

EFFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO (*)

por

RAMON VALDES COSTA

El derecho público contemporáneo está prestando una atención creciente a los efectos del silencio administrativo. Los primeras manifestaciones se produjeron dentro del campo de los derechos constitucional y administrativo y en las últimas décadas el derecho tributario se ha hecho presente con soluciones particulares, verdaderamente innovadoras en algunos institutos como la consulta y el recurso o acción de amparo.

La raíz de la cuestión está en la indiscutible posibilidad de hecho de formular una petición, que de por sí no necesita norma jurídica que la autorice por ser una facultad que está en la naturaleza de las cosas. Lo que está haciendo el derecho contemporáneo es regular jurídicamente ese hecho, convirtiéndolo en un derecho, con la correlativa obligación de la Administración de dar una respuesta ajustada a derecho.

DEBER DE LA ADMINISTRACION DE PRONUNCIARSE.

El primer paso ha sido establecer la mencionada obligación de pronunciarse, a efectos de que los administrados tengan la garantía de una correcta aplicación del ordenamiento jurídico, en los casos en que, a su juicio, estén comprometidos sus intereses. Es pues una solución inherente al Estado de Derecho, que ha encontrado en los derechos latinoamericanos general aceptación, al menos dentro de los regímenes democráticos.

Ese deber es incompatible con el silencio. Este equivale a una violación de la norma y en consecuencia debe ser objeto de sanción.

La efectiva garantía para el administrado requiere que esa obligación genérica esté complementada con medidas que le den eficacia. Como lo demuestra la experiencia, los aspectos más importantes de esta complementación son:

A) que exista un plazo cierto, breve y perentorio para que la Administración se pronuncie;

(*) Colaboración para el libro de homenaje a los profesores mexicanos Ernesto FLORES ZAVALA, Sergio F. DE LA GARZA y Alfonso CORTINA.

B) que ese pronunciamiento se efectúe mediante acto administrativo ajustado a derecho con la posibilidad, en caso contrario, de impugnarlo ante los órganos jurisdiccionales;

C) que en caso de conflicto el deber de la Administración comprenda la información de todos los elementos de juicio en su poder que sean necesarios para su correcta solución.

PANORAMA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO.

El rasgo predominante es la diversidad de soluciones en cuanto a la regulación del derecho de petición y la consiguiente respuesta, unánimemente reconocido por las Constituciones en sus elementos esenciales.

Algunas se limitan a consagrar los aspectos básicos del instituto, a veces con cierta timidez.

Así por ejemplo la Constitución argentina de 1853/60, aun vigente, se limita a incluir en la extensa enumeración del art. 14, —sobre los derechos que gozan “todos los habitantes de la Nación”— el derecho de “peticionar a las autoridades”, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Igual solución da la C. de Bolivia de 1967 con un texto más escueto aun en el art. 7º, H), pero con referencia expresa al art. 116, sobre el Poder Judicial.

Soluciones similares, aunque más explícitas, son las de las C. de Venezuela de 1961, de México, de 1917 (texto vigente a 1991), de Ecuador de 1983/84 y de Colombia de 1991. La primera, en su art. 67 agrega el derecho “a obtener oportuna respuesta”; la de México, en el art. 8º, impone a los funcionarios la obligación de responder —siempre que la consulta “se formule . . . de manera pacífica y respetuosa”— y “hacerlo conocer en breve término al peticionario”, con la única excepción de las peticiones en materia política que queda reservada a los ciudadanos; la de Ecuador agrega el derecho de “dirigir quejas” y recibir “respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley” (art. 19, inc. 10); la de Colombia reconoce el “derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución (art. 23).

Las precedentes soluciones, por incompletas, no son satisfactorias y así lo reconoce la doctrina de los respectivos países.

Otras Constituciones son más precisas en el aspecto de dar mayor eficacia al derecho.

La de Perú de 1979, admite las peticiones de toda persona, individual o colectiva, impone claramente la obligación de dar una respuesta dentro del plazo legal, con la importante precisión de que transcurrido el mismo, “el interesado puede proceder como si la petición hubiese sido denegada” y con la excepción de que “las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales no pueden ejercer el derecho de petición (art. 2º, 18). La misma

solución consagra la Constitución de Paraguay de 1992 (art. 40) sin la referida excepción.

