

SILENCIO ADMINISTRATIVO: ¿POSIBILIDAD DE REFORMA?

ADMINISTRATIVE SILENCE: POSSIBILITY OF REFORM?

Alisson Maryhan Villafuerte Quispe

Elein Frances Castillo Barriga

Maria Luisa Santa Cruz Tapia

Octavio Augusto Berrocal Rivera

Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO

- Planteamiento del problema
- Marco teórico
- Análisis casuístico
- Aspecto metodológico
- A manera de conclusión: ¿posibilidad de reforma?
- Referencias

RESUMEN

El presente trabajo aborda la problemática de la Administración pública en el Perú, centrándose en la técnica del silencio administrativo como herramienta para garantizar el cumplimiento de los deberes de la Administración. Se identifican problemas como la falta de capacitación adecuada de los funcionarios, la cultura burocrática y situaciones propensas a la corrupción. Se propone una investigación sobre el silencio administrativo, abordando su regulación, alcances de aplicación y posibles reformas a la legislación peruana.

PALABRAS CLAVE

Administración público, Silencio administrativo, Funcionarios públicos, Reforma legislativa

ABSTRACT

This paper addresses the issue of Public Administration in Peru, focusing on the technique of administrative silence as a tool to ensure compliance with the duties of the Administration. Problems such as lack of adequate training for officials, bureaucratic culture, and situations prone to corruption are identified. An investigation into administrative silence is proposed, addressing its regulation, scope of application, and potential reforms to Peruvian legislation.

KEYWORDS

INTRODUCCIÓN

La Administración pública es responsable de gestionar y ejecutar las políticas públicas destinadas al bienestar de la ciudadanía. En este sentido, el despliegue de acciones se fundamenta en una gestión eficiente, transparente y responsable, de tal manera que se promueva el acceso a servicios públicos de calidad, se aplique los principios contenidos en la normativa correspondiente, y se garantice los derechos de los ciudadanos, de tal manera que estos últimos puedan participar de la toma de decisiones públicas, derecho reconocido por el Tribunal Constitucional (TC) –según pronunciamiento que ha sido desarrollado más adelante–, el cual ha establecido que solo así se justifica la existencia de la Administración pública.

Este principio se fundamenta en la idea de que la Administración pública debe actuar de manera justa, imparcial y transparente. En el Perú, las instituciones públicas deben cumplir con los principios de legalidad, eficacia, transparencia, eficiencia, economía, celeridad, simplicidad, uniformidad, irretroactividad, irrevocabilidad, publicidad, motivación, y debido procedimiento; sin embargo, en la práctica, se observa que el cumplimiento de este deber es irregular.

En este sentido, se ha identificado una serie de problemas como la falta de capacitación adecuada de los funcionarios públicos para cumplir con los principios que rigen la función administrativa; la cultura burocrática, pues, debido a su rigidez, los procesos suelen ser lentos; además, genera situaciones propensas al nepotismo y corrupción.

Ante esta realidad, y dentro del desarrollo del procedimiento administrativo, se aplica la técnica del silencio administrativo como una herramienta para garantizar el cumplimiento del deber de la Administración pública de actuar conforme a los principios que la rigen. Así, ante la falta de respuesta expresa a una solicitud de un particular en un plazo determinado, se entenderá que la solicitud ha sido aprobada o denegada, atendiendo a la calificación procedimental específica.

Esto se debe a que el silencio administrativo permite que los administrados no se vean afectados por la inactividad de la Administración pública. Si bien el silencio administrativo, pensado prima facie como un castigo a la Administración por no cumplir con su deber, sin la observancia de las demás deficiencias que acoge a la Administración y sin intención de brindar una solución a problemas estructurales, la técnica del silencio administrativo puede resultar ser aquella “cura más mala que la enfermedad”, pues, como sostuvo Rojas Leo (2011, p. 52), a pesar de ser una

técnica más reciente y que corresponde a una preocupación por solucionar un síntoma de enfermedad –como es el retardo prolongado e insensible en que incurre la Administración pública–, en un mundo moderno, cambiante y globalizado, se manifiesta dramáticamente y genera un perjuicio.

En este contexto, es necesario que los operadores de la Administración pública realicen una labor garantista, ética y eficiente; como lo es contar con la capacitación adecuada para cumplir con los principios que rigen la Administración pública; actuar de manera imparcial y objetiva, sin favoritismos ni intereses particulares; y utilizar los recursos públicos de manera eficiente y eficaz. Por consiguiente, el presente trabajo propone una investigación sobre el silencio administrativo en el Perú.

En primer lugar, se ha abordado la problemática de la Administración pública en el Perú, que permitirá contextualizar la investigación y comprender los factores que han contribuido a la existencia de las incongruencias y defectos prácticos del silencio administrativo.

En segundo lugar, se ha desarrollado la regulación del silencio administrativo, que permitirá conocer la normativa vigente en materia de silencio administrativo, así como su evolución histórica y comparada.

En tercer lugar, se ha estimado los alcances de la aplicación del silencio administrativo positivo y negativo, donde se ha analizado las consecuencias jurídicas de la inactividad de la Administración pública en los procedimientos administrativos; asimismo, se ha analizado doctrina y legislación comparada en materia de silencio administrativo, a fin de identificar posibles alternativas de reforma.

Finalmente, se ha elaborado posibilidades de reforma a la legislación peruana en materia de silencio administrativo, lo que ha permitido proponer soluciones al problema de la inactividad de la Administración pública en el Perú.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El silencio administrativo es una institución jurídica propia del derecho procesal administrativo, que, desde su incorporación al ordenamiento jurídico peruano, ha sido objeto de debate.

Por un lado, cabe la interrogante de si el silencio administrativo es una institución necesaria para garantizar la seguridad jurídica de los administrados. En efecto, ante la inactividad de la Administración pública, el silencio administrativo permite que la solicitud del administrado se considere resuelta en sentido favorable o desfavorable, según corresponda.

Por otro lado, ha sido posible también cuestionar si el silencio administrativo es una institución que debe permanecer vigente, y que resulte adaptable a las nuevas tendencias tecnológicas y de gobierno. En efecto, en un contexto en el que la Administración pública debe ser más eficiente y rápida, el silencio administrativo podría ser visto como una institución que genera incertidumbre y resta valor público a la resolución de los procedimientos administrativos.

En el contexto de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2030 (en adelante, la “Política Nacional”), es necesario evaluar la idoneidad del silencio administrativo. La Política Nacional busca que la Administración Pública sea más eficiente, transparente y predecible. En este contexto, el silencio administrativo podría ser visto como una institución que no contribuye a los objetivos de la Política Nacional (Presidencia del Consejo de Ministros [PCM], 2022).

En conclusión, el silencio administrativo es una institución que debe ser reevaluada continuamente, sobre todo en el contexto actual. La idoneidad de esta institución dependerá de la capacidad de la Administración pública para adaptarse a las nuevas tendencias tecnológicas y de gobierno, y para garantizar la seguridad jurídica de los administrados.

Problema general

¿Es necesaria una reforma normativa a la técnica del silencio administrativo dentro del marco del desarrollo de los procedimientos administrativos en Perú?

Problemas específicos

¿La aplicación del silencio administrativo permite garantizar la eficacia y goce de los derechos de los administrados en el desarrollo del procedimiento administrativo?

¿Qué carencias tiene la Administración Pública que dificulta la atención de procedimientos administrativos?

¿Ha sido la jurisprudencia uniforme en la interpretación de la técnica del silencio administrativo en el desarrollo del procedimiento administrativo?

¿Cuáles son las alternativas de reforma, legales y extralegales, que permiten una resolución oportuna de los procedimientos administrativos?

Objetivo general

Examinar la necesidad de una reforma normativa a la técnica del silencio administrativo dentro del marco de los procedimientos administrativos en Perú.

Objetivos específicos

Establecer si la norma permite garantizar la eficacia y goce de los derechos de los administrados adquiridos a través de la aplicación del silencio administrativo.

Identificar las carencias que tiene la Administración Pública que dificultan la atención de procedimientos administrativos.

Revisar si la jurisprudencia ha sido uniforme en la interpretación y aplicación de la técnica del silencio administrativo en los procedimientos administrativos.

Proponer alternativas de reforma, legales y extralegales, para optimizar la aplicación del silencio administrativo.

Justificación

En razón de la problemática señalada, la presente investigación es importante desde las perspectivas teórica, práctica y social. Desde la perspectiva teórica, en tanto propone un análisis crítico de la regulación y aplicación del silencio administrativo en el Perú a la luz de los principios constitucionales, procesales y administrativos recogidos en el ordenamiento jurídico peruano. El análisis propuesto busca identificar los elementos esenciales del silencio administrativo, así como su fundamento jurídico; la crítica, por su parte, busca identificar las incongruencias entre la teoría y la realidad del silencio administrativo en el Perú; resultados que servirán de base para la reflexión sobre esta institución en la nación peruana.

Desde la perspectiva práctica, ha resaltado los problemas que hay en los procedimientos administrativos y ha presentado alternativas de solución, a fin de que la respuesta de la Administración sea más celer y certera. En particular, propone como alternativas de solución la limitación del ámbito de aplicación del silencio administrativo: a) aclarar la normativa vigente y mejorar la coordinación entre las entidades públicas.

Desde la perspectiva social, la implementación de estas alternativas de solución contribuiría a mejorar la eficiencia de los procedimientos administrativos y a garantizar la seguridad jurídica de los administrados. Cabe señalar que, la problemática en torno al silencio administrativo tiene impacto directo en la ciudadanía peruana, principalmente en los 17,027 millones que al primer trimestre del 2023 conformaron la población económicamente activa en el país, y que potencialmente podrían iniciar o ya han iniciado un procedimiento administrativo (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2023).

Así, al examinar el impacto del silencio administrativo y la subsecuente necesidad de una reforma normativa, se está contribuyendo a la reflexión sobre una institución jurídica procesal administrativa que tiene un impacto significativo en la ciudadanía peruana.

MARCO TEÓRICO

Problemática de la Administración en el Perú

La Administración debe cumplir el rol de atender las distintas necesidades de los ciudadanos, que acuden a ella por variados motivos, como el matrimonio, el nacimiento de una persona, la búsqueda de trabajo, la solicitud de autorización para abrir un negocio, entre otros. Toda vez que estimen que son titulares de un derecho o cuando se requiera impugnar una resolución que precisamente les cause una afectación subjetiva, manifestarán su voluntad para tomar medidas ante el aparato gubernamental. Esto da cuenta de la existencia y necesidad de un procedimiento administrativo que permita instrumentalizar estos derechos.

