

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SU EVOLUCION LEGISLATIVA (*)

CÉSAR OCHOA CARDICH

Profesor de Derecho Administrativo
Pontificio Universidad Católica del Perú

-En ese momento el Rey, que por un rato había estado escribiendo en su
cuaderno de notas gritó:
¡Silencio! Y leyó lo que había escrito: 'Artículo cuarenta y dos: Toda persona
que mida más de un kilómetro y medio deberá abandonar la sala'.
Todos miraron a Alicia.
Yo no mido un kilómetro y medio -dijo Alicia.
- Como mínimo -añadió el Rey.
- Más de dos kilómetros -añadía la Reina.
Bueno, de nada nada yo me iré -dijo Alicia-. Además, este artículo no vale
se lo acaba usted de inventar.
Es el artículo más antiguo del código -dijo el Rey.
Si lo fuera, sería el número uno -dijo Alicia.-
(Lewis Carroll, Alicia en el país de las maravillas)

I. MARCO CONSTITUCIONAL DEL SILENCIO

En el Derecho Constitucional se ha considerado que el marco jurídico fundamental del silencio se encuentra en el derecho de petición. El derecho a peticionar en el sistema jurídico peruano está reconocido como derecho fundamental en el inciso 20) del artículo 2º de la Constitución de 1993 con la siguiente fórmula: toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito, ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también escrita dentro del plazo legal bajo responsabilidad.

Cabe precisar que en la doctrina se ha venido distinguiendo entre el derecho fundamental de petición y la solicitud excitadora de un procedimiento administrativo. Así, se ha considerado dentro de los alcances del

derecho constitucional de petición al derecho de solicitar la promulgación de nuevas normas legales que es diferente a la solicitud administrativa productora de la formación de un expediente administrativo.

De manera tal que, en sentido estricto, debe distinguirse el derecho de petición, como derecho fundamental en sentido lato, de la solicitud administrativa. En nuestro concepto, en el caso peruano, supone el derecho subjetivo del particular a obligar a la Administración a emitir respuesta expresa contestando todos los escritos que se le dirijan. De lo contrario, se estaría vulnerando este derecho fundamental.

Frente al derecho fundamental de petición, que hasta los monarcas más absolutos otorgaban, surge como contraparte el silencio administrativo como adecuada tutela del ciudadano frente a la inactividad pro-

(*) Versión actualizada de la ponencia presentada al Tercer Encuentro Nacional de Asesores Jurídicos del Sector Educación, celebrado en Huancayo en abril de 1999.

cesal de la administración, previéndose para la hipótesis de que no haya una respuesta expresa, determinadas consecuencias jurídicas.¹

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO

Han sido diversas las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en relación a la definición de esta institución. Siguiendo a García Trevijano², consideramos al silencio administrativo como una presunción o ficción legal por virtud de la cual transcurrido determinado plazo sin resolución expresa de la Administración y producidas ciertas circunstancias se entenderá o podrá entenderse denegada u otorgada la solicitud o fundado o infundado el recurso formulado.

De esta definición se extraen los elementos constitutivos del silencio. Su naturaleza jurídica va a diferenciarse según sea silencio negativo (simple ficción legal) o se trate de silencio positivo (verdadero acto presunto). Mientras que para algunos sólo existe una figura, el silencio administrativo, que tiene en ambas versiones la misma naturaleza jurídica siendo la ley la que le atribuye distintos efectos, para García de Enterría³ se trata de dos figuras esencialmente diversas. A este respecto, estimamos que concebir que su naturaleza jurídica es la misma conduce al error de proponer un tratamiento centralmente común de ambas versiones y la intercambiabilidad de sus técnicas y problemáticas.⁴

A) Naturaleza del silencio negativo

Del silencio negativo no emerge acto administrativo presunto alguno, no es propiamente una derogatoria ficta ni aparece la voluntad por presunción de la Administración. Tampoco, la ley sustituye la voluntad de la Administración cuando ésta no responde a las peticiones que se le formulan. Simplemente es un remedio procesal ante la inactividad del órgano para resolver. En consecuencia, se trata de una ficción legal que permite al administrado acceder a la instancia superior o a

la vía jurisdiccional, según sea el caso, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones o recursos.

