

EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

JOSE LUIS MEILÁN GIL

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de A Coruña

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: El trabajo analiza el silencio de la Administración, que abarca no solo el llamado silencio negativo y positivo, sino la inactividad material de la Administración y el silencio provocado por la ausencia de motivación. La tesis que se defiende pretende superar la visión procesalista que ha acompañado a las explicaciones sobre el silencio, bajo la preeminencia del acto administrativo, sugiriendo un nuevo planteamiento en el que el acto administrativo pierde protagonismo y lo cobra la buena administración.

PALABRAS CLAVE: Silencio administrativo, Inactividad, Motivación, Buena Administración.

ABSTRACT: The paper analyzes the silence of the public Administration, which includes not only the negative and positive silence, but both government inaction and silence caused by the absence of motivation. The thesis of the author attempts to overcome the process view that has accompanied the explanations on the silence. Under the preeminence of the administrative act, suggesting a new approach in which the administrative act loses protagonism and good governance gains prominence.

KEY WORDS: Administrative silence, Inaction, Motivation, Good Governance.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. SILENCIO NEGATIVO: NATURALEZA Y GENERALIDAD. III. SILENCIO POSITIVO: NATURALEZA Y EVOLUCIÓN. IV. UNA CONSTRUCCIÓN PROCESALISTA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. V. LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. VI. OTROS CASOS DE SILENCIO: FALTA O INSUFICIENCIA DE MOTIVACIÓN. VII. DEL ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO AL CONTROL A POSTERIORI. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. PLANTEAMIENTO¹

El silencio de la Administración es una metáfora, como otras utilizadas para la expresión del Derecho. Es lo que acontece con definiciones usuales del acto administrativo entendido como declaración de voluntad, sin más, o también de deseo, conocimiento y juicio. Una evidente influencia del Derecho civil que gira en torno a la voluntad de la persona. Un antropomorfismo innecesario. Sólo alegóricamente puede hablarse de voluntad. La Administración es titular de potestades, que han de ejercerse para servir los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como se establece en el artículo 103 de la CE de 1978 en una formulación que, en lo esencial, puede ser asumida con carácter general.

La Administración no calla. La Administración no habla; no es *vox legis* como metafóricamente se ha dicho del juez. La Administración actúa. La actuación es su primordial función, como servidora de los intereses generales. La potestad no es un adorno, algo de lo que pueda disponer libremente. Está vinculada a un fin que le da sentido. Más aún, su ejercicio, delimitado por la competencia, es irrenunciable. De un modo lapidario Lorenz von Stein la definió como el Estado en acción.

La Administración se pronuncia mediante actos, frecuentemente enlazados en un procedimiento, cuya culminación es la resolución, el acto administrativo en sentido propio y estricto, una declaración jurídica de derechos y obligaciones que inciden en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. Esta concepción del acto administrativo, que es desconocida en el *common law*, se construye en una referencia esencial a lo contencioso administrativo, que se ha concebido tradicionalmente como una justicia revisora del acto. Desde esa perspectiva resulta lógica la existencia de un acto administrativo previo, la decisión *préalable*, para poder operar. La doctrina tradicional del silencio administrativo no se explica sin esa exigencia.

El acto administrativo domina la escena, está en el centro de un Derecho que se caracteriza por ser un Derecho de realización, diferente de un Derecho privado, que no impone sino limita, y de un Derecho penal, que prohíbe conductas. Los derechos fundamentales de la persona, y para lo que ahora interesa, el derecho a la tutela judicial efectiva, hace artificial e innecesario, no solo que el contencioso administrativo consista en un proceso al acto, rechazado incluso antes de la asunción del constitucional de ese derecho, sino también que tenga un mero carácter revisor del acto administrativo.

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada "El Derecho Administrativo bajo el prisma del principio de buena Administración", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i 2008-2011 (ref.: DER2010-18993).

Antes de la Constitución de 1978, la exposición de motivos de la ley de 1956, que duró hasta 1998, daba ya pie para esa conclusión. El objeto del proceso se refería al examen de la pretensión deducida con ocasión de un acto administrativo. Podía pedirse no solo la nulidad del acto, sino también el reconocimiento de un derecho. Después de la CE habrá que referirse a la actuación de la Administración, un comportamiento no reducido al acto administrativo (art. 106), como con toda intención pusimos los constituyentes y que incluye la inactividad.

Esta perspectiva permitirá liberar la concepción del silencio de su pretendida relación con un hipotético acto que ha dominado las regulaciones legales y los positivos esfuerzos doctrinales por hacer más eficaz la técnica para el reconocimiento y protección de derechos de los particulares y reducir la posición privilegiada de la Administración. La propuesta adelantada conlleva una revisión de la concepción del silencio administrativo tal como se reconoce en el Derecho positivo. La técnica del silencio administrativo, cuando sea precisa, no es necesario construirla por referencia a un acto. Lo determinante no es tanto el acto administrativo como la inactividad de la Administración.

En parte ha sido así contemplado cuando se ha acudido a distinguir una inactividad formal, en la que operaría el tradicional silencio administrativo, y una inactividad material. En 1962, cuando todavía no se había abandonado claramente la concepción originaria del contencioso administrativo francés, el profesor Nieto formulaba esa distinción con toda claridad. La inactividad material "es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias". La formal, "la pasividad de la Administración, dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares".

De lo expuesto se infiere que el silencio de la Administración va más allá del denominado silencio administrativo. La dialéctica actividad- inactividad, relacionada con la función servidora de la Administración en el debido ejercicio de la potestad, ofrece una explicación doctrinal más satisfactoria. Desde esos postulados se examina la inactividad formal de la Administración que da lugar a la institución del silencio administrativo en su doble faceta de negativo y positivo, en tanto se entiende como desestimatorio o estimatorio de una petición presentada a la Administración, así como los supuestos de inactividad material. En todos esos casos no se precisa un inexistente acto previo para recurrir. No existe cuando la Administración orienta su actividad al control a *posteriori* de la actuación del particular.

II. SILENCIO NEGATIVO: NATURALEZA Y GENERALIDAD

No es preciso desarrollar ahora por extenso el régimen jurídico del silencio administrativo y su construcción doctrinal con numerosa bibliografía producida en diferentes etapas de la orientación ideológica del Estado. Su evolución legislativa y el reflejo doctrinal se contienen en STS de 6 de octubre de 2003 y más recientemente en STS de 17 de noviembre de 2011, con abundante relación de jurisprudencia del TS y del TC. Bastará con subrayar algunas notas.