El Perú sigue las bases de los grandes principios jurídicos y políticos modernos armonizados en las doctrinas jurídicas romanas, por lo que, en la actualidad, los entes estatales obedecen a la función de satisfacer las necesidades de la ciudadanía; sin embargo, si se enfoca la visión al rol de la Administración pública, se hace inevitable relucir que, debido a la carga excesiva, no siempre se obtiene una respuesta al vencimiento del plazo de la interposición de su petición y/o recurso, siendo este hecho importante porque no se ha respetado el debido procedimiento, y en su lugar se evidencia la afectación de los derechos individuales.

Esto evidencia una problemática recurrente que afecta la eficiencia y la efectividad de la Administración: la inactividad o retardo en la atención de los procedimientos administrativos, de la cual Gómez Puente (2000: p. 59) sostuvo que “(...) debe definirse a partir de la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”.

Esta situación no solo ha creado una carga adicional para los administrados, sino que también ha generado desconfianza, pues la Administración, a nivel constitucional, se ha establecido que el deber de ser garante de la legalidad se encuentra relacionado con un incumplimiento del bloque de constitucionalidad (Villanueva Haro, 2013). Dicha inobservancia puede ser considerada como una violación de los principios fundamentales del derecho administrativo, contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 9) de la sentencia del Exp. N° 01420-2009-PA/TC, ha precisado que la obligación de la autoridad de dar respuesta al interesado implica los denominados “deberes secuenciales” (STC del Exp. N° 01420-2009-PA/TC, fundamento 9).

Sobre los deberes secuenciales, Arzube Mendoza y Bustos Goya (2017) mencionaron que la Administración es un conjunto de funciones y procesos necesarios para llevar a cabo de forma eficiente y eficaz las actividades de organización del aparato estatal, distinguiéndose dos tipos de funciones correlacionadas.

Por un lado, las funciones continuas, que son aquellas desarrolladas durante la gestión del proceso, enfocadas en la resolución de problemas y toma de decisiones. Mediante estas la Administración realiza el análisis del problema, recauda información respecto al hecho para poder encontrar una posible solución, se encarga de escoger las alternativas más convenientes que empleará en la resolución, y, finalmente, comunica a la parte o partes implicadas, dándoles acceso a una mayor comprensión de la ejecución de la alternativa elegida (Arzube Mendoza y Bustos Goya, 2017).

Por otro lado, las funciones secuenciales son aquellas basadas en el orden lógico de planificación, que abarca la jerarquización de organización y desarrollo respecto de los recursos que tiene la Administración para lograr sus objetivos, además de la verificación y adecuación de las actividades, haciendo énfasis en el progreso y control de estas para no incurrir en problemas y detectar errores a tiempo (Arzube Mendoza y Bustos Goya, 2017).

Es por razón de estas últimas que el Tribunal Constitucional, en el fundamento 5), de la sentencia del Exp. N° 01420-2009-PA/TC, sostuvo que la respuesta de la Administración no solo debe cumplir con la forma escrita y el plazo establecido, sino que también:

(...) la autoridad tiene la obligación de realizar todos aquellos actos que sean necesarios para evaluar materialmente el contenido de la petición y expresar el pronunciamiento correspondiente, el mismo que contendrá los motivos por los que se acuerda acceder o no a lo peticionado, debiendo comunicar lo resuelto al interesado o interesados. (STC del Exp. N° 01420-2009-PA/TC, fundamento 5).

No obstante, al mandato deóntico desarrollado, nuestra realidad refleja un panorama distinto, tal como lo demuestra la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2030 (Presidencia del Consejo de Ministros, 2022, p. 159), que se propuso como meta del año pasado alcanzar por lo menos un 60% de expedientes de trámites priorizados que incumpliesen el plazo legal, y para el año 2023 una cifra de 50%.

Como se ha observado, la estadística refleja índices elevados de incumplimiento de la Administración pública de resolver dentro del plazo legal y dar respuesta motivada a las peticiones formuladas por los ciudadanos de forma expresa, una situación que, por su magnitud, generaría inevitablemente inseguridad jurídica en el administrado y afectaría notoriamente su confianza en la Administración, lo que lógicamente desincentivaría su concurrencia a esta, y, como consecuencia, aumentaría el índice de informalidad.

Tal problemática puede atribuirse a una serie de factores interrelacionados. Por un lado, la inactividad administrativa derivada de la escasez de recursos, lo que imposibilita que la Administración emita una respuesta expresa ante la solicitud del administrado en el plazo legal establecido. Dentro de este factor se encuentra la ausencia de personal debidamente capacitado respecto a cuestiones básicas de administración, encontrándose inmersos en políticas burocráticas que ocasionan que el administrado no encuentre el principio de celeridad procesal consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución peruana, que establece que toda persona tiene derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Al respecto, ha resultado ilustrativa la Encuesta Nacional de Satisfacción Ciudadana (2019), que a la pregunta “¿Hace cuánto tiempo empezó con su gestión?”, entre 2 278 personas que han acudido dos o más veces a la entidad para realizar el mismo trámite, se obtuvo como respuesta

una media de 56 días en el caso de organismos públicos, 143 días en el caso de ministerios y 159 días tratándose de gobiernos regionales (Datum Internacional S.A, 2019)

A la luz de los principios fundamentales del derecho administrativo, los cuales rigen la actividad de la Administración pública y buscan garantizar la legalidad, la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la transparencia en sus actuaciones, el retardo por parte de la Administración pública contraviene lo mencionado, ya que la lentitud en dar respuesta a la solicitud del peticionante impide que los actos administrativos se ejecuten en tiempo oportuno. Además, la falta de celeridad puede llevar a una interpretación errónea del principio de legalidad, ya que los ciudadanos pueden considerar que la Administración actúa con arbitrariedad, llevándonos a lo que Villanueva Haro (2013) denomina un divorcio entre el administrado y la Administración.

Para abordar esta problemática desde una perspectiva jurídica, es necesario implementar medidas que refuercen los principios del derecho administrativo y aseguren el cumplimiento de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Para ello, cierto sector de la doctrina ha considerado que un pilar fundamental que contempla esta ley es el denominado silencio administrativo, como mecanismo jurídico ante la inoperatividad e ineficiencia de la Administración pública.

Silencio administrativo en el Perú

Antecedentes nacionales e internacionales

Se tiene registro de que la técnica del silencio administrativo tendría sus orígenes en Francia de 1900, posterior a la revolución francesa de 1789, que acabó con la monarquía absolutista para apostar por un nuevo orden político y social, enfocado en los valores –siempre abstractos– de la igualdad, libertad y fraternidad. (Malagón Pinzón, 2005)

El apogeo del derecho administrativo se dio, por consiguiente, de la mano del concepto de Estado de Derecho, traduciendo su concepción en normas jurídicas obligatorias para los gobernados de un Estado, y que vinculaban positivamente a los gobernantes que desarrollan labores en las diferentes actividades o entes pertenecientes al Estado. (Rodríguez Rodríguez, 2005)

Sin embargo, no mucho más tarde la población francesa se encontró con preocupación e incertidumbre a consecuencia de la pésima labor de los funcionarios que dirigían la

Administración pública, puesto que utilizaban el retardo en la expedición de pronunciamientos o incluso omitían su pronunciamiento sobre los recursos interpuestos por los administrados para que estos no agoten la vía administrativa; y, por consiguiente, los conflictos no llegasen a la vía judicial. (Rodríguez Rodríguez, 2005)

Como consecuencia, la Ley del 17 de Julio de 1900 fue concebida para subsanar las brechas de vacío en la respuesta de la Administración. Así, con la finalidad de dotar de certeza al entramado jurídico, se estableció que, ante la falta de respuesta explícita por parte de la Administración, transcurrido o finalizado el plazo señalado en la ley, se presumiría que la pretensión del particular había sido denegada (Cabrera Vásquez et. al., 2013).

A través de este mecanismo, entonces, se permitiría salvaguardar los legítimos derechos e intereses de los ciudadanos al brindar mayor transparencia y eficiencia al procedimiento administrativo, lo cual garantizaría el acceso a la justicia y consolidaría un marco normativo que fomente la diligencia que debe tener la Administración, manifestada en la prontitud en las decisiones administrativas. Esto, se pensó, propiciaría un ambiente en donde la legalidad y la certeza convergieran, encontrándose en un punto intermedio en donde abracen y forjen una sociedad basada en el respeto social y la protección de los derechos individuales expresados en la ley.

Partiendo de la misma línea de pensamiento, Gómez Apac y Huapaya Tapia (2008) consideraron que la idea de una técnica que desestimaba la pretensión recogida en solicitudes y/o recursos de los administrados, denominada hoy silencio administrativo negativo, fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través del Reglamento de Normas Generales del Procedimiento Administrativo, consagrado en el artículo 90 del Decreto Supremo N° 006 – 67 (derogado), y promulgado el 11 de noviembre de 1967. Por otro lado, el silencio administrativo positivo, “hace su aparición con el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo 070-89-PCM” (Gómez Apac y Huapaya Tapia, 2008: p. 75).

Cabe destacar el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y su reglamento, que tratan del silencio administrativo como parte del cambio de paradigma hacia una Administración orientada al enfoque en el ciudadano e introducen la aparición de los instrumentos de gestión denominados Texto Único de Procedimientos

Administrativos (en adelante, “TUPA”) (Decreto Legislativo N.º 757, Aprueban Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, 1991).

Este contexto, teniendo en cuenta la inclusión del silencio administrativo positivo, se dio, según lo narrado por cierto sector de la doctrina, como consecuencia de que en la década de los ochenta el Perú se hallaba ante la vorágine de un Estado “altamente intervencionista”, que conllevó al aumento del desempleo, la pobreza y la informalidad (De los Heros et. al., 2012). Se ha observado que, desde entonces, la defensa de la libre iniciativa privada ha tenido un desarrollo doctrinario y jurisprudencial amplio, como respuesta ante aquella realidad, acentuada por los vicios de una Administración Pública desidiosa, pero también debilitado objetivamente producto de la inestabilidad interna.

Ante ello, el Decreto Legislativo N.º 757 buscó “garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas” (artículo 1). Para tal efecto, el artículo 25 dispuso la excepcionalidad de establecer procedimientos de evaluación previa y el carácter restringido (“casos debidamente calificados”) de la aplicación del silencio administrativo negativo, sin perjuicio de que, en cualquier caso, el tipo de silencio debía constar en el respectivo TUPA de la entidad para conocimiento del administrado (Decreto Legislativo N.º 757, Aprueban Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, 1991).

Recién en 2001 se ha logrado una regulación sistematizada con la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”), que, empero, se vio momentáneamente afectada por la dación de la Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo, publicada en el 2007, y vigente desde el 2008 hasta su derogación por el Decreto Legislativo N.º 1272 en el 2016. Como ha acotado Rojas Leo (2011), la ley derogada habría tenido como estigma el inmediatismo y facilismo político antes que una cuidada y visionaria reflexión que permita ofrecer soluciones pragmáticas a males estructurales del Perú.

