

El silencio administrativo negativo

Marta García Pérez

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE REFLEXIÓN HISTÓRICA.—III. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.—IV. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: 1. *Introducción*. 2. *La naturaleza jurídica del silencio*. 3. *El sentido del silencio*. 4. *El acto presunto y su acreditación*.—V. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL SILENCIO DESESTIMATORIO: 1. *Introducción*. 2. *El sentido del silencio*. 3. *El plazo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos*: a) El contenido de la obligación de resolver expresamente los procedimientos; b) La duración máxima de los procedimientos; c) El cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos. 4. *La eficacia del silencio desestimatorio*: a) La contrarreforma; b) Los plazos para recurrir contra las desestimaciones por silencio; c) El silencio desestimatorio y las resoluciones tardías.

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

Con encomiable honestidad, el legislador vuelve sobre sus pasos, retomando la institución del silencio como única vía para luchar contra ciertas patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración. Lejos quedan aquellas palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, en las que ingenuamente se daba por superado el silencio administrativo a favor de la resolución expresa de los procedimientos.

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

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

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

II. BREVE REFLEXIÓN HISTÓRICA

Si la doctrina se remite al Derecho francés para explicar los orígenes del silencio administrativo en nuestro propio ordenamiento es porque existe una tendencia casi constante a identificar dos problemas que, unidos inevi-

tablemente, acompañan todavía al ordenamiento jurídico administrativo en sus manifestaciones cotidianas: uno, la resistencia indomable de la Administración a resolver expresamente los procedimientos; otro, los últimos estertores del moribundo carácter revisor de la JCA.

Efectivamente, el peso de la *décision préalable*, entre otras muchas manifestaciones poco deseables, condicionó el acceso a la justicia administrativa a la existencia de un acto previo de la Administración y de ahí que, para salvar el obstáculo cuando dicho acto no se había dictado, se echase mano a la doctrina del silencio administrativo ¹.

Pero no fue tal aplicación ni la única ni la primera manifestación de la regla del silencio en su consideración procesal. El privilegio de la decisión previa, que tanto tuvo que ver en la posterior evolución del silencio administrativo, no ha tenido tal protagonismo en el germen legal de la institución, que más bien se encuentra en la vieja —pero moderna— convicción de las bondades y ventajas de la conciliación y la transacción «como medio preferible á cualquier otro para poner término á los pleitos y contiendas» ²; y que, en su dificultad natural para adaptarse a los litigios jurídico-públicos (al no poder transigir el Estado en sus derechos) se condujo a una suerte de reclamación previa en vía gubernativa ³. No se trataba, por tanto, de una medida que alejase a los pleitos contra la Administración de los ordinarios sino justamente lo contrario, de garantizar que no fuese «de peor condición el Estado, que se veía privado del medio conciliatorio concedido por la legislación común á las demás clases, antes de empeñarse en un litigio» ⁴.

La vía gubernativa previa a las demandas judiciales contra el Estado se estableció ante la imposibilidad de conciliación y con sus mismos propósitos, «prometiéndose S.M. que por este medio se logrará la debida justicia con más expedición, reservando el recurso judicial solamente para aquellos

¹ En general, puede leerse un resumen de la doctrina española que ha estudiado los orígenes de la institución en la obra de M.E. GUILLÉN PÉREZ, *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Ed. Colex, 1996, pp. 27 y ss.

² Real Decreto de 23 de marzo de 1886, dictando reglas relativas al procedimiento para sustanciar en la vía gubernativa las reclamaciones de los particulares, como trámite previo a la vía judicial en asuntos de interés del Estado (vid. *Legislación administrativa española del siglo XIX*, recopilada por T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y J.A. SANTAMARÍA PASTOR, IEA, Madrid, 1977, p. 133).

³ Son afirmaciones éstas que se hacen a sabiendas de la intensa discusión doctrinal sobre los orígenes del contencioso y, en particular, sobre la exigencia del llamado *privilege du préalable*, que para algunos se remonta a las primeras manifestaciones del proceso contencioso, y para otros no tuvo aplicación sino a partir de la Real Orden de 1847, a la que luego aludiré. Han participado activamente en la polémica PARADA VÁZQUEZ, NIETO GARCÍA y SANTAMARÍA PASTOR; tomando recientemente postura FERNÁNDEZ TORRES en una extensa monografía sobre la evolución del contencioso-administrativo en España y antes E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Madrid, 1990, que ubica la técnica del silencio intrínsecamente unida a la exigencia de la reclamación gubernativa previa a la interposición de demandas judiciales contra el Estado, y no a una simple consecuencia del carácter revisor de la Jurisdicción (pp. 23 y ss.).

⁴ Vid. Real Decreto de 20 de septiembre de 1851, previniendo que no se admitan demandas judiciales contra la Hacienda, sin que se certifique haber precedido reclamación en vía gubernativa (vid. *Legislación*, cit., p. 105).

casos en que no quepa avenencia ó se ofrezcan dudas graves»⁵. La rapidez en la solución de conflictos, por un lado, y la racionalización del sistema judicial (a mínimos), por otro, protagonizaron la salida de una crisis judicial derivada de la política desamortizadora de la Corona⁶.

Tal fue el espíritu de varias normas decimonónicas que afianzaron una regla aceptada con naturalidad:

«Los Jueces y Tribunales no admitirán demanda alguna en asunto de interés del Estado, ni darán curso á las citaciones de evicción que se le hagan al mismo, *sin que ántes se acredite en autos, por medio de la certificación correspondiente, que los interesados han apurado la vía gubernativa y sídoles denegada ...*» (art. 15 de la Compilación de 16 de abril de 1881).

El mal funcionamiento de la vía gubernativa previa —«falta de regularidad la vía gubernativa en esta clase de expedientes, y careciendo de un plazo fijo dentro del cual deban quedar completamente terminados, han preferido los particulares interesados acudir á los tribunales á reclamar sus derechos, antes que exponerlos á dilaciones indefinidas»⁷— propició el nacimiento de la técnica del silencio desestimatorio⁸ en el marco de ciertas medidas orientadas a impedir retrasos o denegaciones injustificadas de justicia, que consistieron fundamentalmente en: 1º) imponer un plazo máximo para resolver estos expedientes en vía

⁵ Real órden de 30 de diciembre de 1838, mandando que las juntas de beneficencia no entablen recursos ante los tribunales sin que los demandantes acrediten haber recurrido á S.M., con la finalidad de evitar «ruinosos litigios que han consumido en sus improductivos gastos los recursos que la piedad de los fundadores destinaba al alivio y consuelo de los menesterosos», como consecuencia de la aplicación de una Real órden circular de 5 de julio de 1822 que disponía la reclamación judicial por parte de las juntas de beneficencia de la Administración de las obras pías, memorias ó fundaciones cuando los particulares se resistieran a hacer la entrega.

⁶ La Ley de 2 de septiembre de 1841, relativa á la venta de las fincas del clero secular, declaraba bienes nacionales «todas las propiedades del clero secular» (art. 1), así como «los bienes, derechos y acciones de cualquier modo correspondientes á las fábricas de las iglesias y á las cofradías» (art. 2), declarándose en venta (art. 3) y encargándose el Gobierno de la administración y recaudación de todas las ventas y productos de las propiedades de toda especie pertenecientes al clero (art. 4), con algunas excepciones recogidas en los cinco apartados del art. 6. El procedimiento de declaración de bienes exceptuados «en caso de duda ó reclamación» se reguló por Real órden de 9 de febrero de 1842 («acerca de los expedientes relativos á los bienes que fueron del clero, fábricas y cofradías»), que dispuso en su regla primera que «todos los expedientes sobre declaración de estar ó no comprendidos en las excepciones del art. 6 de la Ley ... se promoverán y ventilarán por el orden gubernativo antes de poder hacerse contenciosos».

⁷ Real Decreto de 20 de septiembre de 1851 (*vid. Legislación*, cit., p. 105).

⁸ M. GÓMEZ PUENTE es rotundo en sus afirmaciones, vertidas tras una detenida reflexión histórica: «En la normativa apuntada ha de cifrarse, pues, el origen del silencio administrativo y no, como con frecuencia ha sostenido nuestra doctrina, en la legislación francesa». Cfr. *La inactividad de la Administración*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, 2000, p. 568. En particular, atribuye la paternidad de la institución al RD de 20 de septiembre de 1851, que instaura con carácter general el silencio administrativo respecto de la reclamación previa al contencioso-civil, aun existiendo una regulación anterior, la del RD de 15 de mayo de 1850, sobre trámites en los expedientes de indemnización de partícipes legos de diezmos, que autorizaba el acceso a la vía contenciosa si no se dictaba resolución gubernativa dentro de determinados plazos, norma que, por ser excepcional dentro de las que regulaban la exigencia de reclamación previa al contencioso-administrativo, no se defiende como origen del silencio, aunque se reconoce que es en ella donde aparece su primer tratamiento (arts. 9, 10, 17 y 18). Cfr. *op. cit.*, pp. 572 y ss., especialmente nota 15.

administrativa ⁹; 2º) dejar expedita la vía judicial si excedido dicho plazo no se hubiese resuelto la contienda.

Este último mecanismo fue articulado con poca homogeneidad en sus primeras manifestaciones, de tal manera que si unas veces se fingió la existencia de una resolución desestimatoria («en cuyo caso se entenderá negada la solicitud») ¹⁰, en otras ocasiones simplemente se dio por intentada la vía previa y se permitió el acceso directo a la Justicia sin necesidad de semejante ficción («en cuyo caso, quedará libre la acción de los tribunales ordinarios, luego que el particular interesado acredite en autos el transcurso de este plazo») ¹¹. Se construyera la figura de una u otra forma, no hay duda de su carácter estrictamente procesal y de su articulación en beneficio exclusivo del accionante.

En 1886 algo cambió en la concepción de la vía previa y, por consiguiente, en la funcionalidad del silencio administrativo. El Real Decreto de 23 de marzo de 1886 introdujo nuevos conceptos en su Preámbulo:

«Y si bien la naturaleza especial y realmente privilegiada de los intereses y derechos del Estado, que no pueden ser objeto de transacción, se exceptúan del requisito de la conciliación, que es la regla general y ley común en las demandas entre particulares, aquéllas que se dirijan contra la Hacienda ó el Estado, como por una parte *no sería justo que el Estado se viera comprometido en un litigio sin la preparación necesaria*, y por otra parte puede en algunos casos ser tan perfecto el derecho del particular demandante que deba ser desde luego reconocido, de aquí la conveniencia y necesidad de que á falta del acto de conciliación y como *garantía en favor de los derechos del Estado*, con ventaja posible para los particulares, se exija la reclamación previa en la vía gubernativa antes de entablar demandas contra el Estado ...».

Y mantuvo la ya conocida regla del silencio, al disponer un plazo de cuatro meses, a contar desde la presentación de la instancia, pasado el cual «se entenderá negada la solicitud para el efecto de dejar expedita la vía judicial» (art. 1, regla 8ª).

La cursiva del texto pretende poner de relieve un matiz importante que habría de caracterizar la funcionalidad de la reclamación previa en los años siguientes: de tratar de evitar el litigio a favorecer una mejor defensa del Estado en el litigio subsiguiente hay un salto de escala. El litigio se daba por supuesto —a todo lo más «en algunos casos» en que el derecho reclamado por el particular fuese perfecto lograría evitarse—, y comenzaba a vislumbrarse la posición preeminente del Estado en el proceso. El giro dado respecto a la naturaleza y finalidad de la reclamación previa es significativo: de medio de solución extrajudicial del conflicto a presupuesto procesal. En otras

⁹ Vid. art. 6 del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851, que establece un plazo de cuatro meses para resolver y comunicar la resolución, y art. 16 de la Compilación de 1881, que lo eleva a seis.

¹⁰ Vid. art. 7 del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851.

¹¹ Vid. art. 16 de la Compilación de 1881, reproduciendo el art. 5 del Real Decreto de 11 de enero de 1877.

¹² Cfr. M. GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*, p. 570.

palabras, de mecanismo ordinario a privilegio. El contrapunto necesario lo ofrecía el silencio administrativo, remedio *in extremis* frente a la indolencia de la Administración, que no debía llegar a suponer una renuncia a la jurisdicción ni a los derechos que en ella pudieran reconocerse al ciudadano ¹³.

El recurso a dotar de eficacia jurídica al silencio se hizo indispensable en la vía contenciosa, a medida que se impuso, hasta llegar a predeterminar la dispensación de justicia, la regla o privilegio *du préalable*. Junto al derecho del particular para recurrir, un segundo requisito esencial, el acto administrativo, limitó drásticamente el acceso a los tribunales de los conflictos jurídico-públicos ¹⁴, llegando a concebirse el proceso como una segunda instancia del procedimiento administrativo previo (carácter revisor).

La madurez de la técnica se produjo en España en el ámbito de la Administración local, con la aprobación del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, al que no sólo se debe el estreno de la expresión misma de «silencio administrativo» y su generalización en la vía administrativa previa al contencioso ¹⁵ sino también una cierta extensión o ampliación respecto a su funcionalidad inicial —estrictamente procesal—, que tiene su reflejo en una avivada polémica sobre la naturaleza jurídica del silencio y sus manifestaciones respecto a la eficacia de la desestimación y el plazo para interponer los correspondientes recursos administrativos y contencioso-administrativos.

