# Procedimientos administrativos, TUPA y silencios

## Comentarios a la luz de las modificaciones a la LPAG por el Decreto Legislativo Nº 1272

Tommy **DEZA SANDOVAL***

RESUMEN

*El autor analiza cómo han quedado configurados los procedimientos administrativos, sea que estén sujetos a evaluación previa o aprobación automática, luego de la modificación a la Ley de Procedimiento Administrativo General y tras la derogación de la Ley de Silencio Administrativo. En ese sentido, rescata que con estos cambios normativos se ha otorgado al Poder Ejecutivo facultades para aprobar procedimientos estandarizados de obligatoria aplicación por parte de las entidades competentes para su tramitación, las que no podrán modificarlos o alterarlos.*

### MARCO NORMATIVO

**Constitución Política de 1993 (31/12/1993):** arts. 2, inc. 20, 39, 40, 41, 42 y 74.

**TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, D. Sup. Nº 006-2017-JUS (21/03/2017):** arts. IV TP, nums. 1.7 y 1.16, 1, 8, 9, 10, 12, 29, 31, 33, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 51.7, 56, 115, 197, 211.

**TUO del Código Tributario, D. Sup. Nº 133-2013-EF (23/06/2013):** norma IV.

**Establecen medidas adicionales de simplificación administrativa, D. Leg. Nº 1310 (31/12/2016):** art. 2.

**Regulan la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado, D. Sup. Nº 096-2007-PCM (15/12/2007):** art. 2.

**PALABRAS CLAVE:** Procedimiento administrativo / Principio de buena fe / Texto único de procedimientos administrativos / Silencio administrativo positivo / Silencio administrativo negativo / Procedimiento de evaluación previa / Procedimiento de aprobación automática

**Recibido:** 30/01/2018
**Aprobado:** 13/02/2018

* Abogado. Máster en Regulación de Servicios Públicos de Red y especialista en calidad regulatoria. Docente universitario en Derecho Administrativo, Derecho de la Competencia, Derecho de Protección del Consumidor y Derecho Concursal. Comisionado de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

## I. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN COMO FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el ordenamiento jurídico peruano, las funciones, actividades, finalidad y objetivos del Estado, en sus diferentes niveles de gobierno se rigen por una diversidad de principios, destacando el principio constitucional de buena administración, el cual se encuentra implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título II de la Constitución Política del Perú.

Este principio contiene una doble dimensión al involucrar una serie de deberes por parte de la Administración Pública para un adecuado ejercicio de la función pública a favor de los administrados, tales como un servicio civil profesionalizado, medidas contra la corrupción, procedimientos administrativos céleres y previsibles, actuaciones guiadas bajo estándares de eficiencias, efectividad, proporcionalidad, legalidad, etc. Pero también involucra derechos sustantivos a favor de las personas en su relación con el Estado, tales como el derecho a exigir la provisión de servicios básicos de educación y salud de calidad; derecho a solicitar rendición de cuentas de la gestión de los recursos públicos, y hasta los mecanismos de participación ciudadana y revocación de autoridades.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

> [D]icho principio quiere poner en evidencia no solo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues "están al servicio de la Nación" (artículo 39 de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente. Transparencia que exige que el Estado prevea todos los medios organizacionales, procedimentales y legales.

De esta manera, el procedimiento administrativo, como técnica administrativa (Linde, 2010, p. 303), se inserta en el ordenamiento jurídico en el marco del principio constitucional de buena administración, que tiene como objetivo estar al servicio de la Nación.

## II. DEFINICIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La definición jurídica de procedimiento administrativo ha sido concebida desde un enfoque amplio y otro restringido (Linde, 2010, p. 307). En el primer supuesto se le entiende como toda ruta o trámite formal que debe seguir la Administración Pública para el ejercicio de sus potestades administrativas, abarcando así la emisión de actos de administración interna, los reglamentos administrativos, contratos administrativos, actos administrativos, actuaciones materiales, etc.

En esa línea, la doctrina española ha señalado lo siguiente sobre el procedimiento administrativo desde una definición amplia:

> [E]l procedimiento vendría a ser el camino, el *iter* jurídicamente regulado *a priori*, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una manifestación jurídica en un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo) (García & Fernández, 2006, p. 1377).

Por su parte, que produzca efectos jurídicos en los derechos, intereses y obligaciones de los administrados en una situación concreta. Esta es precisamente la definición que ha seguido la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS (en lo sucesivo, el TUO de la LPAG), en cuyo artículo 29 define el **procedimiento administrativo** como el "conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo

que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados".

Ahora bien, con relación a lo anterior, el procedimiento administrativo tiene una doble finalidad:

1. Por un lado, constituye una forma de garantizar los derechos de los administrados porque supone la existencia de reglas procedimentales previas que regulen de manera predeterminada la actuación administrativa en la toma de decisiones que afecten a los administrados, evitándose la arbitrariedad y, sobre todo, la corrupción por falta de reglas claras. En otras palabras, el procedimiento es una forma en que la Administración Pública se automilita debido a que esta debe seguir las leyes y los reglamentos que desarrollan los trámites administrativo.

2. De otro lado, tiene una finalidad instrumental para la tutela del interés público, porque a través del procedimiento administrativo la Administración Pública puede controlar la legalidad para el ejercicio de una actividad profesional, económica o social mediante el otorgamiento de actos administrativos habilitantes. En efecto, si bien las personas tienen el derecho de desarrollar en la sociedad las actividades que considere pertinentes en el ejercicio de las libertades que la Constitución Política les confiere[1], la Administración Pública tiene el deber de velar por el interés público y, controlar que dichas actividades cumplan con los estándares mínimos de seguridad y calidad que el ordenamiento jurídico prevé. De esta manera, la Administración Pública al momento de emitir un pronunciamiento luego de un procedimiento regular, tiene que equilibrar el interés privado frente al interés público[2].

## III. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Conforme al artículo 31 del TUO de la LPAG, los procedimientos administrativos en general se clasifican en procedimientos de aprobación automática y procedimientos de evaluación previa, tal como se aprecia de la cita siguiente:

> Artículo 31.- Calificación de procedimientos administrativos
>
> Todos los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: **procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo**. Cada entidad señala estos

1 Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(…) 17. **A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación**. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (…).
Artículo 58.- **La iniciativa privada es libre**. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (el resaltado es nuestro).

2 [E]l procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al mismo tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo (García & Fernández, 2006, p. 1378).

> procedimientos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento" (el resaltado es nuestro).

Al respecto, los procedimientos de aprobación automática se consideran aprobados con la sola presentación de la solicitud a la entidad competente, para lo cual se debe cumplir con presentar todos los requisitos y la documentación respectiva conforme a lo establecido en el TUPA de cada entidad. En esta clase de procedimientos, la autoridad administrativa no emite un pronunciamiento expreso sobre el pedido, sino más bien realiza una fiscalización posterior sobre la veracidad de la documentación, declaraciones, e información en general que haya presentado el administrado en su solicitud.

