San José, 07 de julio 2023
MH-DGA-DN-OF-0205-2023

Señora
Ginnette Azofeifa Cordero, Jefe,
Departamento de Procedimientos Administrativos
Dirección Normativa
S. O.

Asunto: Respuesta a consulta sobre silencio positivo" en el tema de justificación de sobrantes y faltantes del artículo 81 de la LGA

Estimada señora:

Deseándole éxito en sus gestiones y con la finalidad de brindar respuesta a consulta recibida respecto a la nueva figura introducida por la reforma a la Ley N° 7557 (LGA) del año 2022 denominada: "**silencio positivo" en el tema de justificación de sobrantes y faltantes del artículo 81 de la LGA**, se indica lo siguiente:

En primer lugar, se debe aclarar que el artículo 81 de la LGA fue recientemente reformado por la Ley N° 10271 del 22 de junio del 2022, que entró en vigencia el 29 de junio del 2022; sin embargo, la vigencia de muchos de los artículos reformados y/o adicionados por esa última ley, como es el caso del artículo 81, fueron **condicionados** al establecimiento de nuevos procedimientos aduaneros, requerimientos y cambios en el sistema informático de conformidad con el **Transitorio XII**, como se desprende del texto a continuación:.

> *"TRANSITORIO XII. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente reforma dentro del plazo de seis meses, contado a partir de su promulgación. El Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Aduanas tomarán las disposiciones administrativas necesarias para establecer los nuevos procedimientos aduaneros, los requerimientos y cambios en el sistema informático, de conformidad con esta ley. Hasta tanto no se emitan las nuevas regulaciones, los procedimientos se regirán por las disposiciones vigentes hasta la fecha de promulgación de esta ley. (Así adicionado por el artículo 4 de la ley N° 10271 del 22 de junio del 2022)"*

Así las cosas, lo concerniente al artículo 81 de la LGA **deberá seguirse rigiendo por las disposiciones vigentes hasta la fecha de promulgación de la Ley N°10271, hasta tanto no se emitan las nuevas regulaciones.**

En segundo lugar, en relación con la figura de **"Silencio Positivo"** debe indicarse que esta figura tutela el ejercicio y efectividad de derechos de los administrados, quedando reservado **para los casos en que una disposición específica lo dispone**, como lo señala el artículo 330 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), que señala:

> ***"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 o tutela**. / 2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones."*

Dirección: Avenida Central y Primera, calle 5, Edificio la Llacuna. San José, Costa Rica - Tel:(506)2539-4636
www.hacienda.go.cr

De la misma manera **no se admite el silencio positivo "*contra legem*"**, de modo que la eficacia que pueda desplegar se encuentra **supeditada a que lo requerido o solicitado se encuentre dentro del parámetro o bloque de legalidad, puesto que no ampara peticiones o pretensiones ilegales**, sobre el particular, el artículo 331 párrafo primero de la LGAP, establece que para que opere el silencio positivo, las solicitudes de aprobación o licencia deben presentarse **con los requisitos legales** veamos:

> ***"Artículo 331.-*** *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"****. (El resaltado es nuestro)*

En ese sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, Segundo Circuito Judicial de San José, Anexo A, en Sentencia No. 013-2012 de las 16:00 horas del 22 de febrero del 2012, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, dentro de un proceso de conocimiento, en relación con el silencio positivo, señaló:

> *"…Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el silencio positivo, que se trata de una técnica de carácter procedimental, que opera como una garantía para el particular, deriva del derecho fundamental de petición y pronta respuesta que consagra el numeral 27 de la Constitución Política, y se encuentra regulada en los artículos 329, 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública. (…) Ahora bien, la* ***jurisprudencia de la Sala Constitucional*** *ha señalado que este instituto y las normas citadas,* ***deben interpretarse de forma restrictiva,*** *por lo cual ha indicado que el silencio positivo no opera en todos los casos de la misma forma* ***ni automáticamente****, dado que el ámbito de su aplicación depende, entre otras cosas,* de la materia de la que se trate, cuando está de por medio la protección al interés público, de tal forma que en algunos casos***, no puede entenderse que el silencio positivo opere simplemente por el transcurso del plazo****, dentro del cual la Administración debía resolver…"*

