

José
Gabaldón
López

Sobre el silencio administrativo

Magistrado del Tribunal
Constitucional

1. Mención sucinta de la situación anterior a la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común

Origen y finalidad de las normas sobre el silencio administrativo

El silencio administrativo no es una institución, sino un principio de garantía para el administrado, que le permite el acceso a los Tribunales. El llamado silencio positivo difiere sin embargo de ese régimen.

La denominada doctrina del silencio administrativo no se articula sobre cualquier silencio de la Administración, sino respecto de la falta de respuesta a las peticiones de los particulares, incumpliendo el deber de la Administración de dictar una resolución expresa.

Por esto, cualquier aproximación al estudio del llamado silencio administrativo exige (al menos, exigía antes de la Ley 30/1992) distinguir radicalmente las dos modalidades cuya naturaleza, efectos y régimen jurídico difieren sustancialmente aunque se hayan amparado bajo la misma denominación¹.

En general, sí puede decirse de ambas modalidades que son ficciones de Ley establecidas en favor del particular.

La atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene, como se señala en la obra citada (en la nota anterior) de García de Enterría, un origen y una finalidad muy concretos, estrechamente ligados a la configuración del recurso contencioso-administrativo como un proceso impugnatorio de actos administrativos previos que se revisan jurisdiccionalmente *a posteriori*. En ese sistema, si la Administración no resuelve, el particular queda inerme, porque falta el acto que pueda constituir objeto de una impugnación jurisdiccional.

La técnica del silencio, según dicho autor, se instaura en Francia por vez primera por una Ley de 17 de julio de 1900. Entre nosotros, fue regulado por la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889, apareciendo posteriormente en varios de los Reglamentos que la desarrollaron, por cierto en alguno, como el del Ministerio de Trabajo, con efecto positivo. La consagraron los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal republicana de 1935 y luego la Ley de 18 de noviembre de 1944 en el recurso de agravios en materia de personal. Finalmente, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, art. 38, estableció un régimen general de silencio negativo (por cierto, acompañado por la fundamental prescripción de la obligación administrativa de resolver en todo caso (art. 38.2). y la Ley de Procedimiento Administrativo, (arts. 94 y 95) estableció la normativa general, tanto del silencio administrativo negativo como del positivo.

El silencio negativo

El primero, tal como resulta de esa regulación, aplicada hasta ahora, no es un acto de la Administración sino precisamente la ausencia de todo acto, de toda actividad, y tiene efectos sólo en la apertura de la vía de recurso. Sus-

Además de los tratados generales, en la materia relativa al silencio administrativo puede consultarse:

¹ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA Y T. RAMON FERNANDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. T.I. pág. 550 (Civitas)

— FERNANDO GARRIDO FALLA. "La llamada doctrina del silencio administrativo". *RAP*. nº 16 de Abril 1955, pág. 85 ss.

— El mismo autor. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. p. 10ª edición, pág. 447 ss.

— GONZÁLEZ NAVARRO. *Derecho Administrativo español* (EUNSA) TI II 1988, pág. 491 ss. Así como los autores que en esas obras se citan.

tituye al acto expreso, pero en beneficio del particular, no de la Administración; no integra un sistema que permita eludir el pronunciamiento expreso resolutorio de una petición. Como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa con reiteración y últimamente el Tribunal Constitucional, el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal cuyo fin es el de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración (SSTC 8/1986, FJ. 3 y 204/1987, FJ. 4 y 5).

Que no es un acto resulta del art. 92 C.P.A. el cual no lo incluye entre los modos de terminación del procedimiento. Como la Administración tiene en todo caso la obligación de resolver expresamente, al particular le cabe la posibilidad de esperar una resolución expresa para impugnarla. Pero también, transcurridos unos plazos, la de entender desestimada su petición e interponer el recurso administrativo o jurisdiccional frente a esa desestimación presunta. Esos plazos eran, en vía de petición, tres meses y, transcurridos sin respuesta, podía denunciarse la mora y transcurridos otros tres meses sin resolver, quedaba expedito el recurso procedente. En vía de recurso no se requería denuncia de mora; bastaba con el transcurso de tres meses a partir de la interposición de la alzada o un mes en el de reposición.

En el caso de esperar la resolución expresa, el art. 38 L.J. limitaba expresamente el plazo de interposición del recurso contencioso a un año desde el silencio o desde la interposición de la reposición. Las sentencias antes citadas del Tribunal Constitucional corrigieron esa limitación, al considerar que no puede la Administración disfrutar de un trato más favorable cuando incumple el deber de resolver que cuando resuelve expresamente, y por ello estimaron aplicable el art. 79.3 de la L.P.A. en los casos de silencio, puesto que en ellos evidentemente falta, como en los allí regulados, la indicación de recursos y también el acto mismo.

El silencio positivo

De naturaleza, función y régimen jurídico distintos, nada tiene que ver con la garantía que significa para el

particular el acceso a los recursos. Se le concibe como una técnica material de intervención o de tutela administrativa que suaviza la exigencia de autorización o aprobación para una actividad. Siendo también una ficción legal, apunta a la solución de un problema distinto (remover el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho). El silencio sustituye la técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de mantenerse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el administrado se entiende otorgado. Puede así decirse que es un verdadero acto administrativo con el contenido mismo de la autorización o aprobación solicitadas. De ahí que si la Administración, transcurrido el plazo legal, dicta un acto expreso desestimatorio, se llegó a considerar el mismo por una jurisprudencia reiterada como revocación de oficio de un acto declarativo de derechos, dictado al margen del procedimiento legalmente previsto y en consecuencia radicalmente nulo.

La previsión general del art. 95 L.P.A., a la que pudo atribuirse el propósito de extender esta técnica, no llegó a materializarse hasta la Ley 30/1992, con todas las vacilaciones y oscuridades que luego veremos. Hasta ahora, sólo se admitía el silencio positivo si venía establecido por normas específicas (Licencias municipales, art. 9 R.S.C.C.; aprobaciones, como en el propio art. 95 LPA, el 41.2 L. Suelo, etc.). El problema fundamental con el que se ha venido tropezando en la práctica es el de los defectos en la petición o en el trámite y en relación con los supuestos en que la solicitud del particular podía considerarse contraria a Derecho.

Según García de Enterría, eran posibles al efecto tres soluciones. Una, la de la lógica de la institución: si el silencio sustituye al acto expreso y es por tanto un acto de aprobación o autorización plenos, opera con independencia de la viabilidad de lo pedido. La Administración no puede dictar otro acto revocatorio. Esta solución se reiteró en una corriente jurisprudencial.

