

LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO TRAS LA LEY 4/1999, DE 13 DE ENERO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992

Marta García Pérez

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación del silencio administrativo en la LPA: 1. El silencio negativo: A) El silencio negativo como ficción de efectos estrictamente procesales; B) El silencio negativo como ficción creada en beneficio del particular. 2. El silencio positivo. III. El acto presunto estimatorio o desestimatorio en la LPAC: 1. El sentido del silencio. 2. El silencio "ultra vires". 3. El acto presunto y su acreditación. . IV. La regulación del silencio administrativo en la actualidad: 1. La contrarreforma. 2. El plazo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos. 3. La eficacia del silencio administrativo: A. El silencio positivo: a) El contenido del acto presunto; b) La inexistencia de notificación del acto presunto; c) La resolución expresa tardía y el silencio administrativo positivo. B. El silencio negativo. V. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN:

Los seis años largos de vigencia del texto original de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no han dejado buen sabor de boca ni a los escasos defensores de algunas de las novedades que se presentaron en su día como el elixir del buen hacer administrativo. Pocos textos legales nacieron bajo auspicios tan negativos como los que acompañaron a la entrada en vigor (por sí misma dificultosa) de la Ley de Procedimiento, y dudo que alguno haya tenido una crítica tan unánime y tan desalentadora como las que merecidamente recayeron sobre sus principales reformas. De entre ellas, la regulación del silencio administrativo contenida en los artículos 43 y 44.

La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, asume la tarea de "modificar los aspectos más problemáticos de la Ley 30/1992, según la opinión de la doctrina y de los aplicadores del derecho: fundamentalmente, la regulación del silencio administrativo ...", en palabras de su Exposición de Motivos (I).

El plato fuerte de la reforma es la regulación de la inactividad formal administrativa, con idéntico protagonismo al que tuvo en su día la sorprendente regulación del silencio administrativo de la Ley 30/1992, que, con el más absoluto de los fracasos, intentó que los ciudadanos obtuviesen respuesta expresa de la Administración en el plazo establecido, instaurando un defraudado sistema de silencio positivo para obligar a la Administración a actuar ante el riesgo de tener que conceder lo solicitado en caso de permanecer inactiva.

Con encomiable honestidad, el legislador vuelve sobre sus pasos, retomando la institución del silencio como única vía para luchar contra ciertas patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración. Lejos quedan aquellas palabras

de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, en las que ingenuamente se daba por superado el silencio administrativo a favor de la resolución expresa de los procedimientos.

Con una aplicación adecuada, la institución del silencio se reconoce como la menos mala de las soluciones ante la falta de respuesta de la Administración. Ahora bien, señala el legislador que “esta situación de falta de respuesta por la Administración –siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas” (III).

Los empeños del legislador de poner remedio a tan burlesca actitud de la Administración, incumplidora sistemática de una obligación – la de resolver- prevista por activa y por pasiva en nuestras leyes, no son de ahora, sino de siempre, por más que en los últimos años el silencio administrativo haya sido la institución de moda por las transformaciones que el legislador ha pretendido realizar, sin duda con el convencimiento poco confesable de que el producto era muy vendible.

En una valoración muy general de la reforma, podría afirmarse que el del silencio administrativo ha sido un viaje de ida y vuelta, eso sí, enriqueciéndose a cada paso gracias al sin fin de aportaciones, en igual medida doctrinales y jurisprudenciales, que a lo largo de los años han acompañado a los designios del legislador.

II. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LPA:

La práctica habitual de la Administración de abstenerse de pronunciarse o de actuar expresamente, pese a la obligación de resolver contenida ya en la LPA (“la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa”, artículo 94.3), posteriormente en la Ley 30/1992 (artículo 42) y actualmente en la Ley 4/1999 (art. 42.1), encontró su contrapeso en la ficción jurídica del silencio administrativo, mediante la cual la Ley sustituía la voluntad inexistente de la Administración, presumiendo que, para determinados efectos, dicha voluntad se había producido y tenía un determinado contenido, positivo o negativo.

1. El silencio negativo:

En sus orígenes, la atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tenía su origen y funcionalidad estrechamente ligados al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por tanto, a las exigencias de un acto previo como presupuesto *sine quae non* de la revisión jurisdiccional. A fin de que los particulares no resultasen perjudicados por el incumplimiento de la Administración de su obligación de resolver, topándose con el acceso a la jurisdicción vedado por faltar el requisito del acto previo, el ordenamiento jurídico articuló un sistema que generalizaba el control jurisdiccional de toda la actividad administrativa, expresa o presunta, que consistía, respecto a esta última, en entender desestimadas las peticiones no resueltas o los recursos no contestados en cierto plazo “al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso, administrativo o jurisdiccional según proceda ...” (artículo 94 de la LPA)¹.

¹ Vid. entre otras las SSTC 9/1986, de 21 de enero, y 208/1987, de 22 de diciembre, afirmatorias de que el silencio administrativo de carácter negativo “es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración”.

El mecanismo tradicional del silencio presentaba dos singularidades aceptadas casi unánimemente² por la doctrina y la jurisprudencia: a) se trataba de una ficción de efectos estrictamente procesales limitados a abrir la vía de los recursos; b) era una ficción creada en beneficio de los ciudadanos.

A) El silencio negativo como ficción de efectos estrictamente procesales:

En palabras de la jurisprudencia:

“... no siendo el silencio un acto en sentido propio, el ordenamiento jurídico que no desconoce que la Administración está obligada a resolver, asignaba a ese silencio un valor normalmente negativo (artículo 94 de la LPA), con efectos estrictamente procesales: así se convirtió el silencio de la Administración en un instrumento apto para abrir la vía jurisdiccional a salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los afectados por la decisión administrativa” (STS de 30 de septiembre de 1994, az. 7295, sala 3ª, ponente E. Escusol Barra, FJ.1º).

La afirmación tenía inmediatas consecuencias prácticas: no existiendo acto alguno, sino sólo una ficción, no existía voluntad de la Administración ni sustitución de la misma por Ley, lo cual implicaba la inaplicabilidad de la doctrina general de los actos a los efectos producidos por silencio³.

B) El silencio negativo como ficción creada en beneficio del particular:

La Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 fue clara en este punto:

“La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Por ello la Ley instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, *de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración ...*” (IV, 1).

Una manifestación clara de esta concepción del silencio a favor, nunca en contra, del ciudadano fue la reiterada jurisprudencia sobre la admisibilidad de recursos extemporáneos cuando el transcurso de los plazos y la consiguiente caducidad de la acción habían sido causados por la inactividad o la defectuosa actuación de la Administración⁴.

² Vid. las diversas tesis sobre la naturaleza de la denegación presunta en el trabajo de BOQUERA OLIVER, J.M., “La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudio en Homenaje al Profesor J. González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, V. I, págs. 599 y ss. Defendiendo la tesis mayoritaria, vid. NIETO, A., “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, *RAP*, núm. 37, 1962, pág. 75 y ss.

³ Por ejemplo, la apariencia de acto no gana firmeza, ni puede ser confirmada por la resolución expresa que posteriormente pueda recaer, porque las ficciones ni se consienten ni son susceptibles de firmeza (vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 269).

⁴ Vid. por todas la STS de 24 de marzo de 1995, az. 2528, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó, aceptando los fundamentos de la sentencia apelada, de la Sala de lo c-a del TSJ de Asturias, de

Incluso llegó a cuestionarse la exigencia de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso-administrativo, dividiéndose la doctrina en torno a la exigibilidad de recurso de alzada con carácter obligatorio contra las desestimaciones presuntas⁵.

