

cios. En consecuencia, una persona que se haga aparecer como socio o que permita que lo tengan por tal, *será considerado, frente a terceros, responsable*, cualquiera haya sido su verdadera relación con la firma o con sus socios. Alguien que no sea de hecho socio, sin embargo, no puede ser tenido como responsable frente a terceros, aunque estos por sus actos, crean que sí lo es, excepto con base en el principio de que, cuando terceras personas hayan sido desorientadas por tal concepto, aquél está equitativamente impedido (equitably estopped) de negar que era un socio; y, consecuentemente, debe ser ahora considerado responsable, por regla general, sólo frente a aquellas personas que fueron desorientadas o que actuaron conforme a aquella conducta”.

Como se puede ver, tales afirmaciones y otras hechas en diversas sentencias de los tribunales norteamericanos que analizamos, son absolutamente concordantes con las doctrinas del acto propio y demás, que en este ensayo hemos expuesto, y sin duda, en cualquier momento desembocarán, frente a un caso concreto, en soluciones similares a la belga o la francesa.

El tema aquí tratado, creo que no ha recibido de mi parte, una organización o sistema adecuados. Ello se debe a dos causas, principalmente. La primera es la gran cantidad de material existente y el tiempo a nuestra disposición para el desarrollo hecho, más el período de preguntas y respuestas. La segunda, es el método que aquí he querido seguir.

He preferido dar una casuística de jurisprudencia y de doctrina, que permita aferrar de inmediato el problema para que cada quien lo someta a su propia legislación y realice la construcción doméstica que corresponda.

Antes de concluir, creo de honestidad hacer notar que Vasseur, encarnizado enemigo de las nuevas decisiones jurisprudenciales francesas y belgas que aquí hemos citado, en sus diversos escritos ha venido siempre diciendo que la jurisprudencia parece estar volviendo sobre sus pasos, pero sin citar ninguna prueba concluyente que demuestre tal. Y en cambio, parece que la tesis se abre campo en Italia y en Alemania.

Pienso, en todo caso, que es preferible que en nuestro medio profundicemos el tema y determinemos qué posibilidades podría tener frente a cada uno de nuestros derechos positivos.

EL SILENCIO POSITIVO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA ASPECTOS DOCTRINALES — JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

Dr. Virgilio Calvo Murillo

Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

- 1—Introducción
- 2—Origen y evolución de la Institución
- 3—El silencio positivo de la Administración
- 4—El silencio positivo y el ordenamiento jurídico costarricense
 - A) Análisis Legal
 - B) Jurisprudencia Administrativa
 - C) Jurisprudencia Judicial
- 5—Conclusiones

1—Introducción

La Administración Pública tiene la obligación de manifestar su voluntad, cuando ha mediado un reclamo, consulta, petición, queja o recurso planteado por los particulares. Esto es lo "regular, ordinario y debido"⁽¹⁾, en virtud de tener competencia: lo que le supone una situación de deber y, porque en la situación actual del Estado de Derecho, de tipo democrático y social, el administrado tiene un derecho inherente a su personalidad, para que se resuelvan sus peticiones, solicitudes y recursos.

La obligación administrativa de decidir las consultas, peticiones, recursos y reclamos del administrado es expresiva del concepto funcional de la actividad administrativa, de su objetividad y de su orientación finalista a servir al interés general. Como la competencia como deber público es irrenunciable⁽²⁾, no es potestativo de los jefes abstenerse de ejercer la función que les compete. Y, esto cobra especial relieve e importancia en nuestro Estado Social de Derecho, en que se prestan innumerables servicios públicos o sociales, pues su omisión supondría la posibilidad de enfermedades o miseria a determinados individuos.

Sin embargo, no siempre se cumple la regla anterior. Más bien, es bastante frecuente que por exceso de trabajo en unos casos, desidia en otros y, cálculo en otros, la Administración Pública omita resolver en forma expresa en un plazo determinado, lo que hace aparecer la morosidad administrativa y, en forma consiguiente la omisión de una obligación.

No obstante lo cual, nuestro ordenamiento jurídico prescribe la obligación de dictar resolución expresa dentro del año siguiente a la desestimación de la solicitud, reclamo, queja, consulta o solicitud hecha⁽³⁾.