Los efectos desestimatorios del silencio se justifican, como decía la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) de 1956, "como garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración". Se trataba de facilitar el acceso a la jurisdicción sin

esperar a que la Administración dictase un acto expreso. En el mismo sentido se manifestaba la Ley de Procedimiento administrativo (LPA) de 1958 (art. 94): petición, no notificación de la decisión en el plazo de tres meses y, denunciada la mora, podía considerarse desestimada la petición al efecto de deducir frente a esa denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional o esperar la resolución expresa. Esa tesis es asumida por una jurisprudencia consolidada. El silencio negativo es "una mera ficción legal".

Lo fundamental es proporcionar una facultad de reacción del particular. La concepción del contencioso administrativo llevó a considerar la ficción de un acto y a que se llegase en algún momento a hablar de acto tácito frente al auténtico acto que es el expreso. Daba pie para esa consideración el lugar que el silencio ocupaba en la ley no procesal: el modo de terminar un procedimiento administrativo.

La referencia al acto se manifestó en alambicadas construcciones para determinar el *dies a quo* a partir del cual pueden interponerse los recursos, llegando a utilizar para ello lo dispuesto para notificaciones defectuosas o incompletas de los actos expresos. Así lo corroboró el Tribunal Constitucional, para que la Administración, por su inactividad, no se colocase en "mejor situación que si hubiera efectuado la notificación con todos los requisitos legales" (*ad exemplum*, STC 149/2009, entre otras). La ficción es indudable. Se utiliza la notificación de un acto expreso para un acto que no se ha dictado, cuyo contenido esencial se da por supuesto. Para conseguir el objetivo que persigue no es necesaria la ficción de un acto o, si se prefiere subrayar más la contradicción, un acto ficticio, como se razonará posteriormente.

La insatisfacción de esa tesis, llevada hasta sus extremos, se manifiesta en la jurisprudencia según la cual, aun reconociendo que "en los supuestos de silencio administrativo, el denominado *acto presunto* no es sino una ficción porque realmente no existe tal acto administrativo...la denuncia de la mora...no es sino un trámite para que quede libre la vía del recurso administrativo o judicial, cuyo incumplimiento es subsanable...y por consiguiente su falta no justificaría la inadmisión de la acción ejercitada" (STS de 20 de abril de 1996, con cita de otras).

La cuestión se relaciona con el plazo para interponer el recurso a partir del *dies a quo*. Ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria y al debate doctrinal, alimentado por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE). Desde este derecho fundamental, por qué el particular no habría de poder esperar a que la Administración dictase el acto expreso para interponer el recurso contencioso. Desde la interpretación literal del artículo 48,1 de la LJCA, que fija en seis meses el plazo con referencia al día siguiente en que "se produzca el acto presunto", superado el plazo, el recurso no sería admisible por entender que se había consentido, ya que la inadmisión del recurso opera contra actos "confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma" (art. 28 de la LJCA).

El Tribunal Constitucional, de cuya doctrina se hace un amplio resumen en STS de 17 de noviembre de 2011, con razón, ha declarado que "deducir de ese comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido...supone una interpretación irrazonable que choca frontalmente con el derecho

a la tutela judicial" (STC 39/2006). No se confirma lo que no existe, aunque se hable de "desestimación presunta", no acabando de liberarse de la inercia del acto. La ficción en que se funda el silencio administrativo negativo se convierte en un acto. Una incongruencia.

El silencio negativo era la regla general. Sólo en algunos casos limitados se admitía el silencio administrativo positivo. Existía práctico consenso doctrinal en que en este último caso el silencio implicaba un auténtico acto, que se denominó presunto con diferencias de régimen jurídico.

III. SILENCIO POSITIVO: NATURALEZA Y EVOLUCIÓN

La orientación legislativa cambió en una muy discutida ley de 1992 (30/1992, de 26 de diciembre) con el gobierno socialista en el poder. Se puso el acento en la obligación de la Administración de resolver expresamente las peticiones de los particulares. Su exposición de motivos habla de superar la doctrina del llamado silencio administrativo. Según sus propias palabras "el carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley: que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido".

La orientación de la ley tenía un plausible objetivo moralizador de la Administración, que debe actuar dando la debida respuesta explícita a las peticiones de los particulares. Y así se ha reconocido en algunas sentencias del Tribunal Supremo que reproducen frases de la exposición de motivos de la ley, que invoca la primacía de la eficacia sobre el formalismo. "El silencio, positivo o negativo- se dirá- no es sino el remedio contra el fracaso del cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver" (STS de 28 de enero de 2009, recurso en interés de la ley).

La articulación legal de ese propósito no fue satisfactoria, entre otras razones, por la pretendida previsión, aunque negada en la realidad, de erigir el silencio administrativo en regla general. "Una trampa gigantesca", se llegó a decir en la doctrina científica que mayoritariamente vapuleó la reforma. Esa aparente pretensión quedaba, por ejemplo, devaluada al afirmar que existía silencio positivo "en todos los casos, en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa" (art. 43,2). Así se hizo en numerosas ocasiones por vía reglamentaria, aprovechando la adecuación de los procedimientos imperada por una disposición adicional de la referida Ley.

De otra parte, no quedaba ya duda alguna de que para el legislador el silencio generaba un acto administrativo, que se denominó presunto, equiparable al acto expreso, con los efectos correspondientes. A ello contribuía la exigencia de la "certificación expedida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento" (art. 44.2), bastando la exhibición de haberla pedido si la Administración no la expediese. La vinculación del silencio al acto quedaba reforzada.

El negativo recibimiento de la ley por la doctrina científica y las dificultades prácticas que generaba motivaron su reforma, coincidiendo con un cambio de gobierno, en esta ocasión del Partido Popular, en 1999. Así se reconoce en la exposición de motivos de la ley.

Se trataba de modificar los aspectos más problemáticos "fundamentalmente, la regulación del silencio administrativo". Se acepta lo que era opinión mayoritaria: "La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo correspondiente" La estimación, en cambio tiene "a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento" (art. 43,3) Así se reconoce como doctrina unánime en la jurisprudencia: "surge el silencio con las características y efectos de un auténtico acto administrativo" (STS de 27 de abril de 2009).

Permanece la vinculación del silencio al acto, aunque se haya flexibilizado la acreditación del acto presunto que puede realizarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Esa vinculación se reafirma al determinar que el acto expreso que hay obligación de dictar solo puede ser confirmatorio del acto presunto. En el caso del silencio negativo, la obligada resolución puede ser distinta a lo por él significado. Se trataría de una anómala revocación *in melius* de un acto ficticio.

