

EFICACIA NORMATIVA, TRANSPARENCIA Y (NUEVO) FRACASO DEL SILENCIO POSITIVO EN LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*Alejandro Vergara Blanco**

INTRODUCCIÓN

Cabe referir, de partida, las paradójales circunstancias políticas que dan nacimiento a la nueva Ley sobre Procedimiento Administrativo, en 2003; en que, además, un modesto proyecto de ley, dirigido a regular sólo el silencio administrativo, se transforma en una completa ley reguladora del procedimiento administrativo (PA) todo. Ley esta que era esperada en el derecho chileno hace largos años, y que el legislador denominó de “bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado” (LBPA).

1. *El origen del proyecto de ley. La LBPA como hija de la tragedia.* El origen de la LBPA chilena se encuentra en un escueto proyecto de ley, de apenas siete artículos, destinado –únicamente– a regular el silencio administrativo. Dicho proyecto de ley fue iniciado por Mensaje del Presidente de la República el 4 de octubre de 2000.

Pues bien, este proyecto de ley surgió como un resultado de la contingencia política nacional; particularmente, ante una seguidilla de casos de corrupción difundidos ampliamente por medios de comunicación masiva, que consistían en irregulares pagos de sobresueldos en dinero en efectivo a Ministros y servidores públicos, mediante una triangulación de dineros.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

A continuación, una breve síntesis periodística de los hechos más importantes¹:

- A tres años de pena remitida y a una multa de más de 799 millones de pesos fue condenado el ex ministro de Obras Públicas Carlos Cruz, en el caso MOP-Gate (la empresa contratista Gestión Ambiental Territorial S.A., perteneciente al ex seremi de Transportes, Héctor Peña Véliz, militante del PS), dictamen que fue dado a conocer la jueza Gloria Ana Chevesich. Los delitos: fraude al Fisco y falsificación de instrumento público.
- El ex secretario Estado es una de las 14 personas sentenciadas, los delitos imputados son fraude al Fisco y estafa. La jueza estableció que se ideó “el ardid de abultar el precio” de 13 consultorías para obtener dinero para sobresueldos de funcionarios públicos.
- Una pericia contable concluyó que el perjuicio fiscal defraudado alcanzó a un total de \$ 1.253.352.295, sólo en el cuaderno principal. Según el informe, por la sobrevaloración deliberada de contratos y abultamiento de costos se perdieron \$ 1.226.832.295, mientras que por triangulación de dineros se defraudaron \$ 26.520.000.
- El fallo de la magistrada, que contiene 1.032 páginas, considera acusaciones en contra de 31 personas, ex personeros públicos y privados, de las cuales 17 fueron absueltas. La investigación de la magistrada duró 7 años y 161 días, desde que la jueza asumió esta causa el 21 de enero de 2003, por decisión de la Corte Suprema.
- En febrero de 2006, cuando sólo le faltaba un mes para entregar el poder, el entonces Presidente Ricardo Lagos debió responder un cuestionario de la ministra Gloria Ana Chevesich sobre una arista del caso MOP-Gate.
- Antes que la jueza Chevesich llegara al caso, en enero de 2003, vino el primer remezón para el gobierno, cuando el juez Carlos Aránguiz decidiera detener al ex ministro Carlos Cruz. Esto, junto a los desafueros en el “caso Coimas”, pusieron al gobierno en una difícil situación, en la que un acuerdo político

¹ <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={b5770ceb-8143-414a-ba5f-7-e6c9aa28493}>, noticia de 15 de abril de 2009; y <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=422053>, noticia de 1° de julio de 2010.

con el senador de derecha Pablo Longueira (UDI) fue interpretado como un “salvavidas” para la gestión del gobernante socialista.

Ante la necesidad de asegurar la gobernabilidad y la estabilidad en el país, los principales actores y partidos políticos acordaron la necesidad de una serie de reformas, entre las cuales estaban la regulación de los plazos en el procedimiento administrativo y del silencio administrativo, con el fin de agilizar las tramitaciones que los particulares realizan ante los órganos de la Administración; y terminar así con las dilaciones usuales que sufren los administrados.

2. *La transformación del proyecto en la actual LBPA.* Ese modesto proyecto de ley se transformó en la actual LBPA en buena parte gracias al aporte decidido de dos importantes administrativistas nacionales, dedicados en ese momento a la actividad política y a la asesoría legislativa². Seguramente, ellos hicieron notar que el proyecto de ley, al referirse sólo a algunos aspectos del procedimiento administrativo (a la fase final del mismo), en realidad sería parcial, incompleto e insuficiente; y bien podía regularse el procedimiento administrativo todo, como, en definitiva, se hizo.

De ahí que podamos decir, sin temor a exagerar, que la LBPA es, por una parte, hija de la tragedia de ciertas acciones irregulares administrativas de algunos agentes administrativos relevantes (ministros, entre otros) y, por otra, de las manos expertas que las circunstancias pusieron en la asesoría legislativa.

3. *Recepción doctrinaria de la LBPA en Chile.* Como en otros países vecinos³, hubo que esperar largos años antes que el legislador regulase el procedimiento administrativo (PA), a pesar de que esta falta de regulación legal fue reclamada desde antaño⁴.

²Es el caso de Enrique Silva Cimma (antiguo profesor de derecho Administrativo de la Universidad de Chile y, en ese entonces parlamentario) y de Carlos Carmona (en ese entonces, profesor de derecho Administrativo de la Universidad de Chile y asesor jurídico del Ministerio Secretaría General de la Presidencia).

³Vid. para Argentina, CASSAGNE 2002 II, 518 ss., y para Perú, MORÓN 2009 passim.

⁴CALDERA 1981 49.

A raíz de esa carencia normativa ha habido una carencia de trabajos doctrinarios en la materia⁵. No obstante, como la doctrina del derecho administrativo nunca es pacífica, una vez dictada la LBPA en 2003, sin bien ella fue objeto de elogios⁶, también tuvo detractores decididos⁷. Se han dedicado a su análisis, hasta ahora, al menos dos jornadas académicas: una, abierta a todos los profesores de la disciplina que quisieron participar, en que se expusieron diversos trabajos de análisis, sin un especial ánimo crítico⁸; y otra, más bien cerrada a algunos de ellos, con un acentuado carácter crítico⁹.

I. REGULACIÓN DEL PA SEGÚN LA NUEVA LEY DE BASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (LEY N° 19.880)

1. Situación anterior a la LBPA. El 29 de mayo de 2003 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración Pública (LBPA). Esta ley era objeto de antigua aspiración y necesidad, las que se arrastraban desde hace muchos años. De hecho, desde 1992 descansaba en el Congreso un proyecto de ley sobre la misma materia.

Sin embargo, desde antes existían en nuestro país algunos lineamientos generales respecto al procedimiento administrativo.

a) El procedimiento administrativo en la Constitución. Entre otros, en el art. 7° , a propósito del principio de juridicidad, se hace expresa mención respecto de la “forma” como uno de los requisitos a que debe ajustar su actuación todo órgano del Estado; también hay referencia al procedimiento en el art. 19 N° 3 inc. 5°, al establecer el principio del debido proceso; y, finalmente, el art. 63 N° 18 establece que el procedimiento administrativo es una de aquellas materias que deben quedar reservadas al tratamiento exclusivo del legislador.