Sobre dicho procedimiento establecido por el artículo 7 de la Ley N° 8220 del 4 de marzo de 2002, y su reforma realizada con la Ley N° 8990 de fecha 27 de setiembre de 2011, dispone el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Tercera, Segundo Circuito Judicial de San José, Anexo A, actuando como jerarca impropio, en la sentencia N° 93-2013 emitida a las 11:40 horas del 08 de marzo del 2013, señaló:

> ***"III- Del Silencio Administrativo en la Ley de Protección al Ciudadano:*** *De previo a incursionar en el análisis del caso concreto, esta Sección entiende necesario hacer una brevísima consideración en relación con el alegato expuesto por la Municipalidad de San Carlos, en cuanto a que un silencio administrativo de efectos positivos, genera algún derecho en la esfera jurídica de una persona solamente después de haberse cumplido los trámites regulados en la Ley 8220. Sobre este particular* ***es menester precisar que el transcurso del tiempo, no es el único requerimiento para el surgimiento de un silencio administrativo de efectos favorables al administrado****, lo anterior por cuanto* ***el mismo bloque de legalidad*** *expresamente establece que para que ello ocurra,* ***la petición debe cumplir con todos los requisitos indispensables para la procedencia de lo solicitado*** *(…)* ***esto es al cumplirse no solo el transcurso del tiempo necesario para su constitución, sino además con la satisfacción absoluta de los otros requerimientos que el ordenamiento jurídico exige para el caso concreto****…"*

Siguiendo la misma línea de lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Segundo Circuito Judicial de San José, en Sentencia No. 0163-2012-VI, de las 14:20 horas del 20 de agosto del 2012, en relación con este tema, indicó:

Dirección: Avenida Central y Primera, calle 5, Edificio la Llacuna. San José, Costa Rica - Tel:(506)2539-4636
www.hacienda.go.cr

> *"…En efecto, la lectura superficial del inciso segundo del ordinal 330 LGAP podría llevar al equívoco de entender que en cualquier petición de autorización, licencia o permiso, aplica u opera la figura del silencio positivo.* ***Esta postura no es compartida por este Tribunal****. (…) Como puede verse, el mismo numeral 330 LGAP establece que procede el silencio positivo cuando se establezca de manera expresa por ley. (…) En consecuencia, no comparte este Tribunal la posición que toda autorización, permiso o licencia supone, en todos los casos, la aplicación de la figura del silencio positivo.* ***Para ello es necesario analizar en cada caso la convergencia de una serie de factores. De un lado, si existe regulación expresa que fije la pertinencia del silencio positivo. Por otro, de no haber ese desarrollo explícito, si la petición del administrado, trata de una materia en la que es de pasible aplicación esa figura****. En tales casos -y solo en esos-, el silencio aplicará cuando se acredite:* ***a) que la gestión fue presentada cumpliendo la totalidad de requisitos fijados por el ordenamiento jurídico para ese caso en particular; y b) que vencido el plazo fijado por el ordenamiento jurídico para que la Administración resuelva el trámite, no haya recaído acto expreso****…" (El resaltado es nuestro)*

De igual forma la Procuraduría General de la República, en varios de sus dictámenes[1] ha esbozado los elementos esenciales que lo caracterizan, indicando en el dictamen número **C-73-2014** del 06 de marzo del 2014 lo siguiente:

> ***"I. SOBRE LA FIGURA DEL SILENCIO POSITIVO COMO DERIVACIÓN DEL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES / La figura del silencio positivo se constituye en una especie de presunción legal, derivada del ejercicio de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente****. / Específicamente, el artículo 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", constituyendo un derecho fundamental de los administrados que les faculta a ejercer control sobre la legalidad, eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. / Asimismo, ese acceso a la información pública se relaciona estrechamente con la obligación de la Administración Pública de rendir cuentas, principio consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y* ***se complementa con el derecho de petición y pronta resolución****, que garantiza que todas las personas puedan dirigirse por escrito a las autoridades públicas a solicitarles información de interés público, y a recibir respuesta oportuna de sus gestiones, en los términos dispuestos en los artículos 27 y 41 de la norma fundamental. / (…)* ***el silencio positivo sólo procede en aquellos casos expresamente permitidos en el ordenamiento jurídico****,* ***cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por la normativa legal y cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela, o solicitudes de permisos, licencias o autorizaciones****" (El subrayado es nuestro)*