Se mantiene la impresión de generalidad del silencio administrativo positivo, así reconocida por la jurisprudencia (*ad exemplum*, STS de 30 de septiembre de 2009), que la realidad desmiente, al decir que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes "en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario", además del ejercicio del derecho de petición y los procedimientos en los que la estimación implicase transferencias de facultades relativas al dominio público o al servicio público, o de impugnación de actos y disposiciones.

Por tanto, una ley estatal o autonómica, de acuerdo con la distribución de competencias del Estado compuesto, puede impedir el juego del silencio positivo. Se zanja así la problemática surgida en torno a los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico en materia urbanística donde el texto refundido de la ley de suelo de 2008, como su precedente ley de 1992, dice que "en ningún caso podrán adquirirse por silencio facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística" (cfr. STS de 28 de enero de 2009 dictada en interés de la ley). Se pone en cuestión no solo la virtualidad del llamado silencio administrativo positivo, sino incluso su real existencia, sobre lo que se razonará más adelante.

El desiderátum de considerar el silencio positivo como regla general debería conducir a una interpretación en favor del mismo. Por eso era lógico que el silencio negativo no pudiese "ser objeto de interpretación extensiva ni analógica" (STS de 22 de septiembre de 1994), considerado la excepción y, por tanto, de interpretación restrictiva. Esta interpretación no sería aplicable al silencio positivo calificado de regla general. En esa dirección se ha sostenido jurisprudencialmente que "al no encontrarse recogido el supuesto de hecho" en la norma correspondiente que relaciona los que se reconocen como silencio negativo no puede negarse la existencia del silencio positivo, recayendo en la Administración la carga de desvirtuar esa afirmación (STS de 9 de diciembre de 2010, RJ/2010/8912).

No siempre los tribunales aceptan esa tesis. Un caso concreto ilustrará la contradicción. El artículo 8,3 del Decreto 302/2001 de la Xunta de Galicia, que recoge los distintos efectos

del silencio, reconoce el carácter negativo del silencio en el caso de solicitudes no contestadas sobre aprobación de planes eólicos empresariales. No se dice nada respecto de solicitudes de ampliación o prórroga del plazo de los ya aprobados, que era el objeto litigioso.

La Administración autonómica sostuvo que no es de aplicación el silencio positivo porque no cabe cuando la estimación suponga "transferir facultades relativas al dominio público o al servicio público". Tal invocación al dominio público es improcedente porque no existe esa transferencia, como se deduce de la STS de 30 de enero de 2007 (rec. 3370/2004): "los vientos... entran dentro de la categoría de las *res communis omnium*, las cosas que son comunes a todos los hombres y no apropiables por naturaleza", tesis recogida en la STSJ de Galicia de 22-10-2008 (rec. 7092/2008). La improcedencia de la invocación del servicio público queda de manifiesto en la inequívoca exposición de motivos de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del sector eléctrico: "se abandona la noción de servicio público". Por una y otra razón los parques eólicos están sometidos a autorización y no a concesión.

La Administración autonómica sostuvo también que la Ley de Galicia 6/2001, de 29 de junio, de adecuación a la Ley 4/1999, de 13 de enero, al reconocer como negativo el silencio en los procedimientos de aprobación de planes eólicos y de autorización de instalaciones de un parque, comprende también "la ampliación del plazo de ejecución". Esa interpretación va en contra del pretendido carácter general del silencio administrativo. De una parte, la ampliación solicitada se refiere a un plan ya aprobado, que no se identifica con la aprobación *ex novo* de otro y, además, un plan no es un parque. El parque es una instalación, un establecimiento industrial de producción de energía eléctrica, como corrobora la Ley 54/1997, del sector eléctrico. El Plan es un proyecto de investigación.

El proclamado carácter general del silencio administrativo no debiera amparar estas interpretaciones restrictivas. En caso de duda debería estarse a favor del silencio administrativo positivo, si hemos de creer al legislador. El silencio administrativo es un instrumento procesal creado en beneficio del interesado y, como tal, no puede beneficiar a la Administración que lo provoca. Dicho con expresivas palabras de una STS de 17 de abril de 1990, ponente el profesor González Navarro, el silencio "no supone una autorización para no resolver cuando le venga en gana".

Con motivo de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/23/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, se aprobó la ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como "ley ómnibus" por la repercusión que tuvo en numerosas normas. Sin perjuicio de una mayor explicación, el objetivo de la Directiva, que como todas las de la UE vincula a los Estados miembros sin prejuzgar el tipo de norma a dictar, es la consecución de un real y efectivo mercado interior, de acuerdo con preceptos y principios del Tratado de la Unión, que implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. En concreto, el artículo 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el 49 la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad.

Pues bien, la citada ley, entre otras disposiciones que contienen y que afectan a la actividad de la Administración, da una nueva redacción al artículo 43 de la Ley de régimen

jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, 30/1992, de 26 de noviembre, cuya reforma anterior fue comentada. El artículo se refiere al silencio administrativo y la nueva redacción corresponde a la iniciativa de un gobierno socialista, consecuencia de la democrática alternancia en el Poder.

Su primer apartado se refiere expresamente al silencio administrativo positivo: "1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley *por razones imperiosas de interés general* o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario".

Este primer apartado del reformado artículo 43 recoge el contenido de los apartados 1 y 2 de la Ley 30/1992 incorporando, por exigencias de la Ley 17/2009, la referencia a las "razones imperiosas de interés general" para determinar los supuestos en los que una norma con rango legal puede establecer silencio negativo. Se introduce, pues, un nuevo elemento que deberá condicionar las excepciones que las leyes pretendan hacer al silencio positivo. No bastará una norma de rango suficiente –la realidad puso de manifiesto la disposición del legislador a excepcionar el silencio positivo– sino que será necesario, en el futuro, justificar que existe una razón imperiosa de interés general para hacerlo, encajando las excepciones en alguno de los supuestos del extenso concepto que contiene la Directiva.

Esta referencia obligada a las razones imperiosas de interés general queda, sin embargo, en entredicho respecto a las excepciones al silencio positivo existentes antes de la Ley 25/2009, a la vista de la literalidad de la Disposición adicional 4ª de la propia Ley. Bajo el título "Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas pre existentes", se señala: "A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, *se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto*".

En realidad, así entendidas las razones imperiosas de interés general, no se producía innovación ni avance sobre la situación anterior a la transposición de la Directiva. Dicho castizamente, para ese viaje no hacían falta estas alforjas.

