

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO TRAS LA REFORMA DE 1999. UN CAMBIO INADVERTIDO Y UNAS POSIBILIDADES INÉDITAS (1)

Por

JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: 1. *Silencio administrativo y Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*. 2. *El silencio administrativo y otras figuras afines*: A) La falta de respuesta a la reclamación previa y el requerimiento previstos en los artículos 29 y 30 LJ. B) La ausencia de oposición o veto por parte de la Administración en el régimen de actividades comunicadas. 3. *La nueva construcción del silencio administrativo: el silencio administrativo como acto presunto. Estructura dogmática*.—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NUEVO SILENCIO ADMINISTRATIVO: 1. *Los ejes de la nueva regulación: el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar y la voluntad del interesado*. 2. *El silencio administrativo como reacción frente al incumplimiento de la obligación de resolver expresamente y notificar en el plazo establecido*. 3. *La producción del silencio administrativo: inactividad de la Administración y voluntad de los interesados*. 4. *Las clases de silencio administrativo: silencio administrativo positivo y silencio administrativo negativo*: A) La regla general del silencio positivo. B) Los supuestos de silencio administrativo negativo. C) La adaptación a la nueva situación. 5. *La acreditación del silencio administrativo por cualquier medio de prueba*. 6. *Los efectos del silencio administrativo*. 7. *La exclusión del silencio administrativo*.—IV. PERSPECTIVA FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Como era de esperar, la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP), provocó una fuerte reacción doctrinal. Aun antes de ese momento, jornadas, coloquios y seminarios (2) pusieron de manifiesto una actitud doctrinal crítica, sobrada de fundamentos, sobre la reforma en general y sobre la nueva regulación de la inactividad formal de las Administraciones públicas en particular.

Pocos aspectos de la regulación de los actos presuntos contenida

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto «Las nuevas perspectivas del Derecho Administrativo», PB-98-0570, financiado por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología.

(2) Entre otros, *Las Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, Seminario celebrado en Barcelona el 5 de marzo de 1992, Barcelona, 1992; *El Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Coloquio de la Universidad de Córdoba que tuvo lugar el 12 de junio de 1992, Córdoba, 1993.

en los artículos 43 y 44 de la LRJAP en su versión de 1992 fueron en su momento objeto de interpretación pacífica, si es que hubo alguno. La ambigüedad de la Ley, expresión de una regulación en suma defectuosa, propició una suerte de Babel jurídica de la que la Administración fue la única favorecida, si se puede considerar así el que la reforma emprendida quedara prácticamente inoperante.

Se suele achacar a las propias deficiencias de la LRJAP las causas de su fracaso, y así es en importante medida, pero no se agotan ahí en absoluto. Creo que la doctrina no ha ayudado a extraer de ella virtualidades que indudablemente tenía. Con escasas excepciones, al menos en el tema que nos ocupa, se ha realizado un análisis excesivamente plano, pegado a la letra de la norma más que atento a la normatividad de las instituciones —a título de ejemplo, reducir el alcance de la obligación a sólo resolver, dejando al margen la operación de notificar, como si entre ambos momentos de la vida del acto no hubiera relación alguna; la naturaleza de la certificación de acto presunto, las posibilidades de resolución después de transcurrido el plazo de duración de los procedimientos (3), etc.—. Con la conciencia de que esta Ley era una de las desgracias más graves que a nuestro Derecho administrativo podía sobrevenir, no se hizo una interpretación correctora y constructiva que superase una literalidad de verdad deficiente, pero no necesariamente descabellada. Se entiende, pues, que el clamor por la reforma fuera casi coetáneo a la norma. Y la reforma se produjo por Ley 4/1999, de 13 de enero. Pero en un contexto muy diferente del que habían contemplado los críticos. La diferencia radica fundamentalmente en la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Probablemente se pueden hacer muchas valoraciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ), atendiendo a aspectos diversos, pues no es —así lo entiendo al menos— una norma con igual calidad en todas sus determinaciones. Pero sea cual sea el juicio que la Ley de lo contencioso de finales del siglo xx merezca (4), no se puede negar que ha significado una importante maduración de la concepción de fondo de la propia jurisdicción contencioso-administrativa superadora del trasnochado carácter revisor con que durante mucho tiempo se ha limitado la operatividad del control jurisdiccional de las Administracio-

(3) Sobre todos estos puntos me he pronunciado en mi libro *Los actos presuntos*, Marcial Pons, S.A., Madrid, 1995.

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Introducción», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 100, pág. 20, y S. MUÑOZ MACHADO, «Comentario a la Exposición de Motivos», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 100, págs. 23 y ss.

nes públicas, en lo que aquí importa ahora destacar. Este dato tiene evidente importancia en relación con nuestro tema, pues dada la vinculación entre el silencio administrativo y el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa era razonable esperar que una nueva formulación mucho más atenuada de éste repercutiera en la propia concepción de aquél (5). Como en su momento veremos, esto no ha sido así.

Ha transcurrido ya algún tiempo desde la reforma. Se han publicado interesantes trabajos que estudian la nueva regulación (6). También el Estado y la mayor parte de las Comunidades Autónomas han desarrollado los mecanismos de adaptación que en ella se preveían. Me parece que es un buen momento para empezar a valorar con alguna perspectiva si la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha supuesto un avance de importancia en esta materia. Aunque sea adelantar acontecimientos, creo posible afirmar que el panorama no es alentador ni positivo.

De un lado, los análisis de la reforma parecen seguir el mismo camino que la mayor parte de las críticas al texto original. En efecto, lo mismo encontramos interpretaciones rabiosamente literalistas —como sería el caso de quienes ven en la formulación de la obligación de resolver y notificar una destacable novedad— que su contrario —se prescinde por completo del carácter potestativo que claras expresiones otorgan a la producción misma del silencio administrativo—, por no citar más supuestos que los más flagrantes. Así se explican afirmaciones como que la Ley de 1999 es una simple vuelta a 1958 o que empeora notoriamente la situación de los administrados en aspectos de tanta trascendencia como su posición ante los recursos y sus plazos preclusivos. Por otra parte, los instrumentos de adaptación que he mencionado parecen orientados más a minimizar los efectos de la reforma que a llevarla a su plenitud. No obstante, la reforma en sí misma considerada es portadora de unas virtualidades que, sin agotar las nuevas perspectivas de solución del problema de la inactividad formal de las Administraciones públicas, ofrece más posibilidades de las que sus críticos quieren reconocerle.

La regulación del silencio, contenida fundamentalmente en los artículos 43 y 44 LRJAP, aunque la norma reserve la rúbrica para el artículo 43 —*silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado*—, ha ganado tras la reforma en extensión, pero se ha liberado de complejidad y ha avanzado también en claridad.

(5) J. M. BAÑO LEÓN, «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1346.

(6) La mayor parte de ellos se citan a lo largo de estas páginas.

No se puede, sin embargo, afirmar que no sea acreedora de reproches ni esté exenta de defectos, como se verá.

Acaso lo primero que llama la atención, y por eso lo destaco en estas líneas introductorias, es la vuelta decidida de la norma a la utilización de la terminología *silencio administrativo*, que, como se recordará, había desaparecido en la Ley de 1992, sustituida por la de *actos presuntos*. Ahora el Legislador utiliza ambos términos, aunque con clara preferencia por el de *silencio*. Es evidente que para quienes no advirtieron entonces la significación del cambio (7), este nuevo carezca también de sentido. Mas para quienes entonces nos pareció importante la mudanza, no deja de resultarnos significativa la nueva alteración. Desde este punto de vista, creo posible afirmar, y lo razoné en otro lugar (8), que la Ley 30/1992 supuso un cambio de concepción en el tratamiento de la inactividad formal de la Administración pública caracterizado fundamentalmente por la utilización *íntegra* del mecanismo del acto administrativo —para la estimación y desestimación— manifestada en la posibilidad de actos presuntos ilegales (9) [art. 62.1.f) es el supuesto más claro] frente a la general necesidad de adecuación a Derecho de lo solicitado, para la producción del silencio administrativo. La Ley 4/1999 aporta una singular relación entre silencio administrativo y acto, de forma consciente y reflexiva, por lo que respecta al silencio administrativo positivo —*tiene a todos los efectos la consideración de un acto administrativo finalizado(r) del procedimiento* (art. 43.3)— y de una manera más relativa y vergonzante, aunque no por ello menos real y efectiva, como se verá, en relación con el silencio administrativo negativo: *tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición de recurso* (art. 43.3).

Por este camino, tortuoso quizá, resulta que, al final, el silencio

(7) Se ha afirmado: *silencio y acto presunto es cuestión de nombre*. Por todos, R. FERNÁNDEZ VALVERDE, *De nuevo, el silencio administrativo*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 105, 2000, pág. 80.

(8) *Los actos presuntos*, págs. 20 y ss.

(9) La STS de 26 de marzo de 2001 recuerda de manera luminosa lo que ha sido la doctrina tradicional sobre el silencio positivo: *constituye una solución satisfactoria para el administrado asegurándole el acto o disposición frente a la inactividad de la Administración, pero comporta ciertos riesgos para el interés público porque puede dar lugar a que aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico y de ahí que el silencio no pueda ser utilizado como cauce para adquirir derechos contrarios a la Ley, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento*. Esta doctrina, sumamente razonable, por otra parte, desmiente el carácter de acto administrativo que no se ha dudado en aplicar al silencio, incurriendo en la contradicción de exigir para la existencia de los actos presuntos —no son posibles si infringen el ordenamiento jurídico— el requisito de su conformidad a Derecho, mientras los expresos, al parecer, sí son posibles aunque infrinjan el ordenamiento jurídico —por más que ilegales—. En poner de relieve estas contradicciones me ocupé en mi trabajo *Los actos presuntos*.

administrativo conecta con el acto administrativo (10). Pero, en mi opinión, está tan lejos de ser un *verdadero acto administrativo*, como suelen afirmar algunos, como de quedarse en una *mera ficción de efectos procesales* —expresión misteriosa respecto de la que no se dice qué es lo que se finge, aunque sólo sea a los efectos que indica—, como les gusta decir a otros, y entre ellos una copiosísima jurisprudencia que no cito pues es prácticamente toda la habida en la materia. Silencio administrativo positivo y negativo son sendos dispositivos del Legislador para obtener unos efectos por el mecanismo de la ficción utilizando el régimen del acto administrativo como referencia.

El objetivo central de este trabajo es analizar el sentido profundo de esta reforma, cuando ya la doctrina mayoritaria parece haber tomado una clara posición: se ha vuelto a lo que había antes de 1992. Con el máximo respeto a quienes piensan así, tengo que afirmar desde esta introducción que se equivocan: la Ley 4/1999 es susceptible de una interpretación más rigurosa, que no deja de lado ningún aspecto de su tenor literal ni queda absorbida por un literalismo asfixiante. Se pone así de manifiesto que la Ley, utilizando mecanismos antiguos y actuales, proporciona un conjunto mucho más sutil y matizado que las regulaciones anteriores, del que no son predicables bastantes de las críticas que se están haciendo, sin que al mismo tiempo yo afirme su perfección (11).

Así las cosas, nuevos eventos en el ámbito legislativo abren, a mi juicio, nuevas posibilidades que apuntan a un futuro esperanzador si somos capaces de no cegarnos en el lamento y el prejuicio y estamos atentos a estos signos que, tras las oportunas reformas, den paso a una situación superadora de las actuales rémoras e inercias. Una situación, en suma, que pueda suponer una verdadera *superación de la doctrina del silencio administrativo*. Éste es el propósito de este estudio.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. *Silencio administrativo y Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Se comprende que la reforma de la Ley 30/1992, que discurría en paralelo a los últimos tramos de la tramitación parlamentaria de la

(10) En mi trabajo *Los actos presuntos*, págs. 23 y ss., creo haber demostrado que no era posible afirmar en la situación legislativa y jurisprudencial anterior a la reforma de 1992 que el silencio administrativo positivo pudiera configurarse de modo riguroso como un acto administrativo.

(11) Menos aún que su perfección se afirma que sea el remedio adecuado al fin que intenta conseguir. En relación con ello me reafirmo en las posibilidades y vías que puse de manifiesto en *Los actos presuntos*, págs. 141 y ss.

LJ —véase lo próximo de sus fechas de publicación: julio de 1998 y enero de 1999—, se encontraba en inmejorables condiciones para abordar el problema de la inactividad formal de las Administraciones públicas sin la rémora del pasado. En efecto, era lógico pensar que un Parlamento (12) que, mal que bien, estaba superando el abusivo entendimiento del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa podría prescindir de las técnicas de combatir la mencionada inactividad que encontraban en él su origen.

En el régimen inmediatamente anterior a la LRJAP, la Ley de lo contencioso de 1956 regulaba el silencio administrativo negativo, que, por ser entonces la regla general prevista contra la inactividad formal de la Administración, era el silencio administrativo por antonomasia. El artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se limitaba a repetir el artículo 38 de aquella, asumiendo así su misma concepción. En ella el silencio positivo era algo complementario del negativo, secundario, necesitado de regulación específica, llamado, en el fondo, a constituir el elemento de cierre de un sistema del que en modo alguno podía considerarse la clave. El cambio que los autores de la LRJAP introdujeron con su pretensión, más o menos ingenua y mal trazada, de invertir la regla general tuvo como efecto colateral trasplantar la regulación de esta materia del ámbito de la legislación procesal a la de régimen jurídico y procedimiento administrativo. En consecuencia, los redactores del proyecto de LJ, al atender al nuevo objeto del recurso contencioso-administrativo (Título III) y pese a la amplitud con que concibieron *la actividad administrativa impugnabile* (Capítulo I del Título III), se limitaron a dejar las cosas como estaban, aceptando el concepto y la técnica de acto presunto (arts. 25 y 46.1) del Derecho entonces vigente sin reparar en la estrecha vinculación entre la problemática que, tanto con el silencio como con el acto presunto, se trataba de resolver: el incumplimiento de la obligación de resolver expresamente que cerraba el paso al recurso jurisdiccional, en último término. El hecho no deja de ser llamativo cuando el Legislador blasonaba de haber superado el mencionado carácter revisor admitiendo el recurso contra algunos supuestos de inactividad (art. 29) y la vía de hecho (art. 30) (13).

(12) Cuando la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 era aún borrador de Anteproyecto sugerí el tratamiento de la inactividad formal de las Administraciones públicas retomando los orígenes jurisdiccionales de silencio administrativo, a lo que se prestaba un proyecto que afrontaba el control judicial de la inactividad material. Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995, transcrito en *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, coordinador A. PÉREZ MORENO, Aranzadi, 1995, pág. 114. Previamente lo había sugerido en mi obra *Los actos presuntos*, pág. 143.

(13) J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, coordinador A. PÉREZ MORENO, Aranzadi, 1995, pág. 115.