GASCÓN apuntaba esta última cuestión en su *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española* (1935): «La aplicación de la doctrina del silencio administrativo plantea el problema de saber si es o no obligatorio para el particular entablar el recurso oportuno a partir de la expiración del plazo señalado en la ley para que resuelva la autoridad competente. La jurisprudencia interpreta las disposiciones referentes al silencio en el sentido de estimar consentidas y firmes las denegaciones tácitas de no recurrirse contra ellas en el plazo mis-

¹³ En contadas ocasiones el silencio administrativo era algo más que una técnica puramente procesal, asimilándose a una inexistente resolución administrativa estimatoria del derecho reclamado por el solicitante. De márgenes muy reducidos, y a la vista de ciertos actos de la Administración que la doctrina denominó «de admisión» (FERNÁNDEZ DE VELASCO) por cuanto la Administración daba eficacia a un derecho extraño a ella a requerimiento del reclamante, y careciendo de derecho para negarse a la realización del acto, no faltaron normas que regularon un silencio estimatorio, que venía a sustituir la ausente declaración de voluntad administrativa.

¹⁴ La Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableció ya resueltamente la exigencia de que las resoluciones administrativas «causen estado» para poder ser impugnadas ante la JCA, entendiéndose tales «cuando no sean susceptibles de recurso en vía gubernativa» (art. 2). El privilegio de la decisión previa cobró toda su fuerza y vigor, hasta el punto de que se concibió el proceso como una segunda instancia del procedimiento administrativo previo, generalizándose el carácter revisor de la Jurisdicción. Sin embargo, no se hizo referencia expresa al silencio administrativo, limitándose la ley a disponer un plazo de tres meses para interponer el recurso contencioso, contado desde el día siguiente al de la notificación administrativa de la resolución administrativa.

¹⁵ De hecho, la doctrina más autorizada tiende a señalar el Estatuto Municipal de 1924 como origen del silencio, porque por primera vez se utiliza con carácter general en la vía administrativa previa al proceso contencioso, más allá de su tradicional aplicación a la vía gubernativa previa al proceso civil. Con todo, estudios recientes ponen de relieve la existencia de precedentes en la vía administrativa incluso a lo largo del siglo XIX. *Vid.* por todos M. GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*, p. 572 y ss.

mo previsto para las denegaciones expresas, principio que no tiene asentimiento general, ya que su aplicación puede dar como resultado perjuicios innegables para los interesados, en lugar del beneficio que a los administrados ha querido otorgarse por la ley. El particular tiene derecho a considerar denegada su pretensión si no hubo resolución transcurrido cierto plazo; pero tal derecho no debe suponer el deber de computar el plazo para recurrir a contar de la expiración del que motiva la aplicación de la doctrina del silencio. Interpretar que la Administración no puede ya actuar sería perjudicar en muchos casos para el particular»¹⁶.

Como sucedería años después, la utilización de la técnica se complicó desde el momento en que trató de asimilarse el silencio desestimatorio a una suerte de «acto» tácito, ficticio o supuesto, y aplicar al mismo la doctrina propia de las resoluciones administrativas expresas. La mera suposición de denegación ganó firmeza por el transcurso del plazo establecido en las normas para su impugnación; de ahí que la posible resolución tardía desestimatoria careciese de eficacia bajo la concepción de acto reproductor de otro anterior firme y consentido; y tanto más de ser estimatoria, tildándola unas veces de extemporánea, otras de incompetencia, o aduciendo, en fin, la regla de que nadie puede ir contra sus propios actos. El silencio administrativo era «un acuerdo tácito denegatorio» (STS. de 24 de noviembre de 1932¹⁷) con todas las consecuencias¹⁸.

No dejó de haber reacciones¹⁹ pero aisladas y sin la suficiente fuerza como para enderezar el rumbo de una técnica que se alejaba, casi a la deriva, de la dirección inicialmente prevista.

¹⁶ Cfr. p. 204.

¹⁷ Ar. 2968.

¹⁸ Afirma GÓMEZ PUENTE el cambio de funcionalidad del silencio a partir de esta regulación, ahora «revulsivo destinado a aglazar la terminación de los procedimientos, a procurar su resolución y a terminar con la incertidumbre jurídica que suscita todo procedimiento abierto ... visto incluso como un modo normal de terminación del procedimiento». Y cita una ilustrativa sentencia del TS de 14 de octubre de 1930 (ar. 3069), según la cual: «Las reclamaciones administrativas dirigidas por los particulares a los Ayuntamientos pueden ser resueltas, desde la promulgación del Estatuto Municipal, de dos maneras: una, la natural y corriente de pronunciarse expresamente sobre ellas aceptándolas o rechazándolas, y otra, la de dejar correr, sin adoptar acuerdo alguno decisivo, el plazo señalado en el art. 268, pues en este caso se sobreentiende que quedan denegadas». Ante lo cual concluye el autor: «Afectado el silencio administrativo a este objetivo, visto incluso como un modo normal de terminación del procedimiento, sólo indirectamente podría considerarse en beneficio del administrado». Cfr. *op. cit.*, p. 575 y ss.

¹⁹ Existió alguna jurisprudencia que reaccionó ante el planteamiento del silencio que se venía haciendo, pretendiendo recuperar la institución en su concepción originaria, es decir, en beneficio del particular, «y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los órganos administrativos», que impidiese darle una interpretación que perjudicase a quienes quiso favorecer, «como sucedería si, no obstante la existencia de un acuerdo administrativo ... mediante el que resuelve de un modo expreso respecto a determinada reclamación (reputándola con ello viva) para los efectos de librar a quien resolvió de sus consecuencias, se considerase inexactamente que había guardado silencio, privando así a los interesados del consiguiente derecho ante un acto de la Administración, y negando ésta el uso de una facultad tan interesante a sus funciones como es la de juzgar a sus propios actos de la deficiente tramitación de que adoleciesen al dejar incontestado lo que pudo y debió racionalmente contestarse». Ante lo cual se concluye que «no cabe aplicar en perjuicio del reclamante lo que se dispuso con un fin opuesto, y no procede, por tanto, la declaración de nulidad producida, sino estimar la aludida resolución negativa expresa, como el arranque y punto de origen de la correspondiente reclamación que con esta base es notorio se produjo dentro de plazo» (STS. 8 de abril de 1933, ar. 3109). Es decir, el transcurso del plazo máximo para resolver no impedía a la Administración resolver expresamente si antes no se había interpuesto declaración jurisdiccional basada en la re-

La polémica estaba servida, sin que pudieran imaginarse los estudiosos de la época que habría de comenzarse el nuevo milenio con interrogantes y discusiones en términos que por similares hacen dudar de la rentabilidad de tanto tiempo y esfuerzo invertido²⁰. Durante décadas, el protagonismo correspondió a la jurisprudencia, proyectando luces y sombras sobre diversas normas²¹ que, incondicionalmente, mantuvieron la técnica del silencio como mecanismo reparador de una práctica administrativa difícilmente alterable.

La LJCA de 1956 vino a terciar en la polémica naturaleza del silencio desestimatorio, abordando directamente la figura al hilo de la confirmación del carácter revisor de la Jurisdicción, incidiendo en la concepción del silencio como necesario contrapeso de las exigencias de un acto previo como presupuesto de la revisión jurisdiccional. Dice la Exposición de Motivos que:

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

Por ello la Ley instituye un régimen general de silencio administrativo ...».

Siendo ésta su única realidad, y dejando atrás cualquier consideración adicional del silencio alejada de su finalidad original, el legislador no podía sino afirmar que:

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

solución «supuesta», ofreciendo al ciudadano algo así como un derecho de opción entre aguardar a la resolución expresa o recurrir contra la desestimación por silencio.

Otra interesante reacción se produjo a partir de una jurisprudencia ciertamente minoritaria que pretendió favorecer la impugnación directa ante la jurisdicción contenciosa de las denegaciones tácitas sin necesidad de dar cumplimiento al requisito del recurso de reposición previo, por considerar que los preceptos que lo regulaban (arst. 253 y ss. del Estatuto) requerían de la existencia de un acuerdo expreso recurrible (STS de 27 de abril de 1935, ar. 902), doctrina que sería posteriormente confirmada a nivel normativo, a partir de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, articulada por Decreto de 16 de diciembre de 1950, cuyo art. 378 disponía que «quedan excepcionadas del recurso de reposición las denegaciones tácitas, que podrán ser impugnadas directamente ante los tribunales o las autoridades competentes».

²⁰ Vid. un intenso estudio de la jurisprudencia de la época en M. GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*, p. 575 y ss.

²¹ El Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925, la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, que incorpora la denuncia de mora al régimen legal del silencio, la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 articulada por Decreto de 16 de diciembre de 1950, y el Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Régimen Local. A nivel estatal, fue la legislación sectorial la encargada de implantar paulatinamente el mecanismo del silencio, que fue generalizándose en normas de frecuente aplicación, como la Ley de 18 de marzo de 1944 que regulaba el recurso de agravios ante el Consejo de Ministros para resolver controversias en materia de personal no sometidas al conocimiento de la Jurisdicción, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 respecto de las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios o la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, que recoge varios supuestos de silencio administrativo. Vid. una relación detallada de esta normativa en GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*, p. 587 y ss.

En su acepción común, «restituir» la figura del silencio presupone una actitud consciente ante una perversión previa de la técnica, puesta de manifiesto por la doctrina y reflejada en una jurisprudencia que sólo indirectamente la utilizaba en beneficio de los ciudadanos. El texto transcrito no alberga dudas: en primer lugar, el silencio era una figura de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración, y no, como se pretendió, un modo más de terminar los procedimientos; en segundo lugar, invocar esta técnica se consideraba como una facultad y no una obligación, tomando radicalmente postura a favor de la jurisprudencia que, aunque minoritaria, consideraba «vivas» las reclamaciones no resueltas de modo expreso mientras no se interpusiesen las acciones jurisdiccionales correspondientes ²².

No podía faltar alguna manifestación sobre la naturaleza de *lo* que resultase del transcurso del plazo para resolver en ausencia de resolución administrativa expresa:

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

«Presumir un acto» era una expresión excesivamente explícita a favor de una opción tal vez no deseada por el legislador (el acto presunto) que hubo de matizarse muy poco tiempo después en la LPA de 1958 (art. 94) y por la jurisprudencia. En palabras del TS:

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

No se trataba de interpretar la voluntad de la Administración por la elemental razón de que cabalmente lo que faltaba era la voluntad administrativa. El problema era otro: se trataba de hacer posible el acceso del particular a la vía de recurso, aunque no hubiese un acto administrativo que recurrir. Y para ello bastaba simplemente con establecer la *ficción legal* de que el recurso era procedente como si estuviésemos en presencia de un acto administrativo (GARRIDO). De esta forma se generalizaba el control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa, que consistía, respecto a esta última, en entender desestimadas las peticiones no resueltas o los recursos no

²² *Vid.* nota 19.

²³ Cfr. «La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo», *REDA* n^o 82, 1994, p. 189 y ss.

contestados en cierto plazo «al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso, administrativo o jurisdiccional según proceda ...» (artículo 94 de la LPA) ²⁴.

El silencio presentaba dos singularidades aceptadas casi unánimemente ²⁵ por la doctrina y la jurisprudencia. Por un lado, se configuraba como una ficción de efectos estrictamente procesales, limitados a abrir la vía de los recursos. Por otro lado, era un instrumento creado en exclusivo beneficio del ciudadano.

La primera noción fue puesta de manifiesto en múltiples ocasiones por la jurisprudencia, sin duda porque tenía inmediatas consecuencias prácticas: no existiendo acto alguno, sino sólo una ficción, no existía voluntad de la Administración ni sustitución de la misma por Ley, lo cual implicaba la inaplicabilidad de la doctrina general de los actos a los efectos producidos por silencio ²⁶.

Una manifestación de esta concepción del silencio fue la reiterada jurisprudencia sobre la admisibilidad de recursos extemporáneos cuando el transcurso de los plazos y la consiguiente caducidad de la acción habían sido causados por la inactividad o la defectuosa actuación de la Administración. O la exigencia de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso-administrativo, dividiéndose la doctrina en torno a la exigibilidad de recurso de alzada con carácter obligatorio contra las desestimaciones presuntas ²⁷.

Independientemente de la mayor o menor contundencia de los argumentos a favor o en contra, la cuestión solía reconducirse a la determinación de las

²⁴ J.A. CÁMPORA, «El acto presunto», *REDA* n° 82, 1994, pp. 233 y ss., lo expresa gráficamente: «Los remedios que la Ley establecía ante la conducta tan desconsiderada eran, tras un prudencial plazo de tres meses en el que se supone que podía resolverse sobre lo pedido, hacer un nuevo llamamiento a la puerta; y si después de este alabonazo la Administración persistía en su empecinado silencio, transcurridos otros tres meses, dar por sobreentendido el no y abrir de par en par las puertas de la Jurisdicción contencioso-administrativa».

²⁵ *Vid.* las diversas tesis sobre la naturaleza de la denegación presunta en el trabajo de J.M. BOQUERA OLIVER, «La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudio en Homenaje al Profesor J. González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, V. I, pp. 599 y ss. Defendiendo la tesis mayoritaria, *vid.* A. NIETO, «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, n° 37, 1962, pp. 75 y ss.

²⁶ Por ejemplo, la apariencia de acto no gana firmeza, ni puede ser confirmada por la resolución expresa que posteriormente pueda recaer, porque las ficciones ni se consienten ni son susceptibles de firmeza (*vid.* E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990, p. 269), y más recientemente *El silencio administrativo en el Derecho español*, cit., p. 30, en donde cita la expresiva sentencia del TS de 14 de noviembre de 1988 (ar. 8930) según la cual al no existir acto administrativo «mal podría aplicarse la calificación de consentido. El administrado que confía que la Administración cumplirá su deber de resolver, ningún temor debe abrigar de una posible caducidad de los plazos para recurrir ...»).

