

## EL SILENCIO ADMINISTRATIVO TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2009

**Marta García Pérez**

*Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidade da Coruña*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

### **RESUMEN:**

Reflexiones sobre el silencio de la Administración con referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009.

**Palabras clave:** procedimiento administrativo, silencio de la Administración, urbanismo.

### **ABSTRACT:**

Comments on the administrative silence, with reference to the Supreme Corte decision of January 28, 2009.

**Keywords:** administrative procedure, administrative silence, Supreme Corte, town planning.



## *El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009*

**Sumario:** I. Introducción. II. La regulación del silencio administrativo. Un viaje de ida y vuelta. III. La funcionalidad del acto “presunto”. IV. El silencio *contra legem*. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009. V. Reflexiones finales.

### I. INTRODUCCIÓN

El esfuerzo que supone explicar a los estudiantes de Derecho la técnica del silencio administrativo, la perplejidad y la sorpresa que manifiestan una vez que se adentran en los entresijos de la técnica y la dificultad que supone responder a preguntas evidentes que formulan desde su privilegiada e idealista visión del Estado de Derecho ... no son más que la constatación de una realidad que ha sido descrita por reconocidos especialistas con el mismo calificativo: el silencio administrativo positivo es una gigantesca trampa para el ciudadano<sup>1</sup>.

Más allá del análisis que se contiene en las páginas siguientes -ceñido al estudio de la normativa vigente y su interpretación por el Tribunal Supremo-, rondan en mi cabeza algunas reflexiones que ponen en tela de juicio la clarividencia de la magistratura y la utilidad de una técnica imprescindible -dicen- en aras de la eficacia de la actuación administrativa.

Por un lado, pretender hacer del dicho popular “quien calla otorga” una regla de juego jurídica y al mismo tiempo tratar de eludir dicha regla cuando la callada por respuesta se refiera a peticiones *contra legem* genera, cuando menos, una indeseable inseguridad jurídica.

---

1 Las expresiones utilizadas por la doctrina son rotundas: “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” (SANTAMARIA PASTOR, J.A., “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *DA*, núm. 208, 1986) o “técnica por completo inútil desde el punto de vista de los intereses del administrado” (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). FERNÁNDEZ PASTRANA llegó a afirmar que esta concepción cuasi-precarial del acto presunto estimatorio no dejaba otra alternativa que retomar la institución con todas sus consecuencias o abandonarla (cfr. “Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”, *RAP* núm. 127, 1992). En sentido similar se pronuncia GONZÁLEZ NAVARRO, que pone por título a uno de sus trabajos sobre silencio administrativo “El silencio administrativo: ficción, trampa y caos”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 30, 2000, págs. 148 y ss., y afirma que la regla general del silencio positivo es una trampa para ingenuos enmascarada bajo el exuberante follaje de una utópica dinamización de la actuación formal de las Administraciones Públicas.

Por otro lado, trasladar al ciudadano la decisión de interpretar el sentido del silencio en cada caso concreto, bajo su responsabilidad, resulta irrazonable y abusivo.

Finalmente, intuir que quien realmente obtiene beneficio del artificio del silencio *contra legem* es la Administración, causante de la oscuridad, quiebra más de un principio general del Derecho.

Dicho lo anterior, que condicionará sin duda las reflexiones finales de este estudio, lo cierto es que la técnica del silencio administrativo goza de larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico. Y, como sucede con cierta periodicidad, ha cobrado nuevo protagonismo, en esta ocasión por dos acontecimientos dignos de análisis: en primer lugar, un pronunciamiento judicial del máximo interés, con ocasión de la interposición de un recurso de casación en interés de la Ley, a propósito del que el Tribunal Supremo ha sentado doctrina legal sobre una espinosa cuestión muy debatida; en segundo lugar, el espaldarazo normativo al silencio positivo contenido en la llamada Ley “Ómnibus”, que transpone al ordenamiento español la Directiva de Servicios. Al primero de ellos, la sentencia de 28 de enero de 2009, se refieren las consideraciones que se exponen a continuación<sup>2</sup>.

## II. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

La regulación del silencio positivo en la vigente Ley 30/1992 ha simbolizado un viaje de ida y vuelta, con alguna que otra parada, a veces contemplativa, otras para cambiar el rumbo y la dirección tomadas, y más de un sobresalto.

### 1. La versión original de la Ley 30/1992

En 1992, el legislador iniciaba esta travesía con buen rumbo, pero desacertado en la ruta escogida. El buen rumbo lo marcaba la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del procedimiento administrativo común, al afirmar que “el verdadero objetivo de la Ley... es que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”. Y en tal contexto el silencio administrativo se configura como “una 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”.

