

Breves Apuntes

## El silencio administrativo positivo

Javier Robalino

*El silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, lo cual implica la pérdida de esa competencia por el transcurso del tiempo, y en consecuencia, la imposibilidad de la Administración para rever o revisar su propio acto.*

El silencio administrativo, o de la administración, ha sido definido como una forma de manifestación o declaración tácita de la voluntad de la Administración Pública. Dromi afirma que "la voluntad -de la Administración- es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado como acto administrativo". (1)

Esta manifestación tácita de voluntad de la administración, cuando ha sido concebida en sentido positivo, supone que aquello solicitado a la Administración ha sido concedido. En este caso, se lo denomina silencio administrativo positivo. (2)

El silencio administrativo positivo fue introducido en la legislación ecuatoriana a partir de la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993. Con esta ley se produjo la inclusión del silencio administrativo positivo como una nueva institución jurídico administrativa, hasta esa fecha inexistente en nuestro sistema. (3)

A partir de esa fecha, es decir, desde la expedición de la Ley de Modernización del Estado, el legislador incorporó en otras normas la institución del silencio administrativo positivo: (I) Ley de Régimen Tributario Interno (4); (II) Ley Orgánica de Aduanas; y, (III) Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Estas normas, mutatis mutandis, contienen disposiciones para la aplicación del silencio administrativo positivo. Así el Art. 28 de la Ley de Modernización, referente al derecho de petición (5), establece un término de 15 días para recibir una respuesta de la Administración, caso contrario, se entenderá que la solicitud, pedido o reclamo ha sido aprobado.

Por su parte los artículos 69 y 127 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva establecen que el plazo máximo para resolver las peticiones y procedimientos sometidos a las entidades sujetas al Estatu-

to será de 60 días, luego de lo cual la petición se entenderá aceptada.

En cuanto a la Administración Tributaria Fiscal, la Disposición Final Primera de la Ley de Régimen Tributario Interno establece que, en los casos en que se prevean o no plazos específicos para resolver reclamos o recursos de los contribuyentes, la Administración Tributaria tendrá el plazo de 120 días hábiles para pronunciarse (6), y si vencido el plazo no hubiese resolución expresa, el silencio administrativo se entenderá como una aceptación tácita de los recursos o reclamos (7).

La Ley Orgánica de Aduanas, en su artículo 77, va más allá que las otras normas relacionadas al silencio administrativo positivo, como procedemos a explicar. Dice el Artículo 77 que el Gerente ante el que se presentó el reclamo, resolverá en el término de 20 días hábiles, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el que no excederá de 10 días. La falta de resolución en el plazo establecido, dice esta Ley, producirá la aceptación tácita del reclamo. En otras palabras, el término para que se produzca el silencio administrativo en reclamaciones presentadas ante los gerentes aduaneros podrá ser de hasta 30 días hábiles. Es importante mencionar que en el inciso cuarto de este artículo el legislador ha establecido que la aceptación tácita del reclamo (I) excluye el deber del gerente aduanero de dictar resolución expresa y (II) tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado. Respecto a lo último cabe mencionar lo siguiente: en primer lugar, se reconoce la caducidad o pérdida de la competencia de la administración para expedir la resolución o acto administrativo y, en segundo lugar, la producción del silencio administrativo agota la vía administrativa. Estos aspectos no han sido establecidos con la misma claridad en otras leyes.

Sobre la base de la legislación citada hemos podido comprender que, ante la inactividad de la Administración, el silencio administrativo positivo implica la aceptación tácita de una petición, reclamo o recurso. Al respecto y con el objeto de obtener una mejor comprensión del silencio administrativo positivo y llegar a algunas

conclusiones sobre el tema, es conveniente mencionar doctrina y jurisprudencia, para luego comentarlas. Citaremos a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (8), autores españoles que influyeron en la Ley de Procedimientos Administrativos de España, norma que a su vez influyó en la Ley de Modernización y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo ecuatoriano.

Sobre el silencio administrativo positivo, García de Enterría y Fernández sostienen lo siguiente:

"En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse dentro de un plazo limitado, pasado lo cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado." (9)

Esta concepción del silencio administrativo positivo es de mucha importancia, pues implica un cambio en el papel de la Administración. La Administración puede proceder a ejercer o no un derecho: el de vetar las peticiones de los administrados. Ya no debe, a manera de requisito sine qua non, autorizar o aprobar la petición presentada.