Así planteado el problema, es obvio que quedaría en manos de la Administración y, a su entero arbitrio, hacer nugatoria la garantía establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tendiente a garantizar la legalidad de la función administrativa; pues, a través del expediente del silencio o la no decisión, se haría imposible para el

(1) Dromi, José Roberto, *El Procedimiento Administrativo*, edición mimeografiada, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1968, p. 120.

(2) Ley General de la Administración Pública, número 6227, del 2 de mayo 1978, artículo 66. Y, artículo 329, párrafo 1º, que establece el deber de resolver.

(3) Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, número 3667 de 12 de marzo de 1966, artículo 19, párrafo 2º.

particular afectado tener la vía expedita, para acudir al ámbito jurisdiccional en defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos violados.

Es así, como la ciencia jurídica debió abocarse a la resolución de tal problema, que resolvió a través de la institución denominada silencio administrativo, tanto negativo como positivo; según que, para los respectivos efectos se considerara que en la hipótesis se debía entender denegada o aceptada la gestión realizada por el particular.

2—Origen y evolución de la institución

El origen y la evolución de esta institución va paralela con la noción de acto administrativo. En efecto, ambos, sobre el esquema de la teoría pandectística del negocio jurídico, trataron de resolver el problema referente a la admisibilidad de los denominados negocios tácitos⁽⁴⁾. Concretamente, si el problema referente a un comportamiento omiso por parte de una autoridad pública y, el correspondiente silencio podía dar lugar a un "acto tácito"; de modo que así se tuviera una figura similar a la de la manifestación tácita de la voluntad, admitida por la teoría del negocio jurídico en derecho privado.

La teoría del negocio jurídico del derecho privado —en efecto— ya había establecido que un comportamiento omiso, rodeado de circunstancias especiales podía ser fuente de efectos jurídicos; exactamente igual como si los mismos provinieran de un acto expreso de volición. De modo que, se arribaba a tal situación a través de considerar esa voluntad expresada como de modo tácito o, que se considerara una responsabilidad para quien debió haber actuado y no lo hizo.

En Italia, donde como ya es costumbre esta institución mereció una aguda atención de los estudiosos del problema, se dio un gran empuje, a través de la jurisprudencia, a la teoría del procedimiento tácito⁽⁵⁾. La doctrina —inicialmente— no dio mucho apoyo a la figura, pues interpretaba que a través de ella, se creaba una especie de "acto fantasma", en donde no se podía hablar en forma sensata de existencia de acto, ya que lo que había era un mero incumplimiento; y así se concluía que se llegaba a un acto de rechazo (silenzio-rifiuto) en los casos de comportamiento omiso seguido como consecuencia de una instancia formal de un particular. Se concluye —en consecuencia— que a través del silencio rechazo, entonces el "no acto", llega a ser un "acto", aunque fuera de contenido negativo⁽⁶⁾.

(4) Alessi, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, Vol. I. Giuffrè, Milano, 1971, p. 287.

(5) Alessi, Renato, *op. cit.* p. 288.

(6) Alessi, Renato, *op. cit.* p. 289.

3—El silencio positivo de la administración

El silencio negativo, de acuerdo a la doctrina no es un acto administrativo⁽⁷⁾. Su fundamento principal es de tipo procesal: expeditar la vía y, permitir al particular afectado con la inacción administrativa poder iniciar en la vía judicial las acciones pertinentes en defensa de sus derechos e intereses lesionados. No expresa, por tanto, la voluntad de la Administración.

El silencio negativo es la regla o principio general en materia de silencio;⁽⁸⁾ de modo que el silencio positivo se conceptúa como un caso de excepción a la regla. Esto —como consecuencia— implica decir que sólo procede el silencio positivo donde en forma expresa se señale; lo que es acorde, como se verá más adelante con la solución dada por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 330 de la Ley General de la Administración Pública.

El silencio positivo es justamente lo contrario del silencio negativo; configura, en primer lugar un verdadero acto administrativo⁽⁹⁾; o sea tiene el valor de acto expreso, lo que implica la imposibilidad para la administración de dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto dictado a través del silencio, salvo los casos en que el mismo ordenamiento, en vista de circunstancias especiales, le permita hacerlo; tal y como en forma clara preceptúa el artículo 331, párrafo segundo de la Ley General de la Administración Pública.