Del mismo modo, Maraví Sumar (2017) ha comentado que fue una decisión infundada pretender regular la figura jurídica del silencio administrativo en una ley especial, se prefiere reunir sus disposiciones en la ley que es de carácter general. Además, la Ley del Silencio Administrativo, al enumerar más supuestos para emplear el silencio administrativo negativo, habría transmitido la idea de que esta es la regla y no la excepción, contrario al entendido doctrinal y del legislador. La autora señaló que otro acierto de la reincorporación del silencio administrativo en la LPAG en el 2016 sería lo siguiente:

(...) la normativa vigente requiere que las entidades sustenten técnicamente la posible afectación significativa a efectos de que el procedimiento administrativo esté calificado como de silencio administrativo negativo. Con esta nueva obligación, se busca frenar la arbitrariedad de las entidades al momento de calificar sus procedimientos administrativos. (Maraví Sumar, 2017, p. 71)

Huapaya Tapia (2007, como se citó en Gómez Apac y Huapaya Tapia, 2008), en línea con la mencionada autora, ha concordado sobre la dispersión legislativa causada por la Ley del Silencio Administrativo. Asimismo, han criticado aspectos de la ley especial como la operatividad del silencio positivo en caso no se emita una respuesta de la Administración (en la LPAG era cuando no se notifica) y la regulación innecesaria de temas que ya eran previamente abordados en la norma general. No obstante, estos últimos resaltan de esta ley especial dos aspectos: la revisión imperativa del silencio negativo por todas las entidades públicas y la revalorización del silencio positivo.

Actualmente, la Ley N° 27444 es la encargada de regular el silencio administrativo, sin perjuicio de las leyes y normas especiales que rigen las materias tributarias y aduaneras. Su artículo 30° refiere para los procedimientos de evaluación previa dos técnicas en caso no se pronuncie la entidad: el silencio positivo y el silencio negativo. A través de estas se cumpliría con el objetivo fundacional de la promoción de la inversión privada, favorecer el ingreso de agentes económicos al mercado y permitir la participación de los administrados en el procedimiento y el manejo de la Administración pública (Guzmán Napurí, 2013), con la ayuda de una norma única y precisa, aunque no queda exenta de críticas en sí misma y respecto de su aplicación.

Naturaleza jurídica del silencio administrativo

“El silencio administrativo es la omisión calificada por la norma jurídica como portadora de efectos que sustituyen la decisión expresa de la Administración Pública” (Pacori Cari, 2022, p. 418). De la definición presentada ha quedado patente que el término en torno al cual gira el fenómeno estudiado es la omisión. Por lo tanto, ha resultado indispensable que, para poder reflexionar y ofrecer soluciones sobre el problema tratado, se maneje previamente una noción precisa de la institución materia de análisis, ubicándola en el universo de lo jurídico y distinguiéndola de otras realidades que, si bien pueden estar relacionadas, no forman parte de la presente investigación.

Para empezar, en el ámbito de las relaciones humanas, la comunicación –manifestada en el hombre por medio del lenguaje– ha sido y es un elemento fundamental. Actualmente, se encuentra reconocido que para su existencia no se requiere solamente el uso de la palabra hablada o escrita, sino que esta se da efectivamente por medio de símbolos que transmitan lo que se conoce como significado (Busso, 2021).

Este puede hallarse a través de comportamientos humanos entendidos ordinariamente como acciones, por ejemplo, el pago de tributos municipales; u omisiones, como no colocar en la fachada la bandera peruana con ocasión de Fiestas Patrias. Más allá de la discusión que haya podido generar esto último –y sin perjuicio de quienes sostienen que no existe tal dicotomía–, lo cierto es que incluso la misma inacción, dependiendo del contexto, puede encontrarse cargada de alguna significación e interpretación.

Esta realidad no ha sido ajena al derecho, que, como medio de regulación de conductas humanas y control social, se inspira de la realidad para transformarla, y esta, a su vez, lo invita a transformarse con ella. Debido a esa base fáctica, desde un primer aspecto de distinción, es posible hallar en nuestro ordenamiento cómo el derecho entiende al silencio desde perspectivas tan aparentemente distantes como la civil, penal y administrativa.

Por consiguiente, a efectos de salvaguardar la pertinencia en este estudio, como parte del primer punto de análisis de este capítulo, brindaremos una exposición de cómo el derecho común asimila el fenómeno del silencio, para luego presentar cómo esta visión no es lejana de aquella que contempla el derecho administrativo.

El Código Civil peruano establece en su artículo 141 que “El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”. Este enunciado ha tenido un análisis tan extendido como divergente en la doctrina, como bien se ha observado, por ejemplo, de Zavala (1991: p. 108), quien ha llegado a sostener que para el derecho civil el silencio no implicaría una presunción:

Esta solución, como la explican Manuel de la Puente y Susana Zusman, no significa que la ley o el convenio traten de presumir cuál es la voluntad del silente, sino que se da al silencio el valor de determinada declaración de voluntad, de tal manera que si el sujeto calla sabe que con ello se da lugar a que su actitud tenga los efectos jurídicos que señala la ley o se hayan convenido entre las partes.

Así, se ha concordado con el mencionado autor respecto de que el silencio como manifestación de voluntad no tiene la naturaleza de una presunción, en tanto su cualidad haya sido determinada libremente por las partes en el contrato, y sus efectos han sido totalmente previsibles por ambas, aun si en un momento posterior alguna de ellas perdiera de vista sus efectos.

No obstante, se discrepa respecto a que no pueda ser una presunción en el caso de la ley, puesto que la dación de esta y los efectos que genera no dependen de la voluntad de las partes (salvo que sea una norma dispositiva), sino que por lo general opera el principio general del derecho de que la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley, y esta puede llegar a primar sobre la real intención de una parte.

Ahora bien, se debe diferenciar la manifestación privada, conocida como “manifestación de voluntad”, de la manifestación de la Administración pública, conocida comúnmente como “declaración”; esto último debido a que la doctrina ha identificado que las manifestaciones de la Administración pública trascienden el aspecto volitivo (actos jurídicos) característico del ámbito civil, ya que también abarcan “declaraciones de juicio (como el caso de los dictámenes e informes), conocimiento (como certificaciones, atestados y denuncias) y deseo (como las propuestas)” (Abruña Puyol, 2016, p. 254)

En ese sentido, cierto sector de la doctrina ha distinguido también que no es preciso hablar de “autonomía de la voluntad” respecto de la Administración, pues a ella “únicamente aplica el principio de legalidad, vale decir las potestades conferidas por Ley, la misma que a lo mucho habilita discrecionalidad, pero no otorga “libertad”” (Huapaya Tapia, 2010, p. 123; Guzmán Napurí, 2020, p. 431).

En el caso de la Administración pública, la omisión de su manifestación debida ha sido recogida por la doctrina con el nombre de silencios de la Administración, género dentro del cual no solo se halla el silencio administrativo, sino distintos conceptos que reflejan las variadas formas en las que la Administración demuestra su inactividad. Como muestra de esta realidad, el artículo 4 de la Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo prevé que “(...) Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: (...) 2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública. (...)” (Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, 2001)

Por lo tanto, no es correcto identificar al silencio administrativo como la única manera en la cual la Administración omite una actuación en perjuicio de un administrado. Por un lado, existe

la inercia, que, según Pacori Cari (2022: p. 418), “consiste en la omisión de la Administración Pública de cumplir con una actuación administrativa a la que se encuentra obligada por mandato de ley o de un acto administrativo firme”.

Es decir, de un lado, el incumplimiento de una norma autoaplicativa vigente con rango de ley; y, de otro lado, la inobservancia del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, por el cual la Administración debió darle eficacia a lo resuelto previamente y que se encuentra firme. Además, otra clase de inacción es la omisión de cumplir prestaciones, que el autor mencionado relaciona con los servicios públicos que se encuentran a cargo de la Administración, como “el servicio de agua”, que sin causa alguna podría ser suspendido (Pacori Cari, 2022, p. 420).

Habiéndose presentado el contexto anterior, ha sido posible ubicar apropiadamente al silencio administrativo como parte del universo de las inacciones en materia administrativa.

En esa línea, si bien la propia Ley N° 27444 identifica su aplicabilidad para los procedimientos administrativos sancionadores (numeral 6) del artículo 199) y los trilaterales (artículo 38), para el presente análisis cobra relevancia identificarlos en el marco de los procedimientos de evaluación previa. En esta, se encuentra cuando la solicitud del administrado, en su contenido, involucra derechos de terceros; es decir, se debe tratar de derechos trascendentes que ameriten un pronunciamiento de relevancia por parte de la entidad pública, así como en el caso de limitaciones de derechos a terceros o se otorgue alguna concesión.

En estos supuestos, el administrado espera que la Administración pública evalúe con minuciosidad su petición y documentos presentados. Morón Urbina (2017: p. 329), entiende que:

Los procedimientos de evaluación previa son los verdaderos procedimientos administrativos, caracterizados por necesitar para alcanzar la decisión, de un inicio formal, de una instrucción, la sustanciación, actuación de prueba y, finalmente, el pronunciamiento de la autoridad que no debe exceder del plazo de 30 días de iniciado el expediente.

Siguiendo la línea del silencio administrativo en evaluación previa, la petición del administrado podrá estar sujeta al silencio respectivo; ello se determinará si cumple las características establecidas en los artículos 33 y 34 de la Ley N° 27444, que se ha desarrollado a detalle más

adelante. Sin embargo, es importante tener en cuenta que existe una distinción entre los silencios administrativos respecto a su finalidad y, por supuesto, su naturaleza jurídica.

En este contexto, se ha identificado que el silencio administrativo no posee una única naturaleza, sino que existe una distinción entre los silencios administrativos respecto a su finalidad y, por supuesto, su naturaleza jurídica. Respecto a ello, Rojas Leo (2011: p. 54) ha comentado sobre la naturaleza jurídica de los silencios administrativos: “El negativo, genera una situación jurídica a favor del peticionante, mientras que el positivo, da lugar al nacimiento de un acto administrativo”.

El silencio administrativo negativo nace con la finalidad de “enjuiciar” la inactividad de la Administración pública; aunque no haya existido un acto administrativo objeto de impugnación, su objetivo es eliminar la obstaculización que tienen los particulares para hacer efectivo el control jurisdiccional.

Así también se ejerce la tutela jurisdiccional efectiva para que el administrado pueda hacer efectivos sus derechos. Esto, porque la Administración no puede significar un impedimento, y más bien debe tramitar sus procedimientos en razón de principio como la legalidad y la eficiencia.

Marco normativo vigente del silencio administrativo

La legislación nacional experimentó distintas reformas como parte del proceso de modernización del Estado, entre las cuales resalta la deficiencia de la administración en la atención de las peticiones y recursos de los administrados (Defensoría del Pueblo, 2009). De esta manera, la Administración cumpliría con servir de forma fructífera, oportuna y eficiente.