La ruta o el camino escogido por el legislador no fue, sin embargo, igual de coherente ni certero. Optó en esos momentos por regular la figura del silencio alejándose de la técnica precedente, ensayada y entendida al amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, apoyándose en los siguientes pilares:

---

2 Vid. una reflexión sobre el silencio administrativo, la Directiva de Servicios y la Ley Ómnibus en mi trabajo “El tiempo y el Derecho administrativo: de la Ley de Procedimiento Administrativo a la Directiva de Servicios”, en *Libro Homenaje a Baena del Alcázar* (en prensa).

1º. El silencio administrativo, positivo o negativo, generaba un acto “presunto”, equiparable en su eficacia a la resolución administrativa expresa, que podía hacerse valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada (artículo 44.1). Atrás se dejaba la consideración del silencio administrativo, al menos en algunas de sus facetas, como ficción jurídica; en su lugar, irrumpen un auténtico acto administrativo, expresión de una voluntad administrativa, estimatoria en unos casos, desestimatoria en otros, a todos los efectos y *erga omnes*.

2º. La presunción de estimación o desestimación no requería más que el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos para resolver sin que así se hubiese hecho. A fin de acreditar esta circunstancia se exigía la “certificación expedida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento” (artículo 44.2).

3º. Los supuestos de silencio estimatorio y desestimatorio se concretaron en la Ley.

En el primer caso –silencio estimatorio– se encontraban los supuestos en los que resultaba fácilmente demostrable la escasa entidad de los intereses públicos y la preponderancia de los intereses privados: las solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo (letra a del artículo 43.2); y las solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público o al servicio público (letra b del artículo 43.2).

Se introdujo, además, una tercera regla del silencio positivo que se convirtió en la forma más recurrente de excepcionar su aplicación: existía silencio positivo “en todos los casos en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa” (letra c del artículo 43.2). Aparentemente, era una generalización del silencio positivo, pero en la práctica supuso precisamente lo contrario por la posibilidad que introdujo de modificar “normativamente” el régimen del silencio –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 administrativos impuesta por la Disposición Adicional 3ª de la Ley 30/1992<sup>3</sup>. El propio apartado 5 del artículo 43 Ley 30/1992 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 negativo<sup>4</sup>.

---

3 En palabras de GARRIDO FALLA, F. (“La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo”, *REDA* núm. 82, 1994), “... 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 artículo 43.5 y en la distorsionante Disposición Adicional Tercera de la nueva Ley)”.

4 Los datos puestos de manifiesto por GONZALEZ PEREZ, J. Y GONZALEZ NAVARRRO, F. (*Comentarios a la LRJAAPP y del PAC*, Civitas, Madrid, 1999) son desalentadores:

Por lo demás, el silencio era desestimatorio en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución y respecto de la resolución de recursos administrativos (con una excepción que hoy se mantiene respecto al recurso de alzada: cuando el recurso se hubiese interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, se entendería estimado el recurso si llegado el plazo de resolución de éste el órgano administrativo competente no hubiese dictado resolución expresa sobre el mismo).

## 2. La reforma operada por la Ley 4/1999

La técnica del silencio creada en 1992 no resultó eficaz. Pesaron más las dudas, las incoherencias y las contradicciones que la esperada eficacia proclamada por la Exposición de Motivos del texto legal. En 1999, cuando todavía no se habían cumplido ni seis años de aplicación de la nueva figura del acto presunto, el legislador cambia de rumbo y desanda en gran medida el camino recorrido para retomar algunas sendas ya conocidas bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958<sup>5</sup>.

- En primer lugar, se rompe la uniformidad con que se regulaba el silencio, positivo o negativo, ambos considerados actos “presuntos” en la Ley 30/1992.

La nueva versión legal reserva tal naturaleza para el silencio estimatorio, que tiene a todos los efectos la consideración de “acto finalizador del procedimiento” (artículo 43.3) y se podrá hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada (artículo 43.5).

La desestimación por silencio, por el contrario, tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (artículo 43.3), recuperando la tradicional ficción jurídica de índole estrictamente procesal que había caracterizado al silencio desestimatorio durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

- En segundo lugar, se corrigen algunas de las carencias más graves detectadas en la regulación de los supuestos de silencio estimatorio y desestimatorio. En particular dos:

a) La principal pasa por exigir norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario para excepcionar el régimen del silencio estimatorio, elevando el rango – hasta ese momento reglamentario- del instrumento legitimador del silencio desestimatorio (artículo 43. 2). En la práctica no sirvió de mucho, porque las Comunidades Autónomas

---

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 1893 examinados.