⁵ MORAGA 2009, 332.

⁶ CORDERO 2003, 6 y 2008, 332.

⁷ SOTO 2004, 75 y 2010, 277.

⁸ Vid. *Actas II Jornadas de Derecho Administrativo* (2005).

⁹ *Conferencia Santo Tomás de Aquino 2003* (2004).

b) *El procedimiento administrativo en la Ley de Bases de la Administración del Estado.* En la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (la Ley de naturaleza administrativa más importante en Chile, hasta antes de la dictación de la LBPA), se contienen diversas normas relativas al procedimiento administrativo, las que no han perdido su vigencia con la dictación de la nueva LBPA de 2003. En efecto, en especial, se refiere esa ley a la: (i) eficiencia administrativa: “*procurar la simplificación y rapidez de los trámites*” (art. 8° inc. 1° parte final LBPA); (ii) al principio de la coordinación administrativa (art. 5° inc. 2° LBPA); (iii) al principio inquisitivo (art. 8° inc. 1° primera parte LBPA); (iv) expresamente señala que “*los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que los que establezcan las leyes y reglamentos*” (art. 8° inc. 2° LBPA); (v) en fin, a los recursos (impugnabilidad de los actos administrativos): reposición y jerárquico (art. 10 LBPA). Esta LBPA viene a complementar tales normas.

2. *Lineamientos básicos de la nueva Ley de Procedimiento.* Son materias básicas de esta ley las siguientes:

i) El hecho de que sólo un procedimiento puede *conducir jurídicamente a la dictación de un acto*, y asegurar al mismo tiempo que éste sea legítimo, racional y razonable.

ii) El procedimiento es *garantía formal de los derechos de los ciudadanos*, ya que el concepto del debido proceso no agota su aplicabilidad en sede judicial. Por el contrario, su eficacia también se extiende al ámbito de la Administración.

iii) El procedimiento es un mecanismo de *ordenación de la actividad administrativa*, es decir, de una actuación uniforme de cada órgano de la Administración Pública, lo que se concreta a través de la exigencia de cumplimiento de plazos, de un expediente administrativo de tramitación, etc.

iv) El procedimiento administrativo también sirve de base para la *composición de intereses*. Es así como esta nueva ley contempla, por ejemplo, etapas de audiencia previa a la iniciación del procedimiento (art. 29 LBPA), un período de información pública (art. 39 LBPA) y publicidad obligatoria de actos administrativos generales (art. 48 a) LBPA).

v) Por primera vez un texto con rango legal define el “acto administrativo”. El art. 3º inc. 2º LBPA señala “*para efectos de esta ley, se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*”.

vi) Se legisla de un modo general sobre el “silencio administrativo” en los arts. 64, 65 y 66 LBPA.

Sobre el silencio administrativo, véase *infra*, II, 3.

3. *Nuevas bases y estándares valorativos de la LBPA.* Cabe destacar, especialmente, la consagración de una serie de “estándares” por parte de la LBPA. Son nuevas bases, estándares o “principios”, como ella los llama¹⁰, guiada por evidentes aspiraciones de otorgar mayor certeza, seguridad y justicia en los procedimientos administrativos a todos los administrados¹¹. Es un reconocimiento a los derechos subjetivos públicos.

a) *Enumeración de algunas bases y estándares en la LBPA.* Una enumeración de estas nuevas bases o estándares podría ser la siguiente:

1º La gratuidad de los procedimientos (art. 6º LBPA).

2º La contradictoriedad del procedimiento, de lo que se deriva el derecho a que en cualquier momento del procedimiento, el interesado pueda aducir alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio, estando el órgano obligado a considerarlo en la resolución final (arts. 10 y 17f) LBPA).

3º La imparcialidad, de lo que se deriva el derecho a que el órgano de instrucción del procedimiento sea imparcial, es decir, que no existan circunstancias que inhabiliten la decisión (arts.11 y 12 LBPA).

¹⁰Vid. VERGARA 2010 201-203, sobre la terminología “principios”.

¹¹Véase el desarrollo ofrecido por CORDERO 2003, que es una excelente introducción a esta regulación del PA.

4° La inexcusabilidad, derivándose de este principio el derecho a tener siempre decisión de la Administración en el procedimiento (art. 14 LBPA).

5° La publicidad, derivándose el derecho de las personas a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga condición de interesado (art. 17a) LBPA)¹². Lo anterior implica que si existe el derecho a conocer, implícitamente, existe el derecho a participar en el procedimiento administrativo, cuando concurren en el sujeto las calidades de interesado; es decir, quienes sean titulares de derechos e intereses individuales o colectivos, en particular quienes puedan ser afectados de cualquier modo por la decisión que se adopte (art. 21 LBPA).

6° Un procedimiento de mayor racionalidad y justicia, derivándose los siguientes derechos: derecho a solicitar el inicio del procedimiento (art. 30 LBPA); derecho a la prueba (art. 35 LBPA); derecho a la motivación de la resolución que coloca término al procedimiento y que resuelve los recursos (arts.11 y 41 LBPA); derecho al conocimiento del acto (art. 45 LBPA); derecho a la audiencia previa, en caso de invalidación (art. 53 LBPA); derecho a los recursos o impugnación de los actos (arts.15, 59, 60 LBPA); en fin, derecho a ser titular de un acto en virtud del silencio administrativo (arts.64 y 65 LBPA).

7° Igualmente, de tal nuevo estándar de un procedimiento con mayor certeza, seguridad y justicia, se derivan las siguientes exigencias procedimentales: cumplimiento de plazos de inicio, actos trámites, etapas intermedias y decisiones definitivas (arts. 24, 25, 26 y 27 LBPA); exigencia de un expediente para la tramitación del procedimiento (art. 18 LBPA); procedimiento de urgencia (art. 63 LBPA).

8° En fin, validez del silencio administrativo, positivo o negativo, como mecanismo de reconocimiento estimatorio o desestimatorio, por vía omisiva, de la actuación de la Administración (arts. 64 y 65 LBPA).

¹²La publicidad de los AA es, en verdad, a la vez, un estándar y un derecho público subjetivo a favor de los administrados; lo cual ha venido a ser reforzado en el nuevo artículo 8° de la Constitución, a partir de la reforma de 2005. Vid. VERGARA 2010 191ss.

El silencio lo desarrollo *infra* II, 3.

b) *Significado jurídico de la consagración de bases o estándares de toda PA.* Entonces, es evidente que en la nueva LBPA encontramos consagradas nuevas bases, de las que se derivan nuevos estándares o principios a partir de las normas indicadas, que incorporan por esa vía nuevos valores de seguridad, certeza y justicia. Todo esto es, por lo demás, propio de toda ley nueva que se precie de respetar las garantías fundamentales; en este caso, las derivadas de la garantía de la igualdad ante la ley y de la necesidad preceptiva de respetar por la Administración, en su actuar, procedimientos racionales y justos.