El silencio administrativo, previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), ha sido contemplado como un mecanismo de protección ante la falta de pronunciamiento oportuno dentro de un procedimiento administrativo, que ha sido definido en su artículo 29 como el “conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”, sea persona natural o jurídica, pública o privada.

Existen dos clases de silencio: positivo y negativo, siendo en el contexto peruano la regla general la aplicación del primero; regulados de manera integral en los artículos 33° y 34°, respectivamente, los supuestos en los que es aplicable cada uno.

Asimismo, cabe señalar que la aplicación del silencio se encuentra dentro del procedimiento administrativo de evaluación previa, donde la entidad pública debe realizar una evaluación de los requisitos y documentación presentados por el administrado.

Siendo un procedimiento administrativo iniciado a pedido de parte, si la entidad encuentra que los requisitos están completos y la documentación es correcta, debe emitir el acto administrativo solicitado; de lo contrario, si los requisitos no están completos o la documentación es incorrecta, debe emitir una resolución que deniega la solicitud.

Siguiendo la línea del silencio administrativo en evaluación previa, la petición del administrado podrá estar sujeta al silencio respectivo; sin embargo, para su aplicación y determinación no solo es necesario tener en cuenta que haya transcurrido el plazo establecido para resolver y notificar la decisión administrativa, pues la omisión de la Administración pública no puede estimarse necesariamente como una respuesta positiva o denegatoria.

Es decir, el silencio administrativo negativo o positivo solo procede si existe un mandato expreso que declare su aplicación, por lo cual es requisito que la pretensión de la solicitud esté prevista en una disposición normativa sustantiva de rango suficiente, aprobada por autoridad competente, y reflejada en el TUPA de la entidad (art. 40 de la LPAG); asimismo, para que la petición sea admitida válidamente a trámite, es necesario que sea jurídica y físicamente posible, considerando la buena fe del administrado.

A continuación, se desarrollan los supuestos de aplicación, a fin de facilitar su identificación y contrastar los resultados de la aplicación de esta técnica, desde 1920 hasta la actualidad, con la realidad de la Administración pública peruana.

Silencio Administrativo negativo

El silencio administrativo negativo es una figura jurídica que permite al administrado tener por conocimiento considerar que su petición ha sido denegada por la Administración, sin necesidad de que esta emita un pronunciamiento expreso; es decir, otorga un efecto negativo a la falta de respuesta dentro del plazo legal establecido ya mencionado, entendiéndose que la Administración ha rechazado la solicitud o recurso.

Siendo una presunción legal que puede ser desvirtuada por la Administración pública, esta mantiene su obligación de resolver, con la finalidad de proteger los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, propia de su naturaleza potestativa. Por consiguiente, el inciso 3) del artículo 188 de la LPAG, posibilita al administrado a interponer recursos administrativos y las acciones judiciales pertinentes; o esperar a que la administración se pronuncie, de acuerdo con el inciso 4 del artículo 188, que señala:

Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.

En consideración de que la excepción es el silencio administrativo negativo, la Ley del Procedimiento Administrativo General en el inciso 1 del artículo 34 señala que será aplicado en:

Aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. (Ley del Procedimiento Administrativo General, 2001, artículo 34)

Por lo tanto, se debe indicar si corresponde aplicar el silencio negativo, además, de fundamentar tanto técnica como legalmente la calificación en la exposición de motivos; en esta, se precisa la afectación al interés público como también la controversia en cualquiera de los bienes jurídicos ya mencionados. También está la posibilidad de ampliar las materias que corresponda a la aplicación del silencio negativo que será por Decreto Supremo y lo refrenda el presidente del consejo de ministros (Morón Urbina, 2007).

Como refiere Morón Urbina (2017: p. 375) “cabe advertir que la propia norma califica a esta enumeración como una lista *numerus apertus*, es decir, que puede ser complementada o

ampliada con otras materias mediante una norma reglamentaria de la Presidencia del Consejo de ministros”.

Es por ello que para su aplicación será necesario que se determine razonablemente que el interés público esté viéndose afectado de manera directa si el procedimiento se calificaría como de silencio administrativo positivo y se identifique la materia relacionada a este tipo de silencio (Morón Urbina, 2020, pp. 397-398).

Cabe señalar que, dentro del marco de la justificación, se debe indicar las razones por las que se ha considerado que el procedimiento importa una afectación significativa al interés público, entendiéndose esto último como aquello que trasciende el estricto interés del peticionante y afecta a la colectividad en su conjunto, un concepto jurídico indeterminado que debe ser interpretado en cada caso.

Asimismo, de conformidad con los incisos 2 y 3 del artículo 34, respectivamente, de la referida ley, está sujeto a aplicación del silencio administrativo negativo los procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la Administración pública, tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera (Ley del Procedimiento Administrativo General, 2001, artículo 34).

De igual manera, por seguridad jurídica, consideramos que los procedimientos que finalizan con una declaración desestimatoria o inscripción no pueden ser pasivos de silencio negativo, ya que no se sabría si la solicitud ha sido aceptada o denegada; o sobre aquellas solicitudes que generan obligación de dar o hacer del Estado, cuya aplicación podría generar una situación injusta para el administrado, ya que este tendría que esperar un tiempo indefinido para conocer la decisión de la Administración pública.

Por otro lado, de acuerdo con el inciso 5 del artículo 188 de la mencionada ley, el silencio administrativo negativo impide que el interesado tenga que esperar un tiempo determinado para impugnar la resolución que desestima su solicitud; efecto sobre el cual el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 0268-2006-PA/TC, señala que el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo empieza a transcurrir una vez que este decide acudir al órgano jurisdiccional; es decir, el interesado puede impugnar la resolución administrativa ante el juez en cualquier momento, incluso después de que hayan transcurrido los plazos establecidos para que la Administración dicte una resolución expresa. (STC del Exp. N° 0268-2006-PA/TC, fundamento 2).

Este principio se fundamenta en que sería un contrasentido establecer un plazo límite para acogerse al silencio administrativo negativo, pues la Administración pública podría retrasar la resolución de una solicitud hasta que dicho plazo expire, con el objetivo de evitar que el administrado pueda acudir a la vía jurisdiccional; contrario al principio de la buena fe, que obliga a las partes a actuar de forma honesta y leal.

Silencio Administrativo positivo

El silencio administrativo positivo se considera una ficción legal que otorga un efecto positivo a la falta de respuesta, asumiendo que la Administración ha aceptado la solicitud o recurso, y se otorga al administrado el derecho o beneficio solicitado; en ese sentido, Morón Urbina (2017: p. 367) ha señalado que:

(...) a diferencia del negativo, no hay posibilidad que el administrado prorrogue el plazo o tolere resoluciones extemporáneas, pues opera por mandato legal y no por voluntad del administrado. La fatalidad del plazo hace que el silencio se constituya automáticamente cuando vence el plazo de resolución, sin que sea necesario una confirmación del silencio ni que el administrado explicito su acogimiento al silencio positivo por escrito en particular.

En efecto, contrario al silencio administrativo negativo, la finalidad del silencio administrativo positivo consiste en agilizar los trámites administrativos y garantizar los derechos de los particulares. Esta técnica no implica una paralización irresponsable de la Administración, sino que busca evitar obstaculizar la vitalidad de la sociedad.

El silencio administrativo positivo se caracteriza por permitir a los administrados ejercer sus derechos –como el derecho a la libertad de comercio o de empresa– sin necesidad de esperar a que la Administración pública se pronuncie sobre su solicitud, ya que, al ser una ficción legal, produce los mismos efectos jurídicos que una resolución expresa estimatoria. Este tiene especial relevancia en el ámbito del comercio, puesto que, contrario al negativo, se permite a los administrados iniciar actividades económicas sin necesidad de esperar a que la Administración pública se pronuncie sobre su solicitud, lo que contribuye a la celeridad y eficacia de la actuación administrativa.

La LPAG, en el inciso 1 del artículo 33, ha dispuesto que el silencio administrativo positivo será aplicado en todos procedimientos no sujetos al silencio administrativo negativo taxativo

contemplado en el inciso 1 del artículo 34 señalado con anterioridad. Dicha excesiva generalidad puede constituir un problema, como bien lo expresa Santamaría Pastor (1986: p. 112):

La solicitud de una autorización que se rige por la regla del silencio negativo, sabe con absoluta certeza que no puede llevar a cabo la actividad en tanto no recaiga resolución favorable; en el caso del silencio positivo, el solicitante se encuentra ante el dilema de hacer o no hacer uso del silencio; si se hace uso de él y lleva a cabo la inversión económica que se precise, está expuesto a que posteriormente la Administración le sorprenda con una imputación de ilegalidad, clausure la actividad que creía amparada en el silencio positivo y ni siquiera puede salir de dudas acudiendo a un tribunal para que declare su derecho, ya que no puede actuar como demandante y reclamar la confirmación del acto tácito.

De igual manera, el silencio administrativo negativo, como una bombilla que se enciende cuando la Administración no se pronuncia dentro del plazo establecido, indica al particular que puede impugnar la desestimación de su solicitud en cualquier momento; contrario al silencio positivo, esta posibilidad la brinda certeza jurídica a las partes involucradas. Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

(...)[el] silencio administrativo positivo (...) solo es aplicable a aquellos procedimientos de evaluación previa (...) y que han sido reconocidos por las entidades en sus textos únicos de procedimientos administrativos (TUPAs) y, por tanto, no lo es a los procesos administrativos disciplinarios en los que la administración ejerce una facultad de fiscalización y sancionadora (STC del Exp. N° 2753-2004-AC/TC, Fundamento 3)

Asimismo, de conformidad con el inciso 4 del artículo 33 de la referida LPAG, los procedimientos de petición graciable y de consulta se rigen por su regulación específica; mientras que para los procedimientos trilaterales se aplica el silencio administrativo negativo, al evitar que una de las partes se beneficie en perjuicio de la otra; y otros que generen una obligación de dar o hacer por parte del Estado, por las razones ya expuestas. Ello porque el silencio administrativo positivo se considera tiene los mismos efectos jurídicos que una resolución expresa estimatoria.

De acuerdo con el inciso 3 del artículo 33 de la LPAG, se establece que el silencio administrativo positivo se aplica a los procedimientos que se rigen por su regulación específica,

confiriendo a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) la facultad de determinar los procedimientos que estarán sujetos a su aplicación, como son los procedimientos ya mencionados.

En consecuencia, se establece que el silencio administrativo positivo tiene como efecto la estimación de la solicitud, es decir, que ante el incumplimiento de la Administración pública de resolver y notificar la solicitud del administrado dentro del plazo establecido o máximo quedará automáticamente aprobado en los términos en que fueron solicitados. Respecto a la notificación, Morón Urbina (2007: p. 170) ha mencionado:

Si bien ya es un acto administrativo el acto no vincula jurídicamente a ningún sujeto de derecho, salvo a sí mismo, ya que le genera el deber de notificar. (...) Un acto administrativo carece de eficacia mientras no sea notificado a su destinatario o publicado.