Independientemente de la mayor o menor contundencia de los argumentos a favor o en contra, la cuestión solía reconducirse a la determinación de las reglas de cómputo de los plazos para recurrir previstas en las normas de procedimiento, operación en la que resultaba determinante la concepción del silencio, concretamente el alcance de la ficción jurídica que representaba:

- a) Llevada la afirmación del silencio-ficción a sus últimas consecuencias, un sector doctrinal razonaba de la siguiente manera: en el caso del silencio desestimatorio no hay acto, sino ficción; luego no puede haber notificación de algo inexistente. Se trataba por tanto de un supuesto equiparable por sus efectos al de las notificaciones defectuosas absolutas o inexistentes (art. 79.3 LPA), por lo que era el ciudadano quien, mediante sus propios actos, expresaba su voluntad de interponer el recurso administrativo y accionaba el sistema de plazos, sin regir, por tanto, las reglas dispuestas en la norma. En conclusión, el recurso de alzada contra desestimaciones presuntas no tenía *dies a quo* prefijado para su interposición, de tal forma que podía interponerse en cualquier momento posterior a la denegación, siempre que entre tanto no se hubiese producido una resolución expresa.
- b) Defendiendo una posición algo más matizada, otro sector doctrinal sostenía la existencia de notificación en el caso del silencio desestimatorio: se trata de una suerte de “notificación-ficción”, nacida de la Ley como el silencio de que trae causa, de forma que el interesado conoce *ex lege* al menos el texto íntegro del acto (si es que se puede considerar como tal la mera desestimación), resultando por tanto aplicable el régimen de las notificaciones defectuosas (art. 79.4 LPA). La consecuencia no se hacía esperar: la propia norma imponía un límite temporal –seis meses– a la voluntad reaccional del ciudadano afectado por el silencio, tras el cual se producía la subsanación automática de los defectos de la “notificación-ficción”. El plazo para la interposición del recurso de alzada se agotaba en quince días contados a partir del transcurso de seis meses desde la notificación ficticia, salvo que el interesado se diese por notificado o interpusiese el recurso antes de esa fecha⁶.

16 de octubre de 1990: “... si formalmente el plazo legal de interposición se rebasó, no puede olvidarse que el citado recurso de reposición, aunque resuelto por el Ayuntamiento, no fue notificado en debida forma al sujeto pasivo-contribuyente, ignorándose, aun en esa fecha, a quién le fue comunicada tal resolución, si es que lo fue. Con ello se generó para él silencio administrativo provocado por el defectuoso actuar del Ayuntamiento, y cuyo defecto, sólo imputable al Ente municipal, no puede hacerse recaer sobre el administrado, que espera un comportamiento de la Administración acorde con la legalidad, la cual establece la obligación de resolver las peticiones o recursos que se formularen ... Así lo viene entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencias de 24 de febrero y 29 de noviembre de 1988 (az. 1489 y 9049), así como en otras posteriores, siguiendo, en definitiva, la doctrina iniciada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1986 (RTC 1986, 6), que afirma que el administrado ante un silencio negativo no puede verse perjudicado por esa ficción legal, creada, además, en su exclusivo beneficio, y ser privado de una alternativa que la Ley le ofrece para la mejor defensa de sus intereses”.

⁵ Vid. en contra de la obligatoriedad ARIAS SENOSEAIN, M., “La obligatoriedad del recurso de alzada contra las denegaciones presuntas por silencio administrativo”, *REDA* núm. 9, 19. A favor, GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., “Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo”, *RAP* núm. 110, 1986, pág. 31 y ss.

⁶ En contra de esta segunda postura, vid. GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E. “Recursos contra denegaciones presuntas ...”, cit., pág. 43.

En fin, los razonamientos anteriores son igualmente aplicables al recurso de reposición, porque su naturaleza potestativa no afecta a la concepción del silencio como acto ficticio no notificado o notificado de forma absoluta o relativamente deficiente. Aunque esto suponga en la práctica configurar el recurso de reposición como un instrumento susceptible de reabrir los plazos procesales cuando se haya agotado el plazo para acudir al contencioso, lo cual no deja de ser coherente si se parte de que los actos ficticios no se consienten ni ganan firmeza⁷.

2. El silencio positivo:

Acogido por primera vez con carácter general en el art. 95 LPA⁸, el silencio positivo tenía un fundamento bien distinto y, con él, el valor del acto presunto positivo⁹. En estos casos operaba en el ámbito de las intervenciones policiales o de tutela, facilitando la obtención de autorizaciones o aprobaciones administrativas. Consistía en entender otorgadas las “autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores” (artículo 95 de la LPA); es decir, se trataba de supuestos de control de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra Administración superior¹⁰.

En estos casos, el silencio se consideraba como un verdadero acto administrativo, cuyo contenido y eficacia reproducía el de la petición o actuación sujeta a autorización o aprobación sobre la cual no se formulase objeción alguna.

Tratándose de un verdadero acto administrativo, la Administración no podía desconocer su contenido, sino que debía actuar a través de las vías legalmente previstas en caso de que quisiera dejarlo sin efecto¹¹.

La asimilación anterior hacía al acto presunto merecedor de la misma protección que el acto expreso, así que parecía razonable exigir para el primero, cualquiera que

⁷ Vid. a favor de esta posibilidad GONZALEZ PEREZ, J., *El procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1964, pág. 514. Y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., “Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios”, *RAP* núm. 53, 19, quien va más lejos, al defender la posibilidad de que el interesado formule una nueva petición una vez transcurrido el año para recurrir el acto presunto denegatorio. El TS se opuso en ocasiones a esta interpretación: “en ningún caso puede constituir un instrumento procesal válido para reabrir un plazo de antemano precluido”, refiriéndose al recurso de reposición.

⁸ Existen antecedentes aislados de silencio positivo en varias normas anteriores: el Estatuto Municipal de 1924, en materia de aprobación de presupuestos y ordenanzas de exacciones por el Delegado de Hacienda (arts. 302 y 323); el RSCL (art. 9), el RAMINP (art. 33), etc.

⁹ En contra de esta tesis, BOQUERA OLIVER, J.M., “La naturaleza ...”, cit., pág. 605, para quien “no puede ontológicamente ser diferente el resultado de la pasividad de la Administración, en relación con el transcurso del tiempo, cuando la ley dispone que aquella tiene valor negativo y cuando dispone que lo tiene positivo. Las leyes no cambian la naturaleza de las cosas, aunque pueden regular de manera diferente cosas que tienen la misma naturaleza ... El otorgamiento por silencio es un acto administrativo porque así lo presume la ley y no porque otorga al particular lo que le pidió a la Administración. Igual ocurre con la denegación presunta, pues no puede ser diferente sólo porque niega al administrado lo que le pidió. Teóricamente, resulta inadmisibles que el “no” presunto sea una ficción legal y el “sí” presunto un acto administrativo”. Vid. también BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Naturaleza jurídica del silencio de la Administración”, *REVL*, núm. 121, 1962, pág. 4.

¹⁰ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 588 y ss.

¹¹ Vid. por todas una STS de 3 de noviembre de 1964, az. 4835, sala 4ª, ponente J. Fernández Hernando: “... previsto por la Ley el otorgamiento automático ... no pueden, sin infringir el ordenamiento jurídico, ser revocados por actos contrarios de los propios órganos administrativos competentes ... la Administración deberá reconocer y respetar la situación jurídica creada ... que como acto declaratorio de derechos no puede sin más ser desconocida”.

fuese el vicio que pudiese afectarle, los mecanismos revocatorios previstos en la LPA para revisar los actos administrativos en general.

No obstante, la jurisprudencia y la legislación se encargaron de hacer de ésta una afirmación vacía de contenido, al cuestionar la admisibilidad del silencio “ultra vires” que permitía adquirir facultades o derechos contraviniendo el ordenamiento jurídico, con el consiguiente peligro para los intereses generales¹².

Primero en el ámbito urbanístico y después con carácter casi general, la jurisprudencia y el derecho positivo concluyeron que la resolución por silencio sólo era válida cuando lo que otorgaba era conforme con el ordenamiento jurídico¹³.

Cosa distinta era el grado de conformidad exigible al acto presunto estimatorio, o a la inversa, el grado de disconformidad predicable de un acto presunto para abrir el mecanismo revocatorio. Las opiniones fueron dispares:

- El silencio positivo no puede producir los efectos que según la ley no hubieran podido obtenerse por resolución expresa, por lo que la Administración puede desconocer lo supuestamente adquirido por silencio sin más que invocar una infracción del ordenamiento jurídico.
- La virtualidad del silencio positivo queda limitada en los supuestos del caso anterior cuando se trate de vicios esenciales o causas de nulidad de pleno derecho.

