

EL DEBER DE RESOLVER DE LA ADMINISTRACIÓN

Antonio Cayero González

Licenciado en Filosofía y en Derecho

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Francisco MOLINA DEL POZO, doña M.^a José ACHÓN BRUÑÉN, don Xabier ARZOS SANTISTEBAN, don Jorge BOTELLA CARRETERO, don Javier CREMADES GARCÍA y don Vicente MORET MILLÁS.

EXTRACTO

Este trabajo analiza el deber de resolver que el ordenamiento jurídico español impone a las Administraciones públicas.

Para ello, se exponen los rasgos principales que lo caracterizan, se examina su grado de cumplimiento, se estudian los remedios con los que se cuenta para hacer frente a su contravención y sus consecuencias y se proponen medidas para garantizar su observancia.

Palabras claves: deber, resolver y Administración pública.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015

THE PUBLIC ADMINISTRATION'S OBLIGATION TO RESOLVE

Antonio Cayero González

ABSTRACT

This work analyses the obligation to resolve, that Spanish legal system imposes to different types of Public Administration.

In this way, it exposes its main characteristics and its levels of acceptance. At the same time, it studies which are the measures to face to infringements at this kind of public obligation, and its consequences. And finally, in relation to this, it proposes solutions that guarantee the effective and strict observance of this specific legal requirement.

Keywords: obligation, to resolve and Public Administration.

Sumario

1. Introducción
2. El deber de resolver
 - 2.1. Regulación actual
 - 2.2. El ámbito del deber de resolver
 - 2.3. Significado del deber de resolver
 - 2.4. Extensión y contenido del deber de resolver
 - 2.5. Elemento temporal del deber de resolver
 - 2.6. Plazo máximo para resolver
3. El incumplimiento del deber de resolver
 - 3.1. Con premeditación y alevosía
 - 3.2. Significado del incumplimiento del deber de resolver
4. Remedios contra el incumplimiento del deber de resolver
 - 4.1. El silencio administrativo
 - 4.2. El doble silencio
 - 4.3. Privación de las consecuencias normales de un acto administrativo
 - 4.4. Responsabilidad por el incumplimiento del deber de resolver
5. Conclusiones y propuestas
 - 5.1. Así están las cosas
 - 5.2. La esperanza es lo último que se pierde

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El ensayo que se presenta a continuación se ha estructurado en cuatro bloques:

- En el primero de ellos se desmenuza el deber de resolver que el ordenamiento jurídico español impone a la Administración, para llegar a tener un conocimiento adecuado de su regulación legal y de sus aspectos esenciales.
- El segundo pretende llamar la atención sobre la predisposición de la Administración a desatender la exigencia legal, así como sobre la frecuente trasgresión efectiva del deber y el significado que tal incumplimiento adquiere en nuestro Estado constitucional y de derecho.
- En el tercero se analizan los remedios que existen para incentivar el cumplimiento y prevenir la contravención y contrarrestar sus consecuencias.
- En el cuarto bloque, después de elaborar unas conclusiones, se proponen diversas medidas que se considera que pueden contribuir a garantizar el cumplimiento efectivo del deber de resolver.

2. EL DEBER DE RESOLVER

Como se ha dicho, en la actualidad el ordenamiento jurídico español impone a la Administración la obligación de resolver expresamente las solicitudes de los ciudadanos. Para un mejor estudio de este deber vamos a descomponer el epígrafe en diferentes apartados con singularidad propia.

2.1. REGULACIÓN ACTUAL

El deber de resolver de la Administración aparece recogido en el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992), precepto que adopta como título, precisamente, «El deber de resolver» y en el que se dice lo siguiente:

«La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación».

Este deber se encuentra reforzado en nuestro ordenamiento por otras tres previsiones legales y por su ubicación en la Ley 30/1992, todo ello en los siguientes términos:

- El artículo 89.4 de la Ley 30/1992 prohíbe expresamente a la Administración faltar a su deber con amparo en supuestas deficiencias legales: «En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso».
- El artículo 53.10 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) dirige el deber a los empleados públicos, quienes «resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia».
- El artículo 42.7 de la Ley 30/1992 configura el incumplimiento de este deber como una fuente de responsabilidad al establecer que «dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente».
- Su estratégica ubicación en el título IV de la Ley 30/1992 lleva a SAINZ MORENO a declarar que «el legislador ha querido darle el carácter de principio impulsor de toda la actividad administrativa» (*Obligación de resolver y actos presuntos*).

En definitiva, como explicaba este autor, «la nueva Ley 30/1992 ha configurado esta obligación como un mandato de "resolución expresa" con términos tales que permiten calificarlo como una novedad en nuestro Derecho positivo, por su mayor extensión, concreción y, sobre todo, tipificación de supuestos de responsabilidad por incumplimiento». Este mismo escritor califica el artículo 42 como «una norma fundamental del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (*Obligación de resolver...*).

El deber de resolver se relaciona, además, con los principios fundamentales del procedimiento administrativo: competencia irrenunciable (art. 12); obligatoriedad de los plazos (art. 47); impulsión de oficio (art. 74); celeridad (art. 75); eficacia, servicio a los ciudadanos y sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 3.1), y fundamentación (motivación) de las decisiones (art. 54).

De este deber surge un correlativo derecho de los ciudadanos a obtener una respuesta, que ha sido elevado a la categoría de parte del contenido esencial del derecho fundamental a una buena administración reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El artículo 41 del mencionado documento dispone que el derecho a una buena administración comprende «la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones» y que «toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

Por todo ello, la exposición de motivos de la Ley 30/1992 recalca el verdadero objetivo de la ley: «que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido».

2.2. EL ÁMBITO DEL DEBER DE RESOLVER

El ámbito del deber de resolver abarca todos los procedimientos administrativos, cualquiera que sea su forma de iniciación, de oficio o a instancia de parte, y su forma de terminación, excepto los supuestos de terminación por pacto o convenio y los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

2.3. SIGNIFICADO DEL DEBER DE RESOLVER

En este apartado se intenta explicar en qué consiste el deber de resolver, es decir, cómo se cumple y qué exigencias comprende.

En nuestra opinión, el deber de resolver comprende dos exigencias básicas: la existencia misma de una resolución, por una parte, y que la resolución sea plausible y satisfactoria, por otra.

2.3.1. La existencia misma de resolución

Como se ha explicado más arriba, el deber de resolver requiere que la Administración dicte una resolución en cada caso.

2.3.2. Resolución plausible y satisfactoria

No basta con que exista resolución, esta debe cumplir unas condiciones mínimas para que se pueda considerar que existe. Si no se cumplen, es igual que si no se hubiera dictado, hasta el punto de que la omisión de alguna de ellas puede privar de efectos al acto. Por tanto, la resolución debe ser plausible y satisfactoria, y para que lo sea tiene que reunir los siguientes requisitos:

1. Ser completa

El artículo 89.1 de la Ley 30/1992 determina que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados, lo que significa que la Administración no puede dejar sin respuesta ninguna cuestión que suscite el solicitante.

2. Ser congruente

El mismo precepto, en su apartado 2, señala que en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por este. La Administración no puede responder lo que quiera. La contestación debe ser adecuada a las cuestiones que formula el ciudadano.

3. Respetar la situación de partida del interesado

Nuestro ordenamiento prohíbe la *reformatio in peius*, es decir, que la resolución empeore la situación inicial del actor. En este sentido, el artículo 89.2 de la Ley 30/1992 se preocupa de que la resolución «en ningún caso pueda agravar su situación inicial».

4. Dirigirse a hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva y a evitar la indefensión del afectado

Por tanto, será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54 de la Ley 30/1992 y expresará los recursos que contra ella procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

5. Emplear un lenguaje claro, sencillo y preciso

¿De qué sirve una resolución que se expresa en términos tales que su destinatario no la comprende? De nada.

Por eso, el capítulo primero del *Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico*, elaborado por la comisión interministerial constituida por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2009, reconoce que «los ciudadanos tienen derecho a comprender, sin la mediación de un traductor, las comunicaciones verbales o escritas de los profesionales del derecho».

Siguiendo su ejemplo, la *Carta de Derechos y Deberes de los Ciudadanos de Pamplona ante su Administración Municipal* declara que «el ciudadano tiene derecho a que las comunicaciones administrativas, las resoluciones y acuerdos contengan términos sencillos y comprensibles, evitándosele requerimientos innecesarios».

Las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, establecen que «el destinatario de las normas jurídicas es el ciudadano. Por ello deben redactarse en un nivel de lenguaje culto, pero accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla».

En definitiva, dictar una resolución que no sea comprensible para un ciudadano medio, es decir, cuyo lenguaje no sea claro, preciso y sencillo, equivale a incumplir el deber legal de resolver.

2.4. EXTENSIÓN Y CONTENIDO DEL DEBER DE RESOLVER

Aunque el título del artículo 42 de la Ley 30/1992 emplea solo el término «resolver», el desarrollo del precepto aclara que el contenido del deber integra, además de la resolución de los

procedimientos, la notificación de la resolución. Por tanto, la palabra resolver aparece como equivalente a contestar o responder. Exige, pues, elaborar una respuesta (resolver) y ponerla en conocimiento de los interesados (notificar).

