

CAPÍTULO SEXTO

Petición y silencio administrativo .....	237
I. El origen de la institución .....	239
II. Negativa ficta y derecho de petición .....	245
III. La positiva ficta .....	251
IV. Naturaleza jurídica del silencio administrativo.....	253

## CAPÍTULO SEXTO

### PETICIÓN Y SILENCIO ADMINISTRATIVO

Quien calla en el hablar uno con otro puede *dar a entender*, es decir, forjar la comprensión, mucho mejor que aquel a quien no le faltan palabras. El decir muchas cosas sobre algo no garantiza lo más mínimo que se haga avanzar la comprensión. Al contrario: la verbosa prolijidad encubre lo comprendido, dándole la seudoclaridad, es decir, la incomprendibilidad de la trivialidad. Pero callar, no quiere decir ser mudo. El mudo no sólo no ha probado que puede callar, sino que le falta incluso la posibilidad de probarlo. Y no más que el mudo muestra el habituado por la naturaleza a hablar poco que calla y puede callar. Quien nunca dice nada tampoco puede callar en un momento dado. Sólo en el genuino hablar es posible un verdadero callar... la silenciosidad es un modo del hablar...

Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*.

Ni duda cabe que es en el ámbito administrativo donde mayor número de violaciones al derecho de petición se registra. Eso se explica, siguiendo a González Pérez, porque son las autoridades administrativas, en razón de sus actividades específicas y por su creciente intervención en la vida económica, social y política de la sociedad moderna, las que con mayor frecuencia lesionan derechos fundamentales de los gobernados.<sup>385</sup> En el caso

<sup>385</sup> Véase González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, UNAM, 1971.

que nos ocupa, más que vulneraciones al derecho de petición, encontramos violaciones al derecho de respuesta, y es precisamente en tal tenor que dedicamos este capítulo a las consecuencias jurídicas visibles en el caso de violaciones al derecho de respuesta (aunque, como lo hemos reiterado ya, la doctrina y los tribunales federales hablan de violación al derecho de petición).

Trasladada al ámbito administrativo, la premisa que puede desprenderse del texto del artículo 8o. constitucional es la siguiente: la administración pública tiene la obligación de resolver expresamente todos los procedimientos que ante ella se tramiten y, además, debe notificar oportunamente de la resolución recaída. Aquí el término oportunamente debe entenderse *dentro de un plazo determinado*, y además, debe atenderse que la administración pública sólo puede resolver aquellos asuntos que le competen, aunque siempre debe responder.

Esta premisa ha devenido un elemento básico del Estado de derecho contemporáneo, pues su cumplimiento permite un nivel de seguridad y certidumbre que termina por legitimar ante el ciudadano a las instituciones públicas, siempre y cuando las resoluciones sean ajustadas al sistema jurídico y no tengan elementos que puedan presumirse de arbitrarios o ilegales.

Nos interesa destacar en este apartado la institución del silencio administrativo, que aunque no se encuentra desarrollada o advertida en el contenido del artículo 8o. constitucional, ha sido siempre vinculada a la obligación que tiene la administración pública de resolver las peticiones que se le plantean en la esfera de sus competencias. Debe pues entenderse la inclusión de este apartado en tal tesitura, y por la visión ordinaria de que la administración pública se convierte en el sujeto obligado a responder las peticiones o trámites formulados.

De entrada recordemos que en algunos sistemas jurídicos se han distinguido claramente los ámbitos en que se desarrolla el ejercicio del derecho de petición, por un lado, y los diversos procedimientos administrativos, por otro. Esta distinción se basa principalmente en los alcances que pueden tener cada uno; atiende a las consecuencias que legalmente corresponden a cada una de las acciones en orden a su naturaleza jurídica. Así, como hemos revisado en el segundo capítulo de esta obra, la naturaleza jurídica de la petición difiere de la institución de la acción o de la queja, entre otras figuras que pudieran ser consideradas afines.

Más adelante, al ocuparnos de las expresiones del silencio administrativo, podremos advertir las diferencias existentes con el derecho de petición. Por lo demás, sobra decir que éste es apenas un abordaje básico al tema.

## I. EL ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN

Hay silencio en sentido jurídico cuando una persona, en el curso de esta actividad permanente, que es la vida, no ha manifestado su voluntad respecto a un acto jurídico, ni por una acción especial a este efecto (voluntad expresa), ni por una acción de donde se pueda deducir su voluntad (voluntad tácita).

Demagne, *Traite des obligations en general*, 1923, t. I.

Antes de revisar los supuestos que encontramos tratándose del silencio administrativo, conviene revisar cómo surge la institución y la forma en que se adopta en algunos sistemas jurídicos, antes de dedicarnos a estudiar su regulación en el ámbito nacional.