El silencio positivo es una técnica tutelar; que trata de evitar perjuicios al particular que en circunstancias determinadas realiza una gestión ante la Administración y, ésta omite cumplir con la obligación de decidir. Por tanto, como sí ocurre en el silencio negativo, su objetivo no es de tipo procesal; es decir, permitir al particular tener abierta la vía judicial, no obstante la no decisión expresa de la Administración.

Lógicamente para que se entienda realizado, el particular a través de la gestión, debe haber cumplido todos y cada uno de los requisitos

(7) Existe unanimidad doctrinal en este sentido. Al respecto puede verse: García de Enterría, Eduardo y, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I. Civitas, Madrid, 1980, p. 499; Mortati, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Vol. I. Cedam, Padova, 1969, p. 240; Dadi, Guido y Potenza Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1971, p. 185; Díez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Vol. II, Omeba, Buenos Aires, 1965, p. 246. Véase, igualmente el artículo 139 de la Ley General de la Administración Pública.

(8) Marienhoff, Miguel, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, Vol. II, p. 323.

(9) García Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 504; Fernández Vázquez, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 710; *Revista de la Contraloría General de la República*, número 9, diciembre de 1969, *Comentarios al Proyecto de Ley General de la Administración Pública*, p. 50.

exigidos por la norma; porque, de otro modo, faltaría en la especie requisitos esenciales de existencia. Esto es: que la autoridad administrativa respectiva sea competente; que los documentos necesarios se acompañen; que la actividad cuyo permiso o autorización se solicita esté comprendida dentro de las que la norma permita y no sea ajena o prohibida por ésta.

El silencio positivo se configura en forma clara en dos hipótesis principales:

- a) en el caso de actos de autorización o aprobación de las autoridades superiores sobre los actos de los inferiores, ejercidas en actos de fiscalización y de tutela; y
- b) cuando un particular haga solicitud de permiso, licencia o autorización. En el primer caso, generalmente se establece un término dentro del cual debe emanarse la autorización o aprobación de los actos del inferior; por lo que, si no se expresa la voluntad en ese plazo, se da la caducidad del ejercicio de la facultad de fiscalización o tutela, lo que equivale a tener por aprobada la conducta del inferior a través del silencio positivo así operado.

En el segundo caso, el particular es ya titular de un derecho, pero —necesita de una manifestación de la administración tendiente a remover un obstáculo para que ese derecho se ejercite en forma plena; por lo que la lógica exige, que se presuma la existencia de un acto positivo, si no se da manifestación de voluntad administrativa en contrario dentro del plazo fijado. El silencio positivo —por tanto— ante la presencia de situaciones determinadas establecidas en forma expresa por la ley, suple la falta de diligencia de la administración y, permite a un particular que ha gestionado la realización de una actividad; o, a un órgano o ente público que ha solicitado la autorización o aprobación de una conducta, tener por permitidas las mismas para todos los efectos consiguientes.

Como en forma acertada lo ha expuesto nuestro más preclaro tratadista en la materia: "En consecuencia, el silencio positivo modifica e innova el ordenamiento, con igual efecto constitutivo que el acto expreso equivalente. El silencio positivo puede reputarse como acto expreso, para todo efecto, y sobre el mismo puede aplicarse las normas que regulan los actos, con las mismas consecuencias (estabilidad, invalidez, impugnación, etc.)."⁽¹⁰⁾

(10) Ortiz Ortiz, Eduardo, Los Privilegios de la Administración Pública, edición mimeografiada, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, 1973, p. 121.

4—El silencio positivo y el ordenamiento jurídico costarricense

A) Análisis legal:

No obstante que antes de la promulgación de la Ley General de la Administración Pública ya existían algunas disposiciones especiales en materia de silencio positivo⁽¹¹⁾, es lo cierto que fue esta ley la que a través de los artículos 330 y 331, vino a establecer la institución como principio general del ordenamiento.

El artículo 330 consagra el silencio positivo; establece, a continuación que la hipótesis se presenta en los siguientes casos:

- a) cuando se establezca expresamente;
- b) cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela;
- c) cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones; obviamente referidas a las que hagan los particulares a organismos públicos.

El artículo 331 establece el plazo de un mes para que opere el silencio; lo que se contará a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia *con los requisitos legales*; finalmente estatuye que acaecido el silencio positivo, no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto, salvo en casos especiales previstos por ley. O sea, establece una prohibición expresa para dictar un acto que es extemporáneo, ya que el transcurso del plazo implica una pérdida de competencia en razón del tiempo.