5 La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 reconoce el fracaso de la Ley 30/1992 sin paliativos, al declarar la pretensión 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” (I).

aprobaron al unísono leyes que recogían catálogos de procedimientos que habrían de finalizar, desde entonces, con silencio desestimatorio.

b) Además, se neutraliza la eficacia –y los problemas de aplicación- de la certificación de acto presunto, al quedar relegada a un simple medio de prueba más, junto a cualquier otro admitido en Derecho, que permita acreditar el transcurso del plazo máximo disponible por la Administración para resolver y notificar el acto (artículo 43.5).

### **3. La última reforma del régimen del silencio administrativo como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios**

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante Directiva de Servicios) aporta un nuevo ingrediente al estudio de la técnica del silencio administrativo y promueve la adopción de nuevos remedios jurídicos que puedan resultar más acordes con los tiempos que corren y, sobre todo, con las aspiraciones de lograr un mercado libre y competitivo. Es precisamente esta última intención –“favorecer un mercado competitivo de servicios ... que obligue a los Estados miembros a suprimir barreras para la circulación transfronteriza de servicios y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información”- la que mueve al Parlamento y al Consejo a adoptar medidas.

Se procede, por un lado, a “eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios” y, por otro lado, a “garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales” (considerando 5).

Entre las medidas más destacadas se encuentra la restricción de los procedimientos autorizatorios a “aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*” (considerando 54).

Cuando la autorización resulte necesaria, la Directiva establece como regla general el silencio positivo al disponer que “en ausencia de un régimen distinto y a falta de respuesta dentro de plazo, debe considerarse que la autorización ha sido concedida”. Y condiciona cualquier regla excepcional a la concurrencia de “razones imperiosas de interés general”, noción que en su día perfiló el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que recoge el preámbulo de la propia Directiva<sup>6</sup>.

---

6 “El concepto de “razones imperiosas de interés general al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en una jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden de la sociedad, objetivos de política social, protección

En cumplimiento de los objetivos mencionados, la Directiva regula el silencio administrativo en el artículo 13:

*“4. A falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros”.*

Y para completar la regulación:

*“5. El remitente de toda solicitud de autorización deberá recibir lo antes posible un acuse de recibo en el que se indique lo siguiente:*

*c) cuando proceda, la indicación de que, a falta de respuesta una vez transcurrido el plazo establecido, se considerará concedida la autorización”.*

La transposición de la Directiva de Servicios al Derecho español se produjo mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de carácter básico.

En su capítulo II, bajo el título “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios”, regula los “procedimientos de autorización” disponiendo:

*“Los procedimientos ... deberán ser claros e inequívocos ... transparentes ... En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992 ... así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general” (art.6).*

Pocos días después se aprobó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009 (conocida como Ley Ómnibus). Más allá de lo que parece reflejar su denominación, la Ley 25/2009 no se para en la adaptación a la Ley 17/2009, sino que, como justifica en su Exposición de Motivos, “extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva”, con el ánimo de lograr un impulso de la actividad económica.

---

de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria”.



Entre las llamadas “medidas horizontales” (Título I de la Ley) se modifica el artículo 43 de la Ley 30/1992, que queda redactado en cuatro apartados. La novedad se introduce en el primero:

*“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.*

*Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo”.*

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 del TJCE.

Esta referencia obligada a las razones imperiosas de interés general queda, sin embargo, en entredicho respecto a las excepciones al silencio positivo preexistentes a 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 preexistentes”, 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”<sup>7</sup>.*

---

<sup>7</sup> Vid. una crítica a esta Disposición en “El tiempo y el Derecho administrativo ...”, cit. Esta Disposición exime al legislador estatal y autonómico de evaluar su normativa anterior y da por buenos todos y cada uno de los supuestos de silencio desestimatorio vigentes a la entrada en vigor de esta Ley. Se ha perdido la ocasión de evaluar lo existente y reconsiderar muchos de los

Las exigencias planteadas por la Directiva de Servicios y la propia regulación de las técnicas de intervención recogidas en las leyes de transposición plantean la posibilidad de generalizar la comunicación previa como alternativa a aquella técnica jurídica en los casos en los que la autorización no resulte imprescindible. Decir esto, sin concretar más la cuestión, es tanto como pedir el cumplimiento de la Directiva. Lo que se plantea en estas líneas es superar el ámbito de aplicación de la Directiva –como ha pretendido hacer el legislador estatal en la Ley 25/2009- y sustituir el sistema “autorización-silencio positivo” por el de “comunicación previa-comprobación *ex post*” siempre que sea posible.