Los redactores de la reforma de la Ley 30/1992, por su parte, parece que estuvieron más preocupados por salvar los defectos técnicos de ésta que de afrontar una solución de fondo coherente con las posibilidades que en ese momento ya deparaba nuestro Derecho positivo. Por otra parte, encontraban un importante pie forzado en los artículos 25 y 46.1 ya citados, contra los que nadie parece tuviera auténticos deseos de enfrentarse. De un lado, porque, aunque parezca asunto menor, reformar la LJ cuando se acababa de publicar no podía dar muy buena imagen ante la opinión pública, al par que, de otro, internamente acoger una concepción de significado procesalista creaba los típicos y engorrosos problemas competenciales (14) al rozar de nuevo la materia propia del Ministerio de Justicia. El resultado ha sido patente: se ha desaprovechado la ocasión de abordar el problema de la inactividad formal desde una de sus perspectivas naturales, el control judicial del incumplimiento de la obligación de resolver y notificar, sin necesidad de arroparlo de aditamento alguno de régimen jurídico como son las ficciones de la estimación o desestimación en que seguimos anclados.

La LJ es una prueba de que cabe un control directo de situaciones de inactividad, y otras normas posteriores, como la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, del derecho de petición, a la que me referiré más adelante, han puesto de relieve que cabe este control cuando el incumplimiento de la Administración consista precisamente en hurtar, por la razón y del modo que sea, una respuesta expresa en un plazo concreto.

2. *El silencio administrativo y otras figuras afines*

A) *La falta de respuesta a la reclamación previa y el requerimiento previstos en los artículos 29 y 30 LJ.*

Entre las aportaciones más novedosas de la LJ de 1998 se encuentra, sin duda, la expresa extensión del recurso contencioso-administrativo contra algunos supuestos de inactividad de la Administración y contra los de vía de hecho en que ésta pudiera incurrir. Sin perjuicio de que acaso apurando las posibilidades del régimen anterior con una interpretación constructiva bajo el impulso de los principios constitucionales se pudiera llegar a solucio-

(14) Las dificultades que ocasionan estos problemas internos fueron señaladas por J. LEGUINA VILLA, *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, coordinador A. PÉREZ MORENO, Aranzadi, 1995, pág. 161. Después, también F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Silencio administrativo: ficción, trampa y caos*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 30, 2000, pág. 134.

nes análogas (15), lo cierto es que ésa no era la situación real del funcionamiento cotidiano del sistema, por lo que no puede sino valorarse muy positivamente la regulación de los artículos 29 y 30 y concordantes del nuevo texto de la Ley de lo contencioso, aun a pesar de los problemas interpretativos y de las lagunas e insuficiencias que la nueva normativa ofrece (16).

Es sabido cómo en los preceptos aludidos se prevé una reclamación previa a la Administración para que salga de su inactividad y cumpla con su obligación —art. 29— y un requerimiento para que cese en la actuación material lesiva a los intereses del particular —art. 30— (17). La reclamación es obligatoria y tiene carácter potestativo el requerimiento. No es el motivo de este trabajo entrar en su estudio y análisis, pero hay un aspecto al que sí conviene hacer referencia y efectuar una clara toma de postura, justamente con el fin de colaborar a que lo que el Legislador quiere haber dejado claro no lo enturbiamos con prejuicios y elucubraciones doctrinales. En efecto, el Legislador en la Exposición de Motivos sale al paso de posibles equívocos que se puedan suscitar —como ya se suscitaron en relación con el Proyecto y parecen estar suscitándose con el texto de la Ley— para explicar que los aludidos reclamación y requerimiento *no convierten a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso, por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos... ni como se ha dicho... la falta de estimación total o parcial de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario lo que se impugna sin más trámite es directamente, la inactividad o actuación material correspondientes, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso.*

Creo que son muchas e interesantes las cuestiones que en este párrafo plantea el Legislador, acaso demasiado escuetamente y de manera muy sintética. Toca a la doctrina desarrollarlas y sería una pena que en esa tarea, en lugar de extraer todas las posibilidades que se encierran —desde una más matizada concepción del acto adminis-

(15) F. GARRIDO FALLA, «Actividad administrativa impugnabile», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 100, pág. 265 y ss.

(16) Son de gran interés al respecto los trabajos de T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Comentario al artículo 29»; F. LÓPEZ MENUDO, «Comentario al artículo 30», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 100, y M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Ed. Lex Nova.

(17) Las mismas reflexiones pueden hacerse en relación con la falta de respuesta a que se refiere el artículo 110.3 LJ en relación con la solicitud de reconocimiento de los efectos de una sentencia.

trativo que lo vincula al ejercicio de potestades administrativas sin asimilarlo a cualquier declaración emanada de la Administración, hasta una consideración directa de las conductas administrativas (omisiva o fáctica) como presupuesto del recurso contencioso-administrativo, sin necesidad de la intermediación del acto—, quedásemos presos de nuestros prejuicios y rutinas, incluso en el mejor sentido de nuestras técnicas más experimentadas, y nos negásemos al aire novedoso y abierto a otras posibilidades de las palabras transcritas.

Por eso, cuando el Legislador dice que —en lo que aquí atañe— la falta de respuesta a la reclamación o al requerimiento no genera acto presunto, no hay que escandalizarse y ver un supuesto extraño de silencio administrativo. No se olvide que, en su sentido original, silencio y acto presunto son técnicas alumbradas para suplir la falta de acto expreso, mientras que lo que el Legislador aquí dice es sencillamente que aquél no es necesario porque se puede impugnar directamente la inactividad y la actuación material constitutiva de vía de hecho sin su intermediación. Creo que estamos ante un avance considerable en relación con nuestro tema: simplemente, admitir que la ausencia de pronunciamiento de la Administración no es obstáculo a su control judicial. Dicho de otra forma: que silencio o acto presunto, que desde esta perspectiva tanto da, no acuden a una situación de pasividad de la Administración como la sangre a la herida, de forma que donde no hay acto expreso tenga que haber necesariamente acto presunto o silencio (18), sino que el Legislador utiliza estas técnicas según su conveniencia, por lo que en determinado momento —alguno de los supuestos a que me estoy refiriendo (19)— la pasividad es objeto de tratamiento en sí misma: no requiere ninguna consideración específica y deja paso a la acción judicial contra el incumplimiento frente al que se reclamó o la actuación fáctica contra la que se requirió.

No es necesario que nos detengamos más en este aspecto. Baste con señalar que la LJ ha dado, especialmente en el plano de las concepciones, un paso gigantesco. La lástima es que no haya sido totalmente consecuente con ello en el más comprometido del régimen jurídico. De haberlo hecho, esta técnica habría quedado completamente superada al liberarse por completo a la jurisdicción contencioso-administrativa del viejo mito de su carácter revisor (20).

(18) Es obvio que existe una actitud fáctica silente, pero eso no es la técnica jurídica del silencio administrativo.

(19) La misma naturaleza tiene, a mi juicio, la falta de resolución a que se refiere el artículo 110.2 LJ.

(20) DE LA QUADRA-SALCEDO realiza unas reflexiones muy acertadas en sus *consideraciones finales* al comentario al artículo 29 LJ, acerca de la conveniencia de revisar el régimen del silencio al no ser indispensable el acto previo para acudir a los Tribunales. «Comentario al artículo 29», cit., pág. 313.

B) *La ausencia de oposición o veto por parte de la Administración en el régimen de actividades comunicadas.*

El influjo del Derecho comunitario, algunas pretensiones de reaccionar frente a la inactividad formal de las Administraciones públicas, así como las tendencias desreguladoras de los últimos años, han provocado la proliferación de técnicas de intervención alternativas a la clásica autorización consistentes básicamente en comunicaciones a la Administración que abren la posibilidad de reacción por parte de ésta obstativa a lo comunicado (21). Dentro de la dinámica de estas técnicas está el que la Administración estime que no debe reaccionar contra lo comunicado, sin que ello entrañe, obviamente, un supuesto de pasividad. Otras veces se ha querido relacionar el silencio administrativo positivo con una suerte de veto no ejercitado contra la acción del particular. Ninguna de estas posibilidades, por más que en ocasiones pueda presentar alguna similitud fáctica con el silencio administrativo positivo, supone analogía de naturaleza. Como acertadamente se ha destacado, el silencio administrativo presupone el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar, de la que están exceptuados *los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración* (art. 42.1) (22). No tenemos, por tanto, que detenernos más en este punto.

3. *La nueva construcción del silencio administrativo: el silencio administrativo como acto presunto. Estructura dogmática*

El cambio experimentado en el Derecho positivo tras las reformas de 1992-1999 despliega una situación original en nuestro Derecho: la verdadera consideración del silencio administrativo como acto presunto, en una síntesis que abarca y supera la concepción tradicional de aquél a la que se incorporan los elementos característicos de éste. En otro trabajo he demostrado cómo el verdadero *modus operandi* del silencio era el otorgamiento de lo pedido directamente por la Ley al interesado, o bien su habilitación para acudir a los me-

(21) C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, 2001, cita un amplio elenco de supuestos de nuestro Derecho positivo y efectúa una estimable configuración del perfil de esta nueva técnica de intervención carente de regulación de carácter general.

(22) C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración*, cit., págs. 91 y ss.

canismos administrativos o judiciales de impugnación si, transcurrido el plazo en las condiciones establecidas, no obtenía respuesta a su pretensión (23). La aportación del Legislador de 1999 ha sido la de incrustar en ese esquema la dinámica del acto administrativo. Con ello no se rechaza en su consideración global la técnica utilizada desde 1992, pero se la matiza y precisa. Se renuncia a hablar de *los actos presuntos* como una categoría autónoma de acto administrativo, que parecía desprenderse de la propia rúbrica del artículo 43 en su redacción de 1992, y se utiliza el concepto de acto como un *esquema de referencia*. Esto es, en los casos de pasividad administrativa el silencio supone una ficción legal (24) que actuando al modo del acto administrativo, es decir, según su técnica singular y particularizada, faculta al interesado en la dirección que corresponda. Así, es sumamente significativo el párrafo primero del artículo 43: *el vencimiento el plazo legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud a entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda sin perjuicio de la resolución que la Administración deba dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo*. Se encaja de esta manera perfectamente, como hemos de ver, la solución a la pretensión insatisfecha del solicitante y el mantenimiento de la obligación de resolver expresamente, sin distorsiones ni contradicciones, como ocurría antes de la reforma de 1999. De esta manera, el silencio administrativo supera la lacra de falta de seguridad del interesado que en el supuesto del silencio positivo se le ha achacado tradicionalmente, con el rechazo de la doctrina del acto inexistente en caso de disconformidad de lo pedido con la legalidad aplicable, quedando obligada la Administración a utilizar los mecanismos revisores oportunos (25) si considera que no debe quedar vinculada a lo otorgado por silencio, y la técnica del acto presunto adquiere una justificación clara que le permite un desenvolvimiento coherente más allá de voluntarismos desmentidos por la realidad (26) (p. ej.,

(23) *Los actos presuntos*, págs. 26 y 28, donde se explica el régimen del silencio administrativo antes de 1992 y el significado institucional del cambio aportado por la Ley 30/1992.

(24) Quizá quien mejor ha tratado la doctrina de la ficción en relación con el silencio administrativo, criticando la idea de presunción, sea F. GONZÁLEZ NAVARRO. En la actualidad desarrolla y perfecciona un trabajo anterior en *Silencio administrativo: ficción, trampa y caos*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 30, págs. 131 y ss. En la exposición de GONZÁLEZ NAVARRO se echa de menos una definición exacta de ficción. Puede verse al respecto A. TRAVI, en *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, citado por mí en *Los actos presuntos*, cit., pág. 45.

(25) De ahí que no considere justificada la crítica que hacen algunos autores (por todos, F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Silencio administrativo: ficción, trampa y caos*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 30, pág. 151). Esta crítica no es específica del silencio sino, en general, de la potestad de la revisión de oficio.

(26) A quienes mantienen que los actos nacidos del silencio administrativo son *verda-*

producción del acto presunto y mantenimiento de la obligación de resolver en determinadas circunstancias). Nos hallamos ante un cambio que no es una simple cuestión nominalista que denomine silencio administrativo a lo que desde 1992 se llama acto presunto, sino de cambio de concepción, de manera que el resultado de la reforma de 1999 ni es el silencio de la normativa anterior a 1992 ni simplemente los actos presuntos de 1992, que ahora se denominan por el Legislador también silencio administrativo (27).

El nuevo hito de la evolución de 1999 es precisamente soldar silencio administrativo con acto presunto. Esto significa utilizar la estructura del acto administrativo para obviar los inconvenientes prácticos del silencio positivo: la exigencia de conformidad al Derecho no es ya un requisito de existencia del acto presunto, sino que se comporta como parámetro de control *a posteriori* del contenido de aquél, exactamente igual que los actos expesos. Sin embargo, no por ello puede hablarse del silencio o del acto presunto como *verdadero acto administrativo*. Si a lo que se quiere aludir con esta expresión es a una *referencia a la mecánica del acto administrativo* podría admitirse. Ahora bien, si ese verdadero acto se entiende como acto real, una modalidad de acto como otro cualquiera, no es posible sino oponer la más rotunda negativa, pues supone incurrir de nuevo en el voluntarismo más descarado contra el que se rebela la simple constatación de los hechos que sirven de presupuesto. La sustancia de estos actos era la ficción, como ya he dicho, en el planteamiento de 1992 (28). Ciertamente, se fingía un acto en el momento en que la Ley se remi-

deros actos hay que recordar que entonces no podrán decir que el acto administrativo es una declaración de voluntad, conocimiento, etc., conforme la conocida definición de ZANOBINI. A mi juicio, la coherencia de esta postura les debe obligar a formular un nuevo concepto de acto administrativo.

(27) El influjo de nuestros mejores autores parece haber satisfecho de tal forma al resto de la doctrina que se recibe casi como dogma la afirmación de que la Ley 4/1999 ha vuelto al planteamiento tradicional. Una vez instalados ahí, muchos de los aspectos de la nueva regulación o se consideran regresivos sobre la situación de la reforma de 1992 (plazo para el contencioso), o se consideran incongruencias, faltas de técnica, etc. (utilización en ocasiones de la expresión acto presunto), o sencillamente no tienen sentido. No sé muy bien si los autores del proyecto pretendieron una simple vuelta a lo anterior a 1992, que no lo creo, pero sí me parece posible afirmar que lo que hay en la Ley es diferente tanto de lo anterior a 1992 como de lo anterior a 1999. Otra cosa es que el texto que consideramos esté libre de defectos, que, como veremos, no lo está, o incluso que el enfoque general de la reforma sea el acertado, cuestión también sumamente discutible. Es la concepción que se desprende de trabajos de jóvenes y, por lo demás, valiosos autores como X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La obligación de resolver y notificar y el silencio administrativo*, pág. 29 (donde cita a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 540, para quienes se ha producido una vuelta al planteamiento tradicional), o M. GÓMEZ PUENTE, *La entrada en vigor del nuevo régimen del silencio administrativo*, «Justicia Administrativa», núm. 12, pág. 5; *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, 2.ª ed., 2000, págs. 683 y ss.

