad es excepcional y subordinada a la existencia de una norma jurídica que concretamente le otorgue tal carácter. En los supuestos específicamente contemplados por las normas a las que remite la L.N.P.A., se entiende que la Administración accede, dando significado positivo a su pasividad. Esto tiene su fundamento en la específica naturaleza de las decisiones que en tales casos corresponde adoptar a la Administración. Lo que se espera de ella es la remoción de unos límites que han sido impuestos a los derechos de los particulares, cuyo ejercicio quedaría condicionado a la constatación de su compatibilidad con el bien común. En efecto puede entenderse que la Administración se reserva la posibilidad de prohibir, durante un periodo determinado, el ejercicio de unas actividades cuyo desarrollo se pretende según de le ha comunicado. De no pronunciarse, se estima que renuncia a tales facultades, y las posibilidades propias de los derechos previamente poseídos, puede ejercitarles su titular. Calificada positivamente la pasividad de la Administración, el peticionario queda protegido por el mismo sistema de garantías que obra para los actos expresos y la Administración vinculada

[6] HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Astrea, ed. 1997, Pág. 98-99.

indefectiblemente por las consecuencias de su inactividad. Además, hay que agregar a la interpretación del silencio, que sólo a cambio del cumplimento exacto y preciso de las formalidades legales puede reconocérseles derechos a los particulares y por ello no puede admitirse que tal silencio administrativo prospere cuando lo concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la ley. Como ejemplo de silencio administrativo positivo en nuestra legislación, podemos mencionar, entre otros, el previsto en el Art. 102 del decr. 5720/72, Reglamento de contrataciones del Estado (*Plazo para la conformidad definitiva. Art. 102: La conformidad definitiva se acordará dentro de los 7 días de la entrega de los elementos o de prestados los servicios, o de plazo que se fije en las cláusulas particulares cuando los aná1isis o pruebas especiales que corresponda efectuar hayan de sobrepasar aquel término. En caso de silencio, una vez vencido dicho plazo, el adjudicatario podrá intimar el pronunciamiento sobre el rechazo o la conformidad definitiva, la cual se tendrá por acordada si no se manifestara en el término de 2 días de recibida la intimación)* y en el Art. 16 del decr. 12.180/65, Reglamento del Registro Nacional de Construcciones de Obras Publicas.

El Art. 10, también nombre a la ***Ambigüedad*** de la Administración. La ambigüedad propiamente dicha, es la situación que puede dar lugar a mas de una interpretación, incierta o dudosa, por lo que debemos efectuar la distinción si la misma deriva de una omisión o de un acto expreso de la Administración. Si deriva de una omisión, el particular conforma el silencio mediante la interposición de una petición solicitando pronto despacho, salvo que la normano disponga que por el solo transcurso del tiempo se haya producido. En el segundo caso, cuando existe una decisión, ésta puede ser "objetivamente" o "subjetivamente" confusa pero será el juez quien deberá discernirlo.

Por último, cabe destacar que el particular ante la mora administrativa en expedirse acerca de las pretensiones de un particular, este puede optar además de la resolución administrativa del ***"silencio",*** tiene dos herramientas más: Otra resolución administrativa, que es la ***"Queja"***, contemplada en el Art. 71 del R.L.N.P.A., y Otra Judicial que es el ***"amparo por mora",*** contemplada en el Art. 28 de la L.N.P.A.

B) LA QUEJA. ART. 71 DEL R.L.N.P.A[7]

[7] LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Astrea, ed. 1986, Pág. 382-384.

