

**EL PLAZO DE CADUCIDAD ANTE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LOS PROCEDIMIENTOS TRILATERALES**

**Gerardo Soto Carrillo\***

*La normativa actual, establece la inexistencia de un plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa ante una situación de silencio administrativo negativo, ¿Ello implica una situación de indefensión del administrado contrincante en un procedimiento trilateral? ¿Qué se entiende por la técnica del acto administrativo presunto?*

*El autor señala que la normativa vigente, permite situaciones de indefensión de los administrados participantes en un procedimiento trilateral, los cuales no tienen la titularidad para ejercer el silencio administrativo negativo. Sostiene, en el presente artículo, que dicha situación puede corregirse utilizando la técnica del acto administrativo presunto o estableciendo un plazo de caducidad ante el silencio administrativo en procedimientos trilaterales.*

\* Abogado. Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados.

El objetivo del presente trabajo es describir una problemática que ha sido pocas veces tratada por la doctrina, que ha analizado las características del silencio administrativo negativo, particularmente en relación con los plazos para iniciar el proceso contencioso-administrativo.

Se trata de la protección que el plazo de caducidad para presentar la demanda otorga a uno de los administrados que intervino en un procedimiento administrativo trilateral; particularmente aquel que, ante el silencio de la Administración Pública, no tiene la facultad de usar el silencio administrativo negativo.

No es objeto de este artículo analizar las ventajas o desventajas de contar en la legislación con mecanismos de silencio administrativo. Otros estudios han manifestado perspectivas favorables y desfavorables, algunas de las últimas con incidencia en la permanencia de este mecanismo como la búsqueda a fuerza de un acto susceptible de impugnar, propio del contencioso-administrativo de revisión y no del contencioso-administrativo de plena jurisdicción. Nuestro análisis y descripción toma como presupuesto que nos encontramos ante una legislación que ha optado por establecer la técnica del silencio administrativo negativo para permitir que el administrado pueda acceder a la instancia administrativa superior o al proceso contencioso-administrativo.

A lo largo del texto, se usan los términos “proceso contencioso-administrativo” y “proceso administrativo” como sinónimos.

## I. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Cómo cuestionar ante los órganos jurisdiccionales la inactividad de la

Administración ha constituido un problema desde la concepción de la posible revisión de las actuaciones administrativas ante las cortes.

Los distintos trabajos sobre dicho tema reconocen el artículo de Nieto<sup>1</sup> como el inicio de la discusión doctrinaria sobre la relación entre la inactividad de la Administración y el proceso contencioso-administrativo. En dicho artículo se realiza una distinción entre inactividad formal e inactividad material. La primera se produce cuando la Administración no cumple con su deber de resolver una previa petición de un administrado, creándose una relación jurídica entre ellos. La segunda, la inactividad material, es “una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias”<sup>2</sup>.

Hutchinson recoge esta clasificación y la afirmación respecto a que el silencio administrativo es un mecanismo para aliviar la inactividad formal de la Administración<sup>3</sup>. El silencio administrativo negativo no sustituye la decisión administrativa, solamente intentará “aliviar” el problema permitiendo la impugnación, o más propiamente, el acceso a la jurisdicción. De acuerdo al mencionado autor, el silencio administrativo como mecanismo para evitar que la omisión de resolver de la Administración impida su revisión jurisdiccional, fue instaurado en Francia, en el decreto del 28 de noviembre de 1864 y la Ley del 07 de julio de 1900<sup>4</sup>.

Los autores que han tratado el tema se refieren de forma unánime a la creación del silencio administrativo negativo como una garantía a favor del administrado<sup>5</sup>. Normalmente es entendido como una ficción legal que le permite acceder a la instancia administrativa superior (o a la misma si procede un recurso impropio administrativo) o a un proceso jurisdiccional, a nuestros efectos, al proceso contencioso-administrativo; aunque también

<sup>1</sup> NIETO, Alejandro. “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”. En: Revista de Administración Pública 37. 1962. pp. 75-126.

<sup>2</sup> NIETO, Alejandro. Op. cit. p. 80.

<sup>3</sup> HUTCHINSON, Tomás. “La inactividad de la administración y su control”. En: “Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2002. p. 164.

<sup>4</sup> NIETO, Alejandro. Op. cit. Loc. cit.

<sup>5</sup> REAL FERRER, Gabriel. “La inactividad de la administración en la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”. En: “El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo”. 2000. REJTMAN FARAH, Mario. “Impugnación judicial de la actividad administrativa”. Buenos Aires: La Ley. 2000. pp. 81 y siguientes. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ.

es aplicable para otro tipo de procesos, particularmente en el Perú al proceso de amparo.

García de Enterría y Fernández plantean la perspectiva tradicional del silencio administrativo negativo como una “mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a facilitar el acceso de los interesados a la vía jurisdiccional”<sup>6</sup>, no se trata de una forma de conclusión del procedimiento administrativo, y por tanto la Administración mantiene la obligación de resolver de forma expresa.

Ésta ha sido la concepción que ha acogido en el Perú la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>7</sup>. El artículo 188 de dicha Ley señala, respecto al silencio administrativo negativo:

“Artículo 188.- Efectos del silencio administrativo

(...)

3. El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.
4. Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos.
5. El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.

(...)”

Sobre el régimen particular de la Ley de Procedimiento Administrativo se ha mencionado:

“Probablemente la mayor novedad de la Ley, en lo relativo a la terminación del procedimiento

administrativo, reside en el artículo 188 que virtualmente regula el régimen del silencio administrativo, sin perjuicio de otras normas dispersas en la misma Ley que establecen el tipo de silencio aplicable en casos concretos. El citado precepto parte de una concepción del silencio administrativo en función de la modalidad positiva o negativa como haya sido establecido por la norma pertinente. Para la Ley el silencio administrativo negativo es una simple ficción legal de efectos meramente procesales establecidos en beneficio del particular para permitirle el acceso de la impugnación judicial de las decisiones administrativas. El silencio administrativo negativo combate la omisión, el retardo o la demora de la Administración en cumplir su deber de resolver. No es equiparable a un acto administrativo presunto, porque en verdad no se trata de un acto administrativo en sentido desestimatorio, es más bien un hecho al cual la ley le asigna efectos jurídicos que no expresa voluntad alguna de la Administración, carece de sentido en sí mismo si no es para ser impugnado por decisión del administrado”<sup>8</sup>.

No cabe duda entonces que la perspectiva que ha adoptado la Ley de Procedimiento Administrativo General es concordante con aquellos desarrollos teóricos antes descritos, desde los cuales se ha entendido como corolario que la aplicación del silencio administrativo negativo *nunca* puede causar perjuicio al administrado [El énfasis es nuestro.]

Es este corolario (y sus consecuencias) el principal objeto de análisis en el presente trabajo, especialmente en su relación con los plazos de caducidad para el acceso al proceso administrativo tratándose de procedimientos trilaterales.

## II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO Y LOS PLAZOS DE CADUCIDAD

El Código Procesal Civil de 1993 reguló el proceso contencioso-administrativo, bajo la

“Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Madrid: Civitas. 2001. pp. 591 y siguientes. JUAN LIMA, Fernando E. “El silencio administrativo: problemas actuales”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. “Procedimiento y proceso administrativo”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2005.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ. Op. cit. pp. 596–597.

<sup>7</sup> Publicada el 11 de abril de 2001, con vigencia desde el 11 de octubre del mismo año.

<sup>8</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge “Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general”. En: AAVV “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General- Ley 27444”. Lima: ARA. 2001. p. 72.

denominación de “Impugnación de acto o resolución administrativa”. Independientemente de los errores técnicos de dicha regulación, interesa describir los requisitos del acceso en casos de silencio administrativo:

“Artículo 541.- Admisibilidad.- Son requisitos para su admisibilidad que:

(...)

3. Se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producida resolución ficta por silencio administrativo. (...)”

Como se puede apreciar, el Código asumía que el silencio administrativo producía una resolución ficta, señalando además un plazo de caducidad de tres meses<sup>9</sup>. Se trataba de una perspectiva técnicamente errónea del silencio administrativo negativo, ya que – como se ha descrito – éste no produce un acto presunto, sólo es una ficción que permite al administrado impugnar y acceder a la jurisdicción<sup>10</sup>.

Este régimen fue modificado mediante la Ley 26810, publicada el 18 de junio de 1997, con el texto siguiente:

“(…) 3. Se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero. En los casos que se produzca silencio administrativo de conformidad con las normas pertinentes, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier momento.”

La modificación fue alabada, adoptando los criterios expuestos por la doctrina que ya hemos descrito y concluyendo que:

“La producción del silencio administrativo jamás puede determinar el inicio del cómputo de los plazos para interponer la correspondiente demanda ante el Poder Judicial. La virtual inexistencia de plazos para que el particular interponga demanda contra la Administración ante el Poder Judicial en caso de producirse silencio administrativo negativo no atenta en modo alguno contra el principio de seguridad jurídica, el que más bien es violentado cuando es la propia Administración Pública la llamada a garantizarlo, la que no cumple con el deber de resolver los procedimientos administrativos llevados a su conocimiento dentro de los plazos establecidos por la ley”<sup>11</sup>.

Posteriormente dicha apreciación será cuestionada, en su aplicación al caso específico de los procedimientos trilaterales.

En el año 2000, el Código Procesal Civil volvió a modificarse en este extremo. La Ley 27352, publicada el 09 de octubre de 2000, regresó a la idea original del Código pero con una reducción sustancial del plazo para acceder al proceso contencioso-administrativo, con el texto siguiente:

“(…) 3. Se interponga dentro de los treinta (30) días de notificada la resolución impugnada de acuerdo a Ley, o en el mismo plazo, producido el silencio administrativo de conformidad con los dispositivos vigentes.”

Si bien el nuevo texto no reproduce la referencia a “resolución ficta” incluida en el texto original del Código Procesal Civil, en la práctica el efecto era idéntico, pues se expresaba la existencia de un plazo (de caducidad) ante la producción del silencio administrativo.

<sup>9</sup> Aunque el Código Procesal Civil no calificó expresamente el plazo como uno de caducidad, así lo entendió la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana. Por ejemplo, la Sentencia de Casación 229-95-CALLAO (publicada el 14 de mayo de 1998) en la cual se señaló: “Segundo.- Que el plazo contemplado en el inciso 3 del artículo 541 del Código Procesal Civil para la impugnación de una resolución administrativa es uno de caducidad.” A su vez, la Sentencia de Casación 2082-98-HUAURA (publicada el 16 de marzo de 1999) manifestó: “Segundo.- Que, el plazo de caducidad de la acción contenciosa administrativa es de tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producido el silencio administrativo de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 541 del Código Procesal Civil.”

<sup>10</sup> Danós da cuenta de una ejecutoria de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de 1995, la cual consideró que dado que la normativa sobre procedimientos administrativos establecía al silencio negativo como una facultad del administrado, éste podía interponer en cualquier momento la demanda contencioso-administrativa. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración”. En: *Ius et Veritas*. 1996. p. 229.

<sup>11</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones que ‘causan estado’”. En: *Revista de la Academia de la Magistratura*. 1998. p. 219.

En octubre de 2001, otra vez, el régimen cambia, no ya con una modificación del Código, sino con la entrada en vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Como ya hemos señalado, el numeral 5 de su artículo 188 dispone que “El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación”.

En julio de 2001 se publicó el “Proyecto de ley que regula el proceso contencioso administrativo”, elaborado por una comisión de expertos nombrada por el Ministerio de Justicia. En dicho proyecto se estableció de manera expresa, en concordancia con el régimen de la Ley de Procedimientos Administrativos que ante el silencio administrativo (no se distingue entre negativo o positivo) no se computa plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa<sup>12</sup>.

Sin embargo, el texto de la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo)<sup>13</sup>, señaló un plazo para interponer la correspondiente demanda ante supuestos de silencio administrativo. De esta manera, su artículo 17 señaló:

“Artículo 17.- Plazos.

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

(...)

3. Cuando se produzca silencio administrativo, inercia y cualquier otra

omisión, el plazo para interponer la demanda será de seis meses computados desde la fecha que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado.

(...)

Cuando la pretensión sea planteada por un tercero al procedimiento administrativo que haya sido afectado con la actuación administrativa impugnada, los plazos previstos en el presente artículo serán computados desde que el tercero haya tomado conocimiento de la actuación impugnada.

Los plazos a los que se refiere el presente artículo son de caducidad.”

El texto original de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo estableció entonces un plazo de caducidad en casos de silencio administrativo, al igual que lo hizo la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España en 1998<sup>14</sup>, y su antecesora de 1956.

Los efectos del vencimiento del plazo de caducidad son de una intensidad mayúscula<sup>15</sup>, al impedir que se inicie cualquier otro proceso judicial (no se restringe a otro proceso contencioso-administrativo) sobre la actuación impugnada respecto de la cual venció el plazo<sup>16</sup>. Ello incluye, desde una perspectiva estructural de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, a un eventual proceso contra la Administración, solicitando indemnización por daños y

<sup>12</sup> El Proyecto fue publicado como separata especial del diario oficial “El Peruano” el 05 de julio de 2001. Su Exposición de Motivos hizo expresa referencia al régimen de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales en este rubro: “El numeral 3) señala expresamente que en los casos de inercia o silencio no se computa el plazo para interponer la demanda conforme a la naturaleza del silencio administrativo negativo, que como se sabe constituye una técnica de garantía para el particular frente a la inactividad formal de la administración que opera siempre en beneficio del particular y jamás a favor de la administración. Por tanto, al constituir el silencio administrativo negativo una figura de ejercicio opcional para el particular quien puede optar por formular la demanda judicial, o en su defecto, esperar por tiempo indeterminado el pronunciamiento expreso de la administración pública pertinente, no cabe el cómputo de plazos para acudir al contencioso-administrativo porque se le estaría otorgando a la administración pública una posición más ventajosa con relación a los particulares que si hubiere cumplido con su deber legal de resolver. Esta regla es también concordante con lo establecido en el Artículo 188.5 de la nueva Ley 2744[4] de Procedimiento Administrativo General conforme al cual “el silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación”.