No parece que se cumpliese con lo que se dice en el preámbulo de la ley:

".... para alcanzar el objetivo de reformar significativamente el marco regulatorio no basta con el establecimiento de los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios, sino que es necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarlos a los principios que dicha Ley –se refiere a la 17/2009– establece".

Más que una disposición adicional debería tratarse de una disposición transitoria que podría tener sentido en tanto no se llevase a cabo la citada evaluación. Es lo que sugiere la aprobación posterior de la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Su artículo 40 tiene como título "ampliación del silencio positivo", en el que se prevé que en el plazo de tres meses se acordará un proyecto de ley "de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general".

El cumplimiento de ese propósito se llevó a cabo por Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de largo enunciado, que tiene que ver con medidas para combatir la crisis económico-financiera. Su artículo 26 se inserta en una sección relativa a la "modificación del sentido del silencio administrativo en determinados procedimientos" y con remisión a un largo anexo dispone que, en los procedimientos en él incluidos, el silencio administrativo tendrá un sentido positivo, estimatorio de la solicitud realizada por el particular. Como especifica el titular del anexo, en los procedimientos relacionados se pasa del silencio negativo al positivo.

La redacción del Decreto-ley produce perplejidad. La enumeración de esos procedimientos estaría introduciendo dudas acerca de la pretendida generalidad del silencio administrativo positivo. El sistema de lista es el adecuado cuando se trata de reflejar lo contrario. Los supuestos incluidos en la lista constituirían la excepción. La confusión acerca de cual es la *mens legislatoris* se aumenta a la vista de la disposición adicional cuarta en la que se recogen tres procedimientos relativos a productos dietéticos, en los cuales el silencio se entiende negativo.

Hay una contradicción metodológica. El silencio positivo, si se configura como la regla general, exigiría obviamente enumerar los supuestos en los que el silencio se entienda como negativo. Por el contrario, si éste es la regla general, el positivo debería constar en las correspondientes relaciones. El legislador utiliza los dos criterios. En realidad se encuentra condicionado por su posición previa de política legislativa de otorgar la preferencia al silencio positivo.

Con ocasión de la crisis económica, el criterio de lista para el silencio positivo se ha utilizado en el Real Decreto-ley 4/2012 de 24 de febrero (art. 4) respecto de la no emisión en plazo de la calificación individual solicitada por un contratista de obras, suministro o servicios a un ente local para el reconocimiento de una deuda por este con el objeto de obtener su pronto pago acogiéndose al plan financiero previsto a este efecto por el Gobierno

La realidad confirma la dificultad de mantener el silencio administrativo positivo como regla general. Es una contradicción con la existencia de listas con ese efecto. Los casos tasados de silencio positivo inducen a sostener que los no previstos como tales lo son de silencio negativo. Volveríamos así a la postura inicial, invirtiendo la generalidad del silencio a favor del negativo².

2 El anteproyecto de ley de transparencia reconoce el silencio negativo: transcurrido un mes desde la petición sin notificar la resolución expresa se entiende desestimada la petición (artículo 17). Antes de interponer recurso contencioso administrativo podrá presentarse con carácter potestativo reclamación ante la Agencia estatal de transparencia, evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios en el plazo de un mes "desde que se produzcan efectos del silencio administrativo" (artículo 21,4).

IV. UNA CONSTRUCCIÓN PROCESALISTA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La construcción jurídica del silencio administrativo, sobre todo del negativo o desestimatorio, está condicionada por su referencia al contencioso-administrativo y éste, a su vez, por la del acto administrativo, trátase de su revisión o del enjuiciamiento de una pretensión con ocasión de un acto administrativo. La referencia al contencioso es esencial, pero no lo es la que concierne a la necesidad de una ficción de acto o, de un modo más expresivo, al contrasentido de un acto ficticio en el caso del silencio negativo o de un acto presunto en el del positivo.

Los efectos de la inactividad formal de la Administración, en que consiste el silencio administrativo, se producen simplemente por la ley. El transcurso del tiempo previsto para que la Administración responda a la petición del particular es un simple requisito procesal para que pueda interponerse el correspondiente recurso contra la Administración cuando el sentido legal del silencio sea negativo. No existe necesidad alguna de inventarse la ficción de un acto. Se recurre la inactividad y se solicita, con ocasión de ella, el reconocimiento de lo solicitado.

Ni siquiera, teóricamente, sería necesario que la Administración dictase un acto expreso, aceptando o no la solicitud del particular. En el caso de conformidad con la pretensión del particular la Administración puede simplemente allanarse en el proceso dándose éste por terminado. Si fuese disconforme, entendiéndose que lo pedido por el particular no debería estimarse, es cierto que se priva inicialmente de una motivación del acto expreso, pero se subsanaría en el trámite de conclusiones, para cuya formulación el demandante habría ya conocido los motivos expuestos por la Administración en la contestación a la demanda. Bien es verdad que la desigual posición del particular resultaría incrementada con la reforma en 2011 del régimen de la prueba, que no solo ha de pedirse en la demanda, sino que en ella han de expresarse los puntos de hecho sobre los que ha de versar y los medios que se propongan (art. 60,1 LJCA).

La obligación de dictar un acto expreso cumple con la finalidad moralizadora o de buena administración, aunque no es el único medio para conseguirla. Corresponde al interés del particular esperar o no a que se produzca el acto expreso para interponer el recurso. En todo caso, sea o no obligatoria la producción de un extemporáneo acto expreso, la Administración debería cargar con las costas del proceso cuando la sentencia le fuese adversa o cuando se produzca una satisfacción extraprocetal o un allanamiento.

La ficción del acto ha dado lugar a posiciones diferentes respecto del plazo para recurrir. En contra se ha pronunciado el Tribunal constitucional: " el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso so pretexto de convertir su inactividad en el consentimiento de un acto administrativo en realidad no producido" (STC 179/2003, de 2 de octubre). El derecho a la tutela judicial efectiva permite al particular esperar a que se dicte un acto expreso. No existiría plazo para interponer el recurso evitándose así que la Administración se coloque en mejor situación que si hubiese cumplido con todos los requisitos legales (STC 2007/239, de 10 de diciembre).

La cuestión es disputada teniendo en cuenta posibles terceros interesados. Desde una concepción procesalista, resulta innecesaria la referencia a un acto presunto (art. 46,1

LJCA), en realidad inexistente, para que se produzcan los efectos del silencio administrativo negativo.

