

21 de agosto de 2012  
**PJD-13-2012**

Señor  
Edgar Robles  
**Superintendente de Pensiones**

Estimado señora:

En atención al acuerdo tomado por el Comité Ejecutivo, en el que se solicita a esta Asesoría “*elaborar un criterio jurídico en el que se analice si a diversas situaciones planteadas, les resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 8220*”, particularmente el silencio positivo, emite el siguiente criterio legal:

### **I. Antecedentes**

En el alcance digital número 72 a La Gaceta #189 del 3 de octubre, se publicó la Ley N°8990, “*Modificación de la Ley 8220, Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos*”, la cual modifica los artículos 4, 5, 6, 7 y 10. El artículo 7 regula lo correspondiente al procedimiento para la aplicación del silencio positivo.

Con el fin de determinar las implicaciones que esta reforma puede tener sobre las labores que realiza la Superintendencia de Pensiones, el Comité Ejecutivo le solicitó a la División Jurídica un criterio, en el que se analicen situaciones concretas en las cuales se podría aplicar lo dispuesto en la Ley N° 8220, con especial énfasis en las implicaciones que la normativa sobre silencio positivo puede tener en relación con diversas gestiones que se realizan ante la División de Regímenes de Capitalización Individual.

Mediante tarea asignada en el Sistema de Trámites el pasado 9 de marzo, la señora Patricia Abarca, directora de la División de Regímenes de Capitalización Individual, puntualizó como sigue las situaciones cuyo análisis se requiere:

#### ***“1. Aprobación de planes de reducción de riesgos ante casos de excesos de límites y de los planes de saneamiento*”**

*En este caso, la consulta es que de acuerdo con la Ley 7983, SUPEN debe aprobar estos dos tipos de planes, sin embargo, no estamos claros si estas aprobaciones están contempladas dentro de los trámites considerados en la Ley 8990 y si en estos casos opera el silencio positivo.*

---

**“Valor del mes: Probidad”**

*Para los planes de reducción de riesgos ya existe un acuerdo que establece plazos y condiciones de presentación y de aprobación, sin embargo, para planes de saneamiento no existe ningún acuerdo similar. ¿Debe SUPEN emitir un acuerdo al respecto? ¿Qué aspectos debería considerar ese acuerdo o disposición?*

## **2. Proceso de análisis de planes de acción, en general**

*Dentro de las labores de supervisión es habitual el requerimiento de planes de acción a las entidades, los cuales se reciben y se analizan en función de su oportunidad y efectividad para corregir las situaciones comunicadas por el supervisor. Producto de esta labor, se remite una comunicación a la entidad en la cual se le hacen señalamientos para la mejora del plan de acción o en caso contrario, se le indica que lo informado será objeto de seguimiento para verificar su implementación. Estos planes no son objeto de aprobación, ya que la Ley 7523 y sus reformas no lo requieren.*

*Para estos casos, la consulta específica es si SUPEN debe emitir un acuerdo con el detalle de condiciones que deben cumplir estos planes de acción (incluso definir formato) y declarar cuál es el plazo para su presentación y para que SUPEN se refiera a su contenido y si superado ese término, estaría el ente supervisor impedido para emitir observaciones sobre dichos planes.*

## **3. Sobre evaluación de medios de pago a utilizar por las OPC**

*El Acuerdo SP-A-147, en su artículo 10 dispone las formas de pago para realizar la entrega de los recursos del FCL, indicando:*

*'Para realizar la entrega de los recursos a los afiliados que opten por el retiro de los recursos, las entidades autorizadas deberán poner a disposición de aquellos, al menos, los siguientes medios de pago:*

- a. Tránsito electrónico a una cuenta del afiliado (cuenta cliente o cuenta bancaria).*
- b. Pago mediante cheque.*

*Si alguna entidad autorizada opta por medios de pago distintos a los antes indicados, deberá informarlo anticipadamente a la Superintendencia de Pensiones en un plazo no mayor a un mes natural, contado a partir de la fecha de su implementación, con el propósito de que esta última determine si se trata de un medio que pueda ser objeto de supervisión. (...)*

*Como se observa en el texto destacado, cuando una OPC desee realizar alguna modalidad de pago, debe informar a SUPEN para que se valore si dicha modalidad puede o no ser objeto de supervisión. Ante este trámite, surge de igual manera la consulta: ¿Debe SUPEN emitir lineamientos para la información a presentar sobre estos trámites, declarar plazos para su atención, opera el silencio positivo en estos casos?*

## **4. Solicitudes de autorización para Oficiales de cumplimiento que laboren a medio tiempo**

*Otro punto que conversamos en la mañana, se refiere a las solicitudes de autorización para que los Oficiales de Cumplimiento (titular o adjunto) laboren medio tiempo. En estos casos, si bien no son trámites que correspondan al área de supervisión, si debe SUPEN pronunciarse sobre las mismas. Igual que en casos anteriores, surge la consulta: ¿Debe SUPEN emitir lineamientos para la información a*

presentar sobre estos trámites, declarar plazos para su atención, opera el silencio positivo en estos casos?”