La de Brasil de 1988, en el Título II, relativo a los derechos y garantías fundamentales, consagra en el art. 5º, apartado XXXIII a "todos" el derecho a recibir de los órganos públicos informaciones... , prestadas en el plazo que fije la ley "sob pena de responsabilidade", y el XXXIV asegura a "todos... independentemente do pagamento de taxas", el derecho de petición "em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" y a obtener "certidões en repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal".

Las Constituciones de Guatemala de 1985 y la de Uruguay de 1952/67, vigente a 1993, presentan la particularidad de fijar plazos ciertos en vez de encomendárselo a la ley. El art. 28 inc. segundo de la C. de Guatemala, establece que "en materia administrativa el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días". Y además agrega, en una solución realmente excepcional en el derecho constitucional comparado que "en materia fiscal para impugnar resoluciones... por cualquier tributo, no se exigirá al contribuyente el pago previo del impuesto o garantía alguna".

La C. de Uruguay amplía el campo de aplicación estableciendo la obligación de "decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo" y además "resolver los recursos administrativos... dentro del término de ciento veinte días a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable", agregando en el inc. segundo, que "se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado" (art. 318).

* * *

La conclusión que puede extraerse de la precedente normativa es la de que el derecho constitucional latinoamericano ha reconocido el derecho de toda persona —con muy pocas excepciones— a formular peticiones, en sentido amplio, con la obligación correlativa de la Administración de dar una respuesta. Los textos —son, en mayor o menor medida— incompletos. En algunos casos hacen mención expresa a que la solución debe ser complementada por la ley ordinaria, solución que debe admitirse aun a falta de norma expresa, pues se trata de lo que la doctrina contemporánea denomina conceptos jurídicos indeterminados. Estos deben ser objeto de determinación por actos jurídicos de inferior jerarquía —ley, reglamento o sentencia— para que la norma constitucional no pierda eficacia.

Al respecto parece del caso destacar que la precedente solución ha sido consagrada a texto expreso en la Constitución uruguaya desde 1942. El art. 332 dispone que

“los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

No obstante lo deseable es que problemas tan importantes como la correcta aplicación del derecho y la efectiva vigencia del principio de la seguridad jurídica de los administrados, esté plenamente garantizada por un texto constitucional, poniéndolos a cubierto de las alternativas tan cambiantes de la legislación ordinaria. En tal sentido aparece como imprescindible la regulación de los efectos del silencio, que significa, como ya se dijo, la violación de una norma jurídica que, por aplicación de principios fundamentales, no puede quedar sin sanción.

LA LEGISLACION ORDINARIA.

La complementación de los conceptos constitucionales por la legislación ordinaria se ha cumplido en dos sectores bien determinados; el contencioso administrativo con sus particularidades en derecho tributario y el régimen de las peticiones y consultas en las que esta última rama ha planteado innovaciones dignas de atención.

Estimo que se está cumpliendo un período de transición caracterizado por la preocupación de dar garantías al administrado mediante el fortalecimiento de las obligaciones de la Administración en los mencionados sectores, a los efectos de que la solución de las controversias y las respuestas a las peticiones y consultas se efectúe en base exclusivamente a la correcta y rápida aplicación de la norma al caso concreto que las motivan. El principio en derecho público, a diferencia del privado, es el de que el único interés de Estado es defender el ordenamiento jurídico, que en los mencionados casos puede traducirse en aportar prueba en contra suyo. Ello explica las soluciones que sancionan el silencio, cada vez más frecuentes y el desarrollo del instituto del amparo, con creciente aplicación específica en el derecho tributario.

EL SILENCIO EN LAS CONTROVERSIAS.

En materia contenciosa los problemas difieren en vía administrativa y jurisdiccional.

El problema en vía administrativa.

En materia de recursos administrativos, que por lo general en las legislaciones latinoamericanas tienen el carácter de presupuestos procesales de la típica acción ante los órganos jurisdiccionales, la solución domi-

nante es la de que si transcurren los plazos para adoptar decisión, se reputa que el recurso ha sido rechazado, quedando por lo tanto expedita la vía judicial.

La solución cuenta con prestigioso apoyo de la doctrina. En la I Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal, celebrada en Montevideo en 1957, se declaró que "el silencio debe entenderse como desestimación del recurso" (Punto IV). Igual declaración se formuló en la II Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario, celebrada en México al año siguiente, declarando que en ausencia de decisión "se considera que existe denegatoria tácita" (Punto I).

