retroactivo es excepcional, en la medida que se dé cumplimiento a dos requisitos: (a) que produzca consecuencia favorable para los interesados, y (b) que no lesionen derechos de terceros.

Tradicionalmente, normas de este tipo son aceptadas por los sistemas legales en el entendido que tras ella se encuentra un principio *pro administrado*, pues son admisibles los efectos retroactivos de un acto en la medida que produzca efectos favorables a los interesados⁶¹⁵. Se afirma que el supuesto de retroactividad así definido no plantea problemas de principio, *poniendo en manos de la Administración un instrumento para remediar los perjuicios que para el particular se pueden derivar del retraso en la actuación administrativa*⁶¹⁶.

Por tal motivo, se sostiene que las razones tras normas de estas características son dos: el valor de justicia y la no aplicación de la garantía contenida en la regla de irretroactividad. En el primer supuesto, el acto cuyo efecto se retrotrae suele ser consecuencia de errores u omisiones imputables a la Administración que causan perjuicios al administrado. *El principio de indemnidad por errores ajenos impone la retracción de los efectos del acto posterior*⁶¹⁷.

D. Silencio Administrativo

208. EL PLAZO Y LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER. El tiempo es un elemento esencial en la actividad humana en general y en la actividad administrativa en especial. Fue el fundamento central para la dictación de la LBPA. Ninguna acción que la Administración realice puede considerarse eficiente, ni puede haber cumplido correctamente los fines propuestos, si el procedimiento es lento, si la solución llega tardíamente. La situación es más grave cuando ante la obligatoriedad de obrar del propio Estado, o frente a la necesidad o requerimiento del particular, se da el caso de omi-

⁶¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ-GONZÁLEZ NAVARRO (2007) 1666.

⁶¹⁶ BOCANEGRA SIERRA (2006) 127.

⁶¹⁷ BELANDO GARÍN (2008) 145.

sión total de la acción estatal. Es la llamada inactividad formal o silencio administrativo⁶¹⁸.

El dato del tiempo, institucionalizado a través de los plazos, constituye un factor de gran importancia para los actos del procedimiento, pues su eficacia depende de que se los ejecute en el momento oportuno. Así, el tiempo es un elemento fundamental en el escenario de lo justo y adquiere relevancia tanto en la resolución de conflictos en el ámbito administrativo cuanto en el procedimiento de habilitación de proyectos de actividades económicas⁶¹⁹.

En efecto, generalmente, los procedimientos de autorización son lentos, y muchas veces las empresas interesadas, apremiadas por la dinámica del mercado, desisten de la inversión, o bien se trasladan a otra región o país, perdiéndose así puestos de trabajo, impulsos económicos e ingresos fiscales. Para solucionar estos inconvenientes se han elaborado diversas soluciones, así, en Alemania⁶²⁰ por ejemplo, se establecen en forma creciente para la autorización de instalaciones industriales, estrechos plazos de resolución. En otros casos, se aplican las reglas del silencio administrativo, en el ámbito de los procedimientos de dictación de actos administrativos.

El silencio administrativo nació legislativamente luego de un arduo debate doctrinario en Francia en el año 1900, cuando se determinó un plazo de cuatro meses para que la Administración expidiera su actos. Pero se equiparaba aún esta actitud omisiva de la Administración con la decisión ejecutoria; se tomaba como una denegatoria implícita y este plazo se le otorgaba a la Administración para que realizare un nuevo examen de conciencia. Este ejemplo lo siguieron luego Italia y España, lo que tenía impactos en la impugnación contenciosa administrativa.

Todas las regulaciones posteriores siempre se han estructurado sobre la base de una norma general, como las leyes de procedimiento administrativo,

⁶¹⁸ SOTELO DE ANDREAU (1999) 48.

⁶¹⁹ CHIBA (1999) 59.

⁶²⁰ CABALLERO SÁNCHEZ (1998) 425.

es decir, normas que regulan los trámites destinados a la obtención de un fin, el acto administrativo.