<sup>13</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 07 de diciembre de 2001, con vigencia desde el 17 de abril de 2002.

<sup>14</sup> Ley 29/1998 del 13 de julio de 1998.

<sup>15</sup> “El principio jurídico que se relaciona con la caducidad del recurso contencioso es la perentoriedad pero con esta diferencia: la caducidad hace perder un derecho de fondo mientras que la perentoriedad afecta a una secuela procesal.” FIORINI, Bartolomé A. “Qué es el contencioso”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997. p. 264.

<sup>16</sup> Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo:

perjuicios derivados de la incorrección de la actuación impugnada.

Por último, el Decreto Legislativo 1067<sup>17</sup> modificó diversos artículos de dicha Ley, incluyendo el numeral 3 del artículo 17, de acuerdo al siguiente texto:

“Artículo 17.- Plazos.

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

(...)

3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 5 del artículo 188 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso. Cuando se trate de inercia o cualquier otra omisión de las entidades distinta del silencio administrativo negativo, no se computará plazo para interponer la demanda”<sup>18</sup>.

Por ello, en la actualidad la regulación vigente, al hacer remisión al artículo 188.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, ha eliminado el plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso-administrativa, en los casos en que ha operado el silencio administrativo negativo.

A modo de resumen, presentamos en el siguiente cuadro la evolución del tratamiento legislativo de los plazos de caducidad

para plantear la demanda contencioso-administrativa ante supuestos de silencio administrativo negativo, en comparación con los plazos de caducidad para impugnar actos expresos, desde la vigencia del Código Procesal Civil de 1993:

**Tabla 1: Plazos de caducidad en el proceso contencioso-administrativo desde 1993**

Norma	Acto expreso	Silencio administrativo	Vigencia
Código Procesal Civil (C.P.C.)	Tres meses	Tres meses de producido el silencio	28 de julio de 1993
C.P.C. modificado por Ley 26810	Tres meses	No se computa plazo	19 de junio de 1997
C.P.C. modificado por Ley 27352	30 días hábiles de notificado	30 días hábiles de producido el silencio	10 de octubre de 2000
LPAG <sup>19</sup>	-----	No se computa plazo	11 de octubre de 2001
LPCA <sup>20</sup>	Tres meses	Seis meses de producido el silencio	17 de abril de 2002
LPCA modificada por D.Leg. 1067	Tres meses	No se computa plazo	29 de junio de 2008

En sede nacional no se ha cuestionado la constitucionalidad de los plazos de caducidad generales establecidos para el proceso contencioso-administrativo. García Pullés<sup>21</sup> da cuenta de la discusión doctrinaria en Argentina, finalmente terminada por una sentencia de la Corte Suprema de dicho país en 1995. En palabras de dicho autor: “Allí se sostuvo que esos plazos constituyen una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública, que es consecuencia del régimen exorbitante del Derecho privado que impera en la relación *ius* administrativa y que la limitación que importan no es susceptible de impugnación constitucional.”<sup>22</sup>.

En verdad, de acuerdo a la legislación peruana, sería extremadamente particular considerar

“Artículo 21.- Improcedencia de la demanda. La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

(...) 2. Cuando se interponga fuera de los plazos exigidos en la presente Ley. El vencimiento del plazo para plantear la pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con respecto a la misma actuación impugnada. (...)”.

<sup>17</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008.

<sup>18</sup> A la fecha, la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo y sus modificaciones han sido incluidas en un texto único ordenado aprobado por el Decreto Supremo 13-2008-JUS, que ha variado la numeración original de sus artículos.

<sup>19</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General.

<sup>20</sup> Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

<sup>21</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando. “Tratado de lo contencioso administrativo”. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi. 2004. p. 501 y siguientes.

<sup>22</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando. Op. cit. p. 522.

inconstitucional, los plazos de caducidad para el acceso al proceso administrativo, debido a que nuestra legislación de procedimiento administrativo establece plazos de caducidad aún menores para interponer el recurso de apelación o revisión. Según la Ley de Procedimiento Administrativo General, de no impugnarse un acto administrativo dentro del plazo, el mismo adquiere la calidad de firme, no siendo susceptible de posterior impugnación administrativa ni judicial<sup>23</sup>.

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido este régimen, incluso respecto de la legislación de procedimientos administrativos previa a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Así, en su sentencia del 05 de noviembre de 1998, dentro de un proceso de amparo presentado por un usuario del servicio telefónico contra la empresa concesionaria y el regulador del sector, el Tribunal señaló que, debido a que se habían vencido los plazos para impugnar en la vía administrativa, se consintió la decisión inicial. Dichos plazos eran de quince días, tanto para interponer recurso de reconsideración, como recurso de apelación<sup>24</sup>.

Con mayor énfasis se pronuncia en la sentencia del 24 de marzo de 2004, ya con la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General, señalando "(...) este

Tribunal debe recordar que la no impugnación administrativa dentro del plazo señalado por la ley tiene el efecto de generar la cualidad de cosa decidida, tornando inimpugnable la decisión, ya sea en la misma vía administrativa, si ese fuera el caso, ya sea en sede judicial"<sup>25</sup>.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional no considera inapropiado –ni muchos menos inconstitucional– la existencia o duración del plazo de caducidad para impugnar dentro de la vía administrativa, plazo que en la actualidad es de quince días hábiles según la Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>26 27</sup>.

Parece muy poco probable, entonces, un cuestionamiento de inconstitucionalidad del plazo de tres meses para interponer la demanda contencioso-administrativa, señalado en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

En el año 2006 el Ministerio de Justicia, por Resolución Ministerial 026-2006-JUS<sup>28</sup>, constituyó una comisión de expertos con la finalidad de proponer modificaciones a la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. El 29 de julio de 2006 se publicó en el diario oficial la Resolución Ministerial 336-2006-JUS ordenando que el proyecto elaborado por la Comisión y

<sup>23</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General "Artículo 212.- Acto firme.

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto."

<sup>24</sup> Expediente 726-96-AA/TC. Señala en su fundamento jurídico segundo: "2. Que, por consiguiente, y a efectos de acreditar las condiciones de procedibilidad de la presente acción o, en su caso, la legitimidad o no del petitorio formulado, debe empezar por señalarse que para el presente caso resulta de aplicación el artículo 27 de la Ley 23506, toda vez que, si conforme al artículo 7 de la Resolución 007-94-OSIPTEL el demandante tenía quince días hábiles para interponer su Recurso de Reconsideración o, en su defecto, el de apelación, no ha debido presentar su medio impugnatorio con fecha dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco (fojas cinco) si desde el doce de junio de mil novecientos noventa y cinco la demandada, esto es, Telefónica del Perú, le había informado mediante carta respecto de la desestimación de su reclamo. El haber recurrido fuera de término supone, por consiguiente, haber dado por consentido lo resuelto previamente por la emplazada y, al mismo tiempo, dejar de lado la antes citada regla de las vías previas como requisito de acceso al proceso constitucional."

<sup>25</sup> Expediente 0858-2003-AA/TC. Puede verse también la sentencia del 1 de diciembre de 2012 emitida en el expediente 4936-2009-PA/TC.

<sup>26</sup> Ley de Procedimientos Administrativos Generales "Artículo 207.- Recursos administrativos.

207.1 Los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración. b) Recurso de apelación. c) Recurso de revisión. 207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días."

<sup>27</sup> El plazo es el mismo que el establecido en la legislación previa a la Ley de Procedimientos Administrativos Generales, recogida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo 02-94-JUS.

<sup>28</sup> Publicada el 27 de enero de 2006.

su Exposición de Motivos fuera publicado en la página web institucional para que la ciudadanía pudiera efectuar comentarios y sugerencias.

La propuesta de la Comisión, en lo relacionado con el tema de este trabajo, fue la siguiente:

“Artículo 17.- Plazos.

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, inercia o cualquier otra omisión de las entidades, podrá incoarse en cualquier momento, hasta que se produzca el acto expreso de la entidad. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso. (...)”

La Exposición de Motivos del proyecto sustentó la propuesta señalando:

“Respecto a los plazos para interponer la demanda, la Comisión consideró necesario incorporar las siguientes modificaciones (artículo 9)

- En los incisos tercero y cuarto se hace la distinción del plazo según se trate del silencio administrativo negativo o del positivo. Cuando se impugna el silencio negativo, de la mano con la posición constitucional establecida por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, el afectado podrá incoar el proceso en cualquier momento, hasta que se produzca el acto expreso de la entidad. En caso la entidad notifique la decisión extemporáneamente, carece

de eficacia para el administrado, pero si el acto expreso fuera producido antes de la notificación con la demanda, el órgano jurisdiccional procederá conforme a la ampliación de la demanda prevista en el artículo 16, incorporando el acto expreso en el proceso.

- Cuando un tercero afectado por el silencio positivo obtenido por otra administrados, puede presentar la demanda en el plazo regular sólo que el plazo se contará a partir del momento en que los legitimados tuvieron conocimiento de la estimación presunta”.

Como se puede apreciar, la propuesta de la Comisión fue acogida por el Decreto Legislativo 1067 que modificó la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, en el sentido de establecer que, para casos de silencio administrativo negativo, el administrado legitimado para impugnar ante dicho silencio no tiene plazo de caducidad alguno.

Ante dicho escenario normativo y doctrinario, que no considera excepciones para casos de procedimientos administrativos trilaterales, resulta importante analizar las consecuencias particulares de la inexistencia de un plazo de caducidad en relación con este último tipo de procedimiento.

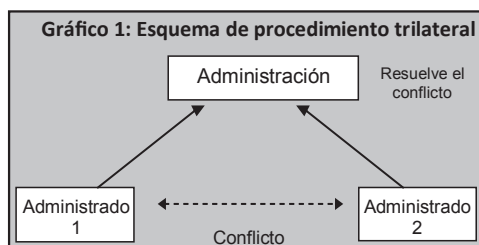
### III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

Un procedimiento administrativo trilateral o triangular es aquel en el cual la Administración debe decidir sobre un conflicto entre dos administrados. Las materias, normalmente, estarán relacionadas con un interés público que el Estado ha reconocido<sup>29</sup>, interés público que legitima su intervención administrativa en el conflicto. La decisión que emitirá la Administración favorecerá el interés de uno de los administrados a la vez que perjudicará

<sup>29</sup> De otra manera, el conflicto sería resuelto por el Poder Judicial de manera originaria. En el Perú, Martín y Morón han señalado, por separado, la relación de la materia en conflicto con el interés público. MARTÍN TIRADO, Richard. “El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general”. En: AAVV “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley 27444. Segunda Parte”. Lima: ARA. 2003. pp. 461-495; MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los procedimientos trilaterales”. En: AAVV “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley 27444”. Lima: ARA. 2001. pp. 327-339.



el interés del otro<sup>30</sup>. Este esquema se plantea en el Gráfico 1:



No considero un procedimiento administrativo trilateral a aquel que en alguna de sus etapas tiene como una de las “partes” a una Administración que ha actuado en el procedimiento (normalmente como primera instancia) bajo sus potestades de Derecho Público. No es pertinente a efectos de este trabajo profundizar en este punto específico.

La Ley de Procedimiento Administrativo General ha establecido reglas generales para el procedimiento administrativo trilateral, y lo ha definido en su artículo 219:

“Artículo 219.- Procedimiento trilateral

1. El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de

la administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la presente Ley. (...)”

La última remisión de la norma se refiere a los casos en los cuales personas jurídicas de derecho privado prestan servicios públicos o ejercen funciones administrativas, las cuales son consideradas, a efectos de la Ley de Procedimientos Administrativo General, como “entidades” de la Administración Pública<sup>31</sup>. Como una de las características importantes se encuentra la reducción de la intensidad de la actividad probatoria a la que la Administración se encuentra obligada, a fin de no sustituir la carga de la prueba que le corresponde a las partes. La Ley de Procedimientos Administrativo General lo establece como una atenuación del denominado principio de “verdad material”<sup>32</sup>.

Cabe también señalar que la Ley 29060 –Ley del Silencio Administrativo– establece como uno de los supuestos de aplicación del silencio administrativo negativo el caso de los procedimientos administrativos trilaterales<sup>33</sup>. Ello incluye a todas las etapas de dicho procedimiento, incluyendo la etapa de impugnación en vía administrativa.

Estos planteamientos básicos son suficientes a nuestros efectos, debiendo enfatizar el hecho

<sup>30</sup> Sobre este tipo de procedimiento se ha señalado: “Ocurre, en efecto, que en ocasiones el procedimiento administrativo, que normalmente presenta una fisonomía lineal –la Administración es al mismo tiempo juez y parte–, adopta un aspecto triangular –la Administración aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida.” GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. En: Revista de estudios de la vida local. 1981. p. 432.

<sup>31</sup> Lo cual no las “transforma” en Administración Pública, sólo implica la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales a sus procedimientos.