Por ende, independientemente de las razones por las cuales no se cumplió oportunamente con la notificación del acto administrativo, este error debe operar a favor del administrado; sin embargo, además de los requisitos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativo General, el silencio administrativo positivo requiere que se presente la solicitud pertinente acompañada de documentación sustentadora y requerida, con la finalidad que exista un mandato expreso que declare dicho mecanismo procesal (Ley del Procedimiento Administrativo General, 2001, artículo 10).

En caso de que la Administración considere que la autorización es nula, deberá seguir el procedimiento de nulidad de oficio de resoluciones consentidas, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 188° de la Ley N° 27444; una vez que la Administración pública ha otorgado una autorización por silencio administrativo positivo, ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario o revocarla.

La nulidad de la autorización otorgada por silencio administrativo positivo deriva razonablemente del principio del debido procedimiento, por lo que, la resolución que la declare debe ser notificada a los afectados a fin que estos puedan ejercer su derecho de defensa.

Como se mencionó con anterioridad, en el caso del silencio administrativo negativo, “activarlo” depende de la voluntad del particular, quien decidirá si presentar la impugnación o recurrir al procedimiento contencioso administrativo; o, en su defecto, esperar a que la Administración le

responda en cualquier momento su solicitud, al igual como el recurso interpuesto en la sede administrativa.

Con relación al silencio administrativo positivo, el administrado solo espera a que se cumpla el plazo, y, si su solicitud cumple con los requisitos y documentación pertinentes, se otorgará los derechos correspondientes, tal como se puede leer del texto normativo.

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los particulares, basado en el principio de irrevocabilidad de la autorización obtenida por silencio, la LPAG en el artículo 33-B habilita a los administrados a que, si lo consideran pertinente, puedan presentar una declaración jurada ante la propia entidad que configuró el silencio administrativo positivo. Esta declaración jurada constituye una declaración de conocimiento de parte que tiene valor probatorio, y puede servir para acreditar la existencia de la aprobación ficta.

Análisis comparado

España

En España, el silencio administrativo es una figura jurídica que se produce cuando la Administración pública no responde a una solicitud o recurso presentado por un ciudadano dentro del plazo establecido. La regulación del silencio positivo en España se encuentra hoy establecida en el artículo 24 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Asimismo, uno de los aspectos en los que se diferencia con la legislación peruana son los plazos determinados para el silencio positivo.

En el caso de España, el plazo para que se produzca el silencio positivo varía según la naturaleza del procedimiento y la normativa aplicable. En la mayoría de los casos, este es de tres meses, pero puede ser distinto si lo establece una ley. En el caso de que una norma con rango de ley lo prevea, el plazo puede llegar a seis meses.

Según García Pérez (2013: p. 72), en el caso del silencio administrativo positivo, este es considerado un “acto administrativo finalizador del procedimiento”; y, en el caso del silencio administrativo negativo, tiene como fin “permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo” que corresponda.

No obstante, Moriel Bernet (2016: p. 15) ha indicado que no siempre operó así. Previo a la reforma de la Ley 30/1992, la ley establecía originalmente que dicho silencio se consideraba

un acto presunto, por lo que, si la Administración no respondía en un plazo determinado, se podía entender que, en caso de un silencio con carácter desestimatorio, la solicitud o apelación había sido automáticamente rechazada, y se dispondría de un plazo para acudir a la vía jurisdiccional para cuestionar la “desestimación presunta”.

La Ley 30/1992 modificó la legislación española, pero el cambio no se limitó a la variación nominal del instituto, que hoy se conoce como silencio administrativo, sino que, al igual que en Perú, se dispuso que la aplicación del silencio administrativo positivo sea la regla.

Como ha indicado Goldfarb (2018: p. 64), “El principio del silencio con carácter estimatorio es una innovación introducida por la Ley 30/1992, que modificó el principio establecido por la anterior ley de 1956”, que era el de silencio administrativo negativo, salvo excepciones referidas a “relaciones interadministrativas e interorgánicas y las autorizaciones o aprobaciones que debían acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores”.

Por consiguiente, como se ha revisado de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, ha dejado de existir un acto desestimatorio “presunto”, para convertirse la figura en una en la que puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 30/1992, 1992).

Igualmente, ha destacado de este dispositivo que identifique la naturaleza de este silencio como una garantía: “El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado” (Ley 30/1992, 1992).

Actualmente, el texto de la ley solo da cabida a excepciones en los casos en que “una norma de la Unión Europea o una Ley venga a decir lo contrario”; además, “cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, se exige que la ley que pretenda desestimar dicha petición, este fundada en la concurrencia de “imperiosas razones de interés general”, que constituye un concepto jurídico indeterminado en constante evolución” (Bolado-Alonso, 2019, p. 343).

Sin embargo, la realidad sería incongruente con esta previsión, pues, debido a una abusiva interpretación de lo que se considera “razones imperiosas de interés general” –el equivalente

peruano a “afectación significativa del interés general”–, se ha permitido que cada Comunidad Autónoma contemple plazos que exceden de los seis meses y supuestos que favorezcan la aplicación más general del silencio administrativo negativo (Bolado-Alonso, 2019, p. 341).

Sin perjuicio de ello, se ha destacado que un aspecto interesante de España sobre el silencio administrativo –positivo o negativo— es que su configuración no impide que la Administración emita posteriormente el acto expreso omitido, cabiendo la posibilidad de que:

a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo solo puede ser confirmatoria del pedido del particular.

b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo puede asumir un contenido positivo o negativo (Goldfarb, 2018, p. 66).

También, se ha observado que la fecha de inicio del plazo dependerá de si estamos ante un procedimiento iniciado de oficio. En este primer supuesto, los plazos se cuentan desde la fecha del acuerdo de iniciación, mientras que, en el supuesto del procedimiento iniciado a solicitud del interesado, el plazo se cuenta desde el día que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración; en otras palabras, desde que el interesado entregó su solicitud a la Administración pública.

Argentina

En primer lugar, ha sido necesario tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución de la Nación Argentina, este país se organiza bajo el sistema federal; es decir, cada Estado federado cuenta con su propio sistema jurídico. No obstante, Perrino y De la Riva (2010) y Goldfarb (2018) dan cuenta de la existencia de un sistema jurídico administrativo federal, de aplicación a los procedimientos ante organismos nacionales, que es el que ha sido tomado en cuenta para el estudio.

Al igual que las otras legislaciones, en Argentina el silencio administrativo cumple la función de establecer las consecuencias legales que se producen cuando la Administración pública no emite una resolución expresa dentro de un plazo determinado ante una solicitud o trámite realizado por un particular. Actualmente, la regulación del silencio administrativo en Argentina se halla en el artículo 10 del Decreto Ley 19.549/72, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Algo que ha llamado la atención del sistema administrativo federal argentino es que, a lo largo de su evolución normativa, ha mantenido como regla general la aplicación del silencio administrativo negativo; sin embargo, se prevé la posibilidad de establecer excepciones que, al no encontrarse en el texto de la misma ley, es necesario recurrir a “normas especiales y complementarias” (Goldfarb, 2018, p. 60). Esto significa que, en algunos casos particulares, cuando así se establezca, el silencio administrativo puede ser interpretado como una aceptación o aprobación de la solicitud o trámite.

En cuanto a los plazos, el artículo 10 establece que, incluso si las normas especiales no establece un plazo específico, la administración pública tiene un plazo máximo de sesenta días para pronunciarse sobre una solicitud o recurso.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Perú, el administrado no podrá hacer valer el silencio administrativo negativo apenas transcurra el plazo de resolución, sino que, como por una suerte de apercibimiento a la Administración, la ley ordena que el administrado ofrezca un requerimiento de “pronto despacho” , y, tras treinta días más sin pronunciamiento, la norma señala que se considerará que ha existido silencio administrativo negativo, con lo que el administrado podrá acudir a la vía judicial para defender sus derechos e intereses (Rodríguez, 2013)

El punto anterior ha merecido especial atención, pues el “pronto despacho” aparenta ser una manifestación de la exigencia de buena fe por parte del administrado. Esto, a criterio de los investigadores, podría deberse a que, bajo la óptica de un silencio administrativo negativo como regla, se permitiría obtener un balance entre una conclusión celeré y previsible del procedimiento para ambas partes, al mismo tiempo que se ofrece a la Administración un margen de cumplimiento para la satisfacción de lo pedido por el administrado.

Sin embargo, como ha sostenido Bibiloni (2013, p. 57), este instituto podría también resultar perjudicial para la Administración, pues, sumado a que con el silencio el administrado puede optar o no por la vía jurisdiccional, se:

(...) le agrega al plazo propio de lo ordinario o normal de la culminación procedimental un interrogante que ciertamente lo extiende, permitiendo al acreedor manejar el término de la mora y los perjuicios.

Colombia

Entre la legislación colombiana y la legislación peruana existen marcadas diferencias. Para empezar, como ha señalado Correa (2023), el silencio administrativo operaría luego de transcurridos 3 meses, ya que en el ordenamiento colombiano se le permite a la Administración establecer un nuevo plazo para atender el procedimiento.

Además, como ha mencionado Benavides (2016), en este país el silencio administrativo negativo es la regla, mientras que el silencio administrativo positivo es la excepción, y este último debe estar regulado de forma evidente y clara. Este mismo autor comenta la falta de precisión sobre el momento en que finaliza el procedimiento administrativo en la normativa especial. En vez de referirse a la notificación de lo resuelto, emplean otros verbos cuya interpretación se realiza a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Aun así, existe cierta contradicción entre la regla general (el procedimiento culmina con la notificación de la decisión) y las reglas específicas para ciertas materias, lo cual afecta la seguridad jurídica y, por consiguiente, la comprensión de los ciudadanos sobre la finalización del plazo que posee la Administración para darles una respuesta. Este punto es relevante ya que, cuando culmina el periodo establecido, a partir de allí puede operar el silencio administrativo.

Asimismo, Correa (2023) ha indicado respecto al silencio administrativo positivo que este solo se aplicaría cuando así lo disponga una norma especial. Un caso que llama la atención es que este silencio operaría cuando se solicite información y documentación reservada; solo debe transcurrir el plazo de 10 días y se asume que la respuesta a la petición es favorable.

Al respecto, se ha podido identificar de Colombia una norma que, sin perjuicio de la crítica expresada por Garzón Saladén (2015), podría aún plantearse como alternativa en un primer plano de análisis. En este caso, nos hemos referido a la ampliación unilateral pero motivada del plazo de resolución, regulado en el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo, el cual señala:

PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto. (Ley 1437, 2011)

La medida señalada, aunque aparentemente ha podido significar una traba burocrática para el derecho del administrado al recurso respectivo, también se ha observado que abriría el campo de soluciones –de manera similar que el “pronto despacho” argentino– que no se inclinen a favor de un garantismo ciego, sino que busquen preservar de manera razonable los atributos que posee la Administración para dictar una resolución motivada, y que no se llegue finalmente –en un sistema basado en la aplicación del silencio negativo– a la imposición de recursos cuya duración podría más bien restar eficacia a la figura del silencio administrativo.