Interesa enfatizar que el origen de esta institución no encuentra paralelo con la idea de un gobernante que graciosamente accede a los requerimientos de sus gobernados, como ocurre con el derecho de petición, sino que surge precisamente para evitar la impunidad en que pueden incurrir los gobernantes. Surge a partir de la idea de que el gobernante o Estado está obligado a resolver las peticiones que se elevan a su conocimiento. Como advierte Boquera Oliver:

La existencia de un acto administrativo impugnado es presupuesto legal necesario para la admisión de los recursos. Según la regla anterior, el particular autor de una petición a la administración no puede recurrir si ésta adopta ante ella una actitud silenciosa. Esta pasividad puede lesionar el derecho del particular al otorgamiento de lo pedido o su interés en ello. En cambio, si la administración deniega explícitamente la petición del administrado, éste podrá recurrir a la denegación ante la administración y ante el juez. En una situación como la descrita, a la administración le resulta más conveniente y cómodo no adoptar resoluciones adversas a los administrados, o no comunicárselas, que resolverlas y notificárselas. Cuando, en contra del derecho, no concede a los administrados lo que les corresponde, consigue la impunidad. Para remediar esta situación los autores propusieron el establecimiento de una regla, según la cual, presentada una petición a la administración, si transcurría un periodo de tiempo previamente determinado sin que aquélla contestase, el peticionario podía considerar desestimada su petición. También cabía entender que, en las mismas o parecidas condiciones,

la pasividad de la administración significaba el otorgamiento de lo pedido. Esta propuesta teórica se denominó la ‘doctrina del silencio administrativo’. Una regla legal en dicho sentido permitiría al particular llegar ante el juez y éste decidiría si se le debía otorgar o no lo pedido.<sup>386</sup>

Conforme a tal génesis, el silencio administrativo ha sido considerado como una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución en plazo de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la administración.<sup>387</sup> Nava Negrete señala que se trata del “silencio de las autoridades administrativas o abstención de resolver, frente a instancias presentadas o promovidas por particulares, y que la ley, transcurrido cierto tiempo, atribuye el efecto jurídico de haberse dictado una resolución administrativa contraria o negativa a los intereses de esas instancias o en su caso, favorables”.<sup>388</sup>

Cosculluela Montaner considera que el silencio administrativo es la ausencia de resolución expresa que decida sobre un asunto en un procedimiento en curso.<sup>389</sup> Para González Rodríguez se trata de “una especie de sanción a la inercia administrativa y una garantía para los administrados, quienes necesitan de la oportuna solución a sus reclamos y recursos, pues la eficacia de los derechos depende, en la mayoría de los casos, de la prontitud y diligencia de las decisiones de los administradores de la cosa pública”.<sup>390</sup>

En cualquier caso se atiende al deber que tiene la administración de resolver los procedimientos iniciados por el gobernado o administrado,<sup>391</sup> una

<sup>386</sup> Voz *silencio administrativo*, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. IV, p. 6212. La autoría de esta voz corresponde a J. Ma. Boquera Oliver.

<sup>387</sup> *Diccionario Espasa jurídico*, Madrid, Espasa, 2001, p. 1313. La autoría de esta voz corresponde a Silverio Fernández Polanco.

<sup>388</sup> Voz *silencio administrativo*, *Diccionario jurídico mexicano*, t. VIII, p. 126.

<sup>389</sup> Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, 11a. ed., Madrid, Civitas, 2000, t. I, p. 335.

<sup>390</sup> González Rodríguez, Miguel, *op. cit.*, nota 54, p. 42.

<sup>391</sup> Se ha señalado que “para el derecho administrativo, administrado o ciudadano es cualquier sujeto de derecho que resulta destinatario del ejercicio de una potestad o derecho subjetivo de los que es titular una administración pública (o, lo que es lo mismo, que se sitúa en una relación jurídico-administrativa como la contraparte de la administración), ostentando ésta normalmente —pero no sólo ni exclusivamente— una posición dominante. En un sentido más estricto, dicho concepto se ciñe a los supuestos en que dichos destinatarios son personas, físicas o jurídicas, privadas”. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, vol. I, p. 387.

obligación que encuentra escasas excepciones en la legislación ordinaria y cuyo incumplimiento en algunos sistemas jurídicos es causa de responsabilidad para los titulares de los órganos que debieron resolver.

La doctrina española ha sostenido que el silencio se origina en un tipo específico de actos de la administración a los que ha denominado actos presuntos, o aquéllos cuya existencia deriva de su establecimiento por alguna ley y que comprende tanto el silencio negativo como el positivo.<sup>392</sup> El silencio positivo también ha sido llamado *positiva ficta* y en contraparte el silencio negativo, *negativa ficta*. Ambas denominaciones son de uso corriente en la terminología jurídica.

Como afirmaba Clemente de Diego:

En ambos supuestos hay silencio de la administración; debió hablar y no habló; debió resolver y no resolvió; y ese silencio se interpreta en sentido afirmativo o negativo, favorable o adverso a la pretensión deducida y contra la supuesta resolución afirmativa o negativa contenida en ese silencio se otorgan los recursos que pueden utilizarse contra las resoluciones expresas, solemnemente razonadas, pronunciadas y notificadas.<sup>393</sup>

Respecto de la primera, la negativa ficta o silencio negativo, señala González Pérez que aparece

como una simple presunción, como una ficción que la ley establece a favor del administrado, que puede entender desestimada su petición o recurso, a los solos efectos de poder deducir frente a la denegación presunta la pretensión admisible. El silencio administrativo así concebido no tiene otro alcance que el puramente procesal de dejar abierto el acceso a los tribunales, considerándose cumplido el requisito previo, pese a la inactividad de la administración.<sup>394</sup>

Ahora bien, respecto de la génesis de la institución encontramos que aparece primero en Francia. Nava Negrete anota que hacia 1900, en el artículo 3o. de la Ley del 17 de julio, se incorpora en los siguientes términos: “En los negocios contenciosos que no puedan ser promovidos ante el Con-

<sup>392</sup> Además del acto presunto, los de la administración son actos expresos y actos tácitos. Rodríguez Oliver, José María y Serrano de Triana, Adolfo, *Curso resumido de derecho administrativo*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 87.

<sup>393</sup> Clemente de Diego, Felipe, *El silencio en el derecho*, Madrid, Reus, 1925, p. 9.

<sup>394</sup> González Pérez, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 236.

sejo de Estado bajo la forma de recurso contra una decisión administrativa, cuando transcurra el término de cuatro meses sin que se haya dictado ninguna decisión, las partes pueden considerar su petición como negada y procederán ante el Consejo de Estado”.<sup>395</sup> Esta formulación legislativa, y posteriormente doctrinal, tenía por objeto dar certidumbre a los administrados frente a la inactividad de la administración, abriendo las puertas del órgano jurisdiccional a fin de que definiera la suerte de los intereses de aquéllos. El silencio administrativo devenía en una auténtica garantía jurisdiccional, evitando que la justicia resultara inaccesible a quienes carecían de una *decisión previa* que recurrir.

En el caso español fue el Estatuto Municipal de 1924 el primer ordenamiento que incorporó la idea de que la pasividad de la administración ante las peticiones y recursos elevados por los particulares equivalía, en ciertas condiciones, a la denegación de los mismos. Tempranamente, en 1925, Clemente de Diego explicitó tal figura:

En el Estatuto Municipal se hace aplicación de la teoría del silencio administrativo, disponiendo que cuando se requiera al gobierno o a una autoridad para obtener su autorización o su sanción en un acto que la requiera, si no la niega dentro del plazo que al efecto la ley le concede, es prueba de que la otorga, como sucede con las ordenanzas municipales, presupuestos, carta municipal, etcétera. Asimismo establece que cuando transcurra el plazo que la ley concede para resolver una reclamación, un expediente o un recurso, se entiende que ha sido desestimada la súplica. Tanto en un caso como en otro, contra la resolución tácita que la ley supone, pueden sustanciarse y decidirse los recursos que contra la resolución expresa que pudiera haberse dictado sean procedentes.<sup>396</sup>

En el caso mexicano, la introducción al sistema jurídico de la figura del silencio administrativo demoró hasta 1936, en ese año la Ley de Justicia Fiscal consagró en el artículo 16: “El silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no den respuesta a la instancia de un particular en el término que la ley fije o, a falta de término estipulado, en noventa días”.

Nava Negrete señala que antes, en 1917, en el texto constitucional, artículo 72, se preveía ya un caso de silencio positivo al afirmarse: “Se reputará

<sup>395</sup> Voz *silencio administrativo*, *Diccionario jurídico mexicano*, t. VIII, p. 127.

<sup>396</sup> Clemente de Diego, Felipe, *op. cit.*, nota 393, pp. 8 y 9.

aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido”. Otro supuesto, consagrado constitucionalmente, pero ahora de silencio negativo aparece en la reforma de 1934, en la fracción XII del artículo 27 que señalaba que si los gobernadores de los estados no expresaban en el término previsto por la ley su aprobación al dictamen de las comisiones mixtas agrarias, se consideraría desaprobado tal dictamen y se turnaría el expediente inmediatamente al Ejecutivo federal.<sup>397</sup>

A excepción de tales referencias constitucionales, Nava Negrete señala que la redacción de los códigos fiscales de 1938, 1967 y 1983 se mantuvo casi intacta. En este último, el artículo 37 disponía:

Las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de cuatro meses; transcurrido dicho plazo sin que se notifique la resolución, el interesado podrá considerar que la autoridad resolvió negativamente e interponer los medios de defensa en cualquier tiempo posterior a dicho plazo, mientras no se dicta la resolución, o bien, esperar a que ésta se dicte.

En la actualidad, el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece la figura del silencio administrativo en su categoría negativa:

Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, *no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. Transcurrido el plazo aplicable, se entenderán las resoluciones en sentido negativo al promovente*, a menos que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se prevea lo contrario. A petición del interesado, se deberá expedir constancia de tal circunstancia dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante quien deba resolver; igual constancia deberá expedirse cuando otras disposiciones prevean que transcurrido el plazo aplicable la resolución deba entenderse en sentido positivo.

En el caso de que se recurra la negativa por falta de resolución, y ésta a su vez no se resuelva dentro del mismo término, se entenderá confirmada en sentido negativo.

<sup>397</sup> *Diccionario jurídico mexicano*, t. VIII, p. 127.



Para apreciar a cabalidad el sentido del silencio administrativo y su relación con la obligación que tiene la administración de resolver y notificar las peticiones, recurrimos a Nava Negrete que explicita cuáles son los elementos que componen la figura del silencio administrativo:

1. Existencia de una instancia de particulares, solicitando, pidiendo o impugnando una resolución administrativa, ante la administración.
2. Abstención de la autoridad administrativa de resolver la instancia del particular.
3. Transcurso de cierto tiempo, previsto en la ley, sin que las autoridades resuelvan. Es seguro que ese tiempo es el necesario o suficiente que el legislador consideró así para que la administración esté en posibilidad de resolver y no simplemente de contestar.
4. Presunción, como efecto jurídico del silencio, de que existe ya una resolución administrativa.
5. La resolución administrativa presunta es en sentido contrario a los intereses de lo pedido en las instancias o, en su caso, favorable a ellos.<sup>398</sup>

Por su parte, Rodríguez Oliver y Serrano de Triana señalan en relación al tipo de acto administrativo especial que constituye el silencio administrativo, y a su significado, que esta institución responde a la configuración del sistema de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: el particular acude a ésta para que se depure un acto que ha sido previamente adoptado por la administración. Por ser éste el esquema de su funcionamiento, sería imposible acudir a los tribunales cuando la administración se limitara a no resolver en los procedimientos iniciados a instancia de parte; por eso el silencio es un medio de garantizar el acceso a la tutela judicial. Para cumplir esta función el silencio está configurado como una presunción legal *iuris et de iure*, lo que significa que basta con que se den los requisitos legalmente establecidos para que el administrado pueda beneficiarse de sus efectos.<sup>399</sup>

Hasta aquí dejamos esta breve introducción sobre la figura del silencio administrativo, cuyos perfiles irán dibujándose claramente al revisar en lo sucesivo las decisiones de los tribunales federales. Consideramos que independientemente de las distancias que separan estas instituciones, tal y como podrá advertirse en las siguientes páginas, es deseable, y esperemos ineludible, que en aras de una administración más responsable y más diná-

<sup>398</sup> Voz *silencio administrativo*, *Diccionario jurídico mexicano*, t. VIII, p. 126.

<sup>399</sup> Rodríguez Oliver, José María, *op. cit.*, nota 392, p. 87.

mica, alguna expresión del silencio administrativo (negativo o positivo) se llegara a establecer en forma general para todas las autoridades administrativas mexicanas.

Hay quienes consideran que esta institución es contraria a los principios que animan el servicio público. Consideran que por encima de todo, la legislación burocrática expresa entre las obligaciones de los servidores las de atender, tramitar y resolver tanto las peticiones como cualquier otro planteamiento realizado por los gobernados. Así, la figura del silencio administrativo deviene un justificante para obviar tales obligaciones. Nosotros opondríamos que por el contrario, el silencio administrativo es una garantía del gobernado, un derecho administrativo insoslayable, toda vez que permite que la atención, el trámite y la resolución sean una realidad, negativa o positiva, en beneficio del mismo gobernado que obtiene certidumbre en su relación con la administración.

## II. NEGATIVA FICTA Y DERECHO DE PETICIÓN

...el sujeto de voluntad no habló ni hablaron por él los hechos, como órgano de expresión de sus decisiones quedó totalmente inactivo y sin luz, ofreciendo ese misterio, ese enigma a la sociedad y a la ley, podía haber voluntad y orientada Dios sabe en qué sentido, pero silenciada, no expresada de modo alguno. En este tercer supuesto en donde hay que reconocer la existencia del silencio en sentido técnico y preciso.

Clemente de Diego, *El silencio en el derecho*.

Resulta ineludible ocuparnos de las diferencias presentes entre el silencio administrativo y el derecho de petición. Salta a la vista en primer lugar que el ejercicio del derecho de petición es requisito indispensable para que surja el silencio administrativo, en los supuestos contemplados legalmente. Con tal afirmación sería suficiente para entender lo diverso de ambas figuras. Sin embargo, yendo más allá todavía y desdoblado el silencio administrativo en sus dos exponentes, negativo y positivo, encontramos que la protección constitucional dispensada al derecho consagrado en el 8o. constitucional es totalmente distinta de la que puede dispensarse a la figura de la negativa ficta.

Pareciera que la regla general del silencio administrativo queda enmarcada en el contexto de la negativa. Como afirma Manuel María Diez: el problema de la interpretación que se hace, y se ha hecho, del silencio aparece siempre relacionado con el interés de un particular que se concreta en una reclamación destinada a obtener una manifestación volitiva por parte de la autoridad a la cual se ha dirigido. En tal perspectiva, el silencio de ésta debe entenderse en el sentido de que no se satisface el interés reclamado, de que se niega lo pedido.<sup>400</sup>

Soleno Escobar al distinguir entre ambas figuras ha señalado la importancia de considerar a la negativa ficta como una figura diversa a la violación de derecho de petición. Para esta autora el punto que permite tal distinción es el alcance procesal, diverso en cada uno. Así,

la impugnación de la violación al derecho de petición, conlleva el presupuesto de una ausencia de contestación y tendrá como efectos obligar a la autoridad a que emita una resolución expresa en un tiempo determinado, en tanto que la impugnación de la resolución negativa ficta, trae como consecuencia el presupuesto de una resolución presuntamente desfavorable y, en tal sentido, tiende a resolver respecto de las pretensiones planteadas originalmente en la petición o recurso presuntamente negados por la autoridad.<sup>401</sup>

Los tribunales federales mexicanos también se han ocupado de tal distinción. El Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, en abril de 1976, reiteraba la distancia de separación entre la negativa ficta y el derecho de petición, recurriendo en tal labor a la distinción de medios de defensa que a cada uno atañían:

Cuando en las legislaciones fiscales se establece la negativa ficta, como sucede en el caso del artículo 172 del Código Fiscal del Estado de México, la posibilidad legal que de la misma se deriva de impugnar desde luego la resolución negativa omitida por las responsables, aun dejando subsistente la violación del derecho de petición consignado como garantía individual en el artículo 8o. constitucional, elimina la procedencia del juicio de amparo,

<sup>400</sup> Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, p. 156.

<sup>401</sup> Soleno Escobar, Martha Irene, "Requisitos y efectos procesales de la negativa ficta en el juicio contencioso administrativo", *Admonjus. Revista del Poder Judicial de Baja California*, Mexicali, vol. II, núm. 6, abril de 1999, p. 47.

en cuanto que ya no produce ningún agravio que debiera repararse a través del juicio constitucional.<sup>402</sup>

Un mes después, en mayo de 1976, el Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito apuntaba en forma preliminar la diferencia entre la institución de la negativa ficta y el derecho de petición:

Si las autoridades fiscales, Tesorería General de los Estados (sic) de Veracruz y secretario de Hacienda y Crédito Público, omitieron dar contestación, no obstante haber transcurrido con exceso el término de 90 días a que se refiere el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, a la solicitud de la empresa quejosa, respecto a que se devolviese cierta cantidad de dinero como pago por concepto de impuestos sobre ingresos mercantiles, fundándose tal petición en una resolución del Tribunal Fiscal de la Federación pronunciada en un juicio de nulidad, en donde se declaró que el causante de que se trata estaba exento del pago de dicho impuesto; está claro que tal silencio se traduce en una negativa ficta, sí es procedente el juicio de amparo indirecto por violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución Política Federal, y no por violación al diverso 8o. constitucional.<sup>403</sup>

Más adelante, el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en junio de 1981, se ocupó de establecer un criterio diferenciador entre el derecho de petición (respuesta) y la negativa ficta, al señalar:

La institución de la negativa ficta que establece el artículo 92 del *Código Fiscal de la Federación*, no tiene como finalidad obligar a la autoridad omisa a resolver en forma expresa en una segunda oportunidad, por lo que una vez configurada, la sala correspondiente del Tribunal Fiscal debe avocarse a resolver el fondo del asunto, declarando en su caso lisa y llanamente la validez y nulidad de esa resolución ficta y no dar a las autoridades demandadas una nueva ocasión para contestar ahora en forma expresa, pues esta figura jurídica no resulta idéntica al derecho de petición establecido por el artículo 8o. constitucional.<sup>404</sup>

<sup>402</sup> Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, *SJF7*, t. 88, sexta parte, p. 61.

<sup>403</sup> Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, *SJF7*, t. 89, sexta parte, p. 33.

<sup>404</sup> Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, *SJF7*, t. 145-150, sexta parte, p. 179.

La forma en que opera esta institución de la negativa ficta puede fácilmente advertirse de los criterios sostenidos por los Segundo y Cuarto Tribunales Colegiados en materia administrativa del Primer Circuito.

El Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito ha señalado que no procede la impugnación ante la propia autoridad que incurrió en ella:

siendo la negativa ficta una ficción jurídica creada por el legislador en virtud de la cual, cuando una petición, instancia o recurso fiscal instaurado por un particular no es resuelto en un plazo de cuatro meses (artículo 37 del Código Fiscal de la Federación), se entiende resuelto negativamente y tiene como finalidad dejar al particular en aptitud de combatir por los medios legales dicha resolución, en esas circunstancias, ante la presencia de una resolución negativa que se considera acto definitivo de la autoridad, el único medio de impugnación lo es a través de la instauración del juicio de nulidad ante el tribunal fiscal de la federación, y argumentar las razones de tal interpretación.<sup>405</sup>

Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito señaló que la negativa ficta no puede impugnarse por falta de fundamentación y motivación, puesto que

por tratarse de una ficción legal que nace del silencio de la autoridad administrativa, tiene como fin constituir el elemento de acción, que al ser ejercitado, permite al actor iniciar el juicio de nulidad, en sustitución del acto expreso; por tanto, aun cuando el silencio negativo constituye el acto impugnado, lo cierto es que no es una verdadera resolución administrativa, pues carece de la voluntad de la autoridad que la emite; es por ello que no es dable elaborar procesos interpretativos, ni impugnarse por carecer de los requisitos constitucionales de fundamento y motivo, pues es tan sólo una ficción que surge a la vida jurídica por voluntad del gobernado y, como tal, únicamente debe examinarse la misma en cuanto al fondo.<sup>406</sup>

El Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito ha señalado, en interpretación del artículo 92 del *Código Fiscal de la Federación*,

<sup>405</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, *SJF8*, t. VIII, septiembre de 1991, p. 161.

<sup>406</sup> Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, *SJF8*, t. VII, junio de 1991, p. 331.

que las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en el término de 90 días, y que el silencio de las autoridades durante ese término se considera como resolución negativa. Por tanto, si bien es cierto que el precepto legal mencionado no señala en qué forma se computará el término de 90 días a que se refiere, también lo es que ese precepto forma parte de un contexto legal que debe ser interpretado en forma conjunta en lo que sus disposiciones se relacionen, como lo es, el Código Fiscal de la Federación; en consecuencia, si el artículo 105 del código citado, dispone que en los términos legales en trámites administrativos, fijados en días, por las disposiciones generales, o por las autoridades fiscales, se computarán sólo los hábiles, debe entenderse que para computar el término a que se refiere el artículo 92 del código mencionado, se tomarán en cuenta únicamente los días hábiles, en virtud de que dicho término está fijado en días como lo preceptúa el artículo 105 citado.<sup>407</sup>

A efectos de desvirtuar la negativa ficta, las legislaciones nacionales han establecido procedimientos que funcionan como una suerte de recursos contra el silencio administrativo. Recordemos que el silencio administrativo funciona en tales casos como mecanismo desestimatorio de las peticiones de los gobernados, y por ende, a efecto de cumplir con el derecho a un recurso efectivo, se ofrecen mecanismos que nulifiquen la presunta negativa del órgano administrativo.

Así, el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito ha señalado que

configurada la negativa ficta sobre la petición de devolución de cuotas obrero-patronales al Instituto Mexicano del Seguro Social, el interesado sólo puede acudir ante el Tribunal Fiscal de la Federación demandando la nulidad de dicha negativa ficta, en la inteligencia de que no procede agotar en su contra recurso alguno ante el propio Instituto Mexicano del Seguro Social, puesto que el artículo 133 de la ley de la materia no prevé la inconformidad en contra de una negativa ficta, tanto más que el artículo 4o. del reglamento del mencionado precepto sólo establece que el interesado puede inconformarse, dentro de cierto plazo, en contra de resoluciones previamente notificadas.<sup>408</sup>

<sup>407</sup> Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, *SJF7*, t. 127-132, sexta parte, p. 104.

<sup>408</sup> Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, *SJF7*, t. 91-96, sexta parte, p. 201.

En términos más específicos, el Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito se ha decantado por considerar que “si la autoridad demandada solicita el sobreseimiento del juicio de nulidad, porque sí dio contestación a la solicitud planteada por la actora y la Sala Fiscal correctamente negó el citado sobreseimiento porque en autos no se acreditó que aquella contestación hubiese sino notificada a la actora, tal apreciación no viola garantías individuales”.<sup>409</sup>

Finalmente, en agosto de 2002, el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito ha reiterado la diferencia entre la negativa ficta y el derecho de petición consagrado constitucionalmente:

NEGATIVA FICTA. NO DEBE SOBRESEERSE EN EL JUICIO DE NULIDAD CON BASE EN QUE EL SILENCIO DE LA AUTORIDAD FISCAL PROVIENE DEL DERECHO DE PETICIÓN CONSGRADO EN EL ARTÍCULO 80. CONSTITUCIONAL. El derecho de petición consignado en el artículo 80. constitucional consiste en que a toda petición formulada por escrito en forma pacífica y respetuosa deberá recaer una contestación también por escrito, congruente con lo solicitado, la cual deberá hacerse saber al peticionario en breve término; en cambio, la negativa ficta regulada en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa sino que ante la falta de contestación de las autoridades fiscales, por más de tres meses, a una petición que se les formule y que tenga por objeto obtener un derecho en materia fiscal, se considera, por ficción de la ley, como una resolución negativa. En ese sentido, no puede establecerse, ante dos supuestos jurídicos diversos, que la negativa ficta implique también una violación al artículo 80. constitucional, porque una excluye a la otra. De consiguiente, cualquier petición formulada por el contribuyente a la autoridad fiscal dentro de un procedimiento de visita domiciliaria conforme lo dispone el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación, precepto que no establece límites a su ejercicio por cuanto hace a la materia y al momento en que se formule, siempre que no se trate del ejercicio de una instancia prevista en el propio procedimiento de visita domiciliaria y que no sea resuelta en el término de tres meses, se considerará como una resolución negativa ficta, la cual causa un agravio en materia fiscal; por tanto, en su contra procede el juicio de nulidad con fundamento en la fracción IV del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.<sup>410</sup>

<sup>409</sup> Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, *SJF7*, t. 90, sexta parte, p. 55.

<sup>410</sup> Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Sexto Circuito, *SJFG9*, t. XVI, noviembre de 2002, p. 1153, tesis: VI.1o.A.124 A. Véase: *SJFG9*, t. VI, octubre de

### III. LA POSITIVA FICTA

El silencio positivo no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad, ni esponja que limpie los vicios y defectos ínsitos en la misma esencia del acto.

Tribunal Supremo español, sentencia del 23 de junio de 1971.

La segunda expresión y posibilidad del silencio administrativo es la positiva ficta o silencio positivo. En esta figura, la consecuencia de la inactividad del órgano administrativo se traduce en la ficción de considerar que la petición se ha resuelto favorablemente. Algunos autores han pugnado porque tal figura se incorpore en más cuerpos legales por las ventajas jurídicas que puede aportar.<sup>411</sup>

Coscolluela Montaner señala que se trata de un acto presunto “por el que la administración pública accede a la solicitud de un interesado al no haberla resuelto de forma expresa en el plazo establecido”.<sup>412</sup> Y extendiéndose en su tratamiento, especialmente en el derecho español, señala que tiene la “consideración de verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento administrativo en que se produce, y como cualquier otro acto declarativo de derechos es irrevocable, salvo las facultades de la administración pública para revisarlo de oficio si está incurso en un vicio de nulidad de pleno derecho”.

Esta figura se encuentra contemplada en diversos ordenamientos administrativos mexicanos, y las decisiones que revisaremos a continuación explicitan por sí solas el uso que tiene en el sistema jurídico.

Sobre la positiva ficta, el Séptimo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en noviembre de 1998, señaló que “tratándose de giros mercantiles reglamentados, para la procedencia de la suspensión provisional, es necesario que el quejoso acredite tener licencia o permiso otorgado por autoridad competente” y que tal extremo

1997, p. 663, tesis I.1o.A. J/2, de rubro: “NEGATIVA FICTA Y DERECHO DE PETICIÓN. SON INSTITUCIONES DIFERENTES”.

<sup>411</sup> Mijares Jiménez, Raúl Mario, “La afirmativa ficta: una opción de modernidad”, *Lex. Difusión y análisis*, Torreón, núm. 3, septiembre de 1995, p. 72.

<sup>412</sup> Coscolluela Montaner, Luis, *op. cit.*, nota 389, p. 338.



queda satisfecho de forma presuntiva, si la ley correspondiente establece en favor del particular la figura jurídica de la ‘positiva ficta’ en solicitudes de aquellos permisos, si el impetrante de garantías acreditó haberlas realizado y manifestó bajo protesta de decir verdad que la certificación correspondiente no le fue efectuada dentro del lapso que al efecto la normatividad establece.<sup>413</sup>

En el mismo sentido, la Primera Sala en abril de 1999, al ocuparse de explicitar los requisitos para la eficacia de la afirmativa ficta, ha señalado que atendiendo al contenido de los artículos 16, 19 y 20 de la *Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles*, y 89 y 90 de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, ambas del Distrito Federal, se encuentra que

es necesario que los interesados en obtener la licencia acompañen los documentos, cumplidos los requisitos, la delegación correspondiente, en un plazo máximo de siete días hábiles y previo pago de los derechos que establezca el Código Financiero del Distrito Federal, deberá expedir la licencia de funcionamiento; transcurrido dicho plazo, si no existe respuesta de la autoridad competente, se entenderá que la solicitud ha sido aprobada en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal; sin embargo, de acuerdo con los artículos citados de esta ley, cuando por el silencio de la autoridad el interesado presuma que ha operado en su favor la positiva ficta, deberá solicitar para la plena eficacia del acto presunto, en un término de hasta diez días hábiles, la certificación de que ha operado esta resolución ficta. Si la certificación no fuese emitida en este plazo, la afirmativa ficta será eficaz y se podrá acreditar mediante la exhibición de la solicitud del trámite respectivo y de la petición que se hizo de la certificación ante el superior jerárquico.

A tenor de los preceptos invocados, “sin los señalados requisitos no puede operar la positiva ficta en aquellos casos en los que sólo se hizo la solicitud para obtener la licencia de funcionamiento”.<sup>414</sup>

La misma instancia judicial, en el mismo asunto, señalaría que dado que la ley exige que se revalide cada año la licencia de funcionamiento:

...si el interesado sólo acompaña una solicitud de licencia de años anteriores, no acredita por este motivo su interés jurídico para acudir al juicio de

<sup>413</sup> Séptimo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, *SJFG9*, t. IX, enero de 1999, p. 921, tesis: I.7o.A.42 A.

<sup>414</sup> Primera Sala, *SJFG9*, t. X, julio de 1999, p. 59, tesis: 1a. XV/99.

garantías, ya que la clausura no conculca su derecho de propiedad, sino el de mantener abierto al público en franco funcionamiento del giro, facultad que sólo se tiene con la licencia correspondiente o con las constancias que apoyan que operó en favor del interesado la positiva ficta, que son las que engendran la titularidad de ese derecho.<sup>415</sup>

Es evidente pues la utilidad de la institución del silencio positivo. Por una parte, en tanto facultad del gobernado de considerar que se ha accedido a su petición o solicitud, otorga certidumbre. Pero además, obliga al órgano o servidor público a revisar todas las solicitudes, pues en última instancia se entiende que la responsabilidad derivada de los derechos obtenidos por el gobernado es de la administración.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo como garantía del acceso al proceso no es algo que admita regulaciones dispares. En nuestro ordenamiento actual existen dos razones para entender que estamos ante competencia plena y exclusiva del legislador estatal: una, que es procedimiento administrativo común; otra, que en cuanto garantía del derecho a la tutela jurisdiccional, es legislación procesal.

Jesús González Pérez<sup>416</sup>

La naturaleza jurídica de ambas instituciones nos permitirá apreciar la distinción esencial. En principio puede advertirse de lo hasta aquí revisado que el silencio administrativo es una “facultad que el ordenamiento confiere al administrado, pues es figura de protección de sus derechos e intereses legítimos”.<sup>417</sup> Y tal facultad se constituye en una figura protectora en tanto no puede permitirse que la administración pueda mantener de ma-

<sup>415</sup> Primera Sala, *SJFG9*, t. X, julio de 1999, p. 60, tesis: 1a. XVII/99.

<sup>416</sup> “Procedimiento administrativo y proceso administrativo (ante la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 99, 1998, p. 333.

<sup>417</sup> Rodríguez Oliver, José María, *op. cit.*, nota 392, p. 87.

nera indefinida la posibilidad de dictar una resolución contraria a los intereses del solicitante.

Ahora bien, que se mencione un carácter protector de derechos, en los términos señalados en el párrafo antecedente, no debe mover a confundir el silencio administrativo con el carácter ejecutivo del derecho de petición, puesto que este último, a través de su ejercicio, permite ejercitar otros derechos reconocidos o garantizados tanto en el ordenamiento constitucional como en los ordenamientos secundarios.

Por otra parte, la naturaleza jurídica que afecta al silencio administrativo, y en específico lo relativo a la negativa ficta, contribuye a que se considere que “dado su carácter de mera ficción legal, el silencio negativo no plantea ningún problema, ni respecto a su significado: mera presunción legal de desestimación a efectos de interposición del recurso procedente; ni en cuanto a su prueba, pues basta con acreditar el mero transcurso del tiempo necesario para la producción del silencio en el recurso que finalmente se interponga”.<sup>418</sup>

Más que su evidente presunción, y de ahí la idea de acto presunto, conviene considerar el silencio como un derecho reconocido al ciudadano, a efecto de no ver vulnerada su esfera jurídica con la inactividad de la administración. Recordemos que el silencio deviene una figura fundamental en tanto permite que el gobernado obtenga certidumbre en la relación que establece con la administración.

Al igual que la mayoría de los derechos de corte administrativo que son en realidad un reflejo de las directivas constitucionales, como el deber de responder *in genere* de los servidores públicos, contenido en el 8o. constitucional o el de acceso a tribunales que impartan justicia en el 17, la figura del silencio administrativo encuentra razón de ser en la afirmación que a fines del siglo XIX hacía Juan Bautista Alberdi: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional”.<sup>419</sup>

<sup>418</sup> Coscolluela Montaner, Luis, *op. cit.*, nota 389, p. 340.

<sup>419</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Escritos póstumos*, Buenos Aires, 1899, t. X, p. 125. Citado por Gordillo, Agustín A., *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, p. 54.