

## OPORTUNIDAD PARA INCOAR ACCION DE AMPARO FRENTE AL SILENCIO DE LA ADMINISTRACION

Ha llegado a nuestras manos un ejemplar del periódico "Comercio y Justicia" de la ciudad de Córdoba (correspondiente al día 31 de octubre de 1980), conteniendo trascendente fallo (emitido en 10 de octubre de 1980) del señor Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 5ª Nominación de aquella ciudad, Dr. *Pedro Enrique Baquero Lazcano*, talentoso y erudito magistrado a quien pudimos conocer personalmente con ocasión de efectuarse las IV Jornadas Nacionales de la Magistratura argentina (Mar del Plata, septiembre de 1980). Nos impresionó allí la lucidez de su pensamiento y la contundencia de su argumentación al defender la posibilidad de declarar ex officio la inconstitucionalidad de las leyes, en trabajo que extractamos para publicar en la Revista de Estudios Procesales N° 34, de inmediata aparición.

Hoy, a través del referido periódico, vuelve a impresionarnos con la tesis que motiva este comentario. Sabido es que la revista *Juris* no publica otra jurisprudencia que la originada en tribunales santafesinos. Sin embargo, y con carácter excepcional, transcribiremos a continuación el pronunciamiento del Dr. *Baquero Lazcano*, consignando en forma previa —y a manera de sumario de su contenido— lo que a nuestro juicio resalta como más importante dentro de la línea argumental de la sentencia recaída en los autos "Reynoso, Heradio Raymundo c. Superior Gobierno de la provincia de Córdoba s/amparo".

1. *El amparo surge por imperio del principio de operatividad de la Constitución, y como tal cubre cualquier situación en que las acciones o remedios ordinarios o normales, no proveerían con prontitud el mantenimiento del orden constitucional.*

2. *El imperativo constitucional de razonabilidad del acto de la administración pública, exige fundamentación congruente con la decisión tomada. Por lo cual la llamada "denegación tácita de los recursos administrativos", operada por el silencio de la administración, ante el transcurso de cierto plazo, juega a favor del administrado.*

3. *Al decir la Constitución Nacional en su art. 14 que todo habitante de la Nación goza del derecho de "peticionar a las autoridades", implícitamente impone el deber correlativo, o sea el que las autoridades respondan. De tal suerte que el silencio o inactividad prolongada de la administración, implica una falta de cumplimiento a un deber jurídico, que es el deber de explicitar los fundamentos de una decisión.*

4. *La llamada denegación tácita, no es propiamente denegación, sino presunción de denegación, que habilita para la vía judicial, pero sin conocer las razones de la presunta denegatoria, lo cual no exige a la administración de cumplir con su obligación de resolver fundadamente.*

5. *El amparo es la única vía posible para obtener de la Administración explicitación de fundamentos del acto administrativo, ya que no es para eso que se ha previsto el procedimiento contencioso administrativo.*

6. *Es oportuna la petición de la acción de amparo, a pesar del vencimiento del término de quince días entre la fecha en que se opera la denegación tácita (art. 67 ley 5.350), y aquella en que se articula la demanda, ya que no hay un punto a partir del cual hacer correr el plazo del art. 2 inc. e) ley 4.915, debido a*

*que el silencio de la administración no es lícito y está obligada legalmente a hacer cesar la ilicitud del acto, actualizándose dicha obligación en cada instante. Por ello mientras dure el silencio de la administración, el accionante puede peticionar Amparo, ya que en cada instante la administración está vulnerando su derecho de petición (art. 14 CN).*

*7. Al no conocer la fundamentación del acto administrativo, se lesiona el derecho a jurisdicción del accionante (art. 18 CN), ya que no puede ir a juicio en la plenitud de derechos, lesionándose también el debido proceso, pues al verse declinado en sus derechos de conocimiento, se afecta el derecho de defensa.*

*8. Al privarse al empleado público de su trabajo, se afecta el derecho al trabajo y la estabilidad del empleado público (art. 14 bis CN), y por consiguiente la propiedad (arts. 14 y 17 CN), pues la privación del trabajo implica la privación de ingresos económicos.*

*9. Toda discriminación que resulte del capricho, del silencio o de la fundamentación incongruente con la decisión, viola el derecho a la igualdad (art. 16 CN), pues la idoneidad y su relación con el de otros ciudadanos, es la única condición de admisibilidad en los empleos.*

“Córdoba, 10 de octubre de mil novecientos ochenta.