Por lo que respecta al silencio administrativo positivo se ha sostenido, con razón, que es una técnica no solo diferente del acto presunto, sino incompatible con él (Morillo Velarde, 1995). Desde esa posición el efecto positivo lo otorga en realidad la ley sectorial correspondiente, ya que solo deberá operar si la petición es conforme con el ordenamiento legal. El acto presunto gozaría de la presunción de legalidad. Por eso el acto expreso, que en todo caso se exige a la Administración, solo puede ser confirmatorio en tanto concordante con el efecto positivo que el ordenamiento jurídico atribuye al silencio con motivo de la solicitud de un particular. Lo que sucede, como la jurisprudencia recaída en materia urbanística revela, por todas la citada STS de 28 de enero de 2009 en interés de la ley, es que el silencio formalmente administrativo se convierte entonces en negativo para sorpresa del ciudadano que solicitó una licencia. La Administración no resuelve en tiempo y la desestima expresamente, entendiendo que la solicitud no es conforme al ordenamiento jurídico.

La situación del particular es doblemente desigual. Tiene que realizar una investigación del ordenamiento jurídico y sufrir las consecuencias económicas de la obra realizada al amparo del acto presunto operado por el silencio positivo. No resulta sorprendente que se postule doctrinalmente que sería mejor que la regla fuese el silencio negativo (García Pérez, 2010). Las ventajas que en principio ofrece el silencio administrativo positivo quedan mermadas por la inseguridad.

El llamado acto presunto del silencio administrativo positivo carece de virtualidad si ha de subordinarse a su conformidad con el ordenamiento jurídico; no vincularía al exigido acto expreso confirmatorio. Si no se acepta como regla general aquella subordinación nos encontraríamos con posibles actos *contra legem*, que la Administración vendría obligada a defender en un posible contencioso.

No hay necesidad de inventarse un acto presunto. Es la inactividad de la Administración la que, por virtud de la ley, permite el reconocimiento de un derecho eventualmente cuestionable en vía jurisdiccional, como sucede en el supuesto de inactividad material de la Administración que se examina a continuación.

El silencio positivo está configurado en favor del particular, que en este caso es el beneficiario. Pero puede que ese otorgamiento, con ocasión del silencio, afecte negativamente a terceros interesados. Aquí sería imprescindible establecer un plazo para que estos puedan recurrir en el contencioso, sin necesidad de referirse a un acto presunto inexistente.

La eficacia del silencio positivo y la eliminación de conflictos provendrán de la simplicidad, claridad y concreción de los supuestos en los que está previsto. Incluso con estas determinaciones, no es la única fórmula admisible, como la Directiva comunitaria de servicios testimonia.

La perspectiva procesal que aquí se adopta sería equivalente a la reacción contra la inactividad material de la Administración en cuanto no presupone un acto contra el que recurrir, pero no en cuanto a generar una pretensión de condenar a dictar un acto, como se ha sugerido en un excelente trabajo (Aguado, 2001). En el caso del silencio negativo el

interesado tiene otras opciones, sin necesidad de reclamación alguna a la Administración. En el del silencio positivo es suficiente con una reclamación no configurable como recurso administrativo³.

V. LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La inactividad material de la Administración no hace referencia a la falta de respuesta ante una petición que ha iniciado un procedimiento y que la Administración ha de resolver. La inactividad de la Administración viene relacionada con el incumplimiento de algo establecido en la norma, pasividad que perjudica a los particulares. No existe un previo acto administrativo, ni expreso ni presunto, contra el que recurrir judicialmente. Uno de los esfuerzos realizados, deudores de la superada concepción del contencioso-administrativo como revisora del acto, consistió en transformar esa inactividad material en inactividad formal a la que responde el tradicional silencio administrativo. Hacía falta un acto administrativo previo y el juez no podía colocarse en la situación de la Administración, a la que no podía dar instrucciones o mandatos.

Con la pretenciosa intención de cerrar "un importante agujero negro de nuestro Estado de Derecho" y de otorgar "un arma efectiva al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas", la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (29/1998, de 13 de julio) creó un recurso contra la inactividad de la Administración, dirigido a obtener una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega la técnica del silencio administrativo.

El artículo 29 de la LJCA regula la acción de condena de la Administración al cumplimiento de una prestación en favor de quien tiene derecho a ella (art. 29.1). A tenor del citado artículo, el demandante podrá pretender la condena de la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas en una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de acto, contrato o convenio, cuando reclamada la prestación la Administración se haya abstenido de cumplirla en un plazo de tres meses (artículos 29 y 32). Lo que el ciudadano pretende es que la Administración realice una actividad o dicte un acto que le viene impuesto en virtud de ley, de acto o de contrato.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha puesto el acento en la legitimación (*ad causam*) necesaria para plantear esta acción, exigiendo al demandante que ostente un "derecho subjetivo" definido por una norma que no necesite actos de aplicación o en un acto, contrato o convenio. Lo que no ofrece duda es que para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y

3 El artículo 232 del Tratado de la UE prevé un recurso por omisión, por abstenerse de pronunciarse, ante el TJCE. También un recurso de queja, para lo que están legitimadas las personas físicas o jurídicas, "por no haberle dirigido una de las Instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen". En ambos casos es necesario haber requerido previamente al Consejo o a la Comisión, por lo que aquí interesa.

que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración. *"De modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general"* (STS de 24 de julio de 2000, RJ 2001/289).

En segundo lugar, insiste el Tribunal Supremo en la necesidad de que la prestación exigida en vía jurisdiccional debe ser concreta. Se trata de condenar a la Administración "en los concretos términos en que estén establecidas" sus obligaciones (artículo 32.1). Los jueces y tribunales no se verán en la tesitura de tener que "sustituir" a la Administración ante su inactividad determinando el cómo, dónde o cuándo del ejercicio de una potestad administrativa, porque los términos de su cumplimiento se desprenden objetivamente de la norma, del acto, del contrato o del convenio.

El único trámite previo que establece la nueva regulación para acceder al contencioso es la "reclamación" realizada al órgano administrativo que permanece inactivo. Dicha reclamación no debe confundirse con una solicitud en sentido formal, es decir, con la forma de iniciación de un procedimiento (artículos 68 y 70 de la Ley 30/1992).