Segunda solución: siendo el silencio una creación legal, la Ley no puede permitir, en un mecanismo de garantía, que se obtengan por los particulares más beneficios de los que la propia Ley les otorga. El silencio suple el acto expreso sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. Otra corriente jurisprudencial ha seguido a su vez

este criterio, señalando que el silencio “no es esponja que lave los vicios” contenidos en la misma esencia del acto. Se atribuye a esta solución el inconveniente de su inseguridad porque, en todo caso, supone el examen de la legalidad de fondo de la actuación omitida.

Tercera solución: Irrevocabilidad del acto ganado por silencio, pero con la salvedad de que ésta no cubre los supuestos de nulidad de pleno derecho. Esta solución parecía ser la definitivamente consagrada por la jurisprudencia. Sin embargo, se apunta también, la reforma de la Ley del Suelo optó por la segunda de aquellas soluciones (“en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los planes, proyectos, programas y, en su caso, de las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento”, art. 78.3).

2. Crítica del sistema anterior y propósito de la reforma

Sobre los resultados del sistema anterior se formularon críticas de indudable fundamento. Garrido Falla las resume así². Frente a la regla general del silencio negativo, la virtualidad del silencio positivo quedó reducida a casi nada y conducía a una inseguridad aún mayor para el supuesto beneficiario que no podía acudir a la jurisdicción Contencioso-administrativa frente a un acto presunto favorable ni tenía seguridad de que la Administración respetase la licencia o autorización obtenida. A su vez, el silencio negativo había degenerado en la práctica en un abuso generalizado de buena parte de las Administraciones Públicas, convirtiéndolo en el modo ordinario de contestar las peticiones o recursos de los particulares. Cita al efecto los informes del Defensor del Pueblo desde 1983, donde se había venido denunciando el abuso fraudulento del silencio negativo. La nueva Ley pretende, (la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) según el mismo autor, una radical modificación del régimen del silencio.

Así parecía enfocarse en la propia Ley de reforma cuya exposición de motivos afirma que “la Ley introduce un

² GARRIDO FALLA Y JOSÉ MARIA FERNANDEZ PAS-TRANA. *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*. Civitas 1993.

nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo". No se trata, asegura, de una alteración de la norma tradicional para establecer el silencio administrativo positivo, sino que 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 los ciudadanos obtengan respuesta expresa en el plazo establecido". Esta garantía "sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o cuando realmente no exista el derecho" cuyo reconocimiento se pide.

A esta ambiciosa formulación inicial cabría oponer graves reparos; de entrada, nos preguntamos ¿Se supera realmente la llamada doctrina del silencio administrativo? ¿Se introduce en verdad un nuevo concepto de la relación de la Administración con los administrados? Por lo pronto, esto último ni cabe en las modificaciones introducidas ni podemos saber realmente en qué consiste ese nuevo y ambicioso concepto. Porque tampoco atisbamos la pretendida superación de la doctrina del llamado silencio administrativo. Esta consistía simplemente en dar cierto valor jurídico al hecho de que la Administración no resolviese una solicitud del particular creando una presunción legal de resolución desestimatoria para posibilitar el acceso al recurso contencioso, en un sistema donde se exige la existencia (aunque sea formal) de una resolución previa que es la que el Tribunal ha de revisar; de lo cual se pasó, en ciertos casos, a atribuir a la citada omisión el valor del acto que se había solicitado, con su mismo contenido. De hecho, el nuevo sistema no significa renovar totalmente el anterior. Introduce lo que pretende ser una categoría de "actos presuntos", que se producen cuando la Administración no resuelve en el plazo establecido y que pueden entenderse, en unos casos desestimatorios y en otros estimatorios de lo pedido. ¿Donde está la diferencia transcendental? ¿En que ahora no se llama silencio o a la inactividad de la Administración? ¿En que prevalecen los supuestos positivos (de estimación) sobre los negativos (de desestimación)? ¿Pero es esto verdad cuando en la normativa sustancial puede establecerse, caso por caso, que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa? Parece que aquella inicial y ambiciosa afirma-

ción no se cumple, como veremos luego, en los arts. 43 y 44 de la nueva Ley. La verdadera novedad es la introducción de la certificación para acreditar “los actos presuntos”, cuyo mecanismo no va más allá de certificar que transcurrieron los plazos sin resolver cuando de veras se digne la Administración certificarlo así, es decir, poco más de lo que podría acreditarse con la denuncia de la mora o la presentación de la solicitud debidamente sellada en el Registro General.

La doctrina no parece compartir la ambiciosa visión de una reforma apenas existente. Así, Garrido Falla señala que la Ley introduce un nuevo enfoque del régimen del silencio, menos conservador y más garantista, en el que se trata de terminar con el vicio de que no se dicte resolución expresa en el plazo legal; y supone el legislador que el silencio dejará de ser un hábito y se convertirá en una forma residual de resolución. El legislador “parece optar por el silencio positivo como regla, algo que no tendría precedente ni en España ni fuera de ella” aunque el mismo autor no pueda por menos de señalar a continuación que el movimiento no es tan pendular como pudiera parecer, que el silencio negativo seguirá jugando un papel más importante de lo que pudiera pensarse y que el positivo acabará sucumbiendo ante las “pseudoresoluciones expresas” que la propia Ley posibilita cuando permite a la Administración pronunciarse durante veinte días, después de producido el silencio, en sentido contrario a su efecto positivo.

Las iniciales precisiones de este autor ponen, pues, de manifiesto que la revolución no es ni tan grande ni tan decisiva. Otros autores emiten críticas terminantes. Así, Santamaría Pastor³ tras afirmar que el destino de la nueva regulación del silencio es su protagonismo y que ha adquirido, con justicia, la condición de tema estrella, no obedece a las novedades radicales que aporta (que no son tantas) sino a ser la institución de la Ley “que ha recibido las soluciones más desgraciadas en el plano técnico”; y llega a asegurar de modo terminante que la regulación del silencio administrativo “es, sin paliativos, un desastre”. Álvarez de Cienfuegos⁴ abunda en otras críticas respecto del silencio en la vía de recurso, tras llamar “confuso y en algunos aspectos contradictorio” al art. 43, donde se regulan en general los actos presuntos.

³ JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. “Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. En la obra de varios autores de Ed. Carpen, pág. 165.

⁴ En la obra colectiva citada, pág. 347.

3. La nueva regulación

Como la L.P.A., también la nueva Ley parte de la obligación que tiene la Administración de resolver las solicitudes que se formulen (tanto en vía de petición como en la de recurso) si bien, en lugar de un plazo general rebasado el cual pueda considerarse desestimada la petición a efectos de deducir el correspondiente recurso, el art. 42.1. formula la obligación de dictar resolución expresa y establece además un plazo máximo al efecto, no general, sino el “que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso”, formulación que ocasiona nuevos problemas, como luego veremos.

Según Santamaría Pastor⁵ el primer reproche que cabe es el de “su insuperable oscuridad en la definición de los caracteres generales de la institución del silencio”.

