

LECCIONES

LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION EN LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DE 1998 Y 1999. ESPECIAL REFERENCIA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO

FRANCISCO VELASCO CABALLERO/JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO*

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO ANTE SOLICITUDES. 1. Planteamiento. 2. ¿Qué es el silencio? 3. Producción del silencio administrativo. A) Los plazos del silencio. B) Cómputo del plazo. 4. Efectos del silencio. A) Silencio positivo. B) Silencio negativo. C) Acreditación del silencio. III. INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO. IV. INACTIVIDAD REGLAMENTARIA. V. SUPUESTOS DE INACTIVIDAD MATERIAL. VI. RECAPITULACIÓN, CONCLUSIÓN Y PROPUESTA.

I. INTRODUCCION

Las reformas legislativas de 1998 (LJCA) y 1999 (LRJ-PAC) han introducido importantes modificaciones en el régimen de la inactividad de la Administración. La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJ-PAC, ha aportado relevantes innovaciones técnicas, aunque sin alterar en esencia el régimen tradicional del silencio administrativo. La Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, introdujo entre nosotros la novedad de una acción ante ese orden jurisdiccional contra la denominada inactividad material de la Administración. Si a esto sumamos las elaboraciones doctrinales, en los últimos años, sobre la inactividad reglamentaria de la Administración, nos encontramos ya con un material jurídico susceptible de ordenación sistemática. Hemos elegido, por su adecuación al objeto de estudio, un *sistema tipológico* de exposición. La opción por la tipología reside en que la LRJ-PAC contiene un importante bloque normativo común a los distintos tipos de inactividades administrativas, lo que dificulta la construcción de un sistema conceptual en sentido propio (pues las distintas

* Profesores Titulares de Derecho Administrativo (UAM).

categorías de inactividad no son verdaderamente determinantes de regímenes jurídicos separados). Por otro lado, la inexistencia de un único principio ordenador de todo el régimen de la inactividad dificulta también la formación de un sistema principal (pues como veremos, cada forma de inactividad administrativa responde a un principio propio). En consecuencia, se van a proponer varios “tipos” de inactividad de la Administración, algunos de los cuales presentan notas comunes, pero con distinta importancia o forma de manifestarse en cada caso. La serie tipológica sería: inactividad ante solicitud (una solicitud que inicia un procedimiento que debería terminar con una resolución —acto administrativo—), inactividad en procedimientos de oficio (que deberían, asimismo, terminar mediante resolución administrativa), inactividad reglamentaria (omisión de la aprobación de una norma administrativa o reglamento) e inactividad material.

La inactividad administrativa no es una novedad histórica. Y tampoco lo es su regulación legal o la reacción frente a ella por vía judicial. Lo peculiar, ahora, es el tratamiento de la inactividad administrativa en el marco de sometimiento del Gobierno y la Administración al principio de Estado Social y de Derecho establecido por el art. 1.1 CE. De aquí va a derivar, en primer lugar, un criterio de principio radicalmente contrario a la inactividad, que se proyecta decididamente no sólo sobre la omisión de actos administrativos, sino también sobre la inactividad reglamentaria y la simple inactividad material. Y va a resultar, también, una ampliación del control judicial de la Administración inactiva.

II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO ANTE SOLICITUDES

1. Planteamiento

El silencio administrativo es, antes que nada, una realidad cotidiana: pedida una licencia de edificación, el Ayuntamiento no responde; solicitada una autorización para la ocupación de una porción de playa, el Servicio Periférico de Costas omite toda resolución. Estos supuestos encuentran una solución invariable en nuestro Derecho: considerar que, transcurrido un determinado plazo, el silencio de la Administración debe entenderse como positivo, en unos casos, y como negativo, en otros. Y es una norma la que decide cuál es el plazo y cuál el sentido del silencio.

En los últimos años el silencio administrativo ha sido objeto preferente de la política administrativa de los distintos Gobiernos. De esta manera, el silen-

cio administrativo fue una de las cuestiones fundamentales de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y ha vuelto a ser una cuestión central en la reforma parcial de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999. Planteada la necesidad de afrontar una reforma de la regulación del silencio, lo que habría que haberse cuestionado es la necesidad de la existencia de la institución en sí. Porque la institución del silencio (en especial, la del silencio negativo) lo que de hecho provoca es la “normalización” de un incumplimiento de la legalidad por parte de la Administración. La Administración está obligada a resolver sobre las solicitudes que presenten los interesados, y lo que debería ser normal es que esa obligación se cumpliera. En los supuestos, que deberían ser excepcionales, en los que eso no sucediera, la vía de actuación debiera ser, también, la normal ante las ilegalidades administrativas: la condena a la Administración por los órganos judiciales a cumplir con las obligaciones que tiene impuestas legalmente. Institucionalizar el silencio supone otorgarle un carácter de normalidad que no le corresponde. La posibilidad legal de resolver o no resolver por mucho que la norma establezca que la producción del acto presunto no libera de la obligación de resolver expresamente (art. 42.1 LRJ-PAC), y que pueden derivarse responsabilidades disciplinarias de ese incumplimiento (art. 42.7 LRJ-PAC: disposición sobre cuya ineficacia práctica no es necesario llamar la atención) podría llegar a suponer un espaldarazo a hábitos de nuestra Administración que de ninguna manera pueden considerarse aceptables hoy día. Como es evidente, para el ciudadano no es lo mismo obtener una resolución denegatoria expresa (que lleva consigo una motivación frente a la que dirigirse —en caso de recurso—, un *dies a quo* preciso para la interposición de recurso y una información procesal que debe facilitar la Administración) que tener por respuesta un silencio que se interprete como “ficción denegatoria” (que ni se notifica, ni se motiva, ni contiene información procesal, etc.). Lo que para épocas anteriores podría considerarse una garantía del ciudadano (entender la solicitud desestimada para poder acceder a la vía jurisdiccional), hoy puede verse como aceptación de algo que debiera considerarse inadmisibile.

2. ¿Qué es el silencio?

En su redacción original, el art. 43 LRJ-PAC establecía que el efecto del silencio era el nacimiento de un “acto presunto”. Pronto fue criticada la utilización generalizada de la categoría “presunción” en relación con el silencio. Y también pronto se propuso que la consecuencia jurídica derivada de la inactividad administrativa no es, propiamente, un acto presunto, sino una *ficción* de acto. La precisión tiene pleno sentido: la *presunción* es la conclusión que acoge

la ley para cuando se da un determinado estado de cosas; y lógicamente admite prueba en contrario. La *ficción* es una decisión legal, con base o no en un determinado estado de cosas, y sin que quepa prueba en contrario. Con la distinción conceptual entre presunción y ficción se estaban poniendo en cuestión, indirectamente, los dos paradigmas sobre el silencio en la LRJ-PAC: que el silencio administrativo produce verdaderos actos administrativos (siquiera presuntos); y que el silencio administrativo es un género con dos especies: silencio positivo y silencio negativo. Fruto de los anteriores planteamientos es el texto del actual art. 43.3 LRJ-PAC: "*La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio negativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente*". Luego ya sólo el silencio administrativo positivo produce actos (presuntos); y el silencio administrativo negativo es una ficción de denegación. En este punto, la modificación de la LRJ-PAC ha vuelto al criterio normativo contenido en la anterior LPA (de 1958) y que había sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por ejemplo, SSTC 204/1987, F.J. 4; 294/1994, F.J. 4; 63/1995, F.J. 1) y del Tribunal Supremo (entre otras muchas, STS de 19 de julio de 1997, Az. 6732).

Dicho lo anterior, aún se puede apurar, a nuestro juicio, la distinción entre silencio positivo y negativo: el silencio negativo es una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) frente a la Administración: en nuestro sistema, fingiendo una denegación se hace posible la impugnación (lo que, ciertamente, no tendría por qué ser así: en otros sistemas no hay que recurrir frente a una denegación presunta, sino que se acude a los órganos judiciales para que condenen a la Administración a cumplir con su obligación de resolver expresamente). En cambio, el silencio administrativo positivo no es ni presunción ni ficción de ninguna clase: llegado el plazo que la Administración tenía para resolver expresamente, la falta de respuesta significa *que ha caducado el poder de que aquélla disponía para limitar, prohibir o denegar el ejercicio de derechos previamente configurados por el ordenamiento jurídico*: solicitada una licencia para iniciar, cumpliendo todos los requisitos legales, una actividad en el local del que se es propietario, y transcurrido un determinado plazo, la ley establece que el Ayuntamiento ya no puede impedir la apertura; su poder de limitación o intervención preventiva sobre el derecho a la actividad económica (art. 38 CE) ha caducado. Esta explicación conecta el alcance del silencio positivo con el grado de precisión en la delimitación de situaciones jurídicas a que haya llegado el ordenamiento. Allí donde las normas administrativas (leyes y reglamentos) presentan un alto grado de concre-

ción, se generan verdaderos derechos subjetivos en sus destinatarios y el silencio administrativo tiene necesariamente sentido estimatorio. Allí donde no hay previsión normativa, o ésta es imperfecta, difícilmente se han creado derechos de los particulares (a lo más, intereses legítimos y simples intereses), y el silencio tiene sentido desestimatorio: bien porque la ley así expresamente lo dice, bien por la simple consideración de que sólo se pueden adquirir y disfrutar los derechos que el ordenamiento jurídico concede.

3. Producción del silencio administrativo

El silencio administrativo produce efectos de acuerdo con un esquema fijo: solicitada una determinada resolución de la Administración, transcurre el plazo máximo legal para que sea dictada y notificada; se produce, entonces, un efecto estimatorio o desestimatorio. Detrás de este sencillo esquema hay que considerar varias cuestiones.