Definida la naturaleza jurídica del silencio negativo debemos criticar la desnaturalización de esta figura por aquellas interpretaciones que lo conciben como un acto presunto. Así, determinadas formulaciones legales introducen la fijación de plazos para interponer recurso impugnativo contra el silencio administrativo o derogatoria ficta, vencidos los cuales el acto presunto queda consentido. Estos plazos son simplemente una pieza extraña que produce graves distorsiones que no debieran variar la configuración jurídica del silencio negativo.⁵

Para la doctrina moderna el silencio negativo está montado en beneficio del administrado y nunca contra éste, como una facultad suya correspondiéndole la opción de impugnar el silencio o esperar resolución expresa. En este sentido lo concibe el art. 87º de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos que establece: transcurridos los 30 días o que se refiere el artículo 51º sin que se hubiera expedido resolución, el interesado podrá considerar denegado su petición o reclamo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración Pública. Nótese que la formulación legal dice *podrá* considerar y no *liza* plazos para interponer recurso impugnativo.

Empero esta formulación legal que es la correcta no es desarrollada en la misma dirección por toda la legislación administrativa especial.⁶

Esta concepción del silencio negativo como acto presunto puede perjudicar al particular al darse validez con todos sus efectos a un no-acto, a un hecho jurídico pudiendo dar lugar a que se declare nulo a una resolución expresa extemporánea incluso aquella favorable al interesado.

Como se ha dicho alguna vez, el silencio negativo se ha establecido para favorecer al administrado, no para sorprenderlo o para cazarlo en un cepo o trampa⁷ como parece considerarlo cierta legislación administrativa.

¹ HUTCHINSON, *Temas. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 191.

² GARCÍA TREVIJANO GARNICA, Eduardo, desarrollo el tema en un excelente trabajo: *El silencio administrativo en el derecho español*, Civitas, 1990, p. 79.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", en *Rev. de Adm. Púb.*, núm. 47, 1965, p. 226.

⁴ En este error se incurrió cuando se elaboró el proyecto de Ley de Simplificación Administrativa L.S.A. y se propuso la derogatoria del silencio negativo y la "generalización del silencio administrativo positivo". Véase la simplificación administrativa, *Guadalupe de trabajo N° 4*, Instituto Libertad y Democracia, Lima, p. 41.

⁵ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 222.

⁶ Es el caso de la Ley N° 26850 -Ley de Contratación y Adquisiciones del Estado que en su artículo 56º establece que en el caso que las entidades no respalden y notificarán sus resoluciones o acuerdos dentro del plazo que fija el Reglamento, los interesados considerarán denegadas sus peticiones o recursos, debiendo impugnar la derogatoria ficta dentro del plazo que fija el Reglamento. Así se asume el silencio negativo como "acto presunto", así que únicamente más adelante.

⁷ ALVAREZ GENDIN, "teoría del silencio administrativo", citado por GARCÍA TREVIJANO, *op. cit.*, p. 200.

B) Naturaleza del silencio positivo

A diferencia del silencio negativo, la operatividad del silencio positivo sí da lugar a la generación de un acto presunto, y por tanto a un verdadero acto administrativo.

Así, cuando un administrado solicita de la Administración alguna prestación y ésta no responde en el plazo predeterminado legalmente -siempre que esté previsto en la norma como un supuesto de silencio positivo y se den las condiciones precluidas por el ordenamiento- se entenderá otorgada la solicitud merced al silencio positivo.

En estos supuestos la voluntad de la Administración queda sustituida directamente por la Ley. De este modo el silencio positivo opera con una presunción *juris et de jure* referente a cuál fue la voluntad del órgano administrativo silente.⁸

De manera que al configurarse un verdadero acto presunto le será de aplicación la teoría y la normatividad de los actos administrativos expresos. No podrá dictarse, en principio, un acto administrativo expreso de signo contrario ni declarar la nulidad sino conforme a los procedimientos administrativos previstos para los actos expresos.⁹

Debe precisarse y subrayarse la naturaleza y los alcances del silencio positivo puesto que hemos criticado la concepción de generalización del silencio positivo que manejada sin matices ha generado normatividad confusa sobre la materia.

Así, debemos remarcar que en el silencio positivo se trata de la remoción de unos límites que han sido impuestos en el ordenamiento a los derechos de los particulares, cuyo libre ejercicio queda supeditado a la constatación de su compatibilidad con el interés público.¹⁰

De este modo, si la Administración durante un determinado plazo fijado en la norma correspondiente no se pronuncia quedan removidos las limitaciones impuestas. Como señala García de Enterría: el silencio positivo viene en rigor a sustituir esta técnica de la autoriza-

ción o aprobación previa por la de un veto (...) durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requiriente se entiende otorgado.¹¹

De esta definición se desprende que el silencio positivo sólo debe operar en actuaciones de la Administración relativas al otorgamiento de licencias y autorizaciones regladas.

Hay que subrayar que el silencio positivo ha sido concebido doctrinal y jurisprudencialmente en el Derecho Comparado como de interpretación y aplicación restrictiva por lo que no consideramos conveniente, como analizaremos más adelante, formulaciones generalizantes del silencio positivo.

III. REQUISITOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

A) Formulación expresa en disposición legal

Únicamente cabe reconocer y aplicar la existencia del silencio administrativo cuando aparezca instituido de manera expresa por una disposición legal o reglamentaria. Así, en el Derecho Administrativo peruano el silencio administrativo negativo está previsto expresamente en los artículos 87°, 98°, 99° y 100° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Asimismo, la Tercera Disposición Complementaria de la misma Ley, agregada por la Ley N° 26594, establece claramente que sin perjuicio de lo establecido en el artículo 87° acerca del silencio negativo las entidades que forman parte de la Administración Pública aplicarán el silencio positivo en aquellos supuestos contemplados en el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 70-89-PCM y normas modificatorias.

A su vez, el Dec. Leg. N° 757 -Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada- ha dedicado su Título IV a la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa introduciendo normas con rango de Ley relativas a silencio positivo, negativo y aprobación automática de trámites que sigan inversionistas y empresas ante las entidades de la Administración.¹²

⁸ GARCÍA TREVIJANO, *op. cit.*, p. 83.

⁹ Así, podría declararse la nulidad del acto administrativo presunto si por ejemplo se detectase por el órgano administrativo la violación al principio de presunción de veracidad, de conformidad con el artículo 6° de la Ley de Simplificación Administrativa Ley N° 25335. Para un sector de la doctrina ese acto, basado en un fraude o falsedad, sería un acto inexistente. En nuestra legislación sólo cabe declararlo nulo, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

¹⁰ HUTCHINSON, T., *op. cit.*, p. 215.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 224.

¹² Cabe subrayar es nueva concepción que la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada es una norma de desarrollo de los derechos constitucionales económicos de la persona, de manera tal que la violación de las normas de su Título IV por la Administración Pública supone transgresión a los derechos de libre iniciativa y libertad de empresa previstos en los artículos 58° y 59° de la Constitución.

B) Solicitud dirigida a la administración

Necesariamente para que se configure el silencio se requiere de una petición por escrito contenida en una solicitud administrativa o recurso impugnativo.

A este respecto, cabe precisar las características de la petición: Pedido delimitado, comprensivo y concreto. No quiere decir una sola petición. Pueden formularse en una misma solicitud pedidos principales y secundarios o accesorios, de manera conjunta, o formular disyuntivamente peticiones alternativas según sea el caso.

C) Documentación que debe acompañarse a la petición

La solicitud debe estar acompañada de los documentos precisos para facilitar a la Administración un adecuado conocimiento del asunto para mejor resolver. Tratándose del silencio negativo, el administrado puede formular su solicitud acompañando la documentación que crea oportuna sin perjuicio que la Administración pueda requerirle documentación adicional para la resolución del asunto. En caso de inactividad del administrado opera la figura de la caducidad o el abandono previsto en el art. 91^o de la LINGPA. En el supuesto que la Administración no requiera documentación adicional el silencio negativo operará obligatoriamente aún cuando la solicitud esté insuficientemente documentada.

En cambio la figura es sustancialmente distinta en el silencio positivo. Como se ha precisado en la doctrina¹³ la no presentación de la documentación precisa da lugar a que no se produzcan los efectos del silencio positivo por inexistencia de acto presunto. En este supuesto, el incumplimiento del interesado al no acompañarla documentación precisa no puede quedar compensado por la inactividad de la Administración de no requerirle que subsane las deficiencias existentes.¹⁴

El silencio positivo no constituye una técnica para permitir que los particulares eludan la aportación de documentación precisa mediante la presentación de una solicitud.

Así, para la obtención de una licencia por silencio positivo no es suficiente la mera solicitud sino que ésta debe ser acompañada con la documentación exigida por la legislación de la materia. Doctrinariamente se admite que en la figura del silencio positivo no se exija la documentación completa pero sí por lo menos la documentación esencial.¹⁵

Determinar cuál es documentación esencial y cuál no la es depende de la casística concreta. El criterio técnico estima que la documentación no esencial es aquella que aunque pueda facilitar la labor administrativa carece de relevancia para aportar dato adicional para el adecuado conocimiento del asunto por resolver.