## **II. Normativa aplicable y análisis de fondo**

### **A. Aplicación general del contenido de la Ley N° 8220**

El artículo 1 de la Ley N° 8220 establece el ámbito de aplicación de dicha normativa:

*“Artículo 1.- Ámbito de aplicación*

*La presente Ley es aplicable a toda la Administración Pública, central y descentralizada, incluso instituciones autónomas y semiautónomas, órganos con personalidad jurídica instrumental, entes públicos no estatales, municipalidades y empresas públicas. Se exceptúan de su aplicación los trámites y procedimientos en materia de defensa del Estado y seguridad nacional.*

*Para los efectos de esta Ley, se entenderá por administrado a toda persona física o jurídica que, en el ejercicio de su derecho de petición, información y/o derecho o acceso a la justicia administrativa, se dirija a la Administración Pública.”*

Del texto del artículo anterior se desprende con claridad que la Superintendencia de Pensiones, como un órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumental, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 8220.

### **B. El silencio positivo de la administración en la Ley General de la Administración Pública**

El análisis del silencio positivo debe comenzar con lo dispuesto en los artículos 329 y siguientes de la Ley General de la Administración pública. En lo que respecta al artículo 329, este dispone lo siguiente:

*“Artículo 329.-*

*1. La Administración tendrá siempre el deber de resolver expresamente dentro de los plazos de esta ley.*

*2. El no hacerlo se reputará falta grave de servicio.*

*3. El acto final recaído fuera de plazo será válido para todo efecto legal, salvo disposición en contrario de la ley.”*

De acuerdo con la norma transcrita, la Administración tiene la obligación de atender con eficiencia las gestiones de los administrados dentro de los plazos establecidos. Si la Administración llegara a dictar el acto fuera del plazo establecido, ésta situación no invalidaría el acto, sin embargo, si ocasionaría una falta grave reprochable en la vía disciplinaria.

Las disposiciones específicas en la Ley General de la Administración Pública en relación con el silencio positivo se encuentran en los artículos 330 y 331, los cuales disponen:

*“Artículo 330.-*

- 1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.*
- 2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.”*

*“Artículo 331.-*

- 1. El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia con los requisitos legales.*
- 2. Acaecido el silencio positivo no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma previstos en esta ley.”*

A diferencia del silencio negativo, se considera que el silencio positivo administrativo constituye un verdadero acto administrativo, en razón de que, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 331, una vez ocurrido el silencio positivo, la Administración no podrá dictar un acto denegatorio ni extinguir el acto, con excepción de los casos estipulados legalmente.

También se establece que el silencio positivo operaría a manera de excepción y solo en los casos que describe la ley, que de la lectura del artículo 330 serían tres situaciones: 1. cuando se establezca expresamente, 2. cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela<sup>1</sup> y 3. cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.

En esta misma línea, la doctrina ha señalado que:

*“2. EL SILENCIO POSITIVO. El silencio positivo de la administración tiene un sentido y una funcionalidad radicalmente diferentes... Es simplemente una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa. En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarla durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requeriente se entiende otorgado. Puede decirse, por tanto, del silencio positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye...”<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup> *“La tutela administrativa o dirección intersubjetiva es una forma de control ejercido por el ente público mayor sobre los entes públicos menores. La relación de la tutela administrativa es intersubjetiva y horizontal, se produce entre dos entes públicos, normalmente el mayor – Estado – y los menores, los últimos dotados de personalidad jurídica y con Autonomía.”* Jinesta Lobo, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1 (Parte General). 1ra ed. San José, C.R.: IJSA, febrero del 2006.

<sup>2</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 10<sup>a</sup> Edición, 2002, pág. 361.

Esta equiparación del silencio a un acto administrativo es acogida también por la jurisprudencia, en esta línea se anota lo dispuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en su resolución N° 306-2005, de las once horas treinta minutos del ocho de julio de dos mil cinco, en la cual se señala que:

*“IX.- Acto seguido, se entra al examen de la supuesta falta de respuesta dada a la petición de devolución del inmueble, anteriormente propiedad de Inmobiliaria Pargo, a pesar de que no está, dentro del orden que se enunció, pero que no obstante, sí se considera oportuno referirse a él, para despejar toda hesitación, a un supuesto silencio positivo invocado, que se produce, ante la ausencia de manifestación de voluntad expresa por parte de la Administración, permitiendo la ley, en circunstancias específicas y para ciertos efectos, la presunción de esa voluntad, ya sea en un sentido negativo - desestimatorio -, o bien, afirmativo. El primero constituye una ficción legal, por la cual, transcurrido el plazo de ley, se permite al administrado recurrir a la vía administrativa o judicial, según el caso, bajo la presunción de que sus pretensiones han sido denegadas. El segundo, en cambio, constituye un verdadero acto administrativo, tal y como se desprende del texto del artículo 331 de la Ley General de la Administración Pública, en cuanto dispone, que acaecido éste no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquéllos casos y en la forma prevista por la ley. Por esta razón, el silencio negativo es la regla en esta materia, en tanto que el positivo es la excepción, y como tal sólo procede en aquellos casos permitidos por el Ordenamiento Jurídico. Por su parte, el artículo 330 de la misma ley lo admite únicamente en tres supuestos: a.- cuando se establezca expresamente; b.- cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela; y c.- cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones. En consecuencia, al constituir un acto administrativo equivalente a la autorización, licencia o permiso solicitado, al tenor del artículo 331, inciso 1) ibídem, la gestión que se presente deberá contener los requisitos de ley.” (El subrayado no es original).*

En la misma línea, la Sección Séptima de ese Tribunal, en sentencia N° 7 de las nueve horas del primero de setiembre de dos mil ocho, dispuso:

**“V.- DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL BLOQUE DE LEGALIDAD.-** Las administraciones públicas, como cualquier persona jurídica, actúan tanto a través de conductas administrativas positivas denominadas actividad administrativa (actos administrativos y actuaciones materiales), como por medio de conductas administrativas negativas, también conocidas como inactividad administrativa (silencios y omisiones), ambas, la actividad y la inactividad, son las dos caras de un mismo medallón, la **‘Conducta Administrativa’**. De este modo puede decirse que la actividad formal denominada ‘acto administrativo’, está emparentada con una categoría de inactividad también formal pero de signo contrario ‘el silencio administrativo’”.

*“Como recién se apuntó, la inactividad formal es ilícita cuando se presenta en el contexto de un poder-deber de un ente público, sin que medie autorización legislativa para tal inercia, y una vez acaecida ésta, surge en cabeza del sujeto afectado por el silencio administrativo (un administrado u otro ente público), un derecho a tener por emitido un acto administrativo presunto que, por ministerio de ley, indicará cuál es la voluntad de la administración silente. Los supuestos de hecho en los que el silencio administrativo implica el surgimiento de un acto presunto, las condiciones formales y sustanciales que deben satisfacerse para que se estime que ha nacido a la vida jurídica un acto presunto, así como su*



contenido (elemento objetivo de todo acto administrativo), deben estar determinados en una norma de carácter legal. Esta reserva de ley se encuentra regulada en el canon 139 de la Ley General de la Administración Pública, el cual indica que: 'El silencio de la administración no podrá expresar su voluntad salvo ley que disponga lo contrario.'"

"El Silencio Positivo: Esta categoría de silencio, excepcional en materia de inactividad formal, se produce exclusivamente en aquellos casos en donde el legislador de forma expresa y taxativa lo haya reconocido. Este tipo de silencio generará los efectos de un acto administrativo presunto estimatorio, favorable o declarativo de derechos. En todos los demás supuestos no previstos en la ley el silencio se entenderá siempre como negativo. Para que surja un silencio de esta naturaleza deben concurrir varios condicionamientos. En primer lugar es necesario que exista una disposición legal que expresamente otorgue efectos aprobatorios, a los actos administrativos presuntos surgidos en procedimientos administrativos de ciertas materias. En el caso del Ordenamiento Jurídico costarricense tal taxatividad se encuentra en el canon 330 de la Ley General de la Administración Pública, el cual textualmente establece: '1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela. 2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.' Aquí cabe precisar que vía jurisprudencia se ha decantado la norma anterior, indicando que **no en cualquier procedimiento en el que se soliciten permisos, autorizaciones, licencias y autorizaciones, es aplicable el silencio positivo**. De este modo tanto la Sala Constitucional como la Sala Primera ambas de la Corte Suprema de Justicia, **han considerado que no aplica este tipo de silencio cuando se está frente a bienes de especial trascendencia para la sociedad**, por ejemplo: Dominio Público o Medio Ambiente. **Como segundo condicionamiento** para que opere el Silencio Positivo, debe haber fenecido el plazo con que contaba la administración pública a cargo del procedimiento en su fase constitutiva, sin que ésta se haya pronunciado respecto de la solicitud. En esta dirección el inciso primero del artículo 331 indica que: 'El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia con los requisitos legales'. Del precepto anterior, también es posible extraer que el silencio positivo opera únicamente en la fase constitutiva del procedimiento administrativo, no así en la fase recursiva, en la cual sólo resulta aplicable el silencio negativo, nótese que la norma indica que el plazo se computa desde la recepción de la 'solicitud' y no desde la presentación del 'recurso', en igual sentido el ordinal 330 arriba citado hace referencia a 'solicitudes' y no a 'recursos'. Así las cosas, siendo que no existe norma especial que establezca la aplicación del Silencio Positivo en segunda instancia administrativa, a esa fase recursiva le será aplicable la regla general de Silencio Negativo antes referida. **El tercer condicionamiento** para que opere el Silencio Positivo, es de naturaleza sustancial y consiste en que lo solicitado sea conforme con el Bloque de Legalidad. Así las cosas la falta de respuesta no debe servir para autorizar la ilegalidad. Dicho requisito se extrae de la última oración del inciso primero del artículo supra transcrito que consagra la siguiente frase: 'con los requisitos legales'. Por último, como **cuarto condicionamiento** para la aplicación del silencio bajo análisis, debe seguirse un iter establecido en el artículo 7 de la Ley de Protección al Ciudadano contra el Exceso de Trámites y Requisitos Administrativos, Ley N° 8220, dicha norma textualmente establece: (...) De lo anterior puede concluirse que el Silencio Administrativo será aplicable únicamente allí donde lo haya previsto el legislador, entendiéndose que será siempre negativo, excepto que la ley expresamente indique que el silencio es positivo, en los términos arriba indicados, a saber, que se trate de permisos, autorizaciones, aprobaciones o licencias, en materias no excluidas jurisprudencialmente, que la actividad sea lícita y se cumpla con todos los requisitos, que el procedimiento en el que opera esté en fase constitutiva (primera