Es importante dejar claro, que la solicitud debe tener todos y cada uno de los requisitos exigidos para que exista la posibilidad de obtener la autorización a aprobación solicitadas a través del silencio positivo; ya que, de otro modo, se desnaturalizaría la finalidad de la institución en detrimento del interés público que la administración debe tutelar.

De acuerdo a lo anterior —entonces— dentro del plazo del mes, debe el órgano competente comunicar al particular la falta del o los

(11) En tal sentido el artículo 18 de la Ley de Construcciones, número 833 de 2 de noviembre de 1949, establece la obligación para quien vaya a construir o reconstruir, de pedir a la Municipalidad que fije el alineamiento y el nivel oficial que corresponda a la propiedad; tal fijación debe hacerse dentro de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud; si no se hiciera quedará de pleno derecho como línea de construcción el límite de la propiedad con la vía pública. Y, el artículo 32 de la Ley de Planificación Urbana número 4240 de 15 de noviembre de 1968, establece la obligación de resolver dentro del mes siguiente lo relativo a la autorización de los proyectos de urbanización; caso contrario se considera autorizado el proyecto para efectos de su ejecución.

requisitos que a su juicio falten; es lógico que los requisitos que a juicio del órgano falten, deben ser establecidos por la norma de que se trate y no fruto del criterio particular del funcionario encargado; de modo que, comunicado en tiempo la falta de tales requisitos, se interrumpe el plazo ya recorrido; y, para efectos del transcurso del mes, continúa el plazo a partir del momento en que el particular cumpla con la prevención hecha.

Así —acorde con el planteamiento de un importante sector de la doctrina—, el plazo no empieza nuevamente sino que se interrumpe; de modo que, cumplida la prevención sólo deberá transcurrir lo que falte para completar el mes indicado en la norma de ley⁽¹²⁾.

Para que el plazo se interrumpa válidamente, es necesario que la prevención que se haga al particular lo sea por autoridad competente; no es posible, con el fin de interrumpir el plazo, que se haga por autoridad no competente, pues se prestaría para que la administración —a través de un mecanismo espurio— interrumpa un plazo de modo irregular. En este caso, la lógica jurídica aconseja no tener por interrumpido válidamente el plazo, por las razones indicadas.

Acaecido el plazo del mes y no resuelto nada por la Administración se opera el silencio; pues se considera, que ésta estuvo en posibilidad cierta de resolver y no lo hizo por causas sólo imputables a ella.

4.A.1.—Aplicación de la institución a procedimientos excluidos

Como se sabe, los Decretos Ejecutivos 8979-P de 28 de agosto de 1978 y, 9469-P de 18 de diciembre de 1979, ambos del Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia, excluyeron de la aplicación del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública una serie de leyes, con un criterio bastante divorciado de juridicidad. La misma ley, en su artículo 367 estableció una serie de excepciones también en materia de procedimiento.

La anterior situación, ha llevado a algunos a mantener el criterio —a todas luces equivocado— que en tales procedimientos excluidos no se aplica el procedimiento de la ley general. Esta situación cobra importancia decisiva, cuando se trata de la aplicación del silencio administrativo positivo; en casos en los que aun con la intervención de un órgano público que debe dar la autorización o aprobación, el pro-

(12) En tal sentido por todos Garrido Falla, Fernando, La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo, Revista de Administración Pública número 16. año 1955, Madrid.

cedimiento excluido se encuentra regulado en muchos casos a través de normas de derecho privado⁽¹³⁾.

La situación debe resolverse en el sentido de aplicar el procedimiento de la ley general, en forma supletoria, cuando el procedimiento especial de que se trate, no tenga disposición expresa que regule la hipótesis de facto. Esta solución tiene amparo, en primer lugar en la misma ley: el artículo 364 establece: *yes*

- 1) Que la ley es de orden público;
- 2) Que en caso de duda, sus principios y normas prevalecerán sobre los de cualquier otra u otras disposiciones de rango igual o inferior;
- 3) Que tales principios y normas serán criterios de interpretación de todo el ordenamiento jurídico administrativo del país.

Concordante con lo anterior, a partir de 1978 la Procuraduría General de la República —a través de sus dictámenes y pronunciamientos— ha establecido ese criterio⁽¹⁴⁾.