La idea no es nueva ni surge del Derecho comunitario. En nuestro ordenamiento la había planteado en términos casi idénticos diversos especialistas<sup>8</sup>, esbozando algunas consideraciones importantes a su favor: la agilización de la actividad económica, la posibilidad de implicar a agentes privados o empresas colaboradoras en las actividades de comprobación, el freno a una dinámica de incumplimiento de la obligación de resolver pernicioso para la función pública, la asunción de responsabilidades no diluidas en la tolerada ineficacia de la Administración...

Estamos, sin duda, ante una gran oportunidad que no deberían desaprovechar los poderes públicos para dar un paso en firme hacia la seguridad jurídica y la tan ansiada eficacia de la Administración pública.

### III. LA FUNCIONALIDAD DEL ACTO “PRESUNTO”

La operación de identificación del silencio estimatorio con la resolución administrativa (“acto administrativo finalizador del procedimiento”, dice la Ley) requiere un esfuerzo intelectual sopesado que permita aprovechar plenamente la funcionalidad de la técnica sin caer en artificios absurdos e inproductivos y superar algunos escollos

---

casos de silencio a la vista de las nuevas exigencias de la Directiva de Servicios (la concurrencia de “razones imperiosas de interés general”). Confío en que los legisladores autonómicos operen con una mayor dosis de autocritica y evalúen las largas listas de procedimientos regidos por silencio negativo para alcanzar la finalidad última de esta normativa: eliminar trabas innecesarias al mercado de servicios y mejorar la competitividad de las PYME. Y de todos modos, la Disposición adicional comentada no elimina el riesgo de incurrir en incumplimiento del Derecho comunitario si alguno de los procedimientos preexistentes cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y no soporta su comparación con una razón imperiosa de interés general. En tal caso, como razonó recientemente LOZANO CUTANDA, B. (“Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa”, *Diario La Ley*, 10 de febrero de 2010), en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, el juez nacional tendría que inaplicar la disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél.

8 SANTAMARÍA PASTOR, A., *op. cit.*, y la desarrollaron, entre otros, AGUADO i CUDOLÁ, V. (*Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, 2001), NÚÑEZ LOZANO, M.C. (*Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, 2001) y GÓMEZ MELERO, J.G. (“Las comunicaciones previas como alternativa al silencio administrativo: el fracaso del silencio administrativo”, *La Ley*, núm. 4, 2006).

importantes derivados de la difícil aplicación a ese acto imaginario de la doctrina propia de los actos en sentido estricto.

## **1. El contenido del acto presunto**

En primer lugar, la necesaria “congruencia” que se predica de la resolución respecto a las peticiones formuladas por el interesado (artículo 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. Hoy en día existen mecanismos eficaces y contundentes para hacer frente a la pasividad administrativa. Me refiero a la posibilidad abierta con la pretensión de condena prevista en el artículo 29 de la LJCA de 1998 como solución procesal idónea contra la falta de actuación “material” de la Administración (artículo 29 LJCA). Habría que preguntarse si es subsumible el supuesto analizado (acto presunto no ejecutado) en alguna de tales acciones. 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 superpone 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 artículo 29 LJCA. Podría, por tanto, entablarse una acción de condena contra la Administración para que cumpla las obligaciones “en los concretos términos en que están establecidas” (artículo 32.1) en el acto presunto –o, lo que es lo mismo, en la solicitud con la que se inició el procedimiento–.

## **2. La inexistente notificación del acto presunto**

En segundo lugar, la identificación del silencio positivo con el acto presunto permite clarificar las reglas de plazos ante la inexistencia de notificación.

El artículo 58 Ley 30/1992 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 asunto. 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 los 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 artículo 89.3 Ley 30/1992 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 terceros cuyos intereses se oponen al de aquél.

Tratándose de interesados que hayan participado en el procedimiento, y a los que se supone concededores 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 artículo 58.2 Ley 30/1992, excepto el “texto íntegro” que se equipararía en estos casos a la solicitud presentada por el peticionario.

Para terceros afectados que no llegaron a tener la posibilidad de conocer los términos de la solicitud ni la fecha de producción del acto presunto, debería regir la regla aplicable al supuesto de notificaciones inexistentes: el recurso no tendrá 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 hubiese recaído resolución expresa.

### 3. El régimen jurídico de las resoluciones tardías

En tercer lugar, el reconocimiento del acto presunto facilita la comprensión de una de las principales novedades que incorpora la regulación del silencio: el régimen jurídico de las resoluciones tardías.