instancia), y que se siga el procedimiento supra apuntado para su aplicación.” (El resaltado no es original)

La Procuraduría General de la República sigue la misma tesis de la jurisprudencia judicial, en este sentido en el dictamen 380-2005, del 7 de noviembre del 2005, señaló que:

*“La figura del silencio positivo se encuentra contenida en el numeral 330 de la Ley General de la Administración Pública, el cual establece que opera el mismo en aquellos casos es que se establezca expresamente por la ley o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que resulten de competencia de la Administración en el ejercicio de competencias de fiscalización o tutela. Sin embargo, según el desarrollo jurisprudencial realizado sobre este artículo, el silencio positivo no opera en todos los casos, o lo que es igual, no siempre que deba existir una autorización por parte de la Administración cabe acudir a este supuesto. Por nuestra parte, hemos indicado:*

*‘II. Sobre el silencio administrativo positivo.*

*El artículo 330 de la Ley General de Administración Pública (LGAP) establece lo que podría ser considerado el principio general sobre el tema del silencio administrativo de carácter positivo. Señala dicho numeral:*

*Artículo 330.-*

*1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.*

*2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.’*

*Por su parte, el artículo 7° de la ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, número 8220 de 4 de marzo de 2002, establece un procedimiento para la aplicación del silencio positivo. Señala dicho artículo (...).*

*Con el propósito de permitir su impugnación en sede judicial o el ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho administrativo suele atribuir al silencio de la administración el valor de una decisión, sea positiva o negativa. Se trata de lo que en doctrina se conoce como actos administrativos presuntos (a diferencia de los expresos) positivos o negativos, resultado del silencio positivo o negativo de la administración (ver PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, T. I, pags. 116-117).*

*La característica distintiva del acto presunto positivo frente al negativo, recogida por la doctrina y nuestra jurisprudencia judicial y administrativa, consiste en que el positivo es un verdadero acto administrativo, equivalente al acto que sustituye (ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, T.I., pag.504). Acto administrativo que, por lo general, es una autorización, permiso o aprobación, como está regulado en nuestro derecho positivo en el artículo 331 de la LGAP y 7 de la ley número 8220. En este mismo sentido, ha dicho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 88 de las 15:05 horas del 19 de octubre de 1994, lo siguiente:*

*‘(...) Ante la ausencia de una manifestación de voluntad expresa por parte de la Administración, la Ley faculta, en circunstancias específicas y para ciertos efectos, la presunción de esa voluntad, ya sea un sentido negativo o desestimatorio, o bien, positivo o afirmativo. (...) El silencio positivo, en cambio, constituye un verdadero acto administrativo. Así se desprende del texto del artículo 331 de la Ley General de Administración Pública, que dispone que acaecido este ‘no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma prevista por la ley’. Por esta razón, el silencio negativo es la regla en esta materia, en tanto que el positivo es la excepción y como tal sólo procede en aquellos casos permitidos por el ordenamiento jurídico. El*

artículo 330 de la Ley General de Administración Pública, admite el silencio positivo en tres hipótesis; a) cuando se establezca expresamente; b) cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela; y c) cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones. Por constituir el silencio positivo un acto administrativo equivalente a la autorización, licencia o permiso solicitado, dispone el artículo 331, inciso 1), citado, que la solicitud que se presente debe contener los requisitos de ley. Es decir, para que opere el silencio positivo, debe el particular haber cumplido en su gestión con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la norma, pues lo contrario implicaría la ausencia de presupuestos esenciales para la existencia del acto, no pudiendo operar el silencio cuando se omite alguno de ellos, aunque el órgano o funcionario encargado no realice la respectiva prevención. (...)