2.5. ELEMENTO TEMPORAL DEL DEBER DE RESOLVER

El elemento temporal del deber de resolver requiere considerar cuatro aspectos de su dinámica: su nacimiento, su duración, su extinción y el plazo.

2.5.1 Nacimiento

El deber de resolver nace en el momento en que la solicitud del interesado entra en el registro del órgano competente para su tramitación.

2.5.2. Duración

El deber de resolver subsiste hasta su cumplimiento.

2.5.3. Extinción

En consonancia con lo anterior, el deber de resolver se extingue con su cumplimiento, es decir, cuando la Administración competente resuelve el procedimiento y notifica la resolución. De esta realidad se desprenden tres conclusiones:

- El trascurso del plazo máximo establecido legalmente para resolver el procedimiento no libera a la Administración de su deber: «El vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones públicas de la obligación de resolver» (art. 43 de la Ley 30/1992).

«Con la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, recobró pleno vigor la regulación tradicional en nuestro Derecho según la cual el silencio negativo es una mera ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, pero que deja subsistente la obligación de la Administración de resolver expresamente» (STC de 10 de abril de 2014).

- La interposición del recurso contencioso-administrativo no extingue el deber de resolver de la Administración: el «deber de responder no se extingue aunque se haya interpuesto el recurso contencioso-administrativo» (STS de 25 de marzo de 1976).

- El cumplimiento del deber de resolver por la Administración, una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo, cuando la resolución administrativa estima las pretensiones del actor, pone fin al proceso contencioso iniciado en los términos previstos en el artículo 76 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA).

2.5.4. Plazo

El estudio del plazo para resolver requiere considerar varios aspectos que hacen conveniente que se le dedique un epígrafe aparte.

2.6. PLAZO MÁXIMO PARA RESOLVER

El deber de resolver se vaciaría de contenido si no se estableciera un plazo para su cumplimiento. La Administración, por tanto, no solo está obligada a resolver, sino también a hacerlo en los plazos fijados legalmente.

2.6.1. Duración

De acuerdo con la regulación contenida en la Ley 30/1992, se puede concluir, en relación con el plazo para resolver, lo siguiente:

- Las leyes o la normativa europea pueden establecer el plazo de resolución que consideren pertinente.
- Si las leyes o la normativa europea no lo determinan, los reglamentos que las desarrollen pueden fijarlo, sin rebasar los 6 meses de duración.
- Si ni las leyes o la normativa europea ni los reglamentos de aplicación y desarrollo establecen plazo de resolución, este será de 3 meses.

2.6.2. Cómputo del plazo

La cuenta de los plazos de que dispone la Administración para la resolución y la notificación de los procedimientos se realiza de manera distinta según se trate de procedimientos iniciados de oficio o a solicitud de los interesados.

- En los procedimientos iniciados de oficio, el plazo empieza a contar desde el día en que se adopte el acuerdo de iniciación.
- En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, en la fecha de entrada de la solicitud en el órgano competente para la tramitación. Por tanto, es posible que

no coincidan la fecha de presentación de la solicitud, que cuenta para verificar el cumplimiento de un plazo por los interesados, y la fecha en que se inicia el plazo para resolver y notificar.

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1992 determina que por registro del órgano competente para la tramitación debe entenderse cualquiera de los registros del ministerio competente para iniciar la tramitación del procedimiento.

2.6.3. Flexibilidad del plazo

De acuerdo con la Ley 30/1992, el plazo para resolver puede suspenderse y ampliarse.

A) Suspensión

El plazo puede suspenderse, previa comunicación al interesado, cuando concurren las circunstancias que se enumeran en el apartado 5 del artículo 42, por el tiempo que en cada supuesto se establece.

B) Ampliación

Cuando las circunstancias que concurren impidan resolver y notificar la resolución en plazo, agotados los medios disponibles, la Administración, de acuerdo con el apartado 6 del artículo 42, como excepción, podrá ampliar el plazo con las siguientes condiciones:

- Deberá adoptar un acuerdo motivado en tal sentido.
- Deberá notificarlo a los interesados.
- La ampliación del plazo no podrá ser superior al fijado para la tramitación del procedimiento.

3. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE RESOLVER

3.1. CON PREMEDITACIÓN Y ALEVOSÍA

Desde los inicios de nuestra democracia hasta hoy, la doctrina, los tribunales y las instituciones vienen denunciando la utilización fraudulenta por la Administración del silencio administrativo como forma habitual de responder a las solicitudes de los ciudadanos o, lo que es lo mismo, como excusa para incumplir el deber de resolver.

En el primer informe presentado por el Defensor del Pueblo a las Cortes Generales correspondiente a 1983, ya se denunciaba que la Administración recurría con demasiada frecuencia a la perniciosa práctica del silencio administrativo.

En la edición del diario *El Mundo* de 23 de mayo de 2012 se informaba de que «el abuso del silencio administrativo en las reclamaciones contra las instituciones está colapsando la jurisdicción contenciosa española, con una tasa de congestión del 250 %, según ha denunciado el decano del Colegio de Abogados de Barcelona, Pedro Yúfera».

También se aclaraba que «mientras el colapso en lo social y lo mercantil viene provocado por la crisis, según el informe de los abogados, el origen de la congestión en la jurisdicción contenciosa deriva del abuso del silencio por parte de las Administraciones, por no dar respuesta a las reclamaciones que les interponen los ciudadanos».

Treinta años después del primer informe, el presentado por el Defensor del Pueblo a las Cortes Generales correspondiente a 2013, se constata que en la Administración tributaria «se abusa del silencio administrativo».

En el mencionado informe se incluyen 21 recordatorios del deber legal de resolver expresamente dirigidos a los tribunales económico-administrativos regionales.

Esta situación anómala no se limita a la Administración tributaria. El abuso del empleo del silencio administrativo negativo como forma habitual de resolver los procedimientos representa una práctica reiterada en el tiempo y generalizada en todas las Administraciones públicas (estatal, autonómica y local).

A título de ejemplo, señalamos a continuación los recordatorios del deber legal de resolver expresamente en plazo que contiene el informe, dirigidos a la Administración General del Estado:

- Ministerio de Empleo y Seguridad Social: tres recordatorios al Servicio Público de Empleo Estatal y uno a la Secretaría General.
- Ministerio del Interior: dos recordatorios a la Dirección General de Tráfico.
- Ministerio de Fomento: recordatorio a la Dirección General de la Marina Mercante.
- Ministerio de Educación, Cultura y Deporte: un recordatorio.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: recordatorio a la Subsecretaría.
- Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: recordatorio a la Dirección General de la Función Pública.

La técnica del silencio administrativo se usa también para negar a los ciudadanos el acceso a la información ambiental. El informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2013 lo deja claro: «El silencio ante una solicitud de información ambiental, la falta de respuesta en el sentido que sea, no es una práctica rara [...]».

Como puede verse, sigue siendo válida en la actualidad la afirmación que aparecía en el informe del Defensor del Pueblo de 1983 según la cual: «el abuso del silencio administrativo es una realidad incuestionable y que constituye una práctica viciosa considerada normal por muchos órganos administrativos».

3.2. SIGNIFICADO DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE RESOLVER

Explicamos ahora, con detalle, qué supone en nuestro sistema jurídico y, más aún, en un Estado de derecho, el recurso habitual de la Administración al silencio.

3.2.1. Incumplimiento flagrante de un deber legar, la obligación de resolver

Como previene el Tribunal Supremo, la omisión del deber de resolver «constituye un frontal incumplimiento del mandato contenido en el artículo 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (STS de 23 de enero de 2004).

3.2.2. Un acto de rebeldía contra la Constitución

Al incumplir una obligación legal, la Administración contraviene los artículos 9 («los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico») y 103 («la Administración pública actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho») de la Constitución de 1978.

Trasgrede, además, el principio de seguridad jurídica. En palabras del Tribunal Supremo: «[...] no es de recibo que quien genera mediante una conducta claramente ilegal y contraria al ordenamiento una situación de inseguridad jurídica pueda esgrimir esa inseguridad a su favor, pretendiendo obtener de ella ventajas frente a quienes sufren los efectos de la inseguridad creada» (STS de 23 de enero de 2004).

En definitiva, la desobediencia de la Administración a los preceptos legales representa un desafío a la Constitución española, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional, «la [...] obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos [...] entronca con la cláusula del Estado de derecho (art. 1.1 de la CE), así como con los valores que proclaman los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 de la CE» (STC 188/2003).

3.2.3. La violación de un derecho

La imposición a la Administración del deber de responder a los ciudadanos supone el reconocimiento de un correlativo derecho del ciudadano a obtener una respuesta de la Administración.

Nos encontramos ante una obligación cuando «[...] la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tiene el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto [...]» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo II*).

3.2.4. Una aplicación torticera y en fraude de ley del instituto del silencio administrativo

El silencio administrativo se presenta regulado en la Ley 30/1992 como una garantía del ciudadano frente al incumplimiento por la Administración de su obligación de dictar y notificar resolución expresa en plazo, y no como un instrumento de uso general al servicio de esta que le permita vulnerar impunemente el derecho del ciudadano a obtener una respuesta.

En la exposición de motivos de la Ley 30/1992 se explica claramente lo siguiente: «El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado».