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 del silencio 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 artículo 43 que:

*“La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado 1º del artículo 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.*

*b) 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”.*

Nacido el acto –presunto- y desplegados sus efectos por 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 Ley 30/1992.

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 (artículos 58 y 69 en relación con el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional).

#### **IV. EL SILENCIO *CONTRA LEGEM*. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2009**

La claridad con que el legislador se refiere a las resoluciones tardías y sus efectos, bien distintos, sobre el silencio positivo o negativo, se enturbia cuando se proyecta sobre actos presuntos contrarios a derecho.

En tales casos, la doctrina mantiene viva una disputa planteada ya hace años que se puede resumir en dos posiciones difícilmente reconciliables:

- La primera pasa por entender que el acto presunto existe independientemente de su conformidad con el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que pueda llegar a declararse su nulidad o anulación por las vías establecida en el ordenamiento jurídico para obtener tal resultado. Este es precisamente el sentido que tiene la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos presuntos por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (artículo 62.1.f de la Ley 30/1992), a la que habrá de llegarse por las vías de revisión de oficio o de recurso dispuestas en la propia Ley 30/1992.
- La segunda posición integra a quienes consideran que nunca podrá llegar a conseguirse presuntamente nada que no hubiera sido posible obtener expresamente, lo que significa que en los casos de contravención de la legalidad el acto presunto no llega siquiera a producirse. Es decir, para que se produzca silencio positivo no basta con cumplir los requisitos formales –solicitud presentada en tiempo y forma no contestada en plazo- sino que han de concurrir los requisitos sustantivos derivados de la normativa reguladora del objeto de la solicitud.

La polémica se aviva cuando se proyecta sobre el ámbito urbanístico, pasto extenso del silencio positivo, por la confluencia sobre este terreno de la normativa básica sobre procedimiento administrativo común y la propia normativa urbanística, en la que tradicionalmente se ha contemplado la regla enunciada en segundo lugar -con sutiles diferencias de una norma a otra- de la prohibición de obtener licencias urbanísticas contrarias al ordenamiento urbanístico.

El Tribunal Supremo ya se había pronunciado reiteradamente sobre la interpretación de un precepto con este contenido normativo. En muy diversas ocasiones y siempre con el telón de fondo de la normativa urbanística, había declarado que no cabe el silencio *contra legem* en las licencias. Lo cierto es que la regulación de las resoluciones tardías contenida en la Ley 4/1999 abrió un debate intenso sobre la adecuada articulación de la normativa de procedimiento administrativo común y la urbanística. La generalización del silencio positivo, unida a la prohibición de dictar resoluciones tardías contrarias al acto presunto y a la consideración entre las causas de nulidad de pleno derecho de los actos presuntos por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición provocó que un importante sector doctrinal manifestase que las licencias se adquirirían “sí o sí” por silencio estimatorio, con la consiguiente imposibilidad de revocación por un acto expreso posterior, sin perjuicio de iniciar, en su caso, la vía de la revisión de oficio del acto presunto si aquél resultaba ser contrario al ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

Algunas decisiones de Tribunales Superiores de Justicia apoyaron la tesis al declarar que el artículo 242.6 del entonces vigente TRLS de 1992 debía ser reinterpretado a la vista de la nueva regulación del silencio positivo recogido en el Ley 4/1999, de tal modo que podían obtenerse licencias por silencio administrativo incluso en contra de la legalidad y se imponía a la Administración la utilización de las técnicas de revisión de oficio si quisiera desdecirse<sup>10</sup>.

Resulta muy coherente –y veremos que refrendada por el Tribunal Supremo– la tesis de CHOLBI CACHÁ (2007), en su intento por integrar las reglas contenidas en la legislación de procedimiento administrativo común y la legislación urbanística. A juicio del autor, la imposibilidad de adquirir facultades por silencio positivo declarada en la normativa urbanística es una de las excepciones que admite precisamente el artículo 43 de la Ley 30/1992 cuando excepciona del régimen general del silencio estimatorio los supuestos recogidos en una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario. En estos casos, dicha norma con rango de Ley es, con carácter básico, la que establece la ley estatal del suelo (se refería al entonces vigente artículo 242.6 del TRLS de 1992) y, en su caso, las leyes autonómicas de desarrollo que no podrán contravenir dicha legislación básica. La consecuencia es muy clara: cuando lo que se pretende adquirir es contrario al ordenamiento jurídico, el silencio es desestimatorio. De ahí que la Administración pueda dictar posteriormente resolución expresa tardía denegatoria de la licencia sin que

---

9 En este sentido, GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., “Silencio administrativo. Términos y plazos”, en PENDÁS GARCÍA, B. (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAAPP y del PAC*, Madrid, 1993, pág. 355; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 294 y ss.; SAINZ MORENO, F., “Obligación de resolver y actos presuntos”, en LEGUINA VILLA, J. Y SANCHEZ MORON, M. (coords.), *La nueva LRJAAPP y del PAC*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 148 y ss.