Y esta Procuraduría, en su condición de órgano superior consultivo técnico-jurídico de la administración pública, ha dicho en dictamen C-281-2002, que:

*'Por consiguiente, la diferencia entre silencio positivo y silencio negativo radica básicamente en que el silencio positivo es un acto administrativo de pleno derecho, es decir, tiene efectos jurídicos propios, generando de esta forma derechos para los administrados. En cuanto a su operabilidad, sólo aplica en cuestiones de carácter permisivo.'*

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido una excepción a la regla según la cual a las solicitudes de permisos y autorizaciones no resueltas en tiempo por la administración, se aplica la figura del acto presunto positivo. Se trata de aquellas que tienen que ver con la preservación y tutela del ambiente. Así lo ha señalado en la sentencia número 6836-93 de 24 de diciembre de 1993, donde dijo que: *'Por lo demás, ya esta Sala, en voto N° 2233 - 93 de las nueve horas treinta y seis minutos del veintiocho de mayo del año en curso, dijo que la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural, dentro del cual se encuentra la riqueza forestal, es un derecho fundamental, de modo que no puede entenderse que el silencio positivo opere simplemente por el transcurso del plazo dentro del cual la Administración debió pronunciarse sobre el permiso de explotación forestal, sin que lo hiciera, pues ello implicaría poner en inminente peligro el patrimonio forestal del país al permitirse, por esa vía, su explotación irracional e indiscriminada'*.

### **C. El silencio positivo en la Ley N° 8220**

La modificación introducida en el año 2011 a la Ley N° 8220, incluyó una reforma al artículo 7, que dispone el procedimiento para aplicar el silencio positivo. El texto de esta norma indica lo siguiente:

#### ***"Artículo 7.- Procedimiento para aplicar el silencio positivo***

***Cuando se trate de solicitudes para el otorgamiento de permisos, licencias o autorizaciones, vencido el plazo de resolución otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración, sin que esta se haya pronunciado, se tendrán por aprobadas.***

***Para la aplicación del silencio positivo bastará con que el administrado presente a la Administración una declaración jurada, debidamente autenticada, haciendo constar que ha cumplido con todos los requisitos necesarios para el otorgamiento de los permisos, las licencias o las autorizaciones y que la Administración no resolvió dentro del plazo correspondiente.***

***Estos requisitos serán únicamente los estipulados expresamente en las leyes, los decretos ejecutivos o los reglamentos, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la presente ley.***



*La Administración, dentro de los tres días hábiles siguientes a la recepción de la declaración jurada, deberá emitir un documento donde conste que transcurrió el plazo para la aplicación del silencio positivo y la solicitud no fue resuelta en tiempo. Si la Administración no emite este documento dentro del plazo señalado, se tendrá por aceptada la aplicación del silencio positivo y el administrado podrá continuar con los trámites para obtener el permiso, la licencia o la autorización correspondientes, salvo en los casos en que por disposición constitucional no proceda el silencio positivo.*

*En el cumplimiento de este procedimiento, la Administración deberá coordinar a lo interno para informar al oficial de simplificación de trámites, de conformidad con los artículos 8 y 11 de esta ley.*

*Ninguna institución podrá desconocer o rechazar la aplicación del silencio positivo que, opera de pleno derecho.*

*Cuando sea procedente, la Administración aplicará el procedimiento de nulidad en sede administrativa regulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública o iniciará un proceso judicial de lesividad para demostrar que los requisitos correspondientes no fueron cumplidos.”*

Ahora bien, de conformidad con la resolución 7-2008 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, transcrita anteriormente, y la Ley General de la Administración Pública, para que proceda la aplicación del silencio positivo es necesario que confluayan los siguientes condicionantes:

1. Existencia de una disposición legal que expresamente otorgue efectos aprobatorios, a los actos administrativos presuntos surgidos en procedimientos administrativos de ciertas materias (ya sea por estar establecido expresamente en la ley, cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones en el ejercicio de fiscalización o tutela, o en el caso de permisos, licencias o autorizaciones).
2. Debe haber fenecido el plazo con que contaba la Administración Pública a cargo del procedimiento en su fase constitutiva, sin que ésta se haya pronunciado respecto de la solicitud.
3. Que lo solicitado sea conforme con el bloque de legalidad.
4. Que se siga para su aplicación el procedimiento establecido en el artículo 7 de la Ley N° 8220.