A) Los plazos del silencio

La LRJ-PAC no establece plazos para los distintos procedimientos administrativos, más bien difiere esa decisión a otras normas administrativas de desarrollo. La LRJ-PAC se limita a la fijación de un máximo para aquellas disposiciones de desarrollo (seis meses: art. 42.2 LRJ-PAC) y a establecer un plazo supletorio, sólo aplicable en defecto de disposición administrativa específica: tres meses (art. 42.3 LRJ-PAC). Hay que tener en cuenta que las disposiciones administrativas específicas se dictarán por cada Administración pública (más aún, por cada órgano dentro de cada organización administrativa), lo que da lugar a una grave falta de certeza jurídica respecto de los efectos del silencio. Para comprobar lo que se está diciendo basta con consultar la recopilación, nunca acabada, de plazos de procedimientos para la Administración General del Estado, contenida en la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, de 1 de diciembre de 1998.

Es esta inseguridad lo que ha pretendido paliar el art. 42.4, segundo párrafo, LRJ-PAC al imponer el deber de notificar al solicitante (en el plazo de diez días) cuándo se recibió la solicitud y cuál es el plazo máximo establecido para la notificación de la resolución. A falta de esta comunicación expresa, el interesado podrá conocer el plazo a través de las relaciones de procedimientos previstas en el propio art. 42.4 LRJ-PAC (para la Administración General del

Estado esta información se encuentra en *www.igsap.map.es*). Y a falta de determinación precisa en esos listados, se aplicará el plazo supletorio de tres meses.

Los plazos del silencio pueden ser ampliados, excepcionalmente, “cuando el número de las solicitudes formuladas o de las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución” (art. 42.6 LRJ-PAC). La excepcionalidad de esta medida se concreta en la exigencia de motivación y en el máximo legal de la ampliación: no podrá ser superior al doble del plazo legal. Distinta de esta ampliación del plazo de resolución es otra forma de ampliación regulada en el art. 49.1 LRJ-PAC. Pese a la falta de precisión del precepto debe entenderse que prevé la ampliación de los plazos para que los particulares cumplan con los trámites que les afectan; pero tal ampliación de plazos, siempre en favor del interesado, ni modifica ni suspende el cómputo del plazo general para resolver. Por esta misma razón, el órgano administrativo deberá hacer uno uso limitado de las ampliaciones de plazos en favor de los interesados, ante el riesgo de provocar, con las dilaciones, los efectos del silencio.

B) *Cómputo del plazo*

Según el art. 42.3.b) LRJ-PAC el plazo para la producción del silencio se contará “desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”. Resulta, entonces, que el cómputo del plazo no se inicia con la presentación de una solicitud en un registro administrativo, sino desde que ingresa en el registro del órgano que ha de tramitar la solicitud. El sentido de esta corrección está en la posibilidad, establecida por el art. 38.4.b) LRJ-PAC, de presentar una solicitud en cualquier registro de la Administración General del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, independientemente del órgano al que vayan dirigidas. De esta regla se excluyen las solicitudes a (o por medio de) las Entidades Locales, salvo convenio expreso. La LRJ-PAC, debido a su carácter básico, no especifica qué se entiende, en cada Administración pública, por órgano “competente para su tramitación”. Sólo para la Administración General del Estado contiene la Disposición Adicional 15ª un criterio: cualquier registro del *Ministerio competente*. Será la legislación de las Comunidades Autónomas, y las ordenanzas o reglamentos locales, los que precisen en su caso los órganos competentes para la tramitación. El criterio del órgano competente para la tramitación y la dificultad para determinar, en cada caso, cuál

es el órgano de tramitación dificultan el cómputo del silencio. Esta inseguridad sobre el cómputo del plazo se palia, en parte, con la comunicación prevista en el art. 42.4 LRJ-PAC (y regulada, para la Administración del Estado, en Orden de 14 de diciembre de 1999) que debe informar sobre la fecha en que la solicitud se recibió en el órgano *competente para su tramitación*.

La complejidad del sistema siembra dudas sobre la eficiencia de esta regulación. Sígase este ejemplo: una solicitud de concesión de una subvención por el Ministerio de Industria y Energía puede presentarse ante el Registro General de la Universidad Autónoma de Madrid (que es Administración institucional de la Comunidad de Madrid), si bien el plazo del silencio sólo empieza a contarse desde que por remisión de la Universidad Autónoma, el escrito tiene entrada en el registro del Ministerio de Industria. Si la Universidad Autónoma demora la remisión o si, equivocadamente, remite la solicitud a otro órgano (por ejemplo a la Consejería de Industria de Madrid, o al Ministerio de Economía), se tratará de un lapso no computable a efectos del silencio administrativo.

El cómputo del plazo puede quedar en suspenso en los supuestos fijados en el art. 42.5 LRJ-PAC. Todos los supuestos están referidos a incidencias extraordinarias que lógicamente dilatan la tramitación del procedimiento. Son:

a) El requerimiento para subsanación de deficiencias y aportación de otros elementos de juicio (informes u otros) complementarios. El plazo máximo de suspensión es aquí, por coherencia con lo dispuesto en el art. 71 LRJ-PAC, de 10 días desde la notificación del requerimiento.

b) Exigencia legal de un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas. Es ejemplar la autorización previa por la Unión Europea de ciertas ayudas públicas a la industria, de acuerdo con el Tratado CEE.

c) Exigencia legal de otros informes "*que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución*". La suspensión no se da siempre que se requiere el informe preceptivo de otro órgano administrativo, sino sólo cuando ese informe, además de preceptivo es determinante del contenido de la resolución. Son *determinantes* los informes favorables y aquellos cuya omisión, según tradicional jurisprudencia, acarrea la nulidad de pleno Derecho del posible acto finalizador del procedimiento (así, dictamen del Consejo de Estado). Los demás informes, aun los preceptivos, no son causa de suspensión del cóm-

puto del plazo para resolver, de acuerdo con la regla general del art. 83.3 LRJ-PAC.

d) Realización de “*pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes*”. Pese a la falta de precisión de la norma, hay que entender que no todo análisis o prueba técnica es causa inmediata de suspensión del cómputo del plazo. El supuesto contiene, más bien, una autorización al órgano administrativo para que suspenda formalmente el cómputo del plazo por el “*tiempo necesario*”. Esta facultad deberá ejercerse en atención a las circunstancias del caso y conforme con los principios de seguridad jurídica, derecho de acceso a la jurisdicción y libre ejercicio de los propios derechos; circunstancias y principios que condicionan no sólo la procedencia de la suspensión, sino también el plazo que se considera *necesario*.

e) Iniciación de “*negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el art. 88 LRJ-PAC*”. También aquí estamos ante una posible causa de suspensión formal acordada por el órgano administrativo. La suspensión acordada finaliza cuando la Administración o los interesados declaran fallida la negociación. La posibilidad de que esa declaración la hagan los interesados evita, precisamente, que el propio órgano administrativo disponga unilateralmente de la suspensión y con ello también del plazo máximo para resolver.

Una de las novedades más relevantes introducidas en el régimen del silencio administrativo por la citada Ley 4/1999 es la previsión legal expresa de que lo que determina la producción del silencio administrativo no es sólo que no se dicte resolución expresa en el plazo de que se trate, sino que el silencio se produce (aun cuando se dictara resolución dentro de dicho plazo) si antes de que expire ese término *no se notifica* la resolución al interesado (art. 43.1 LRJ-PAC). Cabe preguntarse qué sucede si la Administración resuelve expresamente en plazo e intenta notificar dicha resolución también dentro de plazo, pero la notificación se ve frustrada por causas ajenas a la Administración, de forma tal que, cuando se intenta de nuevo la notificación (conforme establece el art. 59.2 LRJ-PAC) el plazo ya hubiera transcurrido. La cuestión se regula en el art. 58.4 LRJ-PAC. Según este precepto: “sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior” (dicho párrafo dispone que las notificaciones defectuosas no surten efectos como regla general, salvo que contengan el texto íntegro del acto y el interesado se dé por enterado), “y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notifica-

ción debidamente acreditado”. A nuestro juicio, hay que interpretar este precepto en el sentido de que si dentro del plazo concedido para resolver y notificar se lleva a cabo un solo intento de notificación (en el que se contenga al menos el texto íntegro del acto), la Administración evita con ello que se produzca el silencio. Cuestión distinta será que, si la notificación es defectuosa, por contener sólo el texto íntegro del acto, pero no el resto de la información que se exige a las notificaciones (art. 58.2 LRJ-PAC), la resolución no surtirá efecto hasta que el interesado se dé por enterado (por ejemplo, mediante la interposición del recurso procedente). Pero con esa conducta de la Administración (un intento de notificación que contenga el texto íntegro del acto) se evita la producción del silencio.

4. Efectos del silencio

El art. 43.1 LRJ-PAC establece como régimen general del silencio (ante solicitudes), que el vencimiento del plazo máximo para notificar la resolución al solicitante “legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada”. La utilización de los términos “legítima” y “entenderla” parece remitir a la idea de actos presuntos en sentido estricto (de cierto hecho —el silencio— se permite colegir una consecuencia jurídica —el otorgamiento o la denegación—) y por lo mismo resulta una formulación inadecuada para un tipo de silencio (el negativo) donde no se presume ni se entiende nada: la ley impone el resultado negativo. Aclarado esto, veamos los supuestos en que el silencio tiene efectos estimatorios y cuándo el silencio es negativo.

A) Silencio positivo

De acuerdo con el art. 43.2 LRJ-PAC “*los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario*”. La regla general es, pues, el silencio positivo. Tal criterio ya se encontraba en la redacción original de la LRJ-PAC, y ahora se ratifica con rotundidad en la reforma por la Ley 4/1999. Complementariamente, el art. 43.3 LRJ-PAC establece que este silencio tiene a todos los efectos la consideración de “acto administrativo finalizador del procedimiento”. En consecuencia, habría que considerar aplicable a este “acto administrativo” todas las normas de la LRJ-PAC reguladoras de las resoluciones administrativas, en la

medida en que la naturaleza de esta especialísima forma de resolución lo permita: lógicamente, no son aplicables las reglas de motivación (art. 54 LRJ-PAC), forma (art. 55 LRJ-PAC), notificación (arts. 58 y 59 LRJ-PAC) o contenido de la resolución (art. 89.3 LRJ-PAC). Pero sí las referentes a la ejecutividad del acto (arts. 56 LRJ-PAC), a su validez (arts. 62 a 67 LRJ-PAC), revisión (arts. 102 a 104 y 106 LRJ-PAC), revocación y rectificación (art. 105 LRJ-PAC).

Comprobada la existencia de un acto presunto positivo, queda por determinar cuál es su *contenido*. Si lo solicitado por el particular era conforme a Derecho, el contenido del acto presunto coincide con el contenido de la solicitud. Pero no es infrecuente que lo solicitado exceda o contravenga lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Piénsese en quien pide una licencia de edificación para levantar cuatro plantas donde el Plan General de Ordenación Urbana sólo permite dos; ¿cuántas plantas han quedado autorizadas por silencio, cuatro, dos o ninguna? Las distintas opciones interpretativas dependen de la ponderación que se trabaje entre los principios de seguridad jurídica y de legalidad (ambos, en el art. 9.3 CE). La afirmación no matizada del *principio de seguridad jurídica* lleva a considerar otorgado todo lo pedido (y no contestado), pues sólo así el particular que padece el silencio puede conocer con certeza cuál es su situación jurídica. La afirmación del *principio de legalidad* lleva, al menos, a matizar el resultado anterior: Nadie puede ganar por silencio lo que no se podría obtener mediante resolución expresa. Entonces, el solicitante sólo podría obtener por silencio el contenido favorable permitido por el ordenamiento jurídico. Se trataría de una simple confirmación, para el silencio administrativo, de la regla general del art. 53.2 LRJ-PAC: “el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico”. El resultado de la ponderación entre seguridad jurídica y legalidad aún no ha destilado un criterio único:

a) En la jurisprudencia persisten las dos tendencias iniciadas bajo la vigencia de la LPA de 1958: la primera —mayoritaria— afirma que sólo se puede adquirir por silencio administrativo aquello que es conforme a la ley (por ejemplo, SSTS de 25 de noviembre de 1992, Az. 9331; 9 de noviembre de 1998, Az. 9596; 30 de diciembre de 1998, Az. 10127; 3 de febrero de 1999, Az. 669; entre las sentencias de única instancia: STSJ de Cantabria, de 23 de abril de 1998, Az. 1739). Esta doctrina se ha formado a partir del Derecho urbanístico donde expresamente la Ley del Suelo (art. 178.3 del Texto Refundido de 1976; y art. 242 del Texto Refundido de 1992, aún vigente) establece la prohibición de licencias presuntas *contra legem*. Por ello la generalización de esta doctrina fuera del ámbito urbanístico no es cuestión pacífica. La segunda ten-

dencia jurisprudencial —minoritaria— permitía los actos presuntos positivos contrarios a Derecho siempre que aquella contrariedad no fuera esencial, esto es, no fuera un supuesto de nulidad radical (por ejemplo, STS de 8 de noviembre de 1996, Az. 8432).

b) La LRJ-PAC parece inclinarse por la aceptación de los actos estimatorios presuntos, incluso cuando lo pedido es nulo de pleno Derecho. El dato positivo más relevante es el tenor literal del art. 62.1.f) LRJ-PAC que expresamente prevé como causa de nulidad de pleno Derecho de los actos presuntos el que el solicitante carezca de los requisitos esenciales para la adquisición del efecto favorable. Aceptando este punto de partida se ha propuesto que el acto presunto positivo nulo sólo puede tener lugar en relación con solicitudes adecuadas en términos jurídico-técnicos. Ello permitiría descartar el silencio positivo en relación con solicitudes incompletas, imprecisas o donde el solicitante carece absolutamente de legitimación, remitiendo tales solicitudes al ámbito del derecho de petición (art. 29 CE) donde, como se verá inmediatamente, rige el efecto desestimatorio del silencio —art. 43.2 LRJ-PAC— (STS de 9 de noviembre de 1997, Az. 9583; STSJ de Madrid de 12 de mayo de 1998, Az. 1956). Esta propuesta tiene como inconveniente que reabre, en otra sede (la solicitud) un problema de seguridad jurídica: ¿puede el solicitante considerar que su solicitud era correcta y, por tanto, que el silencio tiene sentido positivo?

La cuestión anterior, la aceptación o no del acto estimatorio *contra legem*, condiciona el régimen jurídico de su eliminación. Conforme al art. 43.4.a) LRJ-PAC, el acto presunto positivo no puede ser revocado por una resolución tardía expresa. De manera que a partir de la existencia del acto presunto estimatorio la obligación de resolver expresamente (art. 42.1 LRJ-PAC) sólo puede cumplirse dictando un acto expreso positivo. La eliminación del acto presunto estimatorio sólo puede producirse por razones de legalidad conforme a alguno de los procedimientos de revisión regulados en los arts. 102 y 103 LRJ-PAC. De esta manera, si se acepta la existencia de actos presuntos positivos *contra legem*, necesariamente se concluye que su eliminación sólo puede producirse por procedimientos formales de revisión.

La solución que se dé al problema del acto presunto *contra legem* depende de qué se entienda que es el silencio positivo. La formalización del efecto legal del silencio como verdadera resolución administrativa estimatoria lleva a su sumisión al régimen común de validez de todos los actos administrativos: lleva a aceptar los actos presuntos ilegales. A distinta conclusión se llega si se concibe el efecto del silencio como simple caducidad del poder

administrativo para ejercer un previo control al ejercicio de derechos de los particulares; derechos que previamente habrían otorgado las normas y respecto de los cuales la Administración cumple una función de fiscalización o control previo. Partiendo de esta explicación, la llegada del término del silencio supone que el particular ya no tiene que dilatar más el ejercicio de sus propios derechos a la espera de una previa intervención administrativa que no llega a producirse: el solicitante, ante el silencio, no obtiene nada que no tuviera, simplemente puede ejercer las facultades de las que es titular. Cuando lo pedido no estuviera previamente delimitado por las normas administrativas nos encontraríamos ante una de estas dos posibilidades: lo pedido no está ni tan siquiera previsto en el ordenamiento jurídico, entonces estamos en el ámbito del derecho de petición (para el cual el art. 43.2 LRJ-PAC dispone un efecto desestimatorio); o bien lo pedido está previsto en el ordenamiento, pero su concesión es discrecional o hay un margen de apreciación propia del órgano administrativo, y entonces el particular estaría pretendiendo el ejercicio de una facultad relativa al servicio público (esto es, ejercer el margen de discrecionalidad o de ponderación que conceden las normas) en cuyo caso el art. 43.2 LRJ-PAC establece el efecto desestimatorio.

Hay motivos para criticar la regla general que a favor del silencio administrativo positivo se establece en el art. 43.2 LRJ-PAC. Si la Ley decide valerse de la institución del silencio (lo que, según se ha dicho, a nuestro juicio es criticable) y la regula con las características que la definen en la LRJ-PAC, en nuestra opinión, *existen razones para pensar que es más correcta la regla general inversa: la del silencio negativo salvo disposición expresa en contrario*, por mucho que la regulación vigente cuente, como es evidente, con una aceptación más favorable por parte de la opinión pública (lo que para el legislador parece haber sido determinante en este punto).

Desde la perspectiva del principio de legalidad de la Administración (arts. 9.3 y 103.1 CE) avala la opinión anterior la consideración de que el silencio administrativo negativo es una pura ficción procesal (sin efectos materiales) para permitir el acceso a la vía de recurso, mientras que el silencio positivo se considera “a todos los efectos” como un verdadero “acto finalizador del procedimiento” (art. 43.3 LRJ-PAC) que, como ya se ha dicho, puede ser contrario a Derecho si lo que se solicitó no es conforme con él. La Administración no puede denegar algo debido al ciudadano según la norma aplicable, pero tampoco puede dar algo a lo que no se tiene derecho. Pues bien, mientras que con el silencio negativo, en puridad, sólo se “finge” la denegación para permitir que se formule la solicitud en otra instancia, a través del silencio positivo pueden consagrarse situaciones jurídicas materialmente ilegales, frente a las

que, además, difícil será creer que reaccionará (utilizando la revisión de oficio o el recurso de lesividad) la misma Administración que las provocó por omisión. Brevemente expuesto: la regla general del silencio negativo puede retrasar la obtención de aquello a lo que el ciudadano cree tener derecho (a lo que, en su caso, podrá ponerse remedio mediante la acción de responsabilidad patrimonial por daños derivados del retraso), pero no entraña peligro alguno desde el punto de vista de la legalidad material de las resoluciones administrativas; por el contrario, la regla general del silencio positivo posibilita peligrosamente el surgimiento de situaciones jurídicas materialmente ilegales que perjudiquen los intereses públicos.

Por otra parte, si bajamos al terreno de la práctica, la consagración de la regla general del silencio positivo lo que con toda probabilidad determinará será que el legislador se apresure a determinar caso por caso, pero en muy numerosos supuestos (con lo que eso supone de inseguridad), que el silencio hay que entenderlo desestimatorio (como hace ya la propia LRJ-PAC en no pocas ocasiones: arts. 102.5, 124.2, 125.2, 142.7), lo que lleva a un falseamiento en la práctica de la regla teórica. Es bien sabido que eso fue, precisamente, lo que sucedió después de que se dictara la LRJ-PAC en 1992, en virtud de sus normas de desarrollo. La diferencia que, en este punto, ha introducido la Ley 4/1999 es que ahora las excepciones a la regla general sólo pueden establecerse por norma con rango de ley o por norma del Derecho Comunitario Europeo (art. 43.2 LRJ-PAC).

Pero aún hay más. Da la impresión de que la LRJ-PAC parte de la equivocada idea de que todas las solicitudes que se formulan por los ciudadanos se hacen al amparo de un procedimiento formalizado como tal en unas normas que pueden prever, al regular la resolución del expediente de que se trate (procedimientos para el otorgamiento de subvenciones, de becas, de concesiones de dominio público, etc.) que el silencio tendrá efectos desestimatorios. En realidad, sin embargo, eso no es así. Ante la Administración se presentan solicitudes que, sin que deban considerarse como ejercicio del derecho de petición (art. 29 CE), no pueden reconducirse a ningún tipo de procedimiento expresamente regulado. Piénsese, por ejemplo, en la solicitud que, sin duda, puede formularse por un vecino ante el Municipio para que éste instale un servicio público obligatorio (por ejemplo, una biblioteca municipal) —arts. 18.1.g) en relación con el 26.1, ambos de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local—. Salvo error por nuestra parte, no existe ningún procedimiento, regulado como tal, que prevea cómo se tramitan esas solicitudes, ni qué efectos tiene la falta de resolución en plazo. Pues bien, ante la falta de previsión expresa de una excepción a la regla del silencio positivo en ese caso, habría

que llegar a la conclusión (absurda, a todas luces) de que la petición se entiende estimada por silencio positivo; lo que, por otra parte, puede ser perfectamente ineficaz, porque lo que el vecino quiere tener no es un acto administrativo, sino una biblioteca en su Municipio. Como éste, puede haber otros ejemplos, que ponen de manifiesto la oportunidad perdida de que la ley 4/1999 hubiera vuelto (como mal menor) a la más realista regla general del silencio administrativo negativo en términos parecidos (y con excepciones equivalentes) a los que preveía la Ley de procedimiento Administrativo de 1958.

Sólo resta aquí hacer referencia a un supuesto especial de silencio administrativo positivo previsto en el art. 43.2, segundo párrafo, LRJ-PAC: es el caso del que podría denominarse como “doble silencio”. Si se formula una solicitud que es desestimada por silencio y frente a esa desestimación se interpone un recurso de alzada que tampoco se resuelve y notifica en plazo, el solicitante (posterior recurrente) gana lo solicitado por silencio estimatorio. Parece que hay que interpretar que con este precepto el legislador pretende sancionar a la Administración “doblemente incumplidora” del deber de resolver en plazo con una estimación del recurso. Y eso, según parece, con independencia de la conformidad o disconformidad a Derecho de lo solicitado. Un ejemplo: un particular solicita una concesión de explotación de minas (para cuya resolución sea competente un órgano cuyos actos no agotan la vía administrativa) disconforme con la normativa aplicable; el expediente no se resuelve en plazo; se produce la desestimación por silencio (por tratarse de facultades relativas al dominio público: art. 43.2, primer párrafo, LRJ-PAC); el particular recurre en alzada; la Administración vuelve a no resolver; entonces, el particular gana por silencio administrativo la concesión. En primer lugar: aun en el caso de que la solicitud fuera conforme con las normas aplicables, ¿es realista pensar que puede ganarse por silencio una concesión de explotación de minas? Y, en segundo término: si la solicitud era contraria al ordenamiento jurídico, ¿pensaba el legislador que con esto se sanciona a la Administración pública incumplidora?; ¿no parece esto, más bien, una “sanción” a los intereses generales? Piénsese, por ejemplo también, en una obtención por esta vía de una licencia de armas por parte de quien no reuniera los requisitos para ser titular de armas de fuego [con respecto a las del tipo B, la competencia para su otorgamiento corresponde a la Dirección General de la Guardia Civil—cuyas resoluciones no agotan la vía administrativa— (art. 99.1 del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero) y el silencio frente a la solicitud debe entenderse negativo (Disposición final única, 1, del Reglamento citado), por lo que es un supuesto idóneo para que se convierta en positivo por “doble silencio”]. En la misma línea de lo que

acaba de decirse sobre la regla general del silencio administrativo positivo, hay que afirmar aquí que esta “estimación a ciegas” del recurso de alzada es mala reacción del ordenamiento ante el incumplimiento de la Administración. Hay que prever medios eficaces para que la Administración resuelva, no inventar soluciones populares para el caso de que no lo haga.

B) Silencio negativo

El silencio con efectos desestimatorios, como ya se ha dicho, debe ser establecido con carácter expreso por una norma con rango legal o por norma del Derecho Comunitario Europeo (art. 43.2 LRJ-PAC) y no se considera como un verdadero acto finalizador del procedimiento, sino que es una mera ficción procesal que tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (art. 43.3, segundo párrafo, LRJ-PAC). Sobre la Administración, sin embargo, sigue pesando el deber de resolver expresamente y, en congruencia con la configuración legal de este tipo de silencio, la resolución que dicte la Administración, ya fuera del plazo del que disponía para hacerlo, puede adoptarse sin vinculación alguna al sentido del silencio: esto es, puede ser estimatoria o desestimatoria [art. 43.4.b) LRJ-PAC].

Si la resolución expresa desestimatoria de la Administración se dicta cuando el particular ya había deducido recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta no debe el interesado recurrir nuevamente frente a la denegación expresa, sino que en el mismo proceso que se está tramitando ha de solicitar la denominada “ampliación” del recurso a este último acto administrativo (art. 36.4 LJCA). Por el contrario, si la resolución expresa es estimatoria de la solicitud inicial del interesado, en términos que sean aceptables para éste, el recurrente deberá desistir del recurso interpuesto y el juez dictará auto por el que se declara terminado el procedimiento (arts. 36.4 y 74 LJCA).

Junto a la remisión a normas que, caso por caso, pueden prever excepciones específicas a la regla general del silencio positivo, el propio art. 43.2 LRJ-PAC contiene una serie de supuestos generales en los que a la falta de resolución y notificación en plazo hay que otorgar efectos desestimatorios. Estos supuestos son:

a) Procedimientos de ejercicio del *derecho de petición* a que se refiere el art. 29 CE. La inclusión de este derecho bajo el régimen del silencio adminis-

trativo y, con ello, a las reglas del procedimiento administrativo vinculadas a esta institución (plazo para resolver procedimientos iniciados por solicitud, regulación de la resolución expresa, etc.) es, a nuestro juicio, notablemente incorrecta desde el punto de vista sistemático. El derecho de petición es un derecho fundamental cuyo ejercicio está sometido a reglas distintas de (o, al menos, no necesariamente iguales a) las de los procedimientos administrativos iniciados por solicitud de un interesado. Por lo pronto, por prestar atención sólo a los momentos de iniciación y terminación del procedimiento, ni la legitimación para ejercer el derecho de petición es la que se regula en el art. 31 LRJ-PAC (concepto de interesado), ni cabe aceptar que como consecuencia de su ejercicio la Administración deba dictar una resolución con el contenido regulado en el art. 89 LRJ-PAC (que, incluso, contiene una frase en su ap. 4 que parece que hay que interpretar en el sentido de que ese precepto no quiere regular el ejercicio del mencionado derecho fundamental). El derecho de petición es un derecho fundamental con un contenido constitucional y unas reglas propias que no se dejan situar fácilmente bajo la regulación general del procedimiento administrativo.

El derecho de petición se encuentra todavía regulado por Ley de 22 de diciembre de 1960, vigente en lo que no se oponga a la posterior regulación constitucional de este derecho y que debe ser objeto de una interpretación conforme a la CE. Al amparo de este derecho cualquier titular del mismo puede dirigirse a los poderes públicos en solicitud de actos o decisiones sobre materia de su competencia (art. 1 de la Ley de 1960); con independencia de las normas sobre legitimación propias de cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial con respecto al fondo de lo que se pide (a través de este derecho puede pedirse, por ejemplo, que se adopte determinada actitud ante un conflicto internacional, o que se mejore un servicio público estatal mediante la adopción de las propuestas que en su escrito incluye el peticionario); y sin que, como es evidente, el derecho a pedir incluya el derecho a obtener lo que se pide (ATC 749/1985; STC 161/1988). Nos interesan aquí las peticiones que al amparo de este derecho reciban los órganos del Ejecutivo, no las que se dirijan a los del Legislativo (reguladas en los arts. 77 CE, 49 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 192-195 del Reglamento del Senado). El derecho de petición tiene una doble vertiente: como derecho de libertad, el reconocimiento del derecho impide que de su ejercicio pueda derivarse algún perjuicio para el peticionario (art. 1 de la Ley de 1960); en su vertiente prestacional obliga al Estado a una actividad con respecto al peticionario, que debe incluir, a nuestro juicio, el acuse de recibo de la petición formulada (art. 6.2 Ley del 60), un examen material de la misma [imprescindible, por ejemplo, para remi-

tir al peticionario al procedimiento que corresponda, si lo pedido puede ser objeto de una tramitación en Derecho, por el correspondiente procedimiento administrativo o judicial (art. 7.1 Ley del 60); o para juzgar sobre si la petición es o no fundada (art. 11.1 Ley del 60)] y, por último, una comunicación al peticionario de la tramitación que se haya acordado (o, lo que es lo mismo, del curso que se haya decidido dar a la petición), con una sucinta fundamentación (art. 11.3 Ley del 60); y todo ello, en un plazo razonable, al que la Ley de 1960 no hace referencia, por lo que deberá aplicarse, en principio, el plazo subsidiario de tres meses establecido en el art. 42.3 LRJ-PAC.

Pues bien, de lo dicho ya se deduce que lo relevante cuando se ejerce este derecho es que el órgano al que se dirige la petición cumpla con su contenido prestacional en el plazo establecido. No tiene sentido aquí aplicar la institución del silencio negativo para entender desestimada la petición. La falta de respuesta en el plazo establecido es lo que constituye ya la vulneración del derecho fundamental. La desestimación presunta para abrir la vía del recurso ulterior procedente no puede tener aquí la misma finalidad que tiene la institución del silencio en la generalidad de los casos: el órgano judicial llamado a resolver el recurso no entrará al fondo de la petición, con carácter general, para estimar lo que el órgano del Ejecutivo había desestimado. El juez sólo podrá condenar a la Administración a satisfacer el contenido del derecho de petición, esto es, a responder al peticionario, pero no a estimar lo pedido. Parece correcta la afirmación de que en el supuesto del derecho de petición la protección jurisdiccional no se dirige al fondo de lo pedido, sino que esta protección jurisdiccional se refiere al derecho en sí mismo considerado, con el contenido al que se ha hecho referencia.

Buena muestra de la incorrección sistemática de someter al régimen del silencio el ejercicio del derecho de petición es lo absurdo que sería el intento de aplicar en estos casos el régimen del “doble silencio” (art. 43.2, segundo párrafo, LRJ-PAC), al que ya se ha hecho alusión: formulada una petición ante un órgano cuyas decisiones no agotan la vía administrativa y recurrida su desestimación por silencio, habría que entender concedido lo pedido si se produce silencio también en este recurso.

Por lo demás, esta regulación contenida en la LRJ-PAC plantea otro problema desde el punto de vista del sistema constitucional de fuentes. En efecto, someter el ejercicio del derecho de petición a las reglas del silencio administrativo supone, necesariamente, establecer un deber de resolver sobre las peticiones y un plazo para hacerlo. De esta manera, sin embargo, parece que se están desarrollando de forma directa aspectos esenciales del derecho de peti-

ción. Como ya se ha dicho la Ley de 1960 no establecía ningún plazo para que el órgano público comunicara al peticionario el acuerdo adoptado. Y, como se sabe, la regulación directa de elementos esenciales de un derecho fundamental (como el que garantiza el art. 29 CE) debe ser objeto, conforme al art. 81.1 CE, de Ley Orgánica (por ejemplo, SSTC 101/1991, F.J. 2; 142/1993, F.J. 2; 173/1998, F.J. 7). Quede aquí esta cuestión solamente apuntada.

b) Solicitudes cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros *facultades relativas al dominio público*. La regla del silencio negativo cuando se trata de solicitudes de autorizaciones o concesiones para el uso o aprovechamiento del dominio público no es una novedad en nuestro Derecho. En el ámbito del régimen local, por ejemplo, para las licencias referidas a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público, la misma regla se establece en el art. 9.1.7º.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955.

c) Solicitudes cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros *facultades relativas al servicio público*. La utilización de un concepto tan amplio y discutido como el del “servicio público” en este precepto dificulta notablemente la interpretación de esta regla. En nuestro Derecho administrativo hay pocas expresiones menos precisas: servicio público significa, por ejemplo, actividad administrativa en sentido amplio en el art. 106.2 CE (responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los “servicios públicos”); actividad prestacional (distinta de la actividad administrativa de policía o intervención en los ámbitos de libertad o autodeterminación del ciudadano) en el art. 85 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; y servicio público en sentido estricto —servicio público reservado, sobre el que existe una prohibición general de prestación por parte de los ciudadanos, salvo que obtengan una concesión administrativa— en el art. 86.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (y en el art. 128.2, segunda frase, CE). Desde luego podrían ponerse más ejemplos. Por eso no es fácil pronunciarse sobre la cuestión de cuáles sean las solicitudes que en virtud de esta regla deben considerarse desestimadas en virtud de silencio administrativo negativo. En la práctica, es posible que, en el futuro, se aproveche la falta de definición de este supuesto para considerar desestimadas solicitudes sobre las que no existe ninguna excepción expresa a la regla general del silencio positivo, pero sobre las que se juzgue que es irrazonable la estimación por silencio. De esta forma, la ambigua referencia al “servicio público” en el art. 43.2 LRJ-PAC serviría para corregir, en muchos casos, la (en nuestra opinión, como ya se ha expuesto) criticable regla general a favor del silencio positivo. Todo ello, desde luego, en perjuicio del principio de seguridad jurídica, porque no beneficia nada a ese principio el

hecho de que en muchos casos sea discutible y poco claro si el solicitante debe interpretar el silencio como estimatorio o desestimatorio.

d) Procedimientos de *impugnación de actos y disposiciones*. Tradicionalmente, ya bajo la vigencia de la LPA de 1958, se había hecho referencia a esta regla con la afirmación de que “en *vía de solicitud* el silencio puede ser positivo o negativo; en *vía de recurso* el silencio siempre es negativo”. La regla sigue en vigor, con la excepción, desde 1992, del ya comentado supuesto del “doble silencio” (solicitud - silencio - alzada - silencio). Esta regla general se concreta en la misma LRJ-PAC, para los recursos administrativos de alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión en sus arts. 115.2, 116.2 y 119.3, respectivamente.

C) *Acreditación del silencio*

Que un incumplimiento por parte de la Administración de su deber de resolver y notificar en plazo se considere como un acto estimatorio o como una desestimación de lo solicitado plantea al interesado el problema de cómo acreditar la producción de esos efectos. La LRJ-PAC (tras la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999) regula esta cuestión en su art. 43.5. De su contenido nos interesa destacar, en primer lugar, que este precepto parece referirse tan sólo a los supuestos de silencio administrativo positivo. En efecto, su regulación se ciñe a “los actos administrativos producidos por silencio administrativo” y, según sabemos, un verdadero acto administrativo se produce únicamente en los casos de estimación (art. 43.3, primer párrafo, LRJ-PAC). Son éstos los actos que se podrán hacer valer “tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada”. La pura ficción procesal en que consiste el silencio negativo, en realidad, sólo hay que hacerla valer ante el órgano administrativo o judicial competente para conocer del recurso que se interponga contra la desestimación por silencio.

La determinación del precepto que se comenta según la cual los actos producidos por silencio surten “efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido” es reiterativa, pues ya se ha establecido en el art. 43.1 LRJ-PAC que, en el caso del silencio positivo, las solicitudes pueden entenderse estimadas por “el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa”; y en el art. 43.3 que esa estimación debe considerarse, a todos los efectos, como un acto administrativo finalizador del procedimiento. Esta reiteración se explica como reacción ante la regulación del silencio que se con-

tenía en la redacción originaria de la Ley 30/1992. En ésta, se establecía que transcurrido el plazo para resolver, la eficacia del acto presunto requería de la emisión de una certificación por parte de la Administración. Para borrar cualquier posible interpretación continuista en este punto, la LRJ-PAC, tras la modificación de 1999, reitera que la eficacia deriva *ex lege* del mero vencimiento del plazo para resolver y notificar.

Los actos producidos por silencio pueden acreditarse “por cualquier medio de prueba admitido en Derecho”. Desde luego, a estos efectos, desempeña un papel fundamental la comunicación que la Administración debe dirigir al interesado con la indicación de la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente y el plazo máximo para resolver y notificar (art. 42.4, segundo párrafo, LRJ-PAC). Sin embargo, debe reconocerse que la exhibición de esa comunicación cuando haya transcurrido el plazo de que se trate puede no ser concluyente desde la perspectiva de la prueba plena, pues habría que probar, también, que el plazo mencionado en la comunicación no ha sido suspendido o ampliado en los supuestos en que esto se permite por los apartados. 5 y 6 del art. 42 LRJ-PAC.

Para superar esas posibles dificultades probatorias el precepto comentado prevé la emisión por la Administración de un “certificado acreditativo” del silencio producido, que debe expedirse por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que el mismo se solicite. Es legítimo dudar de la diligencia que observará en el cumplimiento de este deber de emitir el certificado en el plazo de quince días la misma Administración que, en un plazo mucho más amplio, no ha resuelto expresamente sobre una solicitud. Con independencia de ello, la nueva redacción de la LRJ-PAC deja claro que ese certificado no tiene nada que ver con la certificación de la primera versión de la Ley 30/1992: tiene sólo efectos probatorios y no se vincula a él ningún efecto material (como sí sucedía en la regulación derogada, en la que, por ejemplo, según la interpretación que terminó imponiéndose en el Derecho positivo, hasta que se emitía la certificación la Administración podía resolver expresamente con independencia del sentido que hubiera tenido el silencio; y los plazos para la interposición de recurso se contaban desde la emisión de la certificación).

III. INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO

En la regulación originaria del silencio llevada a cabo por la Ley 30/1992, como en la de la LPA de 1958, era presupuesto para que pudiera aplicarse esta

institución la circunstancia de que el procedimiento de que se tratara se hubiera iniciado a instancia de parte (y no de oficio) —*vid.* arts. 94 LPA y 42.2 y 3 Ley 30/1992, que se referían a “procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados”—. Los procedimientos iniciados de oficio quedaban excluidos de la aplicación del silencio administrativo.

Una interpretación literal y rígida de este presupuesto había dado lugar, en alguna ocasión, a supuestos de denegación de justicia. Quizá el caso más conocido fue el que resolvió la STC 136/1995, de 25 de septiembre, que otorgó el amparo al recurrente, por entender que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. En síntesis, los hechos fueron los siguientes. En 1983 se expropia un inmueble por la vía de urgencia a un particular. El expediente de expropiación se remite por parte de la Administración expropiante al Jurado Provincial de Expropiación, para que éste fijara el justiprecio, más de tres años después, en 1986. El Jurado provincial de Expropiación no resolvió sobre la valoración del inmueble en el plazo legalmente previsto, de forma que el expropiado formuló denuncia de mora ante dicho órgano. Meses más tarde, ante la falta de resolución por parte de la Administración, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo. En primera instancia obtuvo el expropiado una sentencia favorable, pero ésta fue recurrida en apelación ante el Tribunal Supremo por parte del Abogado del Estado. Y el Tribunal Supremo revocó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia e inadmitió el recurso formulado por el expropiado, entre otros, con el argumento de que para poder recurrir era necesario que existiera un acto previo (como consecuencia del denominado “carácter revisor” de la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha desaparecido en la Ley de 1998, como se verá); y, en este caso, ni siquiera existía un acto presunto denegatorio por silencio, porque, para que se produzca un acto de este tipo era necesario estar ante procedimientos iniciados por solicitud de los interesados, mientras que el procedimiento expropiatorio es un procedimiento que se inicia de oficio. Con este argumento el Tribunal Supremo renuncia a condenar a la Administración a que cumpla con su deber de resolver el expediente de justiprecio de una expropiación que había tenido lugar diez años antes de que recayera esta sentencia (STS de 22 de febrero de 1993, Az. 843). El Tribunal Constitucional consideró, como ya se ha dicho, que se había denegado injustificadamente el acceso al control jurisdiccional de la actividad de la Administración.

Parece claro que existen casos de procedimientos iniciados de oficio, como el del ejemplo anterior, en cuya resolución temporánea el ciudadano puede estar interesado. Pues bien, para articular el control jurisdiccional en supuestos como ése (u otros imaginables, como los de otorgamiento de sub-

venciones o concursos de traslados de funcionarios iniciados de oficio; *vid.* Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, III) la nueva redacción del art. 44.1 LRJ-PAC asimila el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar en plazo en procedimientos iniciados de oficio a ese mismo incumplimiento en procedimientos iniciados por solicitud. El precepto citado dispone que la falta de resolución y notificación en el plazo establecido “en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas” permitirá a los interesados “entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”, para interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

La falta de resolución en plazo en procedimientos iniciados de oficio no se somete, sin embargo, a las reglas del silencio cuando “la Administración ejercite potestades sancionatorias o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen”; sino que, en estos casos, la consecuencia de la inactividad es la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones (art. 44.2 LRJ-PAC).

IV. INACTIVIDAD REGLAMENTARIA

Con frecuencia denuncian los ciudadanos la inexistencia de un reglamento o disposición administrativa que debían haber sido dictados. Así ocurre, por ejemplo, cuando una ley reorganiza un cuerpo o una escala funcional y remite a un posterior reglamento la regulación de aspectos complementarios (integración de concretos funcionarios procedentes de escalas que se extinguen, cómputo de antigüedad, retribuciones), pero este reglamento no llega a dictarse. Se plantea, en tales casos, si la actividad normativa del Gobierno (reglamentos) y de la Administración (disposiciones administrativas) es *debida* y si su ejercicio es *exigible ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Con carácter general, los poderes normativos del Gobierno (*ex.* art. 97 CE) y la Administración (*ex.* arts. 103.1 CE y 21 LRJ-PAC) contienen un alto grado de *discrecionalidad*, en la medida en que suelen faltar parámetros normativos concretos que determinen el cuándo y el cómo de la producción normativa reglamentaria o administrativa. Es obvio que la simple atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno (art. 97 CE) o de potestad normativa a la Administración (art. 103.1 CE y 21 LRJ-PAC) no impone ningún deber concreto de regulación, por lo que tampoco se puede hablar con propiedad de omisión normativa. Pero, en ocasiones, *las leyes establecen*

obligaciones normativas concretas y, con ello, pueden provocar la existencia de omisiones de regulación. Así ocurre cuando la ley se remite a un reglamento para cuya aprobación se fija incluso una fecha máxima. O cuando la ejecución de los mandatos de una o ley se hace depender expresamente de la previa aprobación de un reglamento.

Constatada la existencia de posibles obligaciones de regulación, queda por determinar la funcionalidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la exigencia de esas obligaciones. Sabemos que, por disposición constitucional (art. 106.1 CE), la *actuación normativa* de la Administración y la *potestad reglamentaria* del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas son controlables por los Tribunales. Del ejercicio de esa potestad reglamentaria podrá decirse que, con carácter general, constituye una manifestación de los denominados “actos de Gobierno” [*vid.*, art. 2 a) LJCA]. Pero con esa nueva regulación legal del control que los órganos judiciales pueden realizar de los actos de esa clase, ningún obstáculo lógico hay en someter también a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las omisiones normativas. La declaración realizada, por ejemplo, por la STS de 26 de febrero de 1993 (Az. 1431), relativa a la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo frente a una omisión reglamentaria del Gobierno, argumentando que se trataba de una cuestión de dirección política al margen del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, no parece que pudiera repetirse hoy sin que el Tribunal Supremo analizara si, en virtud de alguna norma, era obligatorio para el Gobierno dictar ese reglamento (“elementos reglados” de los actos de Gobierno, en la terminología del precepto citado).

Dos son las formas de residenciar una omisión de este tipo ante un Tribunal Contencioso-Administrativo: *impugnando una norma por insuficiente* (al no regular lo que le era debido) o impugnando la denegación presunta ante una petición de regulación (en tal caso será necesaria una previa solicitud de regulación que, por transcurso del plazo de tres meses, se entenderá *desestimada por silencio negativo*, lo que permitirá ya interponer recurso contencioso-administrativo, por la vía del art. 25.1 LJCA, contra la negativa a regular). Estéril es, para los casos de omisión normativa, el art. 29.1 LJCA, que instaura acciones directas de condena contra la inactividad administrativa, pues estas acciones están previstas para supuestos de prestaciones concretas de la Administración respecto de personas determinadas (lo que, en principio, no es el caso de las normas reglamentarias o administrativas destinadas a la generalidad). Afirmada ya la posibilidad formal de control judicial queda por precisar la intensidad de la fiscalización. La función judicial está limitada a afirmar la ley y el Derecho frente a la omisión administrativa. En consecuencia, sólo allí

donde haya parámetros legales concretos (plazos, normas pendientes de ejecución) podrán los Jueces y Tribunales enjuiciar las omisiones de regulación. Esta actividad jurisdiccional será, además, congruente con las pretensiones de los recurrentes y podrá consistir tanto en *sentencias declarativas* de la omisión ilícita, como en *sentencias condenatorias a un hacer* (regular), en el sentido exigido por la ley. De acuerdo con el art. 71.1.c) LJCA los Tribunales podrán imponer incluso un plazo para el ejercicio del poder normativo. Lo que está vedado a los Tribunales contenciosos es la redacción directa de los preceptos que se consideran omitidos (*vid.*, por ejemplo, STS de 8 de noviembre de 1990, Az. 8689); así se deduce sin dificultad del art. 71.2 LJCA (*vid.*, por ejemplo, STS de 14 de diciembre de 1998, Az. 154/1999): en la medida en que la concreta formulación normativa es ejercicio de poder discrecional no cabe la sustitución judicial de la labor del Gobierno o la Administración.

A nuestro juicio, las sentencias estimatorias pueden contener, además de los fallos anteriores, la satisfacción de otras pretensiones procesales individuales: *resarcitorias*, conforme al art. 71.1.d) LJCA (cuando de la omisión normativa derive un daño efectivo, individualizado y evaluable) y de *restablecimiento de la situación jurídica vulnerada*, de acuerdo con el art. 71.1.b) LJCA. En este último caso el Tribunal se limitaría a restablecer la situación jurídica que, definida por la ley, no ha podido materializarse por la omisión de una norma administrativa complementaria o de desarrollo. Quede claro, en todo caso, que en ese restablecimiento el Tribunal no puede aportar un criterio propio sobre cómo debía ser el desarrollo reglamentario: se debe limitar a afirmar lo que, como mínimo, cualquier opción normativa del Gobierno o de la Administración debía establecer.

Consideración y crítica especiales merece en este contexto de la inactividad reglamentaria algún supuesto en que el ordenamiento jurídico aplica la institución del silencio administrativo (en concreto, del silencio administrativo positivo) a la falta de actuación por parte de una Administración, competente para la aprobación de una norma. Nos estamos refiriendo a la *aprobación por silencio administrativo positivo de planes urbanísticos* (sobre cuya naturaleza normativa ya no puede dudarse). Pensemos en el caso del procedimiento de aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana, instrumento de planeamiento general cuyas determinaciones se proyectan sobre todo el término municipal y en el que se adoptan las decisiones urbanísticas más importantes en ese ámbito espacial. Dichos planes se tramitan por un procedimiento que suele denominarse “bifásico”, para expresar la existencia de una fase de la tramitación que corresponde al Municipio (aprobación inicial, información pública, aprobación provisional), a la que sigue una aprobación definitiva que

competente a la Comunidad Autónoma. Pues bien, para estos planes prevé la legislación estatal supletoria todavía vigente en algunas Comunidades Autónomas (arts. 41.2 de la Ley del Suelo de 1976 y 133.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico) y la legislación autonómica en materia de urbanismo (por ejemplo, art. 115 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo) que el transcurso de un determinado plazo (seis o cuatro meses) desde que el expediente (tramitado en sus primeras fases por el Municipio) se ha recibido en el órgano autonómico competente para su aprobación determina la aprobación del plan por silencio administrativo positivo.

A nuestro juicio, esta regulación, por loable que sea su finalidad (impedir que la inactividad del órgano autonómico determine la falta de aprobación del plan tramitado por el Municipio), merece una valoración crítica. La censura que cabe dirigir a la institución del silencio en los casos, que constituyen la norma general, en los que lo que se concede o deniega por silencio es una solicitud que debe resolverse por acto administrativo, con mayor motivo habrá que formularla con respecto a la posibilidad de que una norma de la trascendencia de un Plan General de Ordenación Urbana se apruebe por simple omisión del órgano competente para determinar su contenido en último término.

En efecto, en la fase de aprobación definitiva de un plan de esta clase la Comunidad Autónoma tiene decisiones sustantivas que adoptar en materias de su competencia. No se trata sólo de ejercer un control de legalidad sobre decisiones sustantivas que corresponden al Municipio (cuestiones urbanísticas que no afectan a intereses supralocales), sino que al órgano autonómico le corresponde ejercer materialmente competencias propias, decidir sobre la definición sustantiva de aspectos de la planificación que no pueden corresponder a la Administración local (en materia de ordenación del territorio, medio ambiente, patrimonio histórico; *vid.*, por ejemplo, art. 48 de la Ley madrileña 9/1995 citada). Es éste, a nuestro juicio, uno de los casos en los que la naturaleza de la actividad (la ordenación urbanística, concepto en el que están implicadas competencias diversas que corresponden a organizaciones jurídico-públicas también diversas) hace muy difícil la asignación diferenciada de facultades decisorias a Administraciones distintas y, por eso, se atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de decisión final en un procedimiento en el que se integran las actuaciones (con sus decisiones propias) municipales (art. 62 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local).

No puede admitirse que la Comunidad Autónoma resuelva o no resuelva, para entender, en este último caso, que el plan se aprueba por silencio. El orde-

namiento jurídico no debería permitir la entrada en vigor de una norma de tal importancia en la que una de las Administraciones competentes no ha adoptado (mediante la adecuada ponderación de los intereses públicos y privados en las materias de su competencia) la decisión sustantiva que le corresponde. La gravedad del caso exige que la reacción ante el incumplimiento de los plazos para resolver por parte de la Comunidad Autónoma no sea la de considerar que se produce un silencio positivo, sino la directa condena por parte de un órgano judicial a cumplir con la obligación de resolver expresamente, en términos semejantes a los expuestos arriba, por mucho que esto suponga el retraso derivado de la tramitación de un recurso. No obstante, con la regulación vigente, estas consideraciones hay que tenerlas por meras críticas al Derecho positivo.

V. SUPUESTOS DE INACTIVIDAD MATERIAL

Los supuestos posibles de inactividad de la Administración (omisión por ésta de una actuación jurídicamente debida) no se limitan a aquellos en los que lo que la Administración omite es una actuación jurídica formalizada, que son los examinados hasta ahora: omisión de la aprobación de una norma, falta de resolución (acto administrativo) en un procedimiento que se ha iniciado por solicitud del interesado o de oficio. Es posible que lo que la Administración deba hacer y omita sea una actuación que, por contraposición a los supuestos anteriores (inactividad formal), pueda calificarse de "material".

Un buen ejemplo de lo que se quiere situar bajo esa denominación de inactividad material (y de los problemas jurídicos que traían consigo estos supuestos en lo referente a su control judicial en la LJCA recientemente derogada) lo ofrecen los antecedentes de la STC 294/1994, de 7 de noviembre, citada con frecuencia en esta materia. La Administración había reconocido por acto expreso el derecho de ciertas personas a percibir determinadas cantidades que habían sido reclamadas. A pesar de ese reconocimiento expreso por acto administrativo, la Administración demoraba sistemáticamente el efectivo pago a los interesados de dichas cantidades (y la tramitación de las habilitaciones presupuestarias necesarias para ello). Los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo para obtener una condena al pago de algo a lo que claramente tenían derecho (lo había reconocido la propia Administración), pero el Tribunal Supremo, todavía atrapado por una interpretación rigurosa del denominado principio del carácter revisor o del acto previo (según el cual, en síntesis, los Tribunales contencioso-administrativos debían limitar su

actuación al control de la legalidad de actos administrativos previos), inadmitió los recursos por inexistencia de acto administrativo impugnabile: según el Tribunal Supremo, no podría recurrirse contra algo que la Administración ya había concedido expresamente a favor de quienes lo solicitaron, aunque todavía no se hubiera dado ejecución a dicho reconocimiento. La STC citada consideró que dicha inadmisión vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva. Estaba claro que, en este supuesto, lo que los particulares pretendían no era obtener un acto administrativo favorable (eso ya lo habían obtenido), sino que se procediera al efectivo pago de lo ya declarado, que se cumpliera materialmente con la prestación. Ciertamente, el Tribunal Supremo había sido excesivamente formalista en su interpretación de la necesidad de que el recurso contencioso-administrativo tuviera por objeto la impugnación de un acto previo, pero, en realidad, ése era el sistema que establecía literalmente la LJCA de 1956.

Como ya se ha dicho, el sistema de acciones diversas creado por la LJCA de 1998 ha supuesto la ruptura con el contenido tradicional del principio del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora es posible reclamar de la Administración el cumplimiento de prestaciones materiales a las que se tenga derecho y que no consisten en que la Administración dicte un acto administrativo. Según se ha visto, en nuestro Derecho, el control jurisdiccional del incumplimiento por la Administración del deber de dictar un acto administrativo se articula a través de la institución del silencio. En el sistema de acciones de la LJCA de 1998 esto supone que ese tipo de inactividad administrativa se encauza a través de la impugnación de actos presuntos, prevista en el art. 25. Por eso, la acción frente a la inactividad que prevé el art. 29.1 LJCA debe interpretarse como remedio procesal para reaccionar frente a la inactividad administrativa que consiste en la omisión de prestaciones materiales.

El art. 29.1 LJCA establece que para reclamar el cumplimiento de una prestación por esta vía, dicha prestación debe ser “concreta” y estar establecida “a favor de una o varias personas determinadas”. Debe tratarse, pues, de una obligación de dar o hacer por parte de la Administración, que ya esté definida en todos sus aspectos esenciales. Por lo que se refiere a la fuente de la obligación (el tipo de acto jurídico-público en virtud del cual surge esa obligación que convierte a la Administración en deudora de una conducta a favor de un ciudadano) el precepto citado dispone que la Administración puede estar obligada “en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo”. Los supuestos en los que la obligación nace de un acto o de un contrato no parecen

plantear problemas interpretativos relevantes: en virtud de acto administrativo la Administración se obligó a pagar determinada cantidad y no lo hace (es el ejemplo que se ofreció anteriormente); o por contrato la Administración se obligó a prestar determinada asistencia técnica y no cumple con su prestación.

Atención separada merece el supuesto en el que es una norma (legal o reglamentaria) la que establece directamente la obligación para la Administración a favor de uno o varios interesados. Dispone, como se ha dicho, el precepto mencionado, que debe tratarse de una norma “que no precise de actos de aplicación”. Hay normas cuya ejecución se realiza necesariamente a través de actos administrativos (por ejemplo, las que prevén el otorgamiento de licencias, concesiones, becas, subvenciones, etc.). En esos casos, el legislador parte de la idea de que la inactividad de la Administración sólo puede consistir en la omisión del deber de dictar el acto debido, lo que se reconduce a la institución del silencio y se impugna a través del art. 25 LJCA (“actos presuntos”). El art. 29.1, sin embargo, tiene como presupuesto la existencia de normas que no requieren de actos (en el sentido de “acto administrativo”) de aplicación y que establecen la obligación de que la Administración cumpla con prestaciones concretas (para cuya configuración la Administración no disponga de ningún margen de apreciación relevante). Por ejemplo, la Administración municipal podría incumplir la norma que le obliga a permitir la consulta de los planes urbanísticos por los ciudadanos (art. 133 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992). Se trata de una norma que no requiere de actos de aplicación y establece una prestación concreta que, en caso de ser incumplida, puede ser reclamada por la vía del art. 29.1 LJCA.

No obstante, existen algunos supuestos en los que es más difícil pronunciarse sobre cuál sea la vía adecuada de encauzar la reacción frente a la inactividad administrativa. Piénsese en el caso de una solicitud dirigida a la Administración en petición de una certificación de notas académicas, o de una información que aquélla deba proporcionar. ¿Se aplica a estos supuestos la institución del silencio, una vez que ha transcurrido el plazo para emitir la certificación o evacuar la consulta correspondiente, sin que la Administración lo haya hecho, y se impugna una denegación “presunta” (art. 25 LJCA)? ¿O, más bien, se considera que la obligación de certificar o informar es una prestación concreta dispuesta directamente por una norma, que cabe reclamar por la vía del art. 29.1? A nuestro juicio esta última debe ser la solución correcta, aunque la certificación o la respuesta a la consulta no sean, verdaderamente, puras prestaciones materiales. Ciertamente, hay que aceptar que la distinción entre “lo material” y “lo formal” muchas veces no es clara. Lo que sí parece claro aquí es que ni la omisión del certificado ni la de la respuesta a la consulta pue-

den considerarse como omisiones de dictar una resolución (en el sentido estricto del art. 89 LRJ-PAC); y que, por eso, no es correcto llevar estos supuestos por la ficción que supone el silencio. En realidad, si se quiere hablar con propiedad, no tendría siquiera sentido decir que la certificación o la consulta han sido “desestimadas” por silencio, porque lo que el ciudadano ha pedido a la Administración no es que adopte una decisión. Mucho menos sentido tendría, desde luego, decir que por silencio hubieran sido estimadas. Lo que aquí sucede es que la Administración incumple con una prestación concreta establecida por norma y que la forma más natural de reaccionar frente a este incumplimiento es la de ejercer la acción prevista en el art. 29.1 LJCA. Con estos ejemplos quiere también relativizarse la afirmación hecha más arriba (correcta sólo en términos generales, pero susceptible de muchos matices) de que la vía del art. 29.1 LJCA sólo sirva para reclamar frente a la denominada “inactividad material”.

Otro supuesto de inactividad especialmente previsto en la LJCA es el de la *falta de ejecución por parte de la Administración de actos administrativos firmes*. Conforme al art. 29.2 LJCA “cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado (...)”. El precepto adolece de cierto carácter asistemático, porque se solapa, en parte, con la regulación del art. 29.1 (que, como es evidente, también se refiere a prestaciones concretas declaradas en acto ya firme y que no se ejecuta). La explicación parece encontrarse en que el precepto no existía ni en el Proyecto de LJCA de 1995 (cuya tramitación parlamentaria quedó interrumpida por la disolución de las Cortes), ni en el de 1997 (del que parte la Ley de 1998), sino que se incluyó en la tramitación parlamentaria de este último, quizás sin la suficiente reflexión en cuanto a su redacción.

En realidad, los supuestos regulados en los arts. 29.1 y 29.2 forman dos círculos que se cortan. En la intersección se encuentran, como se ha dicho, los supuestos de falta de ejecución de prestaciones concretas a cargo de la Administración declaradas por acto administrativo firme. Pero el art. 29.2 regula, también, supuestos que no están en el 29.1: los de prestaciones declaradas por acto administrativo firme, de las que no es deudora propiamente la Administración, sino un tercero, y que la Administración puede ejecutar subsidiariamente —ejecución subsidiaria como medio de ejecución forzosa; art. 98 LRJ-PAC— (por ejemplo, demolición de un edificio declarado en ruina), o por la vía de apremio (por ejemplo, para la ejecución forzosa de la obligación de pago del justiprecio al expropiado por parte de un beneficiario privado de la

expropiación). En estos supuestos todavía es más claro que en los del art. 29.1 LJCA que el tipo de inactividad contra la que se permite reaccionar por las dos vías del art. 29 LJCA no es sólo la inactividad material. Aquí nos podemos encontrar ante la condena a la Administración a realizar la actividad jurídico-formal de ejecutar forzosamente un acto administrativo firme (conforme a las reglas de los arts. 93-101 LRJ-PAC y sus normas de desarrollo).

La LJCA contiene algunos preceptos que, expresa o implícitamente, se refieren en concreto a reglas procesales especiales para este tipo de recursos frente a la inactividad de la Administración: arts. 32 (pretensiones), 71.1.c) (posible contenido de la sentencia), 108 (ejecución forzosa), 136 (medidas cautelares).

VI. RECAPITULACIÓN, CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

La LJCA de 1998 y la reforma de la LRJ-PAC de 1999 contienen una regulación bastante completa de las formas de reacción ante la inactividad administrativa. Como se ha visto, la nueva legislación ha dado pasos importantes en esta materia: la regulación del art. 2.a) LJCA, relativo al control jurisdiccional de los actos de Gobierno, permite, a nuestro juicio, someter a ese control supuestos de inactividad reglamentaria en los que existan parámetros normativos suficientes como para declarar que existe una omisión de regulación contraria a Derecho e imponer una condena en los términos a los que más arriba se ha hecho referencia; la inactividad material de la Administración cuenta ya con una vía específica de acceso al control por parte de los jueces y tribunales contencioso-administrativos (art. 29 LJCA); la reacción del ciudadano frente a los supuestos de inactividad en procedimientos iniciados de oficio ya no puede encontrarse con el obstáculo de que el silencio sólo esté previsto para procedimientos iniciados por solicitud de los interesados (art. 44.1 LRJ-PAC).

Sin embargo, hay que terminar aquí con una enmienda crítica a gran parte del sistema, en la medida en que sigue apoyando el control de la inactividad de la Administración en la institución del silencio administrativo, a través de la que se encauzan la mayor parte de los supuestos de dicha inactividad: los del incumplimiento de la obligación de resolver en plazo. Más de cuarenta años después de que la institución se regulara en la LPA de 1958 nuestro Derecho administrativo prácticamente no ha avanzado en este punto y apenas se ha separado del planteamiento inicial de aquella Ley, al que, además, se han añadido problemas adicionales (regla general del silencio positivo, supuestos de

estimación por “doble silencio”, sometimiento del derecho de petición a las reglas del silencio, etc.). Lo que hay que conseguir mediante una regulación adecuada es que la Administración resuelva cuando tiene la obligación de hacerlo y no que la institución del silencio sea cada vez más favorable (aun a costa de la legalidad) para los ciudadanos. En definitiva (y aunque pueda parecer osada esta afirmación unos meses después de reformas legislativas de gran calado como son las dos comentadas de 1998 y 1999) de lo que se trata es de hacer desaparecer el silencio como institución en nuestro Derecho, no de dotarlo de nuevas regulaciones. Parece que el legislador ha equivocado la meta.

Como ya se ha dicho, el silencio administrativo, en la práctica, “normaliza” una ilegalidad administrativa e introduce en los hábitos de nuestra Administración la errónea actitud de considerar que ante las solicitudes puede resolver o no hacerlo (porque, en este último caso, ahí está el silencio como remedio; y el órgano competente se ahorra la motivación, la notificación, la información procesal al interesado, etc.). La ineficacia práctica de la previsión de responsabilidad disciplinaria por incumplimiento del deber de resolver (art. 42.7 LRJ-PAC) es tan evidente que no necesita comentario.

Desde el punto de vista teórico, como se sabe, la institución del silencio estaba vinculada al denominado principio del acto previo (o carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa): como no había posible control jurisdiccional sin acto administrativo previo, la LPA fingía que una inactividad era un acto para permitir el acceso al juez. Entonces podía explicarse la institución del silencio como una “garantía del administrado”. Pero hoy, cuando el acto administrativo ya no es presupuesto del acceso al control judicial de la Administración (ahí están las acciones directas del art. 29 LJCA frente a la inactividad para probarlo), mantener la regulación del silencio ya no supone, sobre todo, una garantía para el ciudadano, sino abrir un camino para que la Administración pueda incumplir, con pocas consecuencias, un deber impuesto por las leyes: el de resolver en plazo.

De hecho, a la regulación del control de la inactividad que se hace en la LJCA, positiva en lo que supone de avance frente a la regulación anterior, puede, sin embargo, dirigírsele la crítica de que es asistemática. Cuando la Administración incumple, por omisión, sus obligaciones, debe poder obtenerse una condena a hacer por parte de los tribunales. No está nada claro por qué se tiene que distinguir entre el incumplimiento del deber de resolver y el incumplimiento de otras obligaciones. Prever una acción frente a la inactividad de la Administración (art. 29 LJCA), o sea, permitir el acceso a la jurisdic-

ción en caso de que la Administración omita una conducta debida (sin necesidad de vincular el control judicial a la existencia de un acto administrativo previo), y mantener el silencio administrativo es quedarse a mitad de camino, pues es patente que una de las formas más claras de incumplimiento de una conducta debida es la de la omisión de dictar la resolución administrativa de que se trate en el plazo previsto por el ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio, el incumplimiento del deber de resolver por parte de la Administración no es una cuestión que deba regularse en la Ley de Procedimiento Administrativo con la creación de una institución como la del silencio. Es una cuestión que tiene su sede de regulación natural en la LJCA. La propuesta que, para una futura reforma legislativa, aquí se formula es la de la previsión de un procedimiento especial en la LJCA en el que, para garantizar su rápida sustanciación, sólo pudiera pedirse del juez la condena a la Administración a cumplir con su obligación de resolver. La cognición del órgano judicial quedaría limitada a esta cuestión y también los posibles pronunciamientos de su sentencia. El planteamiento de la cuestión ante el órgano judicial debería exigir que, una vez que hubiera transcurrido el plazo para que la Administración resolviera, el interesado formulara un requerimiento intimando el cumplimiento de esa obligación y si en el plazo, por ejemplo, de un mes (como el previsto en el art. 29.2 LJCA) la Administración no lo hace, podría recurrirse frente a la inactividad en petición de una condena judicial.

Con respecto a la institución del silencio, desaparecida su regulación como categoría general en la LRJ-PAC, algunas leyes reguladoras de los diversos ámbitos de actividad administrativa podrían prever tasados supuestos en los que la falta de oposición por parte de la Administración a una solicitud, con respecto a la cual el interesado tenga un derecho preexistente y la Administración sólo facultades de control preventivo y un mínimo margen de apreciación para la denegación (por ejemplo, licencias urbanísticas), pudiera considerarse como algo semejante a lo que hoy se denomina silencio administrativo positivo.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Sobre la inactividad de la Administración pueden consultarse dos conocidos artículos de Alejandro NIETO: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 37 (1962); y "La inactividad de la Administración: veinticinco años después", *Documentación Administrativa*, núm. 208 (1986), pp. 11 y ss.; del mismo autor, además, "La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998", *Justicia Administrativa*, 1999 (núm. extraordinario), pp. 45 y ss. Existe

una reciente y completa monografía sobre la cuestión: Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- Sobre el silencio administrativo en la regulación originaria de la Ley 30/1992 pueden consultarse los comentarios que se publicaron a dicha Ley, con posterioridad a su entrada en vigor, y las ediciones correspondientes de los manuales de Derecho administrativo, que tratan la cuestión del silencio en los capítulos correspondientes al acto o al procedimiento administrativo. En concreto, la consideración del silencio administrativo no como acto presunto, sino como ficción de acto administrativo (*supra*, II, 2), se encuentra, por ejemplo, en GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, y en José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ, *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995. Entre los artículos puede destacarse el de Emilio FERNÁNDEZ-PIÑEYRO, "El silencio administrativo y los actos presuntos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre", en AA.VV., *Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 125 y ss.
- Sobre la regulación del silencio tras la reforma de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999 pueden consultarse, igualmente, los comentarios generales a la reforma [entre ellos, por ejemplo, Pascual SALA (coord.), *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999] y las ediciones correspondientes de los manuales de Derecho administrativo. Se han publicado ya artículos diversos sobre la nueva regulación del silencio: José Antonio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, "Aco-taciones al régimen del silencio administrativo en nuestro ordenamiento jurídico. La última reforma de la Ley 30/92 (Ley 4/99)", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 169 (1999), pp. 11 y ss.; Luis MOCHÓN LÓPEZ, "La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la ley 30 /1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el plazo para interponer el correspondiente recurso en los supuestos de silencio administrativo", *La Ley*, núm. 4760 (1999), pp. 1 y ss.; S. FERNÁNDEZ POLANCO, "La nueva regulación del silencio administrativo", *Justicia Administrativa*, núm. 5 (1999), pp. 27 y ss.; José Luis ESPEJO VERGARA, "El silencio en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo: incidencia en las licencias urbanísticas", *Actualidad Administrativa*, núm. 24 (1999).
- Sobre el derecho de petición [al que, en nuestra opinión, de forma incorrecta (*supra*, II, 4, B), la LRJ-PAC somete al régimen del silencio negativo] puede consultarse: Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS, *El derecho de petición y la iniciativa legislativa*, Cuadernos de Documentación, núm. 25, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980; José M^a GARCÍA ESCUDERO y M^a Asunción GARCÍA MARTÍNEZ, en el comentario al "art. 29. Derecho de petición", en ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1996, pp. 373 y ss.; Isaac IBÁÑEZ GARCÍA, *Derecho de petición y derecho de queja*, Dykinson, Madrid, 1993.
- Sobre las SSTC 136/1995, de 25 de diciembre (asunto: inadmisión de un recurso por no producirse silencio en los procedimientos iniciados de oficio) y 294/1994, de 7 de noviembre (asunto: inadmisión de un recurso por inexistencia de acto en un supuesto de inactividad material), utilizadas como ejemplos *supra*, IV y V, pueden verse sendos comentarios: José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)", *Revista de Administración Pública*, núm. 139 (1996), pp. 221 y ss.; y Tomás

QUINTANA LÓPEZ, "La inactividad de la Administración como acto administrativo tácito (STC 294/1994)", *Poder Judicial*, núm. 36 (1994), pp. 415 y ss.

Sobre las acciones previstas en la LJCA de 1998 pueden consultarse los comentarios publicados a dicha Ley, en los capítulos correspondientes al objeto del recurso contencioso-administrativo. La tesis de que el art. 29 LJCA puede utilizarse también como vía de reacción frente a determinados supuestos de inactividad formal (*supra*, V) la sostiene SÁNCHEZ MORÓN en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (dir.), *Comentarios a la ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 193 y ss.