10 Vid. un resumen de esta jurisprudencia en el trabajo de RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *cit.*, pág. 5, especialmente nota 16.

deba darse a la misma carácter revocatorio ni deba exigirse la tramitación de uno de los procedimientos de revisión de actos porque tal acto nunca existió.

El Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª) se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión en una sentencia de 28 de enero de 2009 (RJ 2009/1471) dictada a propósito de un recurso de casación planteado en interés de la Ley.

En este caso, el Ayuntamiento de Málaga había denegado una licencia de primera ocupación de una vivienda una vez transcurrido el plazo legal para dictar resolución expresa. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el juzgado de lo contencioso-administrativo lo desestimó razonando que no se concedía la licencia por silencio por aplicación de la regla contenida en el artículo 242.6 del TRLS de 2002. Sin embargo, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) estimó la apelación y revocó la sentencia apelada por considerar que la licencia urbanística, al haber transcurrido el plazo marcado por la ley para que el Ayuntamiento resolviese, se había adquirido por silencio positivo; de tal modo que para dejarlo sin efecto era preciso acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativos expesos.

El Ayuntamiento de Málaga interpuso recurso de casación en interés de la ley por entender que la sentencia de apelación era errónea y gravemente dañosa para los intereses generales.

Se planteó en el proceso la vigencia de la doctrina jurisprudencial vertida a propósito del artículo 242.6 del TRLS de 1992 según la cual no se adquieren por silencio licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico, por lo que la Administración puede dictar una resolución tardía desestimatoria.

El TS concluye que esta doctrina es plenamente aplicable a día de hoy porque el artículo 8.1.b) de TRLS de 2008 ha incorporado aquel precepto con una redacción más general al disponer que “en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.

En primer lugar, el TS reconoce el carácter básico de los preceptos antes citados (artículo 242.6 del TRLS de 1992 y 8.1.b del TRLS de 2008), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir, así como del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, que declara la estimación por silencio de las solicitudes salvo en los casos en que una norma con rango de Ley o Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Es este carácter básico de la normativa citada la que obliga a mantener la misma doctrina jurisprudencial.

En segundo lugar, el TS reconoce que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es el silencio positivo, pero la propia normativa contiene la salvedad de que otra norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario, y esto es lo que han hecho primero el TRLS de 1992 en su artículo 242.6 y en la actualidad el TRLS de 2008 en el equivalente artículo 8.1.b. Por consiguiente, y conforme a ellos,

no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística<sup>11</sup>.

En tercer lugar, el TS no ignora los problemas que puede acarrear esta doctrina cuando el interesado recibe una resolución tardía denegatoria de la licencia cuando ya ha iniciado o incluso terminado las obras. Situación que “generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar”<sup>12</sup>.

Se declara, pues, como doctrina legal “que el artículo 242.6 del TRLS de 1992 y el artículo 8.1.b, último párrafo, del TRLS de 2008, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992..., no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística”.

Es, por tanto, aplicable la clásica doctrina según la cual para que una licencia se entienda concedida por silencio no basta con que se hayan cumplido los requisitos formales (que la solicitud se realice conforme a lo establecido en la ley y se acompañe de la documentación exigida para el tipo de actividad que pretende llevarse a cabo) y temporales (que haya transcurrido el plazo máximo de duración del procedimiento previsto en la ley sin que la Administración haya dictado resolución expresa) establecidos en la normativa vigente sino que, además, han de cumplirse los requisitos materiales o sustantivos y, en particular, la conformidad de lo solicitado con el ordenamiento jurídico, incluido el planeamiento vigente.

## 5. REFLEXIONES FINALES

La doctrina legal contenida en la sentencia es coherente, razonable y, casi diría, inevitable. Sin embargo, trascendiendo el caso concreto y aun el campo urbanístico, quedan por resolver algunas cuestiones turbias.

1º. No es adecuado hacer depender el carácter estimatorio o desestimatorio del silencio de la concordancia de lo solicitado con el ordenamiento jurídico. Quiebra, a mi juicio, importantes principios de actuación de las Administraciones públicas, como la

---

11 “... de manera –concluye su argumentación el TS- que la resolución de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística”.