En la misma línea, las definiciones de los conceptos de autorización, licencia y permiso están contenidas en el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 8220, como sigue:

**“Autorización:** *es un acto de habilitación. Mediante este acto el administrado gestiona una petición a la Administración Pública, la cual es discrecional en cuanto a motivo y contenido. En este sentido, la administración realiza una apreciación de la solicitud del particular y la sopesa con el interés general.”*

**“Licencia:** es un acto de habilitación de actos del administrado por razones de orden público. Mediante este acto el administrado gestiona una petición a la Administración la cual, a diferencia de la autorización, tiene el contenido y los motivos reglados. En este acto administrativo la administración realiza una apreciación de todos los elementos de la solicitud del particular y la sopesa con el interés general; de dicho análisis la administración le concede, al particular, derechos”.

**“Permiso:** Es un acto que autoriza a una persona, el ejercicio de un derecho, en condiciones determinadas y sin cuyo título no se podría decir, hacer o dejar de hacer una cosa. Con el permiso no se autoriza ni se delega nada sino que se tolera o permite realizar algo determinado y específico a una persona física o jurídica”.

Aunque no es poco común encontrar que algunos autores emplean los términos “autorización” y “aprobación” de manera indistinta, lo cierto es que ambos conceptos son diferenciados por la doctrina administrativa.

El tratadista Jinesta Lobo expone:

*“La autorización tiene un doble alcance jurídico, puesto que, puede ser vista como acto de ‘habilitación o permisión’ y como un acto de ‘fiscalización o control’, esta última arista cuando nos encontramos ante relaciones de tutela administrativa o de dirección intersubjetiva. /Como acto de habilitación cubre, las autorizaciones otorgadas al administrado por razones de orden público (autorización para la construcción o edificación, para abrir una farmacia, autorización a personas jurídicas, etc.) Es un acto administrativo por el cual **la administración pública le concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes** después, de una apreciación discrecional de su oportunidad y utilidad respecto del interés general. La autorización, en tal supuesto obedece a una petición expresa del administrado pero que, generalmente, es discrecional en cuanto a motivo y contenido./ ” (JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Colombia, Biblioteca Jurídica, Diké, 2002, pp.449-450, la negrita no es del original).*

Y en cuanto a la aprobación señala:

*“Se trata de un acto administrativo de control que se produce con posterioridad al acto aprobado. La aprobación, a diferencia de la autorización, opera ex post o a posteriori del acto definitivo que es válido y perfecto, por lo que constituye un requisito de eficacia del acto aprobado.” (JINESTA LOBO, Ernesto, op.cit., p.450).*

#### **D. En relación con los planes de acción, de reducción de riesgos y de saneamiento**

Teniendo presentes las anteriores consideraciones, se procede a analizar si sería viable aplicar el silencio positivo a las situaciones planteadas. Para tal efecto, es necesario distinguir entre plan de acción, plan de reducción de riesgos y plan de saneamiento; figuras estas que están contenidas en el marco regulatorio del sistema de pensiones costarricense.

Los denominados “**planes de acción**” son acciones correctivas propuestas por una entidad autorizada para atender los requerimientos y recomendaciones derivadas del ejercicio de la supervisión in situ y extra situ<sup>3</sup>. No existe ninguna disposición legal o reglamentaria que requiera su autorización o aprobación por parte del Superintendente de Pensiones y en consecuencia **el silencio positivo no aplica**.

Cabe destacar que la ejecución satisfactoria de las acciones propuestas en estos planes, así como su valor para surtir efectos de mitigación a los riesgos o situaciones identificadas por el supervisor, está sujeta a un seguimiento y valoración técnica constante por parte de la SUPEN, y de dicha valoración pueden surgir requerimientos adicionales a partir de nuevas circunstancias analizadas en ejercicio de la actividad de supervisión.

En relación con la necesidad de emitir regulación sobre los trámites relacionados con los planes de acción, la decisión debe ser valorada por la administración a la luz de criterios de conveniencia y oportunidad.