Para dejar constancia de la aprobación automática, basta la copia del escrito o del formato presentado por el administrado, conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del receptor. Sin embargo, cuando sea necesario la expedición de un documento sin el cual el usuario no podría hacer efectivo su derecho, la autoridad debe emitirlo en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles a partir del día siguiente que sea solicitado por el administrado, de conformidad con el artículo 32 del TUO de la LPAG; o, a elección de este último, puede presentar una declaración jurada ante la propia entidad por el cual manifieste que su solicitud ha sido aprobada de manera automática, siendo el cargo de recepción de este documento prueba suficiente de ello, conforme al artículo 36 del TUO de la LPAG, incorporado por el Decreto Legislativo Nº 1272, que modifica la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley Nº 29060, Ley del Silencio Administrativo (publicado el 21 de diciembre de 2016).

Es importante precisar que el documento para viabilizar el ejercicio del derecho del administrado derivado de un procedimiento de aprobación automática, al cual hace referencia el artículo 32 del TUO de la LPAG, no constituye un acto administrativo. En efecto, conforme al artículo 1 del TUO de la LPAG son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de Derecho Público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. En tal sentido, el documento en mención no otorga o reconoce derecho alguno al administrado, sino que solamente es una mera constancia o certificación de que ha operado la aprobación automática de la solicitud, la cual ha sido efectiva, es decir, ha producido efectos jurídicos sobre los intereses y derechos del administrado desde la fecha de presentación de su solicitud ante la entidad, conforme a la naturaleza del procedimiento administrativo de aprobación automática. Afirmar lo contrario implicaría desnaturalizar este procedimiento, lo cual, en la práctica, terminaría convirtiéndolo indebidamente en un procedimiento de evaluación previa que finalizaría con la emisión de dicho documento al cual hace referencia el artículo 32 del TUO de la LPAG, lo cual es un error.

Por su parte, los procedimientos de evaluación previa se definen como aquellos que requieren la realización de una etapa de investigación y análisis, a fin de poder determinar la concesión o denegatoria de la solicitud presentada por un administrado mediante la emisión de un acto administrativo. Conforme señala un sector de la doctrina nacional, este constituye el verdadero procedimiento administrativo, el cual sirve como un mecanismo de control de las actividades sociales y económicas de la población, en la medida que el pedido del administrado queda a la espera de lo que resuelva la autoridad, luego de realizadas las respectivas

etapas de instrucción, substanciación y probanza (Morón, 2017, pp. 226 y 274).

En tal sentido, el artículo 38 del TUO de la LPAG establece que el plazo máximo para emitir pronunciamiento es de treinta (30) días hábiles, computado desde el inicio del procedimiento hasta que se dicte el acto administrativo o resolución respectiva, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

De lo anterior, es correcto decir que el procedimiento de evaluación previa es aquel por el cual la entidad se encarga de evaluar la solicitud presentada, a fin de determinar la viabilidad o improcedencia de esta, en un plazo determinado; y, que ante la omisión de pronunciamiento expreso por parte de la entidad puede configurarse el silencio administrativo positivo o negativo, excluyentemente.

## IV. PROCEDIMIENTOS ESTANDARIZADOS

En línea con la políticas de simplificación administrativa, el Decreto Legislativo Nº 1272 ha incorporado el artículo 36-A en la LPAG (artículo 40 del TUO de la LPAG) mediante el cual se reguló el régimen de los procedimientos administrativos estandarizados obligatorios, señalándose que mediante Decreto Supremo, refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros (en lo sucesivo, la PCM), el Poder Ejecutivo podría aprobar procedimientos estandarizados de obligatoria aplicación por parte de la entidades competentes para su tramitación, no pudiendo estas modificarlos o alterarlos.

Esto quiere decir que el Poder Ejecutivo tiene la facultad de estandarizar procedimientos especiales, cuyo conocimiento y resolución es de competencia de varias entidades. Ello, mediante la regulación uniforme de los requisitos, las etapas, los silencios y otros aspectos adjetivos.

Este esfuerzo por la estandarización no es nuevo. La PCM ha venido trabajando en la elaboración de Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA) modelo. Así, en el 2015 se aprobó la Resolución Ministerial Nº 088-2015-PCM, por el cual se aprueba el TUPA modelo de los procedimientos administrativos de licencia de funcionamiento e inspecciones técnicas de seguridad en edificaciones para las municipalidades provinciales y distritales[3].

Ahora bien, el mismo artículo 36-A de la LPAG dispone que, una vez que la PCM aprueba un procedimiento estandarizado, las entidades competentes de su tramitación están obligadas de incorporarlo en sus TUPA institucionales, dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a su entrada en vigencia, bajo apercibimiento de responsabilidad administrativa.

Ello se encuentra en línea con la naturaleza de los TUPA de constituir únicamente documentos de gestión institucional que recoge los procedimientos administrativos de competencia de la entidad, previamente

3 Asimismo, a nivel legislativo existen dispositivos legales que han establecido procedimientos estándares especiales, como es el caso de la Ley Nº 29022, Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, cuyo artículo 5 señala que: "[L]os permisos sectoriales, regionales, municipales, o de carácter administrativo en general, que se requieran para instalar en propiedad pública o privada la infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones se sujetan a un procedimiento administrativo de aprobación automática, debiendo presentar un plan de trabajo de obras públicas, de acuerdo a las condiciones, procedimientos y requisitos que se establezcan en las normas reglamentarias o complementarias de la presente Ley".

regulados mediante el dispositivo respectivo. En tal sentido, los TUPA no tienen naturaleza normativa o regulatoria en el sentido que no crean, modifican, o regulan procedimientos y sus requisitos. Además, se ha previsto que la omisión de actualizar los TUPA por parte de las entidades, tiene como consecuencia la aplicación respecto a responsabilidad administrativa.

Las entidades encargadas de aplicar un procedimiento estandarizado aprobado por el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 36-A, solo tendrán la facultad de decidir: i) la unidad de trámite documentario o la que haga sus veces para dar inicio al procedimiento administrativo; ii) la autoridad competente para resolver el procedimiento administrativo y la unidad orgánica a la que pertenece; y, (iii) la autoridad competente que resuelve los recursos administrativos.

Por su parte, el párrafo 51.7 del artículo 51.7 del TUO de la LPAG (según texto modificado por el Decreto Legislativo Nº 1272), establece que el Poder Ejecutivo también podrá aprobar derechos de tramitación para los procedimientos administrativos estandarizados. Dichos derechos deben ser aprobados por decreto supremo refrendado por los titulares de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Economía y Finanzas, en concordancia con lo estipulado en el artículo 74 de la Constitución Política del Perú y la Norma IV del Código Tributario.