".....Puede decirse por lo tanto, del silencio -administrativo- positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye..." (10)

De esta manera, el silencio administrativo positivo constituye un acto administrativo que se ha producido por fuerza del derecho, ipso iure. Este acto administrativo ostenta todas las calidades de un acto expreso.

"Que la Administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por el silencio positivo se considera entonces como una revocatoria de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho (...) el plazo del silencio es un plazo de caducidad y no de prescripción(...) La Ley sanciona la inactividad de la Administración..." (11)

Sería entonces el acto emitido con posterioridad a la producción del acto administrativo ficto, un acto expedido por una Administración sin competencia, debido a la caducidad ya existente, y por lo tanto, ese acto llevaría consigo una nulidad absoluta. Al mismo tiempo, la inactividad y omisión de la Administración es sancionada, aspecto que ha sido recogido en nuestro ordenamiento, incluso con multas y sanciones administrativas y penales para los funcionarios encargados. (12)

"(...) el plazo del silencio se cuenta desde el ingreso de la solicitud o proyecto en el órgano correspondiente hasta la fecha de notificación al interesado (...)

El cómputo del plazo -de acuerdo a la LPA de España- puede complicarse cuando en el curso del mismo, el órgano administrativo llamado a decidir señala al interesado la existencia de defectos de orden técnico o de cualquier otro tipo que sea preciso subsanar. En estos casos, el requerimiento consiguiente interrumpe el plazo del silencio, que se reanuda una vez subsanadas las diferencias observadas (...)" (13)

A diferencia de la legislación española y luego del análisis de las leyes de Modernización, de Régimen Tri-

butario Interno, Orgánica de Aduanas y del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no encontramos, en ninguna de ellas, una disposición que nos permita considerar que la petición de requisitos o formalidades, términos probatorios, notificación por correo u otras gestiones de trámite, hechos o actos de simple administración puedan ser consideradas como interrupciones al plazo para el silencio, sin perjuicio de que la lógica pueda mandar lo contrario.

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado su criterio sobre la aplicación del silencio positivo en reiteradas ocasiones, tanto en materia administrativa como en materia administrativo tributaria.

Así, en sentencia publicada en el RO 287 de 31-III-98 dentro del caso Agip vs. Petrocomercial, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema consideró que "el derecho que se establece por el silencio administrativo positivo es un derecho autónomo, y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo cuando tal contestación es emitida con posterioridad al término que la ley establece para la oportuna contestación (...) por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como ya señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga la ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución (...) Precisamente por ello, el efecto del silencio administrativo, no es una presunción de hecho sino de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo". (14)

Por su parte, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia también ha reconocido la aplicación del silencio administrativo positivo. En la sentencia No. 31-96 publicada en el RO 378 de 7-VIII-96 la Corte consideró: "Con esta reforma -se refiere a la de la Ley 05 que estableció el silencio positivo- y continuando y acentuando el proceso de modificación antes aludido que se plasmó en el Art. 28 de la Ley de Modernización, se extiende al campo tributario el mandato de que el silencio administrativo ha de ser considerado, desde la fecha señalada, el 1ro de enero de 1995, como aceptación tácita de las pretensiones del particular. (...)". La misma sala en la sentencia dictada dentro del caso seguido por Flopec contra la entonces Dirección General de Rentas (RO 39 de 8-IV-97), concluyó, luego de analizar la vigencia y prelación de las normas de la materia que "(...) el trámite del recurso de reposición, cuyo silencio ha determinado la aceptación del recurso de reposición interpuesto por la actora, (...) que motivó la sentencia cuestionada en el presente recurso de casación, se establece la falta de diligencia del funcionario a un oportuno pronunciamiento ubicándose su conducta en los supuestos del inciso último del Art. 21 de la Ley 05, (...), por lo que se declara improcedente el recurso de casación..."

El silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, lo cual implica la pérdida de esa competencia por el transcurso del tiempo, y en consecuencia, la imposibilidad de la Administración para rever o revisar su propio acto, en este caso el acto producido por el silencio administrativo, como lo ha reconocido la Corte Suprema en sentencia 09-94 publicada en el RO 441 el 16-V-94.