Además, no sería jurídicamente congruente un criterio distinto, desde que es la misma Administración Pública la que actúa a través de su función fiscalizadora y de control; en uso de todas sus prerrogativas y de su competencia. Así las cosas, no importa que el procedimiento se regule a través de normas de derecho privado; lo decisivo e importante es que la Administración la que ejercita los instrumentos jurídicos que el ordenamiento le ha dado, por lo que una conclusión distinta estaría divorciada de criterios jurídicos.

Será necesario, obvio es decirlo, que se esté en presencia de uno de los dos casos que la doctrina acepta: a) que la autorización a aprobación deba darse en ejercicio de funciones de fiscalización o tu-

(13) Un ejemplo es el procedimiento para obtener la autorización para el funcionamiento de Bolsas de Comercio, que se regule en el Código de Comercio, artículos 398 a 410.

(14) En relación con lo dispuesto en el artículo 367-2-f) de la Ley General y, a través del dictamen número 1-23-80 bis la Procuraduría dijo: "No obstante que los procedimientos en materia de registros públicos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LGAP (art. 367.2 inc. f), al no existir en la Ley de Propiedad Intelectual, número 40 de 27-6-1896 disposición alguna que expresamente regule el modo o la forma de comunicación del acto, que admita o desestime una oposición, cosa que tampoco existe en las disposiciones reglamentarias que la complementan, tal falta de regulación procedimental debe ser integrada por las normas genéricas del procedimiento administrativo, en lo pertinente, para evitar que un acto de tal trascendencia quede sin la debida comunicación ya que es con ésta que nace la posibilidad de impugnarlo en vía administrativa o jurisdiccional".

tela; b) que en al solicitud de permiso, licencia o autorización exista un derecho anterior o preexistente a favor del solicitante, cuyo ejercicio se encuentre restringido por alguna circunstancia especial.

B—*Jurisprudencia administrativa:*

En general, la jurisprudencia dictada en el ámbito administrativo, salvo casos especiales, ha sido conteste en aceptar la procedencia del silencio positivo cuando se está en presencia de circunstancias ya analizadas.

Así, en dictamen u oficio C-039-83 (02), luego de un estudio doctrinario, se analiza el caso de una institución, cuya ley —excluida de la aplicación del Libro Segundo de la ley general— no contempla expresamente la figura del silencio positivo. Así las cosas, estableció la Procuraduría:

“...Ello trae como consecuencia el hecho de que únicamente puede admitirse la resolución afirmativa implícita, por silencio positivo, en los casos genéricos que prevé la Ley General de la Administración Pública, sea en aquellos en los que lo que el Consejo debe dar es una autorización a aprobación basado en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela (situación que jurídicamente no es susceptible de presentarse en el caso que se examina), o en aquellos en los que deba resolver solicitudes de permisos, licencias o autorizaciones, con la advertencia —en este último caso— de que para tales permisos, licencias o autorizaciones puedan darse jurídicamente en forma válida, la doctrina exige que exista un derecho preexistente del particular, cuyo ejercicio se encuentre restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, o la economía del país (véase, al efecto, a Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, decimoséptima edición, 1977).”

El anterior criterio establece —en consecuencia— que se da el silencio, aunque la normativa aplicable esté excluida de la aplicación del procedimiento de la ley general, si se da el caso de encontrarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela; y, cuando el permiso, licencia o autorización suponga la existencia de un derecho preexistente del particular, cuyo ejercicio esté restringido; no obstante que —en el caso concreto de la consulta— se estimó improcedente el silencio por no darse la primera hipótesis; esto es, faltar en la especie la función de fiscalización o tutela. Finalmente, se estableció claramente que aunque la ley especial no contemple expresamente el silencio, éste se da por aplicación de la ley general.

En otros casos⁽¹⁵⁾, la Procuraduría ha admitido la procedencia del silencio positivo, en razón de haber pasado el plazo previsto sin que se hubiera hecho uso de la competencia respectiva; o sea, por pérdida de competencia en razón del tiempo.