Esquema general

El que puede deducirse de los arts. 43 y 44 es el siguiente:

Se intenta un tratamiento unitario del silencio, positivo y negativo, en vía de petición y en vía de recurso (para este último, completado en el art. 117).

Cabría decir que el hecho general del silencio de la Administración se ordena según sus *consecuencias positivas* (estimación de la petición) o *negativas* (desestimación de la misma).

Sin embargo, el epígrafe del art. 43 (y también el del 44) se refieren a *actos presuntos*, no a la presunción de desestimación o de estimación. Podría deducirse de ello que ahora el silencio genera en todo caso un acto de la Administración, aunque éste sea un acto presunto. Aparentemente, había desaparecido la sustancial diferencia entre la ficción de una desestimación presunta y la generación por el silencio de un acto con el mismo contenido de la solicitud silenciada, establecida en la legislación anterior y completada por la jurisprudencia. Ahora se trataría, repetimos, de actos presuntos de contenido positivo o negativo, que pueden “hacerse valer” no sólo ante la Administración, sino *erga omnes*, si bien no se me alcanza el valor frente a terceros que pueda tener la desestimación presunta de una petición de licencia, v.gr. En esto parece |

⁵ La misma obra.

consistir la “superación” de la doctrina del silencio administrativo.

La inversión de los términos. Según el preámbulo de la Ley, “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 los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”. La aplicación estricta de esa finalidad llevaría a considerar como normal el silencio positivo, que es lo que verdaderamente satisface la pretensión del particular otorgándole lo pedido y no, simplemente, abriéndole el camino de la revisión jurisdiccional. Claro está que una solución así presentaría no menores inconvenientes: todo lo que se pide no puede entenderse logrado por el mero silencio, porque hay pretensiones determinantes de actos nulos, de actos que afectan al público interés o al de terceros, o de actos simplemente ilegítimos, que vulneran el ordenamiento jurídico. La experiencia había venido señalando que, si el silencio negativo podía generar en la Administración actitudes rutinarias, negligentes u obstaculizadoras para el derecho de los particulares, el silencio positivo era capaz de ocasionar asimismo situaciones en las que se atribuía un derecho al que la Administración privaba luego de eficacia por distintos procedimientos, hasta vaciarlo de contenido material.

Podría, pues, parecer que el art. 43 de la nueva Ley se inclinaba por la primacía del silencio positivo, y así, no habiendo recaído resolución en plazo, las solicitudes de los interesados “se podrán entender estimadas en tres supuestos”: (art. 43.2)

- Solicitudes de licencia y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas.
- Solicitudes de aquéllas que habilitarían para el ejercicio de derechos preexistentes (son las típicas licencias en sentido técnico) salvo que transfieran facultades relativas al dominio público o al servicio público y todos los casos en cuya normativa de aplicación no se establezca que por la falta de resolución expresa quedarán desestimadas.

Con esta última prescripción parece, pues, optarse por el silencio positivo como norma general, a diferencia del sistema anterior.

En cambio, se podrá entender desestimada la solicitud sólo en dos supuestos: (art. 43.3)

- procedimientos de ejercicio del derecho de petición.
- resolución de recursos administrativos (cfr. art. 117), si bien el efecto será el contrario si lo recurrido es la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo (nótese la antinomia con respecto al apartado anterior si lo tácitamente desestimado fuese, v.gr., una autorización que otorgara derechos sobre el dominio público).

El silencio, pues, una vez vencido el plazo de resolución establecido en cada caso, origina un acto que, según el citado art. 43, será generalmente estimatorio y en los casos previstos, desestimatorio. Pero ¿cómo se produce ese acto? Aquí, la complicación es ya manifiesta.

En primer lugar, el vencimiento del plazo *no exige de la obligación de resolver*. La Administración podrá emitir un acto expreso, pero sólo hasta que se expida la certificación a que se refiere el art. 44.

Vencido aquel plazo, “se podrá entender” estimada o desestimada la petición, según los supuestos antes enumerados. ¿Qué quiere decir “se podrá entender *estimada o desestimada*”?

Por lo pronto, si se trata de la desestimación, parece que el efecto habrá de ser el de abrir la posibilidad de entablar el recurso administrativo o jurisdiccional correspondiente. Aunque el art. 44.2 diga que “para su eficacia ...” deberán acreditarse los actos presuntos mediante certificación emitida por el Organismo competente que debió resolver, no puede admitirse que esta prescripción constituya un obstáculo para la interposición de los recursos; en primer término, porque si el plazo para resolver hubiere claramente transcurrido, ningún otro requisito se opone a que la resolución “se entienda” desestimada; en segundo término, porque ese es en tales casos el efecto de garantía para el particular, el que le permite acceder a la tutela judicial, sea directamente o tras agotar los recursos administrativos y así lo establece el art. 38 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que no puede considerarse derogado. En el supuesto de desestimación, pues, ningún efecto agrega la certificación, como no sea el de suplir cualquier duda acerca del trans-

curso del plazo de resolución, el de impedir que la Administración dicte acto expreso y el de servir su recepción (o su solicitud si no se emitió en plazo) de *dies a quo* para la interposición de los recursos; prescripción que, lejos de ampliar las posibilidades de recurrir, las restringe, como después veremos.

En el caso de que la solicitud pueda entenderse estimada, también a partir de la finalización del plazo de resolución, se podrá "hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada". El derecho autorizado, la licencia adquirida o la aprobación conseguida con el silencio, serán actos válidos a partir de ese momento y así podrán hacerse valer.

¿Qué quiere decir, pues, que "para su eficacia" deban acreditarse mediante certificación? ¿Se trata de un requisito para la eficacia de un acto que ya se ha perfeccionado y es por tanto válido? No es éste, sin embargo, uno de los requisitos que la propia Ley establece para la eficacia de los actos en el art. 57.2. Con arreglo al mismo, si son actos, y así los califican los arts. 43 y 44, producirán efectos desde su fecha, y ésta es aquélla en que se puede entender estimada o desestimada la petición.

El párrafo 3 del art. 44 señala que "si la certificación no fuese emitida ... los actos presuntos serán igualmente eficaces ..." Es decir, como ya lo eran desde su producción. La certificación es, pues, un mero instrumento de prueba del acto, de su fecha y de su contenido, que puede suplirse con la solicitud, si se trata de hacerlo valer antes del plazo de veinte días en que ha de emitirse la certificación, y con la petición de ésta después. Por otra parte, su emisión pone fin al procedimiento: la Administración ya no puede resolver expresamente.

⁶ Acerca de esta obligación de la Administración, así como de los efectos del silencio y otros aspectos importantes, véase GONZÁLEZ PÉREZ "Ante el nuevo procedimiento administrativo". *Revista Galega de Administración Pública*, nº 4 1992, págs. 9 y ss.

