
REFLEXIONES EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y SU TRATAMIENTO EN SEDE ARBITRAL

1.- Ubicación del tema

Dentro de la práctica arbitral, hemos podido observar que uno de los pedidos más recurrentes está relacionado con la aplicación del silencio administrativo positivo para la aprobación ficta de los pedidos de ampliación de plazo contractual y de aprobación de la liquidación, en los contratos de obra pública.

En este sentido, analizaremos los distintos escenarios que nos plantea la aplicación del silencio administrativo en los contratos de obra pública, desde una perspectiva que nos brinde luces respecto de su desarrollo en sede arbitral, en el sentido de determinar la actuación de los árbitros ante las controversias que involucren pedidos relacionados con su confirmación o con un pedido de nulidad.

2. El Silencio Administrativo

El Concepto del Silencio Administrativo está relacionado con la obligación de la Administración Pública de dar respuesta a lo pedido por los administrados. Dicha obligación además, tiene un plazo para ser cumplida.

En caso de transcurrir dicho plazo sin que la Administración Pública se pronuncie, se entenderá que lo pedido por el administrado ha sido denegado (en el caso del Silencio Administrativo Negativo) o aceptado (en el caso del Silencio Administrativo Positivo).

Según la doctrina especializada : *“Se puede, por tanto, conceputar el silencio administrativo como toda omisión de la Administración Pública, en el ejercicio de prerrogativas públicas, ocurridas contra disposiciones legales que le imputan un plazo para actuar.”.*

Asimismo, se debe entender que el Silencio Administrativo tiene una función social que significa una corrección a la inactividad e ineficiencia de la Administración Pública. En este sentido: *Entre nosotros, es clamoroso el retardo con que se atienden las instancias y solicitudes de los administrados, a pesar de las gestiones y actividad que despliegan los recurrentes. Los asuntos caminan bajo la presión e insistencia del interesado que quien a veces tiene que acudir a medios no idóneos o vedados y no por impulso oficial, como se exige en diversos textos legales y reglamentarios, como lo requiere el dinamismo propio de la Administración Pública .*

* Abogado por la Universidad de Lima, egresado de la Maestría de Derecho Civil de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Árbitro Profesional. Socio Fundador del Estudio Benavente Leigh & Sotelo Gamarra Abogados Asociados. Consultor en temas de Contratación Pública y Arbitraje. Co-Autor de “La Importancia del Secretario Arbitral” publicado en la revista Perú Lawyer, Año IV, N° 13 y de “Novedades en los Mecanismos de Resolución de Controversias en etapa de Ejecución Contractual en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado” publicado en la Revista de Arbitraje PUCP, Año IV. N° 4, septiembre de 2014.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Árbitro Profesional. Socio Principal del Estudio Benavente Leigh & Sotelo Gamarra Abogados Asociados. Consultor en temas de Contratación Pública, Arbitraje y Derecho de la Construcción. Co-Autor de “La Importancia del Secretario Arbitral” publicado en la revista Perú Lawyer, Año IV, N° 13 y de “Novedades en los Mecanismos de Resolución de Controversias en etapa de Ejecución Contractual en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado” publicado en la Revista de Arbitraje PUCP, Año IV. N° 4, septiembre de 2014.

Así las cosas, es claro que la institución del silencio administrativo ha sido concebida con la idea de dotar de mayor eficiencia a la Administración Pública y de tutelar el derecho de los administrados a obtener una respuesta a sus peticiones

Ahora bien, según hemos visto existen dos tipos de Silencio Administrativo. El Negativo y el Positivo. Ahondaremos un poco en sus características.

2.1. El Silencio Administrativo Negativo

Estamos ante un supuesto de Silencio Administrativo Negativo cuando la falta de un pronunciamiento por parte de la Administración Pública se entiende como una respuesta negativa o desfavorable frente a lo solicitado por el administrado.