La ***queja*** se encuentra contemplada dentro del Art. 71 del R.L.N.P.A., donde establece que "*Podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurrieren durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos. La queja se resolverá dentro de los cinco (5) días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciando que se requerirá, si fuere necesario. En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya producido y la resolución será irrecurrible."* Este instituto, es el que se puede interponer ante el órgano inmediato superior, contra defectos de tramitación o incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere el procedimiento principal, siempre que tales plazos no se refieran al fijado para resolución de recursos. Son, entonces, dos supuestos de este recurso: a) defectos de tramitación, y b) incumplimiento de plazos legales que no sean los fijados para la resolución de recursos. Con relación a los primeros, ***defectos del trámite,*** se trata de actos de comisión y omisión que impliquen irregularidades, vicios, deficiencias, anomalías, faltas u omisiones. Por ejemplo omisiones de requerir dictámenes legales, negativa a dejar constancias de la prestación de escritos o de proveerlos. Falta o mala fe en la resolución sobre pedidos de prórrogas de plazos. Negativas a permitir al interesado o sus profesionales la compulsa en la oficina en que se halle, de un expediente no reservado. Referido a los segundos, ***incumplimiento de plazos,*** cuando el sistema legal de procedimientos no fije plazos espaciales de trámite, de notificaciones etc. rige el de *diez días* del Art. 1° inc *e*, 4° de la L.N.P.A. (…*4°- Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquél será de diez (10) días*...). Por ello, ante su vencimiento, la queja procede también, ya que ese plazo es aplicable como supletorio del silencio del Art. 71 del R.L.N.P.A., que contempla, en general, la resolución de expedientes en trámite que no se refieran a materia de recursos. Es, ésta del Art. 71, una regla que contempla el caso de un expediente en el que se plantee una pretensión no recursiva, por ejemplo la solicitud de una licencia o de una jubilación. Para el caso de los recursos propiamente dichos, el plazo de resolución esa fijado específicamente y, cuando no, por el Art. 10 de la L.N.P.A. como supletorio. Por último, la *queja* tiene que resolverse en el plazo de *cinco días*. Vencido ese plazo, la denegatoria por silencio se produce así: pedido de pronto despacho y espera de treinta días (Art. 10 L.N.P.A.). La denegatoria del recurso

de queja es irrecurrible, sin perjuicio del amparo el Art. 28 de la L.N.P.A, que a continuación detallaremos, cuando ella fuere por silencio.

B) EL AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN. ART. 28 L.N.P.A[8].

El deber de la Administración de decidir en cada caso concreto proviene de un principio que trasciende el marco del derecho público escrito; su cumplimiento constituye una obligación del derecho natural. No decidir o decidir fuera de plazo constituyen conductas irregulares de la administración, que perjudican al particular y atenta contra el accionar eficaz de aquella. Cuando la Administración no resuelva, nuestra legislación ha contemplado diversas soluciones. No siempre le conviene al particular aplicar la solución del "silencio administrativo" (Art. 10). Por ello la L.N.P.A. en su art 28 ha creado *el amparo por mora* que constituye en orden judicial de ***"*pronto despacho*"*** de las actuaciones, que es una forma de obligar a la administración a resolver dentro del plazo que a ese efecto le fije el juez. Reza este artículo así: *"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".* Por medio de este amparo, se posibilita a aquél que sea parte en el procedimiento administrativo acuda a la vía judicial, a fin de que emplace a la Administración a que cumpla con su cometido: decidir las cuestiones sometidas a su resolución, en un plazo que le fije el juez. La decisión final de éste no puede ser otra que "despache la Administración las actuaciones en forma expresa", no

[8] HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Astrea, ed. 1997, Pág. 171-177.

pudiendo esta última ampararse en el "silencio" pretendiendo que decidió el asunto de esa forma.

Para que se proceda al reclamo, quien lo emita deberá reunir ciertos requisitos de admisibilidad: 1) El primero es la *legitimación activa*, es decir, quien recurra deberá ser parte en un expediente administrativo. A tal efecto, establece el Art. 3 del R.L.N.P.A, en su primer párrafo, que "*El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo. También tendrán ese carácter aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente*." Cabe aclarar, que la vía de queja no impide el posterior *amparo por mora*, si ésta es denegada o no es resuelta, ni tampoco la vía del silencio impide su posterior aplicación. Además el amparo por mora podría plantearse por no resolverse el "pronto despacho" administrativo, en este caso se pide el pronto despacho al juez 2) La segunda condición, es la *mora administrativa*, es decir el peticionante debe acreditar la mera situación objetiva de la mora administrativa; que Administración ha dejado vencer los plazos fijados, y en caso de no existir esto, que ha transcurridos un plazo que excede lo razonable, sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado. Para probar esa circunstancia, bastará que el particular acredite la existencia de tal mora.