4. Efectos del nuevo sistema

A) *El deber de resolver* ⁶

Como el silencio negativo no es la norma general ni delimita a través de sus requisitos el acceso a los recursos como ocurría en el sistema anterior, se ha prescrito ahora un plazo máximo para resolver con estricta obligación de cumplimiento y no simplemente un plazo má-

ximo de duración del procedimiento como establecía la LPA (art. 61), (si bien ya en ésta se tenía también en cuenta los plazos preceptivos de la tramitación (art. 77.1). Según la nueva Ley se origina el acto presunto cuando no “haya recaído resolución en plazo” y este “plazo máximo para resolver las solicitudes que se formulen por los interesados será el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso”, y si la norma del concreto procedimiento no lo fija, será de tres meses. Al partirse ahora del final de ese plazo, la remisión a las normas de cada procedimiento es inevitable, dada la diversidad de las existentes y la variedad de la duración de sus plazos e incidencias. El problema radica, como señala Santamaría Pastor en la forma de señalar esos plazos, que deberán ser unitarios para cada procedimiento pero que inevitablemente sumarán al administrado en la perplejidad, dada su variedad. El mismo indica al respecto que “el mecanismo de silencio, para ser realmente efectivo, debe estar configurado con una extraordinaria simplicidad, como lo estaba en la Ley de 1958”. La conclusión es obvia: la nueva regulación es, de hecho, menos garantista. Incluso le agrega confusión la posibilidad de ampliar los plazos del procedimiento o el máximo de resolución, que puede acordar el órgano competente para instruir o resolver sin que contra su decisión quepa recurso alguno. Obviamente, habrá de notificarse a los interesados, pero esto puede ser sumamente difícil (el motivo de la ampliación es la abundancia de solicitudes) y la comunicación mediante publicación de anuncios puede producir indefensión.

La posibilidad de interrumpir el plazo no está regulada.

El deber de resolver no persiste indefinidamente como en la LPA, aunque se haya producido la presunción de acto (o el acto presunto) o incluso aunque el particular haya recurrido. Ahora, una vez emitida la certificación, la Administración no puede ya resolver; el procedimiento ha terminado. Habrá que suponer que igual consecuencia se produce cuando la certificación solicitada no se haya emitido. La certificación viene a operar de modo similar a la antigua denuncia de la mora con algún efecto añadido, sobre todo teniendo en cuenta que ahora también se establece para los supuestos de silencio positivo.

Uno de esos efectos es especialmente importante: en el sistema de la LPA, siendo potestativa y no sometida a término final la denuncia de la mora (art. 94.1) el particular podía esperar indefinidamente la obligada resolución expresa. En la nueva Ley, el particular que ha visto desestimada (o estimada) su petición por los efectos del silencio, no tiene un plazo establecido para solicitar la certificación (aunque luego, a partir del día siguiente a la recepción de ésta, se cuenten los plazos para recurrir); y como mientras aquélla no se expida, la Administración puede resolver, se reproducen con otra forma aquellos efectos atribuidos a la denuncia de la mora.

B) La extensión del silencio positivo (la “supuesta cláusula general” de silencio positivo).

Frente al sistema de la LPA, donde se arbitraba una denegación presunta de la petición o recurso destinada simplemente a abrir la vía de revisión jurisdiccional y una previsión de que el silencio se entendería positivo, es decir, estimatorio de la petición, limitada a los casos en que el art. 95 LPA o una disposición expresa lo establecieran, la nueva Ley pretende, según su preámbulo, “superar” la doctrina del silencio administrativo.

Respecto del sistema general del silencio negativo se había criticado, como antes dijimos, el uso extensivo hecho por la Administración el cual, unido a la acumulación de asuntos ante los Tribunales Contencioso-Administrativos y a las dificultades para la ejecución, venía a constituir un obstáculo apenas superable para la garantía del administrado frente a las vulneraciones legales de la Administración.

Según el mismo preámbulo de la Ley 30/1992, el silencio (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 la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado”. Garantía, pues, de los derechos de los particulares, garantía de su contenido; el modo de lograrlo consiste ahora en la unificación del tratamiento de los efectos del silencio otorgando una función primordial a los positivos (garantía del contenido del derecho del particular) y secundaria de

los negativos (garantía formal de acceso a la jurisdicción). Para ello, además de extender los supuestos legales en que el efecto del silencio es positivo, estimatorio de la petición, a partir de los antes establecidos por el art. 95 LPA, y también el Real-Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, el art. 43.2 c) contiene una pretendida cláusula general: Se podrán entender estimadas “en todos los casos las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa”. O sea, dicho de modo menos dificultoso: se entenderán estimadas por silencio si la normativa aplicable no se pronuncia sobre el efecto del silencio, estableciendo que éste sea desestimatorio. Lo cual comporta estas consecuencias: la norma se comporta como supletoria; de ella deriva una aplicación general del efecto positivo del silencio pero sólo si no ha sido expresamente excluido; los efectos del silencio, salvo en el ámbito de los apartados a) y b) de este precepto, habrán de ser previstos y determinados al regular la normativa correspondiente, o en relación con todas las ya establecidas, es decir, en todo el ordenamiento, precisamente para prever efectos indeseables o inadecuados (tal ha sido siempre la mayor objeción a la extensión generalizada del silencio positivo). Por otra parte, la normativa en cuestión que, si hubiera de aplicarse literalmente el párrafo 5 del art. 43, sería de publicación potestativa (“cada Administración ... podrá publicar” dice el precepto) será unas veces de competencia estatal y otras de las comunidades autónomas, con lo cual el régimen del silencio “puede ser negativo o positivo en las distintas partes del territorio español o sucesivamente alterado en un mismo territorio, con la evidente desventaja e inseguridad que, frente a un régimen uniforme del silencio, ello puede suponer”⁷. Según Garrido Falla, dicha cláusula supletoria y dispositiva del silencio positivo puede tener un alcance más amplio del que sospecharan los legisladores; así, señala que el criterio del legislador había sido anteriormente el de considerar innecesario regular en cada caso los efectos del silencio por existir un precepto general negativo (el art. 94 LPA). Más ahora, en el caso de que el legislador nada diga, no cabe indagar su voluntad, ya que el apartado 2 c) del art. 43 exige norma expresa que autorice el efecto desestimatorio. Por otra parte lo previsible, según la lógica tendencia de las Administraciones públicas a formular dis-

⁷ GARRIDO FALLA. *Ob. cit.* pág. 188.

posiciones determinantes del efecto negativo, será que el positivo se convierta en residual, y además, indeterminado e imprevisto.

En resumen, y como consecuencia, puede afirmarse: habrá variedad de efectos del silencio (incluso en regulaciones de fondo análogas) según el lugar y el tiempo.

Riesgo de que el particular desconozca los efectos en cada caso.