Como comentario final sobre este tópico, cabe señalar que la estandarización de procedimientos administrativos no solo tiene como fundamento el principio de simplicidad a efectos de establecer trámites sencillos, sino el principio de uniformidad por el cual corresponde que la Administración Pública establezca requisitos similares para trámites similares, siendo que cualquier diferenciación debe basarse en criterios objetivos debidamente sustentados. En efecto, es incongruente con el concepto de Estado unitario –como es el Estado peruano– que el mismo trámite para la provisión de un título habilitante o para la prestación de un servicio estatal, esté sometido a requisitos y procedimientos distintos o disímiles, debido a que presentado en entidades con distinta jurisdicción territorial subnacional.

## V. SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo se encuentra íntimamente ligado al derecho de petición administrativa, recogido en el artículo 115 del TUO de la LPAG, en virtud del cual cualquier administrado, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

Al respecto, sobre el derecho de petición, el Tribunal Constitucional ha desarrollado lo siguiente:

> La Constitución Política del Perú (artículo 2, inciso 20) reconoce el derecho fundamental de toda persona "a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad". En el caso del derecho de petición, su contenido esencial está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primero es el relacionado estrictamente con **la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la**

> **autoridad competente; y el segundo, unido irremediablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante**. (STC Exp. Nº 00120-2011-PA/TC, f. j. 2, el resaltado es agregado)
>
> [E]l derecho de petición previsto en el artículo 2, inciso 20, de la Constitución Política del Estado consiste en aquel que tiene toda persona a formular peticiones, individual o colectivamente, ante **la autoridad competente, por escrito, la cual está obligada a dar al interesado una respuesta, también escrita, dentro del plazo legal, independientemente de que la respuesta sea favorable o desfavorable**. (STC Exp. Nº 00872-1999-AA/TC, f. j. 2, el resaltado es agregado)

Cierto sector de la doctrina nacional ha señalado que

> [F]rente al derecho fundamental de petición, que hasta los monarcas más absolutos otorgaban, surge como contraparte el silencio administrativo como adecuada tutela del ciudadano frente a la inactividad procesal de la administración, previéndose para la hipótesis de que no haya una respuesta expresa, determinándose consecuencias jurídicas. (Ochoa, s/f, p. 74)

De esta manera, el silencio administrativo ha sido concebido como aquella técnica que, operando en garantía del administrado en el marco de un procedimiento administrativo de evaluación previa, tiene el efecto de otorgar una consecuencia jurídica por el vencimiento del plazo sin que la autoridad competente haya emitido pronunciamiento expreso resolviendo lo pedido. Esta consecuencia será considerar denegada o aprobada de manera ficta la petición de fondo planteada por el administrado (v. g. el otorgamiento de un título habilitante) (ver al respecto, Gamero & Fernández, 2015, p. 409 y Guzmán, 2015, p. 543).

Este pronunciamiento ficto constituido por el silencio administrativo tiene dos modalidades, el primero es el silencio administrativo positivo (SAP) y el segundo el silencio administrativo negativo (SAN).

En esa línea, cabe señalar que el Decreto Legislativo Nº 1272 derogó la Ley Nº 29060, Ley del Silencio Administrativo y, a su vez, incorporó a la LPAG los artículos 33, 33-A, 33-B y 34 que regulan el silencio administrativo, que en la actualidad son los artículos 34, 35, 36 y 37 del TUO de la LPAG.

### 1. Sobre el silencio administrativo positivo

Tanto la derogada Ley Nº 29060 como el TUO de la LPAG establecen que con el SAP, el procedimiento administrativo se considera automáticamente aprobado, si al vencimiento del plazo máximo establecido, la entidad no hubiera cumplido con pronunciarse sobre lo solicitado. De esta manera, el SAP tiene la virtud de sustituir la capacidad resolutiva de la entidad competente, por el mandato superior de la ley, en el sentido de que el ciudadano queda autorizado para ejercer aquello que solicitó, mientras que los terceros y la propia entidad deben de respetar esa situación favorable del ciudadano (Salazar, 2003, pp. X-4).

Ahora bien, es importante hacer un cuadro comparativo para advertir cuál fue la modificación sustancial respecto de los supuestos para la aplicación del SAP, introducida por el Decreto Legislativo Nº 1272 con relación a la derogada Ley Nº 29060.

| CUADRO 1. MODIFICACIÓN DE LA FIGURA DEL SAP EN LA LPAG | |
|---|---|
| **Ley Nº 29060 (art. 1)** | **LPAG modificada por el Decreto Legislativo Nº 1272 (art. 33)** |
| a. Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final. | a. Todos los procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio administrativo negativo taxativo contemplado en el artículo 34. |
| b. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores, siempre que no se encuentren contemplados en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final. | b. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo. |
| c. Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos. | |

Como se puede advertir del Cuadro anterior, la nueva regulación de la LPAG ha reducido a dos supuestos la aplicación del SAP. Sin embargo, lo más resaltante de esta modificación es que el primer supuesto ha consagrado la institución del SAP como regla general, toda vez que se encontrarán bajo esta figura jurídica todos aquellos procedimientos administrativos de evaluación previa que no se hayan regulado expresamente como SAN. En otras palabras, se puede afirmar que el SAP es la regla general, mientras que el SAN es la excepción. Esto cobra relevancia si se tiene en cuenta la forma restrictiva en que el legislador ha optado para regular la institución jurídica del SAN en los procedimientos administrativos especiales, de acuerdo a la modificación operada por el Decreto Legislativo Nº 1272, que será abordado en líneas adelante.

El segundo supuesto también ha sufrido una modificación sustancial. En efecto, con la Ley Nº 29060 se aplicaba el SAP a todos los procedimientos recursivos destinados a impugnar una desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores, salvo que dichos procedimientos se encontraran en los supuestos del SAN, contemplados en el mismo dispositivo legal[4]. En cambio, con la modificación operada por el Decreto Legislativo Nº 1272, si en la instancia anterior la autoridad no se pronuncia dentro del plazo y el solicitante opta por el SAN –debido a que la materia de su procedimiento se encuentra en los supuestos de esta figura y porque así lo ha contemplado la Administración Pública en la norma que regula el procedimiento especial–, entonces en la instancia recursiva el superior jerárquico debe pronunciarse en el plazo, caso contrario el administrado podrá acogerse en esta instancia al SAP, independientemente de que en el fondo la materia pudiera calzar por su trascendencia dentro del SAN conforme a lo establecido en la LPAG. Como se puede apreciar, esta regla es proadministrado en línea con la simplificación administrativa, toda vez que excluye

4 Así por ejemplo, si en primera instancia se denegaba la solicitud de una autorización para la apertura de un establecimiento dedicado a la venta de medicamentos y este acto administrativo desestimatorio se apelaba, entonces en el procedimiento recursivo la figura aplicable sería el SAN frente a la inactividad de la instancia de pronunciarse en el plazo, con lo cual se podría dar por agotada la vía administrativa.

la posibilidad de que se cargue al solicitante con la aplicación de un doble SAN (en primera y segunda instancia administrativa).