No se trata de forzar el acto administrativo como requisito previo al proceso, sino de dar la oportunidad a la Administración de actuar debidamente a través de un requerimiento o *interpellatio*, que puede servir para que la Administración cumpla y no haya necesidad de llegar al proceso. La propia estructura administrativa y la eficacia de la actividad administrativa requieren esta "llamada de atención" que en ningún caso debe volverse contra el ciudadano diligente. Pasados tres meses desde que hubiese sido presentada la reclamación sin haberse obtenido la prestación, quedará expedita la vía judicial. En definitiva, una solución procesal en la línea de lo que se ha mantenido para el silencio administrativo.

Lo mismo acontece en el supuesto contemplado en el apartado 2 del citado artículo, relativo a la inactividad de la Administración consistente en la no ejecución de sus actos firmes. Los afectados podrán solicitar la ejecución y, si ésta no se produce en el plazo de un mes, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo.

VI. OTROS CASOS DE SILENCIO: FALTA O INSUFICIENCIA DE MOTIVACIÓN

El silencio de la Administración no se reconduce siempre al silencio administrativo. La Administración puede no manifestarse en aceptar o rechazar la valoración realizada por los propietarios de un bien objeto de expropiación forzosa (art. 30 LEF). La jurisprudencia ha entendido que ese silencio no tiene valor negativo, ni positivo. No es un acto tácito (STS de 9 de diciembre de 2008) y, además, ese silencio no impide que el justo precio sea fijado por el órgano competente, el Jurado de expropiación. Sin entrar en el análisis de

esos pronunciamientos, bastará para evidenciar que no todo silencio de la Administración es reconducible al silencio administrativo en solicitudes de los interesados, en el caso de que se considere como tales a los beneficiarios de la expropiación.

La motivación del acto administrativo puede ser contemplada desde el punto de vista de actividad debida de la Administración y su falta como una auténtica inactividad. La motivación formal puede ser insuficiente de acuerdo con el canon del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho. La doctrina ha discutido largamente sobre la naturaleza de la motivación y su amplitud, sobre su carácter formal y su incidencia en la validez del acto. La tradición legislativa iniciada en la ley de procedimiento administrativo de 1958 se ha conservado en la vigente ley 30/1992. La motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derechos, es requisito exigido a determinados actos expresamente enumerados (art. 54).

La motivación es también exigible a las normas o disposiciones administrativas o reglamentarias, aunque de un modo diferente a los actos (STS de 24 de febrero de 2010). Su falta o insuficiencia, entendida como "carencia de razón suficiente" es uno de los "cánones válidos para enjuiciar a Derecho las disposiciones generales" (STS de 22 de junio de 2004). En otras palabras *"el principio de interdicción de la arbitrariedad supone la necesidad de que el contenido de la norma no aparezca carente de fundamentación objetiva... se vincula así en su esencia última al ejercicio de la potestad reglamentaria, manifestación como se ha dicho, de uno los supuestos característicos de actuación discrecional"* (STS de 16 de junio de 2003).

Tempranamente se advirtió (J. L. de la Vallina, 1967) que la motivación no podía reducirse a facilitar el control jurisdiccional, aunque es evidente que juega ese importante papel. Resulta razonable que se exija motivación cuando se limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, cuando la Administración se separe de actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos, en la suspensión de actos, la aplicación de la tramitación de urgencia o ampliación de plazos y, por supuesto, en el ejercicio de potestades discrecionales.

En la inexistente o inadecuada o insuficiente motivación puede constatarse una desviación de poder o una arbitrariedad, cuya interdicción está hoy incorporada como principio a la CE (art. 9,3). No se trata solo de un cumplimiento formal, aun siendo muy importante la forma en el Derecho, sino de racionalidad, "el reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad", como ha dicho con expresividad la jurisprudencia (STS de 12 de marzo de 2008).

La ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, añadió un artículo 39 bis a la LRJPC, referido a la intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad, determina que "deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su actuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias".

Existe aquí un amplio campo para satisfacer las aspiraciones de justicia sin vulnerar el principio de separación de poderes o, en otras palabras, sin que el juez se coloque en el

lugar de la Administración, sustituyéndola en definitiva. Son los problemas que plantea la denominada discrecionalidad técnica, de importancia creciente en sectores estratégicos de gran complejidad. Se plantean en el campo de los sectores regulados. La competencia técnica, que se reconoce a los entes reguladores por definición, es utilizada de diferente modo. El tribunal se apoya en el informe del ente regulador cuando es favorable a la Administración para declarar conforme a Derecho la disposición recurrida y no se tiene cuenta para declarar la nulidad cuando el informe es contrario a la Administración, por entender que es de carácter técnico y no jurídico.

El ámbito de la discrecionalidad es un campo de disputa doctrinal, en el que juegan las posiciones sobre la función de la Administración y sus potestades. Antes de la LJCA de 1956, lo discrecional no era enjuiciable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se ha avanzado en el control de la discrecionalidad de los actos dictados por la Administración. Queda un buen trecho para el de las normas administrativas. En la potestad discrecional de la Administración se ha buscado, con argumentos diversos, el fundamento de reglamentos administrativos. Ha llegado a justificarse como una tolerante "autolimitación" a la hora de aplicar la norma a los casos concretos. La exigencia de una motivación, jurídicamente completa, reduce la amplitud de la elección de la Administración y, por tanto, facilita su control. Aunque, hablando con propiedad, la Administración no tiene libertad para elegir entre varias soluciones igualmente justas como tradicionalmente se admite. No es neutral, ni titular de los intereses generales, sino su servidora (artículo 103,1 de la CE).

Es preciso comprobar si el contenido de la norma se corresponde a los principios de la ley que desarrolla y en la que se concreta el interés general, de lo que ofrecen ejemplos la ley de economía sostenible o la de protección de la dependencia. El legislador es libre de introducirlos, pero la Administración ha de atenerse a ellos en el ejercicio de su potestad normativa, constituyen materia jurídica para el control de los Tribunales. Forman parte esencial de la motivación de la norma administrativa. Un principio de eficiencia definido legalmente no es ajeno a la función de administrar justicia, como tampoco los tribunales han de ignorar el de protección integral, enunciado en la ley correspondiente.

En último término está la difícil cuestión de dirimir cómo se consigue mejor la realización del interés general que la Administración debe servir y del que ella no es un *dominus*.

La motivación puede no existir, o la explicitada no se corresponde a la adecuada, o se oculta esta. En las disposiciones generales la adecuación al fin y el principio de proporcionalidad desempeñan un papel relevante para detectar la motivación realmente silenciada. Unos casos serán suficientes para mostrar el intento de superar soluciones puramente formales.