Independientemente del mayor o menor alcance de las posiciones anteriores, lo cierto es que los beneficiados por un silencio positivo no tenían garantía alguna frente a la Administración, que podía revocar en cualquier momento la autorización o licencia obtenida presuntamente mediante una resolución expresa de signo contrario.

En este clima de inseguridad jurídica se llegó a afirmar que “el silencio positivo es una técnica por completo inútil desde el punto de vista de los intereses del administrado”¹⁴, “una trampa gigantesca que convierte al ciudadano sometido a ella en un ser de bastante peor condición que los restantes, sujetos a la fórmula del silencio negativo”¹⁵. Hubo quien propuso valorar la técnica bajo el rasero del derecho a la tutela judicial efectiva, ya proclamado entonces en el art. 24.1 de la Constitución española de 1978¹⁶.

Esta concepción cuasi-precarial del acto presunto estimatorio no dejaba otra alternativa que retomar la institución con todas sus consecuencias o abandonarla. Así de

¹² “Atentado”, llega a calificar CALVO CHARRO, M., “Silencio y acciones declarativas”, *RAP* núm. 128, 1992, pág. 398.

¹³ Vid. los efectos de esta interpretación en materia de licencias urbanísticas, que en ningún caso se entienden adquiridas por silencio administrativo si contravienen una prescripción legal o un plan, proyecto o programa o cualquier norma urbanística.

¹⁴ Cfr. MARTÍNEZ MORALES, J.L. “El silencio administrativo positivo en el otorgamiento de licencias de obras. Anomalías de la institución”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Universidad de Valencia, 1980, pág. 428.

¹⁵ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, J.A., “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *DA*, núm. 208, 1986, pág. 428. “Es cierto –dice el autor respecto al silencio negativo– que éste último no otorga nada al peticionario; pero tampoco lo otorga el silencio positivo, en la medida en que en cualquier momento puede recaer válidamente una resolución denegatoria”.

¹⁶ Piénsese en la situación de un ciudadano teóricamente beneficiado por un silencio estimatorio: dudará si actuar según el silencio, “por sí” la Administración decide desconocerlo posteriormente invocando algún extremo contrario al ordenamiento jurídico; pero tampoco podrá impugnarlo ante los tribunales, por ser un “acto presunto favorable” incapaz de adaptarse al rígido molde de pretensiones anulatorias previstas en la LJCA. A propósito de esto último, vid. una crítica al sistema de pretensiones de la LJCA de 1956 en mi monografía *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, 1999.

rotundo se manifestaba, por ejemplo, FERNÁNDEZ PASTRANA, en vísperas de la aprobación de la LPAC:

“... o se opta por negar virtualidad al silencio positivo, y entonces debe ser erradicado sin contemplaciones de nuestro régimen de Derecho administrativo (o reducido al limitado ámbito de las relaciones interadministrativas, o interorgánicas, que no plantean problemas), o se opta por admitir su existencia, en ámbitos más o menos extensos, y en tal caso hay que hacerlo con todas sus consecuencias. Lo que no cabe, a mi juicio, es admitir su existencia en vía de principio, y negar luego su virtualidad, porque no sólo conduce a la burla de los mecanismos de protección material de los derechos e intereses de los particulares para los que supuestamente ha sido establecido, sino que irremisiblemente comporta una reducción de la seguridad jurídica y de las garantías procesales que –al menos– otorga el silencio negativo. Como esto último es lo que ha terminado por suceder, es inaplazable, a mi juicio, un serio esfuerzo que lleve a buen puerto el encallado barco del silencio positivo, si es que se llega a la conclusión de que merece la pena, y no es mejor hundirlo para siempre en las pericolosas aguas del olvido”¹⁷.

III. EL ACTO PRESUNTO ESTIMATORIO O DESESTIMATORIO EN LA LPAC:

La LPAC irrumpió en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo con una sorprendente afirmación: la superación de la doctrina del silencio administrativo, tal y como justificó el legislador en la Exposición de Motivos:

“La Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo. Se podría decir que esta Ley establece el silencio administrativo positivo cambiando nuestra norma tradicional. No sería exacto. El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. 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 es que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o cuando, realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista” (9).

Manifestación de buenos propósitos, o declaración de principios que, por ambiguos o indeterminados, no cuajaron en su aplicación práctica. Me refiero a las siguientes afirmaciones:

- Por un lado, se dio por superada la doctrina del silencio. Pretendía el legislador que la Administración resolviese expresamente los procedimientos, pero lejos de proponer nuevas fórmulas de cumplimiento del archi-reconocido deber, reguló una vez más la técnica supuestamente superada “por sí” la Administración lo incumpliese. Es decir, más de lo mismo, sólo que bajo el disfraz de una nueva

¹⁷ Cfr. “Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”, *RAP* núm. 127, 1992, pág. 107.

mentalidad difícilmente implantable (si se me permite el término quirúrgico): “que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”.

- Por otro lado, se introdujo un importante matiz respecto al silencio administrativo en su versión estimatoria: concebido como “garantía” para el ciudadano ante la ineficacia administrativa, perdía su razón de ser (entender otorgadas las licencias y autorizaciones o habilitado el ejercicio de derechos preexistentes) “cuando exista un interés general prevalente o cuando, realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista”.

Pero todo lo expuesto es irrelevante si se compara con la regulación contenida en los artículos 42, 43 y 44 de la LPAC, que causaron al más optimista de los comentaristas un insoportable desasosiego, provocado por la sensación de que nada, o casi nada tenía sentido en la nueva regulación del silencio administrativo. Sin duda se vislumbraba el esfuerzo infructuoso por zanjar muchas de las polémicas esbozadas en las páginas anteriores, pero fue mucho más fuerte la sensación de que el esfuerzo había sido inútil.

1. El sentido del silencio:

Alejándose claramente de la técnica legislativa impuesta en la LPA, la LPAC optó por introducir un sistema de concreción o enumeración de los supuestos de silencio positivo, frente a los también predeterminados de silencio negativo, escogiendo en el primer caso aquellos supuestos en los que resultaba fácilmente demostrable la escasa entidad de los intereses públicos en presencia y la preponderancia de los intereses privados:

- 1) Las solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo.
- 2) Las solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.

En el primer caso, se hacía referencia normalmente al otorgamiento de licencias o autorizaciones de carácter reglado, cuyas exigencias y particularidades venían expresamente determinadas por la norma.

En el segundo caso, se hablaba de derechos preexistentes, esa suerte de derechos válidamente atribuidos por la norma a favor de los ciudadanos, pero “dormidos en su eficacia” o requeridos de una actuación administrativa previa, también reglada y objetivable.

La LPAC estableció una tercera regla del silencio positivo, que se convirtió en la práctica en la fórmula de excepción al mismo: “en todos los casos, las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa”(letra c del art. 43.2).

Aparentemente, era una generalización del silencio positivo, fuera de las excepciones expresamente previstas en la LPAC (transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público, ejercicio del derecho de petición y resolución de recursos administrativos). Pero, en la práctica supuso precisamente lo contrario –la generalización del silencio negativo– por la posibilidad que introdujo de modificar “normativamente” el régimen general del silencio. “Normativamente” significa mediante norma, legal o reglamentaria, y a la vista de todos está que la Administración no desaprovechó la ocasión de imponer su criterio –silencio negativo– por vía reglamentaria, alentada por la “adecuación” de las normas reguladoras de los procedimientos adminis-

trativos impuesta por la Disposición Adicional Tercera de la LPAC¹⁸. El propio apartado 5 del art. 43 LPAC instaba a cada Administración a publicar una relación de los procedimientos en que la falta de resolución expresa producía efectos estimatorios y desestimatorios, anunciando lo que con cierta perplejidad hubo que tolerar: listas y listas de procedimientos sometidos al silencio negativo¹⁹.