D) Posibilidad de lo pedido

Debe referirse la petición a algo posible y real y no algo inexistente o contrario al ordenamiento jurídico. De este modo, en el silencio positivo se aplica la regla de que éste no puede operar contra legem, o sea que no cabe adquirir a través de esta figura más de lo que puede otorgarse expresamente de acuerdo al ordenamiento legal.¹⁶

E) Transcurso del plazo previsto

La ausencia de resolución expresa por la Administración durante un periodo de tiempo predeterminado por norma expresa da lugar a que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

En relación al plazo del silencio podría distinguirse dos sistemas: aquellos que exigen que previamente se formule una oportuna denuncia de mora o solicitud de pronta despacho y aquellos sistemas que obvian tal requisito. Entre los primeros se situaba el derogado art. 90^o del antiguo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 006-67-SC de fecha 11 de noviembre de 1967, que establecía que previamente el interesado podía denunciar la demora ante el funcionario competente. Recién desde que transcurrieron 30 días desde la denuncia y no se hubiere dictado resolución

¹³ GARCÍA TREVIJANO, op. cit., p. 138.

¹⁴ Absurdamente este criterio no es recogido por nuestra legislación administrativa. Así, el artículo 22^o del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa (aprobado mediante Decreto Supremo N° 070-89-PCM) preceptúa que: «En ningún caso las ineficiencias que no hubieran sido oportunamente advertidas por las entidades podrán constituir fundamentos para la denegatoria de una solicitud o la obtención de un derecho».

¹⁵ GARCÍA TREVIJANO GARNICA, op. cit., p. 140.

¹⁶ Lamentablemente, el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa elaborado por los señores de una desregulación maximalista, que constituye el anti-Derecho Administrativo, establece en su artículo 11^o que es viable legalmente el otorgamiento automático o no automatizado [enténdase vía silencio positivo] de licencias, permisos, autorizaciones y concesiones que contraviniendo el ordenamiento jurídico aplicable expojen a las personas o perjuicio a su salud o seguridad. En esos casos se reconoce el derecho de los afectados a impugnar las referidas aprobaciones.

se habilitaba procesalmente al interesado para presumir silencio negativo. La demora se denuncia mediante recurso de queja actualmente previsto en el art. 109^o de la LMGPA.

Nuestro sistema actual no exige como requisito la denuncia de demora de acuerdo al artículo 87^o de la LMGPA, aún cuando el interesado puede acogerse opcionalmente al recurso de queja.

IV. EFECTOS Y LIMITES DEL SILENCIO

Como es sabido los efectos del silencio administrativo son distintos si es positivo o negativo. Sintetizando, el silencio tiene el efecto de configurar una ficción en virtud de la cual se abre el caso a la instancia siguiente (silencio negativo) o bien se configura un acto presunto que otorga aquello que se solicitó (silencio positivo).

En principio prevaleció el principio del automatismo del silencio administrativo. De modo que al interesado no le cabía ninguna opción si es que la Administración no dictaba resolución expresa vencido el plazo previsto. No es que pudiese presumirse denegada la petición si así lo considerase conveniente el interesado para acudir a la instancia siguiente sino que la petición ya había sido denegada fictamente.

Tratándose del silencio positivo era tal el automatismo que bastaba con el sólo cargo que indique la fecha de la presentación de la solicitud para que el trámite se considere aprobado, al margen de la adecuación o no a la legalidad de lo solicitado.

El desarrollo doctrinario y jurisprudencial afinó el concepto precisando que en el silencio negativo se permita al interesado escoger entre esperar la resolución expresa o presumir denegatoria ficta. En el silencio positivo se descartó que a través de éste pueda adquirirse más de lo que pueda otorgarse de manera expresa.

Resumiendo, el silencio negativo tiene un efecto jurídico de naturaleza procesal, en cambio el silencio positivo da lugar a un acto presunto con los mismos atributos de la resolución expresa.

Es en este acápite que debemos abordar los límites del silencio administrativo -particularmente del positivo- que no han sido perfilados nitidamente por la moderna legislación peruana sobre la materia.

Consideramos que existe un vacío en la legislación administrativa peruana que regula el silencio admini-

trativo positivo. Si bien incorpora el principio de la fiscalización posterior orientado a corregir posibles desviaciones, abusos y fraudes (art. 14^o del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa) debe explicitar los límites del silencio positivo porque de lo contrario puede coartarse en la confusión de que se ha consagrado un rígido automatismo sin matices.

La regla general del silencio positivo establece que no surtirán los efectos jurídicos del silencio en dos supuestos:¹⁷

- Cuando la petición sea esencialmente contrario al ordenamiento jurídico.
- Cuando se omita alguna documentación o trámite esencial.

De ahí que se mantiene reservas en la doctrina sobre las virtudes del silencio positivo por la inseguridad jurídica que genera, puesto que el interesado puede considerar erróneamente que su solicitud se ajusta a ley para luego ser sometido a las correcciones que correspondan como consecuencia de seguir una conducta con ausencia de acto administrativo que la fundamenta. En el caso peruano tenemos la potestad de la Administración o la fiscalización posterior orientada a la identificación y corrección de posibles desviaciones, abusos o fraudes (artículo 14^o, Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa) lo que conllevará la anulación del acto o procedimiento administrativo en caso de fraude o falsedad, por existir dolo, sin perjuicio de la responsabilidad penal y las acciones indemnizatorias a que haya lugar (art. 16^o, Reg. art. 6^o, LSA).