<sup>32</sup> Ley de Procedimientos Administrativos Generales: “Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

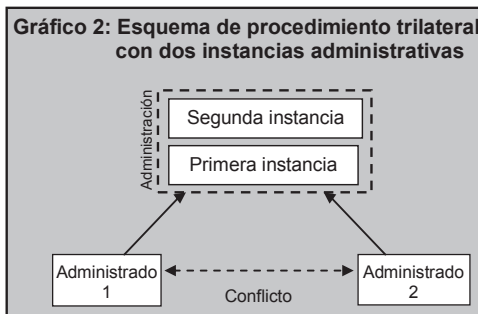
1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley; aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

<sup>33</sup> Ley 29060: Primera Disposición Transitoria: “Silencio administrativo negativo.- Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. (...)”.

que en un procedimiento administrativo trilateral lo que se decida por la Administración a favor del interés de un administrado será a la vez un perjuicio o afectación al interés del administrado contrincante.

#### IV. EL CASO PARTICULAR: EL ADMINISTRADO A CUYO FAVOR SE DICTÓ UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA IMPUGNADA DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

Con los breves datos proporcionados en las secciones anteriores, es momento de describir el caso particular, pero en modo alguno infrecuente, de un procedimiento administrativo trilateral en el cual la Administración tiene dos instancias. Se accede a la segunda instancia a través de un recurso de apelación en la vía administrativa. Este esquema se muestra en el Gráfico 2:



Examinemos este escenario: el Administrado 1 inicia un procedimiento trilateral ante la Administración, en el cual solicita se declare que el Administrado 2 le debe cierta cantidad de dinero. Aunque parezca algo extraño, este supuesto es bastante frecuente en controversias iniciadas por empresas de servicios públicos demandando a otras por el pago de cargos de acceso u otro tipo de retribuciones por uso de su red o infraestructura, o por el suministro de determinado servicio. El tema es más claro en pagos por concepto de cargos de interconexión en el sector de telecomunicaciones.

El ejemplo monetario ha sido elegido debido a que presenta de una forma explícita el problema que se generará, aunque el análisis es aplicable a otro tipo de pedidos, por ejemplo, la solicitud de uno de los administrados a la Administración a fin de ordenar a otro administrado que cese una actividad que perjudica al primero.

Regresando al ejemplo, el Administrado 1 inició el procedimiento administrativo trilateral, en el cual se ofrecieron y actuaron los medios probatorios pertinentes, y posteriormente se emitió decisión de primera instancia administrativa totalmente a favor del Administrado 2. Ante dicha circunstancia, el Administrado 1 apela dentro del plazo, a fin que la segunda (y última) instancia administrativa revoque la decisión de primera instancia.

Se produce aquí el problema: el órgano de segunda instancia administrativa no resuelve. Como se ha descrito, los procedimientos trilaterales, aun en su etapa recursiva, se sujetan al régimen del silencio administrativo negativo.

El Administrado 1 se verá, considerando la mejor doctrina sobre el silencio administrativo y el régimen hoy vigente –que ya hemos descrito–, ante dos alternativas: (i) esperar el pronunciamiento de la segunda instancia administrativa o (ii) proceder a iniciar judicialmente el proceso administrativo en cualquier momento, sin restricción de plazo. Puede, a su libre albedrío, esperar el pronunciamiento de la segunda instancia administrativa o interponer la demanda contencioso-administrativa en cualquier momento.

No obstante este régimen genera una importante afectación al Administrado 2, que obtuvo una decisión favorable en la primera instancia administrativa.

Imaginemos que el Administrado 1 ha optado por esperar el pronunciamiento de la segunda instancia administrativa, ya que su poder financiero hace que lo que espera cobrar del Administrado 2 le sea poco apreciable, y la espera no lo daña financieramente.

A su vez, el Administrado 2 –a cuyo favor se pronunció la primera instancia administrativa– tiene una contingencia importante, dado que para él, lo que el Administrado 1 le pretende cobrar sí constituye un monto porcentualmente sustancial de su capital. Esta contingencia le hace difícil conseguir créditos y establecer garantías frente a terceros. Ante ello, con la convicción que le asiste el derecho de fondo, el Administrado 2 busca un mecanismo para que la incertidumbre acabe definitivamente.

Aún más, asumamos que estos administrados compiten en el mercado. El Administrado 1 conoce del problema de su contraparte y por tanto, le beneficia la incertidumbre, pues posiblemente la última saldrá del mercado. Compara una eventual pérdida financiera de no cobrar (sólo en el supuesto que crea que tiene razón sobre el fondo del conflicto) con las ganancias que recibirá por la salida del mercado de su competidor<sup>34</sup>.

¿Qué mecanismo puede utilizar el administrado respecto del cual ya la Administración –en primera instancia– ha resuelto a su favor?

El abogado del Administrado 2 se encuentra ante una paradoja. La Administración se ha pronunciado a favor de su cliente, pero dicha decisión fue apelada por el Administrado 1. Como el Administrado 2 no apeló (no podía, ya que al ser la decisión a su favor, carecía del agravio que legitimara su impugnación), no tiene la opción de esperar el pronunciamiento de la Administración (que no solicitó) y por tanto tampoco puede acceder al proceso administrativo.

Cuando converse con sus abogados conocidos, especialistas en derecho administrativo, éstos le explicarán que el sistema es perfectamente concordante con la doctrina más avanzada y unánime sobre la aplicación del silencio administrativo negativo.

Ha quedado así planteado el problema central, posteriormente se describirá alguna extensión de este ejemplo, con prácticamente los mismos resultados.

## V. PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL PLAZO DE ACCESO AL PROCESO ADMINISTRATIVO EN CASOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

En uno de los primeros rubros describimos muy brevemente la doctrina imperante

sobre la aplicación del silencio administrativo negativo, de la cual se deriva el impedimento del cómputo de plazos para el acceso al proceso administrativo, respecto de aquel administrado que impugnó en vía administrativa.

El análisis del tema ha sido desarrollado por diversos especialistas en España, país en el cual la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 y la vigente Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998, contienen plazo para acceder al proceso administrativo en caso de silencio administrativo negativo<sup>35</sup>.

La Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 estableció dos reglas: (i) una general, con plazo de un año desde que se configuraba la denegación presunta, aplicable a todas las peticiones y recursos, salvo el de reposición y (ii) una especial, aplicable al recurso de reposición, con plazo de un año desde la interposición de dicho recurso<sup>36</sup>. Para la aplicación de la regla general era necesario que hubieran transcurrido tres meses de la interposición del pedido o recurso, que el interesado denuncie la mora y además esperar otros tres meses. González Pérez, en un artículo de 1965, señala que con la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se eliminaron estos trámites para el recurso de apelación, pero que ello no varió el plazo de acceso al contencioso-administrativo, siendo aplicable la regla general antes descrita<sup>37</sup>. En dicho trabajo no se critica la existencia de plazos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa ante supuestos de silencio administrativo negativo, se limita a afirmar la aplicación de la regla general descrita a los casos de recursos de apelación respecto de los cuales se configura el silencio.

García de Enterría sí se refiere al asunto en un artículo del mismo año<sup>38</sup>, aunque

<sup>34</sup> Asumimos que el Administrado 1 actúa de buena fe, bajo la convicción de que, ante una revisión imparcial, se resolverá el conflicto a su favor. Sin embargo, la situación será más interesante si el Administrado 1 tiene la creencia contraria, y actúa estratégicamente utilizando el mecanismo del silencio administrativo negativo para impedir el acceso a la jurisdicción de su contrincante.

<sup>35</sup> Régimen materialmente dejado sin efecto por diversas sentencias del Tribunal Constitucional de España, como posteriormente se describirá.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de recurso de alzada". En: *Revista de Administración Pública*. 1965. p. 242.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p. 246.

enfocándolo desde la perspectiva de la “resolución expresa tardía”, aquella que es emitida por la Administración luego de vencido el plazo que tenía el administrado para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa ante el silencio. Su conclusión es que dicha decisión expresa es válida y reabre un nuevo plazo de acceso al proceso, aquel aplicable a las decisiones expresas. El autor critica una tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo español que consideraba inadmisibles las demandas contencioso-administrativas contra denegaciones expresas emitidas por la Administración luego de vencido el plazo que tenía el administrado para impugnar judicialmente ante el silencio.

Los principales argumentos del Tribunal Supremo eran los siguientes: (i) carácter improrrogable de los plazos, (ii) al no haber impugnado el particular la denegación por silencio, se consintió la denegatoria ficta o tácita y (iii) el transcurso del plazo que originó el silencio produjo una resolución administrativa tácita, que impide a la Administración resolver posteriormente sobre el asunto.

La crítica del autor es certera y contundente. El silencio negativo no produce un acto tácito o ficto susceptible de ser consentido, por tanto no puede devenir en firme ni definitivo. Se trata sólo de una ficción legal que permite al administrado, si así lo desea, usarlo en su favor para obtener posteriormente una decisión administrativa o revisar la que se hubiera emitido en primera instancia<sup>39</sup>.

Desde una perspectiva parecida, Fernández<sup>40</sup> propone una solución a la antinomia existente entre las características del silencio administrativo y la existencia de los plazos

en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, particularmente referida al caso de un acto administrativo emitido (acto inicial) y cuya impugnación en vía administrativa no fue resuelta y generó el silencio negativo. Nótese que se trata del caso de nuestro ejemplo, pero bajo un procedimiento lineal o bilateral, no trilateral. El análisis –indudablemente correcto– señala que dicho acto inicial no queda firme ni consentido en momento alguno, dado que el silencio negativo respecto de su impugnación en vía administrativa no genera acto presunto. La solución implica reconocer que, dado el plazo señalado en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, transcurrido éste no podía iniciarse el proceso contencioso-administrativo directamente; sin embargo, como el acto inicial no es firme todavía, el administrado puede iniciar en vía de petición un nuevo procedimiento, y acceder a través de él a la vía judicial. La visión del autor se centra en señalar que es justamente esa carencia de firmeza del acto inicial la sanción institucional al incumplimiento de la Administración de pronunciarse de forma expresa: “El obstáculo de la limitación de los plazos procesales queda así superado sin que resulte contradicho el precepto legal que lo establece”<sup>41</sup>.

Linde Paniagua, en 1977, da cuenta de la todavía zigzagueante jurisprudencia sobre el tema<sup>42</sup>. El caso planteado por el autor se refiere a la posibilidad que, una vez transcurrido el plazo de un año señalado en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 para acudir al contencioso-administrativo en caso de silencio, el administrado pueda iniciar nuevamente el procedimiento administrativo. El autor se pronuncia de forma favorable. Si

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Sobre silencio administrativo y recurso contencioso”. En: Revista de Administración Pública. 1965. pp. 207-227.

<sup>39</sup> García de Enterría también da cuenta de una tendencia en ese momento originándose, adoptando la buena doctrina y además cita y alaba una sentencia de 1933 que constituía una excepción a la tendencia jurisprudencial criticada. Dicha sentencia señaló “Hay que tomar como base la naturaleza que el silencio administrativo tiene de ser una presunción establecida precisamente a favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes quiso favorecer (...)”; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit. p. 209.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás. “Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios”. En: Revista de Administración Pública. 1967. pp. 277-302.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Op. cit. p. 299.

<sup>42</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. “Silencio negativo y posibilidad de recurrir con arreglo al artículo 58 de la LJCA”. En: Revista de Administración Pública. 1977. pp. 283-286.

bien reconoce que el administrado ya no puede acudir al proceso administrativo, sí podrá formular otra vez la petición ante la Administración, con la posibilidad de generar una decisión expresa o un nuevo silencio que le permita acceder a la jurisdicción. Concluye señalando que debería suprimirse el plazo de acceso a la jurisdicción en casos de silencio administrativo negativo, permitiéndose a los administrados presentar la demanda contencioso-administrativa sin límite de tiempo<sup>43 44</sup>.

García-Trevijano Garnica señala en 1986<sup>45</sup> que los plazos previstos en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 respecto del silencio administrativo “carecen de toda justificación objetiva, y, en aras del mantenimiento de una supuesta seguridad jurídica, distorsionan la esencia misma del silencio, al limitar la posibilidad de impugnar las denegaciones presuntas, sometiéndolas a un plazo que, aunque sea de un año, carece de toda justificación”<sup>46</sup>. Este autor señala que, transcurrido el plazo de un año, el administrado ya no podrá acceder directamente al proceso administrativo, pero sí podrá reabrir un plazo instando la actuación de la Administración, formulando una nueva petición, interponiendo recurso de reposición, si procede el de apelación, o puede incluso esperar el pronunciamiento expreso.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 1988, comentada por González Salinas<sup>47</sup>,

ya adopta la posición de considerar que ante denegatorias presuntas no existe plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa.

Posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se estabilizó, señalando que, con la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, posterior a la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956, no se podía derivar la existencia de un plazo para la vía judicial cuando era la Administración la obligada a resolver de forma expresa<sup>48 49</sup>.

La Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 señala en su artículo 46:

“Artículo 46.1.-

El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. *Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.* (...)” [El énfasis es nuestro].

La evolución legislativa de las normas sobre procedimiento administrativo en España,

<sup>43</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. Op. cit. p. 286.

<sup>44</sup> Una perspectiva análoga es expuesta en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1986. pp. 550-554.

<sup>45</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. “Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo”. En: Revista de Administración Pública. 1986. pp. 31-53.

<sup>46</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Op. cit. p. 48.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ SALINAS, Pedro “Los plazos para impugnar las denegaciones presuntas (Sentencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1988)”. En: Revista Española de Derecho Administrativo. 1988. pp. 267-278.

<sup>48</sup> Según Pérez, las sentencias de 24 de febrero de 1988, 31 de enero de 1989, 04 de mayo de 1990, 24 de mayo de 1990, 22 de marzo de 1997, 19 de julio de 1997, 26 de julio de 1997, 28 de noviembre de 1998, entre otras. PÉREZ ANDRÉS, Eloísa María. “Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo”. En: Revista de Administración Pública 164. 2004. p. 203.