Esta posición encontró resistencia en la VII Jornada Luso-hispanoamericana, celebrada en Pamplona en 1976, que fue una de las Jornadas más representativas del pensamiento de ese grupo de países. En ella predominó la idea de que los recursos administrativos no debían tener el carácter de presupuesto procesal, por constituir un procedimiento que la experiencia ha demostrado que es por lo general inútil, porque la Administración habitualmente confirma el acto administrativo de determinación o, lo que es más grave, deja transcurrir el plazo sin adoptar resolución, prolongando así innecesariamente la decisión de la controversia. Contra los efectos de ese silencio se resolvió que el administrado tuviera la opción de plantear el recurso administrativo o entablar la acción de nulidad ante el órgano jurisdiccional ubicado en el Poder Judicial y no ante tribunales administrativos.

Es la solución del derecho venezolano. Pero dejando de lado la procedencia o no de la interposición obligatoria del recurso, la resolución de la Jornada rechaza la posibilidad del llamado silencio positivo.

En esa oportunidad se sostuvo, por parte del Prof. Vicente Oscar Díaz como autor de la ponencia nacional de Argentina, la solución inversa; fue "de opinión que el silencio de la Administración en resolver frente a pretensiones que requieren de ella un pronunciamiento concreto, se interpreta que se ha hecho lugar a la nulidad planteada".

En el derecho latinoamericano vigente el silencio positivo tiene un ejemplo muy significativo en la legislación de Colombia en materia impositiva. Es un instituto polémico que se ha ido ratificando y hasta fortaleciéndose a través del tiempo.

Según información contenida en la obra del Instituto Colombiano de Derecho Tributario publicada en 1991, en memoria del malogrado y tan bien recordado Doctor Enrique Low Murtra, rigió desde 1967, solamente para el impuesto a la renta; en 1987 se extendió "a todos los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales". El Estatuto Tributario de 1989 lo recogió en el art. 734 que en su inciso 1º establece que, si transcurrido un año "*el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará*".

El inciso 2º prevé una excepción para el impuesto a las ventas, recogiendo una disposición del año 1983, que en 1990 fue declarada inconstitucional, según la citada publicación.

La doctrina colombiana está dividida como tuve oportunidad de comentar en 1982, en mi monografía *El Contencioso Tributario en América Latina*. Precisamente Low Murtra entonces Ministro del Consejo de Estado, en la ponencia presentada en el *Primer Congreso Internacional de Justicia Fiscal y Administrativa*, celebrado en México en 1981, en conmemoración del 45º aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación, formuló severas críticas al instituto. La calificó de “figura exótica en nuestro derecho”, surgido como remedio de la morosidad administrativa, pero que fue una “solución funesta”, “fuente de corrupción administrativa y de desorden jurídico”, expresiones que tienen un significativo valor por provenir de un Ministro del Consejo de Estado. Agregaba, “con profunda convicción, que debe eliminarse y sustituirse por el silencio negativo”, que es la solución general en el derecho colombiano. La posición contraria ha sido sostenida por el también prestigioso jurista y profesor Juan Rafael Bravo, con la “única reserva” de que “solamente se refiera a los recursos contra las liquidaciones del impuesto a la renta”, por lo que propugnó en ese momento su generalización. Como ya se vio, la evolución legislativa posterior se inclinó por esta última posición.

Una solución intermedia entre las legislaciones venezolana y colombiana y las declaraciones de la Jornada de Pamplona, es la del derecho uruguayo. Por disposición constitucional para interponer la acción de nulidad ante los órganos jurisdiccionales debe agotarse la vía administrativa mediante los recursos administrativos y vencido el plazo cierto fijado por la Constitución, el silencio equivale a decisión contraria. La obligación de adoptar decisión no desaparece por el vencimiento del plazo.

Como anteriormente se expresó, este tipo de solución no es satisfactorio. La legislación ordinaria y los propios decretos del Poder Ejecutivo, han aprobado medidas que mejoran el sistema.