El Defensor del Pueblo, en su informe relativo a 1985, advertía de que el uso que hace la Administración del silencio administrativo «desvirtúa su naturaleza auténtica [...] beneficiosa para el administrado [...] y lo convierte en un instrumento favorable a la Administración que esta usa a su antojo».

3.2.5. Relegar al administrado a una posición de inferioridad procesal y convertir, así, el silencio en un instrumento en manos de la Administración al servicio de fines espurios

«La omisión de un pronunciamiento sobre el fondo [...] transforma en una posición procesal de ventaja lo que es, en su origen, el incumplimiento de un deber de la Administración» (STC 48/1998).

En concreto, la omisión de su deber de resolver permite a la Administración:

- a) Eludir la obligación de motivar los actos a los que se refiere el artículo 54 de la Ley 30/1992

Así, una vez en el proceso contencioso-administrativo, la Administración conocerá los argumentos del administrado, que habrá expuesto en la fase administrativa previa, mientras que el ciudadano ignorará los argumentos de la Administración silente. De esta manera, la Administración se encuentra en una situación más ventajosa que si hubiera cumplido con su deber, en cuyo caso el demandante conocería también los argumentos de la demandada. Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de violación del principio procesal de igualdad de armas de las partes enfrentadas. El silencio obliga al interesado a recurrir sin conocer los motivos por los que se ha desestimado su pretensión.

b) Hacer actuar en su favor el presupuesto procesal de la caducidad de la acción

Esperar a que la Administración cumpla con su deber expone al interesado al riesgo de que caduque el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, lo que supone aprovecharse del desconocimiento por el ciudadano de los plazos para recurrir, un desconocimiento que la propia Administración debe suplir mediante una resolución que incluya toda la información que exige el artículo 89.3 de la Ley 30/1992.

c) Retrasar los efectos de las situaciones favorables a los interesados

Lo que sucede mediante la aplicación en fraude de ley de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 30/1992, según el cual, los actos producen sus efectos desde el momento en que se dictan, ya que la Administración se ampara en este precepto para beneficiarse del incumplimiento de un deber legal.

Así se refería a ello el Defensor del Pueblo en su informe de 1983: «Se aprecia también, a veces, que el silencio administrativo, no orientado debidamente al administrado, y la dilación del procedimiento son formas de posponer temporalmente resoluciones que conllevan efectos económicos».

4. REMEDIOS CONTRA EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE RESOLVER

4.1. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La primera reacción que surge en el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la Administración de su obligación de resolver es el silencio administrativo.

Como se expresa en la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, «cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia ley».

4.1.1. Concepto

Existe una tendencia, en nuestra opinión equivocada, a identificar el silencio administrativo con el incumplimiento del deber de resolver.

Así, LINDE PANIAGUA afirma que «en una primera aproximación, podemos definir el silencio administrativo como el vencimiento del plazo máximo legalmente establecido sin que la Administración haya dictado resolución expresa y se la haya notificado al interesado» (*Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*).

Sin embargo, en este trabajo se sostiene que es necesario distinguir entre el hecho objetivo del silencio de la Administración, que carece de efectos jurídicos por sí mismo, y el instituto del silencio administrativo, que confiere efectos jurídicos al hecho objetivo del silencio de la Administración.

El hecho objetivo del silencio de la Administración consiste en el incumplimiento por esta de su deber de resolver expresamente las solicitudes de los interesados y de notificarles la resolución en el plazo legalmente establecido.

El silencio administrativo se configura como la atribución que hace el derecho de efectos jurídicos al hecho del silencio de la Administración. El hecho objetivo no adquiere significado jurídico hasta que el derecho le confiere efectos legales.

Con esta perspectiva, el silencio administrativo es una institución jurídica que tiene como fin atribuir efectos legales al incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente las solicitudes de los interesados y de notificarles la resolución en el plazo legalmente establecido. Supone, como se explica en la exposición de motivos de la Ley 30/1992, una garantía que impide que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado.

Difícilmente se puede considerar como «garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido» el hecho objetivo del silencio de la Administración, es decir, el mero hecho de que la Administración se abstenga de resolver en el plazo legalmente establecido, como apuntan las definiciones analizadas. Esta circunstancia no es una garantía, sino todo lo contrario, una anomalía, una patología. El silencio administrativo es la reacción del ordenamiento jurídico frente al silencio de la Administración con el objetivo de proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos. Reacción que consiste, precisamente, en atribuir efectos jurídicos al silencio, estimatorios o desestimatorios, de las pretensiones de los interesados.

Podemos expresar en forma de silogismo, compuesto por dos premisas y una conclusión, el absurdo al que conducen las definiciones que identifican el silencio administrativo con el incumplimiento del deber de resolver:

- El silencio administrativo es el vencimiento del plazo máximo legalmente establecido sin que la Administración haya dictado resolución expresa y se le haya notificado al interesado.
- El silencio administrativo es una garantía en favor del ciudadano.
- Luego el vencimiento del plazo máximo legalmente establecido sin que la Administración haya dictado resolución expresa y la haya notificado al interesado es una garantía en favor del ciudadano.

En definitiva, el silencio administrativo no es el incumplimiento de la obligación de resolver, sino un instrumento que se pone a disposición del ciudadano frente a tal anomalía. En palabras de GONZÁLEZ NAVARRO, el silencio administrativo es «una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud de la cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquel cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos en la ley» [GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, I].

4.1.2. Naturaleza

Como se ha ido exponiendo a lo largo de este ensayo, el silencio administrativo es, desde sus orígenes, una garantía prevista en el ordenamiento jurídico en favor de los ciudadanos que funciona como contrapeso de los privilegios que atesora la Administración, específicamente del presupuesto de la decisión previa.

Por tanto, no se puede estar de acuerdo con GARRIDO FALLA cuando define el silencio administrativo como una patología administrativa. El silencio administrativo no es una patología, sino el medicamento que los ordenamientos jurídicos acostumbran a recetar para combatir los síntomas más perniciosos de la patología que supone el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver.

Inciendo en la metáfora, se podría decir que el silencio administrativo es la aspirina que se emplea para calmar las molestias que tienen que ver con la inactividad formal como enfermedad crónica que aqueja a una Administración que recurre habitualmente a la llamada por respuesta.

En definitiva, como recuerda el profesor NAVA NEGRETE, el silencio administrativo es «una auténtica garantía jurisdiccional, sin la cual la justicia resultaría inaccesible denegándose prácticamente» (*Diccionario Jurídico*).

4.1.3. Presupuestos

Los presupuestos del silencio administrativo son cinco:

- 1.º Pendencia de un procedimiento iniciado a solicitud de un interesado o de un procedimiento iniciado de oficio del que pueda derivarse el reconocimiento o constitución de derechos o situaciones jurídicas a favor de algún interesado.

A través de este presupuesto podemos definir el campo de aplicación del silencio administrativo de la siguiente manera:

En sentido estricto, la institución del silencio administrativo solo opera en los procedimientos iniciados a instancia del interesado en los que la Administración tiene la obligación de responder al ciudadano.

Por asimilación, la técnica se extiende a los procedimientos iniciados de oficio de los que pueda derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, en los que los interesados que hayan comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

No tiene aplicación en los procedimientos en que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, en los que la falta de resolución y notificación en plazo provoca la caducidad del procedimiento, lo que impide la producción de acto administrativo alguno, ni expreso ni presunto.

Tampoco es admisible en las relaciones entre diferentes Administraciones públicas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha resuelto que, al existir un procedimiento específico para resolver tales discrepancias, a él deben someterse «y no fiar al albur de un pretendido silencio administrativo positivo que no prevé la ley para las relaciones entre Administraciones públicas, y que, en este caso, resultaba inexistente al haber prescindido del procedimiento previsto por la norma de aplicación. De ahí que en ese único sentido haya que negar la condición de interesado en un procedimiento administrativo a una Administración pública [...]» (STS de 11 de octubre de 2011).

- 2.º Existencia de una obligación legal de resolver los procedimientos que constituyen el ámbito de aplicación del silencio administrativo.

Como se ha explicado, el artículo 42 de la Ley 30/1992 impone a la Administración el deber de resolver.

- 3.º Establecimiento de un plazo máximo para el cumplimiento del deber de resolver.

El mismo artículo regula los plazos de que dispone la Administración para cumplir su deber de resolver, que han sido tratados en epígrafes anteriores.

- 4.º Incumplimiento por la Administración de su deber de resolver en el plazo legalmente establecido.

Es el hecho objetivo previo al silencio administrativo como tal.

- 5.º La atribución por el derecho de efecto jurídico, estimatorio o desestimatorio de las pretensiones del interesado, al incumplimiento por la Administración de su obligación de resolver en plazo, es decir, la atribución de efecto jurídico a la ausencia de pronunciamiento de la Administración respecto a una solicitud del particular.

Sin esta atribución no habría silencio administrativo, solo existiría el silencio de la Administración como hecho objetivo.

4.1.4. Clases de silencio administrativo

El ordenamiento jurídico regula dos tipos de silencio administrativo, según el significado que se le atribuya: positivo y negativo.