²⁷ *Vid.* en contra de la obligatoriedad M. ARIAS SENOSEAIN, «La obligatoriedad del recurso de alzada contra las denegaciones presuntas por silencio administrativo», *REDA* n° 9. A favor E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA, «Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo», *RAP* n° 110, 1986, pp. 31 y ss.

reglas de cómputo de los plazos para recurrir previstas en las normas de procedimiento, operación en la que resultaba determinante la concepción del silencio, concretamente el alcance de la ficción jurídica que representaba:

a) Llevada la afirmación del silencio-ficción a sus últimas consecuencias, un sector doctrinal razonaba de la siguiente manera: en el caso del silencio desestimatorio no hay acto, sino ficción; luego, no puede haber notificación de algo inexistente. Se trataba por tanto de un supuesto equiparable por sus efectos al de las notificaciones defectuosas absolutas o inexistentes (art. 79.3 LPA), por lo que era el ciudadano quien, mediante sus propios actos, expresaba su voluntad de interponer el recurso administrativo y accionaba el sistema de plazos, sin regir, por tanto, las reglas dispuestas en la norma. En conclusión, el recurso de alzada contra desestimaciones presuntas no tenía *dies a quo* prefijado para su interposición, de tal forma que podía interponerse en cualquier momento posterior a la denegación, siempre que entre tanto no se hubiese producido una resolución expresa.

b) Defendiendo una posición algo más matizada, otro sector doctrinal sostenía la existencia de notificación en el caso del silencio desestimatorio: se trata de una suerte de «notificación-ficción», nacida de la Ley como el silencio de que trae causa, de forma que el interesado conoce *ex lege* al menos el texto íntegro del acto (si es que se puede considerar como tal la mera desestimación), resultando por tanto aplicable el régimen de las notificaciones defectuosas (art. 79.4 LPA). La consecuencia no se hacía esperar: la propia norma imponía un límite temporal —seis meses— a la voluntad reaccional del ciudadano afectado por el silencio, tras el cual se producía la subsanación automática de los defectos de la «notificación-ficción». El plazo para la interposición del recurso de alzada se agotaba en quince días contados a partir del transcurso de seis meses desde la notificación ficticia, salvo que el interesado se diese por notificado o interpusiese el recurso antes de esa fecha ²⁸.

En fin, los razonamientos anteriores eran igualmente aplicables al recurso de reposición, aunque esto supusiera en la práctica configurarlo como un instrumento susceptible de reabrir los plazos procesales cuando se hubiese agotado el plazo para acudir al contencioso, lo cual no deja de ser coherente si se parte de que las ficciones no se consienten ni ganan firmeza ²⁹.

²⁸ En contra de esta segunda postura, *vid.* E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Recursos contra denegaciones presuntas ...», *cit.*, p. 43.

²⁹ *Vid.* a favor de esta posibilidad J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1964, p. 514. y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *RAP* n.º 53, 1967, pp. 277 y ss., quien va más lejos, al defender la posibilidad de que el interesado formule una nueva petición una vez transcurrido el año para recurrir el acto presunto denegatorio. El TS se opuso en ocasiones a esta interpretación: «en ningún caso puede constituir un instrumento procesal válido para reabrir un plazo de antemano precluido», refiriéndose al recurso de reposición.

III. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La CE de 1978 aportó una interesante visión de las posibilidades de la técnica del silencio administrativo, hasta entonces desconocida o ignorada: su papel clave en la consecución del Estado de Derecho, afirmado en el artículo 1 del texto constitucional y confirmado con la declaración del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103.1) y con la generalización del control jurisdiccional de toda la actuación administrativa (art. 106.1) ³⁰.

Siendo éste el punto de partida, cobra nuevo significado la obligación de resolver los procedimientos, contenida expresamente en normas anteriores, pero medida ahora desde el rasero de la eficacia como principio informador de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) y con una especial significación en el seno del procedimiento ³¹.

Al mismo tiempo, tras la inactividad de la Administración, en cualquiera de sus manifestaciones, se intuye la presencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 significó, entre otras muchas cosas, la necesidad de revisar el procedimiento administrativo y la jurisdicción contenciosa a la luz del reconocimiento de dicho derecho fundamental.

La declaración contenida en el artículo 24.1 de la CE, calificado de «revulsivo» ³² por su capacidad de provocar una relectura de cuantos dogmas habían condicionado el ejercicio de la jurisdicción, impulsó los sucesivos intentos de reforma del procedimiento administrativo, y sustancialmente de la figura del silencio, que culminaron con la derogación de las legendarias LJCA de 1956 y LPA de 1958. El cambio, no obstante, se produjo años después (hablamos de los textos legales de 1992 y de 1998, sobre el procedimiento administrativo común y la jurisdicción contencioso-administrativa, respectivamente), tras un período de transición más que lento prudente, en la línea continuista marcada por el Tribunal Constitucional (STC 76/1986, de 9 de junio) ³³.

³⁰ Vid. una interesante reflexión sobre el fundamento constitucional de la obligación de resolver tras la CE de 1978 en J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, «Hacia una nueva configuración del silencio administrativo», *REDA* nº 49, 1986, pp. 65 y ss.

³¹ MORILLO, que analiza extensamente la obligación de resolver expresamente los procedimientos, considera que «si en algo relativo al principio de eficacia ha habido acuerdo en la doctrina desde un primer momento ha sido precisamente en su relación con el procedimiento administrativo ... La resolución expresa es, por tanto y de ordinario, el mínimo exigible a las Administraciones públicas desde la perspectiva de la eficacia». Pero además concibe la eficacia «como un instrumento para la realización de otros mandatos constitucionales, en especial, el *sometimiento de la actividad administrativa y de los fines que la justifican* al control de los Tribunales (art. 106.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido a los ciudadanos en el art. 24.1 CE». Cfr. *op. cit.*

³² Vid. J.L. MEILÁN GIL, «El objeto del proceso contencioso-administrativo», en *El proceso contencioso-administrativo*, EGAP, 1994, p. 33.

³³ Vid. unas reflexiones generales sobre la doctrina del TC de «la continuidad del ordenamiento jurídico» y el cambio constitucional en J.L. MEILÁN GIL, «La Jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución española de 1978», en *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, UDC, 1998, pp. 13 y ss.

A lo largo de los más de diez años de vigencia postconstitucional de la LPA, el TC tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el alcance del silencio administrativo y su debida interpretación a la luz del artículo 24.1 CE.

En dos ocasiones, muy cercanas en el tiempo, sienta una doctrina que ha llegado hasta nuestros días, a pesar de las idas y venidas del legislador, a las que haremos referencia más adelante.

En la causa resuelta por Sentencia 6/1986, de 21 de enero (Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant), el TC se enfrentaba a un recurso de amparo planteado por supuesta vulneración del artículo 24.1 CE provocada por la inadmisibilidad declarada en la sentencia de instancia, que consideraba extemporáneo el recurso contencioso-administrativo contra una desestimación presunta. En defensa del recurrente se argumentaba que la omisión del deber de contestar por parte de la Administración había servido de base para aducir una causa de inadmisibilidad cuando, por el contrario, lo congruente sería precisamente que, ante la negligencia de la Administración, la jurisdicción entrase en el fondo del asunto.

Como se ve, llegaba al TC la eterna polémica sobre el *modus operandi* del silencio en el proceso, con la nueva perspectiva del derecho fundamental. En palabras del Tribunal, la cuestión radicaba en «determinar si en los casos de desestimación presunta es *razonable*, o responde a una *interpretación conforme a la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental*, el entender que el plazo para recurrir en alzada ha de computarse con el mismo criterio que la propia LPA aplica en su artículo 79 para los supuestos en que exista una resolución expresa notificada con todos los requisitos previstos en el mismo (que son los de contener el texto íntegro del acto, con indicación de si es o no definitivo en vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que hubiesen de presentarse y plazo para interponerlos)».

Partiendo de la consideración del silencio como *«ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración»*, consideró el TC que no sería razonable una interpretación que primara tal inactividad colocando a la Administración «en mejor situación que si hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales». De ahí la aplicación al silencio del régimen de las notificaciones defectuosas previsto en el artículo 79 (3 y 4) de la LPA.

Ahora bien, entre los dos apartados de posible aplicación del citado precepto, el TC se inclinó por el 4º, porque en estos casos «puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto —la denegación presunta por razón de ficción legal— pero no los demás extremos que deben constar en la notificación»³⁴.

³⁴ La conclusión del TC fue favorable a las pretensiones de amparo del recurrente: «La sentencia impugnada, al declarar inadmisibile el recurso contencioso, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en la Constitución, al haber excluido el *contenido normal* del mismo que es el de obtener una resolución de fondo, en virtud de una interpretación de la legalidad aplicable que no puede calificarse ni de razonable ni como la más favorable a la efectividad del derecho fundamental».

Esta doctrina fue matizada poco después, en la STC 204/1987, de 21 de diciembre (ponente: Ángel Latorre Segura), en la que el tema de fondo era una declaración de inadmisibilidad invocando la causa contenida en el artículo 40.a) en relación con el 82.c) de la LJCA por dirigirse un recurso contencioso-administrativo contra un acto confirmatorio de otro anterior consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma. El acto inicial no se había producido, es decir, se trataba de un silencio desestimatorio, limitándose el recurrente a impugnar el acto de ejecución subsiguiente.

El Abogado del Estado invocó, igual que el propio TC en la anterior sentencia, que el recurrente conocía el texto íntegro del acto desestimatorio, por lo que debía haberlo recurrido en un plazo de seis meses (art. 79.4 LPA). Transcurrido dicho plazo, afirmaba, el acto presunto fue consentido. A lo cual respondió el TC:

«Sin embargo, la aplicación analógica de esta regla, que es especial respecto de la norma general contenida en el art. 79.3, no puede ser razonablemente aceptada en un sentido extensivo, pues ello significaría equiparar, cuando no primar, la inactividad de la Administración frente a los supuestos en que el texto íntegro del acto se notifica y se notifica personalmente al interesado, supuesto en que cabe a éste *la absoluta certeza de que no puede esperar ya una resolución de contenido distinto*. En todo caso, este mismo efecto se produce desde el momento en que, como ocurre en el presente supuesto, existe una notificación de un acto de ejecución contra el que el interesado ha interpuesto los recursos pertinentes en el plazo establecido por la ley. Este acto expreso de ejecución implica al mismo tiempo una reiteración del acto resolutorio del que trae causa, *que no puede entenderse consentido* y, en consecuencia, reabre los plazos legales de impugnación también de dicho acto resolutorio sin que pueda aplicarse la excepción de acto confirmatorio de otro anterior consentido y firme a que se refiere el art. 40 de la LJCA».

Es decir, el silencio ni se consiente ni gana firmeza ³⁵.

³⁵ La jurisprudencia no tardó en generalizar la solución aportada por la doctrina constitucional. *Vid.* por todas la STS de 24 de marzo de 1995, az. 2528, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó, aceptando los fundamentos de la sentencia apelada, de la Sala de lo c-a del TSJ de Asturias, de 16 de octubre de 1990: «... si formalmente el plazo legal de interposición se rebasó, no puede olvidarse que el citado recurso de reposición, aunque resuelto por el Ayuntamiento, no fue notificado en debida forma al sujeto pasivo-contribuyente, ignorándose, aun en esa fecha, a quién le fue comunicada tal resolución, si es que lo fue. Con ello se generó para él silencio administrativo provocado por el defectuoso actuar del Ayuntamiento, y cuyo defecto, sólo imputable al Ente municipal, no puede hacerse recaer sobre el administrado, que espera un comportamiento de la Administración acorde con la legalidad, la cual establece la obligación de resolver las peticiones o recursos que se formularen ... Así lo viene entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencias de 24 de febrero y 29 de noviembre de 1988 (ar. 1489 y 9049), así como en otras posteriores, siguiendo, en definitiva, la doctrina iniciada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1986 (RTC 1986, 6), que afirma que el administrado ante un silencio negativo no puede verse perjudicado por esa ficción legal, creada, además, en su exclusivo beneficio, y ser privado de una alternativa que la Ley le ofrece para la mejor defensa de sus intereses».

La doctrina constitucional decidió el camino a recorrer en los años venideros por la jurisprudencia. De unos iniciales tímidos avances, que consistieron básicamente en la confirmación de la ya conocida doctrina de las notificaciones defectuosas aplicada al silencio desestimatorio, se pasó a negar la extemporaneidad de la vía jurisdiccional hasta el punto de declarar inaplicables las reglas de los plazos previstos en la ley para los supuestos de inactividad formal de la Administración.

Así, la STS de 22 de marzo de 1997 (ar. 3227, ponente Jesús E. Peces Morate) señalaba que:

«La doctrina acogida por la Sala de primera instancia en su sentencia para declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo es contraria a la interpretación que esta Sala del Tribunal Supremo ha hecho de los preceptos contenidos en los artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 54.2 y 58.1 y 2 de la Ley de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que no cabe considerar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por no haberse deducido en el plazo de un año desde la interposición del recurso de reposición cuando la Administración resuelve éste tardíamente y se interpone aquél en el plazo de dos meses que contempla el citado artículo 58.1 de la Ley Jurisdiccional.