2. El silencio “ultra vires”:

La tan reclamada por la doctrina garantía de los intereses generales frente a la ficción jurídica del silencio se consagró a propósito de la enumeración de los actos nulos de pleno derecho en la LPAC (art. 62.1), en esta ocasión referida tanto a actos expresos como presuntos cuando fueran “contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Es decir, el acto presunto no nacía “automáticamente” con el transcurso de un plazo, sino que al requisito del plazo se le añadía el de la conformidad de lo pedido con la legalidad aplicable; de tal forma que si lo pedido por el ciudadano era contrario al ordenamiento jurídico, nada se le habría otorgado, el acto administrativo no habría llegado a nacer (eso es lo que implica la nulidad radical), pese a haber transcurrido el plazo exigido para ello.

De esta forma se positivizaba la cierta corriente jurisprudencial que, con más o menos rigor, venía tolerando la libre revocación de actos presuntos estimatorios contrarios al ordenamiento jurídico.

3. El acto presunto y su acreditación:

La principal novedad introducida por la LPAC en el régimen del silencio tiene nombre propio: la certificación de acto presunto (CAP).

En su concepción original pretendió poner fin a una crítica bastante generalizada que tildaba al silencio positivo de “inútil” cuando el reconocimiento de la estimación presunta requería de una actuación administrativa posterior, infrecuente en los casos en que el efecto inmediato del silencio consistía en habilitar al ciudadano para la realización de un derecho o actividad, por cuanto su eficacia dependía normalmente de la propia voluntad o capacidad de su titular, pero no tanto si lo que se pedía era una acreditación de que tal silencio se había producido a efectos de hacer valer sus efectos frente a terceros²⁰.

¹⁸ En palabras de GARRIDO FALLA, F., “La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo”, *REDA* núm. 82, 1994, pág. 194: “... ha significado una invitación a todos los Ministerios y Organismos públicos a preparar largas listas de procedimientos cuya no resolución expresa comporta efectos desestimatorios (al amparo de lo dispuesto en el art. 43.5 y en la distorsionante Disposición Adicional Tercera de la nueva Ley)”.

¹⁹ Los datos puestos de manifiesto por GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO son desalentadores: En los trabajos llevados a cabo en el MAP para adecuar a la Ley 30/1992 los procedimientos existentes se propuso la solución del silencio negativo en 1.016 de los 1.893 examinados (*Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Civitas, Madrid, 1997*).

²⁰ GARRIDO FALLA lo expresaba con las siguientes palabras: “una vez que se haya producido el silencio con valor estimatorio, ¿cómo obligar a la Administración a que ejecute dicho acto administrativo tácito?” (cfr. “La llamada doctrina del silencio administrativo”, *RAP* núm. 15, 1954, pág. 98 y ss.); o: “Desde el punto de vista práctico, el gran obstáculo para la admisión del silencio positivo estaba en la inexistencia de un documento que acreditase tales efectos ... si alguien solicita de un banco un crédito para realizar unas edificaciones ¿se conformará la entidad bancaria con la petición no contestada?” (cfr. “La obligación de resolver ...”, cit., pág. 196).

La jurisprudencia ya había sugerido la expedición de un “documento” que acreditase el otorgamiento del derecho operado por el silencio positivo. Sugerencia que se materializó en la creación de la CAP (art. 44), supuesto requisito de eficacia (no potestativo) de los actos presuntos, que resultó en la práctica un instrumento mucho más complejo de lo que nunca pudo imaginarse el legislador.

La idea inicial era relativamente sencilla:

- las autorizaciones se otorgan –son válidas- y los derechos preexistentes se reconocen –en el plano teórico- desde que transcurre el vencimiento del plazo de resolución del procedimiento sin que la Administración haya resuelto expresamente (arts. 42 y 43.1);
- no obstante lo anterior, la eficacia de unas y otros depende de la emisión por la Administración inoperante de una certificación acreditativa del acto presunto (art. 44).

Claro que en la práctica las cosas no podían ser tan simples. Baste un ejemplo: ¿y si a pesar del mandato legal de expedir la famosa certificación la Administración también incumplía y no la expedía?. La norma arbitó una solución: “si la certificación no fuese emitida en el plazo establecido en el número anterior, los actos presuntos serán igualmente eficaces y se podrán acreditar mediante la exhibición de la petición de la certificación”. Debería valer la consideración de GARRIDO apuntada respecto a la eficacia directa del silencio positivo: si una entidad bancaria no se conforma con la presentación de una petición no contestada, ¿por qué habría de hacerlo con una petición de certificación no atendida?²¹.

El mecanismo “silencio administrativo-CAP” resultó contradictorio, en gran parte incomprensible y de difícil aplicación práctica.

Siendo el primero (el silencio) el requisito de validez y la segunda (CAP) requisito de eficacia, parecería lógico que el efecto estimatorio se produjese automáticamente por el simple transcurso del plazo establecido para resolver el procedimiento en cuestión, y que la CAP no añadiese ni quitase nada (si no es dar certidumbre o eliminar incertidumbre al beneficiado por el silencio).

Sin embargo, existían ciertas manifestaciones en la Ley, luego trasladadas con graves problemas al plano práctico, que hacían dudar seriamente de tan simple exposición. Por ejemplo:

- La LPAC obligaba a las Administraciones públicas a abstenerse de resolver cuando se hubiese emitido la CAP (art. 43.1 inciso 2º). Las preguntas son obligadas: ¿qué aportaba la CAP que alteraba por completo el régimen anterior previsto en la LPA, que disponía precisamente lo contrario, que el silencio no absolvía a la Administración de resolver expresamente los procedimientos?; ¿por qué el acto presunto podía ser confirmado o libremente revocado antes de la CAP y no podía serlo después si no era a través de los procedimientos de revisión de oficio de actos favorables?.
- La CAP no aparecía en la Ley como un mecanismo de acreditación a disposición del beneficiado por el silencio administrativo estimatorio. En ningún momento se restringió su funcionalidad a la parte beneficiada por el silencio, ni siquiera a los supuestos de silencio positivo, lo cual complicaba muchísimo las cosas cuando –como es tan frecuente en la práctica- el silencio estimatorio para uno era perjudicial para otro u otros. Me refiero a las llamadas relaciones triangulares, res-

²¹ Vid. nota anterior.

pecto a las que la CAP se erigía como un mecanismo de difícil aplicación: ¿qué sucedía si el beneficiado por el silencio –positivo o negativo, si en este último caso era un tercero beneficiado por la desestimación presunta de la petición de otro ciudadano- se apresuraba a solicitar la CAP?; ¿cuándo comenzaban a correr los plazos para recurrir?; ¿cómo se podían enterar los demás afectados o interesados no ya de la solicitud inicial y del transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento, sino de la petición de la CAP y de su expedición o no expedición?

La idea inicial de ofrecer a los ciudadanos un documento que acreditase el presunto otorgamiento de la autorización o licencia solicitada pronto se vio superada por la regulación de la CAP en la LPAC. Lo que aparentemente se estilaba como una herramienta al servicio de la seguridad jurídica y de la certidumbre de las relaciones administrativas llegó a manifestarse como un obstáculo o una traba difícilmente superable si no era por la vía de su desaparición.