(28) *Los actos presuntos*, págs. 44 y 45. Últimamente parece admitirse esta idea, aunque respecto del silencio negativo se sigue hablando de ficción de efectos procesales.

tía de la forma más amplia a su mecánica, incluida su patología al admitirse el acto presunto ilegal —art. 62.1.f) LRJAP—, pero aun así creo que hay que tener cuidado al afirmar la veracidad de tales actos. Se trataba de artilugios del Legislador para combatir una situación indeseable —la pasividad— y, como tales, alcanzan exclusivamente a esa finalidad y *nada más*. La regulación de 1999 da un paso más: la apelación al acto administrativo juega en este contexto exclusivamente *como medida de los efectos del silencio*. Aquí está, a mi juicio, la mayor originalidad de la reforma de 1999 y su diferencia con el régimen de 1992. Éste sustituyó el mecanismo del silencio por el de unos actos contruidos sobre la técnica de la ficción, pero ahora aun la ficción en que consiste el acto presunto del nuevo marco legal se reduce a una mera *referencia* (29) para delimitar los efectos del silencio.

Por ello es absolutamente coherente el texto positivo cuando se expresa en términos estrictamente potestativos: *el vencimiento del plazo legitima al interesado o a los interesados que hubieren deducido la solicitud a entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo* (art. 43.1); *los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes por silencio administrativo* (art. 43.2). Y ello, como puede verse, tanto respecto del silencio administrativo positivo (estimadas) como del negativo (desestimadas). No hay nada de la imperatividad que en otros momentos se ha utilizado para este tipo de actos (Estatuto de Calvo Sotelo, Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en relación con el silencio positivo), desarrollando el aspecto de facultad en garantía del interesado que tradicionalmente ha caracterizado al silencio administrativo. En consecuencia, es determinante para su pleno despliegue la voluntad del interesado dando por otorgado o denegado lo que en su momento solicitó. Se daría, pues, la paradoja de un acto administrativo que no procede de la voluntad de la Administración, ni siquiera de la del Legislador sustituyéndola, sino del administrado. Es obvio, pues, que no nos encontramos ante un acto administrativo. Simplemente, el interesado es habilitado por la Ley —*el vencimiento legitima al interesado* (art. 43.2)— para actuar *como si la Administración hubiese dictado un acto* ante un presupuesto que se cifra en la inactividad de la Administración. Hay aquí una subjetivización del mecanismo de producción, característica de la

(29) Desde esta perspectiva tiene pleno sentido la observación de X. ARZOZ SANTISTEBAN acerca de que el Legislador podía haber previsto un régimen más flexible de la revisión de oficio, y posiblemente otras variantes igualmente razonables. *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, pág. 73. A este respecto conviene recordar que la cláusula f) del apartado 1 del artículo 62 LRJAP se introdujo precisamente en atención a los actos presuntos obviamente de carácter estimatorio. Mi trabajo *Los actos presuntos*, pág. 111.

institución del silencio administrativo que recuerda el texto del artículo 38 de la Ley jurisdiccional de 1956. Ese sentido subjetivista de facultad en manos del interesado fue totalmente desvirtuado por la doctrina del acto presunto y no consiguió rehacerlo la de la ficción de efectos procesales. El Legislador de 1999 vuelve a la carga —veremos con qué suerte— seleccionando e identificando de un modo bastante preciso al interesado que puede beneficiarse del silencio: *el que hubiera deducido la solicitud* (art. 43.1) o que hubiese *comparecido en el procedimiento* (art. 44.1) (30). Al mismo tiempo, se marcan unas pautas de conducta a estos interesados y a la Administración cifradas precisamente en el régimen jurídico de los actos declarativos de derecho y los meramente negativos (31).

Esta concepción tiene efectos prácticos importantes. A ellos me referiré en el momento adecuado. Ahora lo que importa dejar claro es que, en la nueva regulación, la relación silencio positivo-acto presunto no puede describirse con la simplista consideración de que el silencio administrativo positivo es un verdadero acto administrativo. Repito que no estamos tampoco ante una pura cuestión terminológica. Más bien debe afirmarse que, mediante la incorporación de la técnica del silencio administrativo, la reforma de 1999 ha querido sustituir un mecanismo de producción de actos ficticios frente a los supuestos de inactividad por la configuración de una facultad de determinados interesados para, si lo desean, salir de la situación de pasividad administrativa que se caracteriza como el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar dentro del plazo establecido. Los efectos del ejercicio de dicha facultad se determinan con referencia al régimen de los actos administrativos. Siendo precisos, por tanto, puede decirse que *el acto presunto no es más que un marco de referencia al que conduce la inactividad de la Administración cuando el interesado legitimado hace uso de su facultad de beneficiarse de los efectos del silencio*. Este marco de referencia se identifica con el régimen del acto administrativo estimatorio o desestimatorio. De todo esto me ocuparé a continuación.

(30) Al regular el silencio administrativo el Legislador no ha pensado en el tercero; por tanto, nos encontramos ante una laguna que habrá de resolverse lo mejor que se pueda, sin que quepan, a mi juicio, soluciones generales. Es apreciable el esfuerzo de J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *Silencio Administrativo en vía de recurso y terceros interesados*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 61, págs. 137 y ss.

(31) Ante la claridad del texto, no puedo compartir interpretaciones como la que realiza L. PAREJO ALFONSO, *La nueva regulación del llamado silencio administrativo*, «Documentación Administrativa», núms. 254-255, 1999, págs. 116 y 117.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NUEVO SILENCIO ADMINISTRATIVO

Este apartado tiene por objeto la exposición del nuevo régimen jurídico del silencio administrativo, que es, a la vez, el régimen jurídico del nuevo silencio administrativo. Con ello no quiero hacer ningún juego de palabras pretendidamente ingenioso, sino resaltar la principal idea de fondo que he querido enunciar hasta ahora: no nos encontramos ante la simple rehabilitación de la técnica del silencio administrativo que se regulaba en las Leyes de los años cincuenta. Situados en esta perspectiva, todo lo más que entiendo se puede admitir es que la nueva Ley ha hecho una nueva construcción de la misma, siquiera en esa tarea haya utilizado materiales de aquella legislación y de la Ley de 1992.

Como es lógico, pretendo algo más que una simple descripción de las prescripciones legales. A ellas habré de atenerme y no voy a hurtarme a su exégesis con la finalidad de profundizar, en la mejor medida posible, en la comprensión de esta institución no ya desde una perspectiva general, como hasta ahora, sino descendiendo a los detalles de su regulación positiva. Aunque tampoco pretendo agotar todos sus aspectos. A partir de ahí es mi intención formular la crítica con el deseo de cooperar a la satisfacción de algunos de los problemas que plantea la regulación de la inactividad formal de las Administraciones públicas.

En el apartado anterior he procurado exponer las líneas básicas de la concepción introducida en la Ley 30/1992 por la reforma de 1999. Una concepción que, si bien se mueve en línea de continuidad con la anterior, no puede negarse que la ha modificado de manera importante. Es ahora cuando el silencio administrativo se hace acto presunto con el significado que he descrito más atrás pero, al mismo tiempo, el acto presunto se encaja en un contexto funcional específico al servicio de la garantía del interesado que le proporciona unos perfiles muy determinados. En efecto, lejos de la consideración tosca del acto presunto como verdadero acto administrativo, la técnica de la ficción que le dio su armazón estructural durante la vigencia de la primera versión de la Ley 30/1992 se matiza en una formulación aún más sofisticada: sobre el soporte de la técnica del silencio, la referencia al acto cumple una finalidad de medida de los efectos de la reacción contra la inactividad formal de la Administración.

Este cambio de concepción genera, como es natural, importantes modificaciones de régimen jurídico. A la exposición de éste se destina el presente apartado. En él no pretendo una exposición comparativa o secuencial de la nueva regulación con respecto de la anterior,

sino simplemente analizar el nuevo régimen del silencio administrativo, sin perjuicio de las referencias a la normativa anterior que sea preciso realizar.

1. *Los ejes de la nueva regulación: el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar y la voluntad del interesado*

La ambigüedad de la regulación de los actos presuntos en 1992, en cuanto apoyada sobre las dos piezas fundamentales del incumplimiento de la obligación de resolver (art. 43.1) y la certificación de los actos presuntos (art. 44), obligaba a la hora de encarar su análisis dogmático a una opción previa, declarada o no, de carácter metodológico en cuanto afectaba al enfoque general y a la interpretación de todos y cada uno de los aspectos del régimen jurídico de la institución, cuya consecuencia inmediata implicaba la jerarquización de dichas piezas o elementos fundamentales. En efecto, una cabal comprensión de la figura exigía que estas dos piezas clave de la regulación se ponderasen adecuadamente, pues de la ponderación que se hiciera de cada una de ellas y de sus recíprocas relaciones iba a depender el que se extrajera una idea u otra de la regulación del acto presunto. La cuestión no era baladí y tenía repercusiones prácticas importantes. Si se estimaba que la pieza rectora de la interpretación era la certificación —como, al parecer, entendió un buen número de los autores (32), la Administración (33) y los mismos Tribunales—, el incumplimiento de la obligación de resolver dentro del plazo establecido no sería más que el presupuesto para poner en marcha una serie de mecanismos que culminarían con la certificación, en cuyo momento habría que entender perfeccionado el acto presunto. En consecuencia, hasta entonces la Administración no sólo continuaba vinculada a su obligación de resolver, sino que podía hacerlo sin ningún tipo de condicionamientos. Otros sosteníamos que el incumplimiento de la obligación de resolver en el tiempo establecido era la clave de la interpretación de los demás elementos de la regulación de los actos presuntos, tanto de la función y alcance de la certificación como de la posibilidad de resolver expresamente hasta que recayese la certificación y la prohibición de hacerlo con posteriori-

(32) Ésta es la postura que adoptan GARCÍA-TREVIJANO, PAREJO ALFONSO y SAINZ MORENO, entre otros. Entre los autores que han escrito después de la reforma mantiene esta posición X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, pág. 24, entre otras.

(33) Es la concepción que luce en los numerosos Reales Decretos de adecuación de procedimientos en la Administración del Estado.

dad a ésta (34). En definitiva, era la cuestión del carácter constitutivo o declarativo de la certificación.

La razón fundamental de la elección radicaba en entroncar con la adecuada funcionalidad de los actos presuntos, que sólo ofrecían explicación cumplida de todos sus aspectos desde la óptica del incumplimiento de la obligación de resolver expresamente dentro del plazo establecido, consagrada por el artículo 42.1 LRJAP en su versión original. El acto presunto era la ficción con que el ordenamiento jurídico reaccionaba frente al incumplimiento de la obligación de resolver. Era la forma que adoptaba su repulsa; por tanto, algo automático, no querido en sí mismo, pero que se consideraba necesario. En función de la efectividad de esta obligación estaban concebidos los demás aspectos del régimen de los actos presuntos, como la certificación. Sólo desde el máximo realce de la obligación de resolver y su incumplimiento era posible una comprensión coherente —aunque no sencilla— de la reforma de 1992, que, de otro modo, quedaba reducida a un episodio más de embarullamiento de una regulación sin resultados innovadores claros y, sobre todo, útiles (35).

Pero la norma ha cambiado y aquí se advierte uno de los efectos del cambio. En primer lugar, ha desaparecido la certificación de acto presunto que antaño regulaba el artículo 44 LRJAP, pues el nuevo certificado a que alude el artículo 43.5 no tiene la significación de aquélla. Pero hay otro cambio importante de fondo. Cuando en páginas anteriores se viene afirmando que el silencio administrativo se hace acto presunto en la Ley 4/1999 y que el acto presunto es asumido en el contexto del silencio administrativo, no se está haciendo un juego de palabras ni se pretende un malabarismo conceptual con que avalar posturas anteriores. Se quiere decir sencillamente que cuando la Ley 4/1999 recupera el término de silencio administrativo para su uso en un texto legal, rectificando la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 acerca de la *superación del silencio administrativo*, está haciendo algo más que una simple operación de nostalgia terminológica. Está fijando la urdimbre de la regulación sobre las notas específicas y propias de una y otra técnica, conectadas en una síntesis original que define su perfil tanto frente a la regulación previa a 1992 como a la de la Ley 30/1992, de forma que ni

(34) Era la posición defendida en mi trabajo *Los actos presuntos*.

(35) Se puede constatar en las obras de los autores que siguen la interpretación que se critica cómo en algún momento se cuestionan acerca del verdadero sentido de la reforma pues, a su parecer, todo seguía igual pero más complicado. Con esto no quiero decir que el régimen de la Ley 30/1992 en su primitiva redacción fuera útil, sino que sólo desde la postura que se defiende en el texto era posible comprender una reforma que de otra manera era ininteligible como tal, al margen de que fuera o no buena.

el silencio administrativo de ahora es el del contexto de la LPA de 1958, ni los actos presuntos del texto actual son los de antes de la reforma, lo que en el orden práctico se traduce en la posibilidad de que por silencio se obtenga lo pedido aunque sea ilegal, sin perjuicio de su ulterior revisión, como ya he destacado, y en que el silencio administrativo no sea un resultado inexorable del transcurso del tiempo con independencia de que el particular quisiera o no hacerlo valer, según entendíamos algunos la normativa anterior, ni del arbitrio de la Administración en los contados casos en que certificaba el acto presunto (puesto que hasta ese momento podía resolver sin limitación, en el sentir de la mayoría de la doctrina). La nueva regulación se apoya *ex aequo*, en mi opinión, en el transcurso del plazo establecido sin que se cumpla la obligación de resolver expresamente y en la voluntad del particular, al que la Ley habilita —legítima, en el texto literal— para entender estimada o desestimada una petición; ninguno de estos dos elementos son suficientes por sí para producir el efecto que denominamos silencio administrativo, cuyo alcance viene determinado por la referencia al acto estimatorio o desestimatorio. Entiendo que éstas son las claves de la nueva regulación y a su análisis se dedica este apartado.

2. *El silencio administrativo como reacción frente al incumplimiento de la obligación de resolver expresamente y notificar en el plazo establecido*

Los artículos 43 y 44 LRJAP regulan los efectos sustantivos del incumplimiento de la obligación de resolver expresamente. Las nuevas rúbricas de estos preceptos anuncian un contenido que matiza profundamente los efectos que del incumplimiento de que tratamos extraía la Ley antes de la reforma de 1999. A la anterior rúbrica *los actos presuntos* que encabezaba el artículo 43 y la accesoria *certificación de actos presuntos* con que el artículo 44 cerraba una regulación farragosa, artificiosa y confusa, sucede ahora una escalonada y diversificada regulación del incumplimiento de la obligación de resolver que se materializa en varios efectos: a) *el silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado* (art. 43: silencio administrativo positivo y negativo en los términos que más adelante analizaré); b) *el silencio administrativo negativo en los procedimientos iniciados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos y otras situaciones jurídicas individualizadas* (art. 44.1), y c) la caducidad.