<sup>49</sup> Sin embargo, en un trabajo realizado en 1992, Sainz de Robles señala respecto de los plazos establecidos en la LJCA56 para la impugnación de actos expresos y actos presuntos: “Ateniéndonos a dichos plazos, sería inadmisibles todo recurso interpuesto fuera de ellos. Ciertamente, la letra de la Ley no da lugar a otra solución y a ella se ha atendido la jurisprudencia” SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos. “El llamado ‘silencio administrativo’: un escándalo en el Estado de Derecho”. En: “La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1993 p. 627. El autor es muy crítico de esta situación y, en general, de la técnica del silencio administrativo.

han permitido a sus doctrinarios y tribunales ensayar y aplicar una interpretación particular de la norma transcrita.

Mediante la Ley 30/1992 se aprobó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El texto original de esta ley calificó al silencio administrativo negativo como un acto presunto, respecto del cual el administrado podía obtener una certificación por parte de la Administración<sup>50 51</sup>. Emitida la certificación, la Administración se encontraba impedida de resolver.

Posteriormente, siguiendo las críticas que se habían realizado a este planteamiento, se modificó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante la Ley 4/1999 de 13 de enero<sup>52</sup>. Esta modificación devuelve al mecanismo del silencio administrativo negativo su carácter de ficción legal que posibilita el acceso a la impugnación y a la vía judicial. No se trata ya de un acto administrativo presunto.

Esta serie de eventos legislativos ha llevado a interpretar que la regulación de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 fue establecida en función del texto original de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entendiendo al silencio administrativo negativo como productor de un verdadero acto ficto o presunto, y bajo dicha visión era coherente fijar plazos para el acceso del proceso administrativo. Una vez modificada la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, se debía interpretar la existencia del plazo de manera acorde con la evolución legislativa.

Soriano<sup>53</sup> transcribe buena parte de un auto emitido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del 25 de noviembre de 1999, el cual sigue el esquema lógico descrito. En el considerando segundo de dicho auto se expresa:

“Sin embargo, debe notarse que el citado artículo 46 de la Ley 29/1998 fue redactado teniendo a la vista el régimen de actos presuntos establecido en la redacción originaria, entonces vigente, de los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde (...) se articulaba un procedimiento para la solicitud y emisión de certificación de actos presuntos, en el cual una vez emitida dicha certificación, la Administración debía ya abstenerse de resolver (...). En esa regulación originaria de la Ley 30/1992 el silencio negativo no era ya una mera ficción habilitada por el legislador para dejar expedita la vía de impugnación jurisdiccional, sino un acto de contenido determinado (denegatorio en caso de silencio administrativo negativo) que la Administración no podría luego modificar mediante resolución expresa de signo diferente. (...) Pues bien, con la reforma de la Ley 30/1992 operada por Ley 4/1999, de 13 de enero, ha recobrado pleno vigor aquella ordenación en la que el silencio negativo es una ficción legal que abre la posibilidad de impugnación pero que deja subsistente la obligación de la Administración de resolver (...) en esta nueva ordenación (...) tiene perfecto encaje aquella doctrina jurisprudencial que

<sup>50</sup> PARADA, Ramón. “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)”. Madrid: Marcial Pons. 1993. pp. 175 y siguientes. También PAREJO ALFONSO, Luciano. “El silencio administrativo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”. En: “La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez”. Madrid: Marcial Pons. 1993. pp. 559-586.

<sup>51</sup> Acerca de las tesis sobre la denegación presunta (como acto administrativo particular o como acto administrativo ficticio) -BOQUERA OLIVER, José Ma. “La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto”. En: “La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez”. Madrid: Civitas. 1993. pp. 600 y siguientes.

<sup>52</sup> Sobre el particular: VELASCO CABALLERO, Francisco y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. “La inactividad de la administración en las reformas de la legislación administrativa de 1998 y 1999. Especial referencia al silencio administrativo”. En: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid 2. 2000. pp. 337-370.

<sup>53</sup> SORIANO, José Eugenio. “Silencio administrativo e impugnación jurisdiccional: la resurrección de un Lázaro administrativo”. En: Revista de Administración Pública 151. 2000. pp. 281-286.

citábamos al comienzo de este apartado en virtud de la cual no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su deber de resolver”<sup>54</sup>.

Idéntica perspectiva es adoptada por García de Enterría y Fernández, para quienes el numeral 1 del artículo 46 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 debe interpretarse en el siguiente sentido: (i) no existe plazo en caso de silencio administrativo negativo, ya que éste ha vuelto a ser configurado por la modificación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como una ficción legal y no como un acto presunto y (ii) el plazo sí es aplicable, pero sólo para el caso de silencio administrativo positivo, mecanismo que efectivamente crea un acto presunto<sup>55</sup>.

Una posición equivalente, en tanto señala que el artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 mantiene su aplicación, pero sólo al acto presunto derivado del silencio administrativo positivo es manifestada por Aguado Cudola, exponiendo además que deberían existir ciertos límites a la facultad de aquel que puede utilizar el mecanismo del silencio administrativo negativo, a fin de armonizar la situación con el principio de seguridad jurídica<sup>56</sup>.

Cano describe una jurisprudencia vacilante<sup>57</sup>, haciendo referencia a la ya citada sentencia del 25 de noviembre de 1999, y también a la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha del 10 de febrero de 2003, según la cual el plazo de seis meses del artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 se encuentra vigente y es aplicable al silencio administrativo negativo

si la Administración informó al particular que debía impugnar en el mencionado plazo. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo español del 14 de octubre de 2003 manifestó que si bien el silencio negativo era una ficción legal en beneficio del particular, dicha ficción no podía permanecer indefinidamente, ya que ello violaría el principio de seguridad jurídica<sup>58</sup>.

En octubre de 2003 el Tribunal Constitucional de España emitió la sentencia 188/2003 en un proceso de amparo en el cual se impugnaba la decisión de un Tribunal judicial que había considerado como consentidas decisiones administrativas al no haberse impugnado el acto presunto derivado del silencio administrativo. Un punto debe quedar claro: en esta sentencia no se analiza el plazo de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 para acceder a la jurisdicción en casos de silencio administrativo negativo. En el caso particular, el órgano administrativo de mayor jerarquía había declarado consentidas diversas liquidaciones tributarias al no haberse impugnado ante el silencio administrativo negativo, en más de cinco años, las decisiones administrativas y su recurso de reposición. Contra la decisión expresa de dicho órgano jerárquico, la empresa inicia proceso administrativo, dentro del plazo fijado en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 para impugnar decisiones expresas. El Tribunal judicial acogió la interpretación realizada administrativamente, considerando consentidos los actos presuntos derivados del silencio administrativo negativo.

El Tribunal Constitucional consideró que:

- El contenido propio de la pretensión sustantiva del demandante no obtuvo una decisión judicial como

<sup>54</sup> SORIANO, José Eugenio. Op. cit. 284 -285.

<sup>55</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Op. Cit. pp. 595- 599. Estos autores también dan cuenta de la sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, señalando que a partir de ella los Tribunales contencioso-administrativos han entendido que no existe plazo para acceder al proceso administrativo en casos de silencio administrativo negativo. p. 603.

<sup>56</sup> AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas”. Madrid: Marcial Pons. 2001. pp. 129-133.

<sup>57</sup> CANO CAMPOS, Tomás. “Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir (Un estudio de la normativa vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia Constitucional)”. En: Revista Española de Derecho Administrativo 122. 2004. p. 264.

<sup>58</sup> El trabajo de Cano analiza las posiciones doctrinarias respecto de la aplicación del artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 y dos sentencias del Tribunal Constitucional en casos análogos, una de las cuales se expone a continuación.

consecuencia de considerar que el silencio administrativo generaba actos presuntos consentidos. Se trató de “una resolución judicial impeditiva del acceso a la jurisdicción, pues la confirmación judicial de la caducidad de la acción para recurrir las liquidaciones giradas se ha convertido en un obstáculo insalvable para el recurrente en orden a la consecución de una primera resolución judicial sobre el fondo de sus pretensiones”.

- Respecto del derecho de acceso a la jurisdicción “el principio *pro actione* despliega su máxima eficacia, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad”.
- La caducidad de las acciones constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria, pero “nada impide que adquiera una dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso como consecuencia de un cómputo en el que sea apreciable un error patente, una fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria, o se haya utilizado un criterio interpretativo que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón se revele desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”.
- La doctrina constitucional sobre el silencio administrativo negativo se elabora a fin de garantizar el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, no pudiendo la Administración beneficiarse de su propio incumplimiento de su obligación de resolver. “Si el silencio negativo es una institución creada para evitar los

efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración”. Una posición contraria supondría “una interpretación absolutamente irrazonable desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción, como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional de España simplemente aplica la doctrina relevante para la configuración del silencio administrativo negativo, en la medida que a través de dicho mecanismo no se genera un acto presunto susceptible de ser consentido. La sentencia judicial impugnada en amparo había interpretado la ley de procedimiento administrativo de ese país asumiendo la existencia de un acto presunto, por lo cual, en el proceso contencioso-administrativo no entró al asunto de fondo señalado por el demandante, sólo declaró consentidas las decisiones administrativas. Es a ello a lo que se refiere el Tribunal Constitucional, calificando dicha actuación como una violación al derecho de tutela jurisdiccional efectiva, al no poder el demandante acceder a un pronunciamiento judicial sobre el fondo del tema. Por supuesto, el Tribunal reconoce las exigencias legales de requisitos de procedibilidad, sin embargo en el caso que analizó consideró que no era proporcional la interpretación realizada en la impugnada frente al principio *pro actione*. Fue, entonces, un análisis desde el punto de vista constitucional sobre la configuración del derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

Adicionalmente es pertinente señalar que el procedimiento administrativo tributario del caso no era uno de carácter trilateral.

Esta sentencia ha sido comentada por García-Trevijano Garnica<sup>59</sup>, quien la valora

<sup>59</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. “¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2003, de 27 de octubre, dictada en el recurso de amparo 1497/2000)”. En: Revista de Administración Pública 163.2004. pp. 157-168.



favorablemente<sup>60</sup>, señalando que recoge la configuración correcta del silencio administrativo negativo. Además, el autor analiza las implicancias de dicha sentencia en el artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 que fija el plazo para acceder al proceso administrativo en casos de silencio<sup>61</sup>. Plantea dos alternativas (i) considerar inaplicables las normas que someten a plazo la impugnación de los efectos del silencio administrativo negativo o (ii) entender que permanecen en vigencia y aplicables, sin embargo interpretadas en el sentido de que sólo se trata de opciones al administrado, no pudiéndosele impedir “la utilización de otros instrumentos o argumentos para reabrir plazos”<sup>62</sup>. El autor se inclina por la primera alternativa, concluyendo que la existencia de plazo para acceder al contencioso-administrativo, considerando la existencia de un “acto presunto” fruto del silencio negativo, constituye una violación constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>63</sup>. Dichas normas serían inválidas al ser posteriores a la Constitución Española de 1978.

Un tema importante tratado por García-Trevijano, aunque brevemente, es la situación jurídica de los problemas que se presentan en los procedimientos triangulares. Sus apreciaciones se describirán más adelante.

El 23 de enero de 2004 el Tribunal Supremo español resolvió un recurso de casación en interés de la ley presentado por una entidad administrativa. En su sentencia señala que, con la modificación efectuada por la Ley 4/1999 a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino sólo –nuevamente– de una ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del

interesado.” La sentencia explica la diferencia con el silencio administrativo positivo y concluye que “el supuesto de desestimaciones por silencio negativo ya no puede entenderse comprendido en la previsión del artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo, promulgada en momento en que la Ley 30/1992 sí parecía considerar tales desestimaciones como verdaderos actos y no simplemente como una ficción legal”<sup>64</sup>.

Pérez plantea, comentando esta sentencia, diversos argumentos que derivarían en la derogación del artículo 46.1<sup>65</sup>, si bien reconoce que la sentencia no declara derogado dicho artículo. Parece ésta última una conclusión adecuada, ya que el plazo permanece vigente y aplicable a casos de silencio administrativo positivo, del cual sí se derivan actos presuntos<sup>66</sup>.

En el 2006 el Tribunal Constitucional español emitió una serie de sentencias que, en la práctica, parecen convertir en inaplicable el plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo.

La primera de ellas es la Sentencia 14/2006, del 16 de enero de 2006, mediante la cual la Sala Segunda del Tribunal otorgó amparo constitucional, por cuatro votos contra dos, a comunidades de propietarios de dos edificios que habían solicitado al Municipio de su localidad declarar la nulidad de la licencia de construcción otorgada a una empresa constructora. El Municipio no emitió decisión y luego de más de nueve meses, los propietarios presentan demanda contencioso-administrativa. El Juzgado Contencioso Administrativo emitió sentencia declarando la inadmisibilidad por presentación extemporánea, la cual fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia. Los

<sup>60</sup> Al igual que lo hace CANO. Op. cit. pp. 264 y siguientes.

<sup>61</sup> Señala que sus apreciaciones también son aplicables a otras leyes que establecen plazos para recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>62</sup> GARCÍA-TREVIJANO. Op. cit. p. 166.

<sup>63</sup> Asume la tesis de la invalidez de dichas normas. Por ello, se entiende, no comparte la posición que propone considerar a dichas disposiciones como derogadas.

<sup>64</sup> Extractos incluidos en el artículo de PÉREZ. Op. cit. pp. 207-208.

<sup>65</sup> PÉREZ. Op. cit. pp. 203-207.