12 Se reitera, así, una doctrina que ya había establecido el TS con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1999 de la que es muestra el siguiente extracto: “Que todas las precedentes conclusiones, en definitiva acordes con el predominio del interés público y el taxativo imperio de la legalidad vigente, no desconocen los menoscabos patrimoniales que para los apelantes se derivan; pero es la vía indemnizatoria, en su conformidad a Derecho, el planteamiento adecuado para obtener reparación, no la del intento a ultranza de conseguir una licencia de obras que en su básica discordancia con aquella legalidad haría quebrar el sistema del planeamiento para la zona en referencia” (STS de 7 de junio de 1984, RJ 1984/3450).



razonabilidad, la seguridad jurídica, la protección de la confianza legítima y, en última instancia, la legalidad de la actuación administrativa.

Efectivamente, es irrazonable hacer recaer sobre el ciudadano la responsabilidad de valorar si la petición realizada se ajusta o no a la legalidad, especialmente en un campo tan técnico y complejo como el urbanístico, aunque la reflexión la hago extensiva a cualquier faceta de la actividad administrativa. El juicio de legalidad es de suma complejidad muchas veces incluso para los técnicos de la Administración, y de ello da buena muestra la abundante jurisprudencia contenciosa, cuanto más si se deja en manos de un ciudadano de a pie.

Dicho lo anterior, es fácil vislumbrar una grave inseguridad jurídica para los operadores involucrados en la acción que pretende llevarse a cabo y que no es expresamente autorizada: el solicitante de la licencia, en primer lugar, pero también la entidad de crédito que tiene que financiarla -que no aceptará seguramente un dudoso acto presunto-, la entidad pública que pretenda subvencionar la acción -que condicionará su otorgamiento a la certificación de la existencia del permiso, expresa o presuntamente-, etc.

Por supuesto, queda en entredicho la confianza que legítimamente el ciudadano deposita en la Administración, a la que solicita el ejercicio de una facultad o derecho que cree que le corresponde y de la que seguramente espera obtener una resolución denegatoria en tiempo y forma si realmente lo solicitado contraviene el ordenamiento jurídico.

Y junto a todo lo anterior, se está cuestionando incluso la legalidad de la actuación administrativa, por cuanto, al menos, se vulnera la obligación de la Administración de comunicar a los interesados que presentan una solicitud, entre otros datos, el sentido del silencio si vence el plazo máximo para resolver sin haberlo hecho (artículo 70.3). Difícilmente puede facilitar tal información la Administración que recibe una solicitud sin antes indagar en su contenido y su alcance jurídico, es decir, sin entrar en el fondo del asunto. Podría decirse para salvarse este escollo que la comunicación referida no se lleva a la práctica en muchísimas ocasiones, pero tal evidencia no hace sino agravar la situación jurídica de quien sabe que no va a recibir la información a la que tiene derecho por expresa exigencia de la Ley 30/1992.

La solución pasaría, a mi juicio, por generalizar en el ámbito urbanístico el silencio negativo. Desde la perspectiva de la Directiva de Servicios, esta afirmación se justificaría en la presencia de razones imperiosas de interés general, al fin y al cabo las mismas que han provocado que en este ámbito se generalice, por ejemplo, la acción pública. Y si se considera que existen actuaciones de escasa entidad en las que resulta difícil justificar aquellas razones imperiosas de interés general, tal vez debería generalizarse para ellas el sistema de comunicación previa-comprobación *ex post* que posibilita la propia transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento interno.

De seguirse el esquema propuesto se superarían las trabas de irrazonabilidad, inseguridad jurídica, desconfianza e ilegalidad expuestas líneas arriba.

2°. La doctrina legal vertida por el Tribunal Supremo tiene un alcance muy concreto y limitado: se restringe a determinar que no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo las licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística. Y lo declara así porque expresamente lo disponen las leyes básicas del suelo, cumpliéndose, por tanto, la condición recogida en la Ley 30/1992 de que una norma con rango de ley excepcione la regla general del silencio positivo.

¿Significa esto que de no existir tales leyes –y por supuesto de no encajar el supuesto de hecho en alguna de las restantes excepciones recogidas en el artículo 43 de la Ley 30/1992 (transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público, procedimientos de impugnación de actos, etc.)- el silencio sería estimatorio? Así es. Y ello significa tanto como decir, de modo general, que salvo que una Ley establezca la prohibición de adquirir licencias contrarias a la legalidad, los actos presuntos *contra legem* son admisibles –e incluso normales- en nuestro ordenamiento jurídico. Rige para ellos la regla enunciada páginas atrás y que tan poco convence para el ámbito de las licencias urbanísticas: el automatismo del silencio positivo. La exigencia de conformidad con el ordenamiento jurídico no es un requisito de existencia del acto presunto, sino un parámetro de control a posteriori del contenido de aquél; por eso es posible obtener lo pedido aunque sea ilegal, sin perjuicio de su ulterior revisión de oficio<sup>13</sup> al amparo del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992.