Existen —sin embargo— casos, en que equivocadamente se ha considerado por la administración respectiva⁽¹⁶⁾ la improcedencia del silencio positivo, porque la normativa especial aplicable en el caso concreto se había excluido de la aplicación de la ley general; y, porque la materia propia de aplicación se rige por principios propios de ella. Criterio éste, totalmente divorciado de la corriente doctrinaria, jurisprudencial y legal imperante; y, que da lugar a la arbitrariedad administrativa y, a la inercia en el cumplimiento de obligaciones; todo lo cual redundante en perjuicio a los particulares. En lo que interesa, la resolución de mérito señala:

“Que las argumentaciones que agrega la interesada a su recurso de reconsideración, no desvirtúan la tesis formulada por la resolución recurrida en el sentido de que, dadas las consecuencias que para la Administración tiene silencio administrativo positivo, su aplicación debe estar reconocida por ley expresa y terminante. Esas razones se avalaron con citas de administrativistas de nota, españoles y latinoamericanos. A ello se agrega que los decretos números 8979-P de 28 de agosto de 1978 y número 9469-P de 18 de diciembre de 1978, exceptúan de la aplicación de la Ley General de la Administración Pública los procedimientos administrativos contemplados, entre otras leyes, en el Código de Comercio. La aprobación previa que este Despacho debe dar al proyecto de escritura constitutiva de una sociedad anónima que vaya a dedicarse a operar una Bolsa de Comercio, la dispone el artículo 399 del Código de Comercio, dado el interés público que priva por parte del Estado para ejercer su control sobre el funcionamiento del mercado de capitales en el país. De manera que el procedimiento de la aprobación por éste despacho del proyecto de escritura constitutiva de una sociedad

(15) Véanse concretamente los oficios C-209-81 de 16 de setiembre de 1981 y, C-136-86, de 9 de junio de 1968; en el primero se solicitó a la Dirección General Forestal la verificación de comprobantes relativos a inversiones hechas en el programa de reforestación; y, en el segundo el IDA no resolvió en el plazo estipulado (de treinta días según art. 60 del Reglamento a la ley número 6043, Ley Sobre Zona Marítimo Terrestre) la aprobación que le sometió una Municipalidad, de cesiones de derechos en la zona dicha. Tampoco en el primer caso la Dirección Forestal resolvió en el plazo de ley.

(16) Resolución del Ministro de Hacienda, de las 11 horas del 8 de julio de 1986, confirmatoria de la de las 9 horas del 27 de junio de 1968, relativa a la solicitud de autorización para actuar como bolsa de comercio de la empresa Bolsa Internacional de Valores, Sociedad Anónima.

anónima que va a operar como Bolsa de Valores, está previsto en el Código de Comercio, expresamente excluido de la aplicación de la Ley General de la Administración Pública, dado que la materia mercantil se rige por principios y normas propios de ella. Por eso este Despacho insiste en que el silencio administrativo positivo no puede operar tratándose de la aprobación de un proyecto de escritura de una sociedad anónima que va a operar una Bolsa de Valores, dado que el Estado tiene que ejercer su contralor sobre esos entes auxiliares del comercio para ordenar el mercado de capitales del país y garantizar a los ciudadanos que inviertan sus ahorros en las operaciones bursátiles. Si se estudia el Derecho Mercantil comparado, se advertirá que todas las legislaciones contienen disposiciones sobre la vigilancia de las bolsas de comercio por el Estado, en lo único que se diferencian es el grado de control; en nuestra legislación más débil y en la de los países capitalistas importantes, bastante acentuado”.

La resolución que se comenta consideró no realizado el silencio positivo en la hipótesis concreta, porque a su juicio —errado por cierto— no se aplicaba la normativa de la ley general, Libro Segundo del Procedimiento; ya que existía ley especial en la que no se contemplaba ni se disponía nada en relación al silencio administrativo; y, porque la materia mercantil se rige por principios y normas propios de ella. No entró a conocer —sin embargo— cómo debió hacerlo, si se cumplían los requisitos legales respectivos. Concretamente: si la autorización solicitada estaba o no comprendida dentro de los límites autorizados por ley, sea, dentro de lo que la norma habilitante permite autorizar y, no fuera en consecuencia, ajena o prohibida por ésta. Si el órgano autorizante tenía la competencia para autorizar la gestión en el caso concreto; y, si la documentación pertinente se había adjuntado en forma completa, para sólo citar los más importantes.