Principales problemas para su efectividad

El silencio administrativo positivo, si bien fue pensado como un mecanismo para incentivar a la Administración pública a resolver las solicitudes administrativas en tiempo y forma, puede tener efectos negativos desde la perspectiva constitucional y procesal administrativa.

Cabe destacar que a partir del incumplimiento de los plazos legales establecidos para resolver las solicitudes administrativas se concibe la posibilidad que la Administración pueda dilatar la resolución de las solicitudes administrativas, lo cual, puede generar situaciones injustas o contrarias al interés público, lo que cuestiona su efectividad; problemáticas que se resaltarán a continuación.

En primer lugar, el silencio administrativo positivo puede suponer una afectación a los derechos fundamentales de los administrados, especialmente en aquellos casos en los que la Administración tiene deberes concretos de tutela de otros derechos fundamentales.

Al tener un impacto significativo en los derechos fundamentales de los administrados puede dificultar la verificación de que sus efectos se cumplan cuando el administrado tiene derechos y libertades vinculadas con otras personas. Por consiguiente, su aplicación debe ser con cautela, teniendo en cuenta sus posibles efectos negativos sobre los derechos fundamentales de los administrados.

En segundo lugar, el silencio administrativo positivo puede interpretarse como una señal de que la Administración es incompetente para resolver las solicitudes en un plazo razonable, lo que resalta una incompatibilidad con el principio de legalidad.

El principio de legalidad es un principio fundamental del Estado de derecho, el cual señala que la Administración Pública está sujeta a la ley y que sus actuaciones deben estar conforme a derecho. Por ende, de acuerdo con Morón Urbina (2007):

Para surgir el silencio administrativo positivo el administrado debe haber cumplido con las exigencias legales y el expediente así demostrarlo documentalmente. Nadie puede obtener mediante el silencio, aquello que para lo cual no cumple las exigencias legales o si no presenta ante la autoridad los documentos validos que así los comprueben. (p. 7)

Se discute, entonces, si la ley puede autorizar a la Administración pública a estimar una solicitud como aprobada sin que haya emitido una resolución expresa. A criterio de los autores, es necesario que la normativa establezca expresamente la aplicación del silencio administrativo positivo, como pasa con el negativo; y, se establezca los efectos del silencio administrativo positivo.

En ese sentido, el cuestionamiento radica en que el silencio de la Administración pública no puede generar certeza jurídica, porque los administrados tienen derecho a conocer con certeza la situación jurídica de sus intereses una vez surta efectos.

Si bien la LPAG –en su inciso 3 e inciso 1 de los artículos 33-B y 188, respectivamente–, señala que el cargo de recepción de la declaración jurada constituye prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta y no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad; sin embargo, debido a nuestra cultura escrituraria propia de la Administración Pública peruana, aún hay entidades en las que existe cierta resistencia a reconocerla, exigiendo a los administrados la presentación de un documento que acredite la aprobación del trámite al que se aplicó el silencio positivo, lo cual, vulnera los derechos de los administrados, pues esta técnica tiene los mismos efectos que una resolución administrativa favorable.

Por consiguiente, el silencio administrativo, contrario a cumplir con los ideales pensados por el legislador, genera una inseguridad jurídica que puede presentar una falta de eficacia práctica, ya que no está claro cómo se puede obligar a la Administración pública a ejecutar el acto administrativo tácito que se ha generado. Esto se debe a que, sin documento oficial, no permite que los particulares se conviertan en administrados.

Finalmente, el principio del debido procedimiento –como se ha desarrollado más adelante– en la aplicación del silencio administrativo positivo es cuestionado por los diversos autores; este establece que los administrados tienen derecho a ser oídos antes de que se les aplique una sanción; sin embargo, al no requerir que la Administración pública verifique el cumplimiento de los requisitos, sino que simplemente se presume que el administrado los cumple, nada

garantiza que, en un procedimiento de fiscalización posterior, la Administración pretenda revocar la autorización otorgada por silencio y se genere una sanción para el administrado.

En consecuencia, puede dificultar el control y la supervisión de las actividades autorizadas por parte de la Administración pública, ya que existe el riesgo de que se otorgue autorizaciones sin haberse verificado previamente el cumplimiento de los requisitos necesarios.

ANÁLISIS CASUÍSTICO

La finalidad que el ordenamiento administrativo señala en la regulación del silencio administrativo puede ser contraria a la realidad una vez se concrete, como se plasma en los siguientes casos.

Casación N° 10697 - 2014 Piura (19 de mayo del 2016)

En primer lugar, se ha analizado el caso de la empresa América Móvil Perú S. A., que poseía la concesión para el servicio de telecomunicaciones. En junio de 2012, solicitó la autorización municipal para instalar 16 500 metros de tendido de red en vías públicas. La Administración le indicó ciertas observaciones, como la falta de ciertos aspectos relacionados a la señalización y seguridad, las cuales habrían sido subsanadas, según la empresa. Así que, cuando se cumplió el plazo de la última observación, ejerció el silencio administrativo positivo, realizaron un pedido de acogimiento a ese silencio, y en noviembre del mismo año fue declarado improcedente.

La Corte Suprema conoció el caso a través del proceso contencioso administrativo y posteriores recursos impugnatorios. Concluyó que faltó motivación y desarrollo respecto a la aplicación del silencio administrativo. A pesar de que el administrado haya decidido usar el silencio positivo en una circunstancia de interés público, como es instalar kilómetros de tendidos de red en vías públicas, lo más grave es la calificación de improcedencia del pedido de acogimiento a silencio positivo, ya que, como indica la normativa, este derecho nace apenas acaba el plazo y si se presenta un escrito, como una declaración jurada, solo es para acreditarlo. En principio, la Administración no decide respecto al uso del silencio positivo, pero en este caso ocurrió algo distinto.

Por consiguiente, el actuar inconstitucional de la Administración al no resolver ni dar respuesta a la solicitud incumple lo señalado por el Tribunal Constitucional. Debe enfatizarse el desarrollo del TC en el fundamento 5), de la sentencia del Exp. N° 01420-2009-PA/TC, respecto a que la respuesta oficial debe ser escrita, dentro del plazo y contener una evaluación material del

contenido y una decisión debidamente motivada. (STC del Exp. N° 01420-2009-PA/TC, fundamento 5).

Contrario a dar seguridad al peticionante, lo condiciona a una situación de incertidumbre pues no sabrá si el silencio administrativo positivo surtirá correctamente sus efectos o si posteriormente se verá afectado por la contradicción de un tercero a la aprobación ficta que la LPAG señala que el administrado tiene (Ticona, 2019).

Expediente N.º 08005-2013-PA/TC (21 de noviembre del 2017)

El administrado, representante de la discoteca La Caverna, solicitó una licencia que le permita el expendio de bebidas alcohólicas entre las 11 p. m. y las 6 a. m. en el año 2002. Sin embargo, al no haber un pronunciamiento oportuno por parte de la entidad competente dentro del plazo legal establecido, de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad, ejerció el silencio administrativo positivo. No obstante, diez años después, se le impuso dos sanciones: multa y clausura de su local. Frente a ello, recurrió a un proceso de amparo, en el cual obtuvo sentencias denegatorias en dos instancias, y, tras presentar el recurso de agravio constitucional, también una sentencia final desestimatoria.

De ello, se desprende un factor de análisis principal dentro de las causas de la inactividad de la Administración: la sobrecarga procedimental, que, a criterio de los autores, se asienta en dos aspectos: la falta de requerimiento de información “necesaria” por parte de la Administración pública (García-Trevijano, 1990) y la carga y costos que se genera, tanto para el peticionante como para el Estado, cuando la aprobación ficta perjudica al administrado en la etapa de fiscalización posterior. El primer aspecto versa sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el administrado peticionante al no poder prever la falta de un requisito adicional necesario o que la documentación presentada presente ciertos vicios.

La LPAG, en los artículos 125.1 y 125.6, ha señalado que el especialista de la unidad usuaria de la entidad competente deberá hacer las debidas observaciones; sin embargo, en muchos casos, la información “necesaria” requerida adicionalmente no se encuentra debidamente publicada en el TUPA de la entidad, y aun así se le responsabiliza al administrado de la subsanación del error, lo que beneficia a la Administración pública por su propia negligencia.

Como en la jurisprudencia mencionada, la normativa vigente en el momento en que el administrado inició su trámite incluía una ordenanza que no precisaba el tipo de silencio

administrativo para ese procedimiento y que, aunque la LPAG sí señalaba que era de aplicación el silencio negativo en casos que involucren la salud y la seguridad ciudadana, el TUPA de la entidad no cumplía con su finalidad de ser un instrumento de gestión que permita una mejor aplicación de la norma.

En este caso, se ha podido apreciar dos aspectos preocupantes. Por un lado, el análisis de legalidad realizado por la administrada no contempló la normativa general, a pesar de que en la presente situación real abarca temas como servicios en la madrugada y la venta de bebidas alcohólicas. Y, por otro lado, que la Administración encargada realizó la fiscalización correspondiente después de diez años, lo que no solo ha demostrado un retardo e ineficiencia tanto para atender el procedimiento como para realizar los actos materiales posteriores a él, sino que desvela una problemática señalada anteriormente: cumplido el plazo máximo establecido por ley para el pronunciamiento de la Administración, el administrado hizo ejercicio de sus derechos en desconocimiento de su deber de subsanar algún vicio en su documentación y del requerimiento de información necesaria adicional por parte de la Administración pública, viéndose, por último, afectado económicamente.

Expediente N° 01983-2022-PC/TC (5 de diciembre de 2022)

El administrado, la empresa Estación de Servicios Aeropuerto SRL, solicitó una licencia de funcionamiento temporal a la Municipalidad Provincial del Callao, procedimiento que estaba sujeto al silencio administrativo positivo. Transcurrido el plazo sin obtener respuesta, el administrado remitió a la entidad su declaración jurada de acogimiento, pero la entidad declaró improcedente la solicitud inicial, indicando que no se cumplían determinados requisitos. Finalmente, meses después de iniciado el procedimiento, y el mismo día que el administrado envió la declaración jurada, le denegó la licencia.

Debido a esto, la empresa demandó el cumplimiento de las normas sobre el silencio administrativo positivo. El caso llegó hasta el Tribunal Constitucional, que declaró la improcedencia de la demanda bajo el argumento de que no se habría cumplido con el requerimiento previo a la entidad y solo se habría entregado la declaración jurada.