Sirva un ejemplo para confirmar las afirmaciones anteriores: ¿llegó a ser la CAP una exigencia añadida al de por sí sobrecargado sistema de acceso a la JCA de la actuación –o inactividad- administrativa?. La cuestión ofrecía planteamientos bien diferentes:

- Podría fácilmente extraerse la conclusión de que la CAP era exigible en todo caso para entender agotada la vía administrativa y acceder al contencioso, incluso cuando se trataba de resoluciones de recursos administrativos. Bastaría para ello afirmar que también en este último caso estamos ante “actos presuntos”, no de mero silencio administrativo, para cuya eficacia debían cumplirse los requisitos que establecía el artículo 43 de la Ley sin diferenciar si esos actos fueron presumidos en vía de petición o en vía de recurso. O traer a colación el tenor literal del apartado 5 del artículo 44 de la Ley, sobre el cómputo de los plazos para interponer recursos, tanto administrativos como *contencioso-administrativos*, que señalaba como *dies a quo* el “siguiente a la recepción de la certificación, y si ésta no fuese emitida en plazo, a partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo”.
- También podría argumentarse, buscando un acceso más libre al control jurisdiccional de la, en este caso, inactividad administrativa, que la famosa certificación produciría sus efectos en vía administrativa pero no en vía jurisdiccional, y que sería contrario a la efectividad del acceso a la tutela judicial imponer *ex lege* una traba de este tipo²². Con ello conseguiríamos recuperar el sentido originario del silencio negativo cuando se tratase de desestimación en vía de recurso y superar, también, alguna de las dificultades prácticas que planteaba la regulación. Por ejemplo, permitiría a la Administración resolver expresamente en cualquier momento, al no resultar aplicable en este caso la obligación de abstenerse de hacerlo “cuando se hubiese emitido la certificación” contemplada en el artículo 43.1 *in fine* de la LPAC. Y, correlativamente, se reabrirían los plazos impugnatorios al particular que hubiese optado por esperar a la resolución expresa, si ésta resultaba ser denegatoria, sin que cupiese aplicar en estos casos la doc-

²² Recuérdense las palabras del TC sobre los obstáculos legales al acceso a la JCA, que conculcarán el derecho a la tutela judicial del artículo 24 siempre que “sean innecesarios y excesivos y carezcan de *razonabilidad* y proporcionalidad” (STC 158/1987, de 20 de octubre, 206/1987, de 21 de diciembre y 60/1989, de 16 de marzo). Defiende esta posibilidad SAINZ MORENO, F., “Obligación de resolver y actos presuntos”, en *La nueva LRJAAPP y del PAC*, cit., pág. 148, para quien la necesidad de certificación se restringe a los actos presuntos que ponen fin a la vía administrativa sin necesidad de interponer recurso ordinario, pero no en aquellos que han sido ya objeto de recurso, bastando la previa comunicación a la Administración regulada en el artículo 110.3.

trina del acto firme y consentido²³; o se lograría la satisfacción extraprocesal de las pretensiones en caso de que el particular hubiese iniciado el contencioso ante el silencio, y la resolución tardía fuera estimatoria, evitándose un proceso largo y costoso.

En fin, ¿qué pretendió el legislador con esa nueva concepción de la inactividad de la Administración que convertía la mera ficción o apariencia de realidad en algo supuestamente real? Parecía ilógico tratar simplemente de forzar la existencia de un acto -típico acto administrativo, podríamos decir- en un momento en que el contencioso-administrativo se había abierto a cualquier tipo o modalidad de actuación administrativa, incluida la inactividad. Si además se piensa cuál habría de ser el contenido de ese "acto presunto", llegaremos a la conclusión de que fue un artificio absolutamente inútil cuando se trataba de actos presuntos desestimatorios. Porque si la creación *ex lege* de actos presuntos tenía sentido cuando se trataba de silencio positivo -en estos casos el acto tenía como contenido la petición o actuación del órgano inferior y en esos términos se entendía dictado-, no se sabe cuáles eran exactamente las ventajas de presumir la existencia de un acto cuando el silencio era de efectos negativos.

Si a esta reflexión le añadimos que la regulación de los actos presuntos contenida en la Ley 30/1992 fue más que confusa, la conclusión no puede ser otra más que la inidoneidad de la novedosa concepción: ¿cómo se producían los actos presuntos: por el mero transcurso del plazo para resolver o por la expedición de la famosa certificación de acto presunto o por el transcurso del plazo para su emisión?; ¿resultaban aplicables a los actos presuntos, en cuanto verdaderos actos administrativos, las exigencias que respecto a los actos expesos se venían estableciendo por la Jurisprudencia a fin de dar por cumplido debidamente el requisito de procedibilidad?; ¿cuáles eran los plazos legalmente establecidos para interponer el recurso contencioso?; ¿resultaba posible seguir aplicando la doctrina anterior que permitía al particular optar por esperar a la resolución expresa?; ¿podía la Administración desestimar expresamente lo concedido por silencio positivo con ocasión de la solicitud de la certificación de acto presunto?.

Demasiados interrogantes para una de las instituciones centrales de la LPAC. Fueron ya varios los autores que tomaron posiciones respecto a estas cuestiones²⁵, pero no llegó a alcanzarse en los seis años de vigencia del texto original ese mínimo de seguridad jurídica que constitucionalmente se impone a los poderes públicos.

En este clima comenzó a gestarse la reforma de la LPAC, que culminó con la recién estrenada Ley 4/1999.

²³ Durante la vigencia de la LPA, la configuración del silencio administrativo negativo como una simple ficción jurídica hacía inaplicable a los resultados de dicha técnica la doctrina de los actos "consentidos". Es lógico si se piensa que el legislador no preveía el silencio negativo como un "acto presunto" y sí, exclusivamente, como un beneficio para el particular: al no existir acto administrativo mal podría aplicarse la calificación de consentido, ha reiterado el Tribunal Supremo. Vid. por todas la sentencia de 14 de noviembre de 1988, az. 8930, sala 4ª, ponente F.J. Delgado Barrio. Tras la Ley 30/1992 la situación se complica. Entendido el silencio como generador de un auténtico "acto administrativo" (presunto), se entenderá que deviene firme y consentido una vez que éste se ha producido si el particular no lo recurre en los plazos legalmente establecidos "a partir del día siguiente a la recepción de la certificación y, si ésta no fue emitida en plazo, a partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo" (artículo 44.5).

²⁴ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo ...*, cit., págs. 27 y ss.

²⁵ Vid. entre otros los trabajos de GARRIDO FALLA, F., "La obligación de resolver...", cit., *REDA*, núm. 82, 1994, pág. 189 y ss; GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa", *REDA*, núm. 83, 1994, pág. 357 y ss.; SAINZ DE ROBLES, F., "El llamado silencio administrativo: un escándalo en el Estado de Derecho", en *La protección jurídica del ciudadano*, cit., I, pág. 617 y ss., y todos los citados en notas precedentes.

IV. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA ACTUALIDAD:

1. La contrarreforma:

A la vista de todo lo anterior, es fácilmente justificable una reforma, cuando menos parcial, de la Ley 30/1992, como hizo sin problemas el legislador de enero de 1999 en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999:

“Sin embargo, durante su aplicación se han suscitado algunos problemas que han llevado a plantear desde diversos sectores la necesidad de su modificación. La proliferación de normas reguladoras de procedimientos administrativos, los problemas detectados en la regulación de ciertos artículos –como los referidos al silencio administrativo, la revisión de los actos o la responsabilidad patrimonial-, y la supresión del recurso de reposición son lugares comunes en las críticas formuladas a la Ley 30/1992, que justifican su reforma pensando en el buen funcionamiento de la Administración pública y, sobre todo, en los ciudadanos, que son los destinatarios de su actuación”.

Es evidente que no era el silencio administrativo el único aspecto necesitado de reforma, pero cualitativamente puede decirse que adquirió cierto protagonismo, aunque no tanto por las novedades introducidas en la nueva versión como porque supuso el fracaso estrepitoso de uno de los productos más aireados por el legislador en los últimos años.

Pero sería excesivo hablar de una nueva regulación del silencio, porque al legislador de 1999 le ha servido –afortunadamente- el camino andado por la doctrina y la jurisprudencia deudores de la LPA de 1958. No faltan aportaciones, pero las estrictamente necesarias para adaptar la institución a los tiempos que corren.

La Ley 4/1999, de 13 de enero, rectifica, entre otras cosas, la configuración del silencio administrativo volviendo sobre los pasos dados por el legislador en los últimos tiempos y recuperando la institución, *a grosso modo*, tal y como la regulara la LPA de 1958.

En primer lugar, siguiendo con el orden argumental de las páginas precedentes, se retoma la concepción del silencio negativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (art. 43) como simple ficción jurídica “con los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo” (apartado 3, párrafo 2º). Lo que contrasta con el efecto que se confiere al silencio positivo, considerado como “acto administrativo finalizador del procedimiento” (apartado 3, párrafo 1º), susceptible de producir efectos “tanto ante la Administración como ante cualquier persona” (apartado 5).