209. CONTENIDO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. El procedimiento administrativo debe terminar con un pronunciamiento del órgano competente que resuelva el fondo del asunto. Una vez dictado este acto administrativo en forma expresa y motivada, el administrado o interesado que se vea perjudicado con él o estime que se ha dictado en forma ilegal o arbitraria, podrá recurrir para que la Administración revise si la decisión es o no ajustada a derecho⁶²¹. Pero cabe preguntarse: ¿Qué puede hacer el administrado en caso de que la Administración nada diga en relación a la resolución del asunto?

En estas ocasiones, ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la ley normalmente sustituye por sí misma esta voluntad inexistente, presumiendo ciertos efectos. Estos efectos podrán ser negativos, cuando desestimen la petición, o bien, positivos, cuando la acojan. Es indudable que este silencio deberá tener un alcance o interpretación jurídica definida.

Se ha conceptualizado al silencio de la Administración como la falta de respuesta del órgano administrativo ante el requerimiento del interesado, es decir, no dar contestación a las consultas, peticiones, reclamaciones, quejas, recursos, etc., que planteen los administrados.

De lo anterior podemos concluir que el silencio administrativo no es una forma de terminar el procedimiento propiamente tal, sino que constituye una presunción que la ley establece, en garantía del recurrente, ante la pasividad de la Administración para responder. Esta omisión vulnera del principio básico de la servicialidad de la Administración del Estado, que establece la obligación del órgano administrativo de mantenerse en funcionamiento permanente, efectuando, en la ocasión precisa, las prestaciones que la ley le encomiende, dándole adecuada, oportuna y necesaria respuesta a los administrados⁶²².

Podemos enfrentar el silencio administrativo desde distintas hipótesis. En primer lugar, se puede aplicar a los actos del particular en relación al

⁶²¹ *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ (2002) 78.

⁶²² GALLEGO ANABITARTE-MENÉNDEZ REXACH (2001) 174, 175.

expediente administrativo; en segundo lugar, a los actos de autorización o aprobación de las autoridades administrativas superiores, respecto de los actos dictados por autoridades inferiores; o finalmente, el silencio administrativo respecto de peticiones y recursos entablados por el administrado ante la Administración.

El silencio administrativo, como institución jurídica, es un hecho jurídico que produce consecuencias jurídicas negativas o positivas para la pretensión del interesado en el procedimiento, mediante el uso de la ficción legal, de manera de dar la debida protección a los derechos e intereses del administrado, que de otra manera quedaría en la indefensión absoluta. Lo anterior, no por un capricho del legislador, sino porque el silencio será positivo o negativo según la dificultad que se debe resolver, ya que la aplicación de esta institución es una técnica jurídica que debe estar al servicio de una necesidad de tipo práctico. En este sentido, para que nos encontremos frente al silencio negativo será necesario valorar en sentido negativo la inactividad formal de la Administración; por el contrario, para resolver en dirección al silencio positivo, la valoración que se hace de la inactividad administrativa ha de hacerse, precisamente, en sentido positivo⁶²³.

De las consecuencias jurídicas producidas por el hecho del silencio, que revisten el carácter de ficciones legales⁶²⁴, se puede concluir que⁶²⁵:

(a) El silencio administrativo requiere necesariamente una consagración legal, mediante la cual se establezcan sus exigencias y consecuencias legales;

(b) Si estas consecuencias jurídicas son ficciones, no podrá sostenerse la tesis de la voluntad administrativa presunta, ya que la Administración no habrá dictado acto alguno, al no pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por lo tanto, subsiste siempre la obligación administrativa de pronunciarse acerca de la pretensión ejercida ante ella. Cabe señalar que la doctrina ha distinguido entre la terminación real o efectiva del procedimiento ad-

⁶²³ MARTÍN VALDIVIA (1999) 425.

⁶²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ (2002) 342.