Evidentemente en los casos de **justificación de Sobrantes y Faltantes de mercancías**, nuestro ordenamiento jurídico aduanero señala una serie de requisitos que deben cumplirse según nuestra legislación nacional por mediante la Ley General de Aduanas e incluso por normas de carácter centroamericano como lo son el Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA IV) y su Reglamento (RECAUCA IV), en cuyo caso prevalecen sobre normas de menor jerarquía que le contradigan, en virtud del "**Principio de primacía de la norma comunitaria**", que establece que **se deberá aplicar la norma de la comunidad centroamericana**, con preferencia sobre cualquier norma nacional, se trate ésta de una ley, decreto, reglamento, resolución, circular o cualquier otro acto normativo nacional, de forma tal que se desaplica la normativa nacional por la prevalencia del derecho regional, en caso de conflicto entre ambas, **así las cosas**, queda claro que el silencio positivo en el tema de justificación de sobrantes y faltantes no puede ser visto en automático, sino que debe ser analizado por parte de la autoridad aduanera para la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas regionales y nacionales.

[1] Ver entre otros, dictámenes N°C-019-90 del 12 de febrero de 1990; dictamen Nº C-039- 83 (02) del 12 de febrero de 1983

Dirección: Avenida Central y Primera, calle 5, Edificio la Llacuna. San José, Costa Rica - Tel:(506)2539-4636
www.hacienda.go.cr

Conclusiones:

1. Así las cosas, lo concerniente al artículo 81 de la LGA **deberá seguirse rigiendo por las disposiciones que estaba vigentes antes de la fecha de promulgación de la Ley N° 10271,** hasta tanto no se emitan las nuevas regulaciones, de conformidad con lo estipulado en el nuevo Transitorio XII de la Ley N° 7557.

2. El transcurso del tiempo **no** es el único requerimiento para el surgimiento de un silencio administrativo de efectos favorables al administrado, **por cuanto el mismo bloque de legalidad expresamente establece que para que ello ocurra, la petición debe cumplir con todos los requisitos indispensables para la procedencia de lo solicitado.** Permitir lo contrario se convertiría la figura del silencio positivo en un mecanismo para lograr satisfactoriamente las peticiones que se formulan a la administración en abierta contradicción con las disposiciones establecidas.

3. En los casos de justificación de Sobrantes y Faltantes de mercancías, nuestro ordenamiento jurídico aduanero señala una serie de requisitos que deben cumplirse según nuestra legislación nacional.

4. Queda claro que el silencio positivo en el tema de justificación de sobrantes y faltantes no puede ser visto en automático, sino que debe ser analizado por parte de la autoridad aduanera para la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas regionales y nacionales.

Se espera haber otorgado respuesta a la consulta, cordialmente,

GIANNI BALDI FERNANDEZ (FIRMA)
Firmado digitalmente por GIANNI BALDI FERNANDEZ (FIRMA)
Fecha: 2023.07.07 14:54:14 -06'00'

Gianni Baldi Fernández
Director a.i
Dirección Normativa

ANDREA VIQUEZ RODRIGUEZ (FIRMA)
Firmado digitalmente por ANDREA VIQUEZ RODRIGUEZ (FIRMA)
Fecha: 2023.07.07 14:47:29 -06'00'

Elaborado por:
Andrea Víquez Rodríguez, Abogada
Depto. de Asesoría
Dirección Normativa

C.c:

-Carpetas:
Tema 25 Procedimiento administrativo
Tema 25.7 Debido proceso / Derecho de defensa
Tema 59.5 Derecho de petición / Respuestas a oficios o escritos
Tema 64.8 Forma de expresión o manifestación del acto administrativo (Instrumentación)

Dirección: Avenida Central y Primera, calle 5, Edificio la Llacuna. San José, Costa Rica - Tel:(506)2539-4636
www.hacienda.go.cr