Lo primero que salta a la vista a partir de la literalidad de estos preceptos es la diferente expresión con que la norma establece una nítida separación entre los dos primeros supuestos y el tercero. En efecto, me parece que no se puede soslayar el hecho de que el artículo 44.2 se manifieste con auténtica rotundidad y en términos claramente imperativos para determinar que el *vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen producirá la caducidad*. En los otros dos supuestos la Ley es también sumamente expresiva pero con un contenido muy diferente: en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa *legítima al interesado o interesados que hubiesen deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo (43.1)*, y lo mismo en los procedimientos iniciados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas: tras el vencimiento del plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, *los interesados que hubiesen comparecido en los mismos podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo*. En ninguno de los tres casos, el vencimiento del plazo que nos ocupa sin notificar la resolución exime a la Administración del cumplimiento de esta obligación.

Una vez producido el presupuesto de hecho cifrado en una manifestación de inactividad de la Administración se encadenan una serie de consecuencias, comunes unas y diversas otras según los diferentes tipos de procedimientos: iniciados a solicitud del interesado o de oficio en su doble modalidad, susceptibles de producir consecuencias favorables, de una parte, y de gravamen, de otro lado. Entre las notas comunes destaca la subsistencia de la obligación de resolver más allá de la producción del efecto que la norma anuda al presupuesto de hecho: silencio administrativo positivo o negativo y caducidad.

La primera diferencia, sin embargo, se presenta en la índole de la resolución que aún tiene la Administración obligación de emanar. En los casos que dan lugar a caducidad la Administración deberá declararla, ordenando el archivo de las actuaciones con los efectos previstos en el artículo 92. En los supuestos de silencio la Administración no viene obligada a declararlo, pero si se ha producido efectivamente quedará limitada en sus posibilidades de resolución a lo establecido en el apartado 4 del artículo 43. Esta diferencia entre ca-

ducidad (36) y silencio administrativo no hace sino poner de manifiesto otra más profunda que deriva de la diversidad de naturaleza de ambas instituciones. La caducidad marca el desapoderamiento temporal de la Administración, que ve decaer el ejercicio de una determinada potestad en un momento concreto como consecuencia de su inactividad. Se trata de un límite objetivo que le establece la propia Ley de quien, en último término, procede. De ahí su carácter imperativo —*se producirá la caducidad*—, que deberá declararse incluso de oficio sin necesidad de requerimiento del interesado (37). Decaída la potestad sancionadora o, en general, de intervención, no cabe una resolución que materialice su ejercicio, sino que éste deberá limitarse a constatar el mencionado desapoderamiento (art. 42.1, párrafo segundo), pues la resolución que ponga fin al procedimiento no será una actualización y ejercicio de la potestad que se quiso ejercer a través del procedimiento caducado, sino mera constatación de su actual imposibilidad por el transcurso del plazo para haberlo hecho, sin perjuicio, naturalmente, de un nuevo intento de ejercicio de la potestad en cuestión si ello fuese aún posible en el supuesto concreto de que se trate (38). Con el silencio administrativo no se pretende, al menos directamente, establecer límites a la actuación de la Administración, sino ofrecer a los interesados una posible salida frente a una situación de pasividad y vacío, habilitándoles para utilizar en su beneficio la ficción en que el acto presunto consiste.

De ahí que el silencio administrativo positivo o negativo no sea una consecuencia del simple transcurso del plazo de duración del procedimiento, sino que opera por la conjunción de tres factores: uno fáctico, el vencimiento del plazo indicado sin que se resuelva y notifique; otro normativo, la norma que ordena que ante tal situación se legitime al interesado o interesados que dedujeron la solicitud (art. 43.1) o hubiesen comparecido en el procedimiento iniciado de oficio, y un tercero de carácter subjetivo, la voluntad de éstos de tener por estimada o desestimada la pretensión. En este punto, la diferencia entre el régimen de la Ley de 1992 y la reforma de 1999 ra-

(36) Cuanto se está diciendo se refiere exclusivamente a la caducidad del procedimiento iniciado de oficio al que se refiere el artículo 44. La problemática de la caducidad del artículo 92 es diferente, por más que éste sea también aplicable en cuanto a los efectos de esta figura.

(37) V. AGUADO I CUDOLA, *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Marcial Pons, 1999, págs. 51 y ss. En sentido contrario, M. GÓMEZ PUENTE, *Prescripción, caducidad y perención administrativas*, «Justicia Administrativa», núm. 4, 1999, pág. 39; F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La caducidad del procedimiento administrativo*, Madrid, 1998.

(38) Aunque el supuesto que contemplamos sea un caso, más que de caducidad sin más, de perención, creo que, en definitiva, ésta es una subespecie de aquélla, en cuanto afecta a un elemento de la potestad como es el procedimiento, por lo que muchas de las notas o propiedades predicables serán las mismas. M. GÓMEZ PUENTE, *Prescripción, caducidad y perención administrativas*, cit., págs. 28 y ss.

dica, desde una perspectiva práctica, en que esta última exige la voluntad del interesado, aunque no cualquiera de ellos, sino que restringe únicamente al solicitante o compareciente en un procedimiento iniciado de oficio susceptible de obtener el reconocimiento o la constitución de un derecho u otra situación jurídica individualizada, para el perfeccionamiento del silencio, mientras que el acto presunto —régimen de 1992— nacía como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación de resolver, sin perjuicio de que el interesado pudiera no querer hacerlo valer, para lo que simplemente le bastaba con abstenerse de solicitar la certificación de acto presunto (art. 44 Ley 30/1992) (39).

La Ley no ha establecido momento alguno ni cauce a través del que el interesado manifieste esta voluntad. Tan sólo se ocupa de señalar el momento a partir del cual podrá hacer uso de su derecho, situándolo en el del *vencimiento del plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido*. Es a partir de ese momento cuando el interesado podrá hacer uso de las facultades para las que se le habilita. La manera de hacerlo, al no haber determinación legal al respecto, ha de entenderse del modo más amplio: desde la conducta que revele el considerarse autorizado a realizar una determinada actividad porque ésta se esté llevando a cabo, hasta la propia solicitud del certificado con el que hacer valer los efectos del acto presunto (art. 43.5). Creo que es criticable la indeterminación en que el Legislador ha dejado este aspecto, que puede volverse incluso contra los propios intereses de los particulares afectados. Por ello entiendo que una interpretación adecuada a las exigencias del Derecho en este punto impone la consideración casuística de la realidad a la luz de principios como el de vinculación a los actos propios, buena fe, proporcionalidad, confianza legítima, etc.

Esta interpretación, lo veremos con más detalle, permite un uso tremendamente dinámico de la institución del silencio administrativo como instrumento garantizador de los derechos de los adminis-

(39) Frente a lo que vengo diciendo, podría argumentarse utilizando mis propios razonamientos expuestos en otro lugar donde, para mantener esta misma posición con referencia a los actos presuntos, relativizaba la importancia de algunas expresiones contenidas en el texto de 1992 en el sentido de no dar especial valor a las veces en que la Ley utilizaba la expresión potestativa —*se podrá entender*—. Pero creo que no sería una oposición rigurosa. En efecto, la Ley 30/1992 en su primera versión utilizaba unas veces la expresión citada y otras se conducía de modo imperativo, al contrario de lo que ocurre ahora, en que no se trata simplemente del uso temporal de verbos, sino de expresiones muy claras y significativas. Además, piénsese en la pretensión de superación de la doctrina del silencio administrativo que se confiesa en la Exposición de Motivos y el acogimiento de la terminología acto presunto, sustituyendo por completo la de silencio administrativo. Me parece también válida la razón que entonces argumentaba del propio influjo de la doctrina del silencio administrativo que se prolongaba, si no en la nueva técnica, sí en las expresiones. *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 76.

trados frente a una manifestación de la inactividad formal de la Administración, sin crear rigideces y disfunciones formalistas que no benefician a nadie. Creo conveniente subrayar ahora que, de esta forma, el Legislador ha querido potenciar la concepción del silencio administrativo como instrumento de garantía pero singularizando selectivamente este efecto en favor de determinados interesados, sin perjuicio, naturalmente, de las posibilidades de reacción que puedan corresponder a terceros afectados.

3. *La producción del silencio administrativo: inactividad de la Administración y voluntad de los interesados*

La reacción más enérgica de la LRJAP frente al incumplimiento de la obligación de resolver es el silencio administrativo, ficción con la que, por referencia al régimen del acto administrativo, la Ley pretende cubrir el vacío constituido por la falta de resolución notificada. Mas, a diferencia de lo que disponía la primera versión de la Ley 30/1992 a este respecto, la reforma introducida en 1999, más sutil y matizada, exige, además del transcurso del plazo, la concurrencia de la voluntad de los beneficiarios inmediatos del desbloqueo de la pasividad administrativa a efectos bien de gozar de la nueva situación que instaura la estimación presunta, bien de acudir a las vías de recursos que se abrirían con el silencio negativo.

Estas afirmaciones tienen trascendencia práctica en cuanto determinan que el momento del perfeccionamiento del silencio administrativo es aquel en que el interesado expresa que ha aceptado el beneficio de la ficción teniendo por estimada o desestimada su petición. En el caso del silencio positivo hay que presumir que esto ocurre en el momento mismo de cumplirse el plazo de resolver y notificar sin que la Administración saliese de su pasividad. Esta presunción puede ser rota por quien le interese, aunque naturalmente será el propio solicitante, respetando el principio de buena fe, quien eventualmente pueda encontrarse con esa tesitura. Esta presunción es verdaderamente tal —no como la ficción que alumbra al acto presunto— y se encuentra plenamente justificada por la experiencia, pues parece razonable pensar que quien solicita algo es para que se le conceda, pero, al mismo tiempo, nada impide el que se pueda desistir y no hay motivo alguno para hacer cargar necesariamente a alguien con aquello que, aunque pidió, ya no desea, sobre todo si ni siquiera se le ha respondido. De aquí el carácter de presunción y no de regla de Derecho que ha de otorgarse a la aceptación del beneficio de la estimación. Si el interesado manifiesta que no hace uso de la fa-

cultad que se le concede porque prefiere, por las razones que sea, esperar una resolución expresa y así lo hace saber a la Administración, no se habrá consumado el silencio administrativo y, en consecuencia, subsistirá la obligación de resolver y notificar en su máxima amplitud, por lo que nadie podrá impugnar nada porque no existe acto impugnado. No será admisible esta posibilidad si el solicitante al que nos referimos, con sus actuaciones, ha dejado traslucir lo contrario (el solicitante de una licencia que se concede por silencio no puede pretender que no hace uso de la institución si empezó a construir) para eludir una posible impugnación de un tercero.

De igual manera, cuando recaiga una resolución expresa fuera de plazo, nadie podrá invocar la preclusión de plazo alguno para recurrir. ¿Hasta cuándo se puede mantener esta situación en que la Administración ha incumplido su obligación de resolver en un plazo y, no obstante, el particular exige resolución expresa sin querer hacer uso de la facultad que le otorga la Ley? En mi opinión, no puede haber otro límite que el de la vida del derecho de fondo que a través de la solicitud el interesado quiso ejercer al deducir la solicitud.

Algo parecido, pero con importantes matices derivados de la específica significación del acto negativo, ocurre con el silencio negativo: tampoco aquí es aceptable la producción del efecto desestimatorio por el simple transcurso del tiempo (40). Ésta fue la interpretación tradicional que frustró en gran medida las pretensiones garantizadoras de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, en contra de su propia literalidad y de las proclamaciones de su Exposición de Motivos, por más que ésta llevaba en sí el germen de la contradicción al establecer el plazo de un año de su artículo 58, abocando a las vías de recurso a quienes, siguiendo el tenor literal de la norma, preferían optar por seguir esperando la eventual resolución expresa. En evitación de tales mecanismos automáticos, la reforma de 1999 habilita —legítima— al solicitante para entender desestimada su pretensión a partir del momento en que se produzca el vencimiento del plazo de duración del procedimiento. Es desde ese momento cuando tal interesado podrá acudir a los mecanismos de recurso, pero sin que se le pueda apremiar a ello mediante la compulsión que imponen los plazos perentorios pues, mientras no se demuestre lo contrario, no cabe presumir que el interesado considera desestimada su pretensión. Sólo la conducta del interesado —solicitando el certificado correspondiente o su acceso a las vías de recurso— permitirá inferir que efectivamente ha optado por entender que se ha producido

(40) En contra, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 9.ª ed., Civitas, 1999, pág. 591. La misma es la posición del resto de la doctrina.

un efecto desestimatorio. Se obvia aquí, con mayor trascendencia si cabe, el carácter preclusivo de los plazos para interponer los recursos, administrativos y contencioso-administrativos. Éstos, como acertadamente establecen las Leyes, no podrán empezar a contar hasta *el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo* (arts. 115 y 117 LRJAP, por lo que respecta a los recursos de alzada y reposición, respectivamente, y 46.1 *in fine* para el contencioso-administrativo), y este efecto no es posible sin contar con la voluntad de los interesados que antes he indicado (41).

Frente a estos argumentos cabría argüir que semejantes presunciones sólo pueden establecerse por Ley. Y sin duda es así pues, si no de modo expreso, se encuentran en la norma de forma implícita, en cuanto constituyen un elemento insustituible para la misma coherencia del sistema. Sin estas presunciones no es posible mantener la operatividad del texto sin merma de su finalidad garantizadora, salvo que, como parece ser la interpretación al uso, se prescindiera de la propia literalidad de la norma, omitiendo el dato de las expresiones que circunscriben el carácter habilitante del silencio a determinados interesados (arts. 43.1 y 44.1)

Esta interpretación parece contradecir el texto del segundo inciso del artículo 43.5, que aparentemente sitúa la producción de los efectos de los actos presuntos *desde el vencimiento del plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido*. Sin embargo, no es así. Creo que no se fuerza la interpretación del precepto si se entiende que el momento de la finalización del plazo aludido lo que marca, como he dicho antes, es el momento a partir del cual se producen los efectos del silencio si, al mismo tiempo, concurre *la efectiva voluntad* de los legitimados para ello de considerar estimada o desestimada su pretensión. De otra forma esta exigencia, que hemos visto la Ley consagra con toda claridad, quedaría completamente frustrada, como ha ocurrido en otros momentos (42).

Esta interpretación resalta el verdadero perfil del *silencio administrativo* y del *acto presunto*. Es obvio que no se configura como auténtica declaración de voluntad, según la clásica definición de la resolución, pues su materialidad más real y tangible es la inactividad o

(41) La doctrina se mueve en una órbita completamente distinta. En este sentido es de destacar la postura de J. M. BAÑO LEÓN, «El silencio administrativo, notas sobre una regulación anacrónica», cit., págs. 1350 y ss.