Por ley de 1987 se dispuso que si la omisión de pronunciarse se extiende por más de sesenta días a partir del vencimiento del plazo constitucional, dicha omisión “se tendrá como presunción simple a favor de la pretensión del administrado en el momento de dictarse sentencia por el Tribunal para el caso que se promoviere acción de nulidad”. Prestigiosa doctrina entiende que, además de esta presunción, la omisión compromete la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por la omisión, de acuerdo con el art. 24 de la Constitución o aun la responsabilidad penal del funcionario por aplicación del Código respectivo. Al respecto, por vía de decreto administrativo, se considera “falta grave el retardo u omisión” de cumplir con los trámites minuciosamente regulados por el mismo.

Un vacío del régimen constitucional es la no fijación de plazo para dictar el acto administrativo de determinación. Ese vacío, que puede ocasionar importantes perjuicios por el gravoso régimen de recargos por mora, puede encontrar solución mediante la acción de amparo de reciente aprobación. El mismo Decreto recoge y desarrolla principios fundamentales a los efectos de dar eficacia a los recursos administrativos. En tal sentido destaca que “La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno al Derecho...” estableciendo a continuación los principios aplicables.

A pesar de estos correctivos que indudablemente han constituido un progreso, el sistema sigue mereciendo críticas de la doctrina, entre otras razones, por lo prolongado de los plazos que rigen para instruir el asunto y para adoptar decisión y también por la circunstancia tan generalizada —como se comentó en la Jornada de Pamplona— de que la decisión de los recursos es, por lo común, confirmatoria del acto impugnado, solución que en Uruguay se ve impulsada por la integración de los órganos, exclusivamente con funcionarios o jefarcas de la Administración Central.

¿Qué conclusiones pueden formularse para contrarrestar los efectos del silencio en esta etapa de los recursos administrativos?

Partiendo de la base que la denegatoria ficta por sí sola no es una solución del problema de cómo deben ser las relaciones entre la Administración y los administrados en el Estado democrático contemporáneo, se debería optar por una de las tres soluciones precedentemente referidas: el efecto positivo colombiano; la supresión de los recursos como presupuesto procesal, aconsejada en la Jornada de Pamplona y vigente en Venezuela, permitiendo así el acceso directo a la vía jurisdiccional o el mantenimiento del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal —solución dominante en el derecho comparado— pero complementada con disposiciones de orden constitucional que fijen un procedimiento eficiente y prevean sanciones indemnizatorias y punitivas para el caso de silencio, que es a grandes rasgos la solución uruguaya.

Personalmente me inclino por que la opción se haga por una de las dos últimas, reconociendo que ambas tienen sus virtudes y defectos. La solución de Pamplona tiene a su favor la mala experiencia de los recursos de carácter obligatorio. Es un argumento puramente práctico que impide dar a la Administración la deseable oportunidad de examinar la posible ilegalidad del acto impugnado, evitando así, probablemente, la tramitación de un litigio. Este reparo es evitado en el Código Orgánico Tributario venezolano, mediante el mecanismo de que la demanda pueda, a opción del interesado, presentarse formalmente en la Administración, con lo cual ésta tiene la posibilidad de reexaminar su acto, pero con la obligación de remitirla, conjuntamente con el respectivo expediente administrativo, al Tribunal competente dentro de un plazo brevísimo y perentorio.

Mi posición actual sigue siendo la sostenida en la ponencia general de Pamplona como lo fundamento ampliamente en *Instituciones de Derecho Tributario*, favorable al mantenimiento de la solución tradicional del agotamiento de la vía administrativa, pero con los correctivos antes señalados.

El derecho comparado ofrece soluciones eficaces en ese sentido, por ejemplo, en España (1), Francia e Italia. Se puede agregar que un factor

(1) El derecho español ofrece otro ejemplo de gran interés. Por ley de 26 de noviembre de 1992 se amplió el ámbito de aplicación del silencio positivo que regía solamente para los casos expresamente previstos. La nueva ley lo estableció como regla, con excepción de las peticiones y de los recursos administrativos, para los que

importante para la correcta decisión del recurso, es que el órgano que deba adoptarla tenga la idoneidad suficiente, tanto desde el punto de vista de su tecnicismo como de su independencia de la administración activa, autora del acto impugnado.

En el ámbito doctrinario he recordado la opinión de Agustín Gordillo, emitida en el ya citado Congreso de Justicia Fiscal celebrado en México en 1981, en el sentido de que órganos de ese tipo, es decir, "dotados de un margen mínimo razonable de imparcialidad e independencia", pueden lograr con mayores posibilidades de éxito la solución de la controversia, ya que el tribunal administrativo tiene usualmente una mucho mayor latitud para el desempeño de la función de contralor que aquella de que dispone el tribunal judicial".