Los “**planes de reducción de riesgos**” son también medidas correctivas propuestas por una entidad autorizada, pero orientadas a subsanar una situación en la que las inversiones de la entidad con recursos de los fondos administrados sobrepasaron los límites permitidos por la regulación. Esta situación se encuentra regulada en el artículo 64 de la Ley de Protección al Trabajador, que dice:

*“Artículo 64.- **Tratamiento de excesos.** Cuando una inversión con recursos de los fondos sobrepase los límites ordenados por la Superintendencia, el ente regulado deberá comunicarlo inmediatamente a la Superintendencia. Si a juicio de esta se requiere su corrección, **le indicará el plazo para presentar un plan de reducción de riesgos destinado a subsanar la situación, el cual deberá ser aprobado por el Superintendente**, lo anterior, sin perjuicio de las sanciones y responsabilidades que procedan en la vía administrativa o judicial.*

*Cuando un fondo haya adquirido valores entre los porcentajes previstos en el régimen de inversión que le sea aplicable y, por variaciones en los precios de los valores que integran su activo incumpla tales porcentajes, podrá solicitar a la Superintendencia autorización para mantener, temporalmente, el defecto o exceso correspondiente; dicha autorización en su caso se otorgará con la condición de que no se lleven a cabo nuevas adquisiciones ni la venta de los valores causantes de tal situación, hasta que se restablezcan los porcentajes aplicables.” (El resaltado no es original).*

En este mismo sentido, el artículo 4 del SP-A-0491 del 11 de junio de 2004 (*Disposiciones aplicables a las entidades autorizadas sobre excesos o faltantes de inversión en los fondos administrados y pérdida de requisitos de los valores adquiridos*) dispone:

**“Artículo 4. Plan de reducción de riesgos**

---

<sup>3</sup> Procedimiento P SEO 01: “Supervisión de los Fondos Administrados”, pág. 5. (Sistema documental de gestión de la calidad de la Superintendencia de Pensiones)

*En el evento de que los incumplimientos de límites de inversión requieran un plan de reducción de riesgos, según lo establecido en el artículo 64 de la Ley de Protección al Trabajador, dicho plan deberá ser remitido a la Superintendencia en un plazo máximo de dos días hábiles después de ser requerido. Si en un plazo de tres días hábiles después de recibido el plan la Superintendencia no se pronuncia se entenderá que no hay objeciones sobre el mismo.”*

Según se desprende de los artículos anotados, el plan de reducción de riesgos tiene la particularidad de que debe ser remitido a la Superintendencia de Pensiones para su aprobación. Sin embargo, el mismo el SP-A-0491-2004 establece expresamente un plazo para que la entidad regulada remita el plan, así como un plazo para que la SUPEN se pronuncie al respecto. Pasado el plazo otorgado a la Superintendencia, el acuerdo señala que se entenderá que no hay objeciones, por lo que en este caso **operaría una especie de silencio positivo**.

Por último, los “**Planes de Saneamiento**” son aquellos descritos por el artículo 42, inciso b) de la Ley N° 7523, que dice:

*“b) Plan de saneamiento: Si se trata de irregularidades de grado dos, el Superintendente convocará a la Junta Directiva, al auditor interno y al gerente de la entidad supervisada a una comparecencia, en la cual comunicará las irregularidades detectadas y ordenará la presentación de un plan de saneamiento y su ejecución, dentro de los plazos que establezca el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante las normas correspondientes. Este plan deberá incluir las fechas de su ejecución y las medidas detalladas para corregir las irregularidades.*

***Dicho plan deberá ser aprobado por el Superintendente y será de acatamiento obligatorio para la entidad regulada.”*** (El resaltado no es original)

Como se puede apreciar, se prevé un régimen de **aprobación** posterior por parte de la Superintendencia de Pensiones, para el plan de saneamiento que proponga la entidad para corregir las irregularidades detectadas, y así volver a la estabilidad deseada. En este caso, es claro que la entidad tiene un derecho preexistente para ejecutar las medidas necesarias para recuperar el nivel de regularidad, no obstante, este derecho se encuentra sometido a un régimen aprobatorio posterior, al cual, sin lugar a dudas, aplican las reglas del silencio positivo.

El plazo de aprobación que tendría la SUPEN debe ser incluido en la regulación sobre *la irregularidad financiera de las entidades* que debe emitir el CONASSIF, según lo dispuesto en el numeral 41 de la Ley 7523.

### **III. Otras solicitudes**

Finalmente se procede a dar respuesta a la consulta “*¿Podría aplicarse el silencio positivo a las gestiones para la implementar un medio de pago del FCL alterno y para mantener un oficial de cumplimiento que labore a medio tiempo?*”

---

## A. Pago del FCL

En el caso de la gestión para implementar un medio de pago del FCL alternativo, el SP-A-147 dispone:

*"10. Pago de recursos*

*Para realizar la entrega de los recursos a los afiliados que opten por el retiro de los recursos, las entidades autorizadas deberán poner a disposición de aquellos, al menos, los siguientes medios de pago:*

*a. Transferencia electrónica a una cuenta del afiliado (cuenta cliente o cuenta bancaria).*

*b. Pago mediante cheque.*

*Si alguna entidad autorizada opta por medios de pago distintos a los antes indicados, deberá informarlo anticipadamente a la Superintendencia de Pensiones en un plazo no mayor a un mes natural, contado a partir de la fecha de su implementación, **con el propósito de que esta última determine si se trata de un medio que pueda ser objeto de supervisión. (...)**"*

Al respecto, es importante tener presente que las gestiones para obtener la autorización de SUPEN para implementar un medio de pago del FCL distinto a la transferencia y el cheque, se originan en el deber que tiene la operadora de entregar los recursos solicitados por los afiliados, siempre que estos cumplan con los requisitos que dispone la legislación vigente.