Asimismo, se establece que no se considerará verificado la ocurrencia de fraude o falsedad en la declaración si el interesado incumple algún requisito sustantivo o de procedimiento no consignado específicamente en la solicitud que suscriba (art. 13^o, Reg. de la LSA). La Administración podrá mediante declaración requerir al interesado la subsunción respectiva de cierto requisito sustantivo, documental o de procedimiento, en un plazo no menor de 60 días calendario ni mayor de 6 meses, salvo causalino imputable al usuario. Entendemos que el requisito debe ser de carácter esencial para ser requerido por la Administración en vía de subsunción. De no cumplirse con el requerimiento en el plazo establecido podrá declararse el abandono del proceso (art. 23^o Reg. de LSA).

En resumen, la omisión de la documentación precisa da lugar a que el silencio positivo no genere efectos

17. GARCIA TREVIJANO GARNICA, Eduardo, op.cit., p.177.

y que el interesado no pueda actuar de acuerdo a lo solicitado en caso de verificación posterior, lo que plantea un problema de inseguridad jurídica muy grave. Aunque la norma del art. 28º del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, LSA, establece que el sólo cargo de la solicitud (permite al interesado acreditar el cumplimiento de las disposiciones vigentes) se admite la prueba en contrario. Y es que la inactividad de la Administración no puede legitimar desviaciones, omisiones, falsedades o fraudes configurando el silencio positivo en una técnica muy peligrosa para el interés público.

Como hemos mencionado, la omisión de alguna documentación –esencial o no– que no haya sido consignada específicamente en la solicitud del interesado no configura falsedad o fraude. En el supuesto de verificado una omisión no fraudulenta, de acuerdo al art. 13º del Reg., no se declarará la nulidad de acto presunto alguno sino que se abrirá la posibilidad de la subsanación en la documentación presentada de conformidad al procedimiento reglado en los referidos artículos 13º y 23º del Reglamento. Simplemente el silencio positivo no habrá producido efectos por inexistencia de acto alguno.

De otro lado, debe anotarse que el Reglamento de la LSA no asume explícitamente de que no hay lugar a silencio positivo (contra legem). Como hemos subrayado en este trabajo no cabe admitir de manera presunta más de lo que podría aprobarse por la Administración de manera expresa.

No es admisible, por ejemplo, que por silencio positivo o por procedimiento simplificado de aprobación automática de solicitudes¹⁸ pudiese afectarse a las personas a peligros a su salud o a su seguridad. En estos casos no sólo se afectan los derechos de las personas directamente afectadas sino que se contraviene el ordenamiento jurídico aplicable.

V. LAS RESOLUCIONES EXPRESAS TARDIAS

Son conocidas también como resoluciones extemporáneas. Si se parte de la premisa que la Administra-

ción está en la obligación de resolver puede ocurrir que no siempre ese exigida pronunciamiento ocurra dentro del plazo fijado. Así estaremos ante el problema de la resolución tardía sobre la cual se han desarrollado dos tesis: la admisorio y la negatorio.

A) Tesis admisorio de la validez de las resoluciones tardías:

De acuerdo a esta posición que es la que predomina en la doctrina moderna la Administración no sólo puede sino que debe emitir resolución expresa aún cuando ya hubieran vencido los plazos y se generase el silencio administrativo.

El fundamento de esta tesis se basa en que el silencio administrativo no está concebido en favor de la Administración sino que debe interpretarse como una figura jurídica en favor del administrado.

Ajímimo, se sostiene que el silencio al no ser un acto administrativo notificado carece de eficacia externa y por tanto, puede ser jurídicamente ignorado por el interesado, el cual puede esperar la resolución expresa pero extemporánea.