Ahora bien, de la aplicación de este segundo supuesto se pueden apreciar dos posibles consecuencias prácticas en las relaciones entre las instancias:

a) Si la primera instancia no resuelve dentro del plazo y el administrado opta por el SAN, conforme a lo regulado en dicho procedimiento especial, entonces la instancia recursiva se encontrará constreñida de resolver dentro del plazo, toda vez que caso contrario podría terminar beneficiando con el SAP a un administrado cuya actividad es de tal relevancia social que de ordinario está regulado con el SAN, conforme a lo establecido en la LPAG.

b) A efectos de evitar la aplicación del SAP en segunda instancia y la consiguiente responsabilidad administrativa, el superior jerárquico que resuelvan los recursos administrativos, exhortará a la autoridad de primera instancia para que se pronuncie dentro del plazo, denegando o estimando el pedido de manera expresa. Y así evitar la aplicación del SAP en la instancia recursiva.

A propósito de este escenario, se puede apreciar que la aplicación del SAP en la instancia recursiva no será de aplicación cuando la desestimación de la solicitud derive de un pronunciamiento expreso de la autoridad de primera instancia, sino solo cuando, producto de su inactividad, el administrado opte por el SAN.

Ahora bien, como se sabe, los actos administrativos emitidos por la Administración Pública, por impulso de parte, son susceptible de fiscalización posterior, en aplicación del numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar y el artículo 33 del TUO de la LPAG[5]

5 1.16. Principio de privilegio de controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

Artículo 33.- Fiscalización posterior

33.1 Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento de aprobación automática, evaluación previa o haya recibido la documentación a que se refiere el artículo 47; queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado.

33.2 Tratándose de los procedimientos de aprobación automática y en los de evaluación previa en los que ha operado el silencio administrativo positivo, la fiscalización comprende no menos del diez por ciento (10 %) de todos los expedientes, con un máximo de ciento cincuenta (150) expedientes por semestre. Esta cantidad puede incrementarse teniendo en cuenta el impacto que en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana pueda conllevar la ocurrencia de fraude o falsedad en la información, documentación o declaración presentadas. Dicha fiscalización debe efectuarse semestralmente de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto dicta la Presidencia del Consejo de Ministros.

33.3 En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a declarar la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento; e imponer a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa en favor de la entidad de entre cinco (5) y diez (10) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago; y, además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, ésta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.

33.4 Como resultado de la fiscalización posterior, la relación de administrados que hubieren presentado declaraciones, información o documentos falsos o fraudulentos al amparo de procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa, es publicada trimestralmente por la Central de Riesgo Administrativo, a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, consignando el Documento Nacional de Identidad o el Registro Único de Contribuyente y la dependencia ante la cual presentaron dicha información. Las entidades deben elaborar y remitir la indicada relación a la Central de Riesgo Administrativo, siguiendo los lineamientos vigentes sobre la materia. Las entidades están obligadas a incluir de manera automática en sus acciones de fiscalización posterior todos los procedimientos iniciados por los administrados incluidos en la relación de Central de Riesgo Administrativo.

y en concordancia con el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 096-2007-PCM, que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado.

En el marco de lo precitado, la Administración Pública se encuentra expedita de declarar la nulidad de oficio de sus actos administrativos, cuando estos son considerados no válidos al incurrirse en supuestos de vicios de nulidad, según lo previsto en los artículos 8, 9 y 10 del TUO de la LPAG. En tales casos, la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro, de conformidad con el artículo 12 del TUO de la LPAG.

En esa línea, el artículo 197 del TUO de la LPAG otorga al SAP la categoría de acto administrativo ficto que pone fin al procedimiento emanado por la autoridad competente, señalando además, que ello implica la potestad la autoridad declarar su nulidad de oficio, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 211 del TUO de la LPAG.

### 2. Sobre el silencio administrativo negativo

En virtud del SAN, el administrado puede considerar rechazada su solicitud, si la entidad no hubiera emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo legal establecido, quedando el administrado habilitado para la interposición del recurso administrativo respectivo o la interposición de la demanda contenciosa administrativa. Sin embargo, al tratarse de una figura en garantía del administrado, no existe óbice para que el Administrado decida esperar el pronunciamiento de la entidad y no optar por el SAN.

Al respecto, la regulación del SAN se encuentra en el artículo 37 del TUO de la LPAG, en la cual se señala lo siguiente:

**Artículo 37.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo**

37.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida 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 cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Las entidades deben sustentar técnicamente que cumplen con lo señalado en el presente párrafo.

Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente de Consejo de Ministros, se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público, corresponde la aplicación de silencio administrativo negativo.

37.2 Asimismo, es de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.

37.3 En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se rige por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplica el Código Tributario.

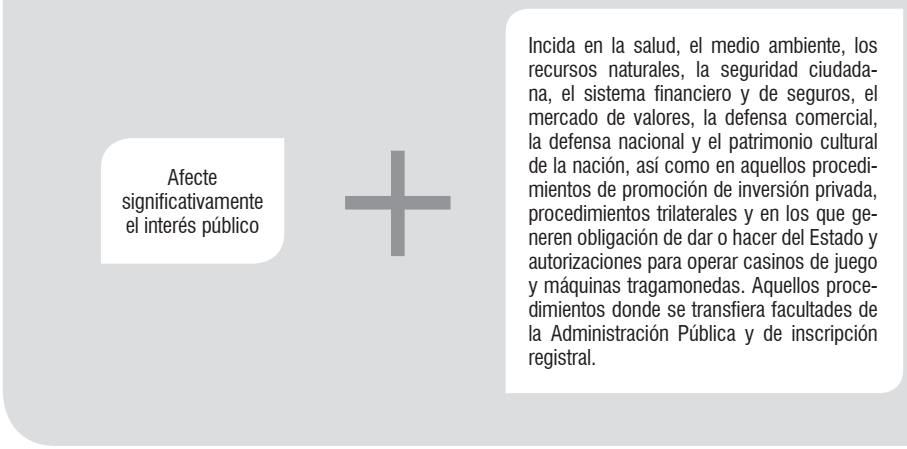
37.4 Las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su Texto Único de Procedimientos Administrativos los procedimientos administrativos

señalados, con excepción de los procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado, cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general.

Como se puede advertir de la norma citada, la aplicación del SAN en los procedimientos administrativos es de carácter excepcional y de índole restrictivo. La decisión de la Administración Pública para adoptar el SAN debe estar vinculada a una afectación directa y "significativa" al interés público que subyace al desarrollo de las actividades como salud, medioambiente, recursos naturales u otros, puesto que aun en estos temas si las autoridades encuentran supuestos que no exponen significativamente tal interés, puede ser calificado como positivo[6].