4.1.4.1. *El silencio positivo*

A) Campo de aplicación

Es la regla general. De acuerdo con el artículo 43, «en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

B) Naturaleza

Trascurrido el plazo sin que se haya dictado y notificado resolución, la ley considera que el silencio produce los efectos de un acto que pone fin al procedimiento, que se conoce como acto presunto.

De acuerdo con la exposición de motivos, «el silencio administrativo positivo producirá un acto administrativo eficaz que la Administración pública solo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión de oficio».

Nace, de esta manera, un acto administrativo que ni la Administración ni los terceros pueden rechazar.

C) Efectos sobre la obligación de resolver subsistente

Solo se admite un acto posterior si confirma el sentido del silencio producido.

4.1.4.2. *El silencio negativo*

A) Campo de aplicación

Es la regla que, por excepción, rige en los siguientes supuestos:

- a) Los que se establezcan por norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general.
- b) Los que se establezcan por una norma de Derecho comunitario.
- c) Los procedimientos de ejercicio del derecho de petición.
- d) Los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.
- e) Los procedimientos cuya estimación pudiera tener como consecuencia la transferencia a los solicitantes o a terceros de facultades relativas al dominio público o al servicio público.

B) Naturaleza

Según la exposición de motivos, «el silencio administrativo negativo se concibe como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo». Por tanto, el silencio negativo no despliega los efectos de un acto administrativo, salvo el que se refiere a dejar expedita la vía contencioso-administrativa.

C) Efectos sobre la obligación de resolver subsistente

La resolución expresa posterior al vencimiento del plazo que adopte la Administración en cumplimiento del deber de resolver, que subsiste aún después de producido el silencio, no requiere vinculación al sentido del silencio.

4.1.4.3. *Observaciones finales*

Para concluir, debemos hacer hincapié en que de la regulación actual del silencio administrativo surgen dos nuevos instrumentos de reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente:

- El establecimiento del silencio administrativo positivo como regla general (más aparente que real).
- La negación de la cualidad de acto administrativo eficaz al silencio administrativo negativo, el cual se convierte en mera ficción legal dispuesta para evitar los efectos

paralizantes de la inactividad administrativa, lo que va a dar lugar a consecuencias importantes que se analizan más adelante.

4.1.5. Mito o realidad de la regla general del silencio administrativo positivo

4.1.5.1. *¿Un giro copernicano?*

El silencio administrativo negativo es un privilegio de la Administración y una exorbitancia respecto al Derecho privado, pues en este el silencio adquiere el sentido de asentimiento del que calla respecto a las pretensiones del actor, y ello cuando se cumplen dos condiciones (STS de 24 de noviembre de 1943):

- Que quien calla tenga la oportunidad de contradecir.
- Que el que calla tenga la obligación de contestar o, al menos, resulte normal que trasmita su desacuerdo si no admite las pretensiones del actor.

El silencio administrativo positivo trasfiere al Derecho público los principios del Derecho privado y aplica al sujeto Administraciones públicas idéntico rasero que al resto de los sujetos de derecho.

La llamada de la Administración viene precedida de la concurrencia de los dos elementos que en el Derecho privado condicionan el significado estimatorio del silencio:

- La Administración silente ha tenido la posibilidad de contradecir al interesado, ya que ha conocido sus pretensiones y motivos a través del escrito de solicitud, reclamación o impugnación.
- La Administración que calla tenía la obligación de responder (art. 42 de la Ley 30/1992) y, a pesar de ello, no ha contestado.

La regla general del silencio administrativo positivo trasplanta al Derecho público el corazón que siempre había latido en el cuerpo del Derecho privado.

Así pues, en apariencia, la Ley 30/1992 representó un giro copernicano en la regulación del silencio administrativo. Como se dice en la exposición de motivos, «la ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo». Se podría decir, por tanto, «que esta ley establece el silencio administrativo positivo cambiando nuestra norma tradicional».

En efecto, la tradicional regulación del silencio administrativo establecía como regla general el silencio administrativo negativo (Estatutos Municipal y Provincial de Calvo Sotelo de 1924 y

1925 y Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), de tal manera que cuando se formulaba una solicitud ante la Administración y esta no notificaba su decisión en el plazo establecido, el solicitante podía entender desestimadas sus pretensiones e interponer recurso administrativo o judicial contra la denegación presunta.

Como explica el profesor PARADA, «la falta de respuesta de la Administración a una petición o al recurso de un administrado ha tenido en el ordenamiento jurídico un significado negativo o de desestimación de la petición o recurso. Esta ficción legal que convertía un no acto en negativa formal permitía que el administrado pudiera acceder a las subsiguientes vías de recurso administrativo y judicial: si no existe acto, se inventa uno, desestimatorio de la pretensión o del recurso, para permitir el enjuiciamiento de la actividad administrativa que se oculta tras el silencio» (*Derecho Administrativo I. Parte General*).

Este tradicional sentido negativo del silencio se transformó en positivo con la aprobación de la Ley 30/1992, y más aún con la simplificación operada por la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992.

La exposición de motivos de la Ley 4/1999 no parece dejar lugar a dudas: «En cuanto al silencio administrativo, el artículo 43 prevé como regla general el silencio positivo [...]».

De esta manera, el sentido positivo del silencio como regla general quedó plasmado en el artículo 43 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, en el que se determinaba que en los procedimientos iniciados a instancia de parte «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo [...]».

Este giro de 180 grados que ha experimentado la figura del silencio administrativo ha sido muy criticado por reputados administrativistas que se han mostrado contrarios a la regla general del sentido positivo del silencio. Algunos de ellos consideran, y no les falta razón, que el camino hacia la prevalencia del efecto estimatorio del silencio ha estado marcado por el empuje del neoliberalismo. Desde este punto de vista, el sentido negativo del silencio estaría vinculado al Estado social de derecho, en el que los intereses generales priman sobre los privados, mientras que el silencio positivo estaría más en consonancia con el Estado liberal, preocupado por lo privado antes que por lo público.

El profesor PARADA (*Derecho Administrativo I...*) expone cuatro razones por las que considera criticable la regulación actual del silencio administrativo:

- a) El encubramiento del sentido positivo del silencio a la categoría de regla general representa un sacrificio de los intereses generales en favor de los exclusivamente particulares de quien se beneficia de la inactividad de la Administración.
- b) La regla general del silencio administrativo positivo incentiva la inactividad de la Administración, ya que el solicitante, beneficiado por la pasividad, no entabla

- rá recurso administrativo ni acudirá a la jurisdicción, como ocurriría si la regla fuera el silencio negativo. Tampoco lo harán los terceros perjudicados, pues «probablemente no se enteren de la producción del acto por silencio administrativo, dado que, incluso personados en el procedimiento, no serán notificados de su producción».
- c) Las competencias irrenunciables que corresponden a los órganos decisores resultarán ejercidas, *de facto* e indebidamente, por los instructores, cuya pasividad puede convertirse en resolución a través del silencio administrativo positivo, lo que va a suponer una trasgresión de lo dispuesto en el artículo 12 de la ley.
 - d) Vacía de contenido, hasta inutilizarla, la responsabilidad en la que incurren los causantes del silencio, pues ningún interés tendrán en denunciarlo quienes se benefician de él, al contrario de lo que ocurriría si la regla fuera el sentido negativo, ya que estimularía a los perjudicados por él a denunciarlo y a exigir responsabilidades.

Por el contrario, LINDE PANIAGUA considera que los recelos hacia la figura del silencio positivo carecen de justificación «teniendo en cuenta la configuración que en la Ley 30/1992 se hace del procedimiento administrativo, y los instrumentos que se ponen al servicio de la Administración para que pueda dictar sus resoluciones dentro del plazo estipulado» (*Procedimientos, actos...*). Y concluye que no puede decirse «que se haya situado a la Administración en una posición débil que le dificulte la defensa de los intereses generales».

En nuestra opinión, sin intención de cuestionar las inspiradas conclusiones del profesor PARADA y profundizando en los argumentos de LINDE PANIAGUA, la respuesta a la inactividad formal de la Administración no puede ser el retorno a la regla general del sentido negativo del silencio administrativo, ya que ello iría en contra de la justicia que requiere la observancia de principios tan básicos como el de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o de que nadie que ha obrado correctamente puede resultar perjudicado por las acciones u omisiones de quien se ha comportado de manera ilegítima.

Como se explica en la exposición de motivos de la Ley 4/1999, «esta situación de falta de respuesta por la Administración –siempre indeseable– nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas».

La solución tiene que ser dotar de efectividad el deber de resolver de la Administración y el derecho de respuesta del ciudadano mediante la adopción de las medidas necesarias para ello. En un Estado de derecho no es aceptable que los órganos administrativos incumplan impunemente un deber legal ni tampoco que el incumplimiento se subsane perjudicando a quien obró con arreglo al derecho.

4.1.5.2. *Mucho ruido y pocas nueces*

Un examen detallado del ordenamiento en su conjunto nos advierte de inmediato de que las palabras de la ley encubren una realidad completamente diferente.

En principio, es la propia norma que establece el silencio positivo como regla la que delata, acto seguido, sus verdaderas intenciones.