<sup>66</sup> Aunque CANO ha planteado algunas dificultades a esta posición, éstas son sólo determinadas por el texto de algunos artículos de la Ley de España. Op. cit. pp. 274 y 275.

propietarios iniciaron un proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La decisión de la mayoría se sustenta en las características doctrinarias del silencio administrativo, en que no se había informado las consecuencias jurídicas del silencio y –otra vez centrando su atención sólo en la posición de la Administración– en el beneficio que obtiene la Administración fruto de su propia irregularidad. Es curioso que en esta sentencia se reconozca que las decisiones judiciales impugnadas implicaban una “interpretación razonada de la normativa aplicable que no puede calificarse de arbitraria”. Aunque seguidamente señale:

“(…) ello no significa que dicha interpretación no suponga una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española, habida cuenta que, si “el canon de constitucionalidad aplicable al presente caso no es el de la arbitrariedad, propio del control de las resoluciones judiciales obstativas del acceso al recurso, sino el de la proporcionalidad, que margina aquellas interpretaciones que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la cuestión a él sometida”, “debemos concluir que la exégesis que aquella incorpora a su fundamentación ha desconocido la obligada observancia del principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción, (...)”.

El voto en minoría de dos magistrados, en el sentido de desestimar la demanda, señaló que la interpretación del artículo 46 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 incluida en decisión de los órganos judiciales no sólo no era arbitraria sino que dicha interpretación “era la única racional y razonablemente posible. (...) De rechazar esa interpretación, el precepto se hace sencillamente inaplicable”.

La empresa constructora fue parte en el proceso de amparo, en el cual señaló la existencia de valores constitucionales como la seguridad jurídica de quien obtiene un acto administrativo favorable “que no puede estar eternamente pendiente de la impugnación de un tercero”.

Sin embargo, ni la posición en mayoría ni la posición en minoría se pronuncian respecto de lo alegado por la constructora. El voto en minoría no se sustenta en la protección de ese otro administrado, reducido en el proceso de amparo a una especie de simple tercero involucrado, cuando era precisamente el análisis de la situación jurídica de éste, lo que configuraba un fundamento distinto y –desde mi perspectiva– concluyente sobre la solución del caso.

Con posterioridad a la sentencia que comentamos se han emitido otras en sentido análogo<sup>67</sup>.

En Argentina, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos<sup>68</sup>, modificada por Leyes 21686 y 25344<sup>69</sup>, también ha establecido plazo para acceder al proceso administrativo:

“Artículo 25.-

La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera:

- a. Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; (...) d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.

Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.

(...)

<sup>67</sup> Por ejemplo, la Sentencia 243/2006 del 24 de julio de 2006 y la Sentencia 186/2006 del 19 de junio de 2006.

<sup>68</sup> Ley 19549, de abril de 1972.

<sup>69</sup> Ley de Emergencia Económica, del año 2000.

## Artículo 30.-

El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica (...) El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas.

Artículo 31.- El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa días de formulado. *Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. (...)* [El énfasis es nuestro].

Como se puede apreciar, la redacción es bastante equívoca, lo que ha dado lugar a que se generen diversas interpretaciones sobre la aplicación del plazo de caducidad a los supuestos de silencio administrativo negativo<sup>70</sup>.

La redacción parece indicar que el plazo de caducidad ante el silencio aparece cuando corresponda promover la reclamación administrativa señalada en el artículo 31, no en casos distintos<sup>71</sup>.

Juan Lima<sup>72</sup> describe las posiciones que al efecto se plantearon en dicho país. Refiere que Gusmán, Cassagne, Perrino, Pozo Gowland y Diez promueven una interpretación –con esfuerzo– según la cual el plazo de caducidad prevista en el artículo 25 de la ley sólo debe

aplicarse ante el rechazo por acto expreso y no cuando se trate de silencio. Por otro lado Bianchi, Monti, Mairal, Mata, Siseles, Vicente y Hutchinson señalan que, aunque sujeto a críticas, el plazo de caducidad es aplicable a supuestos de silencio. Juan Lima señala que, en su opinión, el plazo existe y es de aplicación a casos de silencio administrativo, adicionalmente opina que dicho plazo no es inconstitucional. El legislador optó, ciertamente de forma contraria a la doctrina, pero claramente por el establecimiento del plazo, no encontrándose el administrado en indefensión<sup>73</sup>, ya que conoce las consecuencias (duras pero aplicables) ante su falta de impugnación en caso de silencio administrativo negativo<sup>74</sup>.

En sentido análogo, transcribimos la posición de Monti descrita por Juan Lima:

“(...) sostiene que no es fácil encontrar argumentos que sustenten con firmeza la inconstitucionalidad de la reforma del art. 31, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pues esta norma, dada su naturaleza y su carácter eminentemente público, así como podría establecer términos de prescripción específicos, al margen de los previstos en otros ordenamientos legales, puede también instituirlos indirectamente estableciendo plazos de caducidad para interponer acciones o recursos cuando estén en juego derechos subjetivos o intereses legítimos de naturaleza administrativa (...) no se advierte que estos argumentos puedan alcanzar para desconocer al legislador la posibilidad de establecer un efecto para el silencio como el que se ha instituido en el artículo 31, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, obligando al particular a acudir a sede judicial en el perentorio plazo

<sup>70</sup> Sobre la caducidad en el texto anterior a la modificación realizada por la Ley 25344: CAPUTI, María Claudia y Estela SACRISTÁN. “La caducidad del artículo 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica”. En: Revista Jurídica Argentina. 1997. pp. 70-80.

<sup>71</sup> “Para el cómputo de los plazos (...) Si se trata del silencio de la Administración, en el caso de normas especiales, la que éstas prevean; si no, tiene sesenta días para expedirse. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho; si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración; a partir de este momento la demanda puede interponerse en cualquier momento (artículo 26 en concordancia con el artículo 23 y el 10, luego de la reforma introducida por la Ley 25344). En el caso del silencio frente al reclamo administrativo previsto en el artículo 31 se aplican los plazos del artículo 25 (...)”.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta. “El plazo para la interposición de la demanda en el proceso contencioso-administrativo”. En: Documentación Administrativa 269 y 270. 2004. p. 53.

<sup>72</sup> LIMA, Juan. “El silencio administrativo”. pp. 432-434.

<sup>73</sup> En contra: MATA, Ismael “Los plazos en el procedimiento administrativo”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. “Procedimiento y proceso administrativo”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2005. p. 156.

<sup>74</sup> LIMA, Juan. Op. cit. pp. 437-439.

establecido en el artículo 25, ley 19.549. Podrá discutirse sobre la justicia de esta disposición, pero al entrar al terreno de su posible inconstitucionalidad, cuya declaración, por lo demás, es considerada *ultima ratio* del orden jurídico, no aparecen argumentos suficientemente sólidos<sup>75</sup>.

En un trabajo de 2001, Siseles y Vincenti<sup>76</sup> consideran que la modificación efectuada a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos por la Ley 25344 implica que el administrado, luego de transcurrido el plazo en que la Administración debió responderle, puede decidir cuándo plantear la solicitud de “pronto despacho”; sin embargo, una vez que plantea dicha solicitud debe atenerse al plazo de caducidad previsto ante el silencio de la Administración.

Perrino<sup>77</sup> acepta que la intención del legislador fue clara, estableciendo plazos de caducidad ante el silencio administrativo. No obstante propone una solución interpretativa en la que el plazo sólo se aplique al supuesto de rechazo expreso por parte de la Administración, sustentándose, entre otros argumentos, en la configuración técnica del silencio administrativo negativo.

Una perspectiva similar es adoptada por Diez<sup>78</sup>, plantea que debe interpretarse el artículo 31 confrontándolo con lo señalado en el artículo 26 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos<sup>79</sup>, que

señala que ante el silencio administrativo negativo la demanda puede presentarse en cualquier momento. En tal sentido, el plazo de caducidad “sólo correría cuando la Administración desestime en forma expresa el respectivo reclamo” y no sería aplicable cuando se produzca silencio administrativo<sup>80</sup>. Sin embargo, no parece que la redacción del artículo 31 permita considerarlo aplicable a supuestos de denegatoria expresa por parte de la Administración; por lo cual es discutible que su aplicación se limite justo a tal supuesto.

De manera previa a la modificación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos efectuada por la Ley 25344, no existía plazo para iniciar el proceso administrativo en caso de silencio negativo, ya sea que éste se hubiera generado en vía de petición como en vía de recurso<sup>81</sup>. Las razones son análogas a las señaladas por la doctrina española.

En Perú, ya hemos comentado las variaciones legislativas desde el Código Procesal Civil de 1993. Una vez que se aprobó la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, en su versión original se criticó el establecimiento de un plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo. Danós señaló –correctamente, siguiendo a la doctrina sobre el tema– que el silencio negativo es un mecanismo de garantía del administrado y no una carga para él. Debe ser una facultad para el particular usarlo o no<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> LIMA, Juan .Op. cit. p. 436.

<sup>76</sup> SISELES, Osvaldo E. y Rogelio VINCENTI. “La Ley de Emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo”. En: Revista Jurídica Argentina La Ley .2001. pp.1191 y 1192. Si bien los autores no plantean una posición determinada sobre su constitucionalidad, señalan que las reglas de la ley deben ser examinadas a fin de determinar su compatibilidad con la Constitución de su país y los tratados internacionales suscritos.

<sup>77</sup> PERRINO, Pablo E. “El derecho a la tutela judicial efectiva y el plazo para demandar”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. “Procedimiento y proceso administrativo”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2005. pp. 409 y siguientes.

<sup>78</sup> DIEZ, Horacio Pedro “El plazo de caducidad para demandar al Estado (El Artículo 25 de la Ley N° 19.549)”. En: “Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2002. pp. 246-248.

<sup>79</sup> Artículo 26.- La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.”

A su vez el artículo 10 señala: “El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.”

<sup>80</sup> DIEZ, Horacio Pedro. Op. cit. p. 247.

<sup>81</sup> REJTMAN. Op. cit. p. 86.

<sup>82</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El proceso contencioso-administrativo en el Perú” En: “Derecho Procesal. II Congreso Internacional”. Lima: Universidad de Lima. 2002. p. 380.

Respecto de la aplicación del silencio administrativo negativo, el Tribunal Constitucional del Perú, variando su anterior jurisprudencia, en su sentencia del 06 de agosto de 2002 resolvió a favor del demandante en un proceso de amparo<sup>83</sup>. El proceso fue iniciado por un vocal de corte superior a fin de que se declare inaplicable una resolución administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que le impuso la medida disciplinaria de destitución. Respecto de la resolución administrativa, el demandante había presentado el recurso potestativo de reconsideración, el cual no fue resuelto. Haciendo uso del silencio administrativo negativo, consideró denegado su primer recurso y presentó recurso de apelación, el cual tampoco fue resuelto<sup>84</sup>. La primera instancia judicial en el proceso de amparo declaró fundada la demanda por considerar que al no haberse permitido informar verbalmente en el procedimiento administrativo, ni acceder a una copia de un informe, se afectó su derecho de defensa, debido proceso y tutela jurisdiccional. La segunda instancia revocó, señalando que se había producido caducidad, debido a que la apelación administrativa fue interpuesta seis años después de haber presentado el recurso de reconsideración y no dentro de los treinta días establecidos por ley. En esta situación el caso llega al Tribunal Constitucional.

El Tribunal señala de forma expresa que se aparta de su anterior criterio, según el cual, a efectos del proceso de amparo, si en la vía administrativa se había interpuesto reconsideración o apelación, siempre se configuraba el silencio administrativo negativo, es decir, el administrado no tenía la opción de esperar el pronunciamiento de la Administración. Una vez producido dicho silencio –según el anterior criterio– comenzaba el cómputo del plazo para acudir al proceso de amparo.

Los fundamentos por los cuales el Tribunal Constitucional cambió su posición considerando que el silencio administrativo negativo es un mecanismo optativo para el administrado fueron los siguientes:

- a) El texto de las normas de procedimiento administrativo señalaban que el administrado “podrá” considerar denegado su pedido o recurso. No señalaba una obligación<sup>85</sup>.
- b) La “naturaleza” del silencio administrativo negativo, que se presenta en dos aspectos (i) es un privilegio del administrado y (ii) es una ficción cuyo efecto es permitir la revisión administrativa o jurisdiccional, de forma indefinida, en tanto la Administración no resuelva. El anterior criterio era incorrecto en la perspectiva de estos dos aspectos ya que (i) beneficiaba a la Administración, que había incumplido y (ii) le impone un plazo al particular, plazo que “ninguna norma del cuerpo normativo establece”<sup>86</sup>.
- c) El anterior criterio limitaba irrazonablemente el derecho a la tutela jurisdiccional. “Este derecho fundamental puede verse lesionado si, para acceder a la tutela jurisdiccional, la ley impone exigencias excesivas o irrazonablemente formalistas o, como en el presente caso, se interpreta las existentes u otras relacionadas, en un sentido de apreciación desvariado o desmesuradamente formal, ocasionándose en cualquiera de tales supuestos la imposibilidad del ejercicio de ese derecho fundamental. Considerando que el agotamiento de la vía previa constituye un presupuesto procesal de cuya satisfacción depende el acceso a la tutela jurisdiccional, las normas que la regulan y, en particular, como concierne al caso, las que regulan el sistema recursivo, deben interpretarse de conformidad con el principio *pro actione*”.

<sup>83</sup> Expediente 1003-98-AA/TC. La sentencia fue publicada en el diario oficial “El Peruano” en su edición del 22 de setiembre de 2002.

<sup>84</sup> El procedimiento administrativo se produjo antes de la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales.

<sup>85</sup> Artículo 99 del Texto Único de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, vigente antes de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales.

<sup>86</sup> Tercer fundamento jurídico, numeral 3 literal b), in fine.