La cláusula supletoria de silencio positivo pasará a ser lo contrario, pero no en virtud de una norma general, sino de una multitud de normas particulares.

(Lo cual cobra todo el aspecto de una regresión a la situación que precedió a la formulación de la presunción desestimatoria)

C) *La uniformidad de tratamiento del silencio*

La pretendida superación de la doctrina del silencio, anunciada en el preámbulo, no aparece más que en la forma de los preceptos del art. 43. De hecho, todo se reconduce a prever dos tipos de consecuencias: aquéllas en que se podrá entender estimada o bien desestimada la solicitud del particular y la citada inversión de la cláusula residual. El silencio, que para muchos ha sido "un gran enigma"⁸ sigue presente en sus dos consecuencias y, como señala Sainz de Robles, "ni el enigma ha sido resuelto, ni se ha desterrado el abuso de poder que bajo él se cobija; y la Ley 30/1992 por el contrario "ha añadido oscuridad a las tinieblas", "ha convertido en institución el silencio administrativo y ha dado carta de identidad con inmunidad circulatoria a esa entelequia denominada "acto presunto". Ahora el acto presunto, no la presunción de estimación o desestimación (pese a la frase "se podrán entender estimadas") es una realidad en la Ley, que incluso llega a relevar a la Administración de su obligación general de resolver cuando se haya expedido la certificación prevista en el art.44.

La uniformidad de tratamiento viene a quedar reducida a la consagración del denominado acto presunto, con diversidad de efectos y eficacia erga omnes. ¿Qué eficacia será ésta, sobre todo si el acto presunto es negativo? La sustancia sigue siendo la misma; sólo varía la vestidura legal y algunos de sus efectos.

⁸ FEDERICO CARLOS SAINZ DE ROBLES. "El silencio administrativo en la Ley 30/1992". En TAPIA, marzo-abril 1993.

D) *La responsabilidad de los administradores*

Uno de los aspectos de la Ley más proclamados y claramente subrayado en el preámbulo, es el que allí se denomina “derecho a la identificación de las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos ...” que se destaca como “innovación significativa” (rompiendo la tradicional opacidad de la Administración), que “se complementa ahora con la posibilidad de solicitar la exigencia de responsabilidad por las anomalías en la tramitación”. Los titulares de los órganos que ejerzan la competencia y el personal que tenga a su cargo el despacho de los asuntos “son responsables directos de que la obligación de resolución expresa se haga efectiva en los plazos establecidos”. El incumplimiento “dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo”. Por otra parte, la no emisión de la certificación de acto presunto en plazo “será considerada como falta muy grave”.

Parece oportuno señalar en primer término, como hace Sainz de Robles,⁹ que la atribución de responsabilidad al titular no puede excluir la responsabilidad directa de la Administración (art. 106.2 de la Constitución).

Y en cuanto a la de Autoridades o funcionarios, si se piensa en la escasísima aplicación de los arts. 61.2 y 77 de la LPA cuyos preceptos no eran en sus consecuencias menos enérgicos (aunque lo fuesen en la forma), puede colegirse la suerte de los actuales. Sobre todo teniendo en cuenta, como señala Santamaría Pastor¹⁰ que, en la inmensa mayoría de los casos, las competencias decisorias (y por ende, la potestad indelegable de expedir la certificación) se hallan confiadas a personas político, libremente designado y revocado y no sometido a régimen disciplinario. Calificar, pues, el incumplimiento como falta muy grave (como si la expedición correspondiera a funcionarios) resulta, cuando menos, chocante y no menos, hablar de remoción del puesto de trabajo que no es lo mismo que la titularidad del cargo político o de confianza. Cabe incluso pensar que ello permitirá desplazar indebidamente la responsabilidad hacia los funcionarios.

⁹ Ob. citada.

¹⁰ Ob. citada.

E) *La certificación y sus efectos*

Lo que Sainz de Robles¹¹ llama irónicamente documento presuntífero es, en su concepción y algunas de sus consecuencias, una innovación; pero una innovación de tal naturaleza que va a hacer correr mucha tinta en comentarios y en resoluciones jurisdiccionales. La reforma del denominado silencio administrativo probablemente va a producir un verdadero aluvión de nuevos litigios ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, expectativa espléndida para unos Tribunales que están al borde del colapso.

El efecto útil de la certificación, que parecería ser el de acreditar que la Administración no contestó y, antes, el de exigirle una respuesta, no difiere mucho del que en el sistema anterior podía prestar la denuncia de la mora o, en el caso del silencio positivo, la copia formalizada de la presentación de la solicitud.

Mas el nuevo documento va a tener sin duda otro alcance, en muchos aspectos perturbador.

Por lo pronto, para su eficacia los actos presuntos “*deberán acreditarse*” mediante la certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente.

¿Significa esto que la eficacia del que ahora se denomina acto presunto queda demorada hasta que se expida la certificación o, una vez solicitada, transcurra el plazo de los veinte días sin obtenerla? Esta conclusión sería directamente contraria al art. 43, donde se establece que las solicitudes “*podrán entenderse estimadas o desestimadas*” ... ¿Con qué efectos entonces? ¿Sólo el de solicitar la certificación?

Los actos presuntos se podrán hacer valer tanto ante la Administración como *erga omnes* dice el párrafo 1º del art. 44. Pero ¿es necesaria para ello la certificación? Parece que si falta la misma se podrán acreditar con su solicitud.

Los plazos para interponer los recursos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación o al de finalización del plazo de veinte días si, solicitada, no fue expedida en plazo.

En resumen, el particular que ha formulado una petición o un recurso, que ha esperado su resolución duran-

¹¹ Ob. citada, en TAPIA.

te un tiempo variable que incluso puede serle desconocido, cuando considere que éste ha transcurrido, puede (como en el anterior sistema) permanecer indefinidamente inactivo esperando que la Administración resuelva. Si ello no le interesa, tendrá que solicitar la expedición de la certificación y aguardar veinte días para poder ejercitar su derecho, bien haciendo valer el que resulta del silencio positivo, bien interponiendo el correspondiente recurso; en uno y otro caso, acreditándolo mediante este documento o la copia de la solicitud del mismo.

Mas si uno y otro documentos son sólo medios de prueba y el acto presunto ya producido tiene solamente demorada su eficacia hasta transcurridos los citados veinte días, la posibilidad que durante los mismos tiene la Administración para dictar acto expreso se convierte, en el caso del silencio positivo, en una facultad de revocación de un acto declaratorio de derechos sin someterse a la declaración de lesividad ni al procedimiento de nulidad de oficio si fuera éste el caso¹².

5. Las garantías del administrado

Es ésta, sin duda, la finalidad confesada (en el preámbulo) de la reforma legal en lo que toca al sistema de regulación de las consecuencias jurídicas del silencio de la Administración, como lo fue en su origen la formulación de la doctrina y los preceptos que se han venido aplicando; se trataba, simplemente, de que la Administración no pudiera eludir, por el simple expediente de no dar respuesta, el reconocimiento de derechos de los particulares o el remedio para su reclamación ante lesiones producidas por la propia Administración.