Y es que la Ley 30/1992 diseña una regla general débil que queda relegada a un segundo plano ante la posibilidad de que una ley o una norma de Derecho comunitario decidan prescindir de ella y recuperen, para el concreto procedimiento al que se refieran, la tradición del silencio administrativo negativo, como ha ocurrido y sigue ocurriendo con frecuencia.

Así, respecto al acceso a la información pública, que debe ser el instrumento por excelencia de la transparencia de los poderes del Estado, la regla que se ha establecido es el sentido negativo del silencio que recoge el artículo 20.4 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno.

También el Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, en su artículo 4.3, opta por el sentido negativo del silencio.

De poco ha servido que la «ley omnibus» (Ley 25/2009) haya simulado un nuevo ataque contra el silencio negativo con la introducción de la cláusula de las «razones imperiosas de interés general» como condición imprescindible para que la ley pueda invertir la regla general del sentido positivo del silencio.

Es cierto que la Ley 25/2009 ha modificado el apartado 1 del artículo 43, que ha quedado redactado de la siguiente manera:

«En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

Sin embargo, la norma no buscaba en realidad convertir la modificación del artículo 43 en un antídoto eficaz contra el silencio negativo, pues enseguida se descubren sus verdaderas intenciones en dos aspectos de la nueva redacción:

- La misma ley, a través de su disposición adicional cuarta, vacía en buena medida de contenido la cláusula de las «razones imperiosas de interés general» al dis-

poner que «a los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto».

- La elección de un concepto jurídico indeterminado (razones imperiosas de interés general) como escudo protector pone al descubierto que la pretensión de reforzar el silencio administrativo positivo es más aparente que real.

Las críticas vertidas contra la disposición adicional cuarta de la ley han querido conjurarse con una nueva exhibición de histrionismo jurídico exteriorizada a través del artículo 40 de la Ley de Economía Sostenible que, con el pretencioso título de «ampliación del ámbito del silencio positivo», establece que «con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones públicas, el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

En virtud de dicha habilitación, el artículo 26 y el anexo I del Real Decreto-Ley 8/2011 han invertido el sentido negativo del silencio en más de cien procedimientos que se inician a instancia de parte.

Con estos preceptos se pretende disfrazar, a un nivel más elevado, la discrecionalidad de la que, a fin de cuentas, dispone el legislador para configurar el sentido del silencio con los ropajes de una falsa voluntad de convertir el silencio negativo, y aun el silencio mismo, en una reliquia del pasado.

Lo cierto es que la regulación actual deja en manos del legislador (= gobierno = Administración) devoto del silencio administrativo la decisión de dar efectividad o no a la regla general del sentido positivo del silencio.

Como afirma Luis Ángel BALLESTEROS MOFFA, «el impacto real del requisito del interés general para enervar la regla estimatoria [...] dependerá a la postre de la voluntad del legislador estatal y autonómico por consolidar el silencio positivo» (*Crisis del silencio administrativo negativo*).

Pues bien, el legislador no ha tardado en dar rienda suelta a su verdadera vocación, frustrada por la regla general del silencio positivo, al convertir, por la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, el sentido negativo del silencio en la regla general de los procedimientos de solicitud de acceso a la información pública, tanto en primera instancia como en

vía de recurso administrativo. Comportamiento este en el que se ha mostrado reincidente, por cuanto, como se ha dicho, la norma de último auxilio a las personas en situación de exclusión social, el Real Decreto-Ley 16/2014, ha recurrido al sentido negativo para atribuir efectos al silencio de la Administración.

La cláusula de las razones imperiosas de interés general queda así desenmascarada y se muestra como lo que es: agua de borrajas.

Por otra parte, en el mismo artículo en el que se declara la regla general del silencio positivo se exceptúan los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, los de revisión de actos administrativos y disposiciones generales, que abarcan una parte importante, sino la más importante, de los procedimientos administrativos, y aquellos de los que pudiera derivarse para los solicitantes o terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público en los que el silencio administrativo adquiere sentido negativo (el art. 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –en adelante, Ley 39/2015–, que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016, extiende la excepción de la regla general del sentido positivo del silencio a los procedimientos relativos a materias que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y a los de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas).

El silencio administrativo negativo es también la regla impuesta por la Ley 30/1992 respecto a las reclamaciones previas a las vías civil y laboral, tal y como se dispone en los artículos 124.2 y 125.2.

Otra prueba de lo que se está diciendo es que la regulación del doble silencio que ha introducido la Ley 4/1999 ha supuesto un paso atrás respecto a la que aparecía en la redacción original de la Ley 30/1992.

Efectivamente, en la actualidad, tras la modificación introducida por la Ley 4/1999, el sentido positivo del silencio en materia de recursos e impugnaciones se circunscribe al recurso de alzada:

«[...] cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo».

Mientras que el artículo 43.3 b) de la Ley 30/1992, en su redacción inicial, no distinguía entre los diferentes recursos administrativos:

«[...] cuando el recurso se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el recurso si llegado el plazo de resolución de este el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo».

Por último, como se desarrollará en el siguiente epígrafe, incluso el Tribunal Supremo se permitirá ignorar la regla del doble silencio y aplicar el silencio administrativo negativo en determinados supuestos en los que la Administración calla ante un recurso de alzada interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud.

Por si todo esto fuera poco, la Ley del Suelo [art. 8.1 b) del TRLS de 2008] neutraliza, en el ámbito urbanístico, la regla general del silencio administrativo positivo al disponer que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial y urbanística».

Por tanto, en este ámbito, y a pesar de la regla general del sentido positivo del silencio, para que una licencia se pueda adquirir por silencio, no es suficiente con que concurren los requisitos adjetivos o formales para ello (que haya transcurrido el plazo máximo legalmente establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa), sino que es necesaria la presencia también de las exigencias sustantivas o materiales y, en concreto, la adecuación de lo pretendido al ordenamiento jurídico.

En fin, la regla del sentido positivo del silencio aparece rodeada en la ley de tantas excepciones y posibilidades de dejarla sin efecto que, en la práctica, resulta una manera tramposa de transmitir una idea de cambio sin cambiar absolutamente nada. En definitiva, mucho ruido y pocas nueces.

4.2. EL DOBLE SILENCIO

La figura del doble silencio es un instrumento jurídico de reacción frente a la persistencia de la Administración en el incumplimiento de su deber de resolver expresamente.

Se podría decir que funciona como un plus de garantía en favor del ciudadano que se añade al régimen general del silencio administrativo y que se establece para responder a la mayor gravedad y afrenta que supone un comportamiento administrativo ilegal cuando es reincidente.

Estamos ante una excepción de la excepción o, como dice el Tribunal Supremo, ante una contraexcepción: en el contexto de la regla general del silencio administrativo positivo que rige en la Ley 30/1992, la excepción que representa el silencio negativo se convierte en la regla general en materia de recursos administrativos que admite una sola excepción, el doble silencio, que opera única y exclusivamente respecto al recurso de alzada.

En efecto, en el caso de que se interpusiera un recurso de alzada contra la desestimación por silencio de una solicitud, el incumplimiento nuevamente de la obligación de resolver y notificar en plazo da lugar a la estimación del recurso de alzada por silencio administrativo, como excepción a la regla general del sentido negativo del silencio que rige en los procedimientos de impugnación de actos y resoluciones.

Se podría representar la esencia del doble silencio con una sencilla fórmula matemática:

$$\text{silencio negativo} + \text{silencio} = \text{silencio positivo.}$$

Este régimen legal se ha visto alterado por la irrupción del Tribunal Supremo que, empujado por una vocación legisladora, ha añadido tres excepciones a esta última excepción. Esta colaboración impuesta de lo judicial con lo legal ha derivado en un entramado complicado que ha adoptado la forma de un cascada de excepciones sobre excepciones de difícil comprensión, no ya para el neófito, sino incluso para el experto.

La cuestión se puede resumir de la siguiente manera:

1. La Ley 30/1992 establece el sentido positivo del silencio como regla general.
2. Al mismo tiempo, admite una serie de excepciones, entre las que se encuentran los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones en los que el silencio tiene sentido negativo.
3. A la vez, en materia de impugnación de actos y disposiciones, la ley establece una contraexcepción: el doble silencio. En palabras del Tribunal Supremo: «[...] así lo dispone el artículo 43.2, párrafo segundo, de la citada ley, que después de establecer como regla de excepción el silencio negativo en los "procedimientos de impugnación de actos y disposiciones", establece la siguiente contraexcepción: "No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo"» (STS de 8 de enero de 2013).
4. El Tribunal Supremo ha añadido tres excepciones a la contraexcepción, respecto a las cuales no rige el régimen propio del doble silencio. Se trata de tres supuestos de doble silencio en los que la reincidencia en la mudez de la Administración mantiene el sentido negativo que opera como regla general en materia de recursos.
5. El artículo 24.1 de la Ley 39/2015 recoge estas tres excepciones de origen jurisprudencial y añade otras dos.

Veamos todo esto con más detalle.

4.2.1. Regulación del doble silencio en el artículo 43 de la Ley 30/1992

El doble silencio se regula en el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 en los siguientes términos:

«[...] el silencio tendrá efecto desestimatorio en [...] los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se

haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo».