Con la modificación operada por el Decreto Legislativo Nº 1272 se establece claramente que se requiere dos elementos de manera copulativa para que se pueda regular determinado procedimiento como el SAN. El primero, que se sustente la posible afectación significativa al interés público. Y el segundo, que el procedimiento se trate de alguna de las materias que con característica de listado cerrado se describe en el párrafo 37.1 del artículo 37 del TUO de la LPAG (v. g. salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, etc.). El gráfico siguiente resume lo señalado:

**GRÁFICO 1. PRESUPUESTOS PARA REGULAR UN PROCEDIMIENTO COMO EL SAN**




6 Como señala Bartra Cavero (2008, pp. 150-153). Al respecto, el referido autor señala que:
Como esta provisión legal puede admitir una interpretación abierta, la Administración debe emplearla de manera restrictiva, entendiéndose que solo puede aplicarse silencio administrativo en aquellos asuntos de interés público (…) relacionados con los temas indicados. Asimismo, no todos los temas indicados generan per se la aplicación del silencio administrativo negativo.

La LPAG habilita a que solamente mediante decreto supremo, refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros, se pueda ampliar las materias sobre las cuales se puede regular procedimientos administrativos con SAN, siempre que se cumpla con el elemento de la afectación significativa del interés público. Esta incorporación nos parece importante porque si bien se requiere, por seguridad jurídica, que mediante ley cierta y previa se determine las materias para la aplicación del SAN; tampoco es menos cierto que la realidad es cambiante y que se requiere una respuesta célere frente a ello, por lo que el Decreto Supremo cumple con el carácter de ser una norma cierta y previa, para ampliar las otras materias a las que se puede aplicar el SAN. Ello, sin perjuicio de que el Congreso de la República pueda ejercer su potestad legislativa y modificar directamente la LPAG para incorporar otras materias, a cuyos procedimientos les pueda resultar aplicable el SAN.

Finalmente, otro elemento que va en consonancia con su naturaleza excepcional, es la disposición por la cual se exige a la Entidad a "sustentar técnicamente que [su procedimiento] cumple" con la afectación significativa al interés público y que se refiere a alguna de las materias taxativas a las que se ha hecho referencia. Este sustento técnico no es otro que el realizado en la Exposición de Motivos elaborada para la aprobación del reglamento que establece el procedimiento administrativo con SAN.

La elaboración de este sustento técnico se encuentra dentro de una práctica más amplia denominada Análisis de Calidad Regulatoria, en la cual se analiza el costo-beneficio, necesidad, efectividad y proporcionalidad de las disposiciones normativas, cuyo incumplimiento podría resultar en una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo 1310, Decreto Legislativo que establece medida adicionales de Simplificación Administrativa.

## VI. OMISIÓN DE INCORPORAR PROCEDIMIENTOS EN EL TUPA, Y QUÉ SILENCIO ADMINISTRATIVO CORRESPONDE APLICAR EN ESTOS CASOS

Conforme al párrafo 39.1 del artículo 39 del TUO de la LPAG, los procedimientos (v.g. clasificación de los procedimientos, silencios, plazos, etc.), requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por ordenanza regional, ordenanza municipal o decisión del titular de los organismos constitucionalmente autónomos, según su naturaleza. Asimismo, dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), aprobados para cada entidad, precisándose que este no puede crear procedimientos ni establecer nuevos requisitos a los previstos en las normas que crean los procedimientos, salvo solo lo relativo a la determinación de la tasa por derecho de tramitación.

Por su parte, el párrafo 39.2 del artículo 39 del TUO de la LPAG señala que las entidades solo pueden exigir a los administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos, el suministro de información o el pago por derechos de tramitación, siempre que cumpla con ser aprobados mediante el dispositivo legal idóneo para ello (v. g. decreto supremo, ordenanza municipal, etc.) y que el procedimiento sea incorporado en el TUPA, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior.

La eliminación de procedimientos, requisitos o la simplificación de los procedimientos se efectúa mediante resolución ministerial, norma regional de rango equivalente o decreto de alcaldía, según se trate de entidades dependientes del Gobierno

central, gobiernos regionales o locales, respectivamente.

Ahora bien, el TUPA constituye únicamente un documento de gestión, creado para brindar a los administrados la información sobre los procedimientos administrativos que se tramitan ante las entidades (v. g. requisitos, silencios, costos y plazos). En otras palabras, compila los procedimientos administrativos y servicios exclusivos que brinda una entidad pública. Este documento debe estar a disposición de los ciudadanos de acuerdo a ley, para que puedan iniciar los procedimientos que consideren pertinentes en igualdad de condiciones y con suficiente información. Su importancia radica en que ordena de manera homogénea un conjunto de trámites que son brindados por las instituciones públicas, precisa su tiempo y costo, reduce la discrecionalidad y parcialidad de los funcionarios y permite agilizar diversos trámites que los usuarios deben realizar. En tal sentido, el TUPA brinda claridad sobre las acciones que deben tomar los administrados para realizar la gestión ante la entidad respectiva (Peraltilla, 2009, p. 9)[7].

En esa línea, conforme a los Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Simplificación Administrativa, aprobada por la Resolución Nº 274-2007/CAM-INDECOPI[8] emitida por la ahora denominada Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, el TUPA de una entidad pública es el documento informativo de los procedimientos a cargo de cada entidad que debe estar a disposición de los ciudadanos en la forma prevista en la LPAG.

El TUPA debe ser aprobado o modificado por Decreto Supremo del sector, por la norma de máximo nivel de las autoridades regionales, por Ordenanza Municipal, o por Resolución del Titular de organismo constitucionalmente autónomo, según el nivel de gobierno respectivo, en aplicación del numeral 38.1 del artículo 38 de la LPAG.

Solo la modificación del TUPA que no implique la inclusión de nuevos procedimientos, incremento de derechos de tramitación o requisitos, debe realizarse por resolución ministerial del sector, norma regional de rango equivalente o decreto de alcaldía, o

7 Al respecto, el artículo 24 del TUO de la LPAG prevé que los TUPA contienen lo siguiente:

1. Todos los procedimientos de iniciativa de parte requeridos por los administrados para satisfacer sus intereses o derechos mediante el pronunciamiento de cualquier órgano de la entidad, siempre que esa exigencia cuente con respaldo legal, el cual deberá consignarse expresamente en el TUPA con indicación de la fecha de publicación en el diario oficial.
2. La descripción clara y taxativa de todos los requisitos exigidos para la realización completa de cada procedimiento, los cuales deben ser establecidos conforme a lo previsto en el numeral anterior.
3. La calificación de cada procedimiento según corresponda entre procedimientos de evaluación previa o de aprobación automática.
4. En el caso de procedimientos de evaluación previa si el silencio administrativo aplicable es negativo o positivo.
5. Los supuestos en que procede el pago de derechos de tramitación, con indicación de su monto y forma de pago. El monto de los derechos se expresa publicándose en la entidad en moneda de curso legal.
6. Las vías de recepción adecuadas para acceder a los procedimientos contenidos en los TUPA, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 125 y siguientes de la presente Ley.
7. La autoridad competente para resolver en cada instancia del procedimiento y los recursos a interponerse para acceder a ellas.
8. Los formularios que sean empleados durante la tramitación del respectivo procedimiento administrativo.