Esto tiene el efecto de habilitar al administrado para que acuda a las instancias superiores administrativas o jurisdiccionales. Así, coincidimos con la doctrina cuando señala que: *[...] el silencio de carácter negativo constituye una simple ficción legal de efectos meramente procesales, establecido en beneficio del particular para permitir el acceso a la impugnación judicial de las decisiones administrativas. El silencio negativo combate la omisión o la demora de la administración en cumplir su deber de resolver, lo que constituye una infracción a las normas que establecen la obligación legal de la administración de pronunciarse sobre las peticiones y recursos que plantean los particulares.*

2.2. El Silencio Administrativo Positivo

Este tipo de Silencio Administrativo está definido por el hecho de, frente a la inactividad de la Administración Pública, otorgar lo que el administrado haya solicitado.

El maestro García de Enterría nos dice que: *“[...] en rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo ilimitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado”*. La doctrina nacional al definir el Silencio Administrativo Positivo señala que: *“En el caso del silencio positivo se considera como tácita la aprobación del pedido o reclamo formulado. En otras palabras, se considera otorgada en sentido favorable la resolución instada, que no llegó a producirse de forma expresa”*.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, dados sus efectos (el otorgamiento de los pedido o reclamado), el Silencio Administrativo opera de manera excepcional, siendo principalmente su ámbito de acción el del otorgamiento de licencias, autorizaciones, etc., no siendo adecuada para los casos en los que se busque que la Administración Pública ejecute actividades específicas.

2.3. El Silencio Administrativo Positivo en los Contratos de Obra Pública suscritos bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado

La práctica nos señala que existen principalmente dos supuestos de aplicación del Silencio Administrativo Positivo en los contratos de obra pública suscritos bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, estos son: Las Ampliaciones de Plazo y la Liquidación de Obra. Pasaremos a analizarlos.

Esto tiene el efecto de habilitar al administrado para que acuda a las instancias superiores administrativas o jurisdiccionales. Así, coincidimos con la doctrina cuando señala que:

1 BARTRA CAVERO, José. Silencio Administrativo, Lima: Rhodas, 2006, p. 83

2 CERVANTES ANAYA, Dante A. Manual de Derecho Administrativo, Lima: Rhodas, 2005, p. 85

3 BARTRA CAVERO, José. Op. Cit., p. 138-139

[...] el silencio de carácter negativo constituye una simple ficción legal de efectos meramente procesales, establecido en beneficio del particular para permitir el acceso a la impugnación judicial de las decisiones administrativas.

El silencio negativo combate la omisión o la demora de la administración en cumplir su deber de resolver, lo que constituye una infracción a las normas que establecen la obligación legal de la administración de pronunciarse sobre las peticiones y recursos que plantean los particulares.

2.2. El Silencio Administrativo Positivo

Este tipo de Silencio Administrativo está definido por el hecho de, frente a la inactividad de la Administración Pública, otorgar lo que el administrado haya solicitado. El maestro García de Enterría nos dice que: *“[...] en rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo ilimitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado”.*

La doctrina nacional al definir el Silencio Administrativo Positivo señala que: *“En el caso del silencio positivo se considera como tácita la aprobación del pedido o reclamo formulado. En otras palabras, se considera otorgada en sentido favorable la resolución instada, que no llegó a producirse de forma expresa”.*

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, dados sus efectos (el otorgamiento de los pedido o reclamado), el Silencio Administrativo opera de manera excepcional, siendo principalmente su ámbito de acción el del otorgamiento de licencias, autorizaciones, etc., no siendo adecuada para los casos en los que se busque que la Administración Pública ejecute actividades específicas.

2.3. El Silencio Administrativo Positivo en los Contratos de Obra Pública suscritos bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado

La práctica nos señala que existen principalmente dos supuestos de aplicación del Silencio Administrativo Positivo en los contratos de obra pública suscritos bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, estos son: Las Ampliaciones de Plazo y la Liquidación de Obra. Pasaremos a analizarlos.

2.3.1. Ampliaciones de Plazo

El artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en su segundo párrafo nos dice lo siguiente: El inspector o supervisor emitirá un informe expresando su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad. (El resaltado es nuestro).

Como podemos apreciar, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que en caso la Entidad no cumpla con emitir un pronunciamiento dentro del plazo establecido, respecto del pedido de ampliación de plazo formulado por un contratista, se entenderá que dicha solicitud ha sido otorgada, lo que significa que el plazo se considerará ampliado.

Asimismo, en armonía con lo que señalamos precedentemente respecto de la función del silencio administrativo como un agente que defiende el derecho de quien solicita algo a la Administración Pública, se señala que la falta de pronunciamiento por parte de la Entidad acarrea responsabilidad para sus funcionarios.