Esto hace necesario no perder de vista que, una vez comprobado que el afiliado cumple con la normativa vigente, este adquiere un derecho a disponer de los recursos, derecho que ni la operadora, ni la Superintendencia, pueden limitar ni obstaculizar. Por otro lado, es necesario considerar que cuando se somete a consideración de la Superintendencia una forma alternativa de medio de pago, esto se hace únicamente para efectos de verificar que dicho medio puede ser objeto de supervisión. Por esta razón, considera esta Asesoría que este es un caso típico de autorización para el ejercicio de un derecho preexistente, razón por la cual **es de aplicación el silencio positivo.**

En relación con la necesidad de emitir regulación adicional a la establecida en el SP-A-147 sobre esta autorización, este es un asunto que debe ser valorado por la administración a la luz de criterios de conveniencia y oportunidad, y tomando en consideración que debe existir una respuesta expresa en un mes a partir del recibo de la solicitud.

## B. Oficial de Cumplimiento

La gestión para obtener la autorización de SUPEN para que el oficial de cumplimiento labore medio tiempo, encuentra su fundamento legal en el último párrafo del artículo 40 del *Reglamento General sobre Legislación contra el Narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, que dispone:



*“Cuando las entidades y los sujetos obligados consideren que por sus características especiales, el oficial u oficial adjunto de cumplimiento no pueden cumplir con lo establecido en este artículo, podrán presentar la justificación ante la Superintendencia correspondiente, la cual valorará dicha solicitud y autorizará, en lo procedente, condiciones diferentes en cuanto al nombramiento de dichos funcionarios, desempeño de sus funciones a tiempo completo o parcial y demás requisitos exigidos.”*

En este caso, la solicitud puede ser rechazada o aceptada por la SUPEN, precisamente porque **no existe un derecho preexistente** de la operadora a mantener una estructura de cumplimiento diferente a la establecida en la normativa. Es de manera casuística que la Administración puede determinar si las circunstancias particulares de la entidad permiten modificar esa estructura mínima, y la autorización se otorga no en protección de los intereses particulares de la operadora, sino después de sopesar esos intereses con el interés público superior. A su vez, en la eventualidad de que se otorgara la autorización, esta puede ser revocada en cualquier momento, siempre que las condiciones que fundamentaron su otorgamiento lleguen a cambiar, y representen un perjuicio a las medidas para prevenir la legitimación de capitales.

Dado que en este caso la autorización mencionada no se encuentra sujeta a un derecho preexistente, considera esta Asesoría que en este caso **no opera el silencio positivo**. A esto se debe agregar que, tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional, no en todas las autorizaciones es aplicable el silencio positivo, precisamente, uno de los casos de excepción es aquel donde se encuentran en juego bienes de especial trascendencia para la sociedad, como es el caso de estas medidas de carácter preventivo.

#### **IV. Conclusiones**

Como resultado del anterior análisis, ésta División Jurídica concluye:

1. El silencio positivo administrativo es un instituto jurídico que permite establecer la existencia de un acto jurídico estimatorio, en razón de la inercia de la misma Administración Pública. De acuerdo al artículo 330 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, se entenderá cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.
2. Las gestiones realizadas por las entidades supervisadas resultado de la ejecución de un plan de acción, así como la solicitud para mantener un oficial de cumplimiento que labore a medio tiempo no se encuentran dentro de las situaciones específicas que la ley establece para la aplicación del silencio positivo.

3. Las gestiones presentadas para la aprobación de planes de reducción de riesgos y saneamiento, así como para obtener la autorización de SUPEN para implementar un medio de pago del FCL distinto a la transferencia y el cheque, constituyen autorizaciones en las cuales es aplicable el silencio positivo.
4. En relación con la necesidad de regular los trámites relacionados con los planes de acción, de saneamiento y de emitir regulación adicional a la establecida en el SP-A-147, la decisión debe ser valorada por la Administración a la luz de criterios de conveniencia y oportunidad.

Cordialmente,



Elaborado por:  
Jenory Díaz Molina



Aprobado por:  
Nelly Vargas Hernández