Para que el doble silencio opere deben concurrir cuatro requisitos:

1. Que el ciudadano haya formulado una solicitud ante un órgano administrativo.
2. Que el órgano administrativo al que se ha dirigido la solicitud y que es competente para conocer de ella no haya dictado y notificado resolución expresa en plazo.
3. Que ante el silencio del órgano administrativo, el ciudadano haya interpuesto un recurso de alzada contra la desestimación presunta de su solicitud.
4. Que el órgano competente para decidir el recurso de alzada tampoco dicte y notifique resolución expresa en plazo.

4.2.2. Las excepciones de la contraexcepción

Como se ha adelantado, el Tribunal Supremo se inmiscuye en la función legislativa y corrige las previsiones de la ley al contraponer una interpretación que, a la postre, es más que interpretación. Es pura y simplemente legislación.

Pasando por alto la contundencia con la que se expresa la ley, el Alto Tribunal niega el sentido positivo del doble silencio cuando el objeto del recurso de alzada afecta al dominio público, al servicio público o al derecho de petición.

En palabras del Tribunal Supremo: «Esta contraexcepción no debe regir en los casos de derecho de petición o de facultades relativas al dominio público [...]» (STS de 8 de enero de 2013).

Es decir, en estos supuestos, el Alto Tribunal prescinde de la contraexcepción a pesar de que la ley, la doctrina y buena parte de los tribunales superiores de justicia consideran que el doble silencio provoca la estimación de la pretensión, cualquiera que sea su objeto.

N.B. Esta contradicción entre el literal de la ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a resolverse a favor de esta última en el momento en que entre en vigor la Ley 39/2015, pues a la redacción de la Ley 30/1992, el artículo 24.1 de la primera añade una coletilla: «Siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado».

Materias entre las que se encuentran aquellas a las que el Tribunal Supremo negaba el sentido positivo del doble silencio.

4.2.3. El ámbito del doble silencio

- a) Como se ha dicho, el doble silencio opera, única y exclusivamente, en los supuestos de desestimación presunta del recurso de alzada. Quedan fuera de esta figura los supuestos de desestimación presunta del recurso de reposición.
- b) De acuerdo con el Tribunal Supremo, no tiene vigencia en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición ni en aquellos de los que pudiera derivarse para los solicitantes o terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público (como se está explicando, el art. 24.1 de la Ley 39/2015 recoge estas tres excepciones y añade otras dos: los procedimientos relativos a materias que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y los de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas).
- c) Se aplica a los procedimientos iniciados por solicitud del interesado, no a los iniciados de oficio, ni siquiera a aquellos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos o situaciones jurídicas individualizadas.
- d) Tampoco funciona respecto a las solicitudes que formulan los particulares en el marco de procedimientos iniciados por la propia Administración, pues el Tribunal Supremo las considera también procedimientos de oficio. Por tanto, una solicitud que formula un interesado dentro de un procedimiento de oficio es también procedimiento de oficio:

«La petición de ampliación del referido plazo –para cumplimiento de condición de subvención– no es una solicitud que inicie un procedimiento administrativo sino una incidencia producida dentro de un procedimiento de oficio al que, en consecuencia, no le es aplicable lo previsto en el artículo 43 de la LPAC, tal como acertadamente concluye el tribunal de instancia» (STS de 13 de abril de 2011).

- e) El Tribunal Supremo excluye del régimen del doble silencio las solicitudes irrazonables o, como las califica el Alto Tribunal, descabelladas:

«Claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. Y así resulta de la disposición adicional 3.^a de la LPAC, que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios RRDD de adecuación [...]. El escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden

reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados [...]. El silencio regulado en los artículos 43 y 44 solo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento» (STS de 28 de febrero de 2007).

4.3. PRIVACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS NORMALES DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

Esta privación se fundamenta en el principio general del derecho según el cual nadie puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de las normas.

Está recogido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: «La Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos» (STC 188/2003).

Y también en la doctrina del Tribunal Supremo: «Hemos dicho de modo reiterado que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones» (STS de 23 de enero de 2004).

Esta reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de la obligación de resolver se manifiesta en diferentes aspectos:

4.3.1. Derogación del artículo 46.1 de la Ley de la LJCA

El artículo 46.1 de la LJCA establece que en los supuestos de silencio administrativo negativo el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

Según el Tribunal Constitucional, «[...] con arreglo a la nueva ordenación del silencio administrativo introducida por la Ley 4/1999 ya no tienen encaje en el concepto legal de "acto presunto" los supuestos en los que el ordenamiento jurídico determina el efecto desestimatorio de la solicitud formulada, pues en tales supuestos el ordenamiento excluye expresamente la constitución *ipso iure* de un acto administrativo de contenido denegatorio» (STC 52/2014).

De la anterior afirmación, en relación con el contenido del artículo 46.1 de la LJCA, el Tribunal Constitucional extrae tres conclusiones:

- Primera: «El inciso segundo del artículo 46.1 de la LJCA que regula el plazo de impugnación del "acto presunto" subsiste inalterado».

- Segunda: «Tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 en los supuestos de silencio negativo ya no existe acto administrativo alguno finalizador del procedimiento, ni un acto administrativo denominado "presunto" basado en una ficción legal como se desprendía de la redacción originaria de la Ley 30/1992».
- Tercera: «[...] a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el artículo 46.1 de la LJCA».

Es el interesado, víctima de la pasividad de la Administración, quien decide el momento en el que acude a la jurisdicción sin estar condicionado por plazo alguno, sin perjuicio de que, en caso de resolución tardía, recobre su aplicación el plazo del artículo 46.1, que deberá contarse desde la notificación del acto expreso.

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido, *de facto*, un *dies a quo* indefinido para recurrir el silencio negativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que supone, en la práctica, una derogación tácita del artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción, como reprobación al incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente: la resolución impugnada en un recurso no resuelto no adquiere firmeza, como consecuencia del incumplimiento por la Administración de su obligación de resolver.

4.3.2. Derogación del artículo 28 de la LJCA

El artículo 28 de la LJCA señala que «no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma».

A pesar de que este artículo ha sido declarado conforme con el artículo 24.1 de la Constitución española en relación con el anterior artículo 40 a) de la LJCA de 1956 (STC 126/1984), se estima vulnerado el precepto constitucional cuando la no admisión se fundamenta en un silencio negativo supuestamente consentido que después es reproducido por el acto, expreso o presunto, que constituye el objeto del recurso contencioso administrativo. Es decir, el artículo mencionado no es aplicable en este supuesto, ya que en la desestimación por silencio no concurren dos de los requisitos del acto reproductor o confirmatorio: acto inicial consentido y debidamente notificado.

En efecto, en primer lugar, el silencio negativo no es un verdadero acto administrativo, sino una ficción legal, y en segundo lugar, no genera notificación alguna:

«El silencio administrativo es una mera ficción legal para que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial y superar los efectos de la inactividad de la Administración y parte, asimismo, de que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime esa inactividad y coloque a la Administración en

mejor situación que si hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales [...], para continuar entendiendo que, ante una desestimación presunta, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración, y concluir, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido –recuérdese que el silencio negativo es una mera ficción con la finalidad de abrir la vía jurisdiccional ante el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente– supone una interpretación absolutamente irrazonable, que choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción» (STC 39/2006).

4.3.3. Inaplicación de los plazos de interposición de los recursos administrativos

Para empezar, hay que decir que la regulación que encontramos en la Ley 30/1992 respecto a los plazos de interposición de los recursos administrativos es un disparate, ya que está llena de contradicciones.

Existe contradicción, en primer lugar, entre el artículo 58.3 y los artículos 115.1 y 117.1.

El artículo 58.3 priva de efectos a las notificaciones defectuosas que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos requeridos por la ley mientras el interesado no realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o no interponga cualquier recurso que proceda, lo que supone que la posibilidad de impugnación queda abierta indefinidamente.

Sin embargo los artículos 115.1 y 117.1 regulan plazos preclusivos para impugnar los actos en los que tampoco se han notificado los extremos a los que se refiere el artículo 58.3, pues ni siquiera ha habido notificación, que es la notificación más defectuosa que puede haber.

La ley sostiene, a la vez, una cosa y su contraria, lo que supone un ejercicio de esquizofrenia legislativa de difícil justificación.

Existe contradicción, en segundo lugar, entre el artículo 115.1 y el 117.1.

El primero de ellos establece el cómputo del plazo para interponer el recurso de alzada a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo, por lo que abarca tanto los casos de silencio positivo como negativo.

El segundo fija el plazo de interposición del recurso de reposición a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto, por lo que solo incluye los supuestos de silencio positivo, pues en los que corresponde el sentido negativo

no existe acto presunto alguno. Esto convierte el precepto en absurdo, al regular un recurso que carece de sentido, ya que, si el silencio es estimatorio, no habrá razón para recurrir, y si es desestimatorio, no se podrá recurrir, pues no existirá acto presunto.

Por tanto, valen para defender la inaplicación de los plazos de interposición los argumentos de la doctrina y la jurisprudencia relativos a la inaplicación del artículo 46 de la LJC anteriores a la Sentencia 52/2014 del Tribunal Constitucional.