El trámite es muy sencillo, una vez admitida la procedencia formal de la petición del amparo por mora, el juez debe requerir a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre la causa de la demora aducida, este *pedido de informes* es obligatorio para el juez. Este informe no constituye un acto procesal previsto sólo en resguardo de la Administración, sino también, y especialmente, como medio informativo para el juez. La decisión del juez declarando formalmente improcedente el amparo por mora es irrecurrible. De acuerdo a lo que establece la norma (Art. 28 L.N.P.A) se infiere que la administración n*o es parte en este procedimiento* y sólo le corresponderá informar la pertinente a requerimiento del juez. En su informe deberá aducir las causas del atraso en la resolución o dictamen, pudiendo

alegar cualquier otra circunstancia. Consecuentemente con esto termina su actuación, en esta etapa. Una vez contestado el informe o vencido el plazo para hacerlo, el juez resolverá lo pertinente acerca de la mora, que podrá rechazarlo o aceptarlo "librando la orden para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y la complejidad del dictamen o trámites pendientes". El juez no puede resolver favorable o desfavorablemente sobre el fondo, sólo decide que la autoridad responsable se expida o que no venció el plazo para hacerlo. Tampoco sirve el amparo por mora para remediar imprecisiones o ambigüedades. La decisión del juez es recurrible. Si bien la norma, partir de la reforma de 1977, había traído algún problema de interpretación, la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, en la causa "Trasportadora de Caudales Zubdesa SACI", JA, 1985-II-341, estableció la doctrina plenaria de que las sentencias en primera instancia en el amparo por mora eran apelables.

Otras cuestiones que valen exponer son el *acto omitido* y el *órgano que comete la mora*. En relación al acto omitido, deben incluirse los informes y cualquier otra medida preparatoria (no habrá diferencias entre éstas y el dictamen). También procede el amparo por mora ante la omisión de la Administración de dictar un reglamento obligatoriamente impuesto por una ley. En cambio no es óbice para la procedencia del amparo por mora que la cuestión de fondo aparezca referida a una relación contractual. Por otro lado, la orden de pronto despacho es procedente contra toda autoridad administrativa que deba realizar el trámite omitido. Incluso procede contra omisiones del presidente de la República. Procede el amparo por mora contra la Empresa Ferrocarriles Argentino, en cuanto esta también se expresa mediante actos que son administrativos. En cambio no procede contra la DGI que tiene un recurso análogo previsto en la Ley 11.683.

En relación al *orden de prioridad* de las normas aplicables para la tramitación del amparo por mora se integra con las normas específicas (Art. 28 y 29 L.N.P.A); luego con las normas supletorias del Código Procesal, siempre que no estén en pugna, y por ultimo, es viable, por analogía, la aplicación de ciertas normas de la ley 16.986.

Por ultimo, la jurisprudencia sostiene que cabe la aplicación de *costas* a la Administración cuando el juez ordena el despacho de las actuaciones, ósea, cuando hace lugar al amparo por mora. Pero si la administración no es parte del procedimiento, si

solo se limita a informar sobre su mora, no es vencida, y si no hay vencido no tiene sentido la imposición de costas. Si se opone al procedimiento del amparo por mora debe cargar con las costas.

JURISPRUDENCIA: EL PRONTO DESPACHO COMO FACULTATIVO DEL PARTICULAR.

El *derecho de petición* no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta; es decir, que frente al derecho de peticionar se encuentra la obligación de responder. Sin embargo, ello no significa que la Administración deba pronunciarse en un sentido determinado, sino que ***debe resolver***. Así se determinó en el fallo ***Pelissero, Norberto A. c/ U.B.A (facultad de Filosofía y Letras),* 17/03/1989**[9]. A fs 36/37 el *a quo* hizo lugar a la demandada de amparo por mora intentada y en consecuencia **fijó el plazo de veinte días para que la demandada se pronuncie** en relación al recurso jerárquico interpuesto contra la resolución 196/86 dictada en el expte. Administrativo 856.381, de febrero 1° de 1984, con costas conforme le establecen los arts. 68 de cód. procesal y 14 de la Ley 16.986. Contra esto, interpusieron recurso de apelación ambas partes. La demandada a fs. 41/42 se agravió de la resolución del *a quo* por entender que la interpretación efectuada de la ley de procedimientos administrativos y su reglamentación no es adecuada a derecho, sostuvo que el accionante no formuló pedido de pronto despacho sino tan sólo solicitó vista del expediente luego de haber interpuesto el recurso jerárquico. Ello significa inactividad de su parte, ya que a su entender el pedido de pronto despacho no constituye solamente un requisito formal, sino que esta destinado no sólo a constituir en mora a la Administración Pública, sino también a sanear pequeños vicios como el que se encuentra en las actuaciones aquí cuestionadas, donde no surge que se haya requerido el dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico. Por su parte la actora presentó memorial a fs. 45 donde se agravió por considerar que el *a quo* no impuso costas a la parte demandada vencida en juicio. Como se dijo al principio, "*el Derecho de Petición*", exige una respuesta. En consecuencia la Administración debe resolver. De lo verificado en las actuaciones como así también de los propios dichos de la demandada contenidos en su memorial, surge que en el *sub lite*, **la Administración dejó vencer con exceso los plazos para expedirse en la petición formulada por el**