- d) Ante diversas interpretaciones debe optarse por aquella de la cual se derive una mejor protección de un derecho fundamental (principio *pro homine*).

El criterio adoptado por la sentencia descrita es correcto, la legislación vigente a dicha fecha no establecía un plazo –y no lo establece hoy– para recurrir al proceso de amparo en casos de silencio administrativo. Sin embargo bastaba con el fundamento expresado en el literal a). El fundamento descrito en el literal b) simplemente describe adecuadamente las características del silencio administrativo negativo, pero el sustento de los literales c) y d) era absolutamente innecesario, pues sólo parece pertinente en presencia de una norma que establezca plazos de caducidad ante silencio. Ese no era el caso del proceso de amparo. No existía, por tanto, norma objeto de interpretación respecto de esta materia específica.

La descripción de la sentencia es pertinente debido a que Maraví<sup>87</sup> señala que, de acuerdo a aquélla, los jueces deberían, en uso del “control difuso de constitucionalidad”, declarar inaplicable el numeral 3 del artículo 17 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, en su versión original que establecía un plazo de caducidad de tres meses. La autora señala que las razones serían las siguientes:

- “Al desnaturalizar el silencio Administrativo negativo se impone una limitación irrazonable al derecho a la tutela jurisdiccional que, obviamente, puede estar limitada por otros plazos de caducidad de las normas procesales. La inconstitucionalidad proviene de la “irrazonabilidad” de la limitación legal.
- No sería razonable darle un tratamiento diferente con respecto al acceso a las acciones de garantía, a la acción contencioso administrativa. En ese sentido, optar por la vigencia del inciso 3 del artículo 17 en lo que se

refiere al silencio, vulneraría también el principio de igualdad”<sup>88</sup>.

Sobre el mismo texto original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, Huapaya<sup>89</sup>, luego de criticar el mecanismo del silencio como garantía, considera la tesis que ante el silencio administrativo negativo no existía plazo de caducidad, entendiéndose (usa el término “propiciándose”) que el numeral 3 del artículo 17 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo había sido derogado tácitamente, aunque no señala cuál sería la norma derogatoria. Manifiesta que no comparte la posición de entender derogado el artículo 188.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo General por el numeral 3 del artículo 17 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, debido a que no se reconocería la “configuración dogmática” del silencio administrativo negativo. Expresa que se trata de una interpretación *pro actione*, siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional peruano antes descrita y en función del principio de tutela judicial efectiva. Establecer un plazo –señala– “comporta producir indefensión en los particulares, quienes deberán atribuir un sentido denegatorio expreso al silencio negativo inmediatamente vencido el plazo para resolver”.

Como vemos, estos planteamientos derivaron en la modificación de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo por el Decreto Legislativo 1067 y que en su versión hoy vigente dispone que ante el silencio administrativo negativo no se computa plazo de caducidad para presentar la demanda contencioso-administrativa.

## VI. APLICACIÓN DE LOS PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS –Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE– A NUESTROS PROBLEMAS

Los planteamientos descritos y la normativa vigente, que establece la inexistencia de un plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa ante una situación de silencio administrativo negativo, contrariamente a sus fundamentos, dejan en indefensión

<sup>87</sup> MARAVÍ SUMAR, Milagros. “Silencio administrativo: el silencio de los culpables”. En: AAVV “Derecho Administrativo”. Lima: Juristas Editores. 2004. pp. 118 y 119.

<sup>88</sup> MARAVÍ SUMAR, Milagros. Op. cit. p. 119.

<sup>89</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo”. Lima: Jurista Editores. 2006. pp. 644- 645 y 879-880.

al administrado contrincante en un procedimiento trilateral. En nuestro ejemplo, se trataba del Administrado 2, respecto del cual incluso se había emitido una decisión administrativa favorable en primera instancia.

Recordemos la situación planteada en el ejemplo:

**Tabla 2: Situaciones jurídicas en el ejemplo original**

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Efectos respecto del silencio negativo
Administrado 1	La decisión le fue totalmente desfavorable	Presentó apelación, que no es resuelta por la segunda instancia administrativa	Siguiendo la doctrina tradicional y la normativa vigente: es titular del derecho a elegir: (i) considerar denegada su apelación o (ii) esperar a la Administración
Administrado 2	La decisión le fue totalmente favorable	(Obviamente) no apela	No tiene opción respecto del silencio, dado que no apeló

Sin duda, el Administrado 2 requerirá al órgano de segunda instancia administrativa a fin que éste cumpla con su obligación de resolver de manera expresa, sin embargo dicho órgano no lo hace. A su vez, ante la insistencia del Administrado 2, el Administrado 1 señalará que es él –y sólo él– el titular de la elección respecto de considerar denegada su apelación, a fin de llevar el caso a la vía judicial. Si le conviene, como hemos expuesto, esperará el pronunciamiento de la Administración –que no llegará por ineficiencia o corrupción– con el objetivo que el Administrado 2 –su competidor– no pueda soportar financieramente la contingencia y salga del mercado.

¿Por qué es posible que la doctrina del silencio administrativo negativo pueda derivar en tales consecuencias? Lo que ocurre, desde mi perspectiva, es que dicho mecanismo tiene sus limitaciones. Funciona correctamente, como hemos descrito, en procedimientos en los cuales un particular se encuentra directamente ante la Administración, sin otro particular con posición contraria. Ante este supuesto –mayoritario– el mecanismo tiene gran y reconocida utilidad.

Para Sainz de Robles, este “tercero” que participa en el procedimiento (en nuestro ejemplo el Administrado 2) no se ve perjudicado de manera alguna. Señala que si el legitimado para considerar denegado su pedido o recurso no inicia el proceso, el “tercero” permanece en la situación anterior a la petición (o recurso). Cuando la Administración hubiera emitido acto expreso de primera instancia, el “tercero” gozará de la situación que dicho acto le otorgue, aun con la provisionalidad que se genera, “su defensa radica en la posibilidad de intervenir en el proceso que suscite este último (el administrado titular del silencio negativo). Es suficiente para garantizar su derecho a la tutela judicial plena y eficaz”<sup>90</sup>.

Discrepo de tal afirmación. Nuestro ejemplo original presenta una situación en la cual lo señalado por el autor no se produce; el “tercero” es el perjudicado directamente por la espera, a la vez que quien inició el procedimiento se ve beneficiado con ella, y es sólo éste quien tiene a su disposición el mecanismo que permite acceder al proceso judicial (el silencio administrativo negativo).

Recordemos que un punto que los análisis doctrinarios y jurisprudenciales mantienen en común, es el argumento que el silencio administrativo negativo no puede favorecer a la Administración que incumplió con el plazo<sup>91</sup>, impidiendo –utilizando dicho mecanismo– la revisión jurisdiccional de las actuaciones administrativas.

Sin embargo, este argumento es de dudosa aplicación en casos de procedimientos trilaterales. Si seguimos tal afirmación, con la finalidad de ver que la Administración “no se beneficie”, privamos a uno de los administrados del derecho a llevar el caso a la vía judicial, o incluso de su derecho a que se resuelva el caso en la última instancia administrativa.

Ciertos autores han apreciado la problemática que se expone, aunque no necesariamente desde la perspectiva del procedimiento trilateral.

<sup>90</sup> SAINZ DE ROBLES. Op. cit. p. 628.

<sup>91</sup> Todos –o casi todos– los autores y jurisprudencia citados han señalado que era inadecuado favorecer a la Administración por su propio incumplimiento del deber de resolver.

Ya en 1972 González Pérez destacaba la situación de aquellos interesados que no iniciaron el procedimiento administrativo<sup>92</sup>. Divide su análisis respecto de los procedimientos iniciados de oficio en comparación con los iniciados a solicitud de parte. En estos últimos la situación de los terceros interesados –que sí participan en el procedimiento<sup>93</sup>– es desfavorable en el sentido que “Así como el que inició el procedimiento puede, si lo desea, considerar desestimada su petición, en los plazos y con los requisitos que la Ley prevé para que se produzca el silencio administrativo, los demás interesados no tienen otra opción que esperar pacientemente a que se dicte la resolución expresa”<sup>94</sup>.

Esto nos da la oportunidad de presentar el segundo ejemplo, que tendrá una problemática equivalente que la del ejemplo original. Imaginemos el mismo conflicto de fondo, el Administrado 1 inicia el procedimiento trilateral a fin que se reconozca que el Administrado 2 le debe una suma dineraria y se ordene el pago. Las variaciones: (i) las reglas especiales del procedimiento administrativo que se trata, señalan que la apelación de la decisión de fondo de primera instancia tiene efecto suspensivo y (ii) la decisión de primera instancia fue totalmente favorable al Administrado 1. Como es de esperarse, el Administrado 2 apela, logrando

con ello suspender la ejecución del acto recurrido, que le es desfavorable.

Esta última situación también es posible, aun cuando no exista la regla de efecto suspensivo del recurso, si la legislación permite, como lo hace la Ley de Procedimiento Administrativo General, que un órgano administrativo decida suspender la ejecución del acto<sup>95</sup>.

Resumimos entonces las situaciones generadas en este segundo ejemplo:

**Tabla 3: Situaciones jurídicas en el ejemplo 2**

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Efectos respecto del silencio negativo
Administrado 1	La decisión le fue totalmente favorable	(Obviamente) no apela	No tiene opción respecto del silencio, dado que no apeló
Administrado 2	La decisión le fue totalmente desfavorable	Presentó apelación, que tiene efecto suspensivo y que no es resuelta por la segunda instancia administrativa  El órgano administrativo decide suspender la ejecución del acto impugnado.	Siguiendo la doctrina tradicional y la normativa vigente: es titular del derecho a elegir: (i) considerar denegada su apelación, o (ii) esperar a la Administración

En esta nueva situación, es el Administrado 1, quien inició el procedimiento, el que se ve perjudicado con el incumplimiento de la segunda instancia al no resolver, pues no se puede ejecutar la decisión del órgano inferior

<sup>92</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo”. En: Revista de Administración Pública 68. 1972. pp. 235-246.

<sup>93</sup> Esta distinción es pertinente a nuestros efectos, debido a que la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo sí contiene una forma específica de cómputo del plazo de caducidad para terceros que no participaron en el procedimiento. Ello se deduce del texto del penúltimo párrafo del artículo 17 original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (artículo 19 del Texto Único Ordenado), al establecer que dicho plazo corre desde que el tercero tomó conocimiento de la actuación impugnada, párrafo innecesario si se tratara de un “tercero” que sí participó en el procedimiento, al cual le sería aplicable el cómputo del plazo desde la notificación o conocimiento a que se refiere el numeral 1 del artículo mencionado.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p. 239.

<sup>95</sup> Ley de Procedimientos Administrativos Generales: “Artículo 216.- Suspensión de la ejecución

1. La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.
3. La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.
4. Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.
5. La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió.”



que le fue favorable<sup>96</sup>. Como dicho particular no apeló, no tiene la facultad de usar la técnica del silencio administrativo negativo a su favor.

El Administrado 2 se encuentra, seguramente, conforme con esta incertidumbre. Si además considera que no tiene razón en el tema de fondo, el escenario se le presenta inmejorable. Su contrincante no puede ejecutar la decisión de primera instancia y sólo el propio Administrado 2 tiene la posibilidad de considerar denegada su apelación a efectos de iniciar el proceso administrativo en el cual se decida finalmente el asunto.

¿Qué puede hacer el Administrado 1? La técnica del silencio administrado no le provee mecanismo alguno.

Para Cano, la situación en la cual el órgano administrativo ordena la suspensión no genera indefensión en el administrado al cual le perjudica la misma, debido a que éste puede cuestionar dicha suspensión ante la propia Administración o ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>97</sup>. Considero que dicha perspectiva es errada. La suspensión pudo haber sido dictada cumpliendo con todos los requisitos que la legislación señala. Es decir, la orden de suspensión puede ser jurídicamente correcta, ante lo cual el perjudicado sabe que poco ganará impugnándola en la vía jurisdiccional. Sin embargo, el tema de fondo no ha sido decidido, la incertidumbre perdura, causándole perjuicios. El verdadero perjudicado permanece en indefensión.

Otro de los argumentos permanentemente señalados por la doctrina y la jurisprudencia citadas es que la seguridad jurídica no se ve afectada debido a que la Administración puede en cualquier momento terminar con la incertidumbre emitiendo el acto expreso. Este argumento es expuesto de forma clara en la sentencia del Tribunal Supremo español del 23 de enero de 2004<sup>98</sup>:

“Hemos dicho de modo reiterado, que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones. Y esto, y no otra cosa, es lo que la Administración pretende cuando opone la inseguridad jurídica que se deriva de un estado de cosas que tiene su origen en su propio incumplimiento al no resolver los procedimientos pendientes, pues el modo lógico, natural y legal y que demanda la naturaleza de las cosas, para hacer cesar el estado de inseguridad que se denuncia es el decidir las cuestiones planteadas. Por eso, la Administración, mediante el cumplimiento de la ley, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica, de cuya existencia aquí se lamenta”.

Este argumento tampoco puede ser opuesto al administrado contrincante en el procedimiento trilateral. Éste no puede acabar con la incertidumbre, como sí lo puede hacer la Administración. El argumento –otra vez– parece apropiado para procedimientos en los cuales un administrado se encuentra frente a la Administración en una situación bilateral. En tal escenario es razonable señalar que razones de seguridad jurídica no pueden ser alegadas por la Administración, ya que está en su esfera de dominio poner fin al estado de incertidumbre.