De esta manera, la posibilidad de impugnación extemporánea del silencio desestimatorio a través de los recursos administrativos más allá de los plazos señalados en los artículos 115.1 y 117.1 de la Ley 30/1992 responde a las siguientes razones:

1. El silencio negativo no es un verdadero acto administrativo, sino una ficción legal cuyo objetivo es abrir al interesado la vía judicial

Por tanto, no puede tener los mismos efectos la desestimación presunta que la resolución expresa, más allá de la posibilidad que abren de interponer los recursos administrativos o judiciales que correspondan. Razón por la cual, como se ha dicho, la desestimación presunta no puede adquirir, en ningún caso, la naturaleza de un acto consentido, por más que no se recurra en tiempo y forma.

Por tanto, tras la reforma de 1999, recobra vigencia la explicación de la exposición de motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, según la cual, el silencio administrativo permite al interesado «el acceso, si lo desea, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración».

2. Inexistente notificación del acto presunto

Según el Tribunal Supremo, la desestimación presunta no puede tener los mismos efectos que la resolución expresa «porque la desestimación presunta de una petición, por su propia naturaleza no incorpora las menciones legales exigibles a todo acto administrativo, entre otras, la indicación de los recursos que caben contra la resolución dictada, los plazos de interposición y el órgano ante el que deben sustanciarse» (STS de 6 de junio de 2011).

Por esta razón la desestimación presunta se equipara a las notificaciones defectuosas y se le atribuyen los mismos efectos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1986 se pronuncia sobre un caso en el que la resolución de la Audiencia territorial recurrida en amparo declaró inadmisibile el recurso ante la jurisdicción por no haberse interpuesto el recurso de alzada en el plazo legalmente procedente, ya que entendía que dicho plazo comenzaba a contar el día en que se produjo la desestimación presunta del recurso de reposición.

El Alto Tribunal consideró que el núcleo de la cuestión consistía en «determinar si en los casos de desestimación presunta es razonable, o responde a una interpretación conforme con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, el entender que el plazo para recurrir en alzada ha de computarse con el mismo criterio que la propia Ley de Procedimiento Administrativo aplica en su artículo 79 para los supuestos en que exista una resolución expresa notificada con todos los requisitos previstos en el mismo [...]».

Y llegó a la conclusión de que «no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando [...] caben otras interpretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio *pro actione* que supone admitir que las notificaciones defectuosas –que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente– puedan surtir efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda, esto es, sin consideración a plazo alguno, y sin embargo, en los caso en que la Administración ha incumplido total y absolutamente su obligación de resolver, como son los de silencio con efecto desestimatorio, imponer sin otra consideración el cómputo del plazo para acceder a la jurisdicción a partir del día en que, de acuerdo con la normativa específica que resulte aplicable, se entienda presuntamente desestimada la petición o el recurso potestativo de reposición».

Y es en este contexto donde hace su aparición la comunicación que exige el artículo 42.4 de la Ley 30/1992:

«En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención [...] en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente».

Según el Tribunal Supremo, «este precepto tiene su origen en el mandato del artículo noveno de la Constitución, desarrollado por el legislador, precisamente, para garantizar la seguridad jurídica. En él se establece una regla general, universal, que no admite excepciones: "en todo caso", regla general que se dirige a las Administraciones públicas (todas) que necesariamente "informarán" a los interesados con un contenido explícito de ese mandato informativo» (STS de 12 de diciembre de 2012).

Teniendo en cuenta esta previsión legal, aparece una primera interpretación de los plazos para interponer los recursos administrativos que diferencia dos situaciones:

- a) Si la Administración no ha cumplido el precepto, los plazos de interposición empiezan a correr «a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda, esto es, sin consideración a plazo alguno».

En palabras del Tribunal Supremo, «en tanto las Administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere (párrafo segundo del art. 42.4), los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr» (STS de 23 de enero de 2004).

- b) Si la Administración ha cumplido el deber de comunicación, los plazos de interposición mantienen plena eficacia.

Efectivamente, según el Tribunal Supremo, «una interpretación *a sensu contrario* debe llevar a entender que si las Administraciones llevan a cabo esa información (la que exige el art. 42.4), sí comienzan a correr los plazos para la interposición de los recursos».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 117/2008, señaló que una interpretación como la que se transcribe en la letra b) no tiene en cuenta que, de todas maneras, la Administración ha incumplido su obligación legal de resolver expresamente.

Consecuentemente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de julio de 2012, ha corregido su primera interpretación.

En el proceso, el Ayuntamiento de Badajoz solicitaba que se fijara como doctrina legal la siguiente:

«Una vez que las Administraciones públicas informan a los interesados en los términos establecidos en el artículo 42.4.2 de la LRJPAC, comienza a correr el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo contra actos administrativos no expresos previsto en el artículo 46.1, inciso segundo, de la LJCA y, en consecuencia, en estos casos dicho plazo vence transcurridos seis meses computados a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la corporación.

Para justificar su posición, por una parte se refiere a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2009, en la que se resuelve un caso en el que la Administración concernida había efectuado la comunicación que prevé el artículo 42.4.2 de la Ley 30/1992 y, a pesar de ello, el Alto Tribunal aplicó su doctrina consolidada, que hemos transcrito.

Por otra parte, el Tribunal Supremo recuerda que «la comunicación al interesado de los extremos a que se refiere el artículo 42.4 de la LRJPAC, [...] no reúne los requisitos que el artículo

58.2 de la LRJPAC exige a las notificaciones del acto administrativo, pues, entre otros, omite la expresión de los recursos que procedan y órgano ante el que hubieran de presentarse, por lo que, además de lo dicho, son aplicables las consecuencias previstas en el apartado 3 del indicado precepto para las notificaciones defectuosas, que únicamente producen efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o interponga cualquier recurso que proceda».

Consecuentemente, el Alto Tribunal confirma la sentencia recurrida y da por bueno su argumento, según el cual, en los casos de silencio administrativo de carácter negativo, aun cuando se ha realizado la comunicación requerida por el artículo 42.4 de la LRJPAC, «en los que la Administración incumple su obligación legal de resolver de forma expresa, no es aceptable una interpretación del artículo 46.1 de la LJCA que concluya en la inadmisión del recurso, premiando así los defectos en la actuación de la Administración y colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su obligación de resolver expresamente y de notificar con todos los requisitos legales».

3. La Administración no puede beneficiarse de su propia torpeza

Como ha dejado claro el Tribunal Constitucional, «la Administración no puede beneficiarse por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo las solicitudes de los ciudadanos» (STC 188/2003).

Porque «no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver» (STC 73/2005), esto es, «en mejor situación que si hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales» (STC 39/2006).

En definitiva, la interpretación según la cual los plazos de interposición de los recursos administrativos que establece la Ley 30/1992 son aplicables a los supuestos de silencio administrativo negativo es rechazada expresamente por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 204/1987 y 188/2003.

Esta conclusión se mantiene aun en los supuestos en los que la Administración cumple la obligación que establece el artículo 42.4 de la Ley 30/1992 pues, como declara el Alto Tribunal en su Sentencia 220/2003, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial no queda desvirtuada por tal circunstancia, pues la instrucción de recursos de un acto administrativo no excusa a la Administración de su obligación legal de resolver, pronunciamiento este que, como se ha dicho, se reproduce también en la Sentencia 117/2008.

Desde esta perspectiva, bien se puede afirmar, con Benjamín GÓRRIZ GÓMEZ, «que tanto la instrucción de recursos, órganos competentes y plazos de interposición, al inicio del procedimiento administrativo, como el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de información prevista en el artículo 42.4, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, carecen de relevancia a los efectos de evitar la vulneración del derecho fundamental en los casos de silencio

administrativo negativo» (*El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los casos de desestimaciones presuntas por silencio administrativo*).

4.3.4. Retroacción de los efectos favorables de una resolución administrativa tardía en el momento en que la Administración debió dictarla y notificarla

Representa una excepción a la regla contenida en el artículo 57 de la Ley 30/1992, según la cual los actos administrativos producen efectos desde que se dictan.

El fundamento de esta excepción se resume en los párrafos de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2010 que a continuación se reproducen:

«En efecto, conforme al artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Administración no solo está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla (apdo. 1), sino que ha de hacerlo en el plazo máximo que corresponda (apdo. 2), de manera que el incumplimiento de estas obligaciones no puede perjudicar nunca a los interesados. Por eso, la sección viene manteniendo que, en todos los expedientes de insuficiencia de condiciones psicofísicas en los que no se haya dictado resolución en plazo, los efectos, cuando se reconozca dicha insuficiencia, han de retrotraerse al momento en el que se cumple el plazo máximo que tiene la Administración para resolver».

«Introducir una distinción según que haya habido resolución expresa tardía o esta no se haya producido implica hacer de peor condición a unos administrados respecto de otros, sin que, jurídicamente, exista una justificación objetiva y razonable; además, supondría otorgar a la Administración incumplidora de sus obligaciones la potestad de restringir o de ampliar las consecuencias de un pronunciamiento que debió hacer en el momento indicado».

4.4. RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE RESOLVER

La incursión en responsabilidad ha estado siempre ligada, al menos en la teoría, al incumplimiento de la obligación de resolver. Se trata, por tanto, de una institución con cierta solera en el ordenamiento jurídico español cuyos primeros rastros los encontramos en la normativa del último tercio del siglo XIX.