[9] *EL DERECHO*, año 1989, T. 136, Pág. 184-185.

administrado. Ante la tardanza de la Administración, o el vencimiento de los plazos para resolver, el administrado puede aceptar utilizar distintos caminos conforme lo autoriza la Ley 19.549 en sus arts. 10 y 28, poniendo a resguardo el derecho del administrado de peticionar a las autoridades a que hace referencia el Art. 14 de la Constitución Nacional. Pero ello, por lo tanto, no excluye la obligación de resolver que le incumbe a la Administración, ni le imposibilita al interesado, ante el silencio de aquélla, el ejercicio de su derecho para obtener una decisión expresa, desde que la solución del instituto del silencio *es facultativa para particular*. Respecto la apelación interpuesta por la actora limitada a las costas, carece de agravio, ya que en la resolución el *a quo* las impuso a la vencida. Por todo lo expuesto, **se confirma la resolución apelada con costas** (Art. 68 cód. procesal.). *Tomás Hutchinson, Pedro A. Miguens, Guillermo P. Galli.*

Asimismo, en el fallo ***Santana Díaz, Eduardo R. c/ Ministerio del Interior, Dirección Nacional de Migraciones, 28/12/1989***[10], se arribó a la misma conclusión. A fs. 45/48 el *a quo* **rechazó, con costas, la acción de amparo promovida contra la Dirección Nacional de Migraciones** y reguló los honorarios a los letrados de la demandada. Contra lo así resuelto, la actora interpuso recurso de apelación, fundándose que el día *14/08/1984* se le denegó al actor la solicitud de radicación. Contra dicho acto se interpuso recurso de reconsideración, el cual fue rechazado. Según lo dispuesto en el Art. 76 de la Ley 22.439, dedujo el recurso de apelación ante el superior jerárquico con fecha *10/09/1984*. Agregó que hasta el presente, pese a haber transcurrido ***más de cinco años*** y a reiterados pedidos de pronto despacho la cuestión no fue resuelta. En virtud de esto, la demanda contestó que debía declararse desierto el recurso interpuesto atento a que la expresión de agravios no rebate los argumentos del *a quo*. Por su parte, de los términos contenidos en la demanda del particular, se infiere que éste requiere que la Administración resuelva su petición. De lo precedente, surge que se trata de un *amparo por mora*, contemplado en el Art. 28 de la L.N.P.A. A mérito de lo que dispone el citado artículo (ya explicado en el Pto. *V*, apartado *b)*.) y como consecuente, lo que establece el Art. 29,*"la desobediencia a la orden judicial será puesta en conocimiento de la autoridad superior a los efectos de a sanción disciplinaria que proceda (Art. 17 decreto/ley 1285)"*, se infiere con claridad que esta acción autoriza al Poder Judicial a controlar jurisdiccionalmente el procedimiento administrativo durante la etapa de su

[10] *EL DERECHO*, año 1989, T. 137, Pág. 182-183.

producción, y vincula al administrado con el órgano competente que debe pronunciarse. De las constancias obrantes en autos y en las actuaciones administrativas, surge que ante un pedido efectuado por el actor el **Ministro del Interior dejó vencer los plazos razonables** dentro de los que debía resolver la apelación interpuesta contra la resolución por la cual se consideraba ilegal en el país que fue concedida con fecha 10/09/1984**.** Esto demuestra la mora administrativa, y por ende **autoriza obligar a la Administración a que emita resolución** en un sentido u otro. Por estas consideraciones y con el alcance contenido en este fallo, **se hace lugar a la acción intentada, revocándose la resolución apelada, condenado a la demandada a que resuelva** la presentación efectuada por el extranjero, en relación si corresponde o no la radicación solicitada **en el término de veinte días**. Costas por su orden en ambas instancias atento la forma en que se resuelve. *Tomás Hutchinson, Pedro A. Miguens, Guillermo P. Galli.*