En segundo lugar, se precisa el alcance y la funcionalidad de la “certificación de acto presunto”, concebida en la nueva versión del art. 43 como un simple medio de acreditación (junto a “cualquier medio de prueba admitido en Derecho”, como se dispone en el apartado 5 de dicho artículo) del silencio administrativo, sin condicionar el contenido presunto de la estimación ni alterar el *dies a quo* de la eficacia derivada de la estimación presunta.

En tercer lugar, y en coherencia con las dos consideraciones anteriores, la obligación de dictar resolución expresa se matiza dependiendo del sentido del silencio: a) en los casos de silencio positivo, dicha resolución no puede contradecir el sentido del silencio, evitando las disfuncionalidades que había generado una indebida aplicación del artículo 43 de la Ley 30/1992 con anterioridad a esta reforma, ante la creciente ten-

dencia de las Administraciones Públicas a denegar expresamente lo concedido mediante acto presunto, que venía a ser una forma de revisar actos favorables sin atenerse a los procedimientos de revisión de oficio previstos en la Ley; b) en los casos de silencio negativo, la resolución expresa posterior no quedará vinculada por el sentido desestimatorio del silencio (art. 43, apartado 4), consecuencia lógica de la inexistencia de voluntad administrativa previa.

Detengámonos en algunos de los aspectos más significativos de la nueva regulación.

2. El plazo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos:

Dado que el silencio administrativo opera en la nueva versión de la LPAC por el mero transcurso del plazo máximo establecido para notificar la resolución de los procedimientos, resulta esencial conocer con certeza las reglas relativas al plazo y, sobre todo, el día final del mismo, a partir del cual el ciudadano podrá entender estimada o desestimada su solicitud.

La duración máxima de los procedimientos aparece regulada con claridad:

- Se aplicará la regla específica recogida en cada norma procedimental existente, con el límite temporal de seis meses, que sólo podrá ser rebasado cuando así lo establezca una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario (art. 42.2); respecto a los procedimientos preexistentes cuya duración haya sido fijada reglamentariamente en más de seis meses, este será el plazo máximo para resolver (D.T. 1^a.2).
- Cuando no se haya previsto expresamente un plazo de duración máxima del procedimiento, será de tres meses²⁶ (art. 42.3.).

No es tanta la claridad de la Ley cuando se refiere al cómputo de los tres, seis - o los que sean- meses, prevista con carácter general en los apartados a y b del art. 42.3 y, por relación, en el art. 42.4 y otros relativos al cómputo que en su caso pueden resultar de aplicación.

El punto de partida no plantea problemas: el legislador distingue a los efectos de señalar el *dies a quo* entre procedimientos iniciados de oficio y procedimientos iniciados a instancia de parte:

- a) En los procedimientos iniciados de oficio, el plazo se inicia en la fecha del acuerdo de iniciación.
- b) En los procedimientos iniciados a instancia de parte, el plazo se inicia en la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el “registro del órgano competente para su tramitación”.

Respecto a esto último, la Ley 4/1999 mejora la redacción genérica e imprecisa de la Ley 30/92, que se refería al “órgano competente” sin más, pero plantea otro tipo de dudas, que son especialmente graves si se tiene en cuenta que se deja en manos de la Administración el poner en conocimiento del ciudadano la fecha en que su solicitud entró en el citado registro, a través de una “comunicación” que deberá remitirse al solicitante en un plazo máximo de 10 días (art. 42.4)

La impresión inicial, aunque fácilmente desbaratable por una deseable diligencia administrativa, no es alentadora. Cuando menos, resulta paradójico que se trate de solu-

²⁶ Téngase en cuenta que respecto al procedimiento del recurso potestativo de reposición, la Ley establece un plazo máximo de resolución de 1 mes (art. 117).

cionar el tema de la indolencia administrativa o, cuando ésta sea la causa de la inactividad, de la excesiva burocratización de las relaciones Administración-administrado, imponiendo precisamente a la Administración una carga adicional, consistente en realizar una actividad hasta ahora no prevista, la de “comunicar”, se supone que con los requisitos de una notificación en regla, la fecha de inicio del plazo máximo de duración del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Me permito al menos dudar del grado de cumplimiento de esta obligación de comunicación por parte de la Administración.

Aún admitiendo que mis palabras anteriores puedan estar cargadas de prejuicios no siempre justificados, no dejo de plantearme ciertos interrogantes fácilmente imaginables, por ejemplo:

- El precepto establece que la comunicación debe ser “dirigida” a los interesados dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. Pero pueden haber pasado otros tantos y muchos más desde que el solicitante presentara el escrito por alguno de los cauces previstos en el art. 38.4; o pueden pasar desde que la comunicación sale del órgano competente para su tramitación y es notificada fehacientemente al destinatario. La pregunta es la siguiente: ¿qué sucederá si los interesados reciben la comunicación mucho más tarde de lo razonablemente previsto, señalándose en ella un plazo de recepción de la solicitud completamente disparatado respecto a la fecha de recepción normal del documento o, en el otro caso, una fecha de “envío” de la comunicación sorprendentemente temprana respecto a la de recepción de la misma?. Lo más probable es que los ciudadanos se resignen a tener por cierta esa fecha, aunque ello suponga muchas veces retrasar en su perjuicio los plazos de aplicación de las reglas del silencio, tanto si es positivo –porque supondrá demorar la puesta en funcionamiento de la actividad, o el ejercicio del derecho, o lo que fuere por parte de quien ha iniciado el procedimiento- como si es negativo -por retrasar innecesariamente las vías de recurso y, por tanto, la solución del conflicto nacido de la desestimación presunta-.
- ¿Y si dicha comunicación no se efectúa?. ¿Cuál es entonces el *dies a quo*?. Tal vez habría que entender como tal la fecha de entrada de la solicitud en cualquiera de los registros u otros medios de presentación de solicitudes admitidas por la LPAC. Aunque también podría argumentarse que se producen efectos similares a los de una notificación inexistente, que permite al ciudadano disponer de los plazos dándose voluntariamente por notificado, en este caso por comunicado. Pero esta solución, que puede resultar satisfactoria para quien ha iniciado el procedimiento, deja indefensos o, es más, impide participar en el procedimiento a otros interesados en el sentido estimatorio o desestimatorio que pueda dársele a la solicitud, porque ni siquiera llegan a enterarse de la tramitación, ni mucho menos de la actuación administrativa presunta si no es a través de acciones efectuadas por el solicitante en ejecución de lo presuntamente concedido o denegado.

Por lo demás, el cómputo del plazo deberá hacerse según las reglas del cómputo de plazos previstas en la LPAC. Tratándose de un plazo fijado en meses, será de aplicación la regla prevista en el apartado 2 del art. 48:

“Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo”.

La Ley 4/1999 parece volver al criterio de cómputo de plazos previsto en la LPA, dejando atrás la polémica nacida a propósito de la redacción del art. 48 que establecía

originariamente la Ley 30/1992²⁷. Con escasas modificaciones respecto al texto de 1958²⁸, se retoma el cómputo tradicional de plazos por meses, partiendo del día siguiente a la notificación de la comunicación (suponiendo que se reciba) y terminando el día anterior al ordinal que coincida con el de partida.

3. La eficacia del silencio administrativo:

El intento de la Ley 30/1992 de unificar los efectos del silencio, independientemente de su sentido positivo o negativo fracasó, no sólo porque no aportaba soluciones a problemas existentes, sino porque dotó al silencio de unos efectos nunca imaginados por quienes idearon, en su día, la institución en su versión desestimatoria, para hacer frente a las exigencias de acto previo y de agotamiento de la vía administrativa como requisitos pre-procesales de necesaria observancia.

Así, la LPAC otorgó la calificación, y con ello la eficacia, de acto presunto, con efectos *erga omnes*, a la inactividad de la Administración de efectos desestimatorios, si bien supeditada su eficacia a la expedición o solicitud no respondida de la correspondiente certificación de acto presunto, cualquiera que fuese la persona afectada que la solicitase. De tal forma que el acto originariamente ficticio, y tradicionalmente insusceptible de ganar firmeza, devenía firme, como cualquier otro acto administrativo, si no se recurría en el plazo correspondiente desde la certificación.