⁶²⁵ En el mismo sentido GUICHARD PÉREZ-TORO REYES (2000) 164.

ministrativo (que incluiría tanto las hipótesis de la resolución del fondo del asunto como los casos de renuncia del derecho, aceptación del desistimiento del peticionario y la caducidad o preclusión del procedimiento), que se caracteriza porque estará precedida de un complejo documental de los actos que integran el proceso administrativo, dentro de los cuales se encontrará el acto terminal; y la terminación que algunas legislaciones han denominado presunta, que consiste en que si bien el expediente del procedimiento se encuentra incompleto por faltar a lo menos la decisión sobre el fondo del asunto, la ley le asigna ciertos efectos como si el proceso hubiera terminado.

210. REQUISITOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. Es principio general de derecho la obligación de la Administración del Estado de resolver las cuestiones o reclamaciones que le sean planteadas; con todo, como los poderes de resolución que tiene la Administración no están sujetos a plazos de caducidad o tienen el carácter de una pauta ante la negligencia de los administradores, cabe preguntarse cuáles serían las posibles defensas del administrado que no ve satisfechas sus pretensiones por la pasividad administrativa (art. 43 LBPA).

Esto deberá resolverse por la ley, que deberá regular los mecanismos para compeler a la Administración a resolver lo planteado por el administrado, las vías para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios y las soluciones posibles ante la posibilidad que dicha inactividad o pasividad administrativa conlleve perjuicios al particular.

Por estas eventuales situaciones es que se ha tratado de legislar la institución del silencio administrativo. La situación de inactividad administrativa pone al particular en un difícil problema, ya que la pretensión que este ejerce en el procedimiento administrativo se ve retrasada en su resolución, a raíz de un deber que otro está obligado cumplir y que por cualquier causa, no imputable al interesado, se niega a hacerlo⁶²⁶.

Cabe señalar, en términos generales, que la inactividad administrativa en función del silencio administrativo debe reunir básicamente cuatro requisitos:

⁶²⁶ FERNÁNDEZ VALVERDE (2000) 80.

- (a) Que la administración se halle obligada a resolver un expediente administrativo;
- (b) Que deba hacerlo dentro de un determinado plazo;
- (c) Que dicho plazo transcurra sin que el órgano administrativo cumpla su obligación de dictar dicha resolución;
- (d) Que la ley señale un efecto al silencio.

211. SILENCIO NEGATIVO. Ocurre cuando la inactividad formal de la Administración, denunciada su mora y transcurridos los plazos legales, debe entenderse denegatoria, de manera que agota la vía recursal administrativa que fuera procedente y faculta para acudir a los tribunales de justicia⁶²⁷.

Una vez que se cumplan estas exigencias y el silencio administrativo se perfeccione, puede producir su efecto propio, cual es que el interesado podrá entender que su solicitud ha sido denegada. Empero, cabe destacar que esta institución mira hacia la protección del administrado, no está establecida en beneficio de la Administración, por lo que será el particular quien tendrá la facultad de entender o no que su solicitud ha sido denegada, lo que no sucede automáticamente. Por lo tanto, el silencio administrativo no significa en caso alguno un modo de terminación del procedimiento administrativo, sino que sólo será una institución que permitirá, de alguna manera, que el particular pueda obtener un pronunciamiento sobre su pretensión, cuando el órgano administrativo llamado a resolver se muestre renuente a cumplir su obligación. En caso que el particular no ejerza la facultad otorgada, esperará que la Administración dicte la resolución definitiva, y en tanto no lo haga, notificándole el correspondiente acto administrativo terminal, el particular puede, en cualquier momento, ejercer la facultad, teniendo por denegada su solicitud y produciéndose los efectos de ese silencio.

212. SILENCIO POSITIVO. Estamos frente a él cuando tratándose de solicitudes administrativas de autorizaciones, aprobaciones o permisos para el ejercicio de ciertos derechos por parte de un particular, y transcurrido el plazo determinado por la ley desde la presentación de la petición o de

⁶²⁷ Art. 65 LBPA.

la solicitud sin que la Administración realice pronunciamiento alguno, el interesado deberá entender que la respectiva autorización, aprobación o permiso le será concedida.