(42) Con esta interpretación se obvia la necesidad de realizar esfuerzos como el que efectúa la STS de 24 de septiembre de 1998: considera al silencio negativo como acto defectuosamente notificado siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional al objeto de poder alargar al máximo el plazo para recurrir (seis meses del art. 79 LPA más un año del art. 58 LRJCA 1956). Este mecanismo siempre presentará insuficiencias.

una actividad inadecuada por no haberse notificado en plazo. El acto presunto, como ya he reiterado, en su consideración más estricta no es otra cosa que *el marco referencial de los efectos del silencio administrativo*; la pauta de orientación de las conductas que el Legislador señala a los interesados que hubieren deducido la solicitud (art. 43.1) y a los interesados que hubiesen comparecido en algún procedimiento de los referidos en el artículo 44.1 ante la situación de incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver y notificar tal como se la configura en el artículo 42.

Esta subjetivización del silencio administrativo no puede desconocerse sin obviar una literalidad muy clara y expresa de la Ley. Es verdad que la letra de la LJ de 1956 también apuntaba en este sentido y, sin embargo, el sistema terminó escorado en el contrario, justo por el efecto del establecimiento del plazo para recurrir (art. 58). Pero no puede negarse que la Ley de 1999 y, si se me apura, la propia LJ de 1998 ofrecen un mayor margen para la interpretación que aquí se propicia desde el momento en que para referirse al *dies a quo* de los plazos para recurrir no se habla del vencimiento del plazo para resolver y notificar, sino *a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo* (art. 115.1 LRJAP); *se produzca el acto presunto* (arts. 117.1 LRJAP y 46.1. LJ). Entiendo que en estas locuciones cabe no sólo la materialidad del transcurso del tiempo, sino también el elemento subjetivo que entraña la voluntad del interesado.

4. *Las clases de silencio administrativo: silencio administrativo positivo y silencio administrativo negativo*

La función del silencio administrativo es romper la situación de inercia o inactividad creada por la falta de notificación de una resolución en el plazo establecido (43). En el régimen introducido por la reforma de 1999 el efecto habilitante del silencio remite por la vía de la ficción al régimen de los actos estimatorios o desestimatorios, pues desde la genérica perspectiva en que la norma configura a la ficción, ésta no puede concretarse en otros términos que la estimación de la solicitud o su desestimación, sin que quepan mayores matizaciones, razonables en una consideración concreta de las peticiones, propia de los verdaderos actos administrativos. De esta manera, dotar al silencio administrativo de un contenido específico —positi-

(43) A su estudio dedico otro trabajo de próxima publicación.

vo o negativo— aparece como una de las operaciones más voluntaristas y convencionales de su régimen, pues se decide la estimación o desestimación desde la norma y para casos concretos, al margen de las circunstancias que hubieran posibilitado la estimación o desestimación de ser expresas (44). Se comprende, pues, que nos encontramos ante un artilugio sumamente imperfecto desde la perspectiva del funcionamiento jurídico de las Administraciones públicas, por lo que toda referencia en este sentido debe ser acogida con mucha cautela ceñida a la finalidad que he recordado más arriba.

La ficción que contemplamos se produce a modo de acto al que se atribuye, siquiera de forma provisional, un contenido convencional que puede coincidir o no con las exigencias de fondo que el ordenamiento jurídico impondría al acto en el supuesto de haberse realizado expresamente. En caso de que no se produzca la mencionada coincidencia, la restauración de la legalidad quedará diferida a las técnicas impugnatorias o de revisión generales.

Vistas así las cosas, se entiende muy bien que nuestra tradición jurídico-administrativa se refugiara en la regla general del silencio desestimatorio o negativo, pues éste se adecua perfectamente al sentido del acto negativo, que, como he explicado en otro lugar (45), reduce su funcionalidad a abrir los cauces de la impugnación, no configurando específicamente ninguna situación. Dicho de otra manera, entre el acto negativo y su ficción apenas hay diferencia.

A) *La regla general del silencio positivo.*

Carece de sentido plantearse a estas alturas si el artículo 43.2.c) de la Ley 30/1992 en su versión original contenía o no una verdadera regla general acerca del carácter positivo del silencio (46). Lo cierto es que, con independencia de lo que entonces se pudiera entender, ni el resultado de las normas de adecuación de los procedimientos fue ése, ni la primitiva redacción ha permanecido hasta el momento presente. En la actualidad, el párrafo primero del artículo 43.2 contiene una clara regla general en relación con los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que no puede ser obviada por más que la

(44) *Los actos presuntos*, pág. 97.

(45) *Los actos presuntos*, págs. 48 y ss.

(46) Ya he indicado cómo hay alguna jurisprudencia que entiende que no existía esta regla general. Mi opinión quedó expuesta en *Los actos presuntos*, págs. 99 y ss. En sentido favorable a la tesis de esa regla general, E. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, *La instauración del silencio positivo como regla general en el proyecto de ley básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas*, «Actualidad Administrativa», núm. 15, semana 13, abril 1992, pág. 159.

Ley admita excepciones o que pueda hacerse un uso abusivo de las mismas: *los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario*. Éste es, por tanto, el régimen general vigente en este momento. Sin embargo, lo más destacable no es tanto el carácter general o no de la regla de la estimación positiva cuanto la reserva de Ley —o de norma de Derecho comunitario— (47) que ahora se establece con entera claridad en el artículo 43.2. Esta paladina reserva de Ley deja fuera de sentido la discusión sobre el eventual carácter deslegalizador de la Disposición Adicional tercera de la Ley 30/1992, sobre *Adecuación de procedimientos* (48).

La norma con rango de Ley a que se refiere el texto tanto puede ser estatal como emanada de una Comunidad Autónoma, dependiendo naturalmente de la titularidad de la competencia —estatal o autonómica— para regular el correspondiente procedimiento. En el caso de que la excepción proceda de norma comunitaria, si no se trata de un reglamento sino de una directiva, hará falta la oportuna norma de trasposición que también deberá emanarse por la entidad competente, Estado o Comunidad Autónoma, sin que en este caso sea necesario que la norma que establezca el sentido desestimatorio del silencio sea necesariamente de rango legal (49).

Se considerase o no regla general, lo que sí parece resultar obvio es el carácter residual que se establecía en el antiguo artículo 43.2.c) de la Ley 30/1992, expresión de la preferencia que el Legislador quería otorgar al carácter positivo de los actos presuntos. Fue, sin duda, uno de los aspectos más subrayados por la doctrina y celebrados por la propaganda oficial del momento. Este hecho, con independencia de su alcance práctico, revelaba una concepción legal que se explica por el sentido reactivo que caracterizó en este punto a la LRJAP en su versión de 1992 y encerraba, a mi juicio, el significado de una ruptura con el régimen del silencio administrativo. Por esto conviene precisar que el cambio del sentido general de negativo —silencio— a positivo —acto presunto— no se encuentra vinculado a las conse-

(47) M. M.^a RAZQUÍN LIZÁRRAGA, *La nueva fijación legal de plazos de resolución y notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 113.

(48) En mi trabajo *Los actos presuntos* sostuve que no había auténtica deslegalización, frente a un sector doctrinal importante. En la práctica administrativa es lógico que se impusiese la postura de éstos.

(49) Sobre la dificultad de compaginar algunas exigencias del Derecho comunitario con el silencio administrativo y, de manera especial, el estimatorio o positivo, A. GARCÍA URETA, *Derecho comunitario y silencio administrativo. Comentario al asunto C-230/00, Comisión v. Bélgica, sentencia del TJCE (Tercera Sala) de 14 de junio de 2001*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 61, 2001, págs. 243 y ss.

cuencias de la transformación de técnicas, sino más bien se inscribe en el conjunto de sus causas.

En el contexto de la regulación anterior a 1992, la regla del silencio negativo no era una arbitrariedad, sino que, como he señalado, constituía un principio coherente con sus orígenes y con su función institucional de posibilitar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa (50). A esta construcción inicial, el silencio administrativo positivo añadió la función de agilizar la actuación de la Administración y hacer menos gravoso sobre los particulares el peso de la intervención administrativa (51).

El Legislador de 1992 adoptó una decisión de sentido inverso cuyas consecuencias ni él ni la mayoría de la doctrina alcanzaron a comprender. En efecto, la decisión de transformar la regla general de la denegación presunta por la estimatoria, que probablemente en la práctica tuvo una trascendencia mínima a juzgar por la redacción de la cláusula contenida en el artículo 43.2.c) en el texto de 1992 (52), generó, sin embargo, la necesidad de cambiar el principio de la adecuación de lo solicitado al ordenamiento jurídico por la previsión del artículo 62.1.f) LRJAP, es decir, la posibilidad de los actos presuntos ilegales, con el objeto de evitar que la reforma fuera una burla por su nula operatividad, al par que se garantizase el sometimiento a Derecho en el caso de las estimaciones presuntas. El gran cambio institucional que subyacía en la transformación de la regla general de la desestimación por la estimación fue en realidad la sustitución de la técnica del silencio por la del acto presunto. Naturalmente, la doctrina mayoritaria en estos años no ha llegado a percatarse de ello ni es probable que lo logre, puesto que nunca llegó a atribuir a la mencionada cláusula de adecuación a lo solicitado significado institucional alguno, más allá del reproche de la inseguridad jurídica que propiciaba y su valoración positiva o negativa, según las propias preferencias en cada caso.

Con ello se rompió en la nueva regulación la vinculación entre las técnicas de reacción contra la inactividad formal y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez que el silencio administrativo fue desplazado por el acto presunto, el acceso al recurso se convirtió en una posibilidad de reaccionar, con especial significación

(50) *La regla general del silencio negativo se basa en el sentido de la negación ante el proceso.* S. ROYO VILLANOVA, *El sentido positivo del silencio de la Administración y su interrupción en materia municipal*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 48, 1949, págs. 826 y ss.

(51) E. GARCÍA-TREVUJANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, 1990, pág. 57.

(52) F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, Civitas, 1994, pág. 188.

en el caso del acto negativo, pero evidentemente ya no era la más importante.

La razón del cambio es, sin duda, una decisión política de alto calado, como vemos, avalada por razones de peso (53), pero desacertada desde la perspectiva dogmática. Debido a la diversa consistencia del acto positivo y el negativo. En definitiva, la situación *real* de pasividad está más próxima a la negación (pues no altera la situación de hecho) que a la afirmación o estimación, que abre paso a un juicio conformador de una situación diferente (54). De ahí que la concepción legal sea, a mi juicio, muy criticable (55). La nueva configuración jurídica de la realidad fáctica que el acto estimatorio conlleva no puede tener un cauce adecuado en una técnica tan débil como la ficción, y más aún cuando pueden estar implicados los intereses generales. Las situaciones que cabe imaginar pueden ser de lo más esperpénticas. Piénsese en la posibilidad de que recaiga silencio administrativo positivo en un procedimiento en el que simplemente no se notificó a tiempo lo que se resolvió expresamente de forma desestimatoria, incluso con apoyo en informes preceptivos desfavorables a la solicitud o con la oposición de otros particulares manifestada en trámites de audiencia o información pública que se realizaran. Otras veces el interesado puede encontrarse con eventuales estimaciones presuntas de difícil ejecución, incluso a pesar de los mecanismos de protección judicial contra la inactividad de la Administración que regula el artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En definitiva, sin repudiar de modo absoluto la técnica del silencio positivo —puede ser adecuada en determinados casos—, creo que el Legislador debió ser

(53) Es posible que con mi trabajo *Hacia una nueva configuración del silencio administrativo*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 49, fuera uno de los autores que con más claridad reclamara este cambio a mediados de la década de los años ochenta. Ciertamente, no me faltaban razones, como en dicho escrito se expone. Se apoyaban, sobre todo, en el estado de la situación, que transmitía de modo muy especial el Defensor del Pueblo y algún otro Comisionado parlamentario como el Defensor del Pueblo andaluz. Hoy, sin embargo, no puedo seguir manteniendo aquella propuesta, por más que sean válidas las razones que me indujeron a ello.

(54) En la doctrina tradicional los recelos contra el silencio positivo se han mostrado con absoluta claridad, admitiéndolo sólo como técnica adecuada contra la inactividad en supuestos excepcionales. S. ROYO VILLANOVA, *Silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, cit., págs. 826 y 846. Por su parte, L. LÓPEZ RODÓ, *Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 91, 1957, pág. 664, pone de relieve cómo el silencio positivo tampoco reúne especiales ventajas para los particulares en muchos supuestos. A. GONZÁLEZ RIVERO, *El silencio administrativo en el Derecho español*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 111, 1960, pág. 343. Entre los autores modernos, ésta es también la tónica general. Por todos, V. AGUADO I CUDOLA, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, 2001, pág. 25.

(55) Posiblemente, en esta crítica sea uno de los pocos aspectos en que hay unanimidad doctrinal.

más cauto en este tema, evitar expectativas que posiblemente no se van a ver colmadas y actuar de modo más acorde con la realidad y la naturaleza de las cosas.

B) *Los supuestos de silencio administrativo negativo.*

Con la cláusula general de silencio positivo que, sin ambages, se ha introducido mediante la reforma de 1999 se ha pretendido simplificar la regulación que en la Ley 30/1992 se hacía de las diversas posibilidades o supuestos de estimaciones y desestimaciones presuntas. No creo, sin embargo, que ése haya sido el resultado real casi cuatro años después de la reforma. En la actualidad, a partir de la regla del carácter estimatorio la propia LRJAP contempla algunas excepciones al silencio positivo, que son las siguientes, sin perjuicio, obviamente, del uso que tanto el Legislador estatal como los autonómicos han hecho de la facultad que les depara el artículo 43.2 LRJAP y las previsiones de adaptación de los procedimientos, de que me ocuparé más adelante:

a) *Procedimientos de ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución.*

Ya en su momento, el Consejo de Estado (56) destacó la incorrección de la utilización de esta técnica en relación con el ejercicio de este derecho constitucional de hondo arraigo en nuestro Derecho histórico. Tras la promulgación de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, se establece la solución correcta desde la dinámica institucional de este derecho, incompatible con la técnica del silencio administrativo. Sin entrar ahora, pues no es ésta la sede, a analizar el contenido de la regulación que se hace de este derecho fundamental, sí conviene destacar cómo el artículo 12 de la Ley Orgánica citada ciñe la protección jurisdiccional a la *omisión de la obligación de contestar en el plazo establecido* (tres meses desde la presentación de la solicitud sin notificar resolución, art. 11), despojando esta omisión de connotación alguna respecto del sentido de la resolución que debió recaer. En sentido estricto, pues, se abandona la técnica del silencio negativo, derogándose de forma tácita el inciso del artículo 43.2 LRJAP a que me vengo refiriendo. No hay, pues, ficción de acto negativo que faculte para su impugnación, ya que ello comportaría, en alguna medida, la revisión de

(56) E. GARCÍA-TREVUJANO GARNICA, *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, 1994, pág. 142.

la resolución ficticia sobre el fondo del asunto, con lo que se excedería el contenido del derecho de referencia, que sólo alcanza a obtener acuse de recibo de la solicitud y la notificación de la resolución recaída en el plazo aludido. Obviamente, si el recurso se estima, la sentencia ha de contraerse a ordenar a la Administración, en nuestro caso, que satisfaga el derecho en los términos a que acabo de referirme, sin pronunciarse sobre la procedencia o no del contenido de la petición (57), es decir, que notifique una resolución expresa.

b) *Solicitudes cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades sobre el servicio público o el dominio público.*

Al igual que el anterior supuesto, éste estaba exceptuado del carácter estimatorio en la redacción original de la Ley 30/1992. Su interpretación representa, a mi juicio, una dificultad desigual, pues mientras la alusión al dominio público (58) remite a los títulos de utilización de los bienes a los que alcanza esta calificación —autorizaciones y concesiones demaniales— que quedan fuera de la posibilidad de estimación presunta, la expresión *servicio público* se caracteriza por su ambigüedad, según es conocido. Una interpretación amplia pugnaría con la cláusula general del carácter positivo del silencio, por lo que, obviamente, debe ser abandonada. De igual forma, quedan al margen aquellos ámbitos de la actuación de la Administración donde actúe sometida al Derecho privado, que desplazarán en bloque, como parece lógico, el régimen del silencio administrativo. A mi juicio, ha de adoptarse, por tanto, una cierta actitud restrictiva, aunque sin mayores matizaciones, referida a cualquier actividad de prestación técnica realizada por la Administración bajo el régimen del Derecho administrativo (59).

c) *Los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.*

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

Esta excepción al silencio positivo, con su correspondiente con-

(57) Éste es el alcance que deriva de la STC 242/1993, de 14 de julio, y, aunque lo trata de una manera más somera, la STC 161/1988, de 20 de septiembre. No obstante, sin realizar ahora un pronunciamiento definitivo, creo que la Ley se ha excedido en alguno de los aspectos de la regulación.