Para ello existía, además, un mandato constitucional en el art. 63 N° 18, para que la ley estableciese “bases”, esto es, “fundamentos o apoyo principal de algo”, según el diccionario y el sentido general del término. Existe la necesidad hermenéutica de darle algún sentido a la expresión “base” que utiliza la CPR, y el legislador lo hizo estableciendo dichas “bases”, pero con la terminología de “principios”, en los arts. 4° a 17 LBPA. Por lo tanto, en cuanto la nueva LBPA acepta la terminología constitucional de “bases” tanto en su título como en su frontispicio (se inicia la ley señalando “*que establece y regula las bases...*”), cabe asignarle algún contenido a dicha expresión: lo más coherente, entonces, es descubrir tales bases en aquellos “principios” que enumera la LBPA en su art. 4° y desarrolla en los siguientes arts. 5° a 17. Lo anterior, sin perjuicio que el restante articulado de la LBPA, con coherencia a tales “bases” o “principios”, desarrolla más específicamente la materia procedimental.

Entonces, sea cual sea la terminología que se desee adoptar, es evidente que la nueva LBPA establece una nueva regulación “básica” de los procedimientos administrativos, a partir de la cual se elevan los estándares de seguridad, certeza y justicia para los administrados en su relación con la Administración. Y, además, sólo con quebranto al principio de la igualdad ante la ley podría pretenderse aplicar sólo a algunos administrados estos estándares y no a otros.

Es la LBPA una manifestación de la voluntad ciudadana, a través del legislador. De ahí la conexión de esta vocación de ley de bases, con la técnica de la derogación tácita. De otro modo, ¿qué consecuencia tiene que una ley sea de bases, por mandato de la CPR?

Véase *infra* II, 1, el desarrollo de la técnica de la derogación tácita, que es la consecuencia normativa del establecimiento de esta nuevas bases y estándares.

4. *Esquema general de las fases de todo procedimiento administrativo.* Son tres las fases que consagra la LBPA: iniciación, instrucción y terminación.

A. *Iniciación del procedimiento*

Puede iniciarse el procedimiento administrativo de dos maneras: de oficio por el órgano administrativo competente o a solicitud de parte interesada. Cabe señalar que la ley no señala qué sucede si el procedimiento se inicia ante órgano incompetente. Igualmente se ofrecen reglas sobre medias provisionales y acumulación de procedimientos.

a) *Iniciación de oficio.* El art. 8º LBAE señala: “...los órganos del Estado actuarán por propia iniciativa”. A su vez, el art. 29 LBPA señala las formas de inicio de oficio de los procedimientos administrativos: por propia iniciativa, por orden superior, a petición de otros órganos, por denuncia de funcionario o particular. El denunciante no es interesado a menos que se haga parte como tal.

Cuando la iniciación es de oficio, puede haber un período de información previa en que la Administración evaluará la iniciación. En este momento pueden decretarse medidas provisionales preventivas (art. 32 LBPA).

b) *Iniciación a solicitud de parte interesada.* Se inicia de inmediato y la Administración está obligada a responder. Los requisitos formales son mínimos y están en el art. 30 LBPA. Se debe tener en consideración, eso sí, la letra b): la solicitud debe contener “*hechos, razones y peticiones en que consiste...*”. Esto porque conforme al art. 41 LBPA la Administración puede resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o *manifiestamente carentes de fundamentos*. Por lo demás, también es importante porque la resolución nunca puede ser más gravosa que lo que se solicitó en la iniciación y porque, de aplicarse el silencio positivo, será la solicitud la que defina el contenido del acto.

En todo caso, la Administración requerirá al interesado que subsane, en caso de error, en un plazo de cinco días.

El inicio se marca con el ingreso de la solicitud, a menos que se haya ingresado ante un órgano incompetente, en cuyo caso ese mismo debe remitirlo al que tiene competencia (art. 14 LBPA).

c) Medidas provisionales. Pueden solicitarse o decretarse antes o después de iniciado el procedimiento (art. 32 LBPA). Si se solicitan antes, habrán 15 días para iniciarlo. Pueden decretarse de oficio o a solicitud de parte y tienen las siguientes características:

i) *Indeterminadas:* las que se estime oportunas para asegurar la eficacia de la acción.

ii) *Temporales:* se pueden alzar o modificar en cualquier momento de la tramitación.

iii) *Limitadas:* cuando causen perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes y, por supuesto, la Constitución.

d) Acumulación (art. 33 LBPA). El órgano instructor puede ordenar la acumulación de procedimientos. No procede recurso.

B. Instrucción del procedimiento

La instrucción se refiere a la “determinación, conocimiento y comprobación de los datos necesarios para la resolución del procedimiento”¹³ y es una expresión de los principios de celeridad (impulso de oficio) y dispositivo: las partes también deben impulsar, y pueden, en todo momento, alegar defectos de tramitación.

Otros principios: impulso simultáneo de actos trámites, probidad, objetividad, antiformalismo y eficacia.

¹³ VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA 1993 110.

Los principales trámites de esta etapa son:

a) *Alegaciones* de los interesados.

b) *Informes*. La Administración y las partes pueden solicitar informes, voluntariamente o porque la ley lo exige. Si una disposición legal o reglamentaria exige que la Administración recabe y conozca determinados informes, estamos en presencia de un informe preceptivo u obligatorio. Por el contrario, cuando es la propia autoridad administrativa la que estima necesario o conveniente conocer algún parecer o recabar información, nos encontramos ante un informe facultativo o voluntario. En todo caso, salvo norma expresa, estos informes son facultativos y no vinculantes (art. 38 LBPA). Se puede abrir información pública (art. 39 LBPA).

Otra denominación de los informes es la que se refiere a su carácter de vinculante o no. Los primeros son impuestos por las normas jurídicas cuando se quiere que dos órganos administrativos se pongan de acuerdo para crear el contenido de una decisión. Los segundos, son condición necesaria para adoptar la decisión, constituyendo la causa del acto que se va a adoptar.

c) *Prueba*. Muy poco regulada, como consecuencia del principio anti-formalista de la LBPA. Se debe notificar la apertura de la prueba (art. 36 LBPA). Se admiten todas las pruebas admisibles en Derecho y se aprecian en conciencia (es decir, se remite a la sana crítica). Esto se aplica, obviamente, cuando el órgano instructor controvierta los hechos alegados o no los admita de plano. El término de prueba no puede ser de más de 30 ni menos de 10 días, y sólo se pueden rechazar pruebas manifiestamente improcedentes o innecesarias, lo que deberá señalarse fundadamente (art. 35 LBPA).

d) *Audiencia del interesado e información pública*. A través de la audiencia del interesado, los expedientes se ponen a disposición de los interesados para que presenten las alegaciones y documentos que estimen pertinentes. Este trámite está establecido excepcionalmente, para dos casos (arts. 41 y 53 LBPA), en los que la Administración se encuentra obligada a citar a los interesados.

Ahora, puede ocurrir que los interesados en un procedimiento sean un grupo indeterminado de personas o sean inicialmente desconocidas. En este

caso, el procedimiento se somete a la información pública, trámite que en algunos casos es obligatorio y en otros, facultativo (art. 39 LBPA).

e) Propuesta de resolución. Es el proyecto de decisión que prepara quien ha instruido el procedimiento y eleva a la autoridad que debe decidir. En ella se propone el contenido del acto administrativo. Si bien la LBPA no regula esta figura, sí la menciona en el art. 17 letra f LBPA.

