

El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración

Jorge Danós Ordóñez

Abogado. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. ANTECEDENTES.

Exp. No. 969-95

Lima

Sala de Derecho Constitucional y Social

Sentencia

Lima, tres de noviembre de mil novecientos noventicinco.

VISTOS; con lo expuesto por la señora Fiscal; por los fundamentos de la sentencia de primera instancia; y CONSIDERANDO, además: que de acuerdo con el artículo ciento dos de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el silencio administrativo puede solicitarse cuando la resolución pendiente de autoridad no se expide en el término de treinta días; que producido este supuesto, el justiciable puede acogerse al silencio administrativo o exigir por tiempo indeterminado que se expida la resolución; que siendo ésta la opción que tiene el justiciable, no se inicia el término de caducidad, para interponer esta Acción de Amparo al finalizar los indicados treinta días sino cuando exista la decisión manifestada del interesado de acogerse a dicho silencio; que, siendo esto así, el cómputo efectuado por el Fiscal Superior y la sentencia de la Sala que lo recoge es errónea: Declararon HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ciento catorce, su fecha tres de mayo de mil novecientos noventicinco que revocando la apelada de fojas ochenticuatro fechada el tres de enero del mismo año, declara improcedente la Acción de Amparo interpuesta a fojas veintiséis, por don

José Manuel Llatas Román contra el Banco de la Nación; reformando la de vista, CONFIRMARON la apelada, que declara FUNDADA la demanda y en consecuencia sin efecto legal para el accionante la Resolución número novecientos veintiocho-noveintidós-EF noventidos cinco mil cien del treinta de noviembre de mil novecientos noventidós y ordena que el Banco de la Nación categoría o nivel del Subgerente que ostentaba al momento de su retiro, sin tope alguno, con lo demás que contiene; y siendo la presente resolución final: MANDARON se publique en el Diario oficial El Peruano dentro del término previsto por el artículo cuarentidós de la Ley número veintitres mil quinientos seis; y los devolvieron.

SS. CASTILLO C.; URRELLO A.; BUENDIA G.
ORTIZ B.; CASTILLO LA ROSA S.

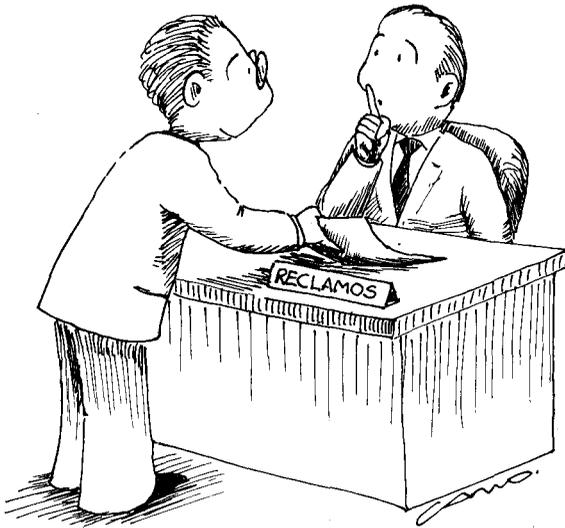
II. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

La conducta omisiva de los funcionarios y entidades que forman parte del conjunto organizacional conocido como administración pública, ante la que muchas veces el ciudadano se encuentra inermes, es uno de los principales vicios que la caracterizan.

Para contrarrestar dicha inercia nuestro ordenamiento ha establecido mecanismos procesales para que los afectados puedan combatir las distintas formas de inactividad en que pueda incurrir la administración.

La clasificación más aceptada distingue entre inactividad formal e inactividad material de la adminis-

tración⁽¹⁾. La inactividad formal se refiere a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición o recurso de los particulares, es decir se traduce en el incumplimiento de resolver expresamente las cuestiones que hubiesen sido planteadas por los particulares. En cambio, la inactividad material es un simple no hacer al margen de un procedimiento, supone una conducta omisiva en cuanto a sus resultados materiales.



Para corregir el incumplimiento formal de la Administración de resolver las peticiones o recursos que se le formulen se ha creado la técnica del silencio administrativo en sus variantes negativa y positiva.

La violación del deber de actuación material de la Administración cuando es dispuesta por una norma legal puede ser atacada mediante la novísima garantía constitucional de la acción de cumplimiento o de la acción de amparo por omisión, en este último caso sólo cuando se considere que la omisión denunciada produce la afectación de derechos constitucionales⁽²⁾.

Para los fines de este comentario de jurisprudencia

sólo nos interesa referirnos al silencio administrativo como una técnica garantizadora de los derechos de los particulares frente a una Administración que omita dictar un acto administrativo expreso dentro de un procedimiento en violación de la obligación legal de resolver las pretensiones que se le formulen.

III. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. CLASES. CARACTERES.

El silencio administrativo es una figura nacida en el Derecho Administrativo francés, donde hizo su aparición a comienzos de este siglo en una ley importada a nuestro país por el entonces Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado mediante Decreto Supremo No. 6-SC, vigente desde 1967, en cuya elaboración se tomó como referencia principal a la Ley de Procedimientos Administrativos de España de 17 de julio de 1958.

El silencio administrativo nace con una finalidad muy concreta: abrir al particular la posibilidad de enjuiciar la conducta de la Administración aunque no existiese un acto administrativo que impugnar, es decir, superar la inactividad formal que obstaculiza el acceso de los particulares a los mecanismos de protección jurisdiccional.

Como sabemos una de las garantías esenciales de un Estado de Derecho lo constituye el control judicial sin reservas de la Administración Pública, de modo que los particulares afectados por decisiones administrativas tienen el derecho constitucionalmente garantizado de demandar la tutela judicial para la revisión de actos administrativos que considere ilegales o atentatorios de sus derechos.

En ese aspecto, la Administración cuenta con un privilegio jurídico que consiste en la exigencia a los particulares de agotar previamente la vía administrativa de controversia mediante la interposición de los recursos impugnativos que la ley franquea como requisito indispensable para el inicio del proceso contencio-

(1) Es una distinción ya clásica en el Derecho español elaborada por el administrativista Alejandro Nieto en su trabajo «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo». En: Documentación Administrativa, No. 208, 1986, págs. 229 y ss. Publicado originalmente en el No. 37 de la Revista de Administración Pública de 1962.

(2) Sobre las similitudes y diferencias entre ambas garantías hicimos una aproximación en «El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana de 1993». En: Lecturas Constitucionales Andinas, No. 3, Comisión Andina de Juristas, 1994. Sin embargo, en nuestro concepto dichas garantías eventualmente también pueden ser utilizadas para atacar la inactividad formal de la Administración una vez agotada la vía administrativa. Un autor que comenta los mecanismos procesales existentes en Argentina para controlar la inactividad administrativa es: MUÑOZ, Guillermo Andrés. «La inactividad de la administración». En: A.A.V.V. Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla. Volúmen II. Complutense, Madrid, 1992, págs. 1105 y ss.

so-administrativo ante el Poder Judicial.

Como quiera que el derecho de los particulares a cuestionar judicialmente las decisiones de la Administración que los afecten está condicionado a que previamente planteen sus pretensiones ante la propia Administración, el silencio administrativo opera como una técnica destinada a garantizar que el particular no quede desprotegido o privado de toda garantía judicial frente a la Administración muchas veces renuente a pronunciarse precisamente para evitar el control de sus decisiones.

En tal sentido el silencio administrativo negativo es un mecanismo de garantía procesal de los particulares, tiene por objetivo evitar que la Administración eluda el control jurisdiccional mediante el simple expediente de permanecer inactiva sin resolver el procedimiento iniciado por el particular.

Por su origen, el silencio administrativo ya sea negativo o positivo nace con un fuerte sello «pro administrado» para evitar los perjuicios que podrían ocasionarle la inactividad formal de la administración⁽³⁾.

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

El silencio negativo combate la omisión, el retardo o la demora de la Administración en cumplir su deber de resolver, lo que constituye una infracción a las normas que establecen la obligación legal de la Administración de pronunciarse sobre las peticiones y recursos que planteen los particulares⁽⁴⁾.

El silencio administrativo de carácter negativo no es equiparable a un acto administrativo presunto, no se trata de un acto de sentido desestimatorio, es más bien un hecho al cual la ley le asigna efectos jurídicos que no expresa voluntad alguna de la Administración, por ello se dice que dicho silencio negativo carece de sentido por sí mismo, si no es para ser impugnado por decisión del interesado.

El silencio negativo no es modalidad de terminación del procedimiento administrativo, razón por la

que en caso de acontecer la Administración permanece en la obligación de resolver mientras que el particular no opte por interponer el recurso impugnativo que corresponde a la siguiente instancia administrativa o, de ser el caso, de plantear la correspondiente demanda judicial.

“...el silencio administrativo negativo es un mecanismo de garantía procesal de los particulares, tiene por objetivo evitar que la Administración eluda el control jurisdiccional mediante el simple expediente de permanecer inactiva...”

Más aun para algún autor español⁽⁵⁾ «La caracterización del silencio administrativo como una técnica prevista en favor del administrado para solventar los perjuicios que pudieran ocasionarle como consecuencia de la inactividad de la Administración, especialmente dado el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa-administrativa, favorece su adecuada inclusión como garantía propia incorporada al derecho a la tutela judicial efectiva...», que nuestro ordenamiento constitucional también consagra en el inciso 3 del artículo 139 de la Carta de 1993.