(58) J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, *Dominio público*, Trivium, 1992, págs. 130 y ss.

(59) Carece de sentido, por lo extenso y lo conocido del tema, una cita de los autores que se han ocupado del concepto de servicio público entre nosotros.

traexcepción, ya estaba presente en la primera redacción de la Ley 30/1992. Sin embargo, pese a que en algunos aspectos el precepto transcrito (art. 43.2, párrafo primero *in fine* y párrafo segundo) es copia literal del antiguo artículo 43.3.b), presenta importantes variaciones que conviene destacar. En primer lugar, se aprecia una alusión genérica a los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones que evoca el régimen de los recursos contra actos administrativos del que están exentas las disposiciones de carácter general (art. 107.3) y el de revisión de oficio de actos y disposiciones de carácter general (art. 102). Así se expresa también la Ley por lo que respecta al recurso de alzada (art. 115.2) y al de revisión (art. 119.3) y a la revisión de oficio de actos y disposiciones generales (art. 102.5, inciso segundo). En relación con el recurso de reposición, al no haber determinación alguna al respecto en sus normas específicas, se aplicará directamente la regla de la desestimación presunta que ahora contemplamos. Este sentido desestimatorio de las resoluciones presuntas recaídas en los procedimientos impugnatorios no puede sino alabarse, pues es el sentido más coherente con la presunción de legalidad de los actos y disposiciones y con la propia significación del acto negativo; por ello es difícil aceptar la excepción prevista en el párrafo segundo.

La nueva redacción del precepto ciñe la excepción del carácter estimatorio de la resolución presunta del recurso en los casos de impugnación de una previa desestimación presunta al recurso de alzada. En la redacción de 1992 se podía llegar a una solución análoga a través de la remisión del artículo 117, por lo que hace al entonces llamado recurso ordinario, que expresamente aludía a esta posibilidad, a la par que nada se preveía fuera de la simple desestimación en el caso de ausencia de resolución expresa del recurso de revisión. Quedan las cosas mucho más claras así. Pero si esta claridad resuelve el problema en relación con el recurso de revisión, pues no parece adecuada la solución contraria dadas sus características, crea una diferencia de trato que no parece tener verdadera justificación respecto del recurso de reposición ordinario junto con el de alzada, a pesar de su carácter potestativo. Sin embargo, no por ello debe criticarse la solución adoptada, pues al excluirse al recurso de reposición de la posibilidad apuntada, es decir, de admitir la estimación presunta del mismo en el supuesto que contemplamos, no se hace sino dejar de extender hasta ahí el desafuero que esta monstruosidad entraña. Efectivamente, la estimación presunta del recurso de alzada es una importante deficiencia de la Ley 30/1992 que, sin que se sepa la razón, no se ha querido corregir.

Este sorprendente criterio, que parece cifrarlo todo en sancionar

a la Administración, tiene su precedente entre nosotros, al menos que yo sepa, en el artículo 51.6 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto regula el procedimiento para la extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas, económicas o de fuerza mayor. A través de él, la Administración está realizando una labor de mediación entre trabajadores y empresarios, de carácter cuasijudicial, por lo que su posición es de supraordenación a unas partes en conflicto de manera que, pronunciada su resolución, la Administración resulta ajena a la relación material enjuiciada en el procedimiento. El que en la alzada contra la denegación presunta de la solicitud de extinción de la relación laboral la resolución presunta sea positiva tiene perfecto sentido. Se trata de evitar que la intervención de la Administración en una relación entre particulares sea excesivamente gravosa (60), porque la inactividad de la Administración bloquea también las relaciones sobre las que incide. Por ello, el que se otorgue efecto positivo a la resolución presunta del recurso de alzada no significa otra cosa que dar luz verde al dinamismo de las relaciones entre particulares.

Pero el Legislador parece no haberse percatado de que al copiar esta técnica, que, como he dicho, tiene un entorno concreto en el Estatuto de los Trabajadores, en una Ley como la LRJAP ha producido una profunda transformación de la misma, pues en este caso su ámbito va a ser, por lo general, muy diferente de aquél. En consecuencia, pueden plantearse importantes problemas de interés práctico.

El primero y más grave, a mi juicio, y predicable también de la Ley laboral, es el de la colisión con otros criterios de delimitación del sentido de los actos presuntos. Esta colisión se encuentra implícita en el propio supuesto contemplado, pues si el acto presunto impugnado es desestimatorio, lo es precisamente en aplicación de los criterios establecidos en la LRJAP o en las disposiciones reguladoras de los procedimientos específicos en que así se haya establecido. La regla que se comenta invierte el sentido de la resolución presunta tornándola positiva. Entiendo que éste es el criterio que ha de prevalecer, pues aunque el resultado sea pintoresco, no hay más remedio que aceptarlo, ya que es lo que la Ley quiere y, aunque tiene problemas, no hay razón alguna para evitar una interpretación que, como tal, no tiene sólidos argumentos en contra, por más que su contenido sea altamente criticable. Se trata sencillamente de que la Ley ha querido penalizar una reiterada inactividad administrativa eludiendo los criterios ordinarios y estableciendo una norma de carácter excepcio-

(60) En este caso, naturalmente, se prima al empresario, que se supone se encuentra en una situación insostenible que, antes o después, ha de afectar al trabajador. No es mi intención juzgar acerca de lo justo o injusto de la medida.

nal y naturaleza compulsiva (61). Es cierto, por otra parte, que al haberse ampliado tras la reforma de la Ley 4/1999 el ámbito del silencio positivo, el alcance de este inconveniente se reduce en la misma proporción.

Un problema no carente de importancia es el de la efectividad de esta técnica en el ámbito de las relaciones administrativas, es decir, fuera del marco de la relación laboral. No sé qué juego haya podido dar en la práctica el artículo antes mencionado del Estatuto de los Trabajadores, pero no creo que, desde la perspectiva que estamos tratando, tenga problemas graves pues la estimación presunta del recurso no hace sino dar luz verde a una petición muy concreta: la extinción de la relación laboral, que será impulsada por el interesado que la solicitó. La cosa varía cuando la Administración no se encuentra en una posición de supraordenación sino que, por el contrario, es juez y parte. Esto significa que, en muchos casos, haber obtenido una estimación presunta supondrá una prolongación más del periodo de inactividad. Y ello a pesar de que en la actualidad contamos con la previsión del artículo 30 LJ, que permite el recurso contra la inactividad de la Administración. Su efectividad, sin duda, se pondrá a prueba en casos como el presente.

Desde una perspectiva dogmática, la solución que estoy criticando pone de manifiesto la contradicción de la Ley, especialmente de su Exposición de Motivos, al negar el carácter de acto —ficticio— al silencio negativo, calificándolo como *simple ficción de efectos procesales* —expresión de suyo incomprensible si no se alude al objeto que se finge (62)—, según la denominación al uso, demasiado precipitadamente aplicada también a esta reforma. La desestimación presunta, que se transforma en estimación presunta, sólo será posible si en todo caso el parámetro referencial es el régimen de los actos administrativos producidos a través del mecanismo de la ficción.

Para terminar estas reflexiones en torno a esta excepción a la cláusula general del silencio positivo conviene realizar dos puntualizaciones.

En primer lugar, es preciso poner de relieve que el hecho de que

(61) En el mismo sentido, entre otros, F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, cit., pág. 194. En contra, L. PAREJO ALFONSO, «El silencio administrativo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, pág. 579.

(62) Me resulta difícil entender la diferencia que encierra la siguiente afirmación: *el silencio positivo es un acto ficticio estimatorio y el negativo una ficción legal de acto*, si es que con ella se pretende aludir a dos conceptos diferentes. M.^a E. GUILLÉN PÉREZ, *La reforma del silencio administrativo en la Ley 4/1999, de la Ley 30/1992*, «Actualidad Administrativa», núm. 4, 2000, págs. 136 y 137.

el artículo 43.2, párrafo segundo, hable de falta de resolución expresa y no aluda a la ausencia de notificación no puede tener significación especial alguna. Estamos ante un supuesto análogo al del artículo 111 en relación con la suspensión de los actos. La obligación de notificar es accesoria a la de resolver, como en su momento he expuesto, por lo que no puede prevalecer un planteamiento puramente literalista sobre las exigencias derivadas de la naturaleza de las instituciones (63). Por otro lado, basta acercarse al artículo 115.2, que alude a resolver y notificar.

De igual manera ha de matizarse la literalidad imperativa en que se produce el precepto que estamos comentando para reconducirlo al ámbito conceptual que he intentado explicar algunas páginas atrás. No puede entenderse, pese a ello, que en estos casos la producción del silencio se realice a través de mecanismos y con alcance diferente del descrito en páginas anteriores. Nos encontramos ante una literalidad deficiente, que procede de la copia literal del antiguo artículo 43.3.b) y no puede condicionar el sentido de la institución, sino que, al contrario, ha de ser interpretada en función del nuevo perfil que de la misma se quiere trazar, tal como he explicado con anterioridad y se expresa correctamente en el artículo 115.2.

d) Procedimientos incoados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas análogas. Los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

Esta situación, si bien no estaba contemplada con carácter expreso en el texto de 1992, se encontraba implícita en preceptos como el artículo 142 LRJAP, que regula, ya desde entonces, la posibilidad de incoación de oficio del procedimiento para exigir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas, sin perjuicio, naturalmente, de su iniciación a solicitud del perjudicado, estableciéndose, en todo caso, la desestimación si en el plazo de seis meses no recaía resolución expresa. En la actualidad se contempla la situación en abstracto, indicándose quiénes pueden beneficiarse del silencio como mecanismo que posibilita el acceso a la vía de recurso (64).

Por lo que respecta a la Administración del Estado, la Disposición Adicional vigésima novena 3 de la Ley 14/2000, de 29 de diciem-

(63) Para mí esto siempre ha estado igual de claro, a pesar de la literalidad de la Ley 30/1992 en su versión original.

(64) F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La terminación del procedimiento administrativo tras la reforma de la Ley 4/1999*, «Actualidad Administrativa», semana del 6 al 12 de septiembre de 1999, pág. 32.

bre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, completa la anterior regulación con un precepto que impone la consideración como procedimiento iniciado de oficio de *los procedimientos para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, entendiéndose como tales aquellas cuya concesión, imputada a un mismo crédito presupuestario, requiere, de acuerdo con los criterios establecidos en la norma reguladora correspondiente, la comparación, en un único procedimiento, de una eventual pluralidad de solicitudes entre sí, a fin de resolver sobre la concesión y, en su caso, establecer la cuantía* (65).

Junto a estas excepciones que se establecen en sede de la regulación del silencio administrativo, la propia LRJAP contiene más supuestos de silencio negativo. Así, resolución de los procedimientos para la revisión de oficio de los actos administrativos (art. 102), reclamación previa a la vía judicial civil (art. 124), reclamación previa a la vía judicial laboral (art. 125), la solicitud de reclamación de indemnización por daños (art. 142.7 LRJAP), etc.

C) *La adaptación a la nueva situación.*

Una de las causas que en su momento justificaron la reforma de 1999 fue la tremenda desproporción fáctica de procedimientos en los que se preveía la desestimación presunta en el contexto de una situación legislativa en la que, mejor o peor expresada, se hacía una clara apuesta en favor de la estimación en los casos de inactividad. De ahí que la situación en el momento de la entrada en vigor de la Ley 4/1999 fuese muy diferente de la que teóricamente habría de derivarse de sus previsiones. Por ello, el Legislador no ha querido imponer una modificación brusca en el sentido que los diversos reglamentos de procedimiento otorgan al silencio administrativo, acudiendo a la técnica de la adaptación. En su Disposición Adicional primera 2 abre el plazo de dos años para que el Gobierno adapte las normas de procedimiento *al sentido del silencio establecido en la presente Ley*. Creo que la tarea no era en sí especialmente compleja, sobre todo teniendo en cuenta que con la nueva regulación se pretendía justamente atajar los excesos en que se había incurrido en las normas reglamentarias de adecuación de los procedimientos. Lo que para el común de los mortales podía ser una impresión —el excesivo número de procedimientos en los que se preveía la desestimación presunta—, para la

(65) En los mismos términos, el artículo 3 de la Ley 9/2001, de 12 de julio, del Parlamento de Andalucía, por la que se establece el plazo del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantía para los administrados.

Administración debía ser un dato constatado. De ahí que el plazo de dos años no se justifique tanto por la dificultad de efectuar el cambio —por otro lado automático si se dejaba al libre juego de las derogaciones— como por dar un tiempo para lo que en sí mismo era una transformación importante. Por el contrario, no se establece plazo alguno para la adaptación en el ámbito de las Comunidades Autónomas, también de manera razonable, pues no habían sido éstas quienes impulsaron la reforma. No creo que de esta ausencia de plazo expresamente establecido en la norma básica deba extraerse ninguna conclusión extrema en el sentido que la adaptación no estuviese sometida a plazo alguno, ni tampoco que los criterios de la Ley 4/1999 fueran de aplicación inmediata tras su entrada en vigor el día 14 de abril de 1999 (66). Esta última posibilidad queda excluida desde el momento en que la Disposición Adicional primera 4 ordena la adaptación al sentido del silencio regulado en la nueva Ley, de donde se desprende que no cabe entender una derogación inmediata de las normas de procedimiento para aplicar las reglas del artículo 43.2. La primera también debe ser rechazada pues equivale a dejar el mandato vacío de contenido. La falta de plazo expreso establecido debió entenderse en el sentido de que la adaptación había de realizarse en un tiempo razonable que debería ser objeto de valoración por los órganos políticos de las Comunidades Autónomas (67). De ahí que algunas, en efecto, lo establecieran siguiendo aproximadamente la pauta del Legislador estatal (68), esto es, dos años.

