

MESA REDONDA:

La Nueva Ley del Silencio Administrativo

En los últimos meses, hemos sido testigos de serias medidas que buscan una verdadera reforma de la Administración Pública, desde diferentes perspectivas. El día 07 de julio del presente año fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, la Ley No. 29060, «Ley del Silencio Administrativo», la misma que según el discurso político que lleva detrás de sí, se enmarca en el mismo afán de reforma. El Círculo de Derecho Administrativo convocó a tres profesores de esta universidad especialistas en el tema, los Doctores Jorge Danós, Juan Carlos Morón y César Ochoa, a fin de que nos ofrezcan sus valiosas opiniones sobre los verdaderos aciertos y desaciertos de la referida norma. A continuación, les presentamos el resultado de dicho encuentro.

1. La Ley del Silencio Administrativo se enmarca en un proceso de reforma de la Administración. A lo largo de los últimos meses, hemos sido testigos de diferentes normas que albergan dicha finalidad. ¿Cómo ve el proceso de reforma de la Administración en el actual gobierno?

Jorge Danós: Creo que el Gobierno es consciente de que la reforma de la administración pública debe constituir una política de Estado y por tanto un proceso de carácter permanente que trascienda su período. Considero que se han dado pasos importantes, tales como la constitución de una comisión de ministros que tiene a su cargo articular los esfuerzos de reforma de la administración en diferentes sectores; la creación de una ventanilla única para la

realización de ciertos trámites para la constitución de empresas y realización de actividades de comercio exterior; la aprobación de una ley marco de licencias de funcionamiento que tiene por finalidad homogenizar la regulación de los requisitos y trámites de las citadas licencias ante las más de 1,800 municipalidades que existen en el país; la aprobación de una ley que establece reglas para facilitar la instalación de infraestructuras necesarias para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y finalmente de una ley que restablece potestades a la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI para dejar sin efecto en los casos concretos sometidos a su conocimiento las barreras burocráticas, que puede dictar cualquier entidad de la administración pública ya sea que hayan sido establecidas mediante Decretos Supremo o vía una Ordenanza Municipal.

Sin embargo, considero que la

agenda de reformas pendientes de realizar en la Administración Pública es bastante extensa. Del largo listado que podríamos enunciar la que en nuestra opinión es la más importante, es la reforma del empleo público, indispensable para que las entidades de la administración pública, en los niveles nacional, regional y local, puedan contar con personal idóneo, sujeto a un régimen de carrera administrativa, que actúe con profesionalidad, imparcialidad y objetividad en la gestión de los recursos humanos. En este tema nada se ha avanzado y hasta la fecha ni siquiera se vislumbra interés alguno en la materia por parte del Gobierno, salvo el establecimiento de topes remunerativos cuyo impacto positivo o negativo en el funcionamiento de la administración pública está pendiente de evaluarse.

Es necesario que se impulse la puesta en marcha del sistema de firmas digitales que tendrá un importante impacto en los trámites que los ciudadanos puedan realizar ante la administración pública por vía informática; que se promueva en el Congreso la aprobación del proyecto de ley de habilitaciones y edificaciones, también con la finalidad de simplificar y homogenizar los requisitos y procedimientos sobre la materia a cargo de las municipalidades; que se reformen los procedimientos de contrataciones y adquisiciones para corregir el exceso de formalismo y que se equilibre adecuadamente la necesidad de control de los procedimientos administrativos de selección (licitaciones, concursos, etc.) en resguardo de los principios de igualdad, libre competencia y del buen uso de los recursos públicos consagrados por la Constitución, con la necesidad de que el

Estado pueda comprar los bienes y servicios que requiere para funcionar de manera oportuna y eficientemente. Pero para no continuar con una relación de reformas pendientes que podría ser extenso, me parece indispensable que el Gobierno elabore un documento, que en otros países denominan **Libros**, que se les titula con diferentes colores, en los que se fundamenta y establece las principales líneas de reforma de la administración pública, se expone que planean abordar y los plazos para ejecutarla, a fin de que pueda ser de conocimiento, análisis y control por parte de la opinión pública.