La calificación de los planes de urbanismo como disposición general y su nulidad declarada por los tribunales ofrece una amplia panoplia. En ese sentido cobra una gran importancia la Memoria correspondiente, "las motivaciones urbanísticas que determinan el modelo elegido" que no pueden contrariarse (STS de 2 de febrero de 2012). Al enjuiciar la legalidad del Plan se tiene en cuenta la "coherencia y racionalidad planificadora para el

mejor y más adecuado desarrollo urbanístico" que no puede desconocerse en relación con la clasificación del suelo de una determinada parcela (STS de 9 de febrero de 2012).

La consideración del medio ambiente, como consecuencia de una mayor sensibilidad social, amparada constitucionalmente y por el Derecho de la UE, está influyendo en la consideración judicial de la potestad de planeamiento urbanístico. Se declara que es conforme a Derecho que la proporción destinada en el Plan General de ordenación urbana sea muy superior a la fijada por la Ley del suelo y el Reglamento de planeamiento porque no se demostró *"que fuese desproporcionado o irracional"* (STS de 9 de marzo de 2004, RJ 2805).

En materia de contratación, *"en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución"* (STS de 11 de junio de 1991, RJ 4874).

El control de acuerdo con el estándar de racionalidad se aplica también al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su límite es que *"el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la naturaleza de las cosas o la esencia de la institución"* (STS de 19 de febrero de 2008, EDJ 25676). Se trataba de un reglamento de protección de familias numerosas que se anuló parcialmente porque algunos de sus preceptos, paradójicamente, no eran adecuados a la protección declarada.

La ilegalidad, por omisión, de una norma reglamentaria presenta una cierta singularidad, como se reconoce en una STS de 9 de febrero de 2011, que subraya la tradicional dificultad de admitirla por el doble obstáculo de la jurisdicción contencioso-administrativa y la consideración de la potestad reglamentaria como discrecional. No obstante, se reconoce una corriente jurisprudencial según la cual *"no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o a que ésta se refiera a un determinado aspecto, aunque resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido en función del artículo 71.2 de la LJCA según el cual los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen"*.

La motivación no solo cumple con la finalidad de hacer más evidente el acto y más fácil su interpretación, sino que se corresponde a las exigencias de un Estado democrático de Derecho. No es que, como decía una Orden de 1913, resulte *"anómalo e improcedente denegar una solicitud o desestimar una propuesta sin alegar razones o justificación alguna"*, sino que lo reclama el derecho a una buena administración como se reconoce en el artículo 41,1,c de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, elevada al rango de Tratado constitutivo de la misma por el de Lisboa. Dicho en sus propios términos, obligación que incumbe a la Administración de *"motivar sus decisiones"*. Una expresión que es más amplia que la de un acto administrativo.

No es preciso extenderse en principios de publicidad y transparencia que hoy se encuentran imperiosamente reclamados por el sistema democrático en que deben asentarse

los Estados. Constituyen un deber de la Administración, así como un derecho de los ciudadanos para conocer el porqué de las decisiones de los titulares del poder. El poder no es un arcano, responde no sólo ante los tribunales, sino ante la sociedad y sus ciudadanos, que tienen la responsabilidad de elegir periódicamente a sus representantes.

Con clarividencia, el profesor De la Vallina, en uno de los pocos trabajos escritos sobre la motivación del acto administrativo, aun siguiendo la pauta excesivamente formalista de la doctrina italiana, decía con cita de Rivero, que había cambiado la tradicional manera de actuación de la Administración: no solo obligar, sino convencer. Para esto es preciso dar explicaciones, declarar los motivos de la actuación y por ello sostenía con cierto énfasis que "la motivación pierde su carácter de instrumento o medio que facilite su control jurisdiccional de la actuación administrativa para adquirir una dimensión mucho más importante". Todavía no se había aprobado la Constitución y el Estado no había pasado de administrativo a de Derecho.

VII. DEL ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO AL CONTROL A *POSTERIORI*

Desde distintas perspectivas se ha subrayado el cambio que se ha operado en la concepción de la Administración pública. Ha pasado de ser una organización fuertemente jerarquizada, instalada en el imperio, la imposición, el privilegio a otra necesitada de la colaboración de los particulares, de la participación de éstos. No son solo razones democráticas, sino también de eficiencia, aunque también de un cambio de paradigma ideológico.

El cambio puede referirse a la terminación convencional del procedimiento administrativo que hace innecesaria una resolución, al arbitraje, a los contratos público-privado pensados fundamentalmente para la construcción de grandes y complejas infraestructuras, o a ese nuevo y actual mundo de la regulación económica. El acto administrativo como *decisión exécutoire* deja paso en ocasiones a la recomendación, el *soft law*, o a una comprobación *a posteriori* de la actuación de los particulares. La Administración, por decirlo de un modo gráfico, se retranquea. No abre con su actuación el partido, sino que vela por que se cumplan las reglas de juego que corresponden, por ejemplo, al mercado. Esto es lo que persigue la Directiva de la Unión Europea sobre servicios anteriormente citada.

Desde una perspectiva institucional se trata de eliminar las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados y, en definitiva, según el artículo 2 del Tratado, promover "un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad".

La Directiva se presenta como una pieza clave en la política comunitaria de impulso económico y consolidación del mercado interior de acuerdo con la estrategia de Lisboa del año 2000. Se trata "de crear un entorno regulatorio más favorable y transparencia en el desarrollo de las actividades de servicios en el ámbito comunitario".

A los efectos de lo que aquí se trata bastará con referirse al cambio de orientación en la intervención administrativa que conlleva el uso limitado o sustitución de la autorización. La regla general es la no utilización del régimen de autorización. Solo excepcionalmente por

"razones imperiosas de interés general –que se explicitan en el artículo 40– puede dejar de ser cumplida".

La Directiva fue transpuesta sucesivamente en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (la ley paraguas) y en la de 25/2009, de 22 de diciembre (ley ómnibus). La exposición se ceñirá a ellas en cuanto que han modificado preceptos significativos de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas, así como de la Ley 7/1985, de 2 de abril, sobre bases de Régimen local. Por decirlo de una manera rápida, se pretende pasar de poner el acento en el acto administrativo, el control *a priori*, a ponerlo en la declaración del particular con un control *a posteriori*.

En ese sentido se orienta el nuevo artículo 39 bis de la Ley 30/1992, relativo a principios de intervención de las Administraciones Públicas. Se pretende sustituir la autorización por la declaración responsable y la comunicación previa.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, define en el art. 3.º, lo que se entiende por "declaración responsable": *"El documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante su vigencia"*.