Lo que ante una regulación tan complicada y discutible como la introducida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cabe preguntarse es si las garantías del administrado son mayores que antes de la reforma. Porque la finalidad de la regulación legal del silencio de la Administración fué, desde un principio, repetimos, la garantía de los derechos de los particulares en un sistema en el que el papel de la jurisdicción consiste en revisar la actuación de la Administración y para ello se exige un acto administrativo previo revisable.

¹² Según GARRIDO FALLA (ob. cit., pág. 205) "Cabe preguntarse si la facilidad para dictar resolución expresa con efectos materialmente revocatorios del acto presunto no va a convertirse en la negación de efectos reales al silencio positivo. Fácil es imaginar la tentación de los burócratas de turno de elaborar, incluso, resoluciones denegatorias estandarizadas y acomodables a cualquier tipo de solicitud o recurso, y que se notificarán a los solicitantes o recurrentes con fundamentación tan vacua como genérica ("... por no reunir los requisitos legalmente exigibles..." "... por ser contraria su pretensión al ordenamiento jurídico...") Evidente es que el legislador no se ha propuesto esa posibilidad y que toca a la jurisprudencia y a la doctrina eliminar este subterfugio fraudulento (auténtico fraude de Ley) si se consolidara en la práctica administrativa. Pero seguramente serán precisos muchos años antes de desarraigar una práctica de tan fácil vaticinio, como lo suelen ser muchas prácticas viciosas.

El sistema anterior consistía, pues, en unas presunciones legales simples y de alcance general: si la Administración no contestaba a la solicitud del particular en el plazo establecido con carácter general por la Ley después de haber sido requerida formalmente a hacerlo (denuncia de la mora) la petición se reputaba desestimada a efectos de poder recurrir; en unos pocos casos singulares, predeterminados con claridad, el silencio durante el plazo establecido equivalía a la emisión del acto solicitado.

Las ventajas de este sistema radicaban en su extrema sencillez. La jurisprudencia completó algunos de los puntos en que su eficacia quebraba en el caso de que se entendiesen los efectos de la reacción limitados al aspecto formal (invalidación de la denegación presunta) y los fué extendiendo; v.gr., a los supuestos en que el silencio significaba inactividad material de la Administración, a los actos obstaculizadores de la ejecución de sentencias firmes etc.; y en cuanto al silencio positivo, a la posibilidad de impugnar la resolución expresa tardía, definiendo la diferencia con el negativo y delimitando el contenido del acto resultante y sus consecuencias, entre ellas la invalidez de la ulterior resolución denegatoria expresa. Quizá este sistema se había degradado en virtud de ciertas prácticas dilatorias de la Administración, unidas a un colapso funcional de los Tribunales por sobrecarga de asuntos; está por averiguar si el nuevo sistema corrige esos defectos, si es realmente tan garantista y si va a contribuir a una actuación más eficaz de la Administración y de los Tribunales que la controlan jurídicamente. Para ello, intentaremos comparar los distintos aspectos del sistema con el anterior.

Comparación del sistema con el anterior

El silencio negativo. Como decimos más atrás, toda la anterior normativa tenía un fundamento simple: si la Administración no contestaba a cualquier petición (o recurso) en el plazo establecido por la Ley ni tampoco a la denuncia de la mora en aquel caso (no en el de recurso) el particular podía considerar desestimada su petición para interponer frente a la desestimación presunta el recurso administrativo o jurisdiccional, o esperar la resolución expresa. Así se garantizaba, absolutamente, el acceso

del particular a la jurisdicción: o sea, que la omisión administrativa de su obligación de resolver no impidiera el recurso a los Tribunales; en definitiva, el acceso a la tutela efectiva según el art. 24.3 de la Constitución. La jurisprudencia había ido completando alguna de las posibles deficiencias del sistema: así, como antes decimos, extendiéndolo a la inactividad material (y no sólo formal) de la Administración, a los actos que sirvieran de obstáculo a la ejecución de las sentencias, a la impugnación de la resolución expresa tardía, etc.

Como colofón, el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias que cerraron para el particular la garantía del acceso a la tutela judicial efectiva; las SSTC 6/1986 y 204/1987, tras señalar el sentido y fin del silencio administrativo negativo, extienden los plazos de recurso en el caso de desestimación presunta, entendiendo que los efectos de la misma habrán de equipararse a los que para las notificaciones defectuosas establece el art. 79 LPA. La nº 204/1987, tras idéntica fundamentación, va incluso más allá al sentar la doctrina de que en los casos de desestimación por silencio, el plazo de recurso no podrá contarse sino a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente como dispone el art. 79.3 (y ahora, el 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). El fundamento expreso en ambas sentencias es el de que no puede calificarse de razonable una interpretación que coloca a la inactividad de la Administración en mejor situación (a efectos de recursos) que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales¹³.

“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 inactividad de la Administración”.

... No puede calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales. En estos casos puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto pero no los demás extremos que deben constar en la notificación...“ (art. 79.3 y 4 L.P.A.; hoy 58 de la L.R.J. y del P.A.C. 30/1992).

... “No puede calificarse de razonable ... una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales...” “... puede en cam-

¹³ STC 6/1986, (F.J. 3.) “La inadmisión arbitraria o irrazonable, o basada en una interpretación distinta de la expuesta (o sea en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental) afecta al contenido normal del derecho fundamental” (que consiste en obtener una resolución de fondo) ... “El núcleo de la cuestión consiste en determinar si en los casos de desestimación presunta es razonable, o responde a una interpretación conforme con la Constitución en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, el entender que el plazo para recurrir en alzada ha de computarse con el mismo criterio que la propia Ley de Procedimiento Administrativo aplica en su art. 79 para los supuestos en que exista una resolución expresa notificada con todos los requisitos previstos en el mismo”.

Nótese que esta importante doctrina viene a suprimir de hecho todo plazo de caducidad de los recursos cuando la Administración no ha resuelto expresamente; si bien, pese a su generalidad, al referirse en el caso resuelto a recursos administrativos, subsistirá la duda para el silencio en caso de petición, porque el particular, que no estaba obligado por plazo a denunciar la mora, al hacerlo lleva a cabo el acto necesario para iniciar el plazo de recurso. En todo caso, la doctrina referida servía para completar una interpretación garantizadora del acceso a la impugnación jurisdiccional.

La determinación de los efectos del silencio

En la nueva regulación, no es general la previsión del silencio positivo, como dijimos más atrás.