2.3.2. Liquidación de Obra

En el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se señala lo siguiente respecto de la Liquidación de Obra: El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. [...] No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver. (El resaltado es nuestro) De la lectura del artículo citado, tenemos que, para el caso en el que el contratista elabore la liquidación y la Entidad no se pronuncie al respecto (observándola o formulando una nueva liquidación), se entenderá que la liquidación ha quedado consentida. En este caso no se dice nada respecto del funcionario de la Entidad que no hizo observaciones a la liquidación elaborada por el contratista.

3. ¿Qué debe hacer un árbitro ante un pedido relacionado con la declaración de consentimiento de una ampliación de plazo o de una liquidación de obra?

Es frecuente encontrar en la práctica arbitral los pedidos de declaración

de consentimiento (otorgamiento) de ampliaciones de plazo o liquidaciones de obra. Asimismo, también se encuentran (aunque en menor cantidad) pedidos para que se declare la nulidad del consentimiento de dichos pedidos. Analizaremos los distintos supuestos de hecho.

3.1. El árbitro decide verificar objetivamente el cumplimiento de los plazos y en consecuencia declara el consentimiento (otorgamiento) de lo pedido

Este es sin duda el escenario más común que se da. Ante un pedido de declaración del Silencio Administrativo Positivo, el árbitro simplemente verifica el cumplimiento de los supuestos de hecho normativos y aplica la consecuencia, concediendo las ampliaciones de plazo solicitadas o consintiendo la liquidación de obra entregada por el contratista. Consideramos que ésta postura es errada, pues el árbitro no se puede quedar en ese nivel de análisis tan simple, sino que debe entender la naturaleza de lo que se está pidiendo y enmarcarla dentro de la concepción del Derecho Administrativo. Al leer el siguiente punto lo podrán ver con mayor claridad.

3.2. El árbitro verifica objetivamente el cumplimiento de los plazos y además, verifica que aquello que fue solicitado y que el paso del tiempo sin pronunciamiento por parte de la Entidad consintió, no sea contrario al ordenamiento jurídico y que se hayan cumplido los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; luego de lo cual declara el consentimiento (otorgamiento) de lo pedido. Este escenario tiene su sustento en el principio conocido como de los límites del silencio positivo, el cual señala que no puede adquirirse por esta vía más de lo que podría otorgarse de manera expresa.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. Curso de Derecho Administrativo Tomo I, Madrid: Civitas, 1990, p. 582

5 PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú. Octava Edición. Lima: Grijley, 2004, p. 358

Esto porque la idea de la aplicación del silencio positivo no puede vulnerar el principio de legalidad, principio inherente al derecho administrativo.

En realidad, ésta no es la finalidad con la que se estableció el silencio positivo. Con ella no se pretende sanear vicios o legitimar actuaciones contrarias a la legalidad. Simplemente responde a la necesidad de dar una mayor agilidad en determinados sectores, evitando los perjuicios derivados de la inactividad formal de la administración.

Tampoco es admisible pretender sostener el automatismo radical del silencio positivo con base en el argumento de que la Administración pudo y debió resolver expresamente antes del transcurso del plazo del silencio positivo. Y ello porque, en definitiva, la cuestión no se traduce sólo en dos posibilidades: resolución expresa u otorgamiento en cualquier caso de lo pedido mediante el silencio positivo, sino en tres posibilidades: a) que la administración resuelva expresamente, b) que no lo haga y, a su vez, que lo solicitado sea conforme al ordenamiento jurídico, c) que sin haber tampoco resolución expresa, lo solicitado sea contrario al ordenamiento jurídico. Únicamente en el segundo de los casos mencionados surtirá efectos el silencio positivo, legitimando al interesado para actuar con idénticas garantías (teóricas) que si le hubiera otorgado expresamente lo pedido. En este mismo orden de ideas, el profesor Danós señala que: A diferencia del silencio negativo en el que la falta de pronunciamiento de la Administración dentro de los plazos previstos por la ley no la exime de resolver las cuestiones planteadas si el particular no ha optado por interponer el recurso impugnativo o la demanda judicial correspondiente,

en el caso del silencio positivo el vencimiento de plazo para que la Administración adopte una decisión supone el otorgamiento de la autorización o licencia solicitada por el particular de modo que la Administración ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo, salvo que su contenido se oponga al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sólo en ese supuesto la Administración podrá declararlo nulo de pleno derecho mediante el procedimiento establecido en la ley de procedimientos administrativos para la declaración de oficio de nulidad de resoluciones administrativas que hayan quedado consentidas.