Sobre la base de las normas, doctrina y jurisprudencia

cia citadas, llegamos a las siguientes conclusiones:

(i) El plazo para el silencio administrativo positivo opera desde el momento de la presentación de la petición, recurso o reclamo, y sería interrumpido por la Administración, con la notificación de la resolución de la Administración al administrado dentro del plazo establecido, con lo cual la Administración ejercería el veto a la petición del administrado.

(ii) No es posible extender el plazo para el silencio administrativo positivo, salvo aquellas excepciones establecidas expresamente en las normas, como es el plazo probatorio establecido en el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas.

(iii) Si la Administración no resolviera dentro del plazo, la petición se entiende aceptada, y caduca el derecho de la Administración para resolver el asunto o petición sometido a ella.

(iv) Si la Administración llegase a resolver luego o fuera del plazo establecido, habría una revocatoria de un acto administrativo que sería nula de pleno derecho.

Los efectos del silencio administrativo positivo que acabamos de mencionar son muy importantes para el administrado ya que generan y producen derechos, y como dicen García de Enterría y Fernández, son además "muy peligrosos para la Administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos muy estrictos de la misma manera que si hubiera dictado una resolución favorable" (15). De ahí la importancia que para la Administración tiene esta institución, y que actualmente debe ser mejor difundida, con el objeto de evitar desconocimiento y arbitrariedad que afecte a los administrados, y abusos de éstos frente a la Administración.

## NOTAS

1 Dromi considera que la voluntad expresa es la regla. Se entiende que esta voluntad es por excepción tácita. José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, Tomo I, pag. 175.

2 Jaime Vidal Perdomo es su obra *Derecho Administrativo* plantea que la ausencia de respuesta de la Administración presenta varios problemas, el primero relacionado a la responsabilidad del Estado y del funcionario, lo cual ha sido contemplado en la Legislación Ecuatoriana. El segundo, el relacionado con los mecanismos que ha ingeniado el legislador para dar una respuesta al administrado, que es principalmente el silencio administrativo, positivo o negativo. El positivo, a criterio de este autor, se debería aplicar en casos de aprobaciones o autorizaciones, bajo el presupuesto de que la petición está completa.

3 El Código Tributario y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo reconocían exclusivamente la existencia del silencio administrativo negativo.

Para el efecto hay que tener en cuenta que el silencio administrativo negativo no produce un acto administrativo con todos sus efectos, sino que simplemente constituye una ficción legal con efectos procesales, que permite el desarrollo del procedimiento impugnatorio.

4 La Ley de Régimen Tributario Interno ha sufrido varias reformadas. Las que se han referido al silencio administrativo positivo son principalmente las siguientes: las Ley 51 RO 349 de 21-XII-93; Decreto Ley 05, RO 396 de 10-III-94; Ley 99-24, RO 181-S de 30-IV-99.

5 El Art. 23 numeral 15 de la Constitución establece el derecho de petición. Sin embargo, lo hace en sentido general al establecer el derecho a "dirigir quejas y peticiones a las autoridades,.....y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado.". Debería entenderse que esta norma constitucional reconoce el derecho de petición, y como una manifestación de este, el derecho a recibir una respuesta. Sin embargo, la Constitución no establece si tal respuesta será negativa o positiva. Por lo tanto, entenderíamos que la norma constitucional reconoce y no riñe con la aplicación del silencio administrativo negativo o positivo.

6 La Ley 99-24 de la Reforma para las Finanzas Públicas eliminó de la Disposición Final Primera de la Ley de Régimen Tributario Interno la palabra "peticiones", dejando así que el silencio administrativo positivo solo sea aplicable a los recursos y reclamos.

7 La Corte Suprema de Justicia ha considerado que el silencio administrativo no se aplica a los recursos de revisión por ser éstos extraordinarios. Ver sentencia 121-98 publicada en el RO 215 de 18 de junio de 1999.

8 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, Tomo I, pag 555

9 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 556

10 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 557

11 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 557

12 El silencio administrativo está relacionado con el concepto de la competencia de administración en razón del tiempo. "La competencia es por lo común permanente, en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo sus atribuciones que le han sido conferida. Pero en ciertos casos, el órgano solo puede ejercer la atribución por un lapso determinado. Se dice, entonces, que la competencia es temporaria". José Roberto Dromi, *Obra citada*, página 167.

13 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 558

14 Materia de otro análisis será el procedimiento de ejecución del silencio administrativo positivo, que actualmente presenta múltiples deficiencias y vacíos legales.

15 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 556