*Y vistos:* Estos autos caratulados “Reynoso, Heradio Raymundo c. Sup Gob. de la Pcia. de Córdoba —Amparo—” en los que a fs. 4 comparecen Gonzalo F. Fernández y Jorge H. Gentile en representación de Heradio Raymundo Reynoso según poder general para pleitos que acompañan, iniciando acción de amparo en contra del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba a los fines de que sea emplazado a resolver el recurso de reconsideración interpuesto por el actor en contra del Decreto 593/78, en el término perentorio que se le fije, bajo apercibimiento de tenerlo por resuelto en sentido negativo. Solicitan costas y se tengan presentes el planteo de inconstitucionalidad del art. 25 de la ley 6.052 y las reservas del caso federal. A fs. 19, el Procurador del Tesoro presenta debidamente diligenciado el oficio librado con el informe del art. 8º de la ley 4.915 producido por el Sr. Gobernador de la Provincia. Dictado y consentido el decreto de autos, queda la causa en estado de ser resuelta. *Y considerando:*

1) Que la cuestión fáctica está perfectamente delimitada por el escrito de demanda de fs. 4 a 9 vta., y el prolijo informe del Sr. Gobernador de la Provincia, de fs. 14 a 18. Por Decreto del Poder Ejecutivo del nueve de febrero de mil novecientos setenta y ocho, se acepta la renuncia presentada por el Dr. Heradio Raymundo Reynoso el día veinticinco de setiembre de mil novecientos setenta y dos, a pesar de que, el veintitrés de agosto de mil novecientos setenta y siete, según lo afirma la propia parte demandada, el facultativo manifestó que formalmente retiraba su renuncia. Contra dicho Decreto articula el afectado recurso de reconsideración, respondiendo la Autoridad pública con el silencio.

De ahí la controversia: mientras el Poder Ejecutivo entiende que el silencio operó como respuesta, por cuanto y del juego armónico de los arts. 65 y 66 de la ley 5.350, se produjo la denegación tácita del referido recurso, quedando al interesado expedita la vía judicial, por la acción contenciosoadministrativa, el Dr. Heradio Raimundo Reynoso

sostiene que "el recurso de reconsideración no ha sido resuelto por el señor Gobernador de la Provincia, no obstante encontrarse vencidos los plazos del art. 66 in fine de la ley 5.350, y haber sido reiterado e instado su trámite mediante un escrito presentado con fecha 30 de noviembre de 1979", todo lo cual lesiona su derecho a la jurisdicción (art. 18 de la Constitución Nacional), al debido proceso legal (art. 33 de la Constitución Nacional), a la petición (art. 14 de la Constitución Nacional), al trabajo (art. 14 de la Constitución Nacional), a la estabilidad del empleado público (art. 14 bis de la Constitución Nacional), a la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional).

II) Que se añade una controversia más, la cual hace al orden de la oportunidad de la demanda: entiende el Superior Gobierno de la Provincia que, de acuerdo al art. 2, inc. e) de la ley 4.915, ha vencido con exceso el plazo de quince días que se acuerda al eventual afectado para demandar amparo, toda vez que la denegación tácita se operó el veintiséis de setiembre de mil novecientos setenta y nueve y la demanda se inicia el dieciséis de abril de mil novecientos ochenta. En tanto, el actor afirma que "no hay un punto en el tiempo a partir del cual hacer correr el plazo del art. 2 inc. e) de la ley 4.915, y por ello esta demanda es interpuesta en término".

III) Que la prueba aportada, integrada por documental, no hace sino corroborar la coincidencia de las partes sobre los hechos producidos, del mismo modo que la demanda y el informe respectivo nos muestran una profunda discrepancia en la calificación jurídica de lo ocurrido y en sus efectos consiguientes.