Los problemas en el contencioso.

En la vía jurisdiccional los problemas del silencio administrativo se reducen a la falta de colaboración en la buena marcha del proceso, principalmente mediante la omisión de aportar al Tribunal todos los antecedentes administrativos relacionados con el objeto del litigio. Pero también por el hecho de no cumplir con los actos procesales a su cargo.

La doctrina latinoamericana es categórica en el sentido de que la Administración debe aportar todos los elementos de prueba que obren en su poder. Al respecto pueden recordarse las resoluciones de la IV Jornada del ILADT y de la VII Jornada LHA.

La legislación uruguaya tiene disposiciones que dan mayor eficacia a esa obligación, adjudicando a la omisión determinados efectos procesales para contrarrestarla. Ya se hizo mención a la ley de 1987 que ante el incumplimiento de la obligación de decidir el recurso administrativo dentro del plazo fijado constitucionalmente, dispone que dicha omisión se tendrá como presunción simple a favor del administrado al dictarse sentencia.

En la etapa judicial desde 1965 rige similar presunción. El texto vigente desde 1984 preceptúa que "*la omisión... de enviar los informes, antecedentes o expedientes administrativos... el Tribunal podrá considerar como ciertas las afirmaciones del actor, salvo que resulten contradichas por otros elementos de juicio, o se trate de una cuestión que esté*

se mantiene, en principio, la denegatoria ficta. Pero el recurso entablado contra ésta "se entenderá estimado" (acogido) "si llegado el plazo de resolución de éste, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo". En la Exposición de Motivos se dice que "introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo", agregando que "es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido", impidiendo así "que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado".

comprendida en los casos en que la ley determine la existencia de secreto administrativo". Igual solución establece una ley de 1992 que hace más severas las sanciones por la omisión de presentar su dictamen por parte del Procurador del Estado, el que, por disposición constitucional debe ser oído en último término en todos los asuntos de la jurisdicción del Tribunal. En tal caso la ley dispone que "*se entenderá... que ha producido informe a favor del actor. Todo ello sin perjuicio de dar cuenta al Poder Ejecutivo*".

EL SILENCIO EN LAS PETICIONES Y LAS CONSULTAS.

Los efectos del silencio difieren en uno y otro caso pues se trata de situaciones con características propias, aunque en algunas ocasiones pueden presentarse conjuntamente. Hay peticiones sin consulta, que es el caso previsto en las Constituciones antes analizadas; hay consultas puras y simples, y hay consultas con peticiones, que pueden o no expresar sus fundamentos.

Además de esas cuatro posibilidades debe distinguirse entre peticiones y consultas relativas a cuestiones en que la Administración actúa como sujeto de una relación jurídica de contenido patrimonial, cuya fuente es exclusivamente la ley —como es el caso de la materia tributaria— de aquellas en que actúa como poder del Estado, generalmente con facultades discrecionales. Como lo trato ampliamente en mi citada obra *Instituciones de Derecho Tributario*, en las primeras ambas partes actúan en un plano de igualdad jurídica, como acreedor y deudor de una prestación puramente pecuniaria, lo que da a la obligación de responder características especiales, similares a las del derecho común.

Las consultas en materia tributaria, con o sin petición, fundamentadas o no, tienen en sí mismas su justificación. La obligación de la Administración de pronunciarse tiene en esta materia un valor especial desde el punto del principio de la seguridad jurídica, principio al que la doctrina en general y la tributaria en particular, está prestando una atención creciente, de lo cual es un índice su inclusión en el Temario de la próxima Jornada del ILADT. A este fundamento jurídico tan importante, se agrega la circunstancia fáctica de que la normativa tributaria, a través de la legislación, de los reglamentos, de las resoluciones e instrucciones administrativas internas y de la jurisprudencia presenta una complejidad tal que motiva legítimas dudas acerca de cuál es la solución jurídicamente correcta. Existe consenso en que el contribuyente tiene derecho a conocer cuál es la interpretación que sustenta la Administración, con anterioridad a que sucedan los hechos cuya gravabilidad está en duda, o a la presentación de declaración, evitando así la posible comisión de infracciones o resultados económicos perjudiciales. A ese derecho debe corresponder la obligación de la Administración de dar oportuna respuesta, la que, además de contemplar ese interés particular, cumple la función de satisfacer el interés general de una correcta y oportuna aplicación del derecho.