Ni el Legislador estatal ni el autonómico, en los casos en que lo ha hecho, ha aclarado las consecuencias del incumplimiento de los plazos de adaptación. A mi juicio, la solución es sencilla, pues desde el momento en que se establece una norma general muy clara, cual es el carácter estimatorio del silencio (art. 43 2 LRJAP) (69), si, transcurrido el plazo de adaptación, por lo que respecta a un determinado procedimiento, no se recoge en norma con rango suficiente

(66) Aunque me parecen rigurosas las razones con que fundamenta una posición contraria a la que se mantiene aquí, no puedo compartir la tesis de M. GÓMEZ PUENTE, *El nuevo régimen del silencio administrativo*, «Justicia Administrativa», núm. 12, pág. 16.

(67) Mi trabajo *La adaptación de los procedimientos en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, «Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 37, págs. 431 y ss.

(68) Es el caso de la Ley 8/1999, de 9 de abril, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de adecuación de la normativa de la Comunidad a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

(69) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Las seis reformas de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común... y otra más que se prepara*, «Documentación Administrativa», núms. 254-255, 1999, pág. 49.

el efecto desestimatorio, es sencillamente porque se ha optado por permitir que se produzcan los efectos derogatorios propios de la disposición general y, en consecuencia, no hay razón para mantener la excepción.

La adaptación *de las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la presente Ley* estaba prevista se realizase por el Gobierno (DA 1.^a, 2). En el ámbito autonómico no se señalaba órgano responsable de la adaptación, remitiéndose al que fuera competente para modificar los procedimientos. Creo que el Legislador pecó, cuanto menos, de inexactitud y falta de técnica legislativa. En efecto, tal vez por la inercia de la Disposición Adicional tercera del texto de 1992 se mantiene esta figura de la adaptación, entonces adecuación, que en sí misma no era necesaria en absoluto, sino únicamente a efectos formales de retocar los textos de los reglamentos de procedimientos para evitar situaciones de derogaciones tácitas por incompatibilidad, como ocurriría con todos aquellos reglamentos que estableciesen supuestos de desestimaciones presuntas, sin el amparo de una Ley, pues la nueva regulación del artículo 43.2 LRJAP dejó las cosas muy claras. Luego, desde una perspectiva sustantiva, una vez transcurridos los plazos de adaptación, si se quería que el silencio dejase de ser desestimatorio y se *adaptase* al cambio, realmente no era necesario hacer nada. La adaptación se producía de modo automático por el efecto derogatorio a que me he referido más atrás. En definitiva, este montaje no era más que un medio para que la Administración *se fuera adaptando* a la nueva situación que comportaba un crecimiento cuantitativo importante de los supuestos de estimación presunta, con todo lo que obviamente conlleva. Pero, como es natural, las cosas no iban a quedar ahí y, puestos a adaptarse, la adaptación se ha hecho a la medida, más o menos dulcificada, de las exigencias de las Administraciones públicas, esto es, estableciendo excepciones a la regla del artículo 43.2 LRJAP, para lo que hace falta Ley, y efectivamente han sido Leyes y no reglamentos esta vez las normas de adaptación. Los interminables Reales Decretos que durante los años 1993 y 1994 inundaron el «BOE» (70) han sido sustituidos en esta ocasión por las listas de procedimientos en los que se prevé el carácter desestimatorio del silencio administrativo contenidas en el Anexo de Leyes de lo más diverso, como la Ley estatal 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (DA 29.^a, 2), modificada en este aspecto por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas

(70) Respecto de las Comunidades Autónomas se pueda afirmar sustancialmente lo mismo, con variaciones de detalle.

fiscales, administrativas y del orden social (art. 69). La primera contiene una larga relación de procedimientos con silencio administrativo desestimatorio; la segunda añade otra excepción a las del artículo 43.2 LRJAP ya contenidas en el anexo II de aquélla (71). No será quien cuente los procedimientos para los que se prevé terminación presunta desestimatoria ni los que tienen previsto un plazo de duración superior a los seis meses por este mecanismo adaptatorio. La impresión es que la situación actual, más de tres años después de la reforma, no es muy diferente de la anterior. La adaptación, en definitiva, no ha hecho sino relativizar el alcance de la reforma.

5. *La acreditación del silencio administrativo por cualquier medio de prueba*

No es una afirmación arriesgada la de que una de las novedades más distorsionantes, perturbadoras, inútiles y perniciosas de la Ley 30/1992 fue la certificación de acto presunto como mecanismo único para hacer valer los actos presuntos estimatorios y desestimatorios en cualquier ámbito. La doctrina no pudo sufrir desconcierto mayor ante una pieza del *puzzle* que era la regulación de los actos presuntos, que se resistía a entrar en los moldes habituales sin cobrarse el peaje de su total despunte y, en suma, la inutilidad de la reforma misma (72). Por ello, aunque la reforma de 1999 tiene importantes sombras, como ya he dicho, y algo más hay que decir aún, creo que se justifica con la supresión de la malhadada certificación que regulaba el artículo 44. A partir de ella se podrán acreditar los actos presuntos por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. No obstante, la Ley efectúa una referencia explícita a la posibilidad de que el silencio administrativo se acredite por certificado emitido por el órgano competente para resolver. Pero existen notables diferencias entre este certificado y la certificación de la versión de 1992, al menos en las pretensiones del Legislador. No se anudan a él más efectos que los meramente acreditativos de la producción del silencio y, no siendo preceptivo, no se prevé ningún tipo de conse-

(71) La mayoría de las Comunidades Autónomas que se han ocupado de estas adaptaciones. Ver M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, *La nueva fijación legal de plazos de resolución y notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio*, cit.

(72) Como es natural, también esta desgraciada figura tenía su lógica dentro del galimatías que era la regulación de los actos presuntos. Intenté ponerla de manifiesto y corregir sus disfunciones en *Los actos presuntos*, págs. 79 a 97. En contra de su supresión, especialmente en caso de los actos presuntos positivos, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Acotamientos al régimen del silencio administrativo en nuestro Ordenamiento jurídico. La última reforma de la Ley 30/1992 (Ley 4/1999)*, «Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiental», núm. 169, 1999, pág. 24.

cuencias por su falta de emisión. Se elimina así la grave tensión dogmática que la certificación de la Ley de 1992 introdujo en la regulación de los efectos del incumplimiento de la obligación de resolver.

Parece razonable pensar que este certificado está llamado a desarrollar su funcionalidad en relación principalmente con el silencio positivo. El efecto innovativo propio del acto positivo podrá desplegarse plenamente a través de la acreditación que este certificado comporta.

La Ley no indica expresamente a quién corresponde emitir el certificado, limitándose a señalar que se puede solicitar del órgano competente para resolver y el plazo con que cuenta éste para expedirlo. Se plantean, por tanto, algunas interrogantes que no pueden dejarse sin resolver a pesar de su carácter secundario en el contexto de la regulación de la institución que estudiamos. Éstas son fundamentalmente el órgano competente para expedir el certificado, la legitimación para solicitarlo y el plazo para ello.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, creo que la respuesta correcta ha de buscarse en relación con el órgano que ostente la potestad certificante respecto del órgano competente para resolver. Así, si éste es un órgano colegiado deberá expedir el certificado el secretario, por más que el mismo se solicite de aquél que, según la Ley, es a quien hay que solicitársele; si, por el contrario, se trata de órganos unipersonales con potestad certificante deberá expedirle éste y, si careciese de ella, el competente para ello respecto de él (73).

En cuanto a la legitimación para solicitar la certificación no parece que haya, en principio, razones para negarla a quien reúna la condición de interesado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 LRJAP. Sin embargo, no tendrá el mismo alcance y significación si lo solicita alguno de los legitimados para ser beneficiarios del silencio. En los supuestos de silencio positivo, la solicitud del certificado por la persona que en su día hizo la solicitud que dio origen al procedimiento podrá suponer una confirmación de su voluntad de aprovechar la ventaja que constituye el acto producido por el silencio administrativo. Si se trata de silencio negativo, la solicitud por idéntico interesado pondrá fin a la situación de pendencia y romperá la presunción en contra de aceptar la desestimación por respuesta. Si, por el contrario, el certificado fuese solicitado por un tercero, carecerá por completo de estas significaciones y se limitará a dar fe de los aspectos objetivos del silencio, que en el caso de tener éste atribuida

(73) Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 204 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, serán los secretarios de éstas los órganos competentes para expedir estos certificados respecto de los órganos de gobierno de las mismas.

una significación estimatoria será suficiente para permitirle la impugnación, salvo que el solicitante rompa la presunción que le beneficiaba, si aún es posible porque no hubiese realizado hasta ese momento actuación beneficiándose de la situación.

En cuanto al plazo de solicitud del certificado la Ley no dice nada porque, dada la funcionalidad del mismo, no tiene sentido ponerle plazo alguno. En efecto, en la nueva regulación, por más que se pretendiera, no es posible atribuir a este trámite ningún efecto constitutivo, como muchos pretendieron con la certificación de 1992. Es cierto que tampoco para aquélla se establecía plazo alguno, pero ahora, con más razón, el certificado podrá solicitarse en cualquier momento y tendrá los efectos que correspondan en cada caso en función de los hechos que acredite.

6. *Los efectos del silencio administrativo*

Uno de los aspectos, sin duda, más positivos de la reforma de 1999 ha sido establecer de modo claro e indubitable la relación entre silencio administrativo y obligación de resolver superando el planteamiento de la regulación de 1992, equívoco y, al menos aparentemente, contradictorio. Sabido es cómo en el texto de 1992 se mantenía la obligación de resolver expresamente hasta la emisión de la certificación de acto presunto, momento a partir del cual se prohibía cualquier resolución. Estas determinaciones causaron en importante medida el desconcierto doctrinal sobre este punto, sin perjuicio de que, a pesar de lo defectuoso de la norma, alguna doctrina supiera ver una interpretación razonable y coherente que daba sentido a una regulación ciertamente confusa pero de ninguna manera tan inútil como la mayor parte de las interpretaciones doctrinales dejaba entender.

En la actualidad, el apartado 4 del artículo 43 se cuida de precisar la incidencia del silencio administrativo sobre la obligación de resolver, y lo hace en términos absolutamente razonables, en mi opinión.

En efecto, sin realizar ningún pronunciamiento sobre la pervivencia en abstracto de la obligación de resolver, sí matiza su alcance en este momento aclarando que *en los casos de estimación por silencio administrativo la resolución expresa posterior sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo (74)*, al par que *en los casos de desestimación por silencio, la resolución expresa posterior al vencimiento del*

(74) En relación con el concepto, alcance y problemática de la resolución confirmatoria, X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, págs. 127 y ss.

plazo se dictará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio (75).

Con ello, la Ley no hace más que buscar la coherencia con lo que dispuso en el apartado 3 de ese mismo artículo y, por tanto, si el silencio positivo —estimación por silencio— *tiene a todos los efectos la consideración de un acto finalizado(r) del procedimiento* (marco referencial de actuación), no cabe su revocación por una resolución expresa de signo contrario. Es, pues, posible la resolución tardía confirmatoria del acto presunto positivo. A la inversa, el carácter de acto negativo —acto llamado al conflicto como principal contenido funcional— propio del silencio negativo no impide, antes al contrario exige, la respuesta sin condicionamiento alguno. Se puede concluir, por tanto, que ante el silencio positivo desaparece la obligación de resolver expresamente, e incluso que queda descartada si la resolución que se estimase procedente es de signo contrario o desvirtuador de la recaída por aplicación de las normas del silencio administrativo (76), mientras que ésta subsiste aun después de producido el silencio negativo.

Ahora bien, tampoco conviene sacar las cosas de su quicio y llevarlas más allá de lo que es posible de acuerdo con su naturaleza —ficción garantizadora frente al incumplimiento de la obligación de resolver expresamente y notificar—, pues podrían producirse efectos perversos que el Legislador, sin duda, tampoco desea. Me refiero concretamente al carácter de acto confirmatorio de la resolución tardía que se predica en el artículo 43.4. Conviene matizar, en aplicación de todo lo expuesto más arriba, que esta consideración sólo conviene al silencio estimatorio en el seno de la relación entre la Administración y el interesado *que dedujo la petición* en su momento y, tras el plazo correspondiente, la *entendió* estimada, sin que en modo alguno pueda alcanzar a terceros ajenos a dicha relación pero que eventualmente pudieran verse afectados por la resolución tardía. Para éstos, ésta es la única a todos los efectos. Esta solución, indudablemente, tiene su importancia de cara a un posible recurso que quisieran interponer y sin que tampoco pueda estimarse producido el silencio por el mero transcurso del plazo, sin perjuicio de la presunción de que traté más atrás.

La opción del Legislador en favor de la continuidad de la obliga-

(75) Ésta era, en términos generales, la posición que mantuve en mi libro *Los actos presuntos*, por respeto a exigencias institucionales incompatibles con la letra de la Ley. La reforma ha venido a reconocer los planteamientos que entonces hacía.

(76) En tal caso, la reacción de la Administración para proteger los intereses generales deberá instrumentarse a través de los mecanismos de la revisión de oficio (arts. 102 y 103 LRJAP) desde el momento en que concluya el plazo para resolver.

ción de resolver expresamente en el caso del silencio negativo es, a primera vista, incoherente con la utilización de la referencia al acto en tal caso, hasta el punto de que podría utilizarse lo dispuesto en el artículo 43.4.b) como un argumento en favor de la doctrina que ve en el silencio negativo una técnica completamente diferente de la del silencio positivo (77). Al margen de que tales planteamientos son insostenibles, según creo haber demostrado, por más que la inercia lleve a muchos en esa dirección, tampoco puede mantenerse aquí y tiene su propia explicación. Que la desestimación por silencio tiene naturaleza de acto presunto construido sobre la misma técnica de la ficción que el silencio administrativo positivo puede no haber sido querido por la Ley 4/1999, pero, además de que en algunos de sus preceptos (arts. 115 y 117) adopta un criterio diferente, tampoco se ha preocupado de desterrar esta técnica de la Ley de lo contencioso, como he expuesto más arriba, por lo que es razonable afirmar que, pese a algunas declaraciones aparentemente contrarias como la que nos ocupa, no se encuentra a disgusto con semejante concepción. Especialmente si tenemos en cuenta que lo que dispone del silencio negativo cuadra con el contenido de los actos de este tipo con independencia de su naturaleza expresa o presunta: la apertura al recurso como contenido funcional. El silencio administrativo negativo es, pues, acto presunto en el sentido en que lo he definido más atrás. Pero ello no es obstáculo a la persistencia de la obligación de resolver, como tampoco lo es respecto del acto presunto positivo, aunque el Legislador en este caso haya optado por reducir la obligación de resolver y notificar a una mera posibilidad en el caso de actos confirmatorios, justamente porque, como he firmado en otro lugar, ni el acto presunto negativo ni el positivo son *verdaderos actos administrativos*, sino ficciones cuyo contenido se integra por referencia a la mecánica de los actos administrativos y en esta remisión el Legislador puede introducir modulaciones. En principio las que desee, siempre que no sean contradictorias (78) y sean racionales, pero, además, especialmente justificadas estarán las que se encaminen a lograr los fines de la institución: la garantía del interesado ante la pasividad de la Administración (79). Obviamente, las matizaciones que regula el artículo 43.4 no pueden ser más razonables ni más conectadas con la finalidad de la institución del silencio administrativo y, por ello, sir-

(77) Así parece entenderse en X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, pág. 143.