Sólo en los casos de ejercicio del derecho de petición y de resolución de recursos administrativos (salvo el supuesto estimatorio determinado por la impugnación de una desestimación presunta) el efecto del silencio es desestimatorio por disposición general del art. 43.3. y también en los supuestos (que pueden ser múltiples) de solicitudes en que la estimación que habilita para el ejercicio de derechos preexistentes (licencias) transfiera como consecuencia facultades relativas al dominio público o al servicio público (art. 43.2 b).

En los casos mencionados la determinación de si el silencio tiene o no efectos negativos puede llegar a ser extremadamente problemática; en el de recursos, porque ¿qué ocurrirá si la inicial desestimación presunta contra la que se recurre da lugar a las consecuencias previstas en el apartado b) del art. 43.2? En los supuestos del art. 43.2 b) porque puede ser muy difícil saber de antemano si se transfieren aquellas facultades, particularmente en el supuesto del servicio público, dada la dificultad para definir éste.

Pero, nótese: la alternativa es de la mayor importancia porque determina si hubo silencio negativo y al particular se abre la vía de recurso, o bien si, por ser positivo, ha obtenido nada menos que un acto favorable.

Por último: ¿cuándo tiene lugar la desestimación pre-

bio responder a tales criterios una interpretación que equipare este supuesto a la notificación defectuosa ..."

La STC 204/1987, (FJ. y 5). Agrega a la anterior doctrina un punto importante: "La aplicación analógica de esta regla, (plazo de seis meses cuando se notifica sólo el texto íntegro del acto) que es especial respecto de la norma general contenida en el art. 79.3 LPA no puede ser razonablemente aceptada en un sentido extensivo, pues ello significaría equiparar, cuando no primar, la inactividad de la Administración frente a los supuestos en que el texto íntegro del acto se notifica personalmente al interesado, supuesto en que cabe a éste la absoluta certeza de que no puede esperar ya una resolución de contenido distinto". Según esta doctrina, el plazo para recurrir, en los casos de desestimación por silencio, no empezará a contarse sino a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado, o se interponga el recurso pertinente (arts. citados).

sunta? Según el art. 43.3 cuando no haya recaído resolución en plazo. Pero el plazo no es general, ni uniforme y probablemente ni siquiera establecido por Ley. Es “el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso” (art. 42.2.) o, si no está fijado, el de tres meses (ampliable en ambos supuestos)¹⁴. En el caso de recursos, será el que corresponda a la resolución del recurso (arts. 117, 119.3, 124, 125.2).

Parece que ese plazo no podría (no debería) ser el que resulte de la tramitación, o sea el de la suma de los plazos parciales de cada procedimiento; no debería, porque la variedad aquí se convertiría en indeterminación y el plazo razonable de duración indefinida¹⁵. Esto, amén de que el cómputo del plazo puede plantear nuevos problemas, y, de no estar determinado, si puede o no interrumpirse. Aún hay más; el transcurso del plazo determina, sin duda, la desestimación presunta (“se podrá entender desestimada la solicitud” dice la Ley: art. 43.3). Pero, “para su eficacia” el interesado “deberá acreditar los actos presuntos” mediante la certificación a que se refiere el art. 44.2. Durante el plazo de veinte días en que ha de otorgarse, la Administración puede dictar resolución expresa, pero no después de expedirla. Se plantea así una duda importante: ¿puede recurrirse una vez transcurrido el plazo de resolución, o ha de esperarse a obtener la certificación o a que transcurra el plazo de veinte días a partir de los citados momentos? (art. 45.5), pero ¿no puede recurrirse antes? ¿Qué sentido tiene en el caso de silencio negativo la demora de su eficacia? ¿Cuál es el alcance del acto expreso dictado dentro de los veinte días pero después de haberse interpuesto recurso?

A lo dicho hay que agregar una incertidumbre que es común al silencio negativo y al positivo: que se entienda como desestimación de la solicitud depende de que así se establezca en la normativa de aplicación. Uno ú otro efectos pueden, pues, ser distintos en las distintas partes del territorio español, (Garrido Falla)¹⁶ variar con el tiempo y necesitar de una norma nueva en relación con la regulación que sea anterior a la Ley 30/1992, si se quiere impedir que se aplique el silencio positivo. Sainz de Robles¹⁷ entiende que la “normativa de aplicación debe tener rango legal, aunque así no se dice en el precepto, para evitar que sean las propias Administraciones quienes “ad-

¹⁴ GARRIDO FALLA (ob. cit. pág. 203) hace notar que la nueva Ley implica una notable heterogeneidad que ni siquiera la fórmula supletoria permite uniformizar, ya que el interesado, aún en el caso de que no exista norma específica, es colocado al formular su solicitud en una situación de incertidumbre sobre el momento en que se producirá el acto presunto.

¹⁵ Según SANTAMARIA PASTOR (ob. cit. pág. 168-169) no cabe otra posibilidad interpretativa razonable que la de que la norma procedimental sectorial establezca un plazo máximo a forfait (un plazo único y simple). Habida cuenta (dice) de que, en lo sucesivo, podrá haber tantos plazos máximos de resolución cuantos procedimientos diferenciados (y de estos puede haber por encima de mil), la *eficacia garantizadora* del silencio pierde, lamentablemente, muchísimos puntos.

¹⁶ Ob. cit. TAPIA pág. 188. Considera este autor que la norma del art. 43.5 (publicación de una relación de los procedimientos en que los efectos son estimatorios o desestimatorios, aunque bien intencionada está destinada al fracaso, desde el

punto y hora en que ni siquiera se impone a las Administraciones Públicas como una obligación; estamos en presencia ... de una de esas norma ... destinadas a incumplirse, en la medida en que ningún efecto deriva de su incumplimiento.

¹⁷ SAINZ DE ROBLES (ob. cit.) señala, comentando el desdoblamiento de los supuestos de nulidad radical del antiguo art. 47.1 LPA el del art. 62.1 f) : “actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición” que éste lleva aparejada su revisión de oficio en cualquier momento. Son actos presuntos por los que se adquieren facultades o derechos y esa es la categoría que el art. 110 LPA reservaba al juicio de lesividad. El campo típico de adquisición es el de las concesiones administrativas, y ahí ¿cuándo puede estimarse que se carece de los requisitos esenciales? ¿Hay que entender que se alude a las establecidas en los concursos? o ¿la esencialidad concierne a las condiciones personales del adquirente: inhabilitación, incompatibilidad, etc.?

ministren” los efectos de su propio incumplimiento del deber de resolver expresamente, menoscabando los propósitos esenciales de una Ley que pretende disciplinar el procedimiento común con el carácter de básica y no duda de que en leyes sucesivas se vaya excluyendo el efecto positivo del silencio. Según este mismo autor las leyes anteriores que nada tengan previsto se sumergen en la vorágine del silencio positivo. Y agrega, en cuanto a la publicación de las relaciones de procedimientos en que ha de tener lugar la prescripción sobre el silencio “para mejor conocimiento de los ciudadanos” (art. 43.5), que es dudoso que vaya a cumplirse; que la Administración, para hacerlo, tendrá que interpretar el régimen legal; y que, ante los posibles efectos de ello, será conveniente (aunque no necesario) impugnar aquellas relaciones cuando se publiquen, a fin de conocer cual puede ser la suerte del administrado en un determinado procedimiento.