Ante la propuesta, el órgano con competencia para resolver puede aceptarla y convertirla en decisión propia o hacerle modificaciones, manifestando una voluntad total o parcialmente distinta de la propuesta. Excepcionalmente, por mandato de la ley, la propuesta es vinculante, es decir, impone al órgano decisor la obligación de resolver de conformidad a ella.

C. Terminación del procedimiento

La etapa de terminación se puede dar por causales que podemos llamar normales y anormales.

a) Causales normales.

i) Resolución. La Administración decide fundadamente. El procedimiento de elaboración del acto administrativo ha alcanzado su objetivo. A su vez, la resolución puede ser expresa (pronunciamiento expreso de la Administración) o presunta (positiva o negativa, silencio positivo o negativo).

La resolución expresa corresponde al acto definitivo que pone fin al procedimiento conteniendo el pronunciamiento de la Administración, decidiendo las cuestiones planteadas por los interesados (art. 41 LBPA), y es la concreción del principio conclusivo, preceptuado en el art. 8° LBPA. Por otra parte, la resolución debe ser también motivada, es decir, se deben exponer las razones que han llevado a la Administración a decidir de la forma que lo hace.

La resolución presunta la vemos *infra*, II, 3, al tratar el silencio administrativo.

ii) Desistimiento. El interesado se desiste, no continúa con su pretensión, pero puede comenzar de nuevo (art. 42 LBPA).

iii) Renuncia. El interesado renuncia al derecho del que es titular, siempre que esta renuncia no esté prohibida (art. 42 LBPA).

iv) Abandono. Si han pasado 30 días sin actuaciones, la Administración advierte al interesado que tiene 7 días para actuar antes de que se declare abandonado el procedimiento y se ordene su archivo, a menos que se trate de un asunto de interés general (en cuyo caso la Administración seguramente no actuaría puesto que la potestad es de ella) o fuera conveniente continuarlo para su definición o esclarecimiento (art. 43 LBPA). No está regulado un posible abandono por parte de la Administración. Sólo sería factible recurrir al silencio administrativo.

v) Imposibilidad por causas sobrevivientes.

b) Terminación anormal del PA: silencio administrativo¹⁴.

A este tema del silencio administrativo, en especial en su sentido positivo, nos dedicamos *infra* en II, 3.

II. TRES ASPECTOS DE LA LBPA: EFICACIA NORMATIVA, TRANSPARENCIA Y SILENCIO POSITIVO

Desarrollamos especialmente en esta parte tres aspectos problemáticos surgidos a partir de la LBPA:

i) las técnicas normativas instrumentadas para la eficacia de la ley: supletoriedad y derogación tácita;

ii) la insuficiencia de la ley en el tema de la transparencia administrativa, y

iii) el fracaso de la ley en cuanto al silencio administrativo positivo que consagró.

¹⁴ Parte de la doctrina comprende dentro de las formas anormales de terminación no sólo el silencio administrativo, sino que también la renuncia, el desistimiento y el abandono. La única forma de terminación normal, es, para ellos, la resolución expresa. Es una clasificación válida, pero distinta a la que aquí ofrecemos.

Nos concentramos en la aplicación que se le ha dado en la práctica jurídica chilena; de ahí lo moderado del aparataje bibliográfico comparado.

1. Técnicas normativas al servicio de la eficacia en la Ley de Bases de PA: derogación tácita y supletoriedad

La Ley N° 19.880 de 2003, que “establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado” (LBPA), junto con establecer las “bases” del procedimiento administrativo, consagra la aplicación supletoria de sus normas respecto de “procedimientos administrativos especiales” establecidos en normas pre-existentes. Así, en el frontispicio mismo de la ley, el art. 1° inc. 1° LBPA, señala, bajo el subtítulo “*procedimiento administrativo*”, lo siguiente: “*La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria*”.

a) *Bases derogatorias y supletoriedad a la vez.* En principio, parecería que la LBPA se limita a establecer *sólo* un régimen de supletoriedad normativa. Pero, como se verá más adelante, los estándares (o “principios”) impuestos por la LBPA entran, con enorme densidad, a todos los procedimientos administrativos y no sólo “rellenan” los vacíos de esos procedimientos, sino que, además, y aquí está lo importante, sino que *también* deroga aquellas reglas procedimentales específicas o especiales en caso de que sean incompatibles con tales nuevos estándares. Por lo tanto, incorpora la ley dos técnicas normativas:

i) la derogación normativa tácita (mediante el establecimiento de “bases” regulatorias nuevas), y

ii) la supletoriedad normativa.

Sin embargo, lo que pretendemos analizar aquí es, precisamente, la naturaleza de las técnicas normativas contenidas en la LBPA (derogación tácita y supletoriedad), de las cuales depende la aplicación más o menos generalizada de los nuevos estándares y garantías que, en materia de procedimiento

administrativo, establece a favor de los administrados la nueva LBPA. Con ambas técnicas, la nueva LBPA tiene la eficacia de derogar tácitamente todas aquellas normas especiales anteriores, referidas a procedimientos administrativos, que ofrezcan unos estándares de certeza, seguridad y justicia incoherentes o contradictorios con las bases y principios que resultan de la nueva LBPA. A la vez, la LBPA tiene la eficacia de rellenar las lagunas de las leyes preexistentes que establecen procedimientos especiales.

La tesis ofrecida, en este sentido, es la siguiente:

i) por una parte, las bases, estándares y principios establecidos y que surgen, en su caso, de la nueva LBPA, tienen la eficacia de derogar tácitamente todas las leyes preexistentes que sean contradictorias o incoherentes con tales bases, estándares y principios, y

ii) por otra parte, la técnica de la supletoriedad, contenida en el artículo 1º de la nueva LBPA, tiene la eficacia de rellenar las lagunas de las leyes preexistentes que regulan procedimientos especiales.

De la utilización de estas técnicas normativas depende, a su vez, la aplicación más o menos generalizada de las nuevas bases, estándares y principios que, como garantías que a favor de los administrados en materia de procedimiento administrativo, contiene la nueva LBPA¹⁵.

b) *Desde las nuevas “bases” a la derogación tácita.* En la LBPA se ha utilizado la técnica de la derogación, en este caso tácita; y la derogación tácita se produce respecto de todas las leyes preexistentes, en aquellas partes en que tales leyes contradicen los nuevos estándares “básicos” o “principios” a los que todo procedimiento administrativo, a partir de ahora, “*estará sometido*” (como dice el art. 4º LBPA).

¹⁵En un, por lo demás, completo trabajo, CORDERO 2003, en cuanto al concepto de “bases”, no le otorga a la LBPA el carácter derogatorio que aquí sostenemos, sino la relaciona con la potestad reglamentaria de desarrollo de las directrices o normas fundamentales que establecería una ley de “bases”. Recalca dicho autor que la LBPA “no ha tenido un carácter derogatorio” (p. 58); y que en cuanto a la supletoriedad, sólo se aplica “en casos en que no exista ley”, o en casos “en donde exista, y no se encuentran regulaciones o derechos reconocidos por la LBPA” (p. 59). El mismo autor, en CORDERO 2005 64 ss., analizando la jurisprudencia, se refiere a los diversos grados que tendría la supletoriedad.