La tesis admisorio niega que la resolución tardía per se sea nula –como consecuencia de su extemporaneidad– en aplicación del art. 43º, inciso c) de la LNSPA que establece que son nulos los actos administrativos dictados prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento. Para esta tesis la nulidad de la resolución tardía sólo puede declararse cuando el plazo dentro del cual debió emitirse fuera norma esencial de procedimiento, lo que no debe entenderse como regla general de los procedimientos administrativos.¹⁹

Quienes asumen la tesis admisorio atribuyen diversos efectos a las resoluciones tardías según se trate de silencio positivo o negativo. Así, se considera que es inadmisible que la Administración resuelva expresamente en sentido contrario al silencio positivo.²⁰ Empero, otro sector doctrinal, aunque admite este principio general, considera que la resolución tardía puede desconocer

¹⁸ De acuerdo al Dec. Leg. 757 –Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada– en los procedimientos que sigan las empresas e inversionistas ante las entidades del Estado el principio general es la calificación de los trámites como de aprobación automática el mismo día de la presentación del recurso o formato correspondiente (art. 24º). En casos excepcionales, podrá establecerse que los procedimientos administrativos requieren de evaluación previa de la Administración. Vencido el plazo correspondiente sin pronunciamiento procederá el silencio positivo o negativo, conforme a lo prescrito en los artículos 25º y 26º del Decreto legislativo 757.

¹⁹ En nuestro concepto, el principio de seguridad jurídica es clave para determinar si el plazo es norma esencial de procedimiento. Así, si hay un tercero que ha adquirido una situación jurídica al amparo de un acto administrativo, la impugnación de ese acto debe tener un plazo para resolver, vencido el cual estaremos ante el silencio administrativo. Si generara una inseguridad jurídica muy grave si se permite que el recurrente espere indefinidamente una resolución extemporánea –de signo contrario al silencio negativo– en vez de interponer recurso contra el silencio y se deje en suspenso los efectos de la situación jurídica adquirida por el tercero. Por ejemplo, la impugnación por un postor del otorgamiento de buena pro en licitación pública a un tercero. En estos casos el plazo para resolver es norma esencial de procedimiento.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., p.212.

la situación jurídica precedentemente reconocida por que el silencio por sí sólo no crea ni extingue derechos ya que su eficacia está condicionada a que lo pretendido por el particular sea conforme a derecho.²¹

Siguiendo la tesis admisoría cuando se trata de silencio negativo la resolución expresa con el mismo sentido de presunta en nada perjudica al particular. Así, si el particular tenía un plazo para actuar y no lo hizo, entonces se le abre un nuevo plazo de impugnación.²² En cambio, si la resolución expresa tardía es de signo contrario a la presunta «favorable a las preferencias del interesado» entonces prevalecerá sobre el silencio negativo.

Debemos puntualizar que asumimos la tesis admisoría pero dentro de un criterio restringido y con matices. Como hemos dicho no admitimos resoluciones extemporáneas que afecten la seguridad jurídica de terceros interesados. Asimismo estimamos que el deber de resolver de la Administración tiene una limitación temporal; si el particular opta por no esperar resolución tardía e interpone recurso impugnativo contra la denegatoria por silencio, entonces no cabe aceptar la validez de resoluciones extemporáneas.

B) Tesis negatoria de la validez de las resoluciones tardías:

Esta tesis ha sido desechada en la doctrina moderna pero es recogida por cierta legislación y jurisprudencia administrativa.

Los fundamentos jurídicos más relevantes para rechazar la validez de las resoluciones tardías son:

- La Administración no puede ir contra sus propios actos. Si ya se produjo un acto administrativo desestimatorio no cabe que la Administración dicte otro acto de signo contrario. Se critica a esta teoría con el argumento de que el silencio no es un acto tácito o declaración de voluntad administrativa sino un hecho jurídico, un no acto. En consecuencia, la resolución tardía no contradice ningún acto anterior.
- Se sostiene que el silencio negativo opera automáticamente negándose la posibilidad del interesado pueda considerar denegada su petición o esperar resolución expresa. Esta tesis se fundamenta en la formulación legal de carácter imperativo que presenta en cierta normatividad el silencio negativo (por ej.: «presuntiva» o «considerada») y la fijación de

plazos para la interposición de recursos contra el silencio de la Administración. Se critica esta tesis con el argumento ya desarrollado en este trabajo de que el silencio es una simple fijación procesal por la que puede o no optar el interesado. El hecho de que se fije un plazo para impugnar por silencio es una simple determinación convencional del legislador carente de justificación por lo general y que no impide que el interesado espere la resolución tardía.

Lamentablemente en la práctica la operatividad automática del silencio sin matices se mantendrá vigente mientras la legislación no derogue esas formulaciones legales de carácter imperativo del silencio negativo.

- El transcurso del plazo previsto para que se dicte la resolución expresa implica que la potestad de la Administración para emitir resolución ha quedado agotada. En consecuencia, la resolución tardía es nula en aplicación del artículo 43° de la LNGPA que establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos: a) dictados por órgano incompetente; y b) dictados prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento.

VI. NORMAS GENERALES DE SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACION PERUANA

Como es sabido el Derecho Administrativo peruano tiene incorporada la figura del silencio negativo en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos en los citados artículos 87°, 98°, 99° y 100°.

A su vez, el silencio positivo fue introducido en los artículos 26° y 27° del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 070-89-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 002-90-PCM.

La dispersión de las normas generales vigentes sobre silencio administrativo así como sus modificatorias ha generado confusión por lo que estimamos conveniente agruparlas y resumirlas en las siguientes reglas:

- En cualquier procedimiento administrativo la regla general es que no pueden intervenir más de 2 instancias con competencia para emitir resolución. Los recursos impugnativos son los de reconsideración y apelación tal como están definidos en la LNGPA.

²¹ HUTCHINSON, *Teoría*, op. cit., p.219.

²² Si el particular tenía plazo para actuar por silencio y lo dejó vencer, la resolución extemporánea le brinda un nuevo plazo (el que la norma ofrece respecto a la resolución expresa) (ibidem, p.220).

Excepcionalmente, el artículo 700º de la LUGPA prevé el recurso de revisión ante una tercera instancia si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional.

- En los procedimientos administrativos conducentes al otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares transcurridos el plazo mínimo de 60 días calendario sin que se haya emitido resolución el interesado considerará fundado su recurso impugnativo. Esta norma está contenida en el D.S. Nº 002-90-PCM, art. 3º que modifica el art. 26º del Reglamento de la LSA. En cuanto a la aprobación de solicitudes debe aplicarse las reglas de silencio administrativo contenidas en Título IV (de la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa) del Dec. Leg. 757 que simplifica los trámites que siguen los inversionistas y empresas ante las entidades públicas.
- Sólo en aquellos casos en que el silencio administrativo positivo pueda perjudicar gravemente los intereses del Estado o el interés público, deberá expedirse y publicarse debidamente motivadas normas con rango no inferior al de resolución ministerial que podrán establecer que transcurrido el término de 60 días calendario se considere infundado el recurso impugnativo. En tales situaciones de silencio negativo queda expedito el derecho del interesado a interponer el recurso impugnativo o la demanda judicial según corresponda. Esta norma está contenida en el D.S. Nº 002-90-PCM, art. 3º que modifica el art. 27º del Reglamento de la LSA.
- En los procedimientos administrativos distintos a los conducentes al otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares y cuando se trate de la inscripción de títulos en los Registros Públicos a que se refieren los arts. 2008º y 2009º del Código Civil, así como en el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares que fuere creado por los Decretos Legislativos Nº 495 y 496 para formalizar la propiedad informal, actualmente denominado Registro Predial Urbano, operará en el plazo de 60 días calendario el silencio negativo, salvo que la propia entidad por norma expresa disponga que opera el silencio positivo. Esta norma está contenida en el art. 3º del D.S. Nº 002-90-PCM, modificatorio del art. 27º del Reglamento de la LSA.
- El silencio positivo se demuestra con el sólo cargo que indique la fecha de la interposición de la solicitud o recurso y permite al interesado acreditar el cumplimiento de las disposiciones vigentes, exclusi-

vamente en las circunstancias en que tal cumplimiento le sea objetado, cuestionado o sancionado y no se haya producido prueba en contrario, de conformidad con el art. 2º, inciso 1 de la LSA. Esta norma está contenida en el art. 28º del Reglamento de la LSA aprobado por D.S. Nº 070-89-PCM.

- Al detectarse fraude o falsedad en la declaración se anulará el acto o procedimiento administrativo que se haya sustentado o basado en dicha declaración, siendo el infractor punible de la instauración del correspondiente proceso penal, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias a que haya lugar. Estas normas se desprenden del art. 16º del Reglamento y del 6º de la LSA.
- Los Ministerios, instituciones, organismos públicos y otras entidades de la administración, de cualquier naturaleza, ya sean dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales están obligados a aprobar su correspondiente TUPA (Texto Único de Procedimientos Administrativos) en el cual constará la calificación de cada trámite que sigan las empresas e inversionistas ante las autoridades del Estado. Esta calificación consistirá en determinarles de aprobación automática de acuerdo con lo prescrito en el art. 24º del Dec. Leg. Nº 757 que será la regla general, o si requiere de una evaluación previa de la Administración. En este último caso deberá determinarse lo siguiente: si vencido el plazo correspondiente procede el silencio positivo o negativo, conforme a lo prescrito en los arts. 25º y 26º del Dec. Leg. Nº 757; o si no procede la aplicación de estas normas especiales de aprobación automática o de silencio por ser procedimientos tributarios, procedimientos administrativos que resuelven cuestiones contenciosas entre dos o más particulares, procedimientos para la enajenación o adquisición de bienes y servicios por o para el Estado o procedimientos referidos a concesiones de obras de infraestructura de servicios públicos.