¿Hay aumento de las garantías?

En resumen: frente a la claridad y simplicidad del sistema anterior, donde ningún obstáculo aparente se oponía a la garantía ofrecida por el art. 24.1 de la Constitución, sobre todo después de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias citadas, el sistema actual resulta ser incierto, variado y variable en cuanto a los plazos, a la clase de procedimientos en los que el efecto del silencio es negativo; en cuanto al momento de la impugnación... Por otra parte, una vez solicitada la certificación de acto presunto, los plazos para recurrir actúan inexorablemente y ni siquiera cabe ya esperar una resolución expresa cuya posibilidad ha precluido, como más atrás se ha indicado.

No puede, en modo alguno, afirmarse que el sistema actual aumente las garantías del administrado, y menos desde el punto de vista del art. 24.1. C.E.

Sin embargo, esta finalidad garantista parece haberse buscado mediante la generalización de la consecuencia estimatoria del silencio, la cual paradójicamente colocará al administrado en una situación de fuerza frente a una Administración dilatoria, puesto que al atribuirle de modo general la satisfacción de su solicitud que le permitirá hacer valer sus efectos, ello le colocará en muchos

casos frente a la oposición de aquélla con lo cual el aumento de garantías resultará más que dudoso. Al silencio positivo cabe aplicarle cuantas dudas se ofrecen para los antes citados aspectos del silencio negativo, en un régimen confuso y hasta contradictorio. Así, según antes se dice, habrá indeterminación y variedad en los plazos de resolución, normativa variada en el tiempo y el espacio en cuanto a la expresión de si el silencio es positivo o negativo, dudas fundadas en cuanto a la legislación anterior, interpretación de la Administración al publicar la relación de los procedimientos (que puede disparar el número de litigios), las dudas (que son muy de fondo) en la interpretación de las excepciones del párrafo b) del art. 43.2 ... etc., etc. No vamos a repetir lo antes dicho, porque la enorme inseguridad del administrado en cuanto a los efectos de la actitud pasiva de la Administración son aquí las mismas, para conocer con certeza si tiene que recurrir (y cuándo) o si puede considerar que su petición ha sido otorgada.

Los resortes finales de la Administración

Con todo, no es esa la menor incertidumbre. Podría decirse que, una vez transcurrido el plazo de resolución, el particular puede entender estimada su solicitud pero, para su eficacia, deberá acreditarlo mediante la certificación que establece el art. 44. Y la Administración, pese a lo dicho y en contra de la presunción constitutiva del acto, puede dictar resolución expresa contraria en los veinte días de que dispone para emitir la certificación. Aún más: el art. 62 establece que serán nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Y el art. 103 permite la anulación de oficio, sin previa declaración de lesividad (y sin acudir tampoco al procedimiento de declaración de nulidad del art. 102) de los actos declarativos de derechos si infringen gravemente norma de rango legal o reglamentario.

Parece, pues, que entre dicha ampliación de los casos de nulidad radical y la posibilidad de anulación de oficio, la Administración conserva facultades que le permiten invalidar el acto ganado por silencio después de expedida la famosa certificación. Según Sainz de Robles, aún con la

cautela sustancial que supone el dicatamen favorable del órgano consultivo, el art. 62.1. f) deja en manos de la Administración un arma verdaderamente contundente y en las del administrado un considerable vacío de seguridad y confianza¹⁸. Ha de señalarse también que la infracción manifiesta de la Ley del art. 110 LPA, el 103. a) de la actual la convierte en mera infracción grave de normas de rango legal o reglamentario.

Huelga ahora mayor comentario acerca de esta grave trasmutación y sus efectos, porque éstos son evidentes.

Parece que el principio general de irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos, que sigue siendo aplicado en la nueva Ley, experimenta una importante reducción. Tal había sido una antigua tendencia de la Administración en la práctica, erradicada por la jurisprudencia en relación con los actos originados por silencio positivo.

Según Garrido Falla¹⁹, la sustitución en el art. 103.1 del término “infracción manifiesta de la Ley” que se encontraba en el 110.1 de la LPA por el mucho más amplio de que “infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario” parece que ha podido obedecer al fin de dotar a la Administración de un amplísimo margen de apreciación que escape al principio de tipicidad, pues a ella incumbe en primer término decidir cuándo se infringen gravemente las normas jurídicas en asuntos ajenos al derecho sancionador. Propone este autor una interpretación restrictiva. Al fin y al cabo, es la que recibió de la jurisprudencia la norma del 110.1 LPA pese a ser de suyo mucho más estricta que la ahora empleada.

En definitiva, es este un nuevo portillo por donde se introduce la falta de garantía del particular que ha ganado un acto estimatorio como consecuencia del silencio de la Administración, el cual va a estar, durante cuatro años, amenazado de invalidación administrativa si es declaratorio de derechos.

6. El agotamiento de la vía administrativa

La configuración de los efectos del silencio como un acto presunto tiene además la consecuencia de que, en el caso de silencio negativo, procede contra el mismo el re-

¹⁸ Ob. cit., pág. 215.

¹⁹ Señala GARRIDO FALLA (ob. cit. pág. 242) que los términos del art. 44.5 son demasiado rotundos para darle la interpretación que él postula (que deba incluir la indicación de recursos). De modo, dice, que tendríamos que pensar en una posible inconstitucionalidad del precepto. Que se admita por la Ley la demora de la eficacia de los actos administrativos a una válida notificación cuando se trate de resoluciones expresas y se niegue en relación con las presuntas es, sin duda, una arbitrariedad del legislador, carente de toda justifica-

curso administrativo ordinario ante el superior jerárquico (salvo que aquél agotase la vía administrativa).

Pues, como no se prescribe que la certificación contenga referencia a los recursos procedentes y el plazo de interposición, (art. 44.3), si éstos se computan a partir de aquélla (art. 44.5) irían en contra de la antes citada interpretación del Tribunal Constitucional en las Sentencias mencionadas. No puede, pues, tampoco afirmarse que en este punto se haya ganado en garantías, pese a la evidente complicación. Y pensemos, también aquí, en la masa de recursos que esa omisión puede generar.

Cuanto antes se dice es aplicable al recurso contencioso-administrativo cuando el acto presunto agote la vía administrativa.

En cuanto a la obligación de comunicar al órgano que dictó el acto impugnado la interposición del recurso contencioso-administrativo, es dudosa en el caso del acto presunto. 