De este modo, si la LBPA establece las “bases” regulatorias de todo procedimiento administrativo, en aplicación del art. 60 N° 18 CPR, cabe entender que, a partir de 2003, toda regulación que contradiga estas bases ha quedado derogada tácitamente. Así, en ningún caso podrá considerarse válida una regulación de algún aspecto de la forma de los actos administrativos, esto es, del procedimiento administrativo, que sea derechamente contradictoria a los principios de certeza, seguridad y justicia que ahora se establecen por la LBPA.

Por ejemplo, un procedimiento administrativo especial que prescinda de toda notificación efectiva debe entenderse derogado tácitamente, pues quebranta los principios de publicidad y defensa, propios de un procedimiento racional y justo (que es el caso del ejemplo que analizamos *infra*, del art. 139 inc. 3° CA).

El efecto derogatorio de una ley de bases surge, entonces, de esta premisa: la nueva regulación “básica”, opera al mismo tiempo como un mínimo y como un máximo legal. A partir de la dictación y plena vigencia de la LBPA, todas las leyes preexistentes que no cumplen en sus regulaciones los estándares de certeza, seguridad y justicia fijados en la nueva LBPA, deben entenderse derogadas tácitamente y, dado el vacío que a raíz de tal derogación se produce, en seguida, tales leyes necesitan de la aplicación supletoria de la LBPA para rellenar sus lagunas así producidas.

En suma, las leyes preexistentes que contienen regulaciones que contradicen los principios de certeza, seguridad y justicia que fijan estas bases, a través de los nuevos estándares, se entienden derogadas tácitamente, derogación en la que arrastran a los reglamentos que las ejecutaban. Con mayor razón han quedado derogados los reglamentos autónomos que pudieron ser dictados antes de 2003, en todo lo que sean contrarios a estas bases.

c) De la inexistencia de procedimientos especiales (existencia de lagunas normativas) a la supletoriedad. En la LBPA, la técnica de la supletoriedad permite la integración normativa, evitando la existencia de lagunas en materia de procedimiento administrativo. Es la supletoriedad una técnica normativa dirigida a permitir la aplicación generalizada de la nueva regulación del procedimiento administrativo en todas aquellas situaciones en

que no existan procedimientos administrativos “especiales” (*vid.* art. 1º LBPA). Así, la nueva LBPA “completa” todas aquellas leyes preexistentes que regulen de manera “incompleta” un procedimiento administrativo especial, con su nueva normativa general o común sobre procedimiento administrativo.

Es una cláusula real y propiamente supletoria la que contiene el art. 1º inc. 1º LBPA. En este caso, la captura regulatoria, por la vía de la supletoriedad, no va dirigida hacia normas de otros sectores normativos que resultasen, por ejemplo, ser “especiales/autónomos” de frente al también “especial/autónomo” del procedimiento administrativo (como los actos de otros órganos del Estado, distintos a los enumerados en el art. 2º LBPA, o los actos de organismos privados), pues ello produciría resultados hermenéuticos incoherentes.

La supletoriedad va dirigida, empero, a normas que forman parte del mismo sector del ordenamiento jurídico: el de los actos administrativos de los órganos de la Administración; orden en que pueden coexistir con plena coherencia normas generales y “especiales/singulares/de excepción”.

Dado que el art. 1º LBPA dice que *“en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales [excepcionales], la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”*, las leyes preexistentes que simplemente no contengan regulaciones relativas a los nuevos estándares, son “completadas” por la nueva ley. Si esas leyes contienen regulaciones relativas a los estándares (siempre que no contradigan sus principios: pues serán derogadas tácitamente), siguen rigiendo, por especialidad.

Constituye así la LBPA un “complemento” normativo, una técnica de integración normativa, de tal modo que por la vía de la supletoriedad, se rellenen todas las lagunas existentes. Y existirán lagunas en las leyes preexistentes cada vez que éstas no contengan regulaciones “especiales” relativas a procedimiento administrativo.

Estas dos técnicas normativas (derogación tácita y supletoriedad) son las que se articulan para la aplicación eficaz de todas las nuevas bases, estándares y principios que establece y regula la nueva LBPA. Y estas dos técnicas operan, así, de doble modo:

1º) con eficacia de derogación tácita de toda regulación preexistente sobre procedimiento administrativo que pugne con las bases y principios que establece la nueva LBPA, y

2º) con eficacia de relleno de lagunas de todas aquellas regulaciones preexistentes que no contengan normas “especiales” relativas a procedimiento administrativo; lo mismo se aplica en el caso en que, conteniéndolas, estas normas especiales hayan perdido eficacia por la derogación tácita.

d) La jurisprudencia en sede administrativa y judicial. La lamentable resistencia al cambio. Pese a lo que hemos venido señalando, la jurisprudencia ha sido errática en esta materia.

i) Jurisprudencia de la CGR que aplica correctamente la LBPA. En ocasiones, la Contraloría General de la República ha aplicado, correctamente, el criterio de la supletoriedad. Es el caso del Dictamen N° 3.825/2005, en que aplica acertadamente la supletoriedad, señalando que el art. 25 LBPA (que regula el modo de cómputo de los plazos en el procedimiento administrativo, señalando que sólo se computan los días de lunes a viernes; y no los sábados, domingos y festivos) debe aplicarse supletoriamente en el caso de las leyes especiales que reglen procedimientos especiales.

ii) Jurisprudencia discutible de la CGR. Sin embargo, en otras ocasiones, la CGR ha descartado la aplicación supletoria de la LBPA y sus nuevos estándares normativos.

Es el caso del Dictamen N° 33.255/2004, que señala: “*La aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 a los procedimientos especiales sólo procede en la medida que resulte conciliable con la naturaleza de los mismos, ya que el objetivo de dicho cuerpo normativo es suplir los vacíos del procedimiento existente, sin afectar el normal desarrollo de las etapas o mecanismos contemplados por el precepto especial*”.

Es también el caso del Dictamen N° 37.603/2004, en que nuevamente no aplica la supletoriedad, al afirmar que la regulación del silencio positivo de frente a la inactividad de la DGA establecido en la LBPA: “*(...) no se aplica a la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas, que se regula por el procedimiento especial y preferente del Código de Aguas,*

que no contempla tal institución, sino el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en dicho cuerpo legal, debidamente comprobados por la autoridad”.

Igualmente, el Dictamen N° 45.192/2004, no aplica la supletoriedad, dado que reitera el criterio anterior sobre inaplicabilidad de la ficción legal del silencio positivo.

Asimismo, más recientemente, el Dictamen N° 64.580/2009, dispone que *“la aplicación supletoria de las reglas de la Ley N° 19.880 debe hacerse de un modo que ella sea conciliable con las peculiaridades del respectivo procedimiento especial, lo cual importa que la misma no puede obstar a la adecuada realización de las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las finalidades específicas que la ley intenta lograr mediante tal procedimiento”.*

Por último, resulta interesante el Dictamen N° 60.633/2010, el cual señala coincidentemente que *“la aplicación supletoria debe ser conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial”*, pero aun así sostiene que *“en cuanto a la forma de computar el plazo contemplado en el precepto citado (artículo 131 del Código de Aguas), éste establece que es de 30 días, pero no señala si es de días hábiles o corridos por lo que resulta aplicable supletoriamente el artículo 25, inciso primero”.*

iii) Jurisprudencia de la Corte Suprema que sigue la interpretación correcta. En sede judicial, en tanto, y también en materia de cómputo de plazos, la Corte Suprema señaló recientemente, conociendo de un recurso de casación de fondo, que *“ante el vacío del Código de Aguas, en relación a una materia tan trascendente para los administrados como lo constituye la naturaleza de los plazos que tal cuerpo legal contempla, a fin de obtener seguridad y certeza en el cómputo de los mismos, no cabe lugar a dudas que corresponde aplicar supletoriamente lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 19.880, por corresponder el asunto que nos ocupa a un procedimiento administrativo especial, específicamente regulado por la ley en comento”*¹⁶.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema, 11 de mayo de 2011, Rol N° 256-2009.