8 Actualmente, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) es el órgano del Indecopi encargado de velar por la eliminación de los actos y las disposiciones de la Administración Pública que constituyan barreras burocráticas que obstaculicen o impidan irracionalmente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y; contribuye a la simplificación administrativa mediante el control posterior de las normas y disposiciones a favor de los ciudadanos.

por resolución del titular del organismo autónomo, según el nivel de gobierno respectivo.

En los casos en que por Ley, Decreto Legislativo y demás normas de alcance general, se establezcan o se modifiquen los "requisitos, plazo o silencio administrativo" aplicables a los procedimientos administrativos –acorde con el numeral 39.1 del artículo 39 del TUO de la LPAG que señala que los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía–, las entidades de la Administración Pública están obligadas a realizar las modificaciones correspondientes en sus respectivos TUPA, en un plazo máximo de 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la norma que establece o modifica los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos.

Bajo este contexto, se concluye que todo procedimiento administrativo a iniciativa de parte, ante una entidad pública exige que los requisitos, condiciones, costos y demás consideraciones (v. g. silencios administrativos) se encuentren contemplados en un Decreto Supremo o norma de mayor jerarquía. Y a la vez, es un requisito necesario, que tal dispositivo se instrumentalice a través de la incorporación del procedimiento en el TUPA de la entidad, que en el caso del Poder Ejecutivo debe ser aprobado por Decreto Supremo del sector competente.

En el supuesto que se omita un procedimiento administrativo en el TUPA de una entidad pública, debe considerarse las consecuencias previstas en el artículo 56 del TUO de la LPAG, que se cita a continuación:

> Artículo 56.- Régimen de entidades sin Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente
>
> 56.1 Cuando la entidad no cumpla con publicar su Texto Único de Procedimientos Administrativos, o lo publique omitiendo procedimientos, los administrados, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad de la autoridad infractora, quedan sujetos al siguiente régimen:
>
> 1. Respecto de los procedimientos administrativos que corresponde ser aprobados automáticamente o que se encuentran sujetos a silencio administrativo positivo, los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciar ese procedimiento para obtener la autorización previa, para realizar su actividad profesional, social, económica o laboral, sin ser pasibles de sanciones por el libre desarrollo de tales actividades. La suspensión de esta prerrogativa de la autoridad concluye a partir del día siguiente de la publicación del TUPA, sin efecto retroactivo.
>
> 2. Respecto de las demás materias sujetas a procedimiento de evaluación previa, se sigue el régimen previsto en cada caso por este Capítulo.
>
> 56.2 El incumplimiento de las obligaciones de aprobar y publicar los Texto Único de Procedimientos, genera las siguientes consecuencias:
>
> 1. Para la entidad, la suspensión de sus facultades de exigir al administrado la tramitación del procedimiento administrativo, la presentación de requisitos o el pago del derecho de tramitación, para el desarrollo de sus actividades.
>
> 2. Para los funcionarios responsables de la aplicación de las disposiciones de la presente ley y las normas reglamentarias respectivas, constituye una falta disciplinaria grave.

Con base en lo desarrollado hasta este punto, se puede analizar dos escenarios relacionados con la aplicación de los silencios administrativos. El primero, en el cual la

Administración Pública cumple con aprobar el procedimiento administrativo mediante la norma respectiva y lo incorpora en el TUPA de la entidad. Y el segundo, en el cual se regula el procedimiento mediante el dispositivo normativo correspondiente, pero se omite incluirlo en el TUPA de la entidad o se omite aprobar dicho TUPA.

En el primer escenario, tanto para los procedimientos de aprobación automática como para los procedimientos de evaluación previa, la entidad podrá exigir el inicio del procedimiento administrativo correspondiente, el cumplimiento de los requisitos y el pago de los costos administrativos por la tramitación del procedimiento, conforme al artículo 39 del TUO de la LPAG. En tal sentido, también se podrá aplicar el silencio administrativo que corresponda, según haya sido aprobado por la entidad y contenido en el TUPA.

Sobre este escenario y su relación con los silencios administrativos, la Administración Pública tiene la facultad de aprobar sus procedimientos, optando por regular la aplicación del SAP o del SAN, según corresponda. De esta manera, la regla general será reglamentar los procedimientos de evaluación previa aplicando el SAP, y solo por excepción –y de manera motivada– regular la aplicación del SAN cuando dichos procedimientos de evaluación previa se refieran a materias que afecten significativamente el interés público, conforme a lo señalado en el subacápite b) de la sección 5 del presente artículo.

Lo anterior se ve corroborado por la Sétima Disposición Complementaria Transitoria del TUO de la LPAG, que recogiendo una Dispocisión Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 1272, un plazo de ciento veinte (120) días, contado desde la vigencia de dicho decreto legislativo, las entidades deben justificar ante la Presidencia del Consejo de Ministros los procedimientos que requieren la aplicación de silencio negativo, previsto en el artículo 37 del presente Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444.

Una vez que la Administración Pública ha regulado sus procedimientos con SAP o SAN, la aplicación de dichos silencios en un procedimiento concreto es enteramente facultad del administrado a favor de quién se configure el silencio respectivo, quien podrá ejercerlo conforme a sus intereses. Ello, tomando en cuenta –como se señaló anteriormente– que los silencios administrativos son figuras procedimentales que operan en garantía del administrado frente a la inacción de la Administración Pública en el trámite de un procedimiento de evaluación previa.

Ahora bien, en el segundo escenario, se presenta dos tratamientos diferenciados, dependiendo si el procedimiento es de aprobación automática o sujeto al SAP; o si es uno de evaluación previa.

Cuando el procedimiento es calificado de aprobación automática o de evaluación previa sujeto al SAP, la entidad no podrá exigir al administrado que inicie el procedimiento administrativo regulado, es decir, que presente una solicitud y, por ende, que cumpla los requisitos previstos en la norma que regula el procedimiento. En otras palabras, el administrado está liberado de iniciar el procedimiento que lo habilite para ejercer una actividad profesional, social, económica o laboral.

Lo anterior va en la línea del inciso 1 del párrafo 56.2 del artículo 56 del TUO de la LPAG que prescribe que:

> El incumplimiento de las obligaciones de aprobar y publicar los Texto Único de Procedimientos, genera [p]ara la entidad, la suspensión de sus facultades de exigir al administrado la tramitación del procedimiento administrativo, la presentación de requisitos o el pago del derecho

> de tramitación, para el desarrollo de sus actividades.