A diferencia del silencio administrativo de carácter negativo, el silencio de carácter positivo sí puede ser considerado un verdadero acto administrativo presunto de la Administración. En dicho supuesto se entiende otorgado lo pedido por el particular si su peti-

(3) Así lo señalan entre otros autores: MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. «El silencio administrativo». En: BARNES VÁSQUEZ, Javier (coordinador). El procedimiento administrativo en el Derecho comparado. Civitas, Madrid, 1993, pág. 164. También CREO BAY, Horacio. Amparo por mora de la administración pública. Astrea, Buenos Aires, 1995.

(4) Obligación de resolver que se deriva de varios preceptos del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante Decreto Supremo No. 2-94-JUS, en particular de sus artículos 2 (increblemente repetido en el artículo II del Título Preliminar incorporado de manera antitécnica por la Ley No. 26654), 12, 47 y 68, entre otros.

(5) DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional. Civitas, Madrid, 1992, pág. 285.

ción se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

La opción entre uno u otro tipo de silencio administrativo depende del legislador quien especificará el significado del silencio administrativo en cada caso en concreto, sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento existen normas que disponen la aplicación con carácter residual del silencio negativo o del positivo según el tipo de pretensión que se plantee ante la Administración.

Sin embargo, el silencio administrativo positivo es una técnica de carácter excepcional debido a sus consecuencias, por lo que el legislador al momento de decidir entre establecer la opción negativa o la positiva, necesariamente deberá tener como criterio rector que el silencio positivo tiene como ámbito idóneo de actuación principalmente el ejercicio de las potestades administrativas de control y de intervención que se expresan en actos administrativos como licencias, autorizaciones, aprobaciones, etc., en los que la inactividad de la Administración es suplida por el silencio que equivale precisamente a esa autorización o licencia pedida por el particular. No es una técnica adecuada para los casos en que los particulares formulen pretensiones tendientes a que la Administración realice actividades de ejecución en los que sean precisas actuaciones materiales de la misma⁽⁶⁾.

Al respecto señalan García de Enterría y Fernández⁽⁷⁾ que «En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado».

A diferencia del silencio negativo en el que la falta de pronunciamiento de la Administración dentro de los plazos previstos por la ley no la exime de resolver las cuestiones planteadas si el particular no ha optado por interponer el recurso impugnativo o la demanda judicial correspondiente, en el caso del silencio positivo el vencimiento de plazo para que la Administración adopte una decisión supone el otorgamiento de la autorización o licencia solicitada por el particular de modo que la Administración ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo, salvo que su contenido se oponga

al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sólo en ese supuesto la Administración podrá declararlo nulo de pleno derecho mediante el procedimiento establecido en la ley de procedimientos administrativos para la declaración de oficio de nulidad de resoluciones administrativas que hayan quedado consentidas⁽⁸⁾.

IV. LA INEXISTENCIA DE PLAZOS PARA RECURRIR EN LA VÍA ADMINISTRATIVA O INTERPONER DEMANDA ANTE EL PODER JUDICIAL EN CASO DE PRODUCIRSE EL SILENCIO NEGATIVO.

Aclarado el carácter de garantía procesal de los particulares que ostenta el silencio administrativo negativo como mecanismo para permitir acceder a la impugnación judicial de las decisiones administrativas, es plenamente justificado que la Corte Suprema en la ejecutoria objeto de este comentario haya determinado, a propósito de resolver un proceso constitucional de amparo que, conforme al tenor de los preceptos pertinentes del Texto Único Ordenado de la denominada Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado mediante Decreto Supremo No. 2-94-JUS, el silencio administrativo que se produzca al vencerse el plazo establecido en la ley para que la Administración resuelva mediante un acto administrativo expreso, constituye una figura de ejercicio opcional por el particular, quien puede optar por interponer el recurso administrativo correspondiente hasta agotar la vía administrativa o plantear la demanda judicial pertinente si el silencio se produce ante una instancia que agota la vía administrativa, o, en su defecto, esperar por tiempo indeterminado el pronunciamiento expreso de la Administración sin que se inicie el cómputo de caducidad de sesenta días establecido en el artículo 37 de la Ley No. 23506 para interponer la demanda de amparo.

Dicha jurisprudencia confirma que el silencio administrativo negativo sólo opera en beneficio del interesado y jamás a favor de la Administración, por lo que los órganos administrativos no pueden alegar en su provecho la producción del silencio como si hubieran dictado una resolución expresa de carácter negativo para que comience el cómputo de los plazos preclusivos

(6) MORILLO-VELARDE, José Ignacio. Op. cit. pág. 169.

(7) GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas, Madrid, 1990, pág. 582.