Ello no puede señalarse en un escenario de procedimiento trilateral, en el cual uno de los administrados sí requiere de seguridad jurídica, ya que la espera e incertidumbre le pueden generar –o le generan– perjuicios. Tiene ante sí dos agentes que pueden terminar, usando vías distintas, con la incertidumbre: (i) la Administración, resolviendo de forma expresa y (ii) el otro administrado, cuando ejerza la facultad de tener por denegada su apelación e inicie el proceso judicial. Pero el administrado que no tiene esa facultad, nada puede hacer.

Alguna doctrina ha señalado ciertos mecanismos de solución para este tipo de casos. García-Trevijano sí reconoce el

<sup>96</sup> “(...) cuando esté suspendida la ejecución del acto como consecuencia del recurso ¡qué duda cabe que el verdaderamente interesado en que se resuelva cuanto antes el procedimiento de recurso es aquel a cuyo favor reconoció derechos el acto impugnado! Es más, este mecanismo de la suspensión de la ejecución hábilmente manejado puede constituir un instrumento precioso para privar indefinidamente de un derecho subjetivo a un administrado (...).” Op. cit. pp. 240 y 241.

<sup>97</sup> CANO. Op. cit. pp. 283 y 284.

<sup>98</sup> PÉREZ. Op. cit. pp. 208 y 209.

problema que la aplicación de la doctrina tradicional del silencio negativo acarrea en relaciones triangulares, con administrados que mantienen posiciones contrarias entre sí. Su propuesta de solución es aplicar la doctrina tradicional, otorgando sólo a uno de los administrados la facultad de usar el silencio y pudiendo el otro demandar a la Administración para recuperar los daños y perjuicios generados. Señala expresamente:

“(…) ante este conflicto de intereses particulares a mi juicio la balanza debe inclinarse, en principio, a favor del peticionario o recurrente más directamente perjudicado por la inactividad de la Administración (el recurrente que no ha obtenido contestación a su recurso), sin perjuicio de las vías de reacción que el otro perjudicado (en este caso el opositor aprobado) pueda utilizar frente a la Administración, tanto desde la perspectiva de “incentivarle” para que conteste al recurso interpuesto por el opositor suspendido como para reclamar, en su caso, por los daños y perjuicios que eventualmente hubiera podido sufrir”<sup>99</sup>.

Discrepo de tal planteamiento por dos razones: (i) asume incorrectamente que el administrado directamente perjudicado es aquel a quien la Administración no contesta su pedido o recurso, cuando puede ocurrir –y en efecto ocurre– que a este administrado le puede favorecer la situación de incertidumbre y (ii) es inapropiado que a un administrado –sea cual fuere– no se le proteja con la tutela específica que requiere frente a la Administración. Una indemnización será siempre problemática y puede no resultar satisfactoria de acuerdo a las circunstancias del caso. Recordemos que en nuestro ejemplo original señalamos que los administrados podían ser competidores en el mercado. El cálculo del monto indemnizatorio será extremadamente difícil, además que el interés público puede perjudicarse, ya que eventualmente este problema podría generar una situación monopólica o de poder de mercado artificial<sup>100</sup>.

Sobre este punto, comparto lo señalado por Fernández cuando manifiesta “(…) un sustitutivo patrimonial no es nunca, salvo en problemas de contenido esencial y estrictamente económico, una reparación satisfactoria, ni desde el punto de vista del particular interesado, ni desde el ángulo propio de la técnica jurídica”<sup>101</sup>. Recordemos que si nos encontramos en un procedimiento administrativo trilateral es porque el ordenamiento considera que en la solución del conflicto se encuentra un asunto de interés público, y no sólo de interés de los particulares que intervienen.

El administrado que no puede utilizar el silencio administrativo negativo debe poder encontrarse protegido por el ordenamiento ante la incertidumbre que no le es imputable y que le genera perjuicios.

González Pérez, ya en 1972 propuso una extensión prudente a favor de los “terceros interesados” de los efectos de la denegación presunta<sup>102</sup>. Dicho mecanismo sólo operaría cuando se hubiera ordenado la suspensión de efectos de un acto ya dictado, ante lo cual, luego del plazo para que se genere el silencio administrativo negativo a favor del otro administrado, el “tercero” podría solicitar el levantamiento de la suspensión. Como puede apreciarse, este esquema solamente protege al “tercero” respecto de la suspensión de efectos, pero la incertidumbre de fondo puede continuar en su perjuicio.

En 1998 el autor señala, comentando el plazo de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 para impugnar actos presuntos por silencio, que para evitar problemas en procedimientos triangulares –es decir con administrados con intereses contrapuestos– debe “arbitrarse un procedimiento para que pueda con su intervención [la del administrado enfrentado al titular del silencio] poner fin a la indeterminación del plazo, con las debidas garantías para la otra parte”<sup>103</sup>. Sin embargo, no da detalles sobre el procedimiento a utilizarse.

<sup>99</sup> GARCÍA-TREVIJANO. Op. cit. p. 168.

<sup>100</sup> Artificial debido a que la salida de mercado no se produjo por razones de las fuerzas de mercado, sino por fallos en el esquema jurídico.

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ. Op. cit. p. 294.

<sup>102</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p. 242.

<sup>103</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Ley 29/1998, de 13 de julio”. Tercera edición. Tomo II. Madrid: Civitas. 1998. pp. 960 y 961.

Posteriormente, González Pérez señala haberse replanteado el tema y rectificado su opinión previa favorable a la inexistencia de plazo ante el silencio administrativo negativo<sup>104</sup>. Sobre el particular señala:

“Pero está la seguridad jurídica. ¿Es que tiene sentido que permanezca indefinidamente la incertidumbre sobre la resolución que pueda recaer en un procedimiento administrativo? Pensad, por un momento, que se trata de un procedimiento sobre concesión de dominio público, que es un caso típico de silencio negativo de la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. ¿El hecho que no se haya resuelto una petición, obstaculizará cualquier otra petición ulterior sobre el mismo objeto? (...) Y si le interesa mantener la situación de incertidumbre, ¿qué garantía tiene un tercero interesado para que se respete la seguridad jurídica?”<sup>105</sup>.

De mayor interés para el presente trabajo es que, para los casos en que exista otro administrado con intereses contrapuestos al solicitante (como ocurre en los procedimientos trilaterales), el autor señala que el administrado oponente debe poder finalizar la situación e incertidumbre. Ante ello propone (entendiendo que en un escenario en el cual existe plazo de caducidad ante el silencio) la siguiente regla: tratándose de actos presuntos (en este esquema derivado del silencio negativo) el particular puede interponer recursos administrativos y demanda judicial en cualquier momento. La excepción a dicha regla se produciría cuando concurren los siguientes hechos: (i) los interesados con posición contraria en el procedimiento denuncian la mora y (ii) luego de vencido el plazo para que la Administración resuelva, se notifique al titular del silencio negativo a fin que proceda judicialmente contra la desestimación presunta<sup>106</sup>. Producida esta excepción se aplicaría el plazo de caducidad. Nótese que bajo esta propuesta el silencio administrativo negativo sí tiene carácter de acto presunto y

como tal, susceptible de ser consentido por el transcurso del plazo de caducidad.

Sin duda el planteamiento es interesante, la protección al administrado que no inició el procedimiento es clara. Su incertidumbre se desvanece al aplicarse el plazo de caducidad al acto presunto configurado por silencio administrativo negativo. No obstante, la propuesta es incompleta dado que centra su atención en aquel administrado que no inició el procedimiento, cuando puede producirse indefensión en el propio administrado que inició el procedimiento, como se ha descrito en el ejemplo 2, caso en el cual el administrado que no inició el procedimiento es el titular de la facultad de usar el silencio administrativo negativo a su favor, y le favorece mantener la incertidumbre<sup>107</sup>.

Recapitemos lo señalado en este rubro, de aplicación al procedimiento administrativo trilateral: (i) la incertidumbre sobre el fondo del asunto puede perjudicar al administrado que no tiene la facultad de usar el silencio negativo, (ii) el argumento referido a que la Administración no puede beneficiarse de su incumplimiento de resolver no es adecuado en procedimientos trilaterales, en los cuales la perspectiva debe centrarse en proteger a ambos administrados (aunque tengan posiciones contrarias) respecto de la Administración, independientemente de los beneficios que ésta pueda obtener, y (iii) el argumento respecto de que no existiría inseguridad jurídica en caso de silencio negativo porque la Administración puede eliminarla cumpliendo con resolver, tampoco puede oponerse al otro administrado del procedimiento, quien no tiene —obviamente— la posibilidad de resolver el asunto.

Paradójicamente, un esquema que protege al administrado que no puede usar el silencio negativo en procedimientos trilaterales es aquel ya establecido en la versión original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, al señalar un plazo de

<sup>104</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El silencio administrativo y los plazos de impugnación”. En: SOSA WAGNER, Francisco. “El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo. 2000. p. 592.

<sup>105</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. pp. 592 y 593.

<sup>106</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p.93.

<sup>107</sup> Salvo, por supuesto, que entendamos que por la vía del recurso se inicie un nuevo procedimiento, una especie de “procedimiento recursivo”.

caducidad en caso de silencio y considerar a éste como un acto presunto para efectos de la impugnación judicial.

Los problemas de indefensión presentados tanto en el ejemplo 1 como en el ejemplo 2 son superados por la existencia del plazo de caducidad, como carga del administrado titular del silencio negativo.

En el ejemplo 1, si el Administrado 1 no impugna en el plazo la denegatoria presunta del recurso desfavorable para él, dicha denegatoria se convierte en firme. Para estos casos, lo ideal sería que quede firme no la denegatoria presunta, sino el acto administrativo de primera instancia, que contiene los fundamentos sobre el fondo del asunto. Ambos administrados se ven protegidos ante el silencio de la Administración. El Administrado 1 porque puede iniciar el proceso judicial dentro del plazo de caducidad y el Administrado 2 tiene incertidumbre sólo durante dicho plazo de caducidad. Pasado éste, conoce que la decisión administrativa favorable a él deviene en firme. Si el Administrado 1 decide iniciar el proceso judicial, no hay indefensión para las partes, ya que ambas harán valer sus posiciones en dicho proceso.

**Tabla 4: Mecanismos de protección para el ejemplo 1**

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Mecanismo de protección
Administrado 1	La decisión le fue totalmente desfavorable	Presentó apelación, que no es resuelta por la segunda instancia administrativa	Presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo de caducidad, asumiendo acto denegatorio presunto.
Administrado 2	La decisión le fue totalmente favorable	(Obviamente) no apela	(i) Vencido el plazo de caducidad para que el Administrado 1 presente su demanda, la decisión favorable quedará firme. (ii) Si la demanda se presenta, se defenderá en el proceso, en el cual se terminará la incertidumbre

En el ejemplo 2, si el Administrado 2 no impugna ante el silencio en el plazo de caducidad, la denegatoria presunta deviene en firme y el Administrado 1 ve que el

acto administrativo de primera instancia queda confirmado, con lo cual se levanta la suspensión de su ejecución. Puede ya ejecutar el acto favorable. Al igual que en el caso anterior, no se genera indefensión a administrado alguno. El Administrado 2 tiene la carga de iniciar el proceso judicial ante el silencio dentro del plazo. Es su elección. El Administrado 1 conoce que si su contrincante no inicia el proceso en el plazo, se levantará la suspensión que le perjudica y podrá ejecutar la decisión a él favorable. Si el Administrado 2 inicia el proceso, ambos pueden defenderse en él.

**Tabla 5: Mecanismos de protección para el ejemplo 2**

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Mecanismo de protección
Administrado 1	La decisión le fue totalmente favorable, pero no puede ejecutarla.	(Obviamente) no apela.	(i) Vencido el plazo de caducidad para que el Administrado 2 presente su demanda, la decisión favorable quedará firme y la podrá ejecutar. (ii) Si la demanda se presenta se defenderá en el proceso, en el cual se terminará la incertidumbre.
Administrado 2	La decisión le fue totalmente desfavorable.	Presentó apelación, que tiene efecto suspensivo y que no es resuelta por la segunda instancia administrativa. El órgano administrativo decide suspender la ejecución del acto impugnado.	Presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo de caducidad, asumiendo acto denegatorio presunto.

Esta perspectiva ¿es contraria a la doctrina del silencio administrativo negativo?

Definitivamente. No sólo porque asume que este tipo de silencio genera un acto presunto, sino también porque, pasado el plazo de caducidad, la Administración no tiene obligación de resolver<sup>108</sup>.

No obstante, esta pérdida de coherencia respecto de la doctrina está justificada en casos de procedimientos trilaterales, por la protección del administrado que no es titular del uso del silencio negativo. Se genera una carga intensa del administrado titular del silencio administrativo negativo, pero sustentada en la

<sup>108</sup> Se ha comentado ya que en el régimen de la Ley de Procedimientos Administrativo Generales, esta obligación de la Administración cesa cuando es notificada del inicio del proceso judicial (artículo 188.4).

protección del interés del otro administrado, y no en favorecer la posición de la Administración que incumplió su deber de resolver.

De la afirmación anterior se deriva que no considero al plazo de caducidad ante el silencio negativo como inconstitucional por violación al derecho a tutela jurisdiccional efectiva. El esquema establecido, es razonable y proporcional para procedimientos bilaterales, considerando las situaciones descritas. Es importante destacar que la solución no se encuentra dirigida a favorecer a la Administración. El punto de vista para estos casos no debe centrarse en si el mecanismo favorece o no los intereses de la Administración que incumple con su deber; sino en la protección de los administrados que participan en el procedimiento trilateral. Pero la protección de todos ellos, no sólo de uno.

La tendencia a la simple eliminación del plazo de caducidad ante silencio negativo no considera los escenarios para la protección de los interesados que no son los titulares de la facultad que otorga el silencio negativo. La eliminación del plazo genera su indefensión, aunque de esa manera se respete la dogmática propia de la institución del silencio administrativo negativo.