Los argumentos relativos a la seguridad jurídica, invocados por la Sala sentenciadora, no pueden empañar el derecho a obtener una resolución expresa de la Administración, sin que el silencio de ésta pueda ser obstáculo al ejercicio del derecho fundamental a una efectiva tutela judicial, y si bien la tesis sostenida en la sentencia apelada fue establecida por una antigua jurisprudencia en relación con las resoluciones tardías de la Administración en cuestiones sobre Registro de la Propiedad Industrial para evitar perjuicios a terceros, desde la Sentencia de 24 mayo 1990 fue aquella doctrina jurisprudencial abandonada en atención a que, en caso contrario, la ficción del silencio, establecida en favor del administrado, se interpretaría en su perjuicio porque, al permitirle dicho instituto plantear su pretensión ante esta Jurisdicción sin esperar la resolución expresa de la Administración, *no sería razonable ni coherente cerrarle el acceso a la vía jurisdiccional en los casos de resoluciones tardías de la Administración siempre que el recurso contencioso-administrativo se hubiese interpuesto dentro del plazo legalmente previsto a contar desde la notificación de la resolución expresa como ahora sucede.*

Ésta, y no la expuesta por la Sala de Primera Instancia en su sentencia, es la doctrina jurisprudencial consolidada a partir de las Sentencias de 24 febrero 1988 (ar. 1489), 31 enero 1989 (ar. 8366), 28 noviembre 1989 (ar. 8366), 4 mayo 1990 (ar. 3798) y la ya citada de 24 mayo 1990, según la cual no puede apreciarse la extemporaneidad de la vía jurisdiccional cuando la propia Administración ha incumplido su deber de resolver expresamente, por lo que, con estimación del recurso de apelación, de-

bemos entrar a examinar las pretensiones deducidas en cuanto al justiprecio fijado por los acuerdos impugnados del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa» (F.J. 1).

Manifestación de la jurisprudencia más aperturista es la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 1999 (ar. 849 de 2000, ponente Francisco González Navarro), de la que se reproduce, por irreductible, casi íntegramente su fundamento jurídico 3:

«... no cabe considerar firme la resolución de que se trata. Al respecto, y como ha recordado nuestra Sala en la STS de 17 de mayo de 1999 (ar. 7253) (recurso de casación 936/1995), ya en las Sentencias de la antigua Sala Quinta de este Tribunal, de fechas 28 de mayo de 1983 (ar. 2610) y 5 de octubre de 1985 (ar. 5277), se declaró que «de la regulación del silencio administrativo negativo, introducida con carácter general en el artículo 38.1 de la Ley de esta Jurisdicción, y reproducida después en el artículo 94.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no puede inferirse que la desestimación de la petición del administrado se produzca automáticamente al cumplirse los tres meses desde la denuncia de mora y que los recursos procedentes hayan de partir de tal momento para el cómputo de su período de interposición, ya que la ficción legal en que consiste el silencio administrativo referido (la desestimación de la petición) tiene por objeto, a través de los remedios legales, es decir, de los recursos procedentes, obtener en definitiva una resolución justa de aquélla, la tutela efectiva de que se habla en el artículo 24.1 de la Constitución, evitando la indefensión del administrado ante la pasividad de la Administración, y así se califica de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración en la Exposición de Motivos, IV, 2 de la Ley Jurisdiccional, y por ello, *al no hallarse regulado expresamente en este supuesto el plazo de interposición del recurso de que se trata*, lo que no ocurre con otros medios de impugnación, artículos 58.4 de la Ley citada y 108.1 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, aprobado por el Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto, y siendo el administrado el que ha de considerar producida la desestimación, no puede aceptarse como fecha la pretendida por la Administración, sino aquella en que dicho administrado lo manifieste así, o interponga el recurso, como en este caso, pues si el artículo 122.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo fija el plazo de quince días, al no establecer su momento inicial, ha de acudir para ello al artículo 59 de la misma, a tenor del cual los plazos se contarán siempre a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación expresa del acto de que se trate, de lo que se desprende su inaplicación al caso enjuiciado».

Y es que, como dicen también esas sentencias, *de lo contrario, se colocaría al administrado en inferioridad de condiciones con respecto al supuesto*

de resolución expresa, en cuya notificación han de figurar los recursos procedentes y los datos esenciales para su empleo, artículo 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con las consecuencias inherentes al incumplimiento de tal obligación en cuanto al plazo de dichos recursos, número tercero del artículo citado y artículo 59.2 de la Ley Procesal, estableciéndose plazos especiales de mayor extensión en los supuestos en que se parte como día inicial del considerado por la Administración, artículo 58.4 de la Ley de esta Jurisdicción anteriormente citado».

Sin que, por lo demás, valga redargüir que tal interpretación genera inseguridad jurídica, ya que la Administración siempre tiene en su mano la posibilidad de evitarla dictando una resolución expresa, como es su obligación, artículos 38.2 de la Ley Procesal y 94.3 de la reguladora de la actividad formal administrativa; no contradiciendo lo expuesto hasta aquí la existencia del otro término de la opción concedida en el primer número de dichos artículos, esperar a que se dicte resolución expresa, lo que además supondría desconocer la realidad cotidiana, es decir, el gran número de casos en que la resolución expresa nunca llega a producirse, con lo que la posibilidad enunciada pasa a ser una ficción, pero esta vez en contra del administrado.

Esta doctrina aparece reiterada en muchas sentencias posteriores, de las que se hace eco, por ejemplo, la STS de 26 de julio de 1997 (ar. 6734) (recurso de casación 8095/1992), en la que puede leerse esto: «El único presupuesto exigible para el ejercicio de la potestad de juzgar es que la Administración haya tenido la oportunidad de conocer la queja, agravio o reclamación del interesado y de pronunciarse sobre la cuestión, dándole la contestación que considere oportuna o la callada por respuesta, aun cuando esta actitud infrinja el deber de resolver en todo caso (...) No es ocioso recordar también la doctrina de esta Sala (...) según la cual el principio «pro actione», ínsito, en el artículo 24.1 de la vigente Constitución y desarrollado en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sin que pueda declararse inadmisibile la acción por defectos formales a no ser en aplicación de la ley y mediante resolución convenientemente motivada, entendiéndose por tal la que no es irrazonable por inidónea para la consecución del fin del proceso, ni es innecesaria por ser posible la subsanación de defectos formales, ni resulta desproporcionada o excesiva» (...).

Doctrina que comparte también el Tribunal constitucional, el cual dijo ya en STC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986\6), que «no puede, en cambio, calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales» ...».

Las cursivas pretenden destacar los razonamientos vertebrales de esta parte de la sentencia, por otra parte no siempre aceptados con tal rotundi-

dad en otras muchas declaraciones jurisprudenciales resistentes a la justa consideración del silencio como técnica exclusivamente articulada en beneficio del ciudadano³⁶.

La idea central está clara: «no puede pretender extraerse del incumplimiento del deber de resolver por parte de la Administración consecuencias obstativas al libre ejercicio de las acciones judiciales que puedan emprenderse para tutelar el derecho de los particulares» (STS. de 30 de junio de 1999, ar. 5380, ponente Rodolfo Soto Vázquez).

³⁶ *Vid.* por ejemplo la STS de 17 de diciembre de 1997, ar. 9364, ponente Rodolfo Soto Vázquez, que se mantiene en la línea de la jurisprudencia que equiparaba el silencio de la Administración, frente a un recurso entablado contra sus decisiones, a una «defectuosa notificación de la voluntad expresa de desestimar, de un modo en todo análogo a lo que se previene en el art. 79 de la Ley». «Con ello —afirma— se trata de conciliar la necesidad de que el particular conozca el valor del silencio y el momento en que se produce la presunta desestimación de su petición, con la de no primar la inactividad administrativa, ya que la equiparación mencionada permite considerar que el transcurso del plazo del año que ha de determinar los efectos denegatorios del recurso entablado no produzca, por sí solo, la imposibilidad de acudir a la vía judicial, sino que se pueda ver ampliado el plazo impugnatorio por el término de los seis meses que se otorga a los interesados, receptores de la notificación defectuosa de un acto administrativo, con las condiciones y salvedades que el artículo mencionado estipula. *Ahora bien: transcurridos los seis meses a que se ha hecho referencia sin acudir a la vía contenciosa, el acuerdo que se había impugnado en reposición habrá de reputarse definitivamente consentido*» (F.J. 3). O la sentencia de 10 de noviembre de 1999, ar. 8424, ponente Segundo Menéndez Pérez, que invoca el principio de seguridad jurídica que rechaza la sentencia transcrita en el texto como argumento favorable a la exigencia de plazo preclusivo para reclamar en vía contencioso-administrativa contra el silencio de la Administración: «En efecto, con referencia al régimen jurídico-procesal vigente en el espacio temporal que ha de contemplarse, y por tanto con referencia a las previsiones entonces existentes en la Ley de la Jurisdicción de 1956 (LJCA) y en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA), debe recordarse ahora una doctrina jurisprudencial que, por todas, se extractó en las Sentencias de esta Sala de fechas 18 de marzo de 1995 (ar. 2501), 23 de noviembre de 1996 (ar. 8325) y 19 de junio de 1998 (ar. 5254). Se dice en ellas que la jurisprudencia experimentó vacilaciones en relación con el plazo para recurrir contra los actos presuntos; en ocasiones se exigió, sin matización alguna, la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo del año que al efecto imponía el artículo 58.2 de la LJCA, tanto para los supuestos de silencio producido en vía de petición, como en vía de recurso; en otras, se consideró que dicho plazo debía incrementarse en tres meses, cuando se trata de denegación presunta del recurso de alzada (SS. 30 marzo 1989 [ar. 2151], 5 mayo 1989 [ar. 3738], 26 julio 1989 [ar. 5863] y 14 marzo 1991 [ar. 2233]); en otras (SS. 24 febrero 1988 [ar. 1489] y 4 mayo 1990 [ar. 3798]), se permitió rehabilitar el plazo de impugnación pidiendo a la Administración que cumpla con su obligación de resolver el recurso ante ella deducido; y, ya por fin, en la Sentencia de 16 octubre 1987 (ar. 7317), se inicia una tesis, seguida después por las Sentencias de 28 noviembre 1989 (ar. 8366) y las tres citadas al inicio, entre otras, que armoniza la interpretación del artículo 58.2 citado con lo declarado por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 21 enero 1986 y 21 diciembre 1987, según la cual en estos casos de silencio negativo puede entenderse, como máximo, que el particular conoce el texto íntegro del acto —la denegación por silencio—, pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que, siendo entonces defectuosa, conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, sólo surtirá efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado, o se interponga el recurso pertinente, o por el transcurso de seis meses, concluyendo, por lo que ahora interesa, que puede calificarse de razonable una interpretación que compute el plazo para recurrir contra la desestimación presunta como si se hubiera producido una notificación defectuosa. Ello da lugar, según la doctrina jurisprudencial que ahora se recuerda, a que fuera de aplicación el artículo 79 de la LPA y, por tanto, a una ampliación del plazo de un año del artículo 58.2 de la LJCA por seis meses más. Pero, y esto es lo que como más importante ha de destacarse en el supuesto que ahora se enjuicia, lo que no existe en la jurisprudencia analizada, tal y como afirman las Sentencias de 18-3-1995 y 23-11-1996 citadas, es la posibilidad de considerar indefinidamente abierto el plazo para recurrir en caso de denegación presunta, pues ello implicaría olvidar los límites impuestos por el referido artículo 58.2 de la LJCA y por el principio de seguridad jurídica a que responde».

Sin ánimo de agotar la cuestión, es interesante evidenciar en la jurisprudencia ciertos avances notables en la doctrina del silencio siempre con el telón de fondo del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por ejemplo, la subsanabilidad del incumplimiento de la denuncia de la mora:

«... el único presupuesto exigible para el ejercicio de la potestad de juzgar es que la Administración haya tenido la oportunidad de conocer la queja, agravio o reclamación del interesado y de pronunciarse sobre la cuestión, dándole la contestación que considere oportuna o la callada por respuesta, aun cuando esta actitud infrinja el deber de resolver en todo caso (...) La tesis mantenida por la Sala de instancia, según la cual, si no existe denuncia de mora, no se produce el nacimiento de acto presunto recurrible, está completamente superada por la más reciente jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 junio 1993 [ar. 4363], 10 julio 1993 [ar. 5500], 26 marzo 1994 [ar. 1892] y 20 abril 1996 [ar. 3340] -Recurso de Apelación 6955/1991, fundamento jurídico tercero), al declarar que «en los supuestos de silencio administrativo, el denominado acto presunto no es sino una ficción, porque realmente no existe tal acto administrativo, independientemente de la eficacia positiva o negativa que legalmente se anude al mutismo de la Administración, de manera que la denuncia de mora, exigida por los citados artículos 94.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 38.1 de la Ley de esta Jurisdicción, no es sino un trámite para que quede libre la vía del recurso administrativo o jurisdiccional, cuyo incumplimiento es subsanable conforme a lo dispuesto concordadamente por los artículos 11.3 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, por consiguiente, su falta no justifica la inadmisión de la acción ejercitada» (STS de 28 de noviembre de 1998, ar. 10359, ponente Jesús Ernesto Peces Morate).

O la relajación de las exigencias de agotamiento de la vía administrativa:

«El artículo 37 de la Ley Jurisdiccional expresa los dos requisitos que deben reunir los actos administrativos para que sean susceptibles de impugnación ante la jurisdicción: que sean definitivos e inimpugnables en vía administrativa. Según la Sentencia de este Tribunal de fecha 17 noviembre 1989 (ar. 7833), no se agota la vía administrativa si el acto es susceptible de recurso de alzada. La no utilización del recurso de alzada determina, pues, en principio, la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto [artículo 82, c) de la Ley Jurisdiccional]. En el caso que nos ocupa, a la petición del hoy apelante, no hubo respuesta expresa por parte del Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental, y, por lo tanto, no se cumplió lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Esto plantea la cuestión de si, en el caso que resolvemos, se agotó o no la vía administrativa. Esta

cuestión la resolvió el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 enero 1986, cuya doctrina, sustancialmente, es la siguiente: *el principio de tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española, impide que pueda invocarse la falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando la propia Administración no da respuesta a la petición del interesado y, por lo tanto, no le indica si el acto es definitivo o cabe contra el mismo recurso en vía administrativa (en el caso que resolvemos el recurso de alzada)*. En el presente caso, el Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental se limitó a guardar silencio ante la petición de don Juan Domingo R. de M., con lo que aquélla incumplió los deberes esenciales: el deber de resolver y el deber de dar cumplimiento a lo dispuesto en el citado artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por lo tanto, el hecho de que el interesado no interpusiera el recurso de alzada, sólo debe imputarse al citado Colegio. La doctrina anterior ha sido recogida por la Sentencia de esta Sala de fecha 30 septiembre 1998» (STS. de 19 de octubre de 1998, ar. 9059, ponente Eladio Escusol Barra, F.J. 3).

