



## Eficacia normativa y fracaso en transparencia y silencio administrativo en una ley de procedimiento administrativo. El caso de Chile<sup>1</sup>

Por Alejandro Vergara Blanco<sup>2</sup>

La Ley que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (en adelante, LBPA), de 2003, era una antigua aspiración y necesidad. Es la primera Ley de procedimiento administrativo chilena. Solo existían en Chile escuetas disposiciones constitucionales, legales; pero se carecía de un cuerpo sistemático. El principal objetivo del proyecto de Ley era bastante acotado: la regulación de los plazos en el procedimiento y del silencio, con el fin de agilizar las tramitaciones que los particulares realizan ante los órganos de la Administración. Un modesto proyecto de Ley se transformó en la actual LBPA.

La LBPA contiene cinco capítulos que se estructuran así: (i) “Disposiciones generales”, en la que se fijan conceptos y principios que inspiran al procedimiento administrativo; (ii) “El Procedimiento Administrativo”, establece quiénes intervienen en él, las reglas relativas a los plazos y el procedimiento mismo; (iii) “De la publicidad y ejecutividad de los actos administrativos”, establece la obligación de publicar todo acto administrativo en el Diario Oficial, y su irretroactividad por regla general; (iv) “Revisión de los actos administrativos”, consagra distintos recursos en sede administrativa; y, (v) “Disposiciones Finales”, en que se establece la técnica del silencio administrativo, positivo y negativo.

Esta Ley ha sido un gran aporte a la cultura del derecho administrativo y de la mejor resolución de conflictos administrativos, sobre la cual hay bastante evidencia doctrinaria y jurisprudencial.

En este ensayo muestro brevemente las técnicas de eficacia incorporadas (la derogación y la supletoriedad) y dos aspectos en los que se observa un fracaso parcial de la LBPA, como lo es la transparencia (la que debe ser objeto de otra Ley y de otra institucionalidad) y el “silencio”, como remedio a las demoras.

<sup>1</sup> Texto de la presentación introductoria al Panel Nro. 1: “Nuevos paradigmas de procedimientos administrativos”. 1° Núcleo temático: Innovación y reforma del procedimiento administrativo.

<sup>2</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad de Concepción, Chile). Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de Navarra, España), post-doctorado (Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia). Investigador FONDECYT. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

## I. Eficacia normativa: derogación tácita y supletoriedad

Para la conexión de la LBPA con la legislación sectorial son necesarias dos técnicas de eficacia normativa: la derogación tácita y la supletoriedad. La LBPA las contiene en su artículo 1º.

*A. Derogación y supletoriedad: técnicas normativas que dan eficacia a la LBPA.* La LBPA que “establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los *órganos de la Administración del Estado*”, junto con establecer las «bases» del procedimiento administrativo, consagra la aplicación supletoria de sus normas respecto de «procedimientos administrativos especiales» establecidos en normas preexistentes. De estas dos técnicas 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. Así, 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; por otra parte, la técnica de la supletoriedad, contenida en el art. 1 LBPA, tiene la eficacia de rellenar las lagunas de las Leyes preexistentes que regulan procedimientos especiales.

*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).

De este modo, si la LBPA establece las «bases» regulatorias de todo procedimiento administrativo, 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.

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, enseguida, tales Leyes necesitan de la aplicación supletoria de la LBPA para rellenar sus lagunas así producidas.

*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. 1 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. 1 inc. 1º LBPA. En este caso, la captura regulatoria, por la vía de la supletoriedad, no va dirigida hacia normas de otros secto-

res 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. 2 LBPA, o los actos de organismos privados), pues ello produciría resultados hermenéuticos incoherentes.

*D. La eficacia de la LBPA.* 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, conteniendo normas especiales, éstas hayan perdido eficacia por la derogación tácita, produciéndose así una laguna sobrevenida.

## **II. La transparencia debe ser objeto de arreglos institucionales más estructurales**

*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. 8º inc. 2º 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.* Es 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 trans-

parencia 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). Este último órgano, cuya naturaleza es también jurisdiccional, es el que ha permitido arribar a un mejor estándar de transparencia.

### III. El fracaso del silencio administrativo

Hay silencio administrativo cuando una autoridad administrativa no resuelve expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto por un particular

*A. Dos tipos de silencio.* Existen dos tipos de silencio: *i) Silencio positivo.* Tiene por fin presumir la decisión omitida, otorgándole, de manera ficta, los mismos efectos que si hubiese sido dictada. Está regulado en el art. 64 LBPA. Supone este silencio una ficción legal, en virtud de la cual se entiende tácitamente concedida la solicitud, en virtud de no producirse la expresión de voluntad de la Administración dentro del plazo legal. *ii) Silencio negativo.* Es una omisión que habilita la revisión judicial. Está regulado en el art. 65 LBPA.

*B. El fracaso del silencio administrativo positivo en Chile.* 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 su éxito. Sin embargo, la LBPA no ha tenido los resultados prácticos esperados. Varios son los factores que probablemente han contribuido a la dificultad (en verdad, fracaso) de la aplicación práctica de los efectos del silencio positivo:

*i) El necesario ejercicio de potestades discrecionales para definir el contenido concreto y específico de actos administrativos complejos.* El necesario aporte de la Administración, mediante sus potestades discrecionales, al contenido regularmente complejo, del acto administrativo terminal; contenido preciso éste 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 procedimientos administrativos con una predeterminación perfecta como para hacer viable el efecto del silencio positivo. 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.

*ii) El caso de las solicitudes contra legem.* Finalmente, cabe 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? 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.

*C. ¿Qué hacer ante el fracaso del silencio administrativo?* 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 normativos, la que debe ser enfrentada, mediante técnicas de responsabilidad administrativa directa a los agentes de la Administración, o mediante multas a la Administración.