Esta postura tiene su correlato normativo en lo expresado en el numeral 3 del artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala lo siguiente: Son vicios del Acto Administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

Así las cosas, para aprobar un pedido por aplicación del Silencio Administrativo Positivo, el árbitro deberá analizar dos cosas: 1) Si dicho pedido es o no contrario al ordenamiento jurídico; y 2) Si dicho pedido cumple con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición. Veremos a detalle cada uno de estos aspectos:

6 BARTRA CAVERO, José. Op. Cit., p. 135-136

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", en Ius et Veritas, nº 13, Año N° VII, 1996, p. 228

3.2.1. ¿Cuándo un pedido es contrario al ordenamiento jurídico?

La referencia al ordenamiento jurídico en un texto normativo tiende a ser demasiado gaseosa y entraña dificultades para su aplicación por su indeterminación. Existen muchos que señalan que tiene que ver con aspectos de fondo del pedido, por lo que el árbitro debería analizar al detalle lo que se pide, a un mismo nivel que la autoridad que debió pronunciarse, con las dificultades que trae, pues en muchos casos se está ante pedidos altamente técnicos y se deberá recurrir a un perito especializado. Otros sin embargo, equiparan este pedido al de un análisis más de forma, en el sentido de que el pedido cumpla con las formalidades que la norma exige para su otorgamiento.

Nuestra postura está más cerca a la segunda, pero creemos que se debe dar un análisis en cada caso concreto, según los propios detalles de cada pedido, pues existen algunas razones de fondo que son evidentes y que pueden determinarse sin necesitar la ayuda de un perito. En todo caso, lo que se tiene que ver es si existen vulneraciones al ordenamiento jurídico, es decir, buscar fallas.

3.2.2. ¿Cuáles son los “trámites esenciales” para el otorgamiento de las ampliaciones de plazo y liquidaciones de obra?

Al otro extremo del análisis se encuentra el tema estrictamente formal, es decir, la verificación del cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de lo pedido, haciendo especial énfasis en los “trámites esenciales”, entendiendo por ellos, en sentido negativo, aquellos sin los que el pedido no podría otorgarse.

En este orden de ideas, el árbitro deberá tener la certeza del cumplimiento de todos los requisitos necesarios para el otorgamiento de lo pedido por Silencio Administrativo Positivo antes de declararlo.

3.3. El problema del Laudo Ultra Petita

Si bien es cierto hemos convenido que el árbitro debe ir más allá de la simple verificación objetiva del transcurso del plazo, debiendo tener certeza también respecto de que lo pedido por el Silencio Administrativo Positivo no vulnere el ordenamiento jurídico, así como se cumplan con los requisitos y trámites esenciales de carácter formal, existe para el árbitro el límite respecto de lo que es materia de pronunciamiento, en el sentido de que no puede laudar respecto de aquello que no ha sido pedido en el arbitraje. Así las cosas, hay un problema potencial si es que al momento de analizar los puntos controvertidos sobre los que el árbitro debe pronunciarse, no se encuentra dentro de ellos el de pronunciarse sobre la nulidad del acto que espera ser declarado consentido, pues muchos árbitros consideran que si no se lo piden, no deberían pronunciarse al respecto, debiendo quedarse únicamente en la verificación objetiva del transcurso del plazo establecido en la norma para la aplicación del Silencio Administrativo Positivo.

Este supuesto de hecho es el que llama en doctrina como laudo ultra petita, es decir, un laudo sobre materia no sometida a la decisión de los árbitros. Justamente el laudo ultra petita constituye una causal de anulación de laudo arbitral.