Y, en general, la interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad del proceso contencioso-administrativo:

«SEGUNDO.— El artículo 24.1 de la Constitución consagra el derecho a la tutela judicial efectiva; el contenido normal de tal derecho consiste en el logro de una resolución sobre el fondo de las pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional, contenido que sólo cede cuando concurre alguna causa legal de inadmisión que sea razonadamente aplicada por aquél, y a condición también de que el razonamiento judicial se ajuste a las normas constitucionales y no se desvíe del sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental, procediendo -cuando sea necesario- examinar la propia Ley para determinar si ha sido derogada por la Constitución o si en una interpretación conforme a la Constitución (artículo 5.3 LOPJ) cabe satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.— La jurisprudencia de este Tribunal viene considerando, en tal sentido, la necesidad de rechazar las causas de inadmisibilidad de un recurso cuando se ofrece como practicable una interpretación que permita superarlas («ad exemplum» Sentencia de la antigua Sala Cuarta de 24 octubre 1989 [ar. 7481]). *En los supuestos de relación entre silencio administrativo negativo y derecho a la tutela judicial efectiva* del artículo 24.1 CE, este Tribunal viene afirmando que la Administración tiene, en todo caso, el deber de resolver expresamente (artículo 94.1 y 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, aplicable al caso) y que el silencio administrativo es una ficción que la Ley establece en beneficio del que incoó un procedimiento para que pueda entender desestimada su petición, reclamación o recurso y deducir frente a esta denegación presunta la impugnación que en cada caso proceda, o espe-

rar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, siquiera sea tardía, sin que sea viable que la Administración pretenda obtener un beneficio -la apreciación de extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo- a consecuencia de su propia violación de la norma (artículo 94.3 de la LPA) ni, aun menos, admisible que para ello se invoque una doctrina, la del silencio administrativo, que está concebida precisamente en beneficio del administrado (Sentencia de la antigua Sala Cuarta de 28 noviembre 1989 [ar. 8366] y Sentencia de esta Sala y Sección de 26 marzo 1992 [ar. 3358]). El Tribunal Constitucional (Sentencias 6/1986, de 21 enero y 204/1987, de 21 diciembre) ha avanzado en la misma dirección» (STS de 15 de enero de 1996, ar. 157, ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

«La parte apelante vuelve a plantear en esta segunda instancia la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo, con fundamento en el artículo 82, f) de la Ley Jurisdiccional, al entender que transcurrió el plazo del año que establece el artículo 58.4 desde que se desestimó por silencio administrativo el recurso de alzada. La sentencia apelada ha rechazado adecuadamente esta causa de inadmisibilidad, pues, aunque dicho Recurso se interpone el 10 diciembre 1985, y el Jurisdiccional se presenta el 19 junio 1987, el plazo no debe computarse desde aquella fecha, sino desde el 18 de junio de 1986, es decir, después del transcurso de tres meses del día -18 de marzo de 1986-, en que se presentó el escrito aclarando los errores y subsanando los defectos padecidos en la formulación de la alzada, y cuya subsanación había sido requerida por la Generalidad con fecha 7 de marzo de 1986. Y es que *este requerimiento reabre los plazos que tiene la Administración para dictar una resolución expresa, creando en el recurrente unas expectativas de que su recurso de alzada va a ser resuelto, y esta confianza legítima no puede ser traicionada adelantando las fechas de caducidad del futuro recurso jurisdiccional.*

Aun así, cabría entender que la extemporaneidad se produce, ya que el plazo de interposición vencía el 18 de junio de 1987, un día antes del 19 de junio, en que se interpuso. Pero tal conclusión debe rechazarse por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la Sentencia de 21 enero 1986, en relación con los plazos de interposición de recursos contra actos presuntos, al faltar en estos casos una notificación al interesado en que se le indique dentro de qué período debe recurrir» (STS. de 28 de septiembre de 1998, ar. 7625, ponente Óscar González y González, F.J. 1).

Y para finalizar la muestra, una sentencia ejemplar, en la que el TS no sólo pasa por alto la invocada causa de inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad, sino que condena en costas a la Administración por su manifiesta temeridad, al haber sostenido un proceso sin llegar a dictar resolución expresa sobre el tema de fondo:

«En el caso ahora sometido a nuestro enjuiciamiento la demandante no había denunciado la mora, a pesar del silencio de la Administración de-

mandada, cuando interpuso el recurso contencioso-administrativo siete meses después de haber formulado la petición de reversión ante aquélla, pero dicha Administración, a pesar de haber sido emplazada y de haber transcurrido nueve años de aquella reclamación de reversión de la finca expropiada, continúa guardando silencio no obstante la obligación impuesta por los artículos 94.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 38.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 42 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, aunque, como significativamente se recoge en el cuarto fundamento jurídico de la sentencia apelada «el Servicio Técnico de la Administración General del Ayuntamiento demandado propuso, según informe de 23 de septiembre de 1987, estimar la solicitud de reversión presentada por la demandante, que fue aceptado por el Conseller de Urbanismo del citado Ayuntamiento, quien ordenó pasar el expediente administrativo al Servicio de Valoraciones para alcanzar una avenencia con la parte demandante, proponiendo, incluso, la cantidad de 16.466.404 ptas. en concepto de indemnización» ...

... en este caso, cuando la demandante interpuso el recurso contencioso-administrativo por no haberse pronunciado explícitamente el Ayuntamiento demandado (ahora apelante) sobre la petición de reversión, habían transcurrido siete meses, y desde que dicha Administración compareció como demandada en el proceso seguido en la instancia (5 de junio de 1989 —folio 24 de los autos—) hasta este momento han transcurrido prácticamente siete años sin que se haya dictado resolución expresa, por lo que *resulta ilógico, incongruente y, cuando menos, temerario sostener este recurso de apelación con el único argumento de que «no se ha provocado el nacimiento del acto presunto recurrible», a pesar de que, desde que el Ayuntamiento demandado conoció la existencia del recurso contencioso-administrativo contra su silencio respecto de la reversión pedida, ha transcurrido tan dilatado plazo sin haber resuelto expresamente*, no obstante los mencionados informe y propuesta favorables a la reversión, emitidos el día 23 de septiembre de 1987, y, en consecuencia, no sólo hemos de desestimar dicho recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida sino que debemos condenar al Ayuntamiento apelante al pago de las costas procesales causadas en este recurso de apelación por su manifiesta temeridad, según establece el artículo 131.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (STS de 20 de abril de 1996, ar. 3340, ponente Jesús Ernesto Peces Morate, FF.JJ. 4 y 5).

Las disquisiciones sobre la naturaleza jurídica del silencio administrativo parecen quedar aparcadas, al menos a nivel jurisprudencial, en beneficio de un mayor tratamiento de las consideraciones procesales de la técnica

y su función de engarce entre una indolente fase administrativa y el control que la Constitución atribuye a los Tribunales (art. 106.1 CE) ³⁷.

IV. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

1. *Introducción*

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

«La Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, *superando la doctrina del llamado silencio administrativo*. Se podría decir que esta Ley establece el silencio administrativo positivo cambiando nuestra norma tradicional. No sería exacto. El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple *el verdadero objetivo de la Ley, que es que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido*» (9).

Manifestación de buenos propósitos, o declaración de principios que, por ambiciosos o indeterminados, no cuajaron en su aplicación práctica. Pretendía el legislador que la Administración resolviese expresamente los procedimientos, pero lejos de proponer nuevas fórmulas de cumplimiento del archi-reconocido deber, reguló una vez más la técnica supuestamente superada «por si» la Administración lo incumpliese. Es decir, más de lo mismo, sólo que bajo el disfraz de una nueva mentalidad difícilmente implantable: «que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido». De ahí que:

«El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino *la garantía que impida que los derechos de los parti-*

³⁷ La STS de 28 de noviembre de 1998 refleja con claridad la falta de precisión o la pérdida de los matices sobre la naturaleza jurídica del silencio presente en otros tiempos en la jurisprudencia y ahora maltratada con afirmaciones del siguiente tenor: «La tesis mantenida por la Sala de instancia, según la cual, si no existe denuncia de mora, no se produce el nacimiento de acto presunto recurrible, está completamente superada por la más reciente jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 junio 1993 [ar. 4363], 10 julio 1993 [ar. 5500], 26 marzo 1994 [ar. 1892] y 20 abril 1996 [ar. 3340] —Recurso de Apelación 6955/1991, fundamento jurídico tercero—), al declarar que «*en los supuestos de silencio administrativo, el denominado acto presunto no es sino una ficción, porque realmente no existe tal acto administrativo, independientemente de la eficacia positiva o negativa que legalmente se anude al mutismo de la Administración*».

culares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o cuando, realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista».

El planteamiento no deja de ser cuando menos curioso: el silencio es la manera eficaz de resolver la ineficacia de la Administración (una garantía eficaz contra la ineficacia). Aun admitiendo las posibilidades del juego de palabras, la realidad se ha mostrado bien distinta: la aplicación de la técnica ha servido con frecuencia de segunda oportunidad a la Administración, bajo una más que dudosa comprensión de la eficacia administrativa, relegando al ciudadano a un papel absolutamente secundario.

2. *La naturaleza jurídica del silencio*

Destacó en la Ley 30/1992 la defensa, por primera vez y sin rodeos, de la existencia de un acto auténtico generado como consecuencia del silencio, llamado en la ley «acto presunto» y equiparable a la versión de la resolución administrativa expresa en cuanto a su eficacia.

En tan arriesgada regulación, a veces respaldada pero sobre todo atacada por la doctrina, el mero transcurso del plazo para resolver producía un verdadero acto administrativo, que podía hacerse valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada (artículo 44.1 de la Ley 30/1992). No se trataba de una ficción jurídica, sino de un auténtico acto, expresión de una voluntad administrativa, estimatoria en unos casos, desestimatoria en otros, a todos los efectos y *erga omnes*.

La presunción de estimación o desestimación no requería más que el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos para resolver sin que así se hubiese hecho, y a fin de acreditar (¿sólo a este fin?) esta última circunstancia se exigía la «certificación expedida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento» (artículo 44.2), si bien salvando el hecho de que la Administración no expidiese la certificación solicitada, en cuyo caso el acto presunto era igualmente eficaz y se podía acreditar mediante la exhibición de la petición de dicha certificación (artículo 44.3).

En las escasas ocasiones en que el TS ha tenido ocasión de analizar el acto presunto de la LPAC ha corroborado la tesis del legislador. Así, en la Sentencia de 22 de enero de 1998 (ar. 917, ponente Eladio Escusol Barra) se afirma que «el fundamento del silencio administrativo negativo está en la necesidad de otorgar al administrado el instrumento idóneo (acto presunto negativo, dejando de ser una ficción legal) para que pueda acceder a la jurisdicción para que sea satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)». Más extensamente en la Sentencia de 11 de mayo de 2000 (ar. 795, ponente Felipe Fresneda Plaza) se puede leer:

«... entre las distintas teorías existentes, en la regulación del silencio negativo, en los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, antes de la reforma operada por la Ley 4/1999, entiende la Sala, que lo más coherente es la de entender que la Ley al unificar en el artículo 43 el régimen del silencio administrativo negativo y positivo, frente al régimen anterior de la LPA, configura el acto presunto negativo, no como una ficción de acto para facilitar el acceso a la vía jurisdiccional, sino como un auténtico acto denegatorio, y que la regulación del certificado de actos presuntos lo es sólo a efectos de acreditar la existencia del acto denegatorio, que se produce en todo caso por el mero transcurso del tiempo establecido en cada procedimiento para la resolución, en este caso seis meses ...» (F.J.3).

3. El sentido del silencio

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

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

En el primer caso, se hacía referencia normalmente al otorgamiento de licencias o autorizaciones de carácter reglado, cuyas exigencias y particularidades venían expresamente determinadas por la norma. En el segundo caso, se hablaba de derechos preexistentes, esa suerte de derechos válidamente atribuidos por la norma a favor de los ciudadanos, pero «dormidos en su eficacia» o requeridos de una actuación administrativa previa, también reglada y objetivable.

La LPAC estableció una tercera regla del silencio positivo, que se convirtió en la práctica en la fórmula de excepción al mismo: «en todos los casos, las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa» (letra c del art. 43.2). Aparentemente, era una generalización del silencio positivo, fuera de las excepciones expresamente previstas en la LPAC (transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público, ejercicio del derecho de petición y resolución de recursos administrativos)³⁸. En la práctica supuso

³⁸ La resolución de recursos, salvo lo dispuesto para el recurso de alzada en el art. 43.3.b de la LPAC, los procedimientos de ejercicio de derecho de petición, las solicitudes de indemnización del art. 142.7 LPAC, las peticiones de revisión de oficio *ex* art. 102.4 de la misma Ley y la resolución por silencio de las reclamaciones previas (arts. 124 y 125) producen un silencio desestimatorio.

precisamente lo contrario —la generalización del silencio negativo— por la posibilidad que introdujo de modificar «normativamente» el régimen general del silencio. «Normativamente» significa mediante norma, legal o reglamentaria³⁹, y a la vista de todos está que la Administración no desaprovechó la ocasión de imponer su criterio —silencio negativo— por vía reglamentaria, alentada por la «adecuación» de las normas reguladoras de los procedimientos administrativos impuesta por la Disposición Adicional Tercera de la LPAC⁴⁰. El propio apartado 5 del artículo 43 LPAC instaba a cada Administración a publicar una relación de los procedimientos en que la falta de resolución expresa producía efectos estimatorios y desestimatorios, anunciando lo que con cierta perplejidad hubo que tolerar, listas y listas de procedimientos sometidos al silencio negativo.