La Ley N° 29060 del silencio administrativo ha querido ser mostrada como parte del proceso de reforma de la administración pública, como una manera de agilizar su funcionamiento. En nuestra opinión lo rescatable de esta ley es el mensaje implícito que contiene, el cual habla de la necesidad de que las entidades que componen el complejo organizativo, que denominamos administración pública, deben mejorar su funcionamiento y dejar de constituirse en un obstáculo para que los privados puedan realizar actividades económicas en beneficio del desarrollo del país. Sin embargo, no puede decirse que baste esta ley y menos con las serias deficiencias técnicas que contiene para entender que se están reformando de manera positiva los numerosos procedimientos administrativos que tienen a su cargo las entidades de la administración pública.

Juan Carlos Morón: Un proceso de reforma del Estado tiene que tener como norte fundamental, hacer una organización administrativa eficiente al servicio de la ciudadanía y con capacidad para progresar

constantemente. Lamentablemente las medidas que hemos apreciado últimamente, tales como la fusión de algunos organismos públicos descentralizados, la reducción de remuneraciones, o la ventilla única para aspectos sectoriales son medidas aisladas, que no apuntan a este objetivo ni parecen respaldarse en un plan sostenido que aseguren su continuidad.

Hay una intención política positiva en la alta dirección del Gobierno. Pero no apreciamos una capacidad de acción que acompañe dicha intención en las líneas operativas. Lo acontecido con el tema de las compras del Estado es una muestra palpable de esta circunstancia. Empezamos con las críticas al mal denominado sistema tradicional de compras del estado (licitaciones y concursos públicos) y al organismo rector en esta materia (CONSUCODE) y actualmente tenemos una incapacidad para comprar patrulleros, ambulancias, y otros bienes de indispensable necesidad. Para salir del paso, se han creado pseudo sistemas temporales que se extienden en el tiempo (Ej. proceso de selección abreviado), procesos especializados para algunos sectores o entidades privilegiadas (ej. PETROPERU o en materia de saneamiento) y potenciado modalidades como la subasta inversa, que además de carecerse de experiencia suficiente para su aplicación, se le pretende aplicar a bienes y servicios no estandarizados y cuya naturaleza es incompatible con esta modalidad por haber criterios de selección tan o más relevantes que el precio ¿Alguien puede seleccionar un vehículo o tomar una cobertura de seguro, solo sobre la base del precio del vehículo o la póliza?

César Ochoa: El principal obstáculo que

advierdo es la necesidad de llegar a consensos para la aprobación de leyes en el Congreso. Muchos cambios profundos requieren leyes, por ejemplo la Ley del Poder Ejecutivo. Al respecto, yo integré el año pasado una Comisión conformada por el Ministerio de Justicia, presidida por el Dr. Richard Martín, que elaboró un proyecto más ambicioso: La ley orgánica de la Administración Pública, como existe en otros ordenamientos, como la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública (España) y la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado de Chile, la idea era que esa ley incluyese principios comunes para la gestión pública en los tres niveles de Gobierno: Nacional, Regional y Local, así como en los organismos constitucionalmente autónomos. Ese anteproyecto está terminado y sería bueno retomarlo para considerarlo dentro de una reforma del Estado.

De otro lado, es urgente replantear el proceso de descentralización considerando los próximos referendos que deberán realizarse en los años 2009 y 2013 de acuerdo al artículo 29.2 de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783.

Asimismo, hay una superposición de normas en materia del empleo público y la función pública. Así, está vigente desde el 1 de enero de 2005, la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, conjuntamente con la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público- Decreto Legislativo N° 276 generando problemas de aplicación. Esta situación se debe a que la Ley Marco requiere para que sea aplicable plenamente de la expedición de sus normas complementarias con rango de ley,

previsión que lamentablemente ha complicado el régimen jurídico de la función y del empleo público. En la práctica sigue la ficción de los servicios no personales con miles de trabajadores en el estado fuera de la carrera administrativa o del empleo público.

2. La Ley del Silencio Administrativo ha derogado los artículos 33° y 34° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. ¿Considera que hubiera sido más conveniente una simple modificación a dichos artículos? ¿Existen deficiencias técnicas en la referida Ley?

Jorge Danós: Creo que es un error técnico movido por claras consideraciones políticas el querer presentar a la ley como innovadora en materia de silencio administrativo, ignorando que el tema ya estaba desarrollado en los dispositivos legales que se cita en la pregunta. Lo técnicamente correcto debería haber sido introducir las modificaciones necesarias a los citados artículos de la Ley de Procedimiento Administrativo General para que puedan articularse con la regulación de los procedimientos sujetos al régimen de aprobación automática y concordarse con otros dispositivos, tales como el artículo 188° que regula los efectos del silencio administrativo positivo o negativo.

Juan Carlos Morón: Hay dos aspectos a tener en cuenta: el aspecto de la técnica legislativa y el fondo de la reforma. Sobre la técnica legislativa seguida, indudablemente no es conveniente hacer reformas en paralelo a un cuerpo normativo orgánico que tiene como objetivo sistematizar las

normas comunes del procedimiento administrativo para la Administración Pública. Recuerdo que hace unos años, el procedimiento administrativo se regulaba simultáneamente por la Ley de Normas Generales del Procedimiento Administrativo (que era el viejo Reglamento de la década del 60 *aggiornado*), la Ley de Simplificación Administrativa y su reglamento y la Ley Marco de Promoción a la Inversión Privada y reglamento. La confusión que generaba era palpable. Esperemos que no lleguemos a lo mismo.

César Ochoa: La Ley del Silencio Administrativo es deficiente técnicamente desde su concepción. No corresponde en esta materia una ley especial cuando el silencio administrativo es una figura jurídica cuya regulación corresponde a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por ejemplo, el artículo 1 que según su epígrafe desarrolla el objeto de la ley, en realidad regula supuestos de silencio positivo no es ningún avance con relación al artículo 33 de la Ley N° 27444. En mi opinión el silencio positivo debería aplicarse como regla general para el otorgamiento de licencias y autorizaciones regladas, las que según el caso podría ser de aplicación el negativo. Sin embargo, en un país en el que es débil la presencia del Estado debe tomarse con prudencia el silencio positivo, por ejemplo, no cabe su aplicación para otorgar un registro sanitario a un medicamento, o en el Perú no debería ser aplicable para autorizar a empresas de transporte.

3. Los actores políticos han sido claros en señalar que la finalidad de la norma radica en establecer el silencio

positivo para la mayoría de procedimientos administrativos ¿La regulación que se le ha dado a la ley alcanza realmente dicho objetivo?

Jorge Danós: Si solo comparamos el artículo 33º de la Ley de Procedimiento Administrativo General con el artículo 1º de la nueva ley del silencio administrativo veremos que sustancialmente recoge los mismos supuestos de aplicación del silencio administrativo positivo, a excepción del inciso b) del artículo 1º que contiene un cambio importante porque establece que el silencio positivo debe operar en todos los procedimientos administrativos de carácter recursivo, es decir, los iniciados con motivo de la interposición de un recurso administrativo para cuestionar una decisión de la administración pública. Según la nueva norma si las entidades públicas no cumplen con resolver dentro de los plazos legales los procedimientos iniciados por los particulares mediante la interposición de un recurso administrativo al vencimiento del citado plazo debería operar automáticamente el silencio administrativo positivo, dándole la razón a los recurrentes.

No obstante, la regla anotada tiene errores, primero: porque no opera el silencio administrativo positivo cuando se trate de cuestionar el no pronunciamiento de la administración dentro de los plazos legales, esto es, cuando el particular tiene que utilizar el silencio administrativo negativo producido durante la instancia anterior, porque el citado inciso b) del artículo 1º de la nueva ley dice que se aplica el silencio positivo cuando se trate de recursos que cuestionen **“la desestimación de una solicitud a actos anteriores”**, expresiones que solo parecen referirse a

actos administrativos expresos; segundo: porque en ese aspecto desmejora el régimen vigente debido a que en el artículo 33.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (ahora derogado) sí estaba expresamente previsto que operase el silencio administrativo positivo en el caso de recursos que tuvieran por finalidad cuestionar el silencio administrativo negativo producido en los procedimientos que tenían por finalidad resolver una solicitud de los particulares.

Otro error en que incurre la nueva ley es que al derogar el artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo General se suprime la previsión de su numeral 4) que contenía una norma muy importante conforme a la cual el silencio administrativo positivo se debía aplicar por regla general a todos los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte, salvo que la propia ley hubiera señalado que es de aplicación el silencio administrativo negativo al cual se le daba de forma expresa un carácter taxativo, lo que tenía como consecuencia de que todo procedimiento administrativo que no fuera calificado por el artículo 34º de la citada ley como de aplicación del silencio administrativo negativo (lista cerrada) debía clasificarse como procedimiento administrativo sujeto a silencio positivo, salvo que la administración lo clasificase con el régimen más beneficioso de procedimiento de aprobación automática conforme al artículo 31º de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

En mi opinión el principal problema de la ley estriba en la operatividad. Se ha dado a entender y muchos pueden equivocadamente creer que con la nueva ley todos los procedimientos admi-

nistrativos sujetos al silencio negativo se han convertido automáticamente al silencio positivo por mandato legal. Pero se trata de una interpretación radicalmente equivocada. El artículo 1º que establece las modalidades de solicitudes y clases de procedimientos administrativos en que debería aplicarse el silencio positivo es una norma que requiere que la propia administración pública genere las condiciones para que se aplique, esto es, que los procedimientos administrativos sean efectivamente calificados como procedimientos de evaluación previa, sujetos al silencio positivo en el correspondiente TUPA de la entidad. Nadie puede invocar la aplicación directa del citado artículo 1º de la nueva ley como fundamento para ampararse en el silencio administrativo positivo si es que la respectiva entidad pública no ha clasificado de esa manera el procedimiento administrativo en su respectivo TUPA.

Juan Carlos Morón: No se trata de aplicar el silencio positivo a la mayoría o a una minoría de procedimientos administrativos. Hay aspectos previos que analizar: ¿es necesario que determinada actividad privada sea autorizada previamente por la administración? O ¿Por qué la administración no puede resolver a tiempo un procedimiento dentro de los 30 días? La experiencia nos indica que hay un sinnúmero de casos en los cuales la administración persiste en controles previos (licencias, autorizaciones, permisos, etc.) por tradición y, más aun sin noción clara de lo que tiene que verificar. También es claro que si lo que hacemos es compeler a un funcionario publica a resolver con plazos cortos o con silencios positivos, lo que va a preferir es evadir el problema denegando

el pedido con cualquier subterfugio antes que permitir que opere el silencio positivo y pueda ser sancionado.

En verdad, la reforma del silencio administrativo no afronta problemas de fondo (la inercia de la administración y la sujeción del ciudadano a una autorización previa para ejercer un derecho) Más bien las tolera. El profesor GOMEZ PUENTE, en su trabajo sobre la inactividad de la administración, dice correctamente que "(...) concebir el silencio positivo como una técnica de liberalización de la actividad particular no puede sino contribuir a la persistencia de la inactividad administrativa. Porque es tanto como sostener que el silencio forma parte del normal desarrollo de la actividad administrativa de intervención o del procedimiento administrativo autorizante; esto es, que el silencio positivo forma parte del funcionamiento normal de la Administración, la cual, por tanto podría permanecer inactiva".

4. La Ley No. 29060, ha regulado en su artículo 3º la figura de una declaración jurada que "podrán presentar los administrados" con la finalidad de hacer valer el derecho conferido. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Resulta necesaria dicha regulación?

Jorge Danós: Debemos entender que la nueva ley cuando dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros aprobará el formato de la Declaración Jurada que puede presentar el particular para hacer valer el silencio administrativo

positivo ganado, lo establece para darle facilidades al particular, a fin de evitar que alguna de las tantas entidades de la administración pública pueda exigir formalidades innecesarias y por tanto es mejor que la citada Declaración Jurada se realice mediante un formato estándar que sea sencillo de llenar. Lo que no se entiende es por qué la cuarta disposición transitoria, complementaria y final dispone que el formato debe ser aprobado como máximo dentro de los 15 días de publicada la ley cuando ésta entra en vigencia recién a los 180 días de su publicación.

Es importante tener presente que, en principio la lógica del silencio administrativo positivo que constituye una figura creada en exclusivo beneficio del administrado (para que no sea perjudicado en el ejercicio de sus derechos, por la demora en la administración pública de tramitar sus solicitudes) y que opera automáticamente por el simple vencimiento de los plazos establecidos por las normas legales. Para que la administración pública resuelva, debería hacerse totalmente innecesaria la presentación por el particular de una declaración jurada con la finalidad de hacer valer un derecho que ha ganado por mandato legal.

Al respecto considero conveniente recordar lo que establece el artículo 188.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 188º.- Efectos del silencio administrativo 188,1 Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si

transcurrido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento”.

Como se puede apreciar en la legislación administrativa vigente el silencio administrativo positivo opera automáticamente sin necesidad de requerir forma alguna de certificación de la administración pública o de que el particular interesado realice alguna otra actuación que no sea iniciar el respectivo procedimiento administrativo. Y que no se exija además al particular ningún requisito o formalidad para acreditar el silencio administrativo positivo en su favor, que no sea presentar simplemente el mero cargo de su solicitud para la comprobación de que se ha vencido el plazo, para que la administración pública resuelva. Lo cual demuestra que en la legislación vigente el silencio administrativo positivo opera de la manera más favorable posible para el particular.

Por dicha razón entendemos que lo previsto en el citado artículo 3º de la nueva ley solo debe operar en aquellos casos muy residuales en los que la experiencia ha demostrado que algunas entidades administrativas, como sucede con los registradores de SUNARP, se niegan a registrar habilitaciones urbanas o licencias de construcción obtenidas por los inversionistas sobre la base del silencio administrativo positivo, porque en tales casos, no obstante, lo establecido por la ley N° 27444, de Procedimiento Administrativo General, los registradores le exigen a los particulares que les presentan una resolución administrativa como condición obligada para poder inscribir las

habilitaciones urbanas, divisiones de predios, o declaratoria de fábrica a pesar de que acrediten que conforme a las normas legales y los TUPAS de las municipalidades competentes han ganado el derecho al silencio administrativo positivo. Solo en estos casos muy puntuales podría tener algún sentido la regla contenida en el artículo 3º de la nueva ley conforme al cual, no obstante, que ganaron su derecho por silencio positivo por el vencimiento del plazo para que la administración resuelva; los inversionistas tienen que asumir la carga adicional de presentar otra comunicación o Declaración Jurada adicional ante la entidad competente para poder ejercer un derecho que ya tienen ganado por mandato legal.

Considero que existe el riesgo de que el artículo 3º de la nueva ley pueda ser erróneamente interpretado, es decir, que la regla general es que los particulares para acreditar que han ganado el silencio administrativo positivo, que conforme al citado artículo 188.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (es de carácter automático) van a tener que cursar otra **comunicación adicional** (Declaración Jurada) para reforzar o ratificar su derecho. Aunque el citado artículo 3º de la nueva ley establece que “**los administrados podrán presentar una Declaración Jurada**” con una redacción que aparenta ser voluntaria para los particulares, los antecedentes dan indicios del riesgo de que cada vez más entidades administrativas van a adoptar la citada mala práctica de SUNARP que hace caso omiso del silencio administrativo positivo por la vía de exigir una certificación de la propia entidad morosa que no se ha resuelto en el plazo legal. En el escenario descrito la referida

Declaración Jurada se convertirá en una carga adicional para el particular que obtuvo el reconocimiento de un derecho por la aplicación del silencio administrativo positivo.

Finalmente, no deja de llamar la atención el error conceptual en que incurrir el segundo párrafo del artículo 3º y el último párrafo del artículo 4º de la nueva ley, en la parte que señalan que la declaración jurada que presenta el particular da origen a una **resolución de aprobación ficta**, lo cual es inexacto porque el silencio positivo no se produce en la fecha en la que el particular presenta la citada declaración sino en forma automática en el momento en que vence el plazo para que la administración emita su pronunciamiento en un procedimiento de evaluación previa sujeto a ese tipo de silencio administrativo y no lo hace.

Juan Carlos Morón: Detrás del silencio administrativo hay un hecho jurídico: la inacción o inercia administrativa. A ella, el sistema jurídico le asigna una ficción jurídica, darle valor autorizante a favor del ciudadano.

Por ello, es que uno de los problemas originarios del ciudadano es la probanza frente a terceros y a las entidades públicas de la autorización obtenida por un no acto. Siempre quedará sujeto a la credibilidad y a su poder de convicción. Garrido Falla, nos pone el ejemplo del constructor que necesita acreditar ante su financista de que cuenta con una licencia de construcción obtenida por silencio positivo ¿Cómo hace?

La idea de la declaración jurada del propio beneficiado por el silencio innova el derecho comparado, tomándola de una

exigencia que introdujeron nuestros Registradores Publicas para inscribir diversos actos urbanísticos obtenidos por silencio administrativo. A mi criterio esta declaración jurada deriva en innecesaria y hasta peligrosa. Innecesaria, porque si el silencio ya se produjo al vencerse el plazo y, por ende ya operó, la declaración solo tiene un efecto tautológico o repetitivo. Además, si cualquier tercero o entidad publica no le cree al ciudadano que afirma haber obtenido algo por silencio positivo, ¿cambiará su situación porque le muestre este ciudadano una declaración que el mismo hizo por escrito?

La peligrosidad de la declaración estriba, en que puede ser la oportunidad para la aparición de interpretaciones antojadizas como que mientras la declaración no se presente, la entidad puede aun resolver el expediente, que la declaración sea constitutiva del silencio, que la declaración no sea admisible sino se ajusta al modelo oficial que debe aprobar el Poder Ejecutivo (hasta la fecha no lo hace, no obstante el plazo ya venció), etc.

César Ochoa: Lo que ocurre es que como señala el profesor español Ernesto García Trevijano Garnica el silencio administrativo positivo ocasiona una gran inseguridad jurídica a los administrados que tendrán que decidir por sí mismos nada menos que si ha surgido o no el acto administrativo (presunto) que les legitime para actuar. Como alternativa la declaración jurada parece un remedio, sin embargo en la práctica y en nuestra cultura en la que prevalece la desconfianza es muy feble presentar a terceros una declaración jurada, aun cuando sea remitida por conducto notarial, como prueba de la aprobación de una licencia o autorización. Más sentido

que mediante una orden judicial se disponga a la autoridad administrativa que emita la constancia de la autorización.

5. La regulación del silencio negativo se ha efectuado en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final, enumerándose los supuestos en los que éste procede. ¿Ha variado lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General?

Jorge Danós: Sintetizo mi respuesta en tres críticas a la norma que se cita: a) Es antitécnico que se regule en la primera disposición transitoria, complementaria y final los casos en que se aplica el silencio administrativo negativo mientras que los supuestos en que se aplica el silencio positivo son regulados por el artículo 1º de la nueva ley, teniendo en cuenta que la determinación del ámbito de uno resulta fundamental para establecer cuándo se aplica el otro tipo de silencio, más aún cuando el propio inciso a) del artículo 1º, que dispone la aplicación del silencio administrativo positivo en las solicitudes para ejercer derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas, establece que esto solo es posible siempre que no sea de aplicación el silencio administrativo negativo por mandato de la primera disposición transitoria, complementaria y final de la nueva ley, lo cual deberá (necesita) ser precisado en el correspondiente TUPA de la entidad; b) La nueva norma no ha consignado como sí lo hacía el numeral 4) del artículo 33º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que los casos en que se aplica el silencio administrativo constituyen una

lista taxativa y en consecuencia la mayor parte de los procedimientos administrativos deberían ser clasificados como de evaluación previa con silencio positivo, por cuanto solo escapaban a dicha categoría los que expresamente han sido clasificados por el numeral 4) del artículo 31º como procedimientos de aprobación automática; y, c) La nueva norma no solo ha copiado los casos en que los procedimientos administrativos de evaluación previa, están sujetos al silencio administrativo negativo previstos en el artículo 34 de la **Ley de Procedimiento Administrativo General** sino que paradójicamente los ha ampliado a temas como las autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas; y la **defensa comercial**, concepto que entendemos tiene por finalidad comprender los procedimientos para la aplicación de medidas anti*dumping* y otros mecanismos similares.

A diferencia de los supuestos en que debe operar el silencio administrativo positivo ya sea en función de: (i) finalidades (para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas); (ii) tipo de procedimientos (los iniciados mediante recursos), y (iii) de ciertas prevenciones (procedimientos cuya decisión no repercuta en terceros), la determinación de los casos en que debe operar el silencio negativo se realiza fundamentalmente en función de la potencial afectación de los intereses públicos que puedan estar presentes en el reconocimiento u otorgamiento de lo que solicita el particular y que constituyen precisamente la justificación de que la administración pública tenga a su cargo la tramitación del respectivo procedimiento, como es el caso de la salud, el medio

ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, entre otros intereses de la colectividad expresamente previstos por la ley.

Esto no niega que haya casos en que el silencio administrativo se aplica en función del tipo de procedimiento administrativo (como sucede con los procedimientos trilaterales y de inscripción registral), pero lo importante es tener presente que la forma en que una ley general determina los casos en que se aplica el silencio negativo es siempre menos precisa que la manera en que se determinan los supuestos del silencio positivo, pues se apela a conceptos jurídicos indeterminados de alcances necesariamente amplios como lo constituyen los distintos intereses públicos o de la colectividad que están en juego; lo que trae como consecuencia que finalmente la determinación de qué clase de silencio administrativo aplicar en los procedimientos de evaluación previa dependa finalmente de lo que se establezca en los respectivos TUPAS de las entidades y no derive directamente de la ley.

Lo verdaderamente novedoso reside en que se dispone que ya no debería aplicarse el silencio administrativo negativo en los casos de procedimientos administrativos iniciados con motivo de recursos interpuestos por los interesados, a diferencia del régimen vigente establecido en la **Ley de Procedimiento Administrativo General**.

Juan Carlos Morón: En líneas generales mantiene la distribución de supuestos. El único cambio relevante -y poco comprensible- es sobre la aplicación del silencio positivo a los recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud

o actos administrativos anteriores.

No queda claro si este cambio incluye el caso del silencio administrativo negativo en primera instancia, en la que técnicamente no se ha producido ninguna desestimación de solicitud ni algún acto administrativo anterior. O si comprende los casos en que en primera instancia se ha resuelto expresamente pero es una materia en la que se afecta significativamente el interés público, incidiendo –por ejemplo– en la salud, el medio ambiente o los recursos naturales. ¿Si en este último caso, la administración no resuelve, se entiende autorizada la actividad?

César Ochoa: En rigor aun cuando se señala que es de aplicación “en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público” respecto de las siguientes materias: 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 histórico cultural de la Nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en las que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos y máquinas tragamonedas. Esta última es una adición notoria debido a la proliferación de estos establecimientos. Creo que son materias muy amplias aunque la intención del legislador es clara en que se aplique una interpretación restrictiva.

6. Algunos autores consideran que actualmente no resulta necesaria la regulación del silencio administrativo. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Jorge Danós: Entiendo que lo ideal es que la administración pública cumpla con la

obligación de emitir su pronunciamiento dentro de los plazos legalmente establecidos. El silencio administrativo es un mecanismo que sirve para impedir que el particular sea gravemente perjudicado por la inercia o demora en la actuación de la administración pública. No puede ser la forma normal de funcionamiento de la administración pública, porque no creo que alguien pueda sostener que la aplicación del silencio en sus modalidades negativo o positivo constituye la fórmula para solucionar los problemas de funcionamiento de los entes administrativos. Por tanto, me parece equivocada la crítica que he podido leer de algunos autores que recelan de la existencia del silencio administrativo como una medida que no compensa o corrige la dilación en las actuaciones de la administración pública ya que lo ideal es que ésta emita su pronunciamiento dentro de los plazos establecidos, sin embargo, mientras esto no se produzca, me parece indispensable que ya sea mediante la **Ley General de Procedimiento Administrativo**, o mejor aún con mayor precisión en las leyes sectoriales, que regulan el régimen de intervención de la administración pública en alguna actividad económica en tutela de los intereses colectivos, se establezca la aplicación del silencio administrativo, de carácter negativo o positivo, como mecanismo para reparar, aunque sea parcialmente, el mal funcionamiento de la administración pública.

Juan Carlos Morón: Creo que no han abordado la principal deficiencia de la regulación del silencio administrativo en la Ley No. 27444. No se han percatado de que los supuestos de aplicación del procedimiento de aprobación automática

prácticamente son los mismos que para el silencio positivo. La reforma no estaba en regular de manera diferente el silencio negativo respecto del positivo, sino en asegurar que haya procedimientos de aprobación automática en materia de autorizaciones, licencias y aprobaciones.

Tampoco abordar un aspecto gerencial de la reforma simplificadora: la organización de un sistema de seguimiento y monitoreo permanente para que de oficio adecue los procedimientos y supervise a las entidades en este proceso. No todo proceso de reforma se hace desde el plano normativo, sino en el plano de la gestión pública y la estrategia de gestión.

César Ochoa: Es claro que esta ley no ha revolucionado nada. Su aporte más concreto es la declaración jurada para acreditar ante terceros el silencio positivo o la autorización automática. Me parece que no soluciona el problema de fondo: la falta de seguridad jurídica que genera en muchos casos el silencio positivo.

7. Opinión final respecto de la Ley No. 29060.

Jorge Danós: Como señalé al comienzo creo

que se trata de una ley que transmite una demanda de mejora en el funcionamiento del complejo entramado de entidades que componen la administración pública en el Perú, pero totalmente insuficiente para promover un cambio en su funcionamiento, porque por naturaleza el silencio administrativo, en sus vertientes negativo o positivo, solo sirve para compensar al particular los efectos de una patología en el funcionamiento de la administración: no actuar con diligencia. Para corregir las verdaderas disfunciones administrativas no basta una ley que simplemente diga cuál debería ser la consecuencia de la demora o dilación en la actuación de la administración pública, ya que se necesita que los poderes públicos desarrollen procesos de reforma que no se agoten en la mera expedición de una norma legal, por más pomposo título que le coloquen.

Juan Carlos Morón: Una gran incógnita y, probablemente, otra buena intención.

César Ochoa: Pobre calidad normativa, antitécnica y no ataca los problemas de fondo de la falta de seguridad jurídica del silencio positivo y los casos más concretos de afectación al interés público.