La doctrina reaccionó casi unánimemente contra tal concepción del silencio negativo, hasta ese momento mera ficción jurídica y desde entonces generador de verdaderos actos administrativos. La Ley 4/1999 recoge ese sentir general distinguiendo los efectos del silencio de la misma forma que lo había hecho, años antes y con éxito, la LPA de 1958.

A. El silencio positivo:

A tenor del art. 43 LPAC, “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento” (apartado 3), y se podrá hacer valer “tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada”, desde la fecha de vencimiento del plazo máximo para resolver, acreditándola por cualquier medio de prueba admitido en derecho (apartado 5).

Su consideración de acto finalizador del procedimiento permite asimilar, con las debidas cautelas, el acto presunto estimatorio a la “resolución” *stricto sensu*, definida en el art. 89 LPAC precisamente como acto finalizador del procedimiento.

²⁷ Ya nos resulta conocida la avivada polémica que durante décadas se ha montado en torno a la forma de computar los plazos señalados “por meses” en las normas de procedimiento administrativo. El esfuerzo unificador de la jurisprudencia del TS por aplicar con certeza y seguridad jurídica la regla de plazos contenida en la LPA de 1958 supuso admitir con naturalidad que “si bien el plazo empieza a correr el día siguiente al de la notificación, su conclusión se produce el día del mes posterior correspondiente al de la notificación” (STS. De 13 de diciembre de 1990, ar. 9958), superando la posible contradicción entre la redacción del art. 60.2 de la LPA al referirse al cómputo “de fecha a fecha” y la regla de cómputo prevista en el art. 5.1 Cc, relativo al cómputo por “meses naturales”.

²⁸ En particular se elimina la expresión “de fecha a fecha” que tantas y tan dispares interpretaciones provocó durante años. Con ello se ha pretendido aclarar la cuestión del cómputo, permitiendo no tener en cuenta el ordinal coincidente con el *dies a quo* por tratarse del “primer día del mes siguiente” sin entrar en la contradicción de obtener una fecha que no coincide con la fecha inicial del cómputo, problema resuelto por una jurisprudencia consolidada que tomaba como día inicial el de la notificación o publicación y calculaba el plazo de fecha a fecha.

La operación de identificación “acto presunto-resolución” tiene una funcionalidad clara que permite superar algunos escollos importantes derivados de la difícil aplicación a ese acto imaginario de la doctrina propia de los actos en sentido estricto.

a) El contenido del acto presunto:

La necesaria “congruencia” que se predica de la resolución respecto a las peticiones formuladas por el interesado (art. 89.2), permite afirmar que el “acto presunto” tiene un contenido claro y predeterminado: el integrado por las peticiones realizadas por el iniciador del procedimiento. Cuando la Administración calla y otorga, lo hace respecto a todas y cada una de las peticiones no atendidas, que constituirán a la postre el contenido del acto nacido de la inactividad formal.

La cuestión tiene una indudable trascendencia práctica, sobre todo para hacer frente a una de las objeciones que tradicionalmente se predicaron del silencio positivo: que esta técnica era “inútil” cuando su eficacia dependía de una actuación administrativa posterior. Efectivamente, hoy en día existen mecanismos eficaces y contundentes para burlar la pasividad administrativa: me refiero a la posibilidad abierta recientemente con la pretensión de condena prevista en el art. 29 de la LJCA de 1998 como solución procesal idónea contra la falta de actuación “material” de la Administración (art. 29 LJCA).

Habría que preguntarse si es subsumible el supuesto analizado (acto presunto no ejecutado) en alguna de las acciones previstas en el novedoso precepto. Para ello hay que partir de un dato aclaratorio: no se trata de impugnar la inactividad formal; ésta ya se ha producido y de ella ha surgido un acto “presunto” que precisa de una actuación material de ejecución. Es ésta última la que falta, es decir, a la inactividad formal se sobrepone una actividad material. Contra la primera, el remedio jurídico es el acto presunto, contra la segunda, el remedio jurídico es la pretensión de condena del art. 29 LJCA.

Sobre ese dato, es posible afirmar la posibilidad de entablar una acción de condena contra la Administración para que cumpla las obligaciones “en los concretos términos en que están establecidas” (art. 32.1) en el acto presunto –o lo que es lo mismo, en la solicitud que iniciara el procedimiento-. Con esta interpretación evitaríamos un alambicado ir y venir de peticiones y silencios reiterativos de la solicitud inicial imprescindibles, bajo la dudosa concepción revisora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para abrir el proceso contra un acto presunto desestimatorio de la petición de ejecución de un acto presunto estimatorio²⁹.

O incluso podríamos reconducir muchos supuestos a verdaderas acciones ejecutivas, que sin demasiada intención ha consagrado el legislador en el apartado 2 del art. 29 LJCA³⁰, con la ventaja de obtener justicia en plazos mucho más breves, por la reducción de plazos en la fase previa al contencioso y la utilización del procedimiento abreviado en sede jurisdiccional.

²⁹ No se trata de un error sintáctico. La realidad corrobora esta afirmación: son muchos los casos en que un derecho es reconocido por la Administración (mediante acto expreso o presunto, el dato en este caso es irrelevante) pero no se adoptan las medidas ulteriores imprescindibles para hacerlo efectivo. El ciudadano, bajo el esquema procesal de la JCA de 1956 se veía forzado a reiterar su petición ante la Administración, pero en términos de ejecución, no ya de reconocimiento, y ante su silencio, impugnar el acto presunto desestimatorio de la petición. Hoy en día ya no es necesario forzar un acto desestimatorio –expreso o presunto- para acudir a la JCA, porque ésta no es sólo revisora de actos administrativos, sino resolutoria de conflictos jurídicos subjetivos, como puede ser el ocasionado por la inejecución administrativa de prestaciones debidas. Vid. mi obra *El objeto*, cit.

³⁰ Ibid.

b) La inexistencia de notificación del acto presunto:

El art. 58 LPAC establece con carácter general que “se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses” (apartado 1), notificaciones que habrán de contener “el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente” (apartado 2).

La peculiaridad del acto presunto, en cuanto que acto “no notificado”, carece de trascendencia en el marco de un procedimiento estereotipado, circunscrito a dos intereses definidos y coincidentes (de ahí el carácter positivo del silencio) que son el del ciudadano que inicia el procedimiento y los intereses generales representados por la Administración. Lo que el peticionario persigue es la estimación de su petición, y se dará normalmente por satisfecho con la anuencia de la Administración, aun cuando provenga de un máximo desinterés por el asunto³¹.

Pero la realidad nos enseña que casi siempre lo favorable a uno es desfavorable a otro o a otros muchos. Y que lo que para uno es intachable para lo demás puede ser muy criticable. Desde esta otra perspectiva, no hay resoluciones estimatorias necesariamente neutrales; al contrario, las estimaciones pueden ser tan contenciosas como las desestimaciones.

La imposibilidad de conocer los recursos que procedan contra el acto y demás datos referentes a su posible impugnación exigidos como parte de la resolución por el art. 89.3 LPAC tiene indudable importancia en este segundo caso, por lo demás muy habitual, cuando el beneficio que la estimación reporta al peticionario se convierte en un perjuicio para los interesados cuyos intereses se oponen al de aquél.

Tratándose de interesados que hayan participado en el procedimiento, y a los que se supone concedores de la solicitud estimada, podría asimilarse su situación a la del ciudadano que recibe una notificación defectuosa por carecer de los datos establecidos en el art. 58.2 LPAC, excepto el “texto íntegro” que se equipararía en estos casos al presentado por el peticionario. Sería por tanto aplicable el apartado 3 del art. 58 LPAC en su versión actual:

“Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda”.

Regla que habría que completar con las relativas al cómputo de los plazos para interponer recursos administrativos o el contencioso-administrativo:

- a) La interposición del recurso de alzada no plantea problemas en la actualidad: el art. 115 se refiere, al hablar del día inicial del cómputo de los tres meses, a “aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los *efectos del silencio administrativo*”. Es decir, volviendo al citado art. 58, “a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance [del acto presunto] ..., o interponga cualquier recurso que proceda”.