4. *El acto presunto y su acreditación*

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

En su concepción original pretendió poner fin a una crítica bastante generalizada que tildaba al silencio positivo de «inútil» cuando el reconocimiento de la estimación presunta requería de una actuación administrativa posterior, infrecuente en los casos en que el efecto inmediato del silencio consistía en habilitar al ciudadano para la realización de un derecho o actividad, por cuanto su eficacia dependía normalmente de la propia voluntad o capacidad de su titular, pero no tanto si lo que se pedía era una acreditación de que tal silencio se había producido a efectos de hacer valer sus efectos frente a terceros⁴¹.

³⁹ Vid. la STS de 22 de enero de 1988 (ar. 917, ponente Eladio Escusol Barra): «La regulación del silencio administrativo se encuentra, hoy, en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC)... La posibilidad de estar ante una solicitud desestimada por silencio administrativo negativo, surge también de la regla que se contiene en el artículo 43.2.c) de la LRJ-PAC. A tenor de este precepto, las solicitudes formuladas a la Administración podrán ser estimadas en todos los casos en los que la normativa aplicable no establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa. Quiere ello decir que, además de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico (la normativa aplicable) atribuye directamente efecto positivo o negativo al silencio administrativo, en todos los demás casos la Administración puede por vía reglamentaria (salvo que exista reserva de Ley por razón de la materia) establecer que el efecto del silencio administrativo sea desestimatorio».

⁴⁰ En palabras de F. GARRIDO FALLA, «La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo», *REDA* n.º 82, 1994, p. 194: «... ha significado una invitación a todos los Ministerios y Organismos públicos a preparar largas listas de procedimientos cuya no resolución expresa comporta efectos desestimatorios (al amparo de lo dispuesto en el art. 43.5 y en la distorsionante Disposición Adicional Tercera de la nueva Ley)».

⁴¹ GARRIDO FALLA lo expresaba con las siguientes palabras: «una vez que se haya producido el silencio con valor estimatorio, ¿cómo obligar a la Administración a que ejecute dicho acto administrativo tácito?» (cfr. «La llamada doctrina...» *cit.*, pp. 98 y ss.); o: «Desde el punto de vista práctico, el gran obstáculo para la admisión del silencio positivo estaba en la inexistencia de un documento que acreditase tales efectos... si alguien solicita de un banco un crédito para realizar unas edificaciones ¿se conformará la entidad bancaria con la petición no contestada?» (cfr. «La obligación de resolver...», *cit.*, p. 196).

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

La funcionalidad de la certificación de actos presuntos planteó graves dudas de interpretación y quiebras en la seguridad jurídica especialmente en los casos de silencio positivo a la vista de la obligación de resolver expresamente que el artículo 43.1 imponía a la Administración:

«El vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones Públicas de la obligación de resolver, pero deberán abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el artículo 44».

La resolución expresa posterior de la Administración podría llegar a suponer, si el sentido de la misma fuese contrario al del silencio legalmente previsto, una retirada del mundo jurídico de actos (aunque presuntos) sin seguir las vías legalmente previstas para ello. De hecho, se repitieron normas procedimentales que señalaban expresamente esta posibilidad de alterar mediante la resolución expresa el sentido del acto presunto nacido tras el transcurso del plazo legalmente establecido para resolver los procedimientos. En alguna ocasión el TS desautorizó esta práctica en un intento por dar sentido a la caótica regulación generada a partir de la LPAC. Es significativa la ya citada Sentencia de 11 de mayo de 2000 (ar. 795, ponente Felipe Fresno Plaza):

«... la polémica antes suscitada sobre la posibilidad de que la Administración resuelva un acto en sentido diferente al ya emitido denegatoriamente por silencio, es un tanto ociosa, ya que aunque aun existe la obligación de resolver por parte de la Administración por el juego del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, hasta que se expide la certificación del acto presunto (y ha de entenderse también hasta que transcurre el plazo para la emisión de dicha certificación sin ser dictada), *no existe para la Administración otra posibilidad que dictar un acto con sentido análogo o confirmatorio del ya existente por silencio* (en sentido contrario a lo afirmado en la nueva redacción del artículo 43 introducida por la Ley 4/1999). Por ello una vez transcurrido el plazo para resolver, en el cual se ha de entender desestimado el recurso, conforme al artículo 117 en relación con el art. 43.3 de la Ley 30/1992, *no cabría en base al deber de resolver, del artículo 43.1, sino mantener el acto ya obtenido por silencio, aunque en este caso sea negativo ...*» (F.J. 3).

Por otra parte, ¿qué aportaba la CAP que alteraba por completo el régimen anterior previsto en la LPA, que disponía precisamente lo contrario, que el silencio no absolvía a la Administración de resolver expresamente los procedimientos?; ¿por qué el acto presunto podía ser confirmado (o, a pesar

de la jurisprudencia transcrita, en la práctica revocado) antes de la CAP y no podía serlo después si no era a través de los procedimientos de revisión de oficio legalmente establecidos?.

Apegado a la realidad, el legislador completó la regulación de la CAP con la siguiente afirmación:

«si la certificación no fuese emitida en el plazo establecido en el número anterior, los actos presuntos serán igualmente eficaces y se podrán acreditar mediante la exhibición de la petición de la certificación».

Debería valer la consideración de GARRIDO apuntada respecto a la eficacia directa del silencio positivo: si una entidad bancaria no se conforma con la presentación de una petición no contestada, ¿por qué habría de hacerlo con una petición de certificación no atendida? ⁴².

El mecanismo «silencio administrativo-CAP» resultó contradictorio, incomprensible y de difícil aplicación práctica. Siendo el primero (el silencio) el requisito de validez y la segunda (CAP) requisito de eficacia, parecería lógico que el efecto estimatorio o desestimatorio se produjese automáticamente por el simple transcurso del plazo establecido para resolver el procedimiento en cuestión, y que la CAP no añadiese ni quitase nada (si no es dar certidumbre o eliminar incertidumbre al beneficiado o perjudicado por el silencio).

Sin embargo, la CAP no aparecía en la Ley como un simple mecanismo de acreditación a disposición del afectado por el silencio administrativo. Es más, ni siquiera se restringió su funcionalidad a la parte beneficiada por la inexistente resolución, lo cual complicaba muchísimo las cosas cuando —como es tan frecuente en la práctica— el silencio estimatorio para uno era perjudicial para otro u otros. Me refiero a las llamadas relaciones triangulares, respecto a las que la CAP se erigía como un mecanismo de difícil aplicación: ¿qué sucedía si el beneficiado por el silencio —positivo o negativo, si en este último caso era un tercero beneficiado por la desestimación presunta de la petición de otro ciudadano— se apresuraba a solicitar la CAP?; ¿cuándo comenzaban a correr los plazos para recurrir?; ¿cómo se podían enterar los demás afectados o interesados no ya de la solicitud inicial y del transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento, sino de la petición de la CAP y de su expedición o no expedición?

Lo que aparentemente se estilaba como una herramienta al servicio de la seguridad jurídica y de la certidumbre de las relaciones administrativas llegó a manifestarse como un obstáculo o una traba difícilmente superable si no era por la vía de su desaparición.

Sirva un ejemplo para confirmar las afirmaciones anteriores: ¿llegó a ser la CAP una exigencia añadida al de por sí sobrecargado sistema de acce-

⁴² *Vid.* nota anterior.

so a la JCA de la actuación —o inactividad— administrativa? La cuestión ofrecía planteamientos bien diferentes:

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

⁴³ Recuérdense las palabras del TC sobre los obstáculos legales al acceso a la JCA, que conculcarán el derecho a la tutela judicial del artículo 24 siempre que «sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad» (STC 158/1987, de 20 de octubre, 206/1987, de 21 de diciembre y 60/1989, de 16 de marzo). Defiende esta posibilidad F. SAINZ MORENO, «Obligación de resolver y actos presuntos», en *La nueva LRJAAPP y del PAC, cit.*, p. 148, para quien la necesidad de certificación se restringe a los actos presuntos que ponen fin a la vía administrativa sin necesidad de interponer recurso ordinario, pero no en aquellos que han sido ya objeto de recurso, bastando la previa comunicación a la Administración regulada en el artículo 110.3.

⁴⁴ Durante la vigencia de la LPA, la configuración del silencio administrativo negativo como una simple ficción jurídica hacía inaplicable a los resultados de dicha técnica la doctrina de los actos «consentidos». Es lógico si se piensa que el legislador no preveía el silencio negativo como un «acto presunto» y sí, exclusivamente, como un beneficio para el particular: al no existir acto administrativo mal podría aplicarse la calificación de consentido, ha reiterado el Tribunal Supremo. *Vid.* por todas la sentencia de 14 de noviembre de 1988, az. 8930, sala 4ª, ponente F.J. Delgado Barrio. Tras la Ley 30/1992 la situación se complica. Entendido el silencio como generador de un auténtico «acto administrativo» (presunto), se entenderá que deviene firme y consentido una vez que éste se ha producido si el particular no lo recurre en los plazos legalmente establecidos «a partir del día siguiente a la recepción de la certificación y, si ésta no fue emitida en plazo, a partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo» (artículo 44.5).

satisfacción extraprocesal de las pretensiones en caso de que el particular hubiese iniciado el contencioso ante el silencio y la resolución tardía fuera estimatoria, evitándose un proceso largo y costoso.

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

Demasiados interrogantes para una de las instituciones centrales de la LPAC. Fueron ya varios los autores que tomaron posiciones respecto a estas cuestiones ⁴⁵, pero no llegó a alcanzarse en los seis años de vigencia del texto original ese mínimo de seguridad jurídica que constitucionalmente se impone en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos.

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

V. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL SILENCIO DESESTIMATORIO

1. *Introducción*

Ni era el silencio administrativo el único aspecto de la regulación de 1992 necesitado de reforma ni lo fue exclusivamente («la proliferación de normas reguladoras de procedimientos administrativos, los problemas detectados en la regulación de ciertos artículos ... y la supresión del recurso de reposición son lugares comunes en las críticas formuladas a la Ley 30/1992, que justifican su reforma pensando en el buen funcionamiento de la Administración pública y, sobre todo, en los ciudadanos, que son los destinatarios de su actuación», dice el legislador en la Exposición de Motivos del nuevo texto legal); pero cualitativamente podría decirse que adquirió un innega-

⁴⁵ *Vid.* entre otros los trabajos de F. GARRIDO FALLA, «La obligación de resolver ...», *cit.*, pp. 189 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, «Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa», *REDA*, nº 83, 1994, pp. 357 y ss.; S. F. SAINZ DE ROBLES, «El llamado silencio administrativo: un escándalo en el Estado de Derecho», en *La protección jurídica del ciudadano*, *cit.*, I, p. 617 y ss., y todos los citados en notas precedentes.

ble protagonismo, no tanto por las novedades introducidas en la versión de 1999 como por haber supuesto el fracaso estrepitoso de uno de los productos más aireados por el legislador en los últimos años.

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

La Ley 4/1999 rectifica la configuración del silencio administrativo volviendo sobre los pasos dados por el legislador y recuperando la técnica, *grosso modo*, tal y como la regulara la LPA.

2. *El sentido del silencio*

Manteniendo una línea muy similar a la definida en la versión original de la LPAC, el nuevo texto parece querer imponer el sistema de silencio positivo, al menos cuando afirma que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes *en todos los casos* (art. 43.2); desgraciada expresión la subrayada e inadecuada en el relativo mundo jurídico, sobre todo porque a continuación, y mediando sólo una coma, se añade con la misma rotundidad un *salvo que* desesperanzador y una línea más adelante la abrumadora e inevitable coletilla *quedan exceptuados*.

Pese a la desafortunada redacción, la Ley sienta las reglas de juego sin dejar mucho margen a interpretaciones: se producirá silencio positivo cuando venza el plazo establecido sin haberse notificado resolución expresa al interesado salvo en los siguientes casos:

- cuando una norma con rango de ley o una norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario;
- en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la CE;
- en los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público;
- en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones con la salvedad establecida respecto del recurso de alzada presuntamente admitido por silencio cuando se hubiese dirigido contra una desestimación por silencio administrativo (art. 43.2, párrafo 2º).

3. *El plazo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos*

Los apartados 2 y 3 del artículo 42 han puesto punto y final a muchas controversias generadas por el impreciso y genérico artículo 42 en su versión original de 1992.

a) El contenido de la obligación de resolver expresamente los procedimientos

La tradicional obligación impuesta por el legislador a la Administración de resolver expresamente los procedimientos ha sufrido una notable ampliación en la Ley 4/1999, que bien pudiera apreciarse desde dos perspectivas diferentes, tal y como ha puesto recientemente de manifiesto FERNÁNDEZ VALVERDE ⁴⁶: una, cuantitativa (artículo 42.1, párrafos 2 y 3); otra, cualitativa (artículo 42.2).

Efectivamente, y si puede hablarse de cantidad aunque sólo sea a efectos expositivos, la Administración está obligada a dictar resolución expresa no sólo cuando ésta se produce *stricto sensu*, es decir, como decisión administrativa unilateral que pone fin al procedimiento (en el sentido del art. 89.1 de la Ley), sino en los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como en los casos de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, aunque en todos ellos la resolución consista en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables (art. 42.1) ⁴⁷.

Desde una perspectiva cualitativa, la Ley pretende zanjar las dudas surgidas a raíz de la regulación anterior acerca de si en el plazo máximo establecido para resolver las solicitudes se imponía exclusivamente la emisión de una resolución expresa o si, además, debía ésta ser notificada en toda regla ⁴⁸. El apartado 2 del artículo 42 despeja cualquier incógnita al señalar las reglas relativas al «plazo máximo en el que debe *notificarse* la resolución expresa».