Nos encontramos entonces ante una disyuntiva importante: respetamos la doctrina y dejamos en indefensión a ciertos administrados, o no la respetamos y eliminamos la posibilidad –o probabilidad– de indefensión. Particularmente, me inclino por la última opción.

Por supuesto, es claro que ante procedimientos administrativos bilaterales, el establecer un plazo de caducidad ante el silencio negativo es erróneo, la carga al particular no es justificada ante una Administración que incumple con su deber. Los autores citados a lo largo de este trabajo coinciden en ello. Sin embargo, aun en este último caso no considero que el plazo sea inconstitucional.

Se ha descrito la posición de Maraví, la cual sustentándose en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, plantea que los jueces debían aplicar el control difuso de

constitucionalidad ante el plazo de caducidad por silencio negativo, en la redacción original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Dicha autora no realiza distinción respecto de procedimientos bilaterales o trilaterales. Respecto de este último he detallado mi posición. Respecto de los procedimientos bilaterales considero que el legislador tiene la posibilidad de establecer el mecanismo de silencio administrativo, pero también pudo optar por no establecer dicho mecanismo, siempre que señale otras formas de acceso a la vía judicial. Los ciudadanos no tenemos un derecho constitucional al mecanismo del silencio administrativo.

Pues bien, si asumimos que el legislador pudo no haber establecido el mecanismo del silencio, se puede perfectamente concluir que, si decide establecerlo, lo puede hacer con todas las características que la doctrina jurídica ha señalado, o prescindiendo de alguna o la mayoría de ellas. No existe violación constitucional alguna cuando el legislador decide que el sistema debe privilegiar la estabilidad de los actos administrativos imponiendo cargas más gravosas para los administrados.

Es más, estas cargas ya existen. Se ha planteado ya el régimen general en el cual un administrado en Perú con una decisión administrativa desfavorable de primera instancia, debe interponer apelación en quince días. De otra manera pierde todo derecho no reconocido por el acto emitido. No sólo desde una perspectiva procesal, sino sustantiva. Por ejemplo, si un administrado solicita el reconocimiento de determinado beneficio que en efecto le corresponde y su solicitud es denegada, el administrado que no impugna dicha decisión en quince días pierde el derecho a dicho beneficio. Se ha hecho referencia, en un rubro anterior, a distintas sentencias del Tribunal Constitucional peruano aceptando este régimen.

La sentencia del Tribunal señalada como sustento de la supuesta inconstitucionalidad del plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo, asume de forma expresa que no existe legislativamente plazo de caducidad para el acceso al amparo ante dicho tipo de silencio<sup>109</sup>. Desde esa perspectiva

<sup>109</sup> “(...) (respecto del silencio administrativo negativo) su efecto es abrir la vía jurisdiccional, indefinidamente, en tanto la Administración no haya resuelto expresamente el recurso. La interpretación aún vigente [*anterior a la*

su análisis es correcto. En dicha circunstancia era adecuado —aunque no necesario, como se ha comentado— considerar las características del silencio administrativo reconocidas por la doctrina y la legislación de procedimiento administrativo.

Una evaluación análoga no sería aplicable al caso del artículo 17.3 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo en su versión original. En esta situación el legislador manifestó su voluntad de manera expresa, rechazando la propuesta de la Comisión que elaboró el proyecto de Ley antecedente de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Debido a ello, no se pueden asumir las interpretaciones esbozadas en España, país en el cual, luego de emitida la norma que estableció el plazo de caducidad ante el silencio, hubo una modificación de la legislación del procedimiento administrativo sobre las características del silencio.

Sobre una eventual discriminación inconstitucional en tanto, ante el silencio negativo, se permitiría el acceso al amparo sin plazo y al contencioso-administrativo con plazo; considero que los objetivos del primero, como medio de defensa de derechos fundamentales de rango constitucional, manifiesta un criterio de distinción claro. Los procesos no tienen iguales objetos. Es más, con el actual carácter residual del proceso de amparo, cualquier intento de hacer equivalentes los dos procesos se encuentra con las dificultades de las disposiciones legislativas y las características propias de cada uno de los procesos señalados. Existe, por tanto, un criterio objetivo de distinción que podría justificar la distinta opción del legislador respecto del acceso a los procesos.

Tampoco compartimos el criterio de Huapaya en el sentido de considerar derogado el artículo 17.3 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo en su versión original. Dos son las razones: (i) la primera de carácter técnico-legal: no existía norma

posterior susceptible de haber producido la derogación que se plantea, no nos encontramos ante una situación análoga a la española y (ii) el plazo de caducidad para el silencio positivo, como acto presunto, sí debe existir<sup>110</sup>. De considerar derogada la norma (nos referimos a su versión original), esta última función no se produciría.

## VII. PROCEDIMIENTO TRILATERAL CON INSTANCIA ÚNICA

Independientemente de lo señalado, los dos ejemplos expuestos hasta el momento describen situaciones en las cuales se ha emitido una decisión administrativa de primera instancia y es la segunda instancia administrativa la que incumple su obligación de resolver. Sin embargo también es posible la existencia de procedimientos trilaterales en los cuales existe sólo una instancia. Los eventuales perjuicios de la incertidumbre aparecen también en este supuesto, en correspondencia con la situación de hecho al momento de iniciar el procedimiento o si, dentro del procedimiento, se ha otorgado una medida cautelar al solicitante. Esta situación puede producir perjuicios al administrado contrincante sujeto de la medida cautelar. Describimos, bajo estos supuestos, el ejemplo 3.

El Administrado 1, que inició el procedimiento, ha obtenido en el mismo una medida cautelar en su favor, que constituye al mismo tiempo un gravamen en la esfera jurídica del Administrado 2. Se asume que la medida cautelar ha sido correctamente otorgada, es decir, cumple con los requisitos establecidos por la legislación vigente, incluyendo la verosimilitud —y no la certeza o convicción— de los fundamentos del Administrado 1. Como es de suponerse para nuestros ejemplos, el órgano administrativo (instancia única) no cumple con su deber de resolver el fondo de la materia planteada en el procedimiento por el Administrado 1.

En la siguiente tabla se muestran las situaciones jurídicas planteadas en el ejemplo:

*sentencia*] del Tribunal Constitucional no concuerda con estos dos aspectos. (...) En el segundo caso, porque en lugar de abrir indefinidamente la vía judicial en tanto la Administración no resuelva expresamente, *le impone un plazo, el que, además, ninguna norma del citado cuerpo normativo establece.*” [El énfasis es nuestro].

<sup>110</sup> GONZÁLEZ PÉREZ. Op. cit. pp. 593-594.

**Tabla 6: Situaciones jurídicas en el ejemplo 3**

	Situación en el procedimiento	Efectos respecto del silencio negativo
Administrado 1	Inicia el procedimiento, en el cual obtiene una medida cautelar a su favor.	Siguiendo la doctrina tradicional y la normativa vigente es titular del derecho a elegir: (i) considerar denegada su solicitud, o (ii) esperar a la Administración.
Administrado 2	Es afectado por la medida cautelar administrativa	No tiene opción respecto del silencio, dado que no inició el procedimiento.

Como se puede apreciar, la problemática es similar a la planteada en los ejemplos anteriores. Si la Administración no resuelve, el administrado que inició el procedimiento puede usar –si así lo quiere– el silencio administrativo negativo. Dicho mecanismo no puede ser utilizado por el administrado sujeto de la medida cautelar. Éste queda en indefensión si al otro administrado le conviene la situación de incertidumbre. Esta conveniencia elimina el incentivo que podría tener el Administrado 1 para iniciar el proceso judicial. Este contexto es particularmente interesante cuando el Administrado 1 duda de la fundabilidad de su solicitud de fondo.

El plazo de caducidad establecido en la versión original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo operaba en este caso protegiendo al Administrado 2 de la situación de incertidumbre perpetua. Si se considera al silencio como acto presunto –y no como simple ficción que permita impugnar–, se habrá generado por el transcurso del plazo y el incumplimiento de la Administración, una decisión tácita denegatoria de la solicitud del Administrado 1, que inició el procedimiento.

En este escenario, ninguno de los administrados del procedimiento queda indefenso. El Administrado 1 puede iniciar el proceso contencioso-administrativo dentro del plazo de caducidad.

El Administrado 2 conoce que vencido el plazo, la denegatoria presunta quedará firme y la incertidumbre desaparece. Si el Administrado 1 inicia el proceso judicial, el Administrado 2 intervendrá en el proceso planteando sus argumentos.

**Tabla 7: Mecanismos de protección para el ejemplo 3**

	Situación en el procedimiento	Mecanismo de protección ante silencio de la Administración
Administrado 1	Inicia el procedimiento, en el cual obtiene una medida cautelar a su favor.	Presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo de caducidad, asumiendo acto denegatorio presunto.
Administrado 2	Es afectado por la medida cautelar administrativa.	(i) Vencido el plazo de caducidad para que el Administrado 1 presente su demanda, la denegatoria presunta quedará firme. (ii) Si la demanda se presenta se defenderá en el proceso, en el cual se terminará la incertidumbre.

Un tema adicional es determinar el momento en que la medida cautelar otorgada en vía administrativa queda sin efecto. Esto puede producirse en dos puntos: (i) con la denegatoria presunta, es decir al vencimiento del plazo que tenía la Administración para resolver o (ii) al vencimiento del plazo de caducidad de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo para cuestionar la denegatoria presunta.

No obstante, el mecanismo de protección generado por el plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo ya no existe por la modificación de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo efectuada por el Decreto Legislativo 1067.

**IX. LA ALTERNATIVA DEL ACTO ADMINISTRATIVO PRESUNTO**

Un régimen alternativo es asignar al silencio administrativo negativo, sólo a efectos de procedimientos trilaterales, el efecto de generación de un acto presunto, tal como ocurre en el régimen del silencio administrativo positivo.

Una vez transcurrido el plazo, aquel administrado cuya solicitud o recurso no fue resuelto debe considerarlo denegado. Ya no es titular de la opción de esperar el pronunciamiento de la Administración. Por tanto, si no desea consentir la denegatoria (presunta) debe presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo establecido por la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Gerardo Soto Carrillo

Este esquema ha sido establecido desde hace varios años en la normativa de contrataciones del Estado. En los procedimientos administrativos concurrenciales en los cuales distintos postores compiten por la buena pro para suscribir un contrato con una entidad estatal, se aplica el artículo 55 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>111</sup>, el cual dispone que:

“Artículo 55.- En el caso que la Entidad o cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado según corresponda, no resuelvan y notifiquen sus resoluciones dentro del plazo que fija el Reglamento, los interesados considerarán denegados sus recursos de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso-administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente. (...)”.

El propósito de la norma es, precisamente, asegurar una decisión (ficta) en vía administrativa, que permita a la entidad estatal considerar conformada la buena pro originalmente otorgada y proceder a la suscripción y posterior ejecución del contrato con el particular.

Si el postor que impugnó la buena pro tuviera la opción de esperar el pronunciamiento de la administración, ello implicaría que la vía administrativa no se ha agotado y que la buena pro que le fue desfavorable al impugnante no ha sido consentida.

La opción del impugnante es sustraída de su ámbito de dominio para asegurar la ejecución del contrato a suscribirse por la Administración, sin perjuicio de la posibilidad del inicio posterior del proceso administrativo.

Como se aprecia, este esquema se adopta en beneficio de la Administración, aunque indirectamente se produce un beneficio al postor al que se le adjudicó la buena pro impugnada: su situación favorable, una vez transcurrido el plazo de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo para interponer la demanda contencioso administrativa, se convertirá en inatacable. Si la demanda es interpuesta la impugnación se decidirá en el proceso. La definición de su situación jurídica no se encuentra ante la posibilidad de una incertidumbre permanente.

El régimen original de Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, cuando establecía un plazo de caducidad ante silencio administrativo negativo, conseguía efectos análogos. No obstante, la versión actual de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo ha eliminado dicha posibilidad.

## X. CONCLUSIONES

La doctrina tradicional, imperante y actual del silencio administrativo negativo, concibe a este mecanismo como una ficción legal y no como un acto presunto, respecto del cual el administrado que presentó la solicitud o el recurso en la vía administrativa tiene la facultad, y no la carga ni obligación, de entender denegada su petición, a fin de poder impugnar en vía administrativa o iniciar el proceso contencioso-administrativo. Por ello, es contradictorio con dicha doctrina que la legislación procesal establezca un plazo para que el administrado pueda iniciar el proceso en estos casos.

En los procedimientos trilaterales pueden ocurrir situaciones en las cuales el administrado que no tiene la facultad de usar el silencio negativo, se vea perjudicado por la incertidumbre, y puede quedar en indefensión al no contar, desde la perspectiva doctrinaria del silencio administrativo, con mecanismos que le permitan eliminar dicha incertidumbre.

El plazo de caducidad ante silencio administrativo negativo en procedimientos bilaterales es inadecuado, debido a que se establece una carga al particular, cuando es la Administración la que incumple con su deber de resolver de forma expresa. Sin embargo, el plazo de caducidad se configura como un mecanismo de protección del administrado que, dentro de un procedimiento trilateral, no es titular de la facultad otorgada por el silencio negativo. De acuerdo a la normativa hoy vigente pueden existir situaciones de indefensión de administrados participantes de un procedimiento trilateral que no tienen la titularidad para ejercer el silencio administrativo negativo. Dicha situación puede corregirse utilizando la técnica del acto administrativo presunto o estableciendo un plazo de caducidad ante silencio administrativo en procedimientos trilaterales.