Todas éstas son razones que justifican un análisis particular de las consultas tributarias y la adopción de soluciones que se aparten del derecho común. El silencio aparece así como un acto ilegítimo.

Difusión.

Por las razones antes apuntadas no extraña que el instituto de la consulta se haya desarrollado ampliamente en el derecho tributario.

En el amplio campo internacional en que actúa la IFA, el tema mereció la atención en por lo menos tres de sus Congresos, el de Viena de 1957, el de Londres de 1965 y el de París de 1980. En el primero, dentro del tema *Las garantías jurídicas del contribuyente frente al fisco*, se recomendó que “las autoridades tributarias den información al contribuyente, cuando se les solicite, acerca del efecto tributario de las transacciones proyectadas” y que siguiendo el ejemplo de Suecia, se cree en cada país una oficina con la finalidad de dar las informaciones pertinentes. En Londres, considerando la creciente complejidad de la legislación fiscal, se entendió que el conocimiento cierto de su alcance “es un prerequisite para toda planificación financiera”, lo que “constituye un problema serio de seguridad legal”. En virtud de estas circunstancias se recomendó que “los contribuyentes deben tener la oportunidad de obtener, con razonable antelación, dictámenes relativos a las consecuencias tributarias de las transacciones *bona fide* proyectadas...”, a los que debe ceñirse la Administración, agregando que esos dictámenes deberían ser impugnables y publicados “a fin de asegurar la aplicación uniforme de la ley”. En el Congreso de París, considerando entre otras circunstancias, la complejidad creciente de las leyes tributarias, se entendió que un diálogo entre las partes “es un procedimiento previo necesario para la creación de un clima fiscal favorable y para un rendimiento fiscal óptimo”. Y recordando el Congreso de Londres se ratificó que “un procedimiento de interpretación previo (*advance ruling*) es un elemento importante en la búsqueda de un diálogo satisfactorio”.

En el ámbito luso-hispanoamericano sostuve en la ponencia general de la Jornada de Pamplona, una posición más clara y radical que las precedentemente anotadas, que fue aprobada en los siguientes términos:

“Es de interés para ambas partes de la relación jurídico-tributaria la existencia de un sistema de información que obligue a la Administración a pronunciarse sobre las cuestiones que le planteen quienes tengan un interés legítimo”.

“Cuando la consulta verse sobre una cuestión real y debidamente concretada por el interesado directo, la respuesta tendrá carácter vinculante, deberá ser evacuada dentro de plazos perentorios y la resolución podrá ser recurrida por el régimen ordinario de los recursos”.

Más radical aun fue la posición que habíamos adoptado con Giuliani Fonrouge y Gomes de Sousa en el Modelo de Código Tributario para América Latina de 1967. En sus artículos 166/168 se establece claramente la

obligación de la Administración de pronunciarse dentro de plazos perentorios con la consiguiente responsabilidad de los funcionarios por su omisión, la que "constituirá un caso de violación de los deberes del cargo previsto en el art. 122^a y siguientes" que la tipifica como una infracción administrativa tanto en la forma dolosa como culposa. Pero la característica de mayor relieve es la que otorga carácter positivo al silencio, cuando ocurren las circunstancias previstas en el art. 168 que dice así:

"Si con posterioridad al vencimiento de los plazos previstos en el artículo anterior, la consulta fuera reiterada y la Administración no dicta resolución dentro de los ... días de la reiteración, se entenderá aprobada la interpretación del consultante, si éste la hubiere expuesto".

¿Silencio negativo o positivo?