Todas estas normas están contenidas en el art. 21º del Dec. Leg. Nº 757 y son desarrolladas por su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 094-92-PCM.

- Las solicitudes que presenten las empresas o inversionistas ante las distintas entidades de la Administración se considerarán automáticamente aprobadas el mismo día de la presentación de éstas, siempre que se cumpla con los requisitos y se entregue la documentación completa exigidos por el TUPA para cada caso. Esta norma está contenida en el art. 24º del Dec. Leg. Nº 757.

- En casos excepcionales podrá establecerse que los procedimientos administrativos requerirán de evaluación previa, lo que se deberá explicitar en el TUPA. En estos casos, la entidad contará con un plazo máximo de 30 días calendario para emitir la resolución expresa, contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que medie pronunciamiento expreso operará el silencio positivo considerándose aprobada el trámite seguido por el inversionista o empresa. Esta norma está contenida en el art. 25° del Dec. Leg. N° 757.
- Solamente en casos debidamente calificados se podrá establecer que la solicitud se considerará denegada por silencio negativo, transcurrido el plazo de 30 días calendario, a efectos de que el interesado interponga los recursos impugnativos pertinentes. Esta norma está contenida en el art. 26° del Dec. Leg. N° 757.

VII. SILENCIO NEGATIVO Y SU RELACION CON LOS PLAZOS PARA INTERPOSICION DE LA DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y DE AMPARO.

Es importante tener en cuenta que por Ley N° 26810 se modificó el inciso 3 del artículo 541° del Código Procesal Civil referente a los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso-administrativa. Así, el texto actualmente vigente prevé como requisito que la demanda se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurre primero. En caso de producirse silencio negativo, de conformidad con las normas pertinentes, la demanda puede interponerse en cualquier momento. De este modo ha sido abandonada la tesis del silencio negativo como denegatoria ficta o acto presunto y se lo asume en su correcta acepción como ficción procesal en favor del administrado al extremo de convertir a la acción contencioso-administrativa en imprescriptible.

Cabe anotar que tratándose de procesos contencioso-administrativos regulados por normas especiales distintas a las del Código Procesal Civil deben aplicarse sus respectivas disposiciones especiales. Así, por ejemplo, el artículo 81° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, prevé que el plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa en materia laboral es de tres meses de notificada la resolución impugnada o de producida resolución ficta por silencio administrativo.

Asimismo, en el proceso de amparo, agotada la vía administrativa debe computarse el plazo de caducidad

para la utilización del amparo de 60 días hábiles previsto por el artículo 37° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo N° 23506, a partir del día siguiente al vencimiento de los 30 días que tiene la Administración Pública para resolver un recurso impugnativo en caso de silencio negativo. Consideramos que en el proceso de amparo, dado su carácter urgentísimo que le es inherente por definición, debe excepcionalmente considerarse al silencio negativo como un acto presunto, por cuanto no puede estar abierta la viabilidad del amparo en cualquier momento como la acción contencioso-administrativa.

En ese sentido, ya existe reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en el caso de Nancy Teresa Mercado c./ Municipalidad Metropolitana de Lima, Expediente N° 982-97-AA/TC, sentencia publicada en «El Peruano» de fecha 29 de setiembre de 1998 el TC asumió esta tesis confirmando la resolución de segunda instancia que declaró improcedente la acción de amparo por causal de caducidad.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al caso Ugo Araque Seoico c./ General PNP Luis Perigo Perigo, publicada el 21 de abril de 1999, ha precisado que:

- Cuando un justiciable pretende obtener la tutela de sus derechos constitucionales a través de este remedio extraordinario, y la interposición de la demanda se encuentre necesariamente condicionada al agotamiento de la vía administrativa, el plazo de caducidad de la acción de amparo debe computarse desde el trigésimo primer día siguiente a la interposición del último medio impugnatorio en la instancia final de carácter administrativo.
- En aquellos supuestos donde no obstante el administrado ha optado por esperar el pronunciamiento expreso de la Administración, el plazo de caducidad necesariamente habrá de computarse a partir del día siguiente a la última petición que, dentro de un plazo razonable y siempre que se haya referido la petición de tener un pronunciamiento expreso, se hubiera realizado. La dificultad en estos supuestos es determinar cual es el "plazo razonable" para formular esta última petición y como se viabiliza procesalmente. En nuestro concepto, tendría que ser el de quince días, previsto en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos para la interposición de los recursos impugnativos y el reclamo necesariamente debería tramitarse como queja conforme a lo dispuesto en los artículos 108° a 111° de la LUGPA.