La problemática recayó sobre el hecho de que sí debió operar el silencio administrativo positivo, ya que su eficacia es automática una vez transcurrido el plazo legal para atender el procedimiento, y si hubiese existido alguna observación o cuestionamiento, esto conformaría el control posterior. Además, pareciera que en la realidad la declaración jurada, en vez de ser

una forma de reafirmar la operatividad del silencio, más bien supone una clase de recordatorio a la Administración de la falta de respuesta a una solicitud, que aprovecha indebidamente para emitir una respuesta fuera del plazo legal.

En el presente caso, la situación se tornó difícil y confusa para los administrados, quienes sí expresaron su voluntad de realizar sus actividades económicas siguiendo todos los requerimientos normativos. Sin embargo, ante la falta de respuesta, por un lado, tuvieron que elegir entre acogerse al silencio administrativo positivo –aunque, como ya se observó en varios casos, esto terminó siendo ineficaz– y esperar a que en algún momento la Administración atienda su solicitud, lo cual no necesariamente resultaría menos perjudicial.

Resolución N° 0154-2018/SEL-INDECOPI (25 de mayo de 2018)

En este caso, el administrado es una empresa de transporte y turismo llamada Rapi Selva E.I.R.L., quien solicitó se le adjudiquen veintiún números de registro vehicular, pues incrementó su flota de mototaxis. En el Texto Único de Procedimientos Administrativos dicho procedimiento figuraba con silencio administrativo positivo, por lo que, al transcurrir el plazo, se produjo la resolución aprobatoria ficta. Atendiendo a ello, el administrado presentó a la Municipalidad de Chanchamayo una declaración jurada pidiendo acogerse al silencio administrativo positivo, pero esta lo declaró improcedente. Por consiguiente, apeló ante la Gerencia Municipal, que, pese a haber declarado fundado su recurso, no obstó a que nuevamente se emita una resolución que calificara de improcedente su solicitud.

Ha llamado la atención que, dentro de la propia municipalidad, habría resultado evidente la ausencia de coordinación dentro de la misma entidad. Fue la Gerencia de Transporte el área que consideró improcedente el acogimiento al silencio administrativo positivo, mientras que la Gerencia Municipal aquella que dio la razón al administrado. Por esta situación, el administrado denunció ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) el desconocimiento del silencio administrativo, el cual supondría una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

En primera instancia, INDECOPI declaró que desconocer el silencio administrativo positivo sí era una barrera burocrática ilegal, ya que este opera cuando culmina el plazo, y aun atendiendo que, sin estar obligado a ello, el propio administrado presentó una declaración jurada con el propósito de dar credibilidad a su autorización ficta. Debido a esto, indicó la autoridad, la autorización no puede ser cuestionada –salvo por el control posterior que realice la

Administración–, y los requisitos no pueden volver a ser revisados, en atención a la existencia de un plazo y oportunidad prevista para ello. En segunda instancia, la Sala confirmó la resolución bajo el fundamento de haberse transgredido las reglas del silencio administrativo, y declaró fundada la denuncia.

Realizada la comparación con los casos mencionados anteriormente, se ha advertido que en este sí se cumplen las reglas del silencio administrativo positivo. Ante alguna posible irregularidad, se precisa que, mediante la fiscalización posterior, esta se puede detectar, y la Administración tomará una decisión al respecto. Solo así es posible salvaguardar tanto los derechos del administrado peticionante como el interés público.

Por lo expuesto, esta resolución de INDECOPI resulta ejemplar, ya que considera al desconocimiento del silencio administrativo como una barrera burocrática ilegal. Ello sirve adecuadamente al objetivo de aleccionar a las entidades públicas sobre la trascendencia de capacitar debida, frecuente y prioritariamente a su personal en la tramitología que corresponda a su ámbito de competencia, ya que de por medio se encuentra un derecho fundamental de los ciudadanos.

Resolución 0104-2018/SEL-INDECOPI (25 de abril de 2018)

El administrado, la empresa Telefónica S.A.A., solicitó en el 2011 la regularización de infraestructura de fibra óptica instalada entre 1993 y 1995. Según la ley especial, dicho procedimiento quedaba sujeto al silencio administrativo positivo. En el presente caso, se venció el plazo máximo legal para atender la solicitud y se formuló observaciones fuera de plazo, desconociendo así el silencio que ya habría operado.

En primera instancia, INDECOPI consideró que el actuar del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC) supuso una barrera burocrática. Ante ello, el MTC apeló la decisión, por lo que la Sala competente se pronunció, indicando que desconocer el silencio administrativo positivo que ya había operado apenas venció el plazo efectivamente constituía una barrera burocrática ilegal. Si el MTC tenía una observación, le correspondía realizarla dentro de los actos de fiscalización posterior, pero no dentro del propio procedimiento pues este ya concluyó con el silencio administrativo positivo.

Siguiendo la misma línea que la anterior resolución analizada, aquí también se resuelve a favor de la efectividad del silencio administrativo positivo. En este caso, el acto de no reconocer que

había operado habría afectado una actividad esencial, ya que se trata de infraestructura de fibra óptica en carreteras como la Panamericana Sur, entre otras. Tanta es su importancia que se emitió una ley específica sobre la materia para simplificar y facilitar los procedimientos administrativos sobre ella, sin afectar las facultades de control y fiscalización posteriores que son esenciales.

Lamentablemente, esta resolución ha confirmado que las entidades administrativas no respetan las reglas del silencio administrativo, en especial, en su vertiente positiva. La razón sería el desconocimiento, lo cual puede deberse a falta de capacitación o falta de actualización sobre la calificación de los distintos procedimientos.

La revisión de los cinco casos anteriormente explicados demuestra que la jurisprudencia no es uniforme, al comparar las resoluciones de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional con las de INDECOPI. Estas desarrollan e interpretan la normativa sobre el silencio administrativo positivo, pero no lo aplican de la misma forma. Tanto la Corte Suprema como el TC priorizan el análisis sobre la calificación del procedimiento y la afectación del interés público, lo que minimiza las reglas del SAP ya establecidas.

Aunque el procedimiento materia de controversia efectivamente estuviera sujeto al silencio positivo, su decisión se centra en otros aspectos. Mientras que INDECOPI sí respeta las reglas del SAP y desaprueba el desconocimiento sobre esta técnica administrativa. Para los administrados, resultaría más conveniente denunciar el incumplimiento de la normativa sobre el silencio administrativo ante INDECOPI. En general, queda evidenciada la cultura de desconocimiento en la Administración pública que advertía Villanueva (2013), la misma que no permite una idónea aplicación de la técnica del silencio administrativo.

ASPECTO METODOLÓGICO

Diseño metodológico

Tipo de investigación

La presente investigación se relaciona con un tipo fundamental, de tal manera que se buscó recopilar las principales fuentes doctrinarias y jurisprudenciales para su realización; por consiguiente, es básica.

Enfoque de la investigación

Conforme el enfoque de la investigación descrito por Valderrama Mendoza (2017) la pesquisa se relaciona con la descripción y examen de los entornos socios jurídicos, de tal manera que se realizaron preguntas relevantes sobre el problema, pero que, no se buscó probar hipótesis planteados, sino más bien, ofrecer nuevas vertientes para comprender la institución del silencio administrativo aplicable en nuestro país, es por esta razón que el enfoque es cualitativo.

Diseño de la investigación

El diseño de la investigación es observacional, de tal manera que se observa el fenómeno sin modificarlo, de tal manera, que se propone una serie de posibles soluciones a la problemática propuesta dentro del marco de la aplicación del silencio administrativo.

Nivel de la investigación

Conforme lo ha señalado Ríos Patio (2017: p.103) la investigación descriptiva se realiza cuando se desea describir una realidad en todos sus componentes principales. La presente investigación tuvo como propósito exponer una serie de puntos trascendentales para comprender las aristas sobre el desarrollo y evolución del silencio administrativo.

Diseño muestral

Para poder conocer el fenómeno jurídico desde una perspectiva práctica, se decidió utilizar diversas resoluciones administrativas, sentencias judiciales y sentencias constitucionales dónde se desarrolla uno o más alcances interpretativos del silencio administrativo.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: ¿POSIBILIDAD DE REFORMA?

La Administración pública en el Perú enfrenta desafíos para conseguir sus fines. Se había precisado que estos se relacionaban a niveles elevados de servicio del ciudadano dentro del marco del cumplimiento del interés general; y la prestación efectiva de servicios públicos conforme los principios fundamentales que la rigen.

Por ende, el legislador introduce la técnica del silencio administrativo en la legislación nacional para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, como consecuencia del insensible retardo por parte de la Administración para pronunciarse; sin embargo, en su aplicación práctica, se cuestiona la visión de considerar al silencio administrativo como una

sanción y, plantear la posibilidad de que este incentive la inoperatividad y disminuya los mecanismos de responsabilidad (Rojas Leo, 2011).

Ante este escenario, se propone la reforma del silencio administrativo como una medida clave. Por un lado, se contempla la creación de un acto administrativo aparente y la implementación de plazos específicos para observaciones que buscan introducir responsabilidad y control en el proceso administrativo (Villanueva Haro, 2013).

Es decir, si presentada la solicitud o petición administrativa y no habiendo recibido una resolución dentro del plazo legal establecido se habilita el silencio administrativo positivo, se cree un acto administrativo, pero aparente, frente al cual opera un plazo para impugnarlo de 15 días hábiles. Esto último se realiza ante una instancia superior jerárquica, que en un plazo de 5 días deberá analizar si corresponde someter a un control a los servidores y funcionarios designados para atender el acto administrativo inicialmente.

No obstante, en caso la instancia superior no resuelva dentro del plazo, como lo dijo Villanueva Haro (2012) el acto administrativo aparente queda confirmado y el administrado dispondrá de 3 meses (a partir del día posterior al vencimiento) para resolver el recurso impugnatorio; vencido el plazo, se somete a la caducidad del derecho.

Por otro lado, se sugiere explorar alternativas al silencio administrativo, como la desregulación y la simplificación procedimental, y reflexionar sobre si el silencio administrativo positivo es realmente el problema en el desempeño óptimo de la Administración pública. (Gómez Apac & Huapaya Tapia, 2008); un punto a destacar es la aplicación de herramientas tecnológicas empleadas correctamente por ejemplo en procedimientos automatizados, simples, meramente cuantificables en sus resultados o incluso, a través de sistemas de interoperabilidad (Flores Flores, 2022).

Así, ha sido posible identificar que el silencio administrativo positivo no es el único factor que puede contribuir a la inactividad de la Administración Pública. Otro factor determinante es la sobrecarga procedimental, que, a criterio de los autores, se basa en dos aspectos: la falta de requerimiento de información “necesaria” por parte de la Administración pública y la carga y costos que se genera, tanto para el peticionante como para el Estado, cuando la aprobación ficta perjudica al administrado en la etapa de fiscalización posterior (García-Trevijano, 1990).