VI. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

El recurso judicial es un acto procesal en el cual se formula una pretensión contra un acto administrativo, ésta corresponde cuando el particular ataca un acto dictado en sede administrativa y para ello recurre al órgano judicial. Respecto de la impugnación cabe distinguir cuando ésta se trata respecto de un acto de alcance individual, o que sea respecto de uno de alcance general. Para poder impugnar los correspondientes a la primera de las categorías deben tener éstos calidad de definitivo y haber agotado las instancias administrativas.

Otro supuesto en el que corresponde la impugnación, entendido como requisito por algunas corrientes doctrinarias, es aquél en el cual hay un recurso administrativo interpuesto sin decisión final, y que respecto de éste se impide continuar con el trámite.

El supuesto de *silencio o ambigüedades* (explicado ya en el Pto. *V*, apartado *a)*.) es otro de los que procede recurrir a la vía judicial ante un acto de alcance individual.

El último de los supuestos se da cuando la administración viola el artículo 9, que contempla 2 supuestos. Dice que la administración se abstendrá:

1) *Un comportamiento que importe vías de hecho administrativo lesivo de un derecho o garantía constitucionales*. Como la vía de hecho es un hecho material que causa

daño al particular no vemos inconveniente en que este pueda acudir a la vía judicial en defensa de los mismos.

2) *De poner en ejecución el acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa implican la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél*, ya que si existe norma expresa que establece efecto suspensivo a recursos administrativos, la administración, interpuestos éstos no puede ejecutar el acto de alcance general y *aún en el supuesto de haber resuelto el recurso administrativo, tampoco lo puede ejecutar antes de haberlo notificado*.

De los actos de alcance general se contemplan dos hipótesis que pueden ser la afectación causada por un acto definitivo dictado por el órgano administrativo como consecuencia de la aplicación del reglamento, o bien el segundo de los supuestos en el que el interesado se ve afectado en forma cierta e inminente por dicho acto. Éste tipo de actos puede impugnarse judicialmente cuando el interesado a quien dicho acto afecte o pueda afectar en sus derechos subjetivos, haya formulado el reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado obtenido fuese adverso ó sucediere alguno de los supuestos del ya explicado Art. 10. También es posible la impugnación cuando la autoridad de ejecución del acto le haya dado aplicación definitiva y contra dichos actos se hubiere agotado la instancia administrativa sin éxito.

De éste ultimo supuesto se desprende la ***impugnación directa*** que para interponerla se requiere que al interesado *afecte o pueda afectar* de forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, es decir que comprende tanto la afectación actual como la potencial siempre que esta última sea cierta e inminente.

Otro de los requisitos es el del reclamo ante la autoridad que dictó el acto en cuestión, que en el caso de impugnación de este supuesto debe agotarse la vía administrativa y su resultado debe ser adverso al reclamo ó bien dar como resultado alguno de los supuestos del artículo 10.

Las Excepciones: El autor *Manuel M. Diez* dice que es improcedente el reclamo cuando el particular por iniciativa suya se entere que el reglamento está por dictarse y se presente ante el órgano pertinente y exponga razones en defensa de su derecho amenazado, siendo entonces innecesario el posterior reclamo ante el órgano administrativo ya que éste conoce los puntos de vista presentados por el particular, y sin embargo ha dictado el reglamento con un estudio previo y existe la presunción de que

no serán alterados. También puede evitarse el reclamo administrativo, ya que el mismo tiene efecto devolutivo, cuando se trata de proteger urgentemente derechos subjetivos afectados, y por ende no se suspende el acto durante el procedimiento.

El último de los requisitos es que el resultado sea adverso a lo peticionado por el recurrente o que la administración guarde sobre las mismas silencio o que se exprese en forma ambigua, es decir el ya explicado articulo 10 transcurriendo el plazo sin la obtención de un pronunciamiento expreso.