³¹ Digo “normalmente”, porque sería simplificar excesivamente la cuestión si la redujésemos en términos absolutos al esquema: petición-silencio-estimación-actuación.

b) La interposición del recurso de reposición o del recurso contencioso-administrativo merece una consideración distinta: el art. 117 LPAC y el art. 46.1 LJCA establecen respectivamente un plazo de tres meses y seis meses para interponer recurso potestativo de reposición o recurso contencioso contra actos presuntos que “se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, *se produzca el acto presunto*”. Obviamente, el acto presunto nace y es válido desde que transcurre el plazo máximo de resolución del procedimiento sin que haya recaído resolución expresa, independientemente de que su eficacia resulte demorada como consecuencia de la inexistencia de notificación. En este caso, el *dies a quo* se determina por referencia a la fecha de validez del acto presunto y no a la de eficacia, lo cual deja en pésimas condiciones –diría incluso que indefensas- a quienes no llegaron a tener la posibilidad de conocer la fecha de producción del acto presunto. En tales casos, creo que el precepto debe ser interpretado, bajo el prisma del art. 24 CE, como lo hiciera cierta la Jurisprudencia respecto a las notificaciones inexistentes: el recurso contencioso-administrativo no tendría en estos casos un *dies a quo* prefijado para su interposición, de tal forma que podrá interponerse en cualquier momento posterior al nacimiento del acto presunto, en tanto no haya recaído resolución expresa³².

c) La resolución expresa tardía y el silencio administrativo positivo:

Una de las principales novedades que incorpora la nueva regulación del silencio consiste en clarificar la cuestión de las resoluciones tardías, es decir, la contestación expresa de la Administración a la solicitud de los ciudadanos cuando ya ha transcurrido el plazo máximo de resolución del procedimiento o, lo que es igual, cuando ya se ha producido el silencio administrativo.

El legislador era consciente de las quiebras y los interrogantes que había planteado la regulación tanto de la LPA como de la LPAC a propósito de este tema, sobre todo respecto a la posibilidad de revisar mediante una resolución expresa lo otorgado o denegado por silencio, sin más que dictar el acto que en su día se hizo esperar.

La distinta naturaleza jurídica que se reconoce al silencio positivo y al negativo permite hacer una regulación más acorde con la funcionalidad de cada una de las versiones y superar al mismo tiempo algunas de las críticas vertidas de forma generalizada estando en vigor la LPA.

Así, de forma tan simple como coherente, el legislador dispone en el art. 43.4:

“La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado 1º del art. 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo ...”

De nuevo nos topamos con una reafirmación de la naturaleza de “acto administrativo” del silencio positivo. Nacido el acto –presunto- y desplegados sus efectos por

³² En estos casos, el tenor literal del art. 46.1 puede salvarse interpretando estrictamente sus términos: esta regla rige exclusivamente respecto al solicitante y otros “interesados”, pero no respecto a otros afectados que no hayan adquirido la condición de interesado al no haber tomado parte en el procedimiento administrativo. Estos últimos, no personados en la fase administrativa, desconocen absolutamente la existencia de la solicitud, su contenido y el carácter de la resolución presunta, encontrándose directamente con los efectos de la estimación, frente a los que pueden reaccionar en cualquier momento. Si con ello se mitiga la seguridad jurídica del beneficiario del acto, habrá que encontrar límites y remedios a esta posibilidad de impugnación sine die como ya hizo en otros casos similares la Jurisprudencia: establecer un límite temporal al ejercicio de las acciones, compensar los daños causados al beneficiario por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resultar nulo el acto presunto impugnado, etc.

el mero transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento, lo hace con todas sus consecuencias, como si de una verdadera resolución se tratara. Su contenido, por ser favorable, no podrá ser desconocido ni contradicho por la Administración si no es por las vías de revisión previstas en la propia LPAC.

Del mismo modo, la resolución posterior expresa confirmatoria del acto presunto tampoco planteará mayores problemas si se comprende cuál es la verdadera naturaleza de dicha resolución. Se trata de un acto confirmatorio de otro anterior, por lo cual sus efectos se restringirán a dotar de seguridad jurídica a las relaciones administrativas, sin que pueda concebirse como instrumento para reabrir los plazos de los recursos administrativos o contencioso-administrativos, cuando el acto originario haya devenido firme y consentido, al recaer en tal caso sobre el intento reaccional una clara causa de inadmisibilidad del recurso presentado.

B. El silencio negativo:

Según dispone el art. 43.3 LPAC:

“La desestimación por silencio tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”.

Pese a ciertos deslices gramaticales³³, la esencial característica del silencio negativo frente al positivo radica en que no produce el nacimiento de acto administrativo presunto, retomándose la concepción original que lo identificaba con una mera ficción legal, tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos:

“... el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley. Igualmente, se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que si da la razón al ciudadano, se evitará el pleito” (III).

Siendo coherentes con la afirmación anterior, no parece aplicable al silencio negativo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 43 (“los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada”), por más que no sea del todo clara la redacción del precepto.

Los efectos del silencio negativo se reducen a dar por cumplido el requisito de procedibilidad de cara al contencioso o a facilitar el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos que procedan.

Por lo demás, si son aplicables a este supuesto las reflexiones vertidas respecto al silencio positivo referentes a los plazos para recurrir, nada tiene que ver la naturaleza de la “resolución tardía” en un procedimiento en el que se haya generado un silencio

³³ Por ejemplo, en la regulación de los recursos administrativos se determina su objeto con referencia a las “resoluciones y actos” (art. 114 respecto al recurso de alzada) o “actos administrativos” (recurso de reposición), cuando también son susceptibles de recurso las simples “desestimaciones por silencio administrativo”. O por ejemplo, en el señalamiento del *dies a quo* para interponer el recurso de reposición si no ha habido resolución expresa, al referirse al “día siguiente a aquel en que ... se produzca el acto presunto” (art. 117), cuando no tiene por qué producirse, si se trata de una desestimación por silencio y no de un acto presunto estimatorio que perjudica a un tercero que recurre en reposición. Lo mismo sucede en la LJCA, que reproduce en su art. 46 el inciso del art. 117 de la LPAC comentado.

negativo. En tal caso, no ha existido acto anterior –el silencio negativo no puede identificarse con un acto presunto- y la resolución expresa, aunque tardía, es la única manifestación de voluntad administrativa. Por eso es razonable la afirmación contenida en el art. 43.4.b) cuando dispone que “en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio”.

La resolución expresa tardía nada tiene que ver con el silencio que le precedió. En cuanto tal resolución, será impugnabile en los plazos y por las vías procedentes previstas en el ordenamiento jurídico.

V. REFLEXIÓN FINAL:

La Ley 4/1999 entró en vigor formando parte del texto matriz que es la LPAC. Los que auguraban una corta vida al sistema de silencio previsto en 1992 parecen más optimistas con la regulación actual. Por esta vez, hay acuerdo entre creadores y comentaristas –ya veremos cómo se manifiestan los aplicadores, cuando el retraso de asuntos les permita llegar a 1999 en el conocimiento de las causas pendientes-, lo que no es poco en los tiempos que corren.

Realismo y sobriedad se dejan entrever en la regulación contenida en los arts. 43 y 44 de la reformada LPAC. El primero aprendido de la experiencia que demostró, una vez más, que las grandielocuciones o las fastuosas declaraciones de intenciones no tienen cabida en las relaciones mundanas; la sobriedad es en este caso deudora de la jurisprudencia, a la que nunca debió marginar el legislador de 1992, porque supo dar respuesta adecuada en su tiempo a muchos de los interrogantes que trató de saldar con fracasados inventos la LPAC.

Acto presunto y ficción jurídica son expresiones bien distintas, con significados poco identificables y efectos conscientemente diversos. Si el acierto de la reforma pasa por poner en evidencia algo tan meridiano, bienvenida sea la Ley 4/1999 y su nuevo (¿?) régimen jurídico de la inactividad formal de la Administración. Ahora le toca jugar su baza a la Administración, sobre todo haciendo de este invento la excepción a la regla general, que debe ser la de resolver expresamente los procedimientos, pero también intentando recomponer el descompuesto panorama de procedimientos administrativos a que nos abocaron las ya derogadas disposiciones de la LPAC.