El primero versa sobre la problemática que tiene el administrado al momento de realizar su petición ante la entidad competente, ante la falta de un requisito adicional necesario o si la documentación presentada es pasiva de ciertos vicios, pues, como se mencionó con anterioridad, se reconoce como requisito para que el silencio administrativo surta efectos jurídicos que se cumpla con la documentación requerida.

Sin embargo, muchas veces la información “necesaria” requerida adicionalmente no se encuentra debidamente publicada en el TUPA de la entidad y, debido a factores como la falta de capacitación de funcionarios y una arraigada cultura burocrática, se le atribuye la subsanación del error al administrado y se beneficia a la Administración pública por su propia desidia; supuesto que ha sido ilustrado más adelante.

Al respecto, la doctrina ha propuesto establecer un puente: que, en caso la observación por parte de la Administración haya radicado en un requisito de forma en el TUPA de la entidad, se le otorgue dos días hábiles; mientras que, en caso la observación se haya fundamentado en un requerimiento para la resolución del procedimiento, se le otorgue un plazo de diez días al administrado (Flores Flores, 2021).

Por tanto, ante dicha inseguridad jurídica a la que es pasivo el administrado, la solución puede pretenderse desde la modificación de la regulación del silencio positivo, porque es la generalización en su aplicación lo que lleva al administrado a una incertidumbre. Contrario al silencio negativo, donde el administrado sabe con certeza que tiene la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, en el silencio positivo se permite la posibilidad del otorgamiento irregular tácito de derechos, deberes y obligaciones a los administrados, y, por tanto, un incumplimiento de los bloques de constitucionalidad y legalidad por parte de la Administración pública.

A criterio de los autores, si bien hay una alta probabilidad de que su reforma dé otros resultados, ello no es suficiente; pues el legislador fue consciente de la particularidad de esta técnica y, cuando estableció las premisas de su aplicación, sabía que el éxito de la institución dependía de otro factor: la modernidad con que las administraciones públicas enfrentaran el proceso de simplificación administrativa (Rojas Leo, 2011).

Por lo cual, si bien, la reforma del silencio administrativo se presenta como una necesidad urgente para mejorar la eficiencia y transparencia de la Administración pública en el Perú, se sugiere limitar su aplicación a procedimientos menos complejos, aclarar normativas para garantizar la seguridad jurídica, mejorar la coordinación entre entidades y proporcionar

información y capacitación a los administrados con el fin de fortalecer el sistema, y asegurar su alineación con los principios rectores que rigen la gestión pública.

REFERENCIAS

Fuentes bibliográficas

- García Pérez, M. (2013). *El Silencio Administrativo en España*. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. (6), 57-83.
- García-Trevijano, E. (1990). *El silencio administrativo en el derecho español*. Civitas.
- Goldfarb, M. (2018). *Procedimiento administrativo y silencio de la Administración. Régimen del derecho argentino y español*. Ars Iuris Salmanticensis. (6), 51-74.
- Gómez, H. & Huapaya, R. (2008). *Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley del Silencio Administrativo*. En: Danós Ordóñez, J., Tirado, J., Jiménez Murillo, R., y Rojas Montes, V. (edit.). *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano*. 75-105. Editora Jurídica Grijley.
- Gómez Puente, M. (2000). *La Inactividad de la Administración*. Editorial Aranzandi
- Guzmán, C. (2020). *Manual del procedimiento administrativo general*. Tomo I. Instituto Pacífico.
- Moriel Bernet, D. (2016). *El silencio administrativo: ¿técnica o institución jurídica?* (Trabajo de curso). Universidad Internacional de Andalucía, Málaga, España.
- Morón Urbina, J. (2004) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Tercera edición. Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. (2017). *Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General*, Tomo I. Gaceta Jurídica
- Morón Urbina, J. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Gaceta Jurídica.
- Pacori, J. (2022). *Manual de Derecho Administrativo*. Ubi Lex Asesores.
- Ríos Patio, G. (2017). *Hagamos juntos tu tesis de Derecho*. Ideas.

Rojas Leo, J. (2011). *El silencio administrativo en el Perú y las debilidades de una ilusión*. En Gaceta Jurídica (edit.). *Manual de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 49-74. Gaceta Jurídica.

Valderrama, S. (2017). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica*. Editorial San Marcos.

Fuentes hemerográficas

Abruña, A. (2016). *Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo*. Revista *Foro Jurídico* (15), 250-271.

Bibiloni, H. (2013). Una nueva perspectiva para considerar el silencio administrativo. Revista de *Direito Administrativo & Constitucional*. 11, 45-66.

Bolado-Alonso, J. (2019). *Diez razones para proponer la reforma jurídica del silencio administrativo*. Revista de *Derecho UNED*, 25, 333-367.

De los Heros, A., Merino, B. y Zegarra, G. (2012). *La inversión privada a la luz del Decreto Legislativo 757*. Themis, (61), 13-25.

Flores Flores P. (2021). *El procedimiento administrativo electrónico. Retos y desafíos en nuestro actual contexto*. *Gestión Pública y Control* (18), 113-126.

Garzón Saladén, A. (2015). *El silencio administrativo*. En Revista *Cultural Unilibre*, 1, pp. 85-95.

Maraví, M. (2017). *Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256*. Revista *Ius et Veritas*, (54), 66-99.

Morón Urbina, J. C. (2007). *Perspectiva Constitucional del Silencio Administrativo Positivo ¿Quién calla otorga? ¿Pero qué otorga?* *Derecho y Sociedad*, págs. 83-93.

Santamaría, J. A. (1986). *Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada*. En *Revista Documentación Administrativa*. (208).

Ticona J.J. (2019). *El hábito no hace al monje: el silencio administrativo, una solución, un problema. Ius Et Veritas*, Párrafo 17.

Villanueva, B. (2013) *El divorcio entre el Estado y el administrado. Via Iuris*. (14), 39 – 52.

Zavala, S. (1991). *Las presunciones en el derecho civil. Revista Derecho* (48/1994).

Fuentes electrónicas

Benavides, J. (2016). *Silencio administrativo*. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011): comentado y concordado*. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/8a716357-98d6-4d44-9de8-090dad1ed660/content>

Busso, A. D. (2021) *El silencio en el derecho*. Anuario Argentino de Derecho Canónico. 2020-2021 (26). Obtenido de: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15760>

Cabrera Vásquez, M. A., Ostos Toribio, L., & Ormeño G., J. (2013). *Breves reflexiones sobre el Silencio Administrativo. Docentia Et Investigatio*, 15(1), 15–24. Recuperado a partir de <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10145>

Correa, C. (2023). *La petición en el derecho administrativo colombiano y su extensión hacia las personas de naturaleza jurídica privada*. LP Pasión por el Derecho. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/derecho-peticion-administrativa-derecho-colombiano-extension-personas-naturaleza-juridica-privada/>

Datum Internacional S.A. (2019). *Encuesta Nacional de Satisfacción Ciudadana. Obtenido de Presidencia del Consejo de Ministros: <https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3040829-encuesta-nacional-de-satisfaccion-ciudadana-2019>*

Defensoría del Pueblo (2009). *Aplicación del Silencio Administrativo: Retos y tareas pendientes*. Obtenido de: <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe-145-vf.pdf>

Bustos Goya, Z. y Arzube Mendoza, E. (2017). *La administración y su relación con el desarrollo organizacional. Contribuciones a la Economía*. Obtenido de: La

administración y su relación con el desarrollo organizacional:
<https://www.eumed.net/ce/2017/3/administracion-desarrollo.html>

Flores Flores, P. (2022). ¿Un juez robot? Reflexiones sobre la inteligencia artificial y la administración de justicia. En IUS 360 (edit.) Décimo Aniversario: Miscelánea de artículos jurídicos. 145-159. IUS360.

<https://ius360.com/wp-content/uploads/2022/05/9.pdf>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2023). *PERÚ: Comportamiento de los Indicadores del Mercado Laboral a nivel Nacional y en 26 ciudades*. Obtenido de Instituto Nacional de Estadística e Informática:
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4980278/Perú%3A%20Comportamiento%20de%20los%20Indicadores%20del%20Mercado%20Laboral%20a%20nivel%20Nacional%20y%20en%2026%20Ciudades%20%20I%20Trimestre%202023.pdf?v=1692112123>

Malagón Pinzón, M. (2018). *La Revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial*. Diálogos De Saberes, (23), 167–190. Recuperado a partir de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4299>.

Presidencia del Consejo de Ministros (2022). *Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2030*. Obtenido de Gobierno del Perú:
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3531092/POL%3%8DTICA%20NACIONAL%20DE%20MODERNIZACI%3%93N%20DE%20LA%20GESTI%3%93N%20P%3%9ABLICA%20AL%202030%281%29.pdf.pdf?v=1661208943>

Perrino, P. y de la Riva, I. (2010). *Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa en el Derecho Argentino*. Revista De Derecho Administrativo, (9), 265-284. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13718>

Rodríguez Rodríguez, L. (2005). *La Explicación Histórica del Derecho Administrativo*. En Cienfuegos, D. y López, M. (2016), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. Tomo I. 293-299. UNAM, Instituto de Investigaciones

Jurídicas.

Obtenido

de:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>

Rodríguez, M. (2013). *El silencio administrativo. Los plazos y la afectación de derechos*. *Revista IN IURE [en línea] 1*, 106-115. Recuperado de <http://iniure.unlar.edu.ar>.

Fuentes jurisprudenciales

Tribunal Constitucional (2006). *Sentencia del Expediente. N.º 0268-2006-PA/TC*. 20 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional (2004). *Sentencia del Expediente. N.º 2753-2004-PA/TC*. 23 de noviembre de 2004.

Tribunal Constitucional (2009). *Sentencia del Expediente. N.º 01420-2009-PA/TC*. 23 de abril de 2003.

Tribunal Constitucional (2017). *Sentencia del Expediente. N.º 08005-2013-PA/TC*. 21 de noviembre de 2017.

Tribunal Constitucional (2022). *Sentencia del Expediente N.º 01983-2022-PC/TC*. 5 de diciembre de 2022.

Corte Suprema de Justicia (2014). *Casación N.º 10697-2014*. 19 de mayo de 2016

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2018). *Resolución N.º 0154-2018/SEL-INDECOPI*

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2018). *Resolución N.º 0104-2018/SEL-INDECOPI*

Normativa

Congreso de la República (1984). *Código Civil*.

Congreso de la República (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.

Congreso de la República (2001). *Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*, publicada el 11 de abril del año 2001.

Congreso de la República (2001). *Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*, publicada el 7 de diciembre de 2001.

Presidencia de la República (1991). *Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada*.

Legislación Comparada

Congreso de Colombia (2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437*.

Cortes Generales (1992). *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Boletín Oficial del Estado. Obtenido de:

Cortes Generales (2015). *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Boletín Oficial del Estado.

Poder Ejecutivo Nacional (1972). *Ley 19549, Ley de Procedimiento Administrativo*. Boletín Oficial del 27 de abril de 1972.