(8) Artículo 109 y siguientes, para lo que es preciso que se haya incurrido en alguna causal de nulidad de las previstas en el artículo 43, que se argumente la existencia de agravio al interés público y que la nulidad se declare dentro de los seis meses en que «la resolución» *ficta* quedó consentida.

para recurrir en impugnación administrativa o judicial, porque no se le puede otorgar a la Administración una posición más ventajosa en relación a los particulares que si hubiera cumplido con su deber legal de resolver, en tal sentido señalan García de Enterría y Fernández que «...dado que el silencio negativo no es un acto propiamente tal, lo lógico sería que la posibilidad de interponer el recurso correspondiente permaneciera abierta indefinidamente en tanto no se dictare por la Administración la resolución expresa, en cumplimiento del deber que la ley le impone y del que en ningún caso él exime»⁽⁹⁾.

Aunque podemos observar que en el texto de la ejecutoria se cita erradamente al artículo 102 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos nada obsta para entender que los magistrados quisieron referirse al segundo párrafo del artículo 99 de la citada ley que regula el recurso de apelación, precepto que al igual que los artículos 98 y 100 referidos a los recursos de reconsideración y apelación, respectivamente, establecen que el silencio administrativo negativo opera con carácter optativo para el interesado. Ese es también el caso del artículo 87 de la misma ley que establece el silencio negativo en los procedimientos administrativos de tipo declarativo, norma que en igual medida otorga al particular la opción de impugnar o esperar la resolución cuando establece que: «... el interesado podrá considerar denegada su petición o reclamo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración».

En este punto es pertinente llamar la atención acerca del tenor del numeral 3 del artículo 541 del Código Procesal Civil referido a los requisitos para la admisibilidad de la demanda contenciosa-administrativa cuya redacción pareciera indicar que el legislador de ese cuerpo normativo se afilió erróneamente a la

tesis ya superada según la cual el silencio administrativo negativo es conceptualizado como un «acto presunto» por lo que en dicho caso el plazo para la interposición de la demanda sí se comenzaría a contar desde que se haya «... producido resolución *ficta* por silencio administrativo», sin embargo las consecuencias nocivas que se pudieran derivar de ese criterio han sido oportunamente reparadas por la Corte Suprema quien en vía interpretativa, a través de otra ejecutoria recaída precisamente en un proceso de impugnación de resolución administrativa como lo denomina el Código Procesal Civil, ha determinado que por aplicación de los preceptos pertinentes de la Ley de Procedimientos Administrativos el silencio negativo es de carácter facultativo; por lo que vencido el plazo que tiene la Administración para resolver, el interesado está en libertad de esperar indefinidamente el pronunciamiento expreso o de interponer en cualquier momento el recurso administrativo impugnativo o la demanda judicial correspondiente⁽¹⁰⁾.

En conclusión, se puede afirmar que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema pronunciada en procesos contencioso-administrativos y de garantía constitucional como el amparo ha consagrado el criterio correcto de que el silencio administrativo negativo es una técnica de garantía en exclusivo beneficio del particular y que por lo tanto el vencimiento de los plazos que la ley otorga a la Administración Pública para pronunciarse en los casos en que opera el silencio administrativo negativo jamás puede determinar el inicio del cómputo de los plazos para recurrir o interponer la correspondiente demanda ante el Poder Judicial, porque la elección corresponde al interesado quien puede escoger esperar indefinidamente que la Administración resuelva o plantear las impugnaciones administrativas o demandas judiciales que correspondan.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. Op. cit., pág. 578, también afirman que «... A esta solución no cabe oponerse en base al principio de seguridad jurídica, ya que la inseguridad resultante de esta posibilidad indefinida de recurrir sólo es imputable a la Administración, que por lo demás, puede poner fin a ella en cualquier momento dictando la correspondiente resolución expresa». Opinan en términos semejantes DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. Op. cit., pág. 294; MORILLO-VELARDE PÉREZ, José. Op. cit., pág. 177 y el Informe del Defensor del Pueblo de España sobre el silencio administrativo publicado en la Revista Documentación Administrativa No. 208, Madrid, 1986, págs. 209 y ss. En nuestro medio el Doctor César Ochoa participa de la misma opinión en su trabajo «El régimen jurídico del silencio administrativo». En: El Jurista No. 7/8, Lima, 1992, pág. 191.

(10) Ejecutoria de fecha 21 de agosto de 1995, recaída en un proceso contencioso-administrativo, expediente No. 1976-94, mediante la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema corrige el criterio de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima que había declarado improcedente la correspondiente demanda por considerar erróneamente que se había interpuesto vencido en exceso el plazo de tres meses previsto por el numeral 3 del artículo 541 del Código Procesal Civil contados a partir de haberse producido silencio administrativo negativo.