IV) Que, para poder resolver esta interesante cuestión, inteligentemente planteada por los letrados de la parte actora, Dres. Jorge Gentile y Gonzalo Fernández, necesitamos efectuar una adecuada disquisición doctrinaria. Desde aquel memorable fallo "Siri", del veintisiete de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete, en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declaró que "en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus"; desde aquel memorable fallo —re-pito— el instituto del amparo judicial ha perdurado, a pesar de que las reglamentaciones legales del mismo, a veces, parecen tender a enervarlo, acentuando su excepcionalidad.

En contra de tal tendencia, el Dr. Mariano Arbonés, en su obra "Interdicto de Inconstitucionalidad" (así nomina al amparo), nos dice: "Concluimos sosteniendo que el agotamiento de la vía administrativa previa o paralela, o la exclusión promocionada del amparo, en el caso de existir acciones ordinarias enderezadas al mismo fin, sólo es admisible cuando éstas protejan en la misma forma que el amparo, los de-

rechos constitucionales violados o amenazados... y como esto es en la práctica imposible, porque sino dichas acciones ordinarias o remedios normales constituirían reglamentación del amparo, llegamos a la conclusión de que, en manera alguna, pueden ser opuestas a la petición que se deduzca como "Interdicto de Inconstitucionalidad" (Parte 2ª Tit. II, cap. 1º ap. B, pág. 106, Ed. Universitaria Nacional, Córdoba, 1978). En síntesis: *El amparo surge por intermedio del principio de operatividad de la Constitución, y como tal, cubre cualquier situación en que las acciones o remedios ordinarios o normales, no proveerían con prontitud al mantenimiento del orden constitucional.*

V) Que, para valorar jurídicamente el silencio de la Administración, conviene empezar por precisar qué es el recurso administrativo, para lo cual nos apoyamos en la autoridad de Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1970, t. I, parte 2ª, A, punto 234, pág. 640): "El "recurso" administrativo es un medio de impugnar la decisión de una autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o su extinción". Estos recursos, aunque emerjan de intereses particulares comprometidos por el acto administrativo contribuyen a la "juridicidad" de la Administración; por lo que, según enseña el mismo Marienhoff (obra citada, punto 235, pág. 641) "los recursos instituidos por el ordenamiento jurídico o por la doctrina adquieren un gran sentido de orden moral, aparte de su contribución al afianzamiento de la seguridad jurídica". *La "juridicidad" de la Administración es algo que interesa a los administrados, pero también a la propia Administración, pues no se han hecho los administrados para la Administración, sino la Administración para los administrados. No es aquélla un ente fantasmal sino real, pero que no trasciende el nivel de relación entre los seres humanos y, como toda relación, reside en las sustancias humanas que se relacionan, o sea en el pueblo, para cuyo servicio debe funcionar la Administración. Pero siendo el Derecho un valor de la relación humana, el control jurídico del accionar de aquélla, no sólo beneficia al administrado sino que permite a la propia Administración cumplir su finalidad. Y nada es más importante para un ente que alcanzar el fin que le es propio. De donde el imperio del Derecho aparece tutelando el interés particular y la finalidad misma del ente público. Por eso dice Rafael Bielsa (Derecho Administrativo, Ed. De Palma, Bs. As., 1957, punto 1030 (pág. 160) hablando del recurso jerárquico, que con él "se tiende a revocar o reformar actos, en defensa de la legalidad de la actividad administrativa y no sólo a proteger el derecho o interés legítimo del recurrente".*

VI) Que la "juridicidad" argentina está regida por el principio de razonabilidad, el cual exige la fundamentación lógica de la decisión pública. Quien detenta el poder (o sea la fuerza para hacer cumplir una decisión) carece de autoridad (o sea el derecho de decidir) para actuar "porque sí", como espontaneidad pura de su voluntad. Arbitrariedad es capricho. Y el capricho ha sido proscripto por la Constitución de nuestra Patria. En efecto, toda norma obligatoria recibe su fuerza de tal, de una norma de superior jerarquía y así llegamos a la norma constitucional, de modo que todo el Derecho Positivo argentino recibe su autoridad de la Constitución. Pero ésta, en su breve Preámbulo (donde se

expresó para siempre el ser argentino) invoca a Dios, "fuente de toda razón y justicia".