Ahora bien, la notificación exigida para dar por cumplida la obligación de resolver expresamente los procedimientos es *poco* o *menos* exigente (si admite grados o calificativos el cumplimiento de la obligación) que la regulada con carácter general en el artículo 58.2 de la Ley (que deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos), admitiéndose «la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado» (art. 58.4).

⁴⁶ Cfr. R. FERNÁNDEZ VALVERDE, «De nuevo, el silencio administrativo», REDA n° 105, 2000, pp. 86 y ss. Y, en general, su colaboración «El silencio administrativo» en la obra colectiva *La Ley 4/1999 de Procedimiento administrativo. Reforma de la Ley 30/1992*, Ed. Colex e ICSE, Madrid, 2000, pp. 113 y ss.

⁴⁷ El párrafo 3 de este mismo precepto exceptúa de la obligación de dictar resolución expresa los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o por convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

⁴⁸ *Vid.* tres diversas interpretaciones del precepto realizadas por E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *El silencio administrativo en la nueva Ley ...*, cit., p. 49.

La notificación «que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución» es una notificación defectuosa, de las previstas en el apartado 3 del propio artículo 58, cuyo contenido es válido para dar por cumplida la obligación de resolver porque manifiesta de modo indubitado que la Administración ha decidido sobre la solicitud presentada por el interesado y contiene la voluntad administrativa, aunque falten otros aspectos esenciales, pero no a los efectos de llegar a conocer la decisión administrativa sino, en todo caso, a los efectos de su posterior impugnación. De ahí que resulte aplicable a este supuesto la previsión contenida en el citado apartado 3 del artículo 58 según la cual tales notificaciones (incompletas o defectuosas) «surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda».

Mayor complejidad reviste el segundo de los supuestos enunciados en el apartado 4 del artículo 58, cuando declara suficiente el «intento de notificación debidamente acreditado» para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos. No cabe duda de que tras un intento de notificación existe una voluntad administrativa y, por tanto, podría afirmarse sin reparos que la Administración ha resuelto, en sentido estricto o literal de la expresión, el procedimiento, aunque no haya conseguido notificar, siquiera defectuosamente, dicha resolución.

Ahora bien, también existe voluntad administrativa en cada resolución tardía o extemporánea, y no por eso puede tener cualquier contenido, prescindiendo del sentido del silencio *generado* por el transcurso de los plazos legalmente establecidos para resolver y notificar. Por eso puede resultar problemático el tema planteado en los siguientes términos: ¿prevalece el contenido de una resolución administrativa cuya notificación se ha frustrado sobre el sentido del silencio que cree haber ganado el ciudadano que no recibe noticias de dicha resolución? Evidentemente, tras este planteamiento se esconde un destinatario de buena fe y diligente, que lisa y llanamente no recibe en su día, por circunstancias ajenas a su voluntad, la notificación. Pero no es éste el único caso posible, por eso el legislador regula dos situaciones radicalmente distintas para notificaciones frustradas dependiendo de las causas del fracaso:

– El apartado 2 del art. 59 prevé la práctica de la notificación en el lugar que el interesado haya señalado a tal efecto en la solicitud, estableciéndose ciertas reglas especiales respecto a la recepción de la notificación cuando ésta se practique en el domicilio y no esté presente el interesado. Así, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre allí y haga constar su identidad. Pero si nadie puede hacerse cargo de la notificación, «se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes».

¿Quiere decirse entonces que el día del primer intento es el que se tiene en cuenta como fecha en la que se cumplió la obligación de resolver y noti-

ficar (sic) *a todos los efectos*? La respuesta, razonablemente, es no. Se tiene por practicada la notificación *a los solos efectos* del artículo 58.4, es decir, a efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, y por tanto a efectos de impedir que entre en juego la regla del silencio, pero nunca a otros efectos distintos, como puede ser el de anticipar la eficacia de la resolución respecto de la fecha en que ésta llega a conocimiento del destinatario a través de la publicación. Será la fecha de la publicación del acto la que determine su eficacia *a todos los demás efectos* no comprendidos expresamente en el artículo 58.4.

El interesado no podrá pretender hacer valer a su favor un silencio administrativo que, simplemente, no se ha producido, porque la resolución ha sido dictada dentro del plazo máximo exigido por la norma para resolver el procedimiento, aunque por circunstancias ajenas a la voluntad de su destinatario y a la propia eficacia administrativa no haya llegado a su destino por los cauces ordinarios de notificación.

La solución puede plantear dudas desde la perspectiva de la seguridad del ciudadano pero es la más razonable desde la legítima perspectiva de la eficacia y el buen hacer administrativo.

– La situación es completamente distinta si el ciudadano *rechaza*, con lo que la expresión conlleva de voluntarismo, la notificación intentada con arreglo a la Ley. En ese caso, «se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento» (art. 59.3).

No necesita mayores comentarios que el ciudadano no pueda beneficiarse de una técnica, la del silencio, creada para contrarrestar los efectos perversos del incumplimiento de la Administración de su obligación de resolver y notificar cuando el incumplimiento es achacable no a la Administración si no a él mismo, que con su actitud obstaculiza y dificulta la actuación administrativa. En estos casos la Administración ha resuelto pero no ha notificado, existe por tanto decisión administrativa y voluntad de comunicarla al destinatario. No hay que fingir ni presumir nada porque la decisión está tomada, y si el ciudadano la desconoce es, simplemente, porque se ha negado a conocerla.

Pero puede todavía buscarse alguna consecuencia más ante la actitud premeditada de quien rechaza la notificación, que diferenciaría este caso del que expusimos en primer lugar. La Ley dice que en estos casos «*se tendrá por efectuado el trámite*» de la notificación, por lo cual podríamos entender que la resolución cobra eficacia a todos los efectos, incluidos los relativos a su posible impugnación, que deberá hacerse, en su caso, atendiendo no ya a las reglas previstas para la notificación defectuosa, sino como si se tratase de una notificación en toda regla.

Si bien es cierto que el artículo 59.3 no diferencia respecto de las exigencias de la publicación sustitutoria entre los casos de notificación frustrada sin voluntad del receptor (art. 59.2) y notificación obstaculizada o impedida

por el destinatario (art. 59.3)⁴⁹, el artículo 58.3, al regular el régimen de eficacia de las notificaciones defectuosas (que puede asimilarse al caso de quien «sabe» con certeza que la resolución existe y, cuando menos, «intuye» que no le conviene —por eso la rechaza— pero desconoce los demás datos complementarios de la notificación completa), establece que «surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución», como es, en estos casos, la manifestación del «rechazo», lógicamente por inconveniente, de la notificación. Sería por tanto ese día, y no el de la publicación sustitutoria, el *dies a quo* para la interposición de los recursos procedentes.

Así debe entenderse la expresión contenida en el artículo 59.3 «se tendrá por efectuado el trámite», es decir, se da por realizada la notificación, *como si* hubiese tenido lugar con todas las exigencias legalmente establecidas y *a todos los efectos*, por más que por razones de seguridad jurídica —no ya del destinatario beligerante sino de terceros afectados— fuese recomendable la publicación sustitutoria, que no alteraría, por otra parte, las reglas de plazos de interposición de los oportunos recursos ni pospondría la eficacia de la resolución administrativa.

b) La duración máxima de los procedimientos

La duración máxima de los procedimientos aparece regulada con claridad:

- Se aplicará la regla específica recogida en cada norma procedimental existente, con el límite temporal de seis meses, que sólo podrá ser rebasado cuando así lo establezca una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario (art. 42.2); respecto a los procedimientos preexistentes cuya duración haya sido fijada reglamentariamente en más de seis meses, éste será el plazo máximo para resolver (D. T^a, 2)⁵⁰.
- Cuando no se haya previsto expresamente un plazo de duración máxima del procedimiento, será éste de tres meses⁵¹ (art. 42.3).

Todo ello sin perjuicio de las posibles incidencias previstas en la propia Ley modificativas de los plazos máximos citados, en particular las que pro-

⁴⁹ Se habla genéricamente de los casos en que «intentada la notificación no se hubiera podido practicar».

⁵⁰ Con la limitación temporal de seis meses pretende ponerse fin a las críticas que habían rodeado en su día la literalidad del art. 42.2 de la LPAC en cuanto que se refería exclusivamente al plazo establecido en cada norma de procedimiento, sin más concreción, favoreciendo la «falta de homogeneidad». Vid. al respecto E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA, *El silencio administrativo en la nueva Ley ...*, cit., p. 44.

⁵¹ Téngase en cuenta que respecto al procedimiento del recurso potestativo de reposición la Ley establece un plazo máximo de resolución de un mes (art. 117).

vocan la suspensión y la ampliación de los mismos en los términos del propio artículo 42 (apartados 5 y 6).

- c) El cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos

Dado que el silencio administrativo opera en la nueva versión de la LPAC por el mero transcurso del plazo máximo establecido para notificar la resolución de los procedimientos, resulta esencial conocer con certeza las reglas relativas al plazo. Y, sin embargo, no es precisamente clara la Ley cuando se refiere al cómputo de los tres, seis —o los que sean— meses, prevista con carácter general en los apartados a y b del artículo 42.3 y, por relación, en el artículo 42.4 y otros relativos al cómputo que en su caso pueden resultar de aplicación.

1º) El *dies a quo*

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

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

Adviértase que la LPAC recoge con estas palabras una regla especial en lo que concierne al cómputo, al no resultar aplicables las previstas en el artículo 48.2 («si el plazo se fija en meses ... éstos se computarán a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación»), al menos en lo que respecta al señalamiento del *dies a quo*.

El primer día del plazo de resolución y notificación de los procedimientos es el mismo en que la solicitud entra en el registro del órgano competente para su tramitación, y no el día siguiente, ni mucho menos el día siguiente al de la notificación de la comunicación a que se refiere el apartado 4 del artículo 42.

2º) El contenido y la eficacia de la comunicación

La doctrina había puesto de relieve la posible disociación entre la fecha de entrada en cualquiera de los registros u oficinas habilitados en el artículo 38 de la LPAC para recibir solicitudes de los ciudadanos y la fecha de entrada de las solicitudes en *el registro* del órgano competente para su tramitación. Realidad que exigía una determinación legal sobre cuál de las dos

fechas hubiera de tomarse de referencia como inicio del plazo máximo de resolución del procedimiento.

La opción escogida por el legislador en 1999 responde, sin duda, al ánimo de preservar los dos intereses en presencia: por un lado, la seguridad jurídica que legítimamente debe exigir el ciudadano que, optando por uno de los cauces de presentación de solicitudes previstos por la Ley, escoge un registro u oficina distinto del registro del órgano competente para conocer del procedimiento que inicia con su solicitud, y que tiene perfecto derecho a conocer a ciencia cierta qué fecha tomará la Administración como la inicial del plazo máximo de duración del procedimiento; y, por otro lado, la eficacia administrativa, que se resiente cuando a los de por sí cortos plazos de tramitación y resolución de los procedimientos hay que descontar los días en que la solicitud del ciudadano «peregrina» de Administración en Administración, o de órgano a órgano hasta llegar a buen puerto. De ahí que en aras de la eficacia se señale como día inicial del plazo el de la «recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación» y que, correlativamente, se trate de garantizar la seguridad jurídica con una «comunicación» que la propia Administración debe enviar al interesado informando de la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente (art. 42.4).

Ahora bien, la impresión inicial, aunque fácilmente desbaratable por una deseable diligencia administrativa, no es alentadora. Cuando menos, resulta paradójico que se trate de solucionar un problema estrechamente unido a la indolencia administrativa o, cuando ésta no sea la causa de la inactividad, a la excesiva burocratización de las relaciones Administración-administrado, imponiendo precisamente a la Administración una carga adicional, la de comunicar (y notificar, se supone, en toda regla) la fecha de inicio del plazo máximo de duración del procedimiento así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Aun admitiendo que mis anteriores palabras pudieran estar cargadas de prejuicios no siempre justificados, no dejo de plantearme ciertos interrogantes. Por ejemplo, ¿qué día deberá tomar por inicial del plazo máximo de resolución el ciudadano que no llega a recibir la comunicación? ¿Tal vez la que consta como fecha de entrada de la solicitud en el registro u oficina que haya escogido para presentar el documento, que es la única cierta para todos los implicados? ¿O tal vez la que decida dar por inicial, asimilando este supuesto al de las notificaciones inexistentes, donde los plazos juegan desde que el interesado realiza alguna actuación que ponga de manifiesto que conoce de la resolución? ¿En qué posición quedan, en todas estas situaciones, los demás interesados en el procedimiento, rendidos a la eficacia de un silencio, estimatorio o desestimatorio, que depende exclusivamente de la voluntad y los intereses del solicitante?

Debería haberse articulado un sistema que atendiese en igual proporción a la eficacia administrativa y a la seguridad jurídica. Se me ocurre una fórmula alternativa, dependiente de la voluntad de la Administración pero

también de su debida diligencia: tómesese por cierta la fecha en que el escrito entra en el registro del órgano competente para su tramitación *siempre y cuando* dicha fecha sea debidamente puesta en conocimiento del interesado o interesados a través de la comunicación; en defecto de esta última, considérese la fecha en que el escrito fue presentado por cualquiera de los cauces admisibles en derecho y regulados en el artículo 38 LPAC. Es decir, la Administración podría valorar cuál de las dos fechas le interesaría tener por cierta, de modo que sólo estaría obligada a comunicar a los ciudadanos la consideración de un plazo más amplio que el establecido en la Ley por defecto. En ocasiones, la Administración optaría por prescindir de la comunicación conscientemente, porque tal vez la disociación de fechas no tuviese entidad suficiente como para repercutir en la adecuada tramitación y resolución del procedimiento, o porque —y dicho en voz baja— no hubiese intención de resolver expresamente; en tal caso, el ciudadano no recibiría la comunicación y haría sus cálculos atendiendo a la fecha sellada en la copia de la solicitud. Otras veces, la Administración estaría especialmente interesada en demorar el día inicial del plazo para resolver, pero ganar los días perdidos en el ir y venir de la solicitud exigiría poner en conocimiento del solicitante la nueva fecha de referencia, es decir, la de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para la tramitación del procedimiento.