2. Insuficiencia de la sola LBPA en materia de transparencia

Uno de los aspectos en que esta LBPA ha sido insuficiente es el relativo a la transparencia como estándar o principio. La transparencia implica, según las reglas establecidas en la LBPA (véase art. 16 LBPA, que ha sido necesario modificar), que se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. La formulación inicial de la ley era, simplemente, el establecimiento de un “principio” declarando la transparencia y publicidad, sin mecanismos eficientes para lograrlo.

La escueta e insuficiente formulación legislativa de 2003 fue complementada en 2005 (mediante una modificación constitucional) y en 2008 (mediante la creación de un Consejo para la transparencia).

i) Modificación de la CPR para incorporar la transparencia con un nivel normativo jerárquicamente superior.

En virtud de una reforma constitucional, del año 2005, el art. 8° inc. 2° Constitución Política dispone que: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*.

De esta manera, a nivel constitucional la regla general queda constituida por la publicidad de los actos administrativos, sus fundamentos y los procedimientos administrativos.

La excepción (secreto o reserva), por su parte, sólo puede establecerse mediante ley de quórum calificado, y por los motivos fundados que la propia Constitución Política señala: afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, y la seguridad e interés nacional.

ii) Dictación de una ley especial, con mecanismos más eficaces: la Ley N° 20.285, de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la

Información de la Administración del Estado, que “regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información” (art. 1º Ley N° 20.285).

Además, se crea un Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que “tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información” (art. 32 Ley N° 20.285).

A esta materia dedicamos otro trabajo, al que reenviamos¹⁷.

3. Terminación anormal del procedimiento administrativo: silencio administrativo positivo, un fracaso de la LBPA

a) *Generalidades.* La figura del silencio, en Derecho administrativo, tiene dos fases:

i) una negativa: el silencio negativo, que es una omisión que habilita la revisión judicial y,

ii) otra positiva: el silencio positivo, que tiene por fin presumir la decisión omitida, otorgándole, de manera ficta, los mismos efectos que si hubiese sido dictada.

El tiempo es factor fundamental en el procedimiento administrativo y se expresa en plazos. En este sentido, el art. 27 LBPA establece una regla general: máximo 6 meses, contados desde la iniciación del procedimiento administrativo hasta la fecha en que se emita la decisión final, salvo el caso fortuito y la fuerza mayor. Por ello, si la Administración no expresa voluntad dentro de dichos plazos, opera el silencio administrativo, figura que podemos destacar como consecuencia no sólo del principio de celeridad

¹⁷ Véase VERGARA 2010.

que debe regir el procedimiento, sino también del principio conclusivo del mismo.

Históricamente, el silencio administrativo surge, luego de un arduo debate legal y jurisprudencial, en la ley francesa en el año 1900, regulación seguida de cerca por países como Italia y España¹⁸, en que se pretende evitar la indefensión del particular de frente a la Administración.

Hay silencio administrativo cuando una autoridad administrativa no resuelve expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto por un particular¹⁹. La cuestión que se plantea es la de saber si la inactividad administrativa produce en esos casos efectos jurídicos y, en caso de que los produzca, si al silencio hay que darle un valor positivo (favorable a la petición o reclamación del particular) o negativo (es decir, desestimatorio), utilizándolo como “arma para combatir la pasividad o negligencia administrativa”²⁰.

b) *El silencio administrativo en la LBPA*. Con anterioridad a la LBPA, de 2003, el tema del efecto positivo del silencio administrativo estaba más bien relegado a lo que la doctrina o jurisprudencia determinasen, salvo algunas excepciones consagradas en legislaciones de carácter especial²¹. En lo esencial, la ley delineó el concepto²², los requisitos²³ y la clasificación de este silencio en positivo y negativo.

¹⁸ CORDERO 2003, 142.

¹⁹ GARRIDO FALLA (2002), p. 621.

²⁰ ROJAS VARAS (2004).

²¹ Ver D.L. N° 1.289 de 1976, Orgánica de Municipalidades, art. 5° transitorio letra c) y Ley N° 18.695, art. 82.

²² “Presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá o podrá entenderse denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares”.

²³ (i) Debe haber una disposición expresa que prevea el silencio administrativo. (ii) Debe haber una solicitud dirigida a la administración. (iii) Debe existir una “inactividad” de la administración. (iv) En la práctica esta inactividad se traduce en una falta de servicio. Puede ser *material*, que se traduce en un no hacer de la Administración dentro del marco de su competencia ordinaria, o *formal* que es la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento y que significa la no contestación a una petición. (v) La inactividad puede estar originada en: causas

La regulación que la LBPA establece sobre el silencio es la siguiente:

i) Silencio positivo. Si la Administración no se pronuncia respecto de una solicitud, el interesado puede denunciar este hecho ante el órgano que debía pronunciarse. La autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de fecha y elevar copia a su superior jerárquico en 24 horas. Sin embargo, conforme al art. 64 LBPA, el órgano competente tiene cinco días para pronunciarse, desde que certificó la denuncia. Si no lo hace, se entiende aceptada la solicitud. El interesado puede pedir que certifique que su solicitud no fue resuelta en plazo y la autoridad deberá expedir el certificado, sin más trámite.

Supone este silencio una ficción legal²⁴, en virtud de la cual se entiende tácitamente concedida o aceptada la solicitud, en virtud de no producirse la expresión de voluntad de la Administración en el plazo que indica la ley que debió haberlo hecho.

ii) Silencio negativo. Se aplica el silencio negativo (art. 65 LBPA), es decir, la ficción de que se ha rechazado una solicitud que no ha sido resuelta dentro del plazo legal en los siguientes casos:

- 1º) cuando afecta al patrimonio fiscal,
- 2º) cuando la Administración actúe de oficio,
- 3º) cuando la Administración deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos, o
- 4º) cuando la Administración deba pronunciarse en virtud del derecho de petición (art. 19 N° 14 CPR).

Dado que la institución se estableció en beneficio de los administrados, es el interesado quien puede pedir la certificación.

estructurales, orgánicas, o negligencia por parte de la administración para dar cumplimiento a las obligaciones que son inherentes a su cargo. (vi) La inactividad debe darse durante un cierto lapso de tiempo. (vii) Debe existir la posibilidad de resolver para la administración.

²⁴Para otra parte de la doctrina no es una ficción, sino que es una presunción del alcance o significado de la voluntad administrativa; vid.: MARIENHOFF 1997, 323.

iii) *Efectos del silencio*. Respecto a sus efectos, los actos administrativos que concluyan en aplicación de la figura de silencio positivo y negativo, tendrán “*los mismos efectos que aquellos que culminaren con una resolución expresa de la Administración*” (art. 66 LBPA).

b) *Críticas de la doctrina*. Una vez dictada y aplicada la LBPA sólo quedaba esperar el resultado práctico del silencio positivo especialmente: pero, en verdad, este resultado esperado no se ha producido.

De ahí que señalemos que ha sido más bien un nuevo fracaso del establecimiento de esta figura, como ha sido verificado en derecho comparado; así se ha dicho de esta figura que es en realidad, a la vez, una ficción, trampa y caos²⁵.

Respecto a la institución del silencio administrativo, se han planteado diversas críticas en doctrina chilena y comparada.

Así, por ejemplo, para Chile, se señala como déficit de la regulación legal, la supuesta celeridad que no es tal, un incentivo a la ineficiencia, en fin a la producción de incertidumbre jurídica al propio interesado²⁶. Por otra parte, se ha subrayado el problema de la prueba o cuando el órgano administrativo se niegue a expedir el certificado en que conste que se ha producido el acto por silencio administrativo o cuando el acto que nace en virtud del silencio positivo sea ilegal²⁷.

En Perú, existen críticas igualmente, por la dificultad de certificación, aun cuando existe una ley específica en la materia²⁸. En Argentina existe igualmente una norma sobre silencio o ambigüedad, que traduce una decisión incierta, imprecisa o dudosa²⁹.

²⁵ GONZÁLEZ NAVARRO 2000, 119.

²⁶ Cfr. CORDERO 2003, pp. 151-157.

²⁷ ROJAS 2004, 21.

²⁸ Vid.: MARAVÍ 2004, 105; CALMELL 2007, 217, y MORÓN 2009, 857. Para Nicaragua, vid. ALEMÁN 2007, 965.

²⁹ Vid. CASSAGNE 2009, 269.

En España, se ha analizado ampliamente la figura, siendo foco especial de atención los actos fictos *contra legem*, y todas las dificultades propias de las certificaciones, entre otros aspectos³⁰.

c) El fracaso del silencio administrativo positivo en Chile. Una primera formulación crítica. Probablemente la mayor relevancia de la LBPA podría haberse dado en este ámbito del silencio positivo; en efecto, es difícil exagerar la “revolución” que habría implicado el éxito de estos efectos esperados del silencio positivo. Sin embargo, la LBPA no ha tenido los resultados prácticos que le dieron nacimiento a esta ley (no se olvide que esta LBPA surgió casi sólo para regular el silencio positivo, y sólo después, en medio de su tramitación parlamentaria, se transformó en una ley más general y completa).

Un ejemplo de este fracaso se puede constatar en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que, para evitar la aplicación del silencio positivo en un caso concreto en que se configuraban los supuestos del art. 64 LBPA, lo escamotó apelando a la no-supletoriedad de la LBPA. Al respecto señaló dicho Tribunal que: “la aplicación supletoria de las reglas de la Ley N° 19.880 debe hacerse de un modo que ella sea conciliable con las peculiaridades del respectivo procedimiento especial, lo cual importa que la misma no puede obstar a la adecuada realización de las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las finalidades específicas que la ley intenta lograr mediante tal procedimiento”³¹.

Además de los factores señalados por la doctrina (revisados *supra*) varios son los factores que probablemente han contribuido a la dificultad (en verdad, fracaso) de la aplicación práctica de los efectos del silencio positivo. Dos aspectos deseo destacar.

1º) El necesario ejercicio de potestades discrecionales para definir el contenido concreto y específico de actos administrativos complejos

³⁰Vid., por todos: GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2004, 610; ALONSO MAS Y NARBÓN LAINEZ 2009, 58; SANTAMARÍA PASTOR 2004, 98; Y GONZÁLEZ NAVARRO 2003, 1222.

³¹Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 24/06/2009, Rol N° 246-2009.

El necesario aporte de la administración, mediante sus potestades discrecionales, al contenido regularmente complejo, del acto administrativo terminal; contenido preciso este que pocas veces queda predeterminado con la mera solicitud del administrado, pues regularmente el contenido preciso del acto terminal se va configurando con el transcurso de las distintas actuaciones del administrado y Administración, durante la tramitación del procedimiento administrativo. Son muy pocos los PA con una predeterminación perfecta como para hacer viable el efecto del silencio positivo. El silencio casi nunca va a reemplazar los actos administrativos complejos, en que es necesario el aporte discrecional, para qué decir técnico, de algunos entes administrativos.

De ahí que haya que clasificar, seguramente, aquellos actos susceptibles, naturalmente de silencio positivo (actos que son fruto de un PA muy objetivo, cuyo contenido viene predeterminado en la misma solicitud), de aquellos otros que difícilmente serán susceptibles de silencio positivo (actos complejos).

Así, especialmente relevante es el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración en este tema. En efecto, es difícil tematizar o conceptualizar la manera en que podría hacerse operativa esta institución del silencio administrativo dentro de la técnica de las potestades discrecionales, de las cuales es dotado el órgano administrativo para delimitar y definir el contenido exacto de actos administrativos complejos.

A este respecto cabe recordar que, en Derecho Administrativo, la discrecionalidad no es sinónimo de ilegalidad ni de arbitrariedad. De hecho, pareciera que lo característico del Derecho administrativo contemporáneo es, precisamente, la limitación, al máximo posible, de la discrecionalidad. Así, las *potestades* administrativas pueden distinguirse de otras potestades públicas y, especialmente, de la potestad legislativa. En efecto, esta última es una potestad amplísima, y particularmente dentro de un Estado democrático (dentro de los márgenes, claro está, de la normalidad constitucional). Pero incluso la potestad judicial (la supuesta “boca de la ley”) encuentra más espacio para la discrecionalidad que las potestades administrativas. Esto se ve claramente en los casos de lagunas normativas (cuya solución es una de las preocupaciones fundamentales de la teoría del derecho) y dificultades interpretativas de otra índole, en los cuales la legislación chi-

lena abre dos puertas igualmente anchas para la discrecionalidad judicial: los principios de equidad (art. 170 N° 6 Código de Procedimiento Civil, a propósito de los requisitos de la sentencia definitiva) y los criterios interpretativos de “equidad natural y espíritu general de la legislación” (art. 24 Código Civil).

El problema de la discrecionalidad en el Derecho administrativo cabe conectarlo con la figura del silencio administrativo positivo, y es posible aseverar que el silencio positivo sólo pretende evitar la arbitrariedad implícita en la dilación administrativa, pero para ello es algo excesivo pretender sustituir íntegramente, mediante una ficción de acto, todo el “aporte” que se espera de la Administración en la delimitación del contenido exacto del acto administrativo, en cuya confección muchas veces cabe no sólo interpretar la ley en una regulación objetiva y perfectamente “reglada”, sino que cabe ponderar una serie de antecedentes de la más diversa naturaleza. Pues existen actos administrativos que por su complejidad necesitan la colaboración activa de la Administración, definiendo con gran precisión su contenido; los cuales difícilmente pueden ser reemplazados por este artificio de la ficción de un acto administrativo.

2º) *El caso de las solicitudes contra legem*

Finalmente, cabe siquiera mencionar el problema de la validez o nulidad que podría sobrevenirse, al aplicar la ficción de silencio positivo, a peticiones *contra legem*.

¿Qué ocurre si la solicitud que dio lugar al procedimiento administrativo presentaba problemas de validez? ¿Debe dicho procedimiento dar lugar a una resolución administrativa? ¿Sería anulable esta resolución? Se trata de cuestiones relevantes y de difícil solución y que tal vez contribuyan a explicar, en parte, el fracaso de esta institución en el derecho chileno, pues todos estos problemas han paralizado a los operadores jurídicos en relación a esta figura.

Entonces, el desafío pareciera ser, en estos casos, atacar las dilaciones de la Administración mediante otras técnicas, distintas al silencio positivo. El problema a resolver es otro: es la omisión administrativa, por dilación; o mora de la administración, como se la denomina en otros órdenes nor-

mativos, la que debe ser enfrentada, mediante técnicas de responsabilidad administrativa directa a los agentes de la Administración, o mediante multas a la Administración.

CONCLUSIONES

1°. El procedimiento administrativo chileno está regulado en una LBPA, de 2003, que surge como resultado del proceso político, como una reacción a una específica irregularidad administrativa y a la excesiva dilación que sufrían los particulares en sus trámites ante la administración.

2°. La LBPA consagra una serie de estándares, bases o “principios”, los cuales cobran relevancia y aplicabilidad a partir de las técnicas normativas de la derogación tácita y la supletoriedad.

Sin embargo, estas dos técnicas no han encontrado la acogida que deberían haber tenido en la praxis del derecho administrativo chileno. En efecto, la jurisprudencia, sobre todo de la Contraloría General de la República, ha admitido de manera tímida la aplicación supletoria de la LBPA, y prácticamente no ha acogido su eficacia derogatoria.

3°. La LBPA por sí sola no tuvo efectos reales en cuanto a la transparencia; debido a ello, hubo que dictar otra ley que permitiera satisfacer las aspiraciones que en esta materia se sustentaban en el ámbito público.

4°. Finalmente, la LBPA tampoco ha logrado eficacia en cuanto a la consagración de la institución del silencio administrativo. Se pueden dar muchas razones y este trabajo ha sido sólo un primer intento de esbozarlas. El desafío pareciera ser, en estos casos, atacar las dilaciones de la Administración mediante otras técnicas, distintas al silencio positivo.

5° No obstante los temas específicos comentados, en general la LBPA ha significado un evidente avance en la cultura del derecho Administrativo, con su sola dictación, y ha impactado a esta disciplina incorporando al lenguaje de jueces y juristas un nuevo lenguaje. Ello es notorio en el desarrollo dogmático que está significando, con la aparición de una doctrina antes inexistente en Chile en esta materia.

Pero lo más relevante de esta LBPA es la consagración de estándares jurídicos, conectados a derechos públicos subjetivos específicos, favorables a la posición del administrado, lo que podría permitirles una relación más justa, segura y cierta con la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005): *El concepto de jurisdicción en la constitución política. Notas sobre la importación de conceptos constitucionales hacia el procedimiento administrativo* (Comunicación a las II Jornadas de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho P.U.C.V), 1-11pp.
- ALEMÁN MENA, Donald (2007): “El silencio administrativo en la legislación de Nicaragua”, *Derecho Administrativo Iberoamericano* (Coord. Víctor Hernández-Mendible, Caracas, Ediciones Paredes), tomo II, pp. 965-990.
- ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto (2009): *El silencio administrativo y su problemática procesal* (Valencia, Tirant lo Blanch), 199+22 pp.
- ÁLVAREZ VÁZQUEZ, Jorge (s/d): *Los Derechos de las personas en el procedimiento administrativo art. 17 de la Ley N° 19.880 LBPA* (apuntes de clase), 27 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (s/d): *Función y tipología del procedimiento administrativo* (sin edición, apuntes de clase), 11 pp.
- CALDERA DELGADO, Hugo (1981): *El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 181 pp.
- CALMELL DEL SOLAR, Analía (2007): “El silencio administrativo: aspectos generales y su regulación actual”, *Derecho administrativo contemporáneo* (Lima, Palestra), pp. 217-229.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2002): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo Perrot) II, 662 pp.
- ___ (2009): *La Ley Nacional de procedimientos administrativos. Comentada y anotada* (Buenos Aires, La Ley), 551pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2003a): *El procedimiento administrativo* (Santiago, LexisNexis, 2003), 228 pp. [En este trabajo, siempre cito esta fuente del autor].

- (2003b): “El procedimiento administrativo”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, XV, pp. 242-245.
- (2003c): “Limitando la Ley de Procedimiento Administrativo. Una interpretación intolerable”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 3, pp. 549-552.
- (2005): “La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”, *Acto y Procedimiento administrativo. Actas II Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, s/d), pp. 49-70.
- (2010): “El procedimiento administrativo: desarrollo y perspectivas”, *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 325-355.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Thomson/Civitas) I, 845 pp.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2002): *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I* (Madrid, Tecnos), 752 pp.
- GONOD, Pascale (2006): “La codification de la procédure administrative”, *AJDA*, L’ actualité juridique, N° 9, pp. 489-491.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (2000): “El silencio administrativo: ficción, trampa y caos”, *Revista Jurídica de Navarra* (Pamplona, España) N° 30, pp. 119-166 [ahora compilado y ampliado en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (2003): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común* (3ª. ed., Madrid, Thomson/Civitas), 1758 pp.].
- MARAVÍ SUMAR, Milagros (2004): “Silencio administrativo: el silencio de los culpables”, *Derecho Administrativo. Asociación Peruana de Derecho Administrativo* (Lima, Jurista editores), pp. 103-120.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2003): “El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso”, *Revista de Derecho Público*, N° 65, pp. 118-133.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2009): “Notas al procedimiento administrativo y la doctrina chilena”, *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 327-378.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2009): *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo general. Incluye comentarios a la ley del silencio administrativo* (Lima, Gaceta Jurídica), 941 pp.

- RAMÍREZ SIERRA, José Agustín (2001): “Impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 3, pp. 177-210.
- ROJAS VARAS, Jaime (2004): “Notas sobre el procedimiento establecido en la Ley N° 19.880”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, pp. 21-53.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004): *Principios de derecho Administrativo General* (Madrid, Iustel) II, 796 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1980): “Estado de Derecho y Procedimiento Administrativo”, *Revista de Derecho Público*, N° 28, pp. 101-124.
- (1982): “El procedimiento administrativo (Una aproximación a sus bases fundamentales)”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXIX, N° 1, pp. 79-94.
- (2003). *La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos ¿“Aleluya” o “Miserere”?* (Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Universidad Santo Tomás), pp. 92-103. [compilado luego en su:
- (2010): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (2ª ed., Santiago, Abeledo Perrot), 862 pp.; el trabajo compilado en pp. 277-302].
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005): “Ley de Bases de Procedimientos Administrativos y Código de Aguas. Balance de la jurisprudencia de Contraloría General de la República 2004-2005”, *VII Jornadas de Derecho de Aguas*, 20 pp.
- (2006): “Eficacia derogatoria y supletoria de la ley de bases de los procedimientos administrativos”, *Acto y Procedimiento administrativo. Actas II Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, s/d), pp. 31-48.
- (2010): “Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos”, *Transparencia en la Administración Pública* (Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler, coordinadores) (Santiago, Abeledo Perrot), pp. 192-207.
- VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis (1993): *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho) II, 321 pp.