Técnicamente podría decirse que cuando se contempla esta institución, más que estar ante una obligación del particular de someter una actividad a una autorización administrativa previa, se trataría de la obligación de comunicar un proyecto determinado a la Administración, la cual está dotada de la facultad de dictar una orden de prohibición de llevar a cabo el proyecto por razones de interés público, dentro de un plazo sujeto a preclusión.

A diferencia de los sistemas comparados, este tipo de silencio tiene procedencia general en materia de solicitudes o peticiones administrativas, sin que se encuentren restringido a determinadas figuras que condicionan el ejercicio de ciertos derechos de los administrados, a saber, autorizaciones, aprobaciones o permisos. Lo más serio es que la regulación nacional dispone por la vía de la exclusión, por quedar dentro del silencio negativo, los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos, cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política o bien afecte el patrimonio fiscal.

El silencio administrativo positivo está sujeto a varios requisitos para que pueda proceder. En primer lugar, debe existir una inactividad formal de la Administración. En segundo lugar, es necesario distinguir si este silencio positivo tiene un carácter automático.

En vía de petición, el silencio positivo deberá ser provocado, es decir, se debe exigir la correspondiente denuncia de la mora, de manera que se requiera un pronunciamiento expreso y el posterior transcurso del plazo para resolver que el silencio se considere perfeccionado⁶²⁸. Se le da a la

⁶²⁸ Según la jurisprudencia administrativa, “los trámites conducentes a la producción de los efectos del silencio administrativo positivo, cuando procede, deben efectuarse por el interesado directamente ante la autoridad que ha de resolver el asunto que es objeto del respectivo procedimiento”, y no ante otra autoridad administrativa, por ejemplo, la Contraloría. Dictamen N° 46.951, de 2004. En el mismo sentido Dictamen N° 34830, de 2005.

Administración una nueva oportunidad para que se pronuncie. Si ello no ocurre, es lógico que pueda producirse el silencio administrativo, ya que el órgano administrativo no puede entorpecer el ejercicio de derechos que están radicados en el patrimonio del particular.

El silencio administrativo que estamos estudiando supone una ficción legal en virtud de la cual el permiso, la autorización o la aprobación para el ejercicio del derecho, se entiende tácitamente concedido por la Administración. Por lo anterior, el silencio positivo le concede al interesado la facultad de ejercer su derecho sujeto a autorización, aprobación o permiso, sin que la Administración pueda colocar trabas que condicionen su ejercicio, justamente porque no lo hizo dentro del plazo que disponía. Este silencio supone un acto administrativo generador de los derechos subjetivos enunciados, a favor del interesado.

En este caso también nos enfrentamos con el problema de dilucidar qué pasa con una resolución tardía, es decir, determinar si una vez perfeccionado el silencio administrativo y, por tanto, constituida la situación jurídica en favor del interesado, la Administración dicta el acto administrativo pronunciándose sobre el fondo de la solicitud de autorización, permiso o aprobación administrativa.

Responder afirmativamente sólo podría concebirse en la medida que el acto administrativo acoja efectivamente la petición o el recurso planteado, concediendo la autorización, aprobación o permiso, por lo que este acto tendrá un carácter confirmatorio de la resolución tácita producida en virtud del silencio. Pero si el acto administrativo tardío deniega la solicitud o el recurso planteado, estará atentando contra el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos.

E. La invalidez de los actos administrativos

213. LA CUESTIÓN GENERAL DE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Se afirma, de antiguo, que cualquier acto administrativo se encuentra sometido a determinado formalismo, en tanto que debe ser dictado con ocasión de un prefijado procedimiento y considerando unas formas específicas. Así, dentro de la causal de irregularidad del acto o vicio de forma se ubicaba tanto el desentendimiento de las formas propias de cada acto, como la