4. *La eficacia del silencio desestimatorio*

a) *La contrarreforma*

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

Si la LPAC otorgó la calificación, y con ello la eficacia, de acto presunto, con efectos *erga omnes*, a la inactividad de la Administración sin prejuzgar su eficacia estimatoria o desestimatoria, la Ley 4/1999 distingue los efectos del silencio de la misma forma que lo había hecho, años antes y con éxito, la LPA de 1958:

«La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

La desestimación por silencio tiene los *solos efectos* de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente» (art. 43.3).

Pese a ciertos deslices gramaticales, la esencial característica del silencio negativo frente al positivo radica en que no produce el nacimiento de acto

administrativo presunto, retomándose la concepción original que lo identificaba con una mera ficción legal, tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos:

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

Como tantas veces se había afirmado, el silencio negativo tiene efectos *estrictamente* procesales, que se agotan en la opción que se confiere al ciudadano de interponer las acciones oportunas *como si* se hubiesen desestimado sus pretensiones o esperar a la resolución expresa que imperativamente tiene que dictar la Administración, que tendrá el carácter de resolución tardía («*permitir* a los interesados la interposición del recurso», *ex art.* 43.3, no puede interpretarse como un mandato imperativo sino como una posibilidad, por tanto junto a otras igualmente legítimas).

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

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

b) Los plazos para recurrir contra las desestimaciones por silencio

La rotundidad con que la nueva versión de la LPAC dispone que la desestimación por silencio administrativo «tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente» supone en la práctica que la técnica adquiere dimensiones exclusivamente procesales, lejos de cualquier intento ya olvidado de dotar al engendro surgido del silencio y de su certificación posterior de la eficacia propia de los actos administrativos.

La propia afirmación de la Ley, confirmada, como hemos visto, en la Exposición de Motivos, hace cobrar especial relevancia al tema de los plazos para recurrir en caso de silencio administrativo negativo, que ya había sido desde las primeras aplicaciones de la técnica cuestión recurrente y casi nunca zanjada.

Los pasos de gigante que dio la jurisprudencia tras la entrada en vigor de la Constitución deben marcar la pauta de cualquier explicación que quiera darse a la cuestión, especialmente la doctrina del TC por la cual debe considerarse irrazonable toda interpretación que prime la inactividad colocando a la Administración en mejor situación que si hubiere efectuado una notificación con todos los requisitos legales (STC 6/1986).

La coherencia en los planteamientos exigiría predicar la inaplicabilidad de las reglas relativas a plazos de impugnación recogidas en las leyes para los supuestos de inactividad formal de la Administración, lo cual permitiría al afectado por el silencio negativo optar por esperar a la resolución expresa, como se deduce del inciso final del artículo 43.1 («sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar»), o hacer valer su silencio mediante la presentación del recurso, sin que pudiera llegar a invocarse por la Administración la extemporaneidad de la acción mientras no hubiese cumplido su obligación de resolver, ni siquiera ante la muy alegada inseguridad jurídica que pudiera provocar el mantener *sine die* abierta la acción porque, tal y como declaraba el TS en su sentencia de 7 de noviembre de 1999, «la Administración siempre tiene en su mano la posibilidad de evitarla dictando una resolución expresa como es su obligación».

A medio camino, existe la posibilidad de aplicar al régimen de las desestimaciones por silencio el propio de las notificaciones defectuosas, si se admite que el destinatario de un silencio negativo conoce el «texto íntegro» de la decisión administrativa (que sería un genérico «no» a lo que se ha pedido), lo cual no deja de ser un artificio un tanto absurdo, porque no existe tal decisión administrativa ni mucho menos un contenido o texto de la misma. Aun así, con la asimilación se conseguiría evitar el desánimo, casi siempre injustificado, de quienes ven en la inexistencia de plazo un peligro para las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, y una intolerable inseguridad jurídica que, en definitiva, viene a pagar quien no la ha causado si por ello se sujeta su posibilidad de reclamar a un plazo taxativo prefijado en las normas. Me refiero a la aplicación al régimen del silencio del propio de las notificaciones defectuosas, en la actualidad recogido en el artículo 58.3 de la LPAC:

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

Las argumentaciones anteriores, impecables desde un punto de vista teórico y deseables en la práctica, se topan, sin embargo, con un escollo importante, nítidamente ligado a una defectuosa técnica legislativa, la del reparcheo, que entre remiendo y remiendo suele dejar algún roto o descosido que hace peligrar la consistencia de la reparación. Me refiero a la ocasión perdida en 1999 de replantearse la reforma de algunos preceptos de la LPAC

relativos a los plazos de interposición de los recursos administrativos así como del propio artículo 46 de la LJCA sobre plazos contencioso-administrativos, a los cuales me referiré separadamente.

1º) El silencio negativo y el recurso de alzada

Los plazos de interposición del recurso de alzada aparecen regulados en el artículo 115 LPAC: un mes, si el acto fuera expreso; si no lo fuera, tres meses. Y se dispone una regla especial respecto al cómputo de este último plazo: «a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los *efectos del silencio administrativo*».

¿Pretende decirse que en tales casos, una vez consumido el plazo máximo para resolver el procedimiento y suponiendo que haya llegado a conocer adecuadamente cuándo se produce tal acontecimiento, el afectado dispone de un plazo preclusivo de tres meses para interponer recurso de alzada, pasado el cual nada podrá hacerse frente a la inadmisibles conducta administrativa, ni tan siquiera solicitar auxilio jurisdiccional ante la falta de agotamiento de la vía administrativa?

En primer lugar, y con carácter general, «no puede pretender extraerse del incumplimiento del deber de resolver por parte de la Administración consecuencias obstativas al libre ejercicio de las acciones judiciales que puedan emprenderse para tutelar el derecho los particulares» (STS de 30 de junio de 1999, citada *supra*).

En segundo lugar, estando vigente la LPA, cuyo sistema parece retomar, con matices, la Ley 4/1999, el TC y el TS rechazaron por contrario a la tutela judicial efectiva la invocación de la falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando la propia Administración no da respuesta a la petición del interesado y, por lo tanto, no le indica si el acto es definitivo o cabe contra el mismo recurso en vía administrativa (STC 6/1986 y la citada STS de 19 de octubre de 1998, entre otras).

En tercer lugar, el mismo artículo 24 de la CE permite sostener el derecho de opción del afectado por un silencio administrativo, meticulosamente descrito por el TS con las siguientes palabras:

«En los supuestos de relación entre silencio administrativo negativo y derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, este Tribunal viene afirmando que la Administración tiene, en todo caso, el deber de resolver expresamente (artículo 94.1 y 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, aplicable al caso) y que el silencio administrativo es una ficción que la Ley establece en beneficio del que incoó un procedimiento para que pueda entender desestimada su petición, reclamación o recurso y deducir frente a esta denegación presunta la impugnación que en cada caso proceda, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, si quiera sea tardía, sin que sea viable que la Administración pretenda ob-

tener un beneficio -la apreciación de extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo- a consecuencia de su propia violación de la norma (artículo 94.3 de la LPA) ni, aun menos, admisible que para ello se invoque una doctrina, la del silencio administrativo, que está concebida precisamente en beneficio del administrado» (STS de 15 de enero de 1986, citada *supra*).

Finalmente, y volviendo a la posible aplicación de la técnica de las notificaciones defectuosas al silencio desestimatorio, es posible afirmar que el propio artículo 58.3 LPAC, en cuanto que demora la eficacia de tales decisiones a que el interesado «*interponga cualquier recurso que proceda*», niega cualquier efecto preclusivo al transcurso de los plazos prefijados en la Ley para la interposición del recurso de alzada, únicamente aplicables a las resoluciones expresas.

2º) El recurso de reposición frente a las desestimaciones por silencio

Si el artículo 115 exige reinterpretarse bajo el prisma de la tutela judicial efectiva y ante la doctrina del silencio como técnica en beneficio del ciudadano y de efectos estrictamente procesales, el artículo 117 de la LPAC bien hubiera merecido una derogación formal en la reforma de 1999 porque, por su tenor literal, es insalvable. Tras disponer dos plazos para la interposición del recurso, de uno y tres meses según si el acto fuera o no expreso, se dispone como regla de cómputo que este último plazo «se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, *se produzca el acto presunto*».

Lógicamente, este precepto se le ha pasado por alto al legislador que, habiendo reformado el régimen del silencio, no debería haber mantenido la expresión «acto presunto» para referirse a sus efectos, al menos con carácter general de modo indiscriminado respecto del silencio estimatorio y del desestimatorio. La consecuencia salta a la vista: si el silencio negativo no genera acto presunto, y la LPAC sólo dispone de plazos cuando éste se produce, luego no hay plazo prefijado para interponer el recurso potestativo de reposición frente a desestimaciones por silencio. Lo cual convierte al recurso de reposición en un instrumento idóneo para lo que algunos repudiaron y otros reclamaron estando todavía vigente la LPA: un instrumento que permite reabrir, sin límite de plazo, los mecanismos impugnatorios frente al silencio de la Administración.

3º) La interpretación del artículo 46 de la LJCA tras la Ley 4/1999

Es ya conocida la posición de reconocidos administrativistas partidarios de declarar derogado el artículo 46 de la LJCA tras la aprobación de la Ley 4/1999, sobre todo a partir de un Auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 25 de noviembre de 1999,

que opta resueltamente por retomar la doctrina jurisprudencial anterior a la LPAC de 1992 en virtud de la cual no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su deber de resolver⁵².

Las razones que han llevado a tomar esta postura son las mismas que exigirían una modificación del artículo 117 de la LPAC antes analizado: la referencia del precepto cuestionado a los «actos presuntos» para determinar el *dies a quo* del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo cuando en el actual sistema el silencio desestimatorio no genera, como lo hiciera la LPAC desde 1992, este tipo de actos.

Conforme al apartado 1 del artículo 46 LJCA:

«El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y *se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto*».

Aplicando a este supuesto las consideraciones anteriores se zanja definitivamente la cuestión respecto a la inaplicabilidad del artículo 46 LJCA a los efectos de la desestimación por silencio.

c) El silencio desestimatorio y las resoluciones tardías

La nueva concepción del silencio desestimatorio, de efectos estrictamente procesales, hace rebrotar la doctrina de las resoluciones tardías consolidada durante décadas en la práctica jurídica y contencioso-administrativa y erradicada en todas sus variantes a raíz de que la Ley 30/1992 prohibiera dictar resolución expresa una vez emitida la certificación del acto presunto.

De nuevo, es esencial el contenido del artículo 43 de la Ley:

«1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa *legítima* al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, *sin perjuicio de la resolución* que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo».

Las expresiones han sido subrayadas en el texto con la intención de poner de manifiesto un dato interesante, que viene a confirmar la idea antes

⁵² Vid. el comentario de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la LJ de 1998. Un Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid de 25 de noviembre de 1999 (Recurso 261/99)», *REDA* n.º 105, 2000, pp. 127 y ss.

expuesta de que la Ley concede al interesado la *opción* de poner en marcha el mecanismo del silencio a efectos impugnatorios. Aun más, cualquiera que fuese la voluntad del interesado, la obligación de resolver expresamente no desaparece, ni se obstaculiza, ni se vacía de contenido en tanto que efectivamente no se cumpla.

Por otra parte, la Ley 4/1999 ha hecho una aportación digna de destacarse, que podría darse por supuesto a la vista del diferente régimen jurídico atribuido al silencio positivo y negativo, pero que evita disfunciones y conflictos puestos de manifiesto en los años precedentes. Se trata del apartado 4 del artículo 43, a cuyo tenor:

«La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado 1º del art. 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo; b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio».

Así, la configuración del silencio positivo como generador de actos presuntos condiciona ineludiblemente cualquier posterior declaración de voluntad de la Administración, necesariamente confirmatoria de aquélla. Nacido el acto —presunto— y desplegados sus efectos por el mero transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento, lo hace con todas sus consecuencias, como si de una verdadera resolución se tratara. Su contenido, por ser favorable, no podrá ser desconocido ni contradicho por la Administración si no es por las vías de revisión previstas en la propia LPAC. Del mismo modo, la resolución posterior expresa confirmatoria del acto presunto tampoco planteará mayores problemas si se comprende cuál es la verdadera naturaleza de dicha resolución. Se trata de un acto confirmatorio de otro anterior, por lo cual sus efectos se restringirán a dotar de seguridad jurídica a las relaciones administrativas, sin que pueda concebirse como instrumento para alterar por la vía de hecho situaciones consolidadas ni para reabrir los plazos de los recursos administrativos o contencioso-administrativos, cuando el acto originario haya devenido firme y consentido, al recaer en tal caso sobre el intento reaccional una clara causa de inadmisibilidad del recurso presentado.

Nada tiene que ver la naturaleza de la «resolución tardía» en un procedimiento en el que se haya generado un silencio negativo. En tal caso, no ha existido acto anterior —el silencio negativo no puede identificarse con un acto presunto— y la resolución expresa, aunque tardía, es la única manifestación de voluntad administrativa. Por eso es razonable la afirmación contenida en el artículo 43.4.b) cuando dispone que en tales casos la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo «se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio».