

Perspectiva Constitucional del Silencio Administrativo Positivo ¿Quién Calla Otorga? ¿Pero qué Otorga?

Juan Carlos Morón Urbina*

“¿Es constitucional admitir el silencio administrativo positivo cuando la petición del administrado se refiere a actividades en las que la administración tiene deberes concretos de tutela de otros derechos fundamentales?, ¿Los deberes constitucionales que se han confiado a la administración resultan debilitados?, ¿Es posible exigir y verificar que sus efectos se cumplan cuando el administrado tiene derechos y libertades vinculadas con otras personas? Son algunas interrogantes que el autor pretende esclarecer a través de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que ha ido construyendo elementos indispensables para el funcionamiento del silencio administrativo positivo.”

1. Aspectos Generales Sobre el Silencio Administrativo Positivo

En las relaciones jurídicas entre particulares, el silencio de unas personas no tiene efecto jurídico alguno, salvo que la normativa específicamente o mediante un pacto voluntario le hubiere conferido calidad de declaración de voluntad. La regla general es que el silencio de un particular frente a otro no importa alguna declaración de voluntad. Por el contrario, en el ámbito de las relaciones entre los administrados y las entidades públicas, el silencio de estas últimas conducen a que la regla general sea la inversa. La no manifestación de voluntad de la entidad a tiempo, es considerada como un hecho administrativo¹ al cual le sigue un tratamiento jurídico de declaración ficta. La discusión no se centrará —a diferencia a lo que sucede en el derecho privado, en si la omisión de la entidad

conduce a la declaración de voluntad o no, sino a cual será el sentido de esta declaración de voluntad aparente dispuesta por la ley, y cuales serán los presupuestos para su acogimiento válido.

Conforme conocemos, la doctrina sobre el silencio administrativo positivo afirma que se trata de un modo imperativo de conclusión de los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte que opera subsidiariamente cuando la autoridad ha incurrido en la inactividad formal resolutoria² a través de la sustitución de la esperada decisión expresa, por una ficción legal³: la de haberse producido una decisión declarativa estimativa, afirmativa o favorable a lo pedido, en los propios términos, obteniéndose de ello un acto administrativo tácito, con idénticas garantías y efectos que si se hubiese dictado expresamente el acto favorable.

* Catedrático en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Curso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y en los Postulados de Derecho Público, Contratación Estatal y Procesos Constitucionales de la misma Universidad) y en la Universidad de Lima (Diplomado Gestión Estratégica de las Contrataciones y Adquisiciones Públicas). Consultor en Contratación Estatal y Socio del Estudio Echeconar. El presente artículo fue entregado a Derecho y Sociedad el 5 de Octubre de 2007.

1 Compartimos la tesis de quienes sostienen que en la base del silencio administrativo no existe en verdad un acto administrativo, ya que la Administración se abstuvo de declarar, silenció sin declarar nada, ni formalizó ninguna manifestación de voluntad; mas aun, estamos per se frente a un comportamiento ilícito e inconstitucional. Lo que sucede es que al hecho jurídico administrativo de la omisión, le sucede una imputación legal a título de silencio administrativo, para calificar del hecho una consecuencia estimatoria o desestimatoria, según sea el caso. Véase BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio; “Curso de Derecho Administrativo”. Primera Edición en Español, Editorial Porrúa y UNAM, 2006, p. 354 y ss.

2 Nos encontramos entonces frente a una salida jurídica concebida para afrontar sólo la omisión administrativa formal consistente en la debida y oportuna producción de una declaración de voluntad administrativa. Por tanto, el silencio administrativo positivo no aplica en ninguno de los demás casos de inactividad administrativa formal, como por ejemplo, la inactividad de reglamentar una Ley, o la inactividad de aprobar o suscribir un contrato. Del mismo modo, tampoco el silencio resulta aplicable a las denominadas inactividades materiales, esto es, en la realización de una prestación concreta y específica derivada del cumplimiento de un deber jurídico, tales como la inactividad en cumplir deberes legales (ej. Entregar un DNI, un pasaporte, una tarjeta de propiedad vehicular), la inactividad en ejecutar resoluciones judiciales, la inactividad en cumplir deberes creados por actos administrativos (Ej. Pagar una pensión), o la inactividad en cumplir deberes convencionales (Ej. Entregar adelantos a contratista).

3 Como afirma GONZALEZ NAVARRO equivocadamente se afirma que el acto aprobatorio constituye un acto presunto, cuando conforme a su naturaleza corresponde a una ficción. GONZALEZ NAVARRO, Francisco; Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativos. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1997, P. 896 y ss. En igual sentido, Michel Stassinopoulos, Traite des actes administratifs, Atenas, 1954, p. 84.

Esa noción del silencio administrativo positivo, surgió a contracorriente del originario silencio administrativo negativo⁴, con el deliberado propósito de facilitar el ejercicio y desenvolvimiento de derechos sustantivos, restringidos transitoriamente por la necesidad pública de verificar previamente el cumplimiento de determinadas condiciones previstas normativamente para su ejercicio (condiciones personales, objetivas o financieras), que demuestren su compatibilidad con el interés público. A la par de dar esa agilidad al ejercicio de derechos económicos de los ciudadanos, se buscaba obviamente sancionar a la autoridad a cargo de la actividad autorizante cuando incurra en la desidia o incapacidad de resolver en el plazo y forma establecidos.

En este sentido, el ámbito natural de aplicación en las relaciones Estado y ciudadanos⁵ es la actividad de ordenación o limitación de la administración, denominada también genéricamente como "actividad autorizante"⁶, en la que lo que se espera de ella es la comprobación de las exigencias para el ejercicio de derechos constatando que se cumple con las exigencias impuestas normativamente para un ejercicio compatible con el bien común.

Parece sensato atender con el silencio, la situación insatisfecha y frustrada de aquel ciudadano que no obtiene una respuesta en el plazo debido cuando en cumplimiento de un deber legal acude a la autoridad para obtener el título habilitante (licencia, inscripción, autorización, aprobación, dispensa, admisión, etc.) para ejercer un derecho o libertad de la cual ya es titular, pese a que se ha sometido a la comprobación administrativa de las condiciones previstas para su ejercicio debido y en armonía con el interés público. Por ello, es que el silencio positivo tiene la virtud de sustituir la capacidad resolutoria de la entidad competente, por el mandato superior de la ley en el sentido que el ciudadano queda autorizado a ejercer aquello que pidió, mientras que los terceros y la propia administración deban respetar esa situación favorable del ciudadano.

No obstante esa concepción, en la práctica el silencio administrativo positivo muestra aspectos que le impiden alcanzar el nivel de una verdadera garantía para el administrado, a partir de su propia artificialidad como acto

ficticio. Nos referimos al riesgo de la potestad invalidatoria sobreviviente, a la insuficiencia probatoria del silencio administrativo positivo y, por último, a la limitada eficacia y ejecutividad del acto ficticio favorable.

En principio, tenemos que producida la inactividad resolutoria el ciudadano se encontrará en la disyuntiva de decidir por sí mismo si lo solicitado resulta conforme a derecho o no para ejercer la actividad, ya que si no fuera ajustado a derecho tendrá latente la posibilidad de un acto anulatorio por parte de la administración producto de alguna fiscalización de oficio o atendiendo recursos interpuestos por cualquier tercero afectado en sus derechos o intereses por el ejercicio de la actividad autorizada vía el silencio positivo⁷. Parafraseando a Santamaría Pastor⁸, podríamos afirmar que en este aspecto, el silencio administrativo positivo conduce a una trampa para el ciudadano distinta si a su caso se aplicara el silencio negativo, ya que mientras este 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 entre hacer o no hacer uso del silencio; si se hace uso de él y lleva a cabo la inversión económica, esta expuesto a que posteriormente la Administración le sorprenda con una imputación de ilegalidad, cancelándole la actividad que creía amparada en el silencio positivo, pero si no la ejerce tampoco podrá esperar una resolución tardía de la administración ya que se reconocerá incompetente para resolver el caso ya que el silencio positivo se produjo por mandato legal.

Cierto es, que teóricamente esta situación debería ser idéntica a la inseguridad de contar con un acto administrativo expreso, en tanto superviva la potestad invalidatoria de la administración, pero también es cierto que cuando la aprobación es ficta, el funcionario competente desarrolla especial interés –de la mano con un intento de evitar responsabilidades– en probar la nulidad del acto ficticio, hasta incluso acudir a interpretaciones particulares para argumentar supuestos vicios o causales de nulidad inaparentes.

No parece haber ningún problema de ejecución cuando el silencio positivo aplica a supuestos en el que el ciudadano pretende ejercer derechos y libertades

4 Mientras que el silencio administrativo negativo tiene como características: i) Técnica Procesal; ii) Que autoriza al administrado avanzar el procedimiento; iii) Posee una operatividad facultativa del administrado; iv) Que permite resolución tardía a la administración, en tanto no se acoja el administrado al silencio negativo; y v) Por tanto, cuando en tanto no se acoja el administrado al silencio negativo, no se puede iniciar ningún cómputo de plazos (ej. para su impugnación). A diferencia del silencio administrado negativo, el silencio positivo es un acto administrativo ficticio que opera automáticamente determinando la aprobación legal de la solicitud o recurso e impidiendo cualquier resolución tardía de la administración sobre la materia.

5 No podemos perder de vistas que también hay una zona intraadministrativa de aplicación de la técnica del silencio cuando se trata de actos internos sometidos a la aprobación de otras autoridades de nivel nacional o competencia de control o tutela interna de la administración.

6 Aunque desde una perspectiva crítica, resulta importante revisar el interesante artículo "Silencio positivo y actividad autorizante" del profesor Ramón Martín Mateo, Revista de Administración Pública, Año: 1965, Número: 48.

7 Sobre la posibilidad que los terceros provoquen la declaración de nulidad del acto ficticio a través de algún recurso administrativo y su problemática particular puede leerse con provecho el artículo del profesor Jesús González Pérez, "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo", en Revista de Administración Pública No. 68, 1972, p. 235 y ss.

8 El mencionado profesor afirma "el solicitante 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 contrario, 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 de la inversión económica que se precise, esta expuesto a que posteriormente la Administración le sorprenda con una imputación de ilegalidad, clausurándole la actividad que creía amparada en el silencio positivo y no siquiera puede salir de dudas acudiendo a un Tribunal para que declare su derecho, ya que no puede actuar como demandante reclamando la confirmación del acto tácito" SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso; "Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada" Revista Documentación Administrativa No. 208, p. 112.

propios de un ejercicio aislado⁹, pero necesitados de la autorización estatal. Pero cuando se pretende ejercer derechos o libertades que se realizan en relación o ante otras autoridades (pensemos en procedimientos conexos) el interesado deberá demostrar a éstos que realmente el silencio administrativo acaeció sin contar con alguna documentación administrativa que lo respalde. Solo contará con el cargo de la solicitud y con su capacidad de argumentación y persuasión. Son clásicos los ejemplos de GARRIDO FALLA acerca de la precariedad de quien realiza obras de ampliación de su industria y debe demostrar a la instancia de fiscalización municipal que lo hace al amparo del silencio positivo o del mismo constructor que necesita acreditar a la instancia bancaria que el proyecto a financiar se realizara al amparo del silencio positivo¹⁰.

Por último, cuando la técnica del silencio administrativo se aplica a relaciones distintas a la autorizante, esto es, en la que el ciudadano necesita alguna prestación material, gestión o servicio real se revela la inexistencia de mecanismos ejecutivos expeditivos para asegurar el cumplimiento de lo aprobado. Ej. La entrega de un documento, una inscripción, o de unas simples copias. Si la autoridad no quiso resolver el pedido, ¿Cómo forzarla eficientemente a que cumpla lo concedido artificialmente?¹¹, o como se preguntaba GARRIDO FALLA, ¿Cómo obligar a la administración a que ejecute dicho acto tácito?¹².

Lo expresado, lo podemos resumir en la inseguridad jurídica que el silencio administrativo positivo conduce al ciudadano, no obstante la ilusión con que suele ofrecérsele a la ciudadanía.

Por lo pronto, creemos que las clásicas razones para desconfiar de esta figura desde la perspectiva de la administración (ej. La peligrosidad al interés público por las ilegalidades que podrían obtenerse por medio del silencio positivo) han sido moderadas y hasta superadas suficientemente en el actual estado de la doctrina y legislación¹³.

En este contexto, es que el presente ensayo pretende explorar a partir de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (recaído en procesos constitucionales en los que justiciables han pretendido protección constitucional para situaciones jurídicas derivadas del silencio administrativo positivo) ha venido

construyendo los elementos indispensables para el funcionamiento del silencio administrativo positivo¹⁴.

2. Bases Constitucionales Para el Acogimiento del Silencio Positivo en la Actividad Administrativa Autorizante o de Ordenación

Como no podía ser de otra manera, nuestra vigente Constitución Política del Estado consagra el derecho fundamental a la petición y la correlativa obligación de respuesta a cargo de las autoridades, en el artículo 2 inciso 20, afirmando que "Toda persona tiene derecho: 20) A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Según el propio desarrollo jurisprudencial del Tribunal, el derecho a la petición administrativa implica para la Administración la asunción de determinados deberes para garantizar el contenido esencial del derecho constitucional y facilitar su desenvolvimiento. Conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional peruano, tales deberes son los siguientes¹⁵:

- a) Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias;
- b) Abstenerse de cualquier forma o modo de sanción al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho;
- c) Admitir y tramitar el petitorio;
- d) Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación;
- e) Comunicar al peticionante la decisión adoptada, cualquiera sea su sentido (favorable o denegatorio del pedido).

De la mano con los deberes de resolver dentro del plazo señalado por la ley para la petición y de comunicar al peticionante la decisión adoptada, resulta congruente afirmar que las técnicas concebidas para solucionar las inercias resolutivas de las autoridades califican como verdaderas medidas complementarias a la norma constitucional para dar eficacia al derecho a la petición y no hacerlo inoperativo. Pero también debemos advertir que si bien la técnica del silencio administrativo no aparece en el texto constitucional se deben a razones

9 Tomamos la interesante clasificación que plantea el profesor Rafael Gómez Ferrer Morant en: derechos y libertades del individuo aislado, derechos cuyo ejercicio se realiza en relación con otras personas, derechos de contenido económico y social para apreciar las distintas complejidades que presenta la ejecución del silencio administrativo positivo. Véase su artículo "Silencio Administrativo desde la perspectiva constitucional", publicado en el Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasi, Editorial Civitas S.A., Madrid 1989, p. 495 y ss.

10 GARRIDO FALLA, Fernando; Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Editorial Tecnos, 2005, p. 640.

11 Al respecto puede revisarse con interés, el artículo de José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, "Hacia una nueva configuración del silencio administrativo".

12 GARRIDO FALLA, Fernando; "La llamada doctrina del silencio administrativo", Revista de Administración Pública No. 16, 1955, p. 99.

13 Una interesante síntesis de los argumentos críticos al silencio positivo y las principales ideas para su refutación lo encontramos en FERNANDEZ PASTRANA, José María; Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas". En Revista de Administración Pública, No. 127, Enero-Abril 1992, p. 103 y ss.

14 Para una visión de la trayectoria de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la figura del silencio administrativo negativo, puede revisarse con provecho el ensayo "Silencio Administrativo: el silencio de los culpables" de la profesora Milagros Maravi Sumar, en el colectivo DERECHO ADMINISTRATIVO (Primer Congreso peruano de derecho administrativo), Jurista Editores, 2004. p. 103 y ss

15 Por ejemplo, EXP. N.º 1042-2002-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rimac.

históricas que es conveniente recordar. Si comparamos este texto con el artículo 2 inciso 18 de la Carta anterior¹⁶, apreciaremos que el texto vigente ha suprimido la mención contenida en la anterior referida al silencio administrativo aplicable, en los siguientes términos: “*Transcurrido este, el interesado puede proceder como si la petición hubiere sido denegada*”, eliminando la consecuencia jurídica aplicable en caso de inactividad administrativa en la decisión final. Esta variante tuvo su origen en la discusión que se generó cuando el Estado decidió incorporar de manera generalizada en la Ley de Simplificación Administrativa, el silencio administrativo positivo, pese a que no estaba previsto en el texto de la Constitución Política del Estado. Ello condujo a que algunos afirmaran que esta incorporación –aunque favorable de los ciudadanos– era inconstitucional. Por esta razón, y no otra, es que la norma constitucional prefirió transferir al ámbito legal la decisión sobre las técnicas aplicables a la inercia resolutoria.

Entonces, si bien el silencio administrativo califica como una medida complementaria necesaria al derecho constitucional de petición, en el caso del silencio administrativo positivo, su relevancia constitucional es mayor que el negativo. Como afirmamos antes, este silencio aplica en aquellos casos en que el ordenamiento asigna a la autoridad la potestad de ordenar o racionalizar el ejercicio de derechos ejercidos en relación con terceros para asegurar que se produzca en armonía con el interés colectivo o, en todo caso, sin afectar ilegítimamente otros derechos o intereses privados. Precisamente esa incidencia negativa en la esfera de derechos de los ciudadanos que debe ser tolerada en principio –cuando se ejerce de manera racional y debida–, se torna indebida e inconstitucional, entre otros vicios, cuando aparece la inactividad administrativa. De ello, nos libera el silencio positivo, haciendo operativo ese derecho sujeto a control preventivo temporal por parte de la autoridad.

En efecto, el silencio positivo permite que otros derechos fundamentales que gozamos los ciudadanos (ej. Derecho a la propiedad, a construir, a desarrollar la actividad económica), podamos ejercerlos de manera inmediata no obstante que la autoridad no haya expresamente acabado de verificar su conformidad con el interés público representado por las condiciones, requisitos y compromisos que la ley exige previamente. Es legítimo que la autoridad ejerza actividad de ordenación sobre el ejercicio de nuestros derechos en relación con el interés colectivo, pero ello debe hacerse de manera eficiente y presta. De no hacerlo, el silencio administrativo positivo permite que el derecho –en la base al pedido– recupere plena operatividad.

Por ello, este silencio mantiene una doble conexión constitucional: es una medida complementaria del derecho de petición, pero a la vez permite dar eficacia a diversos derechos constitucionales sujetos –en

principio– a verificación administrativa, pese a la inercia administrativa.

Ahora bien, es el legislador quien le da contenido estimatorio o desestimatorio a la omisión de la administración, en protección del derecho ciudadano a la petición. Ambos silencios, son opciones viables y de libre configuración por el legislador, en función a diversas consideraciones, una de las cuales es la ponderación de los intereses en juego y su relevancia constitucional. Por optar entre una u otra alternativa de silencio, no se afecta el contenido esencial del derecho de petición, ya que tanto acogiendo la técnica del silencio positivo como la del negativo, se asigna un tratamiento a la inercia administrativa posibilitando al administrado a proseguir su planteamiento ante otra instancia o a concluir el procedimiento entendiendo como otorgado el pedido. Ninguno admite la inercia administrativa o constitucionaliza la vulneración del derecho de petición, en tanto el funcionario que no responde a un pedido, siempre queda sujeto a la responsabilidad por la infracción y a las acciones compensatorias que pudieran corresponder. Como ha tenido ocasión de manifestarse la Corte Constitucional colombiana¹⁷, ante una alegación de inconstitucionalidad contra una ley por acoger el silencio administrativo y desechar el negativo en dicha materia, que:

“Sin perjuicio de lo que deba seguirse en lo que al derecho constitucional fundamental alude, el legislador tenía que ofrecer a las personas los mecanismos idóneos para que, pese al incumplimiento del deber de las autoridades, pudieran encontrar respuesta positiva o negativa en torno a lo pedido. Y, por supuesto, bien podía la ley, sin violentar la Constitución, señalar efectos jurídicamente valiosos al silencio administrativo, en relación con el contenido de lo que el peticionario pretendió al formular la petición. Por eso, la consecuencia positiva o negativa del silencio depende de la libre evaluación del legislador, dentro del ámbito de sus atribuciones constitucionales. Que haya acudido a instituir la figura del “acto presunto” negativo en unos casos para dar lugar a los recursos y acciones pertinentes, y positivo en otros, para fundar directamente la certeza del peticionario acerca de aquello que reclamaba, no se opone a la Carta Política, en cuanto ni anula ni disminuye el núcleo esencial del derecho de petición. (...) Lo que consagran las normas acusadas es, entonces, el “efecto” que produce la falta de una respuesta por parte de la Administración, negativo para el peticionario por regla general, al tenor del artículo 40, o positivo, según el 41, para los casos expresamente previstos en disposiciones legales, y de ninguna manera la tolerancia legislativa frente a las omisiones que implican desconocimiento del derecho fundamental de petición, ni la autorización a la Administración para abstenerse de responder oportunamente, y menos todavía la exoneración de su responsabilidad por el incumplimiento del deber que se le impone, ni el cercenamiento del derecho que a toda persona otorga el artículo 86 de

¹⁶ “18.- A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito, ante la autoridad competente, la que esta obligada a dar al interesado una respuesta también escrita dentro del plazo legal. Transcurrido este, el interesado puede proceder como si la petición hubiere sido denegada. Las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales no pueden ejercer el derecho de petición”.

¹⁷ Sentencia C-304/99.

la Constitución para defender la esencia del derecho fundamental mediante la acción de tutela”

No obstante la viabilidad para configurar el silencio administrativo por parte del legislador, sí tiene limitaciones constitucionales en función a los valores constitucionales consagrados y particularmente por los deberes constitucionalmente confiados a la administración por el constituyente. Una cuestión básica radica en determinar si la alternativa del silencio positivo puede ser constitucionalmente admisible respecto a peticiones ciudadanas cuyo contenido se encuentre referido a actividades en las cuales la Administración tiene deberes concretos de tutela en atención a la protección de otros derechos fundamentales o de intereses colectivos.

Por ejemplo, ¿cabría contemplar el silencio administrativo positivo ante las inercias administrativas en pronunciarse sobre actividades con impacto directo en áreas naturales protegidas, en asuntos medioambientales o de patrimonio cultural, dando preeminencia al derecho individual a ejercer una actividad económica frente al deber impuestos a la Administración en consideración a aspectos de interés colectivo? No cabe duda que si así sucediese, el silencio positivo administrativo debilita el carácter imperativo de los deberes constitucionales confiados a la administración para proteger el medioambiente, el patrimonio cultural o las áreas naturales, siendo paradójico –como afirma

la Corte Constitucional colombiana– que a la ineficacia de la entidad consistente en la omisión en pronunciarse sobre la petición ciudadana, le suceda legalmente una mayor ineficacia: relevar a las autoridades de su deber constitucional. En este sentido, compartimos el criterio establecido por la Corte Constitucional en el sentido que si así procediese el legislador estuviésemos frente a una norma inconstitucional. Dicho colegiado se ha pronunciado uniformemente sobre la inconstitucionalidad de una ley que incluye la técnica del silencio positivo en asuntos medioambientales por considerar que sacrifica valores constitucionales de superior jerarquía al preferir una situación individual que repercute en el colectivo, relevándose a la autoridad –por una acción indebida del mismo– de cumplimiento de un deber constitucional de prevenir y controlar el deterioro ambiental¹⁸.

3. Los Requisitos para Consumar el Silencio Administrativo Positivo Considerados en la Jurisprudencia Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido precisando –no con algunos equívocos– los principales contornos para la aplicación del silencio administrativo positivo a partir los procesos constitucionales que ha venido conociendo, en los que particulares pretendían obtener protección para sus derechos fundamentales argumentando haber obtenido decisiones fictas en su favor.

18 Esta posición aparece en las Sentencias No. C-328/95, C-328/99 y C-431/00. En la primera resolución precitada, la Corte considero lo siguiente:

“Principio de eficacia de la administración y deber de protección ambiental

14. La norma demandada plantea un conflicto entre el principio de eficacia que debe guiar la función administrativa (C.P. art. 209) y, de hecho, inspira la aplicación del silencio administrativo positivo al campo de la construcción de obras públicas, y los deberes estatales de protección la diversidad e integridad del ambiente (C.P. art. 79) y de prevención y control de su deterioro (C.P. art. 80). El principio de eficacia exige que las actuaciones públicas produzcan resultados concretos y oportunos. Por otra parte, mediante los deberes constitucionales ambientales, el Estado garantiza el derecho colectivo al ambiente sano. Corresponde a la Corte sopesar las normas constitucionales a la luz de sus fines. *La expedición de preceptos legales, en apariencia beneficiosos para la colectividad, no puede sin embargo sacrificar valores constitucionales de superior jerarquía.*

La norma acusada, al consagrar el silencio administrativo positivo en materia de construcción de obras públicas, otorga prevalencia al principio de eficacia sobre el deber de protección ambiental. El avance del progreso no podría verse detenido por la inactividad o morosidad de las entidades encargadas para expedir la correspondiente licencia o permiso. (...)

El silencio administrativo positivo busca impedir el aplazamiento indefinido de la construcción de la obra pública proyectada, aún a riesgo del ambiente sano. La afectación del ambiente, a causa de la construcción de obras públicas, por su parte, podría ser permanente e irreversible, y vulnerar gravemente los derechos fundamentales a la vida y a la salud. La prelación temporal de la protección ambiental, en cambio, no anula el principio de eficacia de la función administrativa, ya que existen otros mecanismos jurídicos –derecho de petición, medidas disciplinarias, acciones contenciosas– para garantizar la debida coordinación entre las distintas entidades públicas. Las consecuencias negativas que podrían desencadenarse de la aplicación del silencio administrativo en materia ambiental, superan las ventajas que con la norma se pretenden asegurar.

Límites del principio de eficacia y deber constitucional de prevenir y controlar el deterioro ambiental

15. El conflicto entre principios y deberes suscitado por la norma demandada involucra exclusivamente a instituciones públicas y no a los particulares. En estas circunstancias, ambas entidades estatales, la ambiental y la promotora o constructora de la obra, tienen tanto el deber de eficacia como el deber de proteger el ambiente. (...)

16. El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema. (...)

No obstante lo anterior, la misma disposición prevé el otorgamiento automático de la licencia ambiental, como consecuencia de la omisión de la autoridad ambiental en pronunciarse sobre el estudio de impacto ambiental sometido a su consideración. El mecanismo del silencio administrativo positivo, diseñado para asegurar la continuidad del progreso y el acceso de todos a los beneficios del desarrollo, debilita el carácter imperativo de los deberes del Estado de proteger el ambiente sano y los recursos naturales (C.P. arts. 78, 79 y 80).

17. Cabe preguntarse si la Ley puede relevar al Estado de su deber constitucional de prevenir y controlar el deterioro ambiental, como sanción a la actuación omisiva de la autoridad pública. La respuesta es a todas luces negativa.

A juicio de la Corte, no se compeadece con el deber de protección ambiental que, por el deficiente funcionamiento de la administración, el mismo Estado, por vía de la ley, pueda obviar o prescindir del cumplimiento de expresos mandatos constitucionales y de compromisos internacionales. La aplicación del silencio administrativo positivo a la hipótesis establecida en la norma, le resta todo sentido a las observaciones e indicaciones de la autoridad ambiental previas a la elaboración del estudio de impacto ambiental, ya que de no producirse un pronunciamiento oficial dentro de los sesenta días calendario fijados en la ley, se entiende otorgada la respectiva licencia ambiental, sin necesidad de una evaluación de los factores de riesgo ambiental derivados del proyecto, o de los planes diseñados para contrarrestarlos. (...)

Resulta paradójico, por decir lo menos, que la ineficacia del Estado –la omisión en pronunciarse sobre la solicitud de una licencia ambiental– termine sancionada con mayor ineficacia, en este caso, relevando a las autoridades de su deber constitucional de prevenir y controlar el deterioro ambiental. La aplicación del silencio administrativo, en estas condiciones, es inequilibrado, ya que viola los artículos 2, 79 y 80 de la Carta”.

A partir de los presupuestos que la doctrina considera, hemos organizado estos criterios jurisprudenciales –que en la mayoría de los casos consideramos acertados– para una mejor exposición de las ideas.

“(…) la técnica del silencio administrativo positivo está concebida para atender los incumplimientos formales del deber de responder las peticiones o recursos de los ciudadanos (…)”

3.1 El Silencio administrativo positivo solo es aplicable a procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte cuando la solicitud ha sido admitida válidamente a trámite

Como la técnica del silencio administrativo positivo está concebida para atender los incumplimientos formales del deber de responder las peticiones o recursos de los ciudadanos, el primer presupuesto lógico es que se exista un procedimiento a instancia de parte admitido a trámite. Nótese que para ello deben cumplirse dos elementos: ser un procedimiento administrativo iniciado por una petición administrativa sea en interés particular del propio administrado, de la colectividad, una contradicción administrativa, solicitud de información, etc.¹⁹ y que su solicitud haya sido admitida a trámite válidamente por la administración.

Por efecto de la primera exigencia, el silencio administrativo positivo no aplica, por tanto, a los procedimientos iniciados por la propia administración para satisfacer una necesidad propia o en cumplimiento de un deber legal, como son los procedimientos sancionadores, disciplinarios, de inspección o de control²⁰, e incluso si estos hubiesen sido iniciados por alguna denuncia de parte. Por similares consideraciones, tampoco aplicará a los procedimientos de parte, cuya naturaleza no pueda ser atendida por la técnica del silencio, como son las peticiones de gracia (en los que no hay ningún derecho de sustento previo) o las consultas (en las que el administrado busca eliminar una incertidumbre jurídica o conocer algo específico).

La segunda exigencia, reviste alguna complejidad práctica mayor, en la medida que el silencio administrativo positivo solo puede aplicarse si la solicitud ha sido admitida a trámite por la administración, esto es, no ha sido materia

de observación por algún defecto formal (firmas, falta de documentos o pagos de tasas, que condicione el inicio del procedimiento). Si hubiese esta observación, la subsanación del interesado debería producirse previamente para que el procedimiento pueda prosperar y, por ende, aplicar el silencio administrativo positivo²¹. Si no la subsana, no cabe aplicar ningún silencio porque el procedimiento no habría sido iniciado válidamente.

El problema surge cuando el petitorio no cumple con las exigencias documentales previstas en la normativa o en el TUPA, y no obstante ello la administración no lo ha advertido al interesado al ingreso del expediente, y ha dado inicio al procedimiento. ¿Puede el interesado acogerse al silencio administrativo positivo en esas circunstancias? ¿La no detección a tiempo de la administración de este incumplimiento le permite luego anular el silencio obtenido?

La posición mayoritaria en la doctrina, la resume GARCIA TREVIJANO²² en el sentido que“(…) la no aportación de la documentación esencial da lugar a que el silencio positivo no despliegue sus efectos”, en el entendido que el silencio se dirige a suplir, en beneficio del interesado, la omisión de la Administración, pero no a eximir o liberar al interesado del cumplimiento de la legalidad. Desde una perspectiva contraria, GARRIDO FALLA y FERNANDEZ PASTRANA²³ afirman que compete a la Administración reclamar los documentos omitidos y solo de no ser aportados cabría excluir el juego del silencio positivo, por lo que de no haberlos reclamado, la omisión debe imputarse a la propia administración, que no tramita debidamente el expediente, y ello no puede afectar la operatividad del silencio.

Un supuesto particular sucede cuando el administrado al amparo del informalismo procedimental procede no solo a mejorar los argumentos o sustentos del petitorio sino a modificar el petitorio presentado y cuya evaluación esta en curso. Pensemos en quien pide una licencia para una ampliación de una construcción y luego, en el mismo expediente, modifica el petitorio para solicitar una remodelación de la fábrica y ya no la ampliación. Aquí entendemos que el plazo en curso para la resolución del expediente debería considerarse desde el pedido modificado, pues lo transcurrido anteriormente probablemente no tendrá poco o ningún sentido.

3.2 Previsión expresa del silencio positivo para el procedimiento administrativo que se trate

Como hemos visto, la naturaleza del silencio en sus dos manifestaciones, es que la inercia u omisión en la voluntad

19 Hay que recordar que en estos procedimientos aplica el silencio administrativo positivo haciendo aprobar el petitorio contenido en la solicitud “en los términos en que fueron solicitados” (art. 188.1) por lo cual es indispensable no solo que el petitorio se encuentre delimitado claramente (por ejemplo, no contener pretensiones alternativas)

20 Tesis recogida en la sentencia constitucional recaída en el EXP. N.º 2753-2004-AC/TC, en el que se pretendía aplicar el silencio positivo a un procedimiento disciplinario.

21 Artículo 125.- Observaciones a documentación presentada.-

125.3. Mientras esta pendiente de subsanación, son aplicables las siguientes reglas:

125.3.1. No procede el cómputo de plazos para que opere el silencio administrativo, ni para la presentación de la solicitud o el recurso.

22 GARCIA TREVIJANO GARNICA, Ernesto; El silencio administrativo en el derecho español. Editorial Civitas, primera edición, 1990, p. 140.

23 GARRIDO FALLA, Fernando y FERNANDEZ PASTRANA, J.M.; Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas. Editorial Civitas, 1992, p. 197.

de la administración queda sustituida por una voluntad legal sustitutiva. Por ello, un elemento indispensable, es que el silencio administrativo con carácter de positivo - haya sido previsto en alguna disposición normativa (legal o reglamentaria), pues no podrá surgir de la sola voluntad del administrado ni de la discrecionalidad de la propia autoridad, a falta de disposición normativa.

Conforme a nuestro régimen legal, las leyes especiales establecen cual es el tipo de silencio aplicable al procedimiento respectivo (ej. Así sucede en las normas sobre licencias de funcionamiento, o leyes sectoriales sobre las diversas autorizaciones). De manera supletoria, la Ley No. 27444 prevé de forma general y descriptiva los distintos supuestos en los que se debe aplicar el silencio administrativo positivo y el silencio administrativo negativo, y dentro de ese marco, serán los TUPA institucionales donde se descifran esos conceptos indeterminados para cada caso en concreto, y consagran específicamente a que procedimiento se aplica el silencio administrativo positivo.

Por tanto, para acogerse al silencio administrativo positivo deberá así estar calificado en el TUPA respectivo, siguiendo las regulaciones nacionales²⁴. A falta de TUPA regirán las normas generales en materia de silencios.

Un problema no poco frecuente es la calificación superpuesta y contradictoria del silencio administrativo para un mismo procedimiento por parte de autoridades de diverso nivel de gobierno. Este fue el caso resuelto por el Tribunal Constitucional (EXP.N.º 2237-2002-AA/TC) con respecto al silencio administrativo al que se podía acoger la Empresa de transportes de servicio urbano San Luis S.R.L. ante la inercia resolutoria en su procedimiento de permiso de operación. En este caso, la Municipalidad aprobó la Ordenanza Municipal N.º 004-2002-MPH/A estableciendo el silencio administrativo negativo para el caso de la renovación de concesiones o permisos de operación, no obstante que según el artículo 11.º de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre N.º 27181, la competencia normativa en esta materia, le corresponde, de manera exclusiva, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y los gobiernos locales se limitan a emitir las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial, sin transgredir ni desnaturalizar la mencionada Ley ni los reglamentos nacionales, y que los artículos 50.º 51.º y 53.º del Reglamento Nacional de Administración de Transportes (D.S. N.º 040-2001-MTC), establecen que, en caso de silencio de la administración ante una solicitud de renovación, el concesionario o permisionario podrá considerar aprobada su solicitud, en aplicación del silencio administrativo positivo.

La posición del Tribunal Constitucional fue declarar fundada la demanda, y en consecuencia, inaplicables a

la recurrente la Ordenanza Municipal N.º 004-2002-MPH/A y los Oficios N.ºs 179-2002-MPH-DDU-DTSV/J y 01-2002-MPH-CEERPOSTU; y ordena que la Municipalidad Provincial de Huamanga expida la correspondiente resolución de renovación en aplicación del silencio administrativo positivo.

3.3 La posibilidad jurídica de lo solicitado. La potestad administrativa de invalidación posterior del acto ficticio

Una de las críticas originales al silencio administrativo positivo fue su peligrosidad para el interés público y al principio de legalidad, puesto que serviría para obviar los controles administrativos y permitiría la consagración de fraudes por el solo transcurso del tiempo. Frente a ello, la respuesta fue conciliar ambas posiciones, proscribiendo la posibilidad del silencio positivo contra legem, o dicho en otros términos, cuidar que el interesado a través del silencio administrativo positivo, no pudiera obtener nada distinto a lo que pudiera haber obtenido por la decisión expresa de la autoridad.

Por eso, se debe entender que siendo el silencio administrativo una técnica sustitutiva de la inacción administrativa, cuando nos acogemos a él solo puede obtenerse lo mismo que conforme a derecho podría obtener de su petitorio o recurso y en los términos estrictamente solicitados. El acto ficticio derivado del silencio administrativo positivo al igual que el acto expreso debe ser conforme a ley, por lo que ese petitorio debe ser formal y sustantivamente sujeto a derecho.

“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 válidos que así los comprueben.”

En este sentido, 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 válidos que así los comprueben. Por una elemental aplicación del principio de legalidad, la pasividad de la administración, no puede dar cobertura a lo antijurídico, sanear inconductas del administrado o adjudicar derechos contraviniendo las normas. El silencio es una solución frente a la inercia administrativa, pero no

²⁴ El Tribunal Constitucional ha establecido que "(...) el silencio administrativo no constituye una franquicia del administrado para optar por uno u otros sentidos (positivo o negativo); pues el artículo 34.1.1 de la Ley N.º 27444, de Procedimiento Administrativo General, dispuso que se sujetan a los procedimientos de evaluación previa con silencio administrativo, entre otros, aquellos casos en los que la solicitud verse sobre asunto de interés público, medio ambiente y recursos naturales. En consecuencia, tratándose la solicitud de una cuestión relacionada con recursos naturales, el silencio administrativo operado es el negativo, por lo que sería contrario a ley asumir, como lo hace el accionante, que contaba con la autorización correspondiente para realizar las actividades extractivas mencionadas. (EXP. N.º 07613-2006-PA/TC) .

un beneficio frente a la legalidad vigente. Descartamos por tanto, aquella tesis que sostiene que el silencio administrativo permite aprobar cualquier pedido, al margen de su legalidad sustancial, al igual que puede haber actos expresos ilegales que no son objeto de nulidad por derivar derechos subjetivos al solicitante.

Pero ¿Qué remedio nos ofrece el sistema jurídico si la administración no cumple con resolver un petitorio sujeto a silencio administrativo positivo pero este resulta imposible jurídicamente por ser ilegal? La doctrina ha ensayado tres alternativas posibles²⁵:

i) Por el que la administración puede desconocer mediante una resolución tardía o extemporánea los efectos del silencio positivo que pudiera haberse producido ya que al faltarle uno de sus elementos, el pretendido silencio sería inexistente. Conforme a esta tesis, la Administración no quedaba vinculada a nada ya que el acto presunto no se había producido²⁶.

ii) Por el que la administración quedaba vinculada al acto administrativo declarativo que se había producido en favor del administrado y era eficaz, aunque viciado en su validez. Para privarle de sus efectos, la administración debe seguir el procedimiento de fiscalización posterior, acreditar la invalidez, y luego recién privarle de efectos. Como bien afirma RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, "la tensión entre un exacerbado principio de legalidad y un moderado principio de seguridad jurídica debe resolverse a favor de este último, máxime cuando el principio de legalidad sigue operando y desplegando sus efectos a través de la revisión de oficio de los actos administrativos"²⁷

iii) Una tercera posición, derivado del anterior, considera que la privación de los efectos a la aprobación ficta puede producirse sólo si hubiesen existido algún vicio relevante o esencial para la obtención del silencio positivo. En todos los casos, el silencio administrativo obtenido se mantendrá temporalmente eficaz, en la espera de la anulación administrativa o judicial, por lo que nos debe quedar claro que ni la administración ni terceros pueden bajo ningún concepto sancionar al particular por la realización de tal actividad ilegal entre el momento de la producción del silencio y la determinación de la anulación de oficio²⁸.

En la primera, la autoridad puede sin más, desconocer la existencia del acto ficticio y tomar decisiones directamente como si no hubiese surgido nunca una autorización tácita, como sanciones o abiertamente

mediante resoluciones tardías denegando la solicitud. Aquí predomina el criterio de legalidad absoluta con desapego total a la seguridad jurídica.

En las otras dos tendencias se busca un equilibrio moderado con la seguridad jurídica, dado que la administración necesita hacer un procedimiento de fiscalización posterior a la aprobación tácita, comunicar al administrado de la inexactitud o ilegalidad que apreciara, y obtener una resolución anulatoria del superior jerárquico dentro del plazo de un año de la consumación del silencio positivo. La diferencia entre ambas estriba en el nivel de ilegalidad exigido para proceder a la anulación del acto ficto. Pero en ambos casos, no le será posible a la entidad dictar una resolución extemporánea sobre el pedido de modo diverso al sentido positivo con que ha quedado resuelto por el silencio ni tampoco podrá desconocerlo sin más.

Nuestro ordenamiento sigue la tendencia moderada al regular que la administración puede anular el acto aprobatorio ficto cuando se pueda acreditar la existencia de alguna causal grave de ilegalidad. Las situaciones calificadas por para justificar la anulación del silencio positivo son tres²⁹:

- i) Cuando el administrado adquiere derechos o facultades contrarias al ordenamiento jurídico, esto es, cuando se solicita algo prohibido absolutamente por la normativa o en la dimensión que se solicita (silencio administrativo contra legem)
- ii) Cuando el administrado no cumpla en la realidad (no solo cuando no lo hubiere podido acreditar en el expediente) con los requisitos, documentación o tramites esenciales previos para su adquisición, y mas aun,
- iii) Cuando el administrado independientemente de contar o no con las condiciones legales para el ejercicio de la actividad, hubiese presentado al procedimiento informaciones, documentos o declaraciones falsos o inexactos.

Si bien, la mayoría de las causales de nulidad previstas para los actos administrativos expresos no son aplicables por su naturaleza al caso del silencio positivo (así sucede con los defectos o omisión de los requisitos de contenido, la motivación, la finalidad, la falta de procedimiento o de competencia en el actor) otro también resulta concurrente, como el caso de haberse producido el silencio como consecuencia de una infracción penal.

No obstante esta posición del legislador, existen pronunciamientos reiterados del Tribunal Constitucional³⁰

25 Sobre esas posibilidades acogidas por la jurisprudencia española, pueden leerse: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, p. 595 y ss.

26 Para Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, esta cláusula de salvaguarda suponía "(...) la plasmación normativa del principio de legalidad llevado a sus ultimas consecuencias: la inexistencia del acto presunto contrario al ordenamiento jurídico. Y, junto con ello, el desconocimiento más absoluto del principio de seguridad jurídica". En, "El Silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos", IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer Carías. Caracas -Venezuela, FUNEDA, 1998, p. 193

27 RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime; op. Cit., p. 194.

28 En similar posición se manifiesta SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso; op. Cit., p. 114.

29 Véase los artículos 10.4 y 188.2 de la LPAG.

30 EXP N.º 759-2002-AA/TC (Sadith Preciado Alvis) y EXP N.º 1307-2002-AA/TC (María Delgado Cereceda).

en el sentido de desestimar procesos constitucionales de ciudadanos que han sido afectados por que no obstante haber obtenido autorizaciones fictas, las entidades han desconocido el acto ficticio y procedido a multar o cerrar establecimientos, o a emitir resoluciones tardías extemporáneas denegando el derecho al ciudadano a partir de haber identificado falencias documentales. En esta línea, consideramos que la posición del Tribunal no resulta compatible con la exigencia de seguridad jurídica que la Ley No. 27444 exige a las autoridades de seguir dentro del plazo legal y con las seguridades legales del caso, un procedimiento formal de anulación de oficio y no proceder desconociendo el derecho al silencio positivo.

3.4 El transcurso del término preciso dentro del cual debe ser resuelto el pedido y notificada la decisión

Es connatural para la consumación del silencio administrativo positivo que venza el término establecido legalmente para que la administración resuelva y notifique el acto administrativo expreso a que esta obligado. Nos referimos al plazo de treinta días hábiles continuos con que cuenta la administración para calificar el expediente, proyectar la decisión y notificársela al administrado. Incluimos dentro de este plazo también a la acción de notificar la decisión al administrado, porque siendo la fase externa de la decisión resulta indispensable que se produzca para que sea conocible para el administrado aquello que ha decidido la autoridad sobre su pedido. El término legal para notificar está incluido dentro del plazo ordinario del procedimiento al ser su fase terminal y no una fase sucesiva³¹. Si fuere de otro modo, sería muy fácil para la administración escamotear el silencio administrativo fechoando su resolución con anterioridad a su vencimiento del plazo.

31 Véase el artículo 188.1 de la LPAG.

32 A este respecto resulta ilustrativa la posición del Tribunal Constitucional sobre cuándo debe entenderse que la administración se ha pronunciado para efectos que opere el silencio administrativo positivo recaída en el Expediente N.º 5290-2006 -PC/TC (ENRIQUE MANUEL FAJARDO HINTZE), que glosamos a continuación:

“12. Ahora bien siendo que el numeral 31.6 de la Ley N.º 26979 dispone que en el plazo de ocho (8) días hábiles el ejecutor coactivo deberá pronunciarse expresamente sobre la solicitud de suspensión formulada por el administrado, resulta necesario precisar desde cuándo se entiende que dicha entidad ha cumplido con emitir un “pronunciamiento expreso”; ello con la finalidad de determinar la aplicación o no del silencio administrativo positivo recogido por tal disposición.

13. Sobre el particular se debe tener en cuenta que de una interpretación sistemática de los artículos 51 y 109 de la Constitución Política se desprende que la publicación de las normas jurídicas determina su eficacia, vigencia y obligatoriedad. Es decir, estas disposiciones constitucionales establecen como condición esencial para la vigencia de las normas que sean éstas de conocimiento de los sujetos que podrían verse afectados con su aplicación. Siendo que las normas jurídicas obligan por igual a todos y por tanto pueden afectar a una generalidad de sujetos se impone por necesidad la ficción de su publicación para que su contenido sea entendido como de conocimiento público.

14. Si bien el razonamiento de las disposiciones constitucionales citadas se refiere a la vigencia o eficacia de normas jurídicas generales, este Tribunal considera que el mismo criterio es aplicable en el caso de los actos administrativos. Se debe entender que la entrada en vigencia y consecuente obligatoriedad de lo establecido en una resolución administrativa se encuentran condicionadas al hecho de que el administrado [a quien afectaría tal resolución] tome conocimiento sobre su contenido, situación que se configura con el acto de notificación.

15. En efecto, como establece el numeral 16.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N.º 27444–, “el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos (...)”. En esa línea, Juan Carlos Morón Urbina señala que “Un acto administrativo carece de eficacia mientras no sea notificado a su destinatario o publicado (...) aun cuando cumpla las exigencias legales previstas, no pasa de ser una decisión de la autoridad mantenida en su intimidad, intrascendente para el exterior, y carente de fuerza jurídica para producir efectos frente a los administrados, terceros y aun otras autoridades administrativas. Si bien ya es un acto administrativo, en tales condiciones el acto no vincula jurídicamente a ningún sujeto de derecho, salvo a sí mismo, ya que le genera el deber de notificarlo. Es un acto administrativo oculto” (MORÓN URBINA, Juan Carlos: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Tercera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 170).

16. En virtud de lo expuesto este Tribunal considera que en el caso de autos se deberá entender que estamos ante un “pronunciamiento expreso de la entidad gubernamental” cuando ésta notifique el contenido de su decisión al administrado que pudiera verse afectado con ella.

Por tanto, cuando el numeral 31.6 de la Ley N.º 26979 establece que el ejecutor coactivo debe “pronunciarse expresamente” sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, en el plazo de ocho (8) días hábiles, se debe entender que este plazo incluye tanto la obligación de la Administración de emitir el respectivo acto administrativo, como la obligación de notificarlo.

Estamos frente a un dato objetivo, para cuya constitución no existe necesidad de adentrarse en identificar si la voluntad administrativa en el caso concreto estaba proyectada y no resuelta, estaba expedida y no notificada dentro del plazo³², o si la omisión se debe a culpabilidad del instructor o a cualquier otra razón intraadministrativa, como la ausencia de algún funcionario o la no composición del órgano colegiado.

Transcurrido el término indicado sin resolución notificada, se habrá constituido automáticamente el presupuesto para el silencio administrativo positivo.

3.5 La inactividad total de la administración. El supuesto de suspensión del plazo para resolver

Un elemento aparente obvio es que al cabo del término debido para resolver la administración incurra en inactividad resolutoria, o simplemente, no resuelva el petitorio sujeto al silencio administrativo positivo. Existirá esta inactividad cuando la autoridad desde la presentación de la solicitud hasta el vencimiento del plazo para resolver guarda silencio respecto del petitorio presentado (la denominada inactividad absoluta). De otro lado, no habrá inactividad si al término de dicho plazo, la autoridad resolvió expresamente sobre el petitorio y notificó la decisión al administrado, cualquiera sea su sentido o la forma escrita que adopte e incluso si la notificación adoleciera de algún defecto formal (notificación defectuosa).

Pero entre ambos extremos, es posible encontrar una circunstancia intermedia de difícil calificación: las manifestaciones no resolutorias contrarias al pedido que la autoridad pueda haber realizado durante la tramitación del procedimiento.

Nos encontramos frente a lo que la doctrina ha denominado inactividad parcial, constituida cuando si bien la autoridad no ha emitido decisión final sobre el procedimiento, durante su tramitación ha emitido declaraciones interlocutorias que evidencia claramente la imposibilidad de lo pedido o requieran información, documentación o esclarecimiento al petitorio. Así sucederá, si el instructor le requiere al interesado información complementaria, perfeccionar los documentos presentados o le informe la improcedencia de su pedido si no son superadas algunas observaciones. En nuestro país, el Tribunal Constitucional³³ ha afirmado la tesis que no se configura el silencio administrativo cuando la administración, dentro del procedimiento, ha comunicado al administrado la necesidad de alguna condición previa para poder otorgar lo solicitado (en este caso, era la necesidad de realizar una reinspección de las instalaciones, que nunca se produjo).

No obstante la ausencia de regulación expresa, consideramos que la suspensión del plazo para resolver –y con ello diferir la consumación del silencio– es perfectamente posible, si la administración advierte y mediante requerimientos subsanatorios expresos exige aclaración al pedido, complete o aporte datos o información o repare deficiencias documentales para poder pronunciarse. Ello se sustenta en que “(...) en ningún caso debe juzgarse a ésta (la administración) culpable de la demora resolutoria en tanto en cuanto las causas determinantes de esa suspensión o interrupción del lapso temporal necesario para aquel se produzca tenga por única causa la inadecuada actuación procedimental realizada por el propio interesado, a quien, en justicia, de modo correlativo, no es posible conceder derechos o que se deduzcan consecuencias para él favorables, dada su irregular pretensión o solicitud”³⁴

Nótese que la petición de la autoridad deberá estar referida a información esencialmente necesaria y en ningún caso a excusas, exigencias formales o irrelevantes para comprender el petitorio y su acreditación (ej. Si se pidiera legalización de documentos, o más copias de los informes presentados, o documento de identidad del solicitante). Esto es que sea necesaria lógicamente

para la resolución, que deba ser aportada por el propio administrado en virtud de algún deber normativo y que no pueda ser obtenida de oficio por la autoridad y no a información marginal. Tampoco podrá referirse a pedidos internos de información a otras entidades o a órganos de la misma organización. En tanto no sea superada esta observación deberá entenderse suspendido el plazo para resolver, quedando reiniciado el cómputo del plazo una vez subsanada la información. Si la espera se prolongase será de aplicación la figura del abandono de la petición prevista por la misma norma.

Conducta de Buena Fe del Administrado

La conducta procedimental es uno de los principios de la actuación administrativa, por la que ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal y todos los partícipes en el procedimiento deben realizar sus actos procesales con colaboración y la buena fe³⁵.

En aplicación de este principio, consideramos que la aplicación del silencio administrativo positivo procede cuando el ciudadano ha obrado de buena fe frente a la administración y respectivamente, debe quedar excluido en los casos en los que la conducta dilatoria u omisiva del solicitante (beneficiario de la regla) haya determinado la falta de decisión oportuna de la administración como por ejemplo, evitar la notificación de la resolución final, la presentación del petitorio a órgano incompetente, la resistencia a entregar evidencias requeridas, o si pretendiera dolosamente aprovecharse del beneficioso régimen del silencio administrativo presentando pedidos reiterados sobre la misma materia habiendo sido rechazados los anteriores³⁶.

4. La Distinta Vinculación de la Autoridad y el Administrado al Silencio Administrativo Positivo

Como hemos manifestado, el silencio administrativo positivo tiene como principales debilidades el riesgo de la potestad invalidatoria sobreviviente si la administración considerara que existe algún incumplimiento a los

33 STC N.º 1446-2003-AA/TC, PRO-PREMIX NUTRICION S.R.L. En esta decisión, nuestro Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

1. El objeto de la presente acción de amparo es que se declaren inaplicables la Resolución Jefatural N.º 035-2001-AG-SENASA-DGSA y la Carta N.º 681-2000-AG-SENASA-DGSA, alegándose que a la recurrente no se le ha aplicado el silencio administrativo conforme al artículo 11º de del Reglamento de Registro, Control y Comercialización de Productos de Uso Veterinario y Alimentos para Animales.
2. El artículo en cuestión señala que “las solicitudes para la inscripción o renovación serán resueltas en un plazo de 30 días útiles improrrogables. Vencido dicho plazo y si no existe respuesta alguna se da por inscrito o renovado automáticamente el registro correspondiente”; esto quiere decir, que si se cursara algún comunicado, sin importar que verse sobre la determinación de la controversia, se debe entender que no es computable el plazo de 30 días útiles improrrogables. Como se desprende de autos, la recurrente presentó, con fecha 14 de enero de 1999, una solicitud de registro de productos ante SENASA, a efectos de inscribir los productos Taydel Forte, Delmicina Forte y Delmicina Forte Corticoide, la que fue atendida mediante Carta N.º 334-99-AG-SENASA-DGSA, obrante a fojas 74, informándose que era necesaria una reinspección en las instalaciones de la recurrente, quedando demostrado que sí existió una respuesta de la demandada; en consecuencia, no habiendo quedado acreditada la vulneración de su derecho constitucional, la presente demanda no puede ser estimada.

34 REYES MONTERREAL, José María, “Las resoluciones Administrativas tardías”, Revista de Administración Pública, 78, 19, p. 281.

35 Ley No. 27444, Título Preliminar Artículo IV, numeral 1.8.

36 Un ejemplo de esta aplicación lo podemos ver en el Exp. No. 590-97-AA/TC. Ahí el Tribunal Constitucional estableció que un administrado no puede pretender ampararse en el silencio administrativo positivo si existen antecedentes administrativos conocidos por el administrado de no contar con las exigencias legales para ejercer una actividad lícitamente. Concretamente se expreso, “Que, el silencio administrativo positivo, favorece al recurrente, cuando instaura un procedimiento cumpliendo con todos los requisitos de admisibilidad, y no es atendido por el órgano de control en el plazo prescrito por la ley. En el presente caso, la Carta Notarial de fojas 8, que con fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete fue recepcionada (sic) por la Municipalidad Provincial del Santa, mediante la cual, la empresa demandante pretende ampararse en dicho silencio administrativo positivo, no puede ser atendida, en razón de que existen antecedentes administrativos que se pronuncian por el no otorgamiento de la concesión para operar en la Ruta 6-D.”

requisitos legales o por el uso de medios fraudulentos en su obtención³⁷, la insuficiencia probatoria del silencio administrativo positivo y, por último, la limitada eficacia y ejecutividad del acto ficticio favorable.

Ello deriva de su propia naturaleza de una ficción legal, esto es, una artificialidad creada por la norma que pone al ciudadano en la situación de demostrar de modo indubitable no solo que presentó una petición, sino que transcurrió el plazo legal y que se produjo un no acto de la administración.


Para el administrado, la vinculación del silencio administrativo es directa e inmediata de modo que queda sujeto automáticamente a la aprobación de lo pedido, en sus propios términos, por imperio de la ley, como si hubiera resolución estimatoria o favorable al pedido o recurso sin requerirse que comunique su acogimiento a ninguna autoridad ni queja por la demora. Y, la estimación favorable al pedido que el silencio comporta, le habilita para ejercer autónomamente el derecho o la libertad que estaba sujeta a la autorización previa, sin poder ser sancionado por su mero ejercicio. Si se trata del ejercicio de derechos y libertades que se ejercen por el propio individuo de manera aislada (ej. Una construcción menor en su domicilio, o modificar la ubicación de una oficina para una empresa sujeta a licencia administrativa o licencias vinculadas a la libertad y seguridades personales, derecho al honor, inviolabilidad del domicilio, libertad de circulación, etc.) no habría mayor problema en la ejecución directa de aquello solicitado y autorizado por silencio administrativo. Se agotaría con el ejercicio privado o aislado de la actividad.

Pero si el silencio positivo autoriza ejercer derechos y libertades por las que los administrados se vinculan con terceros o, se ejercen en relación con otras personas o de derechos de contenido prestacional sobre el Estado, ahí tendremos serios problemas para la ejecución del silencio administrativo. Recordemos, por ejemplo, el celebre artículo 31 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de Registros Públicos, por el cual se disponía que todo ciudadano que deseara inscribir un acto aprobado por silencio positivo por alguna

entidad (ej. Aprobación de habilitación urbana) debería obtener una constancia municipal certificando que se ha producido una falta de pronunciamiento dentro del plazo permitido.

En la medida de lo expuesto, para la ejecutividad del silencio administrativo positivo es necesario diferenciar varios supuestos. Por un lado, el caso en que el acto ficticio esta referido a derechos subjetivos autónomos del solicitante que se ejercen de manera aislada. Pero del otro estarán los casos en que el silencio administrativo positivo habilita ejercer derechos subjetivos de necesaria interrelación y acreditación frente a terceros (ej. Licencia de construcción) y a ejercer derechos subjetivos que necesitan de un título administrativo o de una prestación administrativa complementaria (ej. Permiso de navegación o entrega de documentos)³⁸.

Desde la perspectiva de la administración, el silencio administrativo positivo produce la incompetencia del órgano –hasta ese momento a cargo de la instrucción del caso– por razón del tiempo para poder decidir sobre el asunto. De este modo vencido el término final para resolver el expediente, queda sin competencia para dictar una resolución extemporánea sobre esta materia. Aun si pretendiera, declarar que ha operado el silencio positivo. Peor, si lo que desea es denegar la solicitud. Si lo hiciera, estaríamos frente a una resolución afectada por un vicio grave.

De este modo, la entidad no puede desconocer, contradecir o alterar la situación jurídica consolidada por la autorización o aprobación ficticia. Su facultad natural a partir de ese momento, será solo inspeccionar o vigilar que el ejercicio de la actividad que ha quedado autorizada (ej. el funcionamiento de actividad comercial o la actividad constructiva, etc.) sea ejecutada conforme a la normativa aprobada para el efecto, pudiendo adoptar las medidas correctivas aplicables al caso si encontrara incumplimientos³⁹. Solo si comprobadamente el administrado no cuenta con las exigencias jurídicas para haber obtenido la autorización o si se demostrara que ha hecho uso de información falsa o inexacta, la entidad puede ejercer su facultad de anulación de oficio contra el acto ficticio, previo descargo del infractor 

37 Si bien esta contingencia existe también sobre los actos expesos favorables al administrado, su incidencia en estos casos es minoritaria por cuanto la administración ya ha cumplido –dentro del procedimiento– con evaluar el cumplimiento de los requisitos legales y ha sido favorablemente resuelto.

38 Ej. estos casos, la ejecución del silencio administrativo aparece respaldada judicialmente mediante la acción de cumplimiento (Exps. 3267-2004-AC/TC, 2237-2002-AA/TC, 2966-2002-AC/TC) o el proceso contencioso administrativo

39 Véase el caso STC N.º 759-2002-AA/TC (SADITH PRECIADO ALVIS) y STC N.º 1307-2002-AA/TC (MARÍA DELGADO CERECEDA) en las que se entendió legítimo que la administración declarara y dictara medidas correctivas contra locales comerciales autorizados por silencio administrativo positivo, pero que carecían de requisitos esenciales para la procedencia de la licencia.