Cabría preguntarse si no sería conveniente elevar a regla general la contraria a la vigente, y considerar que salvo disposición expresa en contrario el silencio *contra legem* debería ser desestimatorio, eludiendo las críticas de falta de razonabilidad, inseguridad jurídica, desconfianza e ilegalidad.

3°. Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido con carácter general y en una norma básica la existencia de silencio administrativo positivo *contra legem* y ha establecido expresamente algunas excepciones para ciertos ámbitos de la actividad administrativa. La diferencia de régimen jurídico debería atender a razones de interés general. Sin embargo, no es difícil intuir otras de muy distinto signo, dirigidas a evitar la asunción de responsabilidad –y el pago de millonarias indemnizaciones- por parte de la Administración que ha incumplido su obligación de resolver.

La conclusión anterior me intranquiliza, porque me produce rechazo la idea que puede deslizarse bajo el razonamiento expuesto y que trataré de explicar.

Acabo de decir que en nuestro ordenamiento jurídico cabe el llamado silencio positivo *contra legem*. Y que, también porque así lo ha querido el propio legislador, esta posibilidad se cierra en el campo urbanístico, en el que no cabe adquirir por silencio facultades o derecho contrarias a la legalidad.

---

13 Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *op. cit.*, pág. 4.

De mantenerse el sistema actual, cobra especial importancia la eventual responsabilidad que pudiera exigirse por los afectados por el silencio administrativo, que enfrenta a situaciones muy poco igualatorias a los afectados por un silencio *contra legem* estimatorio y un silencio desestimatorio:

- El ciudadano que haya presentado una solicitud en el seno de un procedimiento sujeto a silencio estimatorio que, por las razones que fueren, resulta *contra legem*, se encontrará con una revisión de oficio amparada en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. En estos casos, podrá reclamar una indemnización de daños y perjuicios por funcionamiento anormal de los servicios públicos que hará recaer sobre la Administración el coste de la reposición de la situación al estado anterior.
- El ciudadano que haya presentado una solicitud en el seno de un procedimiento sujeto a silencio desestimatorio por haber previsto el ordenamiento jurídico que no cabe silencio positivo *contra legem*, podrá encontrarse con una resolución tardía en sentido desestimatorio, de acuerdo con lo que establece para las resoluciones tardías la Ley 30/1992. En tales casos, el funcionamiento de la Administración habrá sido normal, sin perjuicio de poder reclamar indemnización de daños y perjuicios por el retraso en la resolución expresa del procedimiento, que sin duda será de muy difícil articulación y de escasa entidad. En definitiva, deberá hacerse cargo el solicitante de la reposición al estado anterior si hubiera realizado actuaciones contrarias a derecho, aunque en su decisión haya primado la buena fe.

De ahí mi preocupación sobre el trasfondo de la doctrina jurisprudencial vertida en la sentencia de 28 de enero de 2009, que parecería hecha a medida de una Administración que abusa de la posibilidad de resolver tardíamente las solicitudes, o de no llegar siquiera a resolverlas expresamente. En todos estos casos, la doctrina jurisprudencial “ahorra” a la Administración pública el coste de reparación de los daños causados cuando los ciudadanos se extralimitan de las posibilidades que arbitra el ordenamiento jurídico y actúan como si el silencio fuese estimatorio. Me cuesta pensar que no haya nada de ilegítimo en la lesión patrimonial que sufren los particulares al exigírseles reponer la legalidad a su costa.

\*\*\*

Retomando mis palabras iniciales, la clarividencia con el que el Tribunal Supremo ha esbozado la doctrina del silencio *contra legem* en su sentencia de 28 de enero de 2009 no debe evitar que reflexionemos sobre la engañosa técnica jurídica que estamos poniendo a disposición de los ciudadanos. Una técnica que beneficia, sin duda, a la Administración que ha incumplido su obligación de dictar resolución expresa dentro de un plazo.

Qué lejos quedan aquellas palabras de la Exposición de Motivos de la versión original de la Ley 30/1992, que no solo marcaban como objetivo verdadero de la norma que todos los ciudadanos obtuviesen respuesta expresa de la Administración en el plazo establecido, sino que aspiraba a garantizar que sus derechos no se vaciasen de contenido cuando la Administración no hubiese atendido eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se había organizado.