LA VIA ADMINISTRATIVA ES UNA CARGA QUE EL PARTICULAR DEBE CUMPLIR PARA PODER ACCEDER A LA VIA JUDICIAL, FUNCIONANDO ENTONCES COMO UN PRIVILEGIO A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN. ESTE PRIVILEGIO SE APOYA EN LA RAZON DE QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GOZAN DE LEGITIMIDAD, Y EL MODO COMÚN PARA DEJARLOS SIN EFECTOS ES, EN VERDAD, LA DEROGACIÓN Y NO POR MEDIO DE LA RESOLUCIÓN DE UN RECLAMO.

Del primero de los supuestos anteriores surge ***la impugnación indirecta***, que establece que el acto administrativo será impugnable cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra ellos se hubieran agotado las vías administrativas.

Respecto de los términos para deducir la acción el Art. 25 establece que deben deducirse dentro de un *plazo perentorio de 90 días*. Para contarse los plazos debe tenerse en cuenta:

1) Si se tratara de actos de carácter particular, desde su notificación.
2) Si se tratara de actos de contenido general contra los que se hubiera formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifica al interesado la denegatoria.
3) Si se tratara de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifica al interesado el acto expreso que agota la instancia administrativa.
4) Si se tratara de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos ocurrieran.

La ley agrega que cuando la impugnación del acto deba hacerse por vía de recurso el plazo para deducirlo será de 30 días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas. Vencidos los plazos que fija el Art. 25 para

impugnar los actos administrativos, se pierde el derecho a impugnarlos judicialmente y el acto queda firme para el particular, impidiendo todo otro reclamo relativo a la cuestión. El ejercicio inoportuno de la acción se denomina por doctrina extemporaneidad y se puede presentar en dos formas: prematuridad y caducidad.

VII. CONCLUSIÓN

Como conclusión de lo expuesto en el presente trabajo hemos logrado advertir a lo largo del desarrollo efectuado que si bien la *finalidad* del proceso administrativo es doble, es decir por un lado, constituye una *garantía* de los derechos de los particulares y por otro *asegura la pronta y eficaz satisfacción* del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias, por los órganos de la Administración, constituyendo tal procedimiento como protección jurídica para el particular, y sin perjuicio de que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (L.N.P.A.) brinda herramientas al particular para evitar las dilaciones innecesarias del procedimiento administrativo, a fin de obtener un pronunciamiento del órgano, muchas veces pueden llegar a generarle al particular desinterés en llevar a cabo dicho procedimiento hasta agotar las vías administrativas, y más se puede estimular éste desinterés, si se tiene en cuenta que luego deberá afrontar el tiempo que demora el proceso judicial hasta el momento de dictar la sentencia de dicha revisión de los actos administrativos.

Es por ello que ante la presente situación expuesta coincidimos con *Oscar Aguilar Valdez*[11] en la necesidad de un cambio de la L.N.P.A., y para lograr dicho fin el principio vigente del agotamiento de la vía administrativa debería perder el rol de presupuesto procesal obligatorio para acceder a la sede judicial. Para ello el citado autor, con quien coincidimos, propone una reforma al titulo IV *(Impugnación de los actos administrativos)* de la ley ó mediante la sanción de un código procesal administrativo.

Otra posibilidad sería establecer un plazo razonable de resolución que no sea demasiado largo hasta el punto de privilegiar al Órgano administrativo en desmedro del interés del particular; ni tampoco que sea demasiado breve de modo tal que los particulares

[11] CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. 1*(por Oscar R. Aguilar Valdez)*, La Ley, ed. 2007, Pág. 651-659.

accediesen con total facilidad a interponer el recurso generando un importante cúmulo de procedimientos a la administración.

Es decir que lo que buscamos es encontrar, en lo posible, un equilibrio entre los derechos de los que dispone el Estado frente al particular y viceversa.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ***Curso de Procedimiento Administrativo****,* ABERASTURY (H), PEDRO, CILURZO, MARÍA ROSA, Abeledo Perrot, ED. 1998,
- ***Derecho Administrativo****,* LINARES, JUAN FRANCISCO Astrea, ED. 1986
- ***El Derecho***, Tomos 136 y 137, año 1989.
- ***Manual de Derecho Administrativo, Tomo I***, DIEZ, MANUEL MARÍA, Plus Ultra, ED. 1997.
- ***Régimen de Procedimientos Administrativos***, HUTCHINSON, TOMÁS Astrea, ED. 1997.
- ***Tratado de Derecho Procesal Administrativo****, Tomo 1*, CASSAGNE, JUAN CARLOS, La Ley, ED. 2007.