Que se haya laudado sobre algo que no se ha pedido es, obviamente, una causal de anulación del laudo. Aquí, quiere la Ley que la anulación afecte el laudo sólo en aquello que está de más por la razón que fuere, mientras se le puede separar fácilmente de lo que sí se pidió que se laudara. Si no se puede separar, porque una cosa es indelible de la otra, no procede la anulación. La anulación importa aquí, nuevamente, la competencia del Poder Judicial si las partes quieren resolver la controversia .

Por su parte, la Ley de Arbitraje establece en el literal d de su artículo 63º, en donde se enumeran las causales de anulación, lo siguiente: *“El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita anulación alegue y pruebe: [...] d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.”*

En esta línea de pensamiento, tenemos que la preocupación de los árbitros es cierta, pues de laudarse sobre materias no sometidas a su decisión, estaría incurriendo en una causal de anulación de laudo. Sin embargo, creemos que es importante tener en cuenta que la función del árbitro va más allá de la mera comprobación de supuestos de hecho normativos, pues la función jurisdiccional que ejerce, junto con el hecho de que en el arbitraje especial derivado de contratos públicos lo que está en juego finalmente es la satisfacción de un interés público, nos lleva a pensar que ante un pedido relacionado con la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, además del cómputo del plazo, debe verificar que dicho pedido no vulnere el ordenamiento jurídico y que cumpla con los requisitos de forma para su otorgamiento.

Creemos esto basados en la idea de que al momento de analizar un pedido referido a la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, el análisis objetivo del transcurso del plazo y la no respuesta por parte de la Administración Pública es indesligable del análisis que exige el numeral 3 del artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, razón por la cual no se estaría laudando ultra petita al momento de resolver un pedido referido a la aplicación del Silencio Administrativo Positivo. La parte que formule una pretensión referida a la aplicación del Silencio Administrativo en sede arbitral, debe saber que el árbitro no solamente deberá analizar el transcurso del plazo y la no respuesta por parte de la Entidad, sino también lo referido a la no vulneración del ordenamiento jurídico y el cumplimiento de los requisitos y trámites esenciales, sin que esto suponga, un laudo ultra petita.

Ahora bien, resultaría más claro si una de las partes, ante el pedido de la aplicación del Silencio Administrativo Positivo formule expresamente la pretensión (vía reconvencción) de la nulidad de dicho pedido, a fin de permitir que el árbitro único (ya sin dudas respecto de si dicho pedido ha sido sometido a su competencia), pueda pronunciarse al respecto.

Finalmente, queremos dejar claramente establecido que los árbitros muchas veces han obrado de manera no adecuada, pues no han efectuado un análisis correcto al encontrarse ante un pedido de aplicación del Silencio Administrativo Positivo, obrando por falta de conocimiento o inclusive en algunos casos, con mala fe. En este sentido, coincidimos con lo expresado por Derik Latorre cuando señala que: *“[...] el propio ordenamiento jurídico pone al alcance de los usuarios (funcionarios bien intencionados y árbitros correctos) las herramientas necesarias para no seguir permitiendo que se utilicen los recursos públicos de una manera inapropiada, toda vez que dichos recursos constituyen el patrimonio económico de todos los ciudadanos”.*

4. Conclusiones

- En los contratos de obra pública suscritos al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, es muy común encontrarse con pedidos de aplicación del Silencio Administrativo Positivo, principalmente en los casos de ampliaciones de plazo y liquidaciones de obra.
- La aplicación del Silencio Administrativo Positivo no es automática y debe tener límites, como lo son: la no vulneración del ordenamiento jurídico y el cumplimiento de los requisitos formales y trámites esenciales para su otorgamiento.
- Ante un pedido de aplicación del Silencio Administrativo Positivo el árbitro no sólo debe verificar el cumplimiento del plazo y la no respuesta de parte de la Administración Pública,

sino también la no vulneración del ordenamiento jurídico y la verificación de los requisitos y trámites esenciales de lo que se pide, siendo que este análisis y el posterior pronunciamiento basado en él, no constituye un supuesto de laudo ultra petita.

* CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. Arbitraje El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia. Volumen 1 Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra, 2006, p. 260.

* LA TORRE BOZA, Derik. “Una Mirada Iconoclasta y Profanadora de la Catedral: Competencia arbitral para declarar la nulidad de actos administrativos fictos”, en Derecho & Sociedad, n° 29, Año XVIII, 2007, p. 17