Esta última modalidad encontró una explicable resistencia en el ámbito del CIAT a través de la ponencia de Manuel Rapoport en la IV Asamblea de 1970, cuyas observaciones, basadas en la realidad administrativa del momento, me parecieron razonables y me decidieron a aceptar el silencio negativo en el Proyecto de Código Tributario para Uruguay, fuente directa del Código vigente. En la Exposición de Motivos dije:

"...Nosotros entendíamos, como solución ideal, que si el contribuyente ha dado la interpretación de ese caso y la Administración no le contesta y se reitera ese pedido y la Administración tampoco le contesta, entonces se daba por válida la interpretación hecha por el contribuyente. A Rapoport le pareció exagerada la solución, peligrosa sobre todo para ciertas Administraciones atrasadas de América Latina frente a los grandes contribuyentes que tienen sus equipos de expertos que suelen plantear consultas muy complejas". Por eso aceptamos el silencio negativo pareciéndonos "que es una solución intermedia que puede ser aconsejable como experiencia inicial en la aplicación del instituto". La misma posición sostuvo en la citada ponencia de la Jornada de Pamplona.

Repensado el problema he vuelto a la solución del Modelo. Me parece que reiterada la consulta con sendos plazos, de extensión razonable de acuerdo a las características de cada país, no se justifica el silencio administrativo negativo, que es como tantas veces lo he dicho, una violación de la norma jurídica y una omisión de los deberes del cargo. El argumento de la ineficiencia de la Administración no es válido en la actualidad, como consecuencia de la valiosa gestión del CIET y sobre todo del CIAT y del asesoramiento de otros organismos internacionales extracontinentales. Por lo tanto hoy tiene plena validez lo que decíamos en la Exposición de Motivos del Modelo de que "nada impide que la Administración exprese su opinión contraria dentro del plazo fijado al efecto por la ley". Por otra parte, la situación en materia de consultas es diferente a la ya analizada en materia de recursos administrativos. Por lo tanto la diferencia de soluciones encuentra justificación. Es la solución del Código Tributario de Costa Rica para las consultas en materia tributaria, que siguiendo al Modelo, dispone en su art. 114 que si al vencimiento del tér-

mino legal la Administración "no dicta resolución se debe entender aprobada, la interpretación del consultante, si éste la ha expuesto". Por su parte el art. 108 mantiene el silencio negativo para los recursos administrativos.

Hay otros dos argumentos para aceptar el silencio positivo.

Si la Administración no adopta resolución y la interpretación del consultante, aceptada tácitamente es ilegal, siempre estará a tiempo para adoptar una resolución contraria, pues los actos administrativos son siempre revocables por razones de legalidad lo que implica que la interpretación ilegítima del consultante se mantendrá sólo por el tiempo en que la Administración omite su obligación de pronunciarse. El Código de Costa Rica acoge esta solución disponiendo en el citado art. 114 que la aprobación tácita "no afecta a los hechos generadores que ocurran con posterioridad a la notificación de la resolución que en el futuro dicte la Administración".

Esta posibilidad de revocación posterior, equiparable a una modificación del criterio de interpretación, constituye una diferencia fundamental respecto de los recursos administrativos. En éstos, la decisión o fallo, es una resolución definitiva que agota la vía administrativa y que sólo puede ser anulada o modificada por los órganos jurisdiccionales cuando es impugnada por el administrado, posibilidad que obviamente no se da en el caso del silencio positivo. Ello implica el grave riesgo de que una interpretación incorrecta perdure en el tiempo con las indeseables consecuencias que se le imputan al sistema colombiano.

CONCLUSIONES.

En apretada síntesis pueden formularse las siguientes conclusiones.

La primera y más importante es la de que el silencio administrativo es inadmisibles en el Estado de Derecho contemporáneo.

Por lo tanto el ordenamiento jurídico debe establecer la obligación de la respuesta en toda petición o consulta y la de aportar en los recursos administrativos y acciones judiciales, todos los elementos de juicio que los interesados soliciten o los órganos jurisdiccionales dispongan que sean conducentes para la correcta aplicación del derecho.

El incumplimiento de esa obligación, como toda violación de una norma jurídica, debe ser sancionado, tanto desde el punto de vista reparatorio como punitivo. En consecuencia la solución generalizada en el derecho comparado de que el silencio se reputa como resolución ficta denegatoria que abre la posibilidad de impugnación ante los órganos jurisdiccionales, por sí sola es insuficiente.

Existen buenas razones para que los efectos del silencio sean diferentes en materia de controversias y de peticiones y consultas.

Personalmente soy partidario del silencio negativo en materia de recursos administrativos, con adecuadas sanciones, y del silencio positivo en materia de consultas tributarias que expongan la interpretación del consultante, en las condiciones propuestas en el Modelo de Código Tributario para América Latina.