Es que ya Santo Tomás de Aquino distinguía un Derecho de tres escalones: Positivo, Natural y Divino. La ley divina es el pensamiento eterno de Dios; la ley natural es la participación de la criatura en esa ley eterna; y la ley positiva humana es la determinación, según tiempo y lugar, de las indeterminaciones de la ley natural. De lo cual se sigue que la fuerza obligatoria de la ley positiva deriva de la ley natural y ésta, de la ley divina. Pero como a medida que se asciende en sabiduría, se decrece en palabras, resultando así que Dios sólo ha pronunciado *una* palabra, en toda la Eternidad, la cual es su Verbo; mientras el Derecho Positivo argentino se esparce en multitud de dispositivos legales, el Derecho Natural fundado del mismo, es reconocido con solamente dos palabras: "razón y justicia", las cuales son valiosas por tener su fuente en Dios, cuya protección se invoca. De ahí, pues, que ningún acto de la autoridad pública pueda carecer de razón, de razonabilidad, ya que su privación es la mayor injusticia con que se puede afectar al ser humano, cuya diferencia específica es justamente la racionalidad. Pero la razonabilidad del acto de la autoridad pública, no puede ser conocido en su razonabilidad, si no se explicitan los fundamentos lógicos que lo abonan. Por todo lo cual decimos que el *imperativo constitucional de razonabilidad del acto de la autoridad pública, exige fundamentación congruente con la decisión tomada.*

VII) De allí, pues, que la llamada *denegación tácita de los recursos administrativos, operada por el silencio de la Administración ante el transcurso de cierto plazo, "...juega a favor del "administrado"* (González de Reca, Florencia, Amparo por Mora, publicado en Acto y Procedimiento Administrativo, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, punto 4.1. pág. 196), la cual, poco después, añade que *ello no exime a la administración de la "obligación de resolver", pues "el administrado puede necesitar o serle conveniente, examinar, por ejemplo, los motivos aducidos por el órgano administrativo y el dictamen jurídico, en caso de una resolución denegatoria que desestimara parcialmente lo peticionado y contar así con mayores elementos para un posterior recurso administrativo o acción judicial según corresponda"*. En efecto, si el art. 14 de la Constitución Nacional dice que todo habitante de la Nación goza del derecho de "peticionar a las autoridades", es porque implícitamente impone el deber correlativo o sea el de que las autoridades respondan. De ahí que nos diga el mismo Marienhoff (obra citada, pág. 722, punto 276) que "cuando se pide a la Administración Pública una declaración de derecho, el orden jurídico exige que se otorgue o que se deniegue (añadimos: diciendo por qué). De tal suerte, en estos casos el silencio o inactividad prolongados de la Administración, implican una falta de cumplimiento a un deber jurídico que pesa sobre ella": el deber de explicitar los fundamentos de una decisión. Por eso, *la llamada denegación tácita, no es propiamente denegación, sino presunción de denegación, que habilita para la vía judicial, pero sin conocer las razones de la presunta denegatoria. Ello, pues, no exime a la Administración de su obligación de decir si hizo lo que se presume que hizo, y de decir por qué hizo lo que hizo.* De todo lo cual concluyo que asiste razón al actor en deman-

dar amparo para que el Superior Gobierno cumpla su deber de respuesta fundada.

VIII) Que, ello no obstante, debemos considerar si la petición de amparo es o no oportuna, por vencimiento del término de quince días, entre la fecha en que se opera la llamada denegación tácita (el art. 67 de la ley 5.350 dice solamente: "se presumirá la existencia de resolución denegatoria") y aquella en que se articula la demanda. Tengo para mí que es oportuna y comparto la posición del accionante de que "no hay un punto en el tiempo a partir del cual hacer correr el plazo del art. 2 inc. e) de la ley 4.915". Doy razones: si el silencio de la Administración no es jurídico, no es lícito, es claro que la Administración está legalmente obligada a hacer cesar la ilicitud, en cada instante. Ello explica por qué, a veces, producida la denegación tácita, la Administración se pronuncia, lo que reabre, según la doctrina, el término para recurrir (confirma Gordillo, Agustín, Procedimiento y Recursos administrativos, Ed. Marchi, Buenos Aires, 2ª edición, 1971, Parte Especial, Cap. XI, 9 b, pág. 411).