Si, por otra parte, el procedimiento es calificado de evaluación previa sujeto al SAN, pero no se incorpora en el TUPA, es de aplicación el numeral 2 del párrafo 56.2 del artículo 56 del TUO de la LPAG. En este supuesto –a diferencia del procedimiento aprobación automática y de evaluación previa sujeto al SAP– no se exime expresamente al Administrado del deber de iniciar el procedimiento administrativo que habilite a ejercer una actividad profesional, social, económica o laboral. Es decir, se exige a dicho Administrado el inicio del procedimiento a través de una petición administrativa; sin embargo, en aplicación del artículo 39 del TUO de la LPAG, la Administración no podrá exigir el cumplimiento de un procedimiento en particular, trámite o requisito, la presentación de documentos, el suministro de información o el pago por derechos de tramitación que no consten en dicho TUPA para la admisión de la solicitud.

En este contexto, con relación a la aplicación del silencio administrativo en este segundo escenario, consideramos que resultaría de aplicación el SAP por haberse omitido incluir el procedimiento en el TUPA de la entidad o haberse omitido aprobar este documento de gestión, independientemente que la norma que crea y regula dicho procedimiento señale que resulta de aplicación el SAN, debido a una supuesta afectación significativa al interés público. Esta conclusión se encuentra en línea con el carácter de regla general que la modificación de la LPAG –producida con el Decreto Legislativo Nº 1272– ha otorgado de manera categórica a la aplicación de la figura procedimental del SAP, mientras que el SAN se ha regulado como una institución residual y excepcional.

En efecto, como se ha señalado anteriormente, si bien la entidad tiene la facultad de aprobar sus procedimientos, optando por regularlos con el SAN o el SAP, también es cierto que la aprobación y publicación del TUPA de una entidad (que contiene los procedimientos administrativos de parte, plazos, tasas, clases de procedimientos, silencios, etc.) tiene un fuerte componente de interés público a favor de la sociedad frente al poder del Estado, toda vez que la publicidad y ordenación de los procedimientos a través del TUPA –conforme a su naturaleza de ser un documento de gestión– reduce la arbitrariedad y parcialidad que está proscrita en un Estado democrático de derecho.

En efecto, la fuente que sustenta el alto interés público que significa la publicación de los TUPA –conteniendo los requisitos, silencios administrativos aplicables, etc.– se encuentra en el principio de predictibilidad en virtud del cual:

> [L]a autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

En ese sentido, conforme al artículo 39 del TUO de la LPAG, el legislador ha considerado que dicha predictibilidad no solo se asegura con la aprobación y publicación de la norma que aprueba el procedimiento (v. g. clases, plazos, requisitos, silencios, etc.), sino que además es necesario que dicho procedimiento y sus condiciones sean compendiados y sistematizados en un TUPA de la entidad, aprobado con el dispositivo normativo correspondiente.

Sobre este punto, cierto sector de la doctrina nacional ha señalado sobre el principio de predictibilidad lo siguiente:

> La aplicación de este principio involucra que el suministro de cualquier

> información a los ciudadanos sobre secuencias del procedimiento, competencias administrativas, tasas o derechos de trámite, criterios administrativos anteriores, entre otros, permitan a los ciudadanos anticiparse y planificar sus actividades (…). Para ello, en principio, la Ley incorpora algunas reglas que refuerzan la predictibilidad a través de (…) la delimitación de la discrecionalidad para calificar los procedimientos en los TUPA (art. 31 y ss) (…) la difusión de requisitos y demás reglas de los procedimientos en los TUPAs, etc. (Morón, 2017, pp. 96 y 97).

En línea con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha merituado que la protección del principio de seguridad jurídica (íntimamente relacionado con el principio de predictibilidad), tiene relevancia constitucional en un Estado constitucional de derecho, a efectos de evitar la arbitrariedad del Estado frente a los ciudadanos, tal como se aprecia de la cita siguiente:

> **El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad**. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, f. j. 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal. (STC Exp. Nº 00016-2002-AI/TC, ff. jj. 2 y 3, el resaltado es nuestro)

Una interpretación contraria a la desarrollada, implicaría vaciar de contenido la funcionalidad del TUPA para generar predictibilidad (seguridad jurídica) a favor de los Administrados frente a la arbitrariedad del Estado. En efecto, si se acepta que la entidad pública puede exigir la aplicación del SAN en un procedimiento particular debido a una alegada afectación significativa al interés público (v. g. la salud pública), sin haber cumplido con incorporar previamente dicho procedimiento y el silencio aplicable en el TUPA, ello desincentivaría que la Administración Pública cumpla con su deber de aprobar y publicar dicho TUPA de manera idónea, completa y oportuna a favor de los Administrados y con la diligencia debida, lo cual como se ha señalado tiene como interés público la protección del Principio de Seguridad Jurídica.

Ahora bien, ante la ausencia u omisión de un procedimiento en el TUPA que contenga un *iter* procedimental especial –hecho que como se ha señalado resulta imputable a la Administración–, dicho procedimiento debe vializarse mediante el "*iter* procedimental general", integrado de manera supletoria bajo las disposiciones de la LPAG y al amparo del Derecho de Petición contemplado en el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993. Así, el citado procedimiento concluirá con la emisión y notificación del acto administrativo autorizante, con efectos jurídicos individualizados a los administrados solicitantes, en un plazo de 30 días hábiles en virtud

a lo previsto en el artículo 38 del TUO de la LPAG.

Ahora bien, la tesis sostenida no significa que el interés público propio de un procedimiento regulado con SAN caiga en indefensión. En efecto, frente a la aplicación del SAP por omisión de incorporar en el TUPA el procedimiento regulado con SAN, la entidad pública se encuentra facultada de ejercer su facultad de fiscalización posterior, privilegio de los controles posteriores y facultad sancionadora, a fin de verificar y realizar el control de la autenticidad, fehaciencia y oportunidad de las declaraciones, los documentos e información proporcionada por el Administrado, de conformidad con el numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar.

En este marco, dicha entidad podrá declarar la nulidad de oficio del SAP, toda vez que para todos los efectos es considerado un acto administrativo ficto, conforme a lo prescrito en el párrafo 197.2 del artículo 197 del TUO de la LPAG que señala lo siguiente: "El silencio positivo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 211 de la presente Ley".

En efecto, es posible tutelar efectivamente el derecho de los administrados cuando la Administración Pública incumple su deber de aprobar el TUPA o incorporar los procedimientos a su cargo en el TUPA; sin que ello signifique una situación de perjuicio a la sociedad por la aplicación de la regla general constituida por el SAP, debido a que: i) primero, la Administración tiene el deber de pronunciarse dentro del plazo, con lo cual evita la aplicación del SAP; y, ii) segundo, incluso si no cumple con este deber de pronunciarse en el plazo, el SAP, como acto administrativo ficto, puede ser evaluado y ser declarado nulo de oficio inmediatamente, si se advierte que se vulnera el ordenamiento jurídico.

## CONCLUSIONES

La eficiencia y eficacia de la Administración Pública para la tramitación de los procedimientos administrativos a su cargo, entendidos como una técnica administrativa, se basa en el principio constitucional de buena administración.