(78) Como sería el caso de la plena posibilidad de resolver en el caso de silencio positivo, reviviendo las mismas consecuencias de la doctrina de los actos inexistentes.

(79) Esta posición es coherente con el criterio general de validez de los actos extemporáneos (art. 63.3 LRJAP) en la medida en que sólo la hace ceder lo indispensable para hacer operativa la garantía del silencio estimatorio.

ven también para delimitar el alcance de la remisión a la mecánica y régimen del acto administrativo: no más allá de donde sea contra-productiva a los efectos antes indicados.

Para concluir este apartado es preciso hacer referencia a una cuestión que tradicionalmente preocupa a la doctrina y a la jurisprudencia y donde, además, ambas parecen rivalizar en un más difícil todavía de buscar la aporía, cuando las normas ofrecen posibilidades suficientes de solución bastante razonables. Me refiero a la posible firmeza de las resoluciones presuntas. Habitualmente se pretende resolver este problema con la clásica proposición de que como la desestimación por silencio no comporta acto administrativo, no cabe la posibilidad de que adquiera firmeza. Con ello lo único que se hace es negar la evidencia pues, sea o no acto la desestimación presunta, no cabe desconocer que tanto los recursos administrativos como el contencioso-administrativo contra desestimaciones o estimaciones presuntas están sometidos a plazo (80). Para que quede más claro lo consciente que es el Legislador al establecerlos, se trata de plazos especiales, más largos que los ordinarios y, además, en el caso del recurso contencioso-administrativo se prevé como causa de inadmisibilidad que el recurso se presente fuera de plazo —art. 69.e) LJ—, sin que se contemple excepción alguna respecto de los actos presuntos (81). En consecuencia, no hay alternativa razonable a interpretar que el Legislador, al plantearse la referencia de los efectos del silencio administrativo, no ha excluido el régimen de los recursos en lo que respecta a los plazos, por lo que tampoco lo ha excluido en lo referente a su firmeza por el transcurso de aquéllos. Es comprensible la preocupación de la doctrina por salvar la posición de los interesados en este aspecto, pero creo que ha emprendido un camino equivocado (82). La solución es la que se ha expuesto en este trabajo (83), pues permite dejar el *dies a quo* en manos de los interesado, mien-

(80) Recientemente se ha recordado cómo el TS no considera estos plazos contrarios a la Constitución. J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *Silencio Administrativo en vía de recurso y terceros interesados*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 61, pág. 140.

(81) La pretendida —por cierta doctrina y jurisprudencia— derogación del artículo 46.1 LJ por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, causa cierta perplejidad, pues cómo entender que se deroga el plazo especial de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa si, al mismo tiempo, se regulan plazos especiales de interposición de los recursos en vía administrativa cuando se trata del silencio administrativo (arts. 115.2, párrafo segundo, y 117.1 LRJAP).

(82) Con titubeos y dudas, algo parecido ocurre con la jurisprudencia. M. GARCÍA PÉREZ, *El silencio administrativo negativo*, «Cuadernos de Derecho Público», núm. 12, 2001, págs. 188 y ss.

(83) También es muy interesante la propuesta de V. AGUADO I CUDOLÁ, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, cit., pág. 133, aunque quizá pueda tilársela de voluntarista.

tras el *dies ad quem* continúa siendo inexorable, mientras no se reforme la Ley. Con esto no quiero decir que se haya elegido la mejor de las soluciones posibles, sí digo que es la más coherente con el marco general en que el Legislador ha decidido moverse: el del acto administrativo, del que forma parte también un sistema de recursos sometidos a plazo de caducidad. En este conjunto la situación actual no significa empeoramiento de la condición de los favorecidos por el silencio administrativo con respecto a 1992 ni a 1958, sino todo lo contrario, pues, como he reiterado, sólo a ellos corresponde activar los mecanismos productores del silencio administrativo. Comprendiendo las dificultades de la interpretación que propongo, es, sin duda, más operativa que las habituales lamentaciones doctrinales chocando contra el muro de una legalidad, todo lo discutible e inconveniente que se quiera pero meridianamente clara, mientras que la opción que aquí se propone cuenta con una literalidad que, al menos, la permite, si no la consagra.

7. *La exclusión del silencio administrativo*

La vinculación entre silencio administrativo y obligación de resolver expresamente y de notificar dentro de un plazo determinado aparece en estos momentos como una obviedad, si bien una de las aportaciones que me he esforzado en consignar en este trabajo ha sido precisamente la de negar su automatismo. El silencio administrativo es un remedio contra el vacío que se genera por el incumplimiento de aquella obligación ofrecido a determinados interesados —los que se indican en el arts. 43.1 y 44.1 LRJAP— que deberán valorar si desean utilizar o no. En cualquier caso, el incumplimiento de la obligación mencionada es presupuesto de hecho inexcusable para la posible producción del silencio administrativo. De donde se sigue igualmente de manera inexcusable que no cabe la posibilidad de silencio administrativo donde no está establecida aquella obligación. Así ocurre en los supuestos que el artículo 42, párrafo tercero, LRJAP exceptúa de la necesidad de obtener respuesta, esto es, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración. A este último supuesto me he referido con anterioridad: constituye una técnica precisa donde la mencionada obligación no tiene cabida. La excepción derivada de la terminación por pacto se justifica por el propio mecanismo del convenio: implica una estrecha relación entre dos o más partes que mutuamente se compelen a llegar al final. Si la nego-

ciación se paraliza o se rompe y la relación bilateral vuelve de nuevo al cauce de la unilateralidad propia de *la resolución administrativa*, la obligación de resolver y notificar resurge, tal como se desprende del artículo 42.5.e) LRJAP.

Conviene hacer ahora una reflexión provocada por lo dispuesto en la Disposición Adicional vigésima novena 4 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, bajo la rúbrica común de *régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias*. Se dispone allí que no están sujetos al régimen del silencio administrativo la terminación convencional de procedimientos administrativos, así como los procedimientos de mediación, arbitraje y conciliación. A mi modo de ver, todos estos procedimientos se encuentran subsumidos bajo el tipo de la terminación por pacto o convenio, en el primer caso de manera explícita y directa, en el segundo caso de forma implícita, pues el convenio se encuentra en la base de estas técnicas de resolución de conflictos.

En efecto, por lo que respecta al arbitraje, el carácter esencialmente voluntario ha sido declarado por la STC 174/1995, de 23 de noviembre, que consideró incompatible con los artículos 24.1 y 117 CE el arbitraje impuesto por la Ley, siquiera pudiera ser evitado por pacto expreso entre las partes. De esta manera, el Legislador no hace más que interpretar o explicitar lo que se dice de modo implícito en la LRJAP.

Pero quizá el Legislador estatal, y no básico, tenga en su mente otros supuestos que no pueden calificarse de arbitrales. Tal es la potestad de resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieran voluntariamente, que corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), prevista en el artículo 2, Dos, e), de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones (84). No se trata de ejercicio de función arbitral en sentido propio, que también puede ejercer la CMT a tenor de lo previsto en la letra a) del precepto citado. Al ejercicio de una función cuasijurisdiccional —y en esto se asemeja al arbitraje— se añade ahora la nota de la vinculatoriedad que aleja el supuesto de las excepciones a la obligación de resolver y notificar que se vincula al silencio administrativo, contempladas en el artículo 42.1, párrafo tercero, LRJAP. Se trata, pues, de un supuesto diferente, por consiguiente no excluido de la obligación de resolver y notificar, que posi-

(84) A. MARTÍ DEL MORAL, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, INAP, Madrid, pág. 108.

blemente este texto no alcanzaría a poder realizar sin revestirse de condición básica, lo que significa de obligada observancia por las Comunidades Autónomas y el propio Estado. Pero el Legislador estatal de la Ley de *acompañamiento* citada (14/2000) de la de Presupuestos para 2001 no ha relevado a la Administración de la obligación citada, sino que descarta el silencio administrativo como instrumento contra una inactividad más que posible.

No creo que se pueda objetar nada a la Ley a que me acabo de referir, si es que mi interpretación es correcta, pues de no serlo la propia norma es inútil, por reiterativa. Pero no cabe duda que, tal vez sin pretenderlo, el Legislador está reconduciendo errores y anacronismos hacia las soluciones que demanda el desarrollo actual de nuestro ordenamiento jurídico, pues no creo discutible que si bien puede obviarse el silencio administrativo como consecuencia jurídica del incumplimiento de la obligación de resolver y notificar, no cabe admitir que por ello se renuncie a dejar sin solución el problema que plantea la posible inactividad en supuestos como el que analizamos. Ésa podría haber sido la situación bajo la vigencia de la Ley de la jurisdicción contenciosa de 1956, pero resulta inadmisibles en la actualidad. En efecto, superada la formulación tradicional del carácter revisor por las previsiones de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, en especial por el artículo 29.1, el supuesto planteado encaja de manera perfecta (85), al menos desde una perspectiva conceptual y sin perjuicio de la inadecuación de la regulación concreta: la Administración viene obligada por una disposición de carácter general que no precisa de acto de aplicación a realizar la concreta prestación de resolver (un conflicto entre un operador y el titular de una red de telecomunicaciones, p. ej.). En tal caso, continúa el artículo 29 LJ citado, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar y, transcurrido el plazo que indica sin obtener respuesta, acudir al recurso contencioso-administrativo. A partir de aquí o bien decaería la competencia de la Administración, dando paso a la protección jurisdiccional, o ésta se orienta en el sentido de imponer a la Administración el cumplimiento de su obligación

Con independencia de la inadecuación del plazo y, en general, de los detalles de la regulación, que no se hizo pensando en el supuesto previsto en la Ley 14/2000, creo importante subrayar que se está

(85) Éste sería el cauce adecuado para impugnar la inactividad formal si la propia LJ no previera el recurso contencioso-administrativo contra los actos presuntos, remitiendo de esta forma a la técnica del silencio administrativo que se exceptúa en la Ley 14/2000. M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, dirección Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Lex Nova, 1999, págs. 177 y ss.

abriendo una vía directa contra la inactividad formal de la Administración, sin necesidad de mediatizar la acción de los interesados ni de los Tribunales por ficciones ni fórmulas más o menos indirectas del mismo tenor. Es la vía que continúa la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, del derecho de petición, cuando quien incumple la obligación de contestar es la Administración pública, según hemos visto, y aunque se trata de supuestos marginales apuntan la dirección correcta, en mi opinión, que desde hace años vengo propugnando.

IV. PERSPECTIVA FINAL

A la vista de cuanto he expuesto, creo que no puede dudarse de que la regulación actual del silencio administrativo es la mejor que se ha realizado en nuestro Derecho, pero al mismo tiempo es preciso afirmar que ni es la que corresponde al nivel de desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico ni es la adecuada al entorno social, económico y tecnológico en que viven las Administraciones públicas en estos momentos. Sobre esta realidad jurídico-positiva inciden dos factores importantes y de signo diverso que pueden condicionar el futuro de esta institución. De una parte, la actitud de la doctrina que, demasiado apegada a las interpretaciones tradicionales, no es capaz de efectuar un análisis creativo e integrador del nuevo texto que supere algunos de los problemas que, en opinión de la mayoría, aquejan a la actual regulación —señaladamente, el plazo para recurrir contra el silencio negativo—. Aquí se ha intentado, por más que mis argumentos puedan ser discutibles y haya muchos que no los compartan. Hay, pues, otras posibilidades interpretativas diferentes de las dominantes.

Afortunadamente, la otra tendencia es más esperanzadora. A ella he apuntado y parece venir de la mano del Legislador. Me refiero a la solución adoptada en relación con el derecho de petición (Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre) y a la exclusión que la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ha hecho de determinados procedimientos de la terminación por silencio administrativo, según la interpretación que he propuesto más arriba. Es verdad que se trata de supuestos muy concretos e incluso marginales, pero lo importante es destacar que miran a la dirección correcta: la auténtica superación de la doctrina del silencio administrativo; dejar, como regla general, en manos de los Tribunales de Justicia el control del cumplimiento de la obligación de resolver, sin mediatizar su acceso a través de interpretaciones ni positivas ni negativas del silencio, generalizando la posibilidad de condenas a resolver, naturalmente, bajo el control del Tribu-

nal en fase de ejecución de sentencia (86). Se obvia de esta manera la regla general del silencio positivo que la inmensa mayoría de la doctrina crítica y la realidad parece rechazar sin que sea precisa la resurrección de su contraria, susceptible de crear problemas de imagen, reales o no, a la formación política que la proponga. Naturalmente, a estas consecuencias no es posible acceder por vía de la simple interpretación. Hacen falta reformas tanto de la Ley 30/1992 como de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no puedo detallar aquí. Es obvio que la preparación de esta reforma requiere una adecuada coordinación de los Ministerios afectados que permita una consideración del problema desde su doble vertiente, procesal —Justicia— y de régimen jurídico —Administraciones públicas—, sin la cual no será posible avanzar.

Lo importante es destacar que la línea evolutiva parece estar trazada y en el horizonte se avizora un futuro más razonable, una vez que, al menos, existe el propósito de superar la tradicional concepción del carácter revisor de la jurisdicción que, con mejor o peor fortuna, se abre paso en su última regulación. Ahora el problema será justamente ésta, en absoluto satisfactoria. Será preciso esperar y hacer esfuerzos para agilizar su funcionamiento y dotarla del dinamismo que exigen la mayor parte de los conflictos jurídico-administrativos de nuestro días. Confiamos en el futuro: aquí termina la responsabilidad de los profesores y empieza la de los dirigentes políticos.

A pesar de todo, no se va a acabar así con la lacra de la inactividad formal de las Administraciones públicas, pero se ayudará a paliarla. Con esta convicción, será preciso buscar soluciones también desde otras perspectivas que en otros trabajos he aludido (87).

(86) Sugerí esta solución en mi trabajo *Los actos presuntos*, pág. 143.

(87) *Los actos presuntos*, pág. 146.