Paradójicamente, la citada Ley 17/2009 no incluye el concepto de "comunicación previa" en las definiciones contenidas en el art. 3º, aunque la cita permanentemente, siendo este el acto mediante el cual el prestador de servicios comunica a la Administración su intención de iniciar una determinada actividad de prestación de servicios. Esta omisión se ve paliada al introducir su definición en el ordenamiento jurídico estatal el art. 71 bis 2º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción otorgada por la Ley 25/2009, al disponer: *"A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1"*.

Cabe destacar que esa mayor agilización administrativa y supresión de trámites burocráticos tiene su reflejo jurídico en la circunstancia de que tanto las declaraciones responsables como las comunicaciones previas supondrán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección, permitiendo ejercerlas por "tiempo indefinido".

Esa labor de comprobación *ex post*, que sustituye al tradicional control autorizador *ex ante*, determinará precisamente que la "inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento" que las acompañe o su no presentación, "determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de sus responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar" (art. 71 bis 4º).

En principio este sistema está pensado a favor del ciudadano, pero puede convertirse en adverso. De un lado, se habla de inexactitud u omisión esencial; quizá la falsedad en algo que no sea esencial resulta difícil. El sistema depende de la eficacia de lo dispuesto en el apartado 5 de ese nuevo artículo 71 bis: que las Administraciones tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se presentarán de forma clara e inequívoca.

La cuestión estriba en comprobar si existe más seguridad jurídica con un acto previo, perfectamente identificado del que se responsabiliza la Administración o en la situación ahora prevista que está pendiente de una espada de Damocles, en que consiste la decisión de la Administración como consecuencia de una comprobación posterior.

En el caso de la comunicación previa todo queda al albur de la posterior comprobación que puede llevarse a cabo cuando la actividad se haya iniciado. Por eso, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, se plantean serias dudas acerca de la ventaja de esta fórmula que se presenta como revolucionaria.

Al no existir un acto administrativo previo la resolución de la Administración, consecuencia del control, no puede consistir en una revocación de algo que no ha otorgado. Es la constatación de que la comunicación previa o la declaración responsable no son conformes a Derecho. Y se declara que no puede continuarse en el ejercicio del derecho a la actividad afectada desde que se tenga constancia de la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial. Más aún, la Administración puede obligar al interesado a restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente.

Ni la comunicación, ni la declaración responsable son actos administrativos. Son actos de los particulares. El efecto favorable que se les reconoce dimana directamente de la norma, siendo los actos de los particulares "una cara necesaria para el despliegue de ese efecto". No existe acto presunto y, en consecuencia carece de toda justificación la obligación de que se dicte un acto administrativo confirmatorio si en el ejercicio de su actividad de control *a posteriori* la Administración constata que el ejercicio de la actividad declarada por el particular, iniciada o no, no es conforme a Derecho.

También es innecesaria la ficción de la desestimación por silencio. La Administración comprueba que las manifestaciones del particular no se corresponden a la veracidad de lo declarado o no están conformes con el ordenamiento jurídico. En definitiva, como se ha dicho con razón, la habilitación al ciudadano interesado "no la genera el eventual silencio de la Administración, sino la concurrencia de la voluntad de la Ley, perfectamente objetivada en esos casos, y la conducta correcta del interesado en cuanto cumplidor de los requisitos exigidos por la norma" (F. López Menudo, 2010).

Los terceros interesados, que se consideren perjudicados por la actividad amparada por los actos del beneficiario de su comunicación o declaración responsable, no deberían tener impedido el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Podría utilizarse el procedimiento previsto para los supuestos de inactividad material de la Administración, por el no ejercicio de la actividad de vigilancia que le corresponde legalmente. El tercero

interesado habría de requerir a la Administración y ante su silencio o contra el acto expreso de la Administración rechazando la *interpellatio* podría acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. La suspensión cautelar, de un lado, y la condena en costas, de otro, pueden constituir remedios para actuaciones contrarias a Derecho.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La inactividad de la Administración se manifiesta de varias maneras. Una de ellas es el denominado silencio administrativo, tanto negativo como positivo, una técnica que se encuentra ligada al acto administrativo, a su vez condicionado por el entendimiento ya superado del contencioso administrativo como revisor del acto.

El control judicial se extiende a la actuación o comportamiento de la Administración; más aun, se refiere al ejercicio o no ejercicio de potestad administrativa por quien la ostente conforme a Derecho, aunque no esté integrado en la Administración.

Los efectos que se pretenden con el silencio administrativo pueden conseguirse sin necesidad de crear ninguna ficción o presunción de actos.

La inexistencia de un acto no impide tampoco que sea recurrida la inactividad material de la Administración. En ambos casos se trata del no ejercicio debido de una potestad.

Lo mismo sucede con el no ejercicio debido del control *a posteriori*, cuando se ha prescindido del acto de intervención previo por el ordenamiento jurídico.

Los plazos para que el particular pueda recurrir por la inactividad de la Administración ante una solicitud del particular son meros requisitos procesales.

La intención de establecer el silencio administrativo como regla general ha resultado un fracaso.

La lucha contra el no cumplimiento de la Administración de responder en tiempo a las solicitudes de los particulares, que es contrario a una "buena administración", no se satisface con dictar un acto expreso, debería generar la responsabilidad correspondiente.⁴ La Administración, al menos, debe cargar con las costas procesales en caso de sentencia adversa, satisfacción extraprocesal o allanamiento.

La motivación de la actuación de la Administración no es solo un medio para el control judicial, sino exigencia de un Estado democrático de Derecho.

4 En esa dirección se orienta el Real Decreto-Ley 4/2012 considerando el silencio positivo allí previsto como falta muy grave del funcionario. En la misma línea, el anteproyecto de ley sobre la transparencia considera falta grave el incumplimiento de los plazos (artículo 26, 2).

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- AGUADO I CUDOLÁ, Vicenç, *Silencio administrativo e inactividad*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARIN, Beatriz, *Los recursos administrativos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, "El tiempo y el Derecho administrativo: de la ley de Procedimiento a la Directiva de Servicios", en *La Administración Pública entre dos siglos*, INAP, Madrid, 2010.
- LOPEZ MENUDO, Francisco, "La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa", *Revista española de la función consultiva*, 14, 2010.
- MEILAN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2011.
- MORILLO-VELARDE, José Ignacio, *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- NIETO, Alejandro, "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *RAP*, 37, 1962.
- VALLINA VELARDE, Juan de la, *La motivación del acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1967.