La definición, en sentido restringido, del procedimiento administrativo se refiere al conjunto de trámites o actuaciones instrumentales que tienen como fin la emisión de un acto administrativo o decisión administrativa. De esta manera, los procedimientos administrativos tienen una doble finalidad: i) supone la existencia de reglas procedimentales previas, evitándose la arbitrariedad y, sobre todo, la corrupción por falta de reglas claras; y, ii) puede controlar la legalidad para el ejercicio de una actividad profesional, económica o social mediante el otorgamiento de actos administrativos habilitantes.

Con la modificación de la LPAG mediante el Decreto Legislativo Nº 1272, se ha otorgado al Poder Ejecutivo, en virtud del principio de simplicidad y el principio de uniformidad, facultades para aprobar procedimientos estandarizados de obligatoria aplicación por parte de las entidades competentes para su tramitación, no pudiendo modificarlos o alterarlos. Esto quiere decir que mediante la estandarización se podrá uniformizar los requisitos, las etapas, los silencios y otros aspectos adjetivos de los procedimientos administrativos que son tramitados por dos o más entidades de la Administración Pública (v. g. gobiernos locales).

Con relación a los silencios administrativos, constituye la técnica administrativa que, operando en garantía del administrado en el marco de un procedimiento administrativo de evaluación previa, tiene el efecto de otorgar una consecuencia jurídica por el vencimiento del plazo sin que la autoridad competente haya emitido pronunciamiento expreso

resolviendo lo pedido, pudiéndose considerarlo estimado (SAP) o desestimado (SAN).

Sobre el SAP, lo más resaltante de la modificación operada mediante Decreto Legislativo Nº 1272 es que el primer supuesto ha consagrado la institución del SAP como regla general, toda vez que se encontrarán bajo esta figura jurídica todos aquellos procedimientos administrativos de evaluación previa que no se hayan regulado expresamente como SAN. En otras palabras, se puede afirmar que el SAP es la regla general, mientras que el SAN es la excepción. Con relación al segundo supuesto se señala que si en la instancia anterior la autoridad no se pronuncia dentro del plazo y el solicitante opta por el SAN –debido a que la materia de su procedimiento se encuentra en los supuestos de esta figura y porque así lo ha contemplado la Administración Pública en la norma que regula el procedimiento especial–, entonces en la instancia recursiva el superior jerárquico debe pronunciarse en el plazo, caso contrario el administrado podrá acogerse en esta instancia al SAP.

Por su parte, la aplicación del SAN en los procedimientos administrativos es de carácter excepcional y de índole restrictivo. La decisión de la Administración Pública para adoptar el SAN debe estar vinculada a una afectación directa y "significativa" al interés público que subyace al desarrollo de las actividades como salud, medioambiente, recursos naturales u otros, puesto que aun en estos temas si las autoridades encuentran supuestos que no exponen significativamente tal interés, puede ser calificado como SAP. Un elemento importante respecto de esta figura, incorporada mediante el Decreto Legislativo Nº 1272 es que debido a dicha esencia excepcional se exige a la entidad "sustentar técnicamente que [su procedimiento] cumplen" con la afectación significativa al interés público y que se refiere a alguna de las materias taxativas antes mencionadas. Este sustento técnico no es otro que el realizado en la Exposición de Motivos elaborada para la aprobación del reglamento que establece el procedimiento administrativo con SAN. Este sustento técnico se encuentra dentro de una práctica más amplia denominada Análisis de calidad regulatoria, en la cual se analiza el costo - beneficio, necesidad, efectividad y proporcionalidad de las disposiciones normativas.

Finalmente, respecto de los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), el párrafo 39.1 del artículo 39 del Texto Único Ordenado de la LPAG señala qué procedimientos administrativos previamente aprobados por la norma correspondiente (v. g. decreto supremo) deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), aprobados para cada entidad, precisándose que este no puede crear procedimientos ni establecer nuevos requisitos a los previstos en las normas que crean los procedimientos, salvo solo lo relativo a la determinación de la tasa por derecho de tramitación. En tal sentido, las entidades pueden exigir a los administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos, el suministro de información o el pago por derechos de tramitación, siempre que cumplan con lo señalado en este párrafo.

En el supuesto que se omita un procedimiento administrativo en el TUPA de una entidad pública, se pueden apreciar dos escenarios:

i) En el primer escenario, tanto para los procedimientos de aprobación automática como para los procedimientos de evaluación previa, la entidad podrá exigir el inicio del procedimiento administrativo correspondiente, el cumplimiento de los requisitos y el pago de los costos administrativos por la tramitación del procedimiento, conforme al artículo 39 del TUO de la LPAG. En tal sentido, también se podrá aplicar el silencio administrativo que corresponda, según haya sido

aprobado por la entidad y contenido en el TUPA.

ii) En el segundo escenario, se presenta dos tratamientos diferenciados, dependiendo si el procedimiento es de aprobación automática o sujeto al SAP; o si es uno de evaluación previa.

   a) Cuando el procedimiento es calificado de aprobación automática o de evaluación previa sujeto al SAP, la entidad no podrá exigir al administrado que inicie el procedimiento administrativo regulado, es decir, que presente una solicitud y, por ende, que cumpla los requisitos previstos en la norma que regula el procedimiento.

   b) Si el procedimiento es calificado de evaluación previa sujeto al SAN, pero no se incorpora en el TUPA, entonces es de aplicación el numeral 2 del párrafo 56.2 del artículo 56 del TUO de la LPAG. En este supuesto –a diferencia del procedimiento aprobación automática y de evaluación previa sujeto al SAP– no se exime expresamente al Administrado del deber de iniciar el procedimiento administrativo que habilite a ejercer una actividad profesional, social, económica o laboral. Con relación a la aplicación del silencio administrativo en este segundo escenario, consideramos que resultaría de aplicación el SAP por haberse omitido incluir el procedimiento en el TUPA de la entidad o haberse omitido aprobar este documento de gestión.

## 🕮 Referencias


Bartra Cavero, J. (2008) *El silencio administrativo*. Lima: Rodhas.

Gamero, E., & Fernández, S. (2015). *Manual básico de Derecho Administrativo* (Undécima ed.). Madrid: Tecnos.

García, E., & Fernández, T.-R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. II). Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

Guzmán, C. (2015). *Manual del Procedimiento Administrativo General* (Segunda ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Linde, E. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*. Madrid: Uned-Colex.

Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Décima ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Ochoa, C. (s/f). El silencio administrativo y su evolución legislativa. *Advocatus*.

Peraltilla, M. (2009). *Guía para la aplicación de Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA). Diseño para municipalidades provinciales y distritales en zonas urbanas.* Lima: USAID-Perú Prodescentralización. Obtenido de <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D7BDF7C0AED6A82605257E65005F7D72/$FILE/Guia_para_la_aplicacion_del_TUPA.pdf>.

Salazar, N. (2003). Clasificación de los procedimientos administrativos: evaluación previa y aprobación automática. *Actualidad Gubernamental*(51).