La aplicación de la Ley General de la Administración Pública, tiene su fundamento en la medida que es el Cuerpo Normativo más completo que existe en nuestro ordenamiento, en lo que atañe al objeto de su regulación. Al ser —entonces— un instrumento orgánico y sistematizado, debe ser el que con idea de conjunto y unidad regule las situaciones que caigan dentro de su objeto propio. En consecuencia, debe llegar el día en que sólo se aplique el procedimiento de la ley general; lo que será más beneficioso para todos y, redundará especialmente, en la consecución de la idea de la regulación única, que en este momento es sólo un ideal a alcanzar dentro del marco procedimental administrativo.

C—Jurisprudencia judicial

La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, ha ido bastante pareja a la de la Procuraduría. Sin embargo, en general ha ido fijando directrices y el alcance de la institución, en forma un poco más precisa que la de las resoluciones administrativas.

Interesa comentar una resolución⁽¹⁷⁾, que por la alta investidura del Tribunal y, los alcances de la misma ha marcado pautas importantes en el tema objeto de este trabajo.

Un particular solicitó al Gobernador de San José la autorización para instalar una sala de juegos; este funcionario —fuera del plazo de ley— rechazó la solicitud. Por incompetencia del Ministro de Gobernación se solicitó pronunciamiento del Presidente de la República (artículo 232 de la Ley General de la Administración Pública), el cual no se emitió. Así las cosas, el particular entendió concedida la autorización solicitada y, pidió a la Municipalidad de San José la patente respectiva, la cual le fue otorgada. Posteriormente, funcionarios de Gobernación y Policía irrumpieron en el Casino, revisaron el inmueble, decomisaron diversos objetos y, el Gobernador planteó denuncia ante la Alcaldía de Faltas y Contravenciones. Con este “cuadro de hechos”, el particular afectado presentó Recurso de Amparo contra el Gobernador de San José.

La Corte Interina, con base en planteamientos doctrinarios de la Escuela Española y, de un análisis de los artículos 330 y 331 de la Ley General, en cuanto al fondo, estableció:

“El problema realmente decisivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida por silencio positivo en aquellos supuestos en que la pretensión ejercida por el particular oente público que promueve el procedimiento no es conforme a Derecho. Tres son las soluciones posibles en principio: la primera y más radical consiste en considerar autorizado o aprobado en sus propios términos el proyecto presentado; la segunda solución, postula en favor de limitar los efectos autorizatorios o aprobatorios del silencio positivo a lo que, según la ley es posible autorizar o aprobar; la tercera remite a una modulación de los efectos del silencio positivo en función de la clase de defectos del proyecto base. Pero la verdad es que después de analizar en doctrina esas tres posibles soluciones, cabe considerar que en todas y cada una de ellas no es posible entender adquiridas por silencio positivo facultades en contra de las prescripciones de la ley, porque no puede admitirse que tal silencio positivo pros-

(17) Resolución número 3-85 de la Corte Interina, de sesión de las 10:00 horas del 7 de febrero de 1985 —que declaró sin lugar Recurso de Amparo—.

pere cuando lo que resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a la ley. En resumen, el silencio positivo suple el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la ley...".

Para la jurisprudencia —entonces—, en razón de considerar como "requisito legal" la "circunstancia o condición necesaria para una cosa", debe necesariamente pedirse la autorización a aprobación de una actividad "de las que expresamente puede autorizar la ley", para que jurídicamente pueda considerarse que opera en la especie el silencio positivo. Lógicamente que —además— debe cumplirse los otros requisitos formales necesarios al efecto. Pero, es lo cierto, que aun cumpliéndose esto, no se opera el silencio si lo solicitado no está comprendido dentro de lo que la ley permite autorizar al órgano respectivo

5—Conclusiones

El silencio positivo tiende —fundamentalmente— a ser un remedio contra la inercia administrativa; en tal sentido, se estima que en los casos en que procede, se configura un verdadero acto administrativo en favor del particular, que la Administración no puede desconocer, sea extinguiendo el acto o, dictando otro denegatorio de la instancia, salvo en casos especiales y, con base en autorización expresa en tal sentido del ordenamiento, como caso de excepción que es.

La jurisprudencia administrativa y judicial existente ha ido delineando poco a poco la figura; tal vez con un poco más de precisión la última. Sin embargo queda aún camino por recorrer, de modo que a través de otras resoluciones y con base en hipótesis de facto concretas, se configuren sus verdaderos alcances a esta figura jurídica, creada en beneficio de los administrados.

LA REVISION DE PRECIOS EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Lic. Rosa Iris Cervantes Gamboa

Abogada costarricense