IX) Que si volvemos al razonamiento estricto diremos: la obligación de hacer cesar la ilicitud de un acto se actualiza en cada instante; por tanto, el no cumplimiento de tal obligación actualiza a la ilicitud, en cada instante. Por eso, mientras dure el silencio de la Administración, el accionante puede petitionar amparo. Y ello es así, porque en cada instante, la Administración está vulnerando su derecho de petición (art. 14 de la Constitución Nacional). Y ésta, el amparo, es la única vía posible para obtener de la Administración, explicitación de fundamentos del acto administrativo. Ya que no es para eso que se ha previsto el procedimiento contencioso administrativo. Que en muy profunda reflexión, el veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, nuestro más Alto Tribunal dejaba sentado, para un caso no igual pero sí análogo, que "el tiempo no enerva la potestad del poder administrador para revocar el acto ilegítimo, toda vez que por lo regular es precisamente su transcurso el que pone de manifiesto la ilegalidad del acto o su inconveniencia" (B. J. C. III 89).

X) Que, demás está decir que la petición del caso, dice relación inmediata, directa y necesaria con el derecho a jurisdicción del accionante emergente del art. 18 de la Constitución Nacional, pues al no conocer la fundamentación del acto administrativo, no puede ir a juicio en plenitud de derechos: al debido proceso, pues al verse declinando en sus derechos de conocimiento, quedaría en mengua su derecho de defensa; al trabajo, pues de lo que se trata es de la privación de su trabajo; a la estabilidad del empleado público (art. 14 bis de la Constitución Nacional) pues el trabajo en este caso, es un público empleo; a la propiedad (art. 14 y 17 de la Constitución Nacional), pues al ser privado de trabajo, se le priva de ingresos económicos; y, a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional), pues la idoneidad y el grado de idoneidad, y su relación con el de otros ciudadanos, es la única condición de admisibilidad en los empleos. Toda discriminación que resulte del capricho, del silencio, o de la fundamentación incongruente con la decisión, de modo tal que no se pueda saber por qué se excluyó a uno de la administración pública, y

por qué se incorporó a otro, viola el derecho a la igualdad, para la cual nuestra sabia Constitución dedicó un artículo y el hermoso Himno de nuestra Patria, un trono.

XI) Que el art. 25 de la ley 6.052 no es inconstitucional, pues la posibilidad del ejercicio profesional es universal para el abogado y no hay limitación legal a circunscribirse a un tipo de acciones, por lo que no se advierte desigualdad entre los abogados, tal cual se agravan los letrados del actor. Que, en cuanto a las pautas valorativas para fijar los honorarios de otras profesiones, la ley las meritúa según la diversidad de naturaleza de las profesiones. Por tanto, no pueden servir de muestra de desigualdad con lo establecido para los abogados.

XII) Que, por todo lo expuesto y lo dispuesto por los arts. 1 y 2 de la ley 4.915 y demás disposiciones legales concordantes y en vigor;

*Resuelvo:* 1º) Hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, ordenar al Superior Gobierno de la Provincia, que, en el término de diez días, se pronuncie expresamente sobre el Recurso de reconsideración del actor y de fecha quince de agosto de mil novecientos setenta y nueve, contra el Decreto 593 del nueve de febrero de mil novecientos setenta y ocho, bajo apercibimiento de declarar a su silencio como denegación del mismo. 2º) No hacer lugar al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 25 de la ley 6.052. 3º) Costas a la parte demandada. 4º) Protocolícese, hágase saber y dése copia”.

Resta advertir que la normativa cordobesa citada precedentemente juega de modo similar que la nuestra para casos parecidos.