La importancia de sujetar a responsabilidad el incumplimiento de la obligación de resolver está presente en el informe del Defensor del Pueblo de 1985: «[...] el abuso del silencio administrativo, la inejecución de sentencias [...] son [...] efectos del procedimiento administrativo [...]

que justificarían contemplar los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración e, incluso, la subjetiva de autoridades y funcionarios».

Actualmente, la responsabilidad a la que nos estamos refiriendo se recoge en el artículo 42.7 de la Ley 30/1992 en los siguientes términos:

«El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente».

4.4.1. Responsabilidad patrimonial

La Ley 30/1992 no se refiere de manera expresa y específica a la responsabilidad patrimonial como posible consecuencia del incumplimiento del deber de resolver. Por tanto, la eventualidad de que se pueda resarcir al ciudadano perjudicado por el silencio a través de la exigencia de esta clase de responsabilidad dependerá de las posibilidades que ofrezca la regulación general de la institución reparadora (arts. 106.2 de la CE y 139 de la LRJPAC).

En tal sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que «la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta» (STS de 22 de junio de 2012).

Naturalmente, dado el objeto de este trabajo, la responsabilidad patrimonial a la que nos referimos es la que puede derivarse del mero incumplimiento de la obligación de resolver, con independencia de la que puedan generar los efectos del acto producido por silencio, que en nada debe diferenciarse de la que tenga su origen en los efectos de un acto expreso.

4.4.2. La responsabilidad disciplinaria

El artículo 42.7 de la Ley 30/1992 nombra expresamente la responsabilidad disciplinaria que genera la omisión del deber de resolver al señalar que «el incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria».

Sin embargo, a pesar de la contundencia del precepto, la exigencia de tal responsabilidad presenta en la actualidad algunas dificultades que suponen un obstáculo a su operatividad.

En primer lugar, la categórica afirmación del artículo 42.7 no desemboca en una tipificación expresa del ilícito administrativo. Ni se aclara qué tipo de infracción se comente ni la sanción que le corresponde, por lo que la trasgresión del deber de resolver, como tal, no genera responsabilidad disciplinaria alguna, ya que, en caso contrario, se estarían vulnerando los principios de legalidad y tipicidad que exigen la predeterminación normativa de las faltas y las sanciones, tal como reclama el artículo 94.2 a) del EBEP.

De acuerdo con la legislación vigente, para poder exigir la responsabilidad a la que se refiere el artículo 42.7 de la Ley 30/1992, es necesario llevar a cabo una labor interpretativa que permita subsumir la inactividad formal de la Administración en otra conducta que sí aparezca tipificada en una norma de régimen disciplinario.

En este trabajo, se entiende que la responsabilidad disciplinaria que se está analizando se puede amparar, según las circunstancias que concurran en cada caso, en los artículos 95.2 g) del EBEP y 7.1 i), 8 d) y 8 e) del Reglamento de Régimen Disciplinario.

- El artículo 95.2 g) del EBEP tipifica como falta muy grave «el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas».
- El artículo 7.1 i) del Reglamento de Régimen Disciplinario tipifica como ilícito grave «la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave».
- Finalmente, los artículos 8 d) y 8 e) de dicho reglamento tipifican como faltas leves, respectivamente, «el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones» y «el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave».

Por tanto, habida cuenta de la ausencia de tipificación expresa, se impone considerar que el incumplimiento del deber de resolver constituye una manifestación, en función de las circunstancias concurrentes, bien de un notorio incumplimiento de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas, bien de una falta de rendimiento que afecta al normal funcionamiento de los servicios, bien de un descuido o negligencia en el ejercicio de las funciones o bien de un incumplimiento de los deberes y obligaciones propios del funcionario.

Hay que decir que, como excepción a la situación expuesta, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno sí tipifica el incumplimiento por la Administración del deber de resolver en el ámbito del derecho de acceso a la información pública. El artículo 20.6 dispone que «el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora».

Por otra parte, como dice el profesor PARADA, el establecimiento de una responsabilidad disciplinaria tendría sentido «si estuviera en manos de los funcionarios la facultad de resolver los expedientes. Pero no es así, porque el ordenamiento jurídico atribuye, ordinariamente, la potestad de resolver los procedimientos [...] a los titulares de los órganos, es decir, las autoridades o clase política. Pero a estas autoridades, por no ser funcionarios en sentido técnico, no les alcanza ninguna responsabilidad disciplinaria» (*Derecho administrativo...*).

He aquí otra inconsistencia del sistema de responsabilidad, ¿qué virtualidad tiene el artículo 42.7 cuando la potestad para resolver el procedimiento corresponde a una autoridad y no a un funcionario?

En conclusión, la regulación actual de la responsabilidad disciplinaria por incumplimiento del deber de resolver es insuficiente y escasamente eficaz, como lo demuestra la habitualidad con que la Administración recurre al silencio.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

5.1. ASÍ ESTÁN LAS COSAS

- 1.^a La Administración tiene el deber de resolver expresamente las solicitudes de los ciudadanos dentro del plazo establecido para ello, obligación que dimana del mandato contenido en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992 y que, como advierte el Tribunal Constitucional, entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 de la CE), así como con los valores proclamados en los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución española.
- 2.^a La Administración incumple con frecuencia su deber legal de resolver y abusa del silencio administrativo al usarlo en beneficio propio y transformar, así, su naturaleza de garantía de los ciudadanos en privilegio de los órganos administrativos.
- 3.^a El ordenamiento jurídico en su conjunto ha ideado y sigue ideando remedios contra el incumplimiento del deber de resolver y sus consecuencias.
- 4.^a Sin embargo, hasta el momento, tales remedios no han servido para erradicar la anomalía que supone el incumplimiento del deber de resolver.

Por ello, sigue valiendo la denuncia que hacía FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «La obligación de resolver expresamente, tal como está concebida, carece de eficacia, y en modo alguno asegura que la actividad de la Administración se desarrolle en el sentido previsto por la ley» (*Silencio administrativo, actos firmes y actos consentidos*).

- 5.^a La pervivencia de esta situación, en franca contradicción con la Constitución y la ley, deriva de la laxitud y condescendencia con que el ordenamiento jurídico y sus guardianes, los jueces, reaccionan frente a la conducta incumplidora de la Administración con la excusa de la función trascendental que desempeña.

Según LINDE PANIAGUA, «la posición privilegiada de la Administración que se deduce de las consecuencias livianas que tiene para la misma la vulneración del ordenamiento jurídico se ha justificado con variedad de argumentos que aluden a la función relevante que la misma desempeña. Pero lo cierto es que frente a la justificación del incumplimiento por la Administración de la ley, esta se aplica con rigor a los ciudadanos. Y cabe preguntarse si en el Estado de derecho no debiera ser al contrario, que se exigiera mayor rigor a la Administración que a los ciudadanos» (*Procedimientos, actos...*).

- 6.^a En este contexto, el deber de resolver de la Administración y el derecho de los ciudadanos a obtener una respuesta de ella quedan reducidos, en sus resultados prácticos, a una mera declaración programática de puro valor retórico.

El legislador y los órganos judiciales deben tomar nota de los consejos que Don Quijote daba a Sancho Panza para el buen gobierno de la ínsula Barataria:

«No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella».

Urge, por tanto, que los poderes públicos arbitren las medidas necesarias para que el derecho de los ciudadanos a obtener respuesta expresa de la Administración se convierta en real y efectivo, ya que, en el asunto que estamos tratando, es lo que reclama el artículo 9.2 de la Constitución española. Porque, como recuerda el Tribunal Constitucional, «es absolutamente inaceptable que una Administración pública que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE) [...] desatienda el cumplimiento de sus obligaciones para con los ciudadanos» (STC 220/2003).

5.2. LA ESPERANZA ES LO ÚLTIMO QUE SE PIERDE

Con la intención de contribuir al cumplimiento del deber de resolver, se exponen a continuación las siguientes propuestas:

5.2.1. El silencio administrativo como manifestación, iuris et de iure, de temeridad y mala fe

Un medio que puede ayudar al cumplimiento del deber de resolver es considerar su trasgresión como una manifestación de temeridad y mala fe y condenar en costas a la Administración. Lo contrario supondría mercantilizar el derecho de los ciudadanos a que la Administración con-

teste a sus solicitudes: en el supuesto de que la Administración incumpla su deber, el derecho solo se hace efectivo cuando el ciudadano está dispuesto a abonar el coste de un proceso judicial (honorarios del abogado, tarifas del procurador...).

En tal caso, lo habitual será que el perjudicado se abstenga de demandar judicialmente el perjuicio. Al contrario, una condena en costas que resarciera al administrado los gastos de su demanda animaría al interesado a acudir a los tribunales y presionaría a la Administración a cumplir su deber de resolver.

En un Estado de derecho, no es admisible que el funcionamiento de las instituciones ofrezca como resultado práctico que el ciudadano tenga que pagar por ver satisfecho un derecho que le atribuye la ley.

5.2.2. El amparo por mora

El derecho comparado conoce, entre los remedios contra el silencio, el amparo por mora, que, de esta manera, coexiste con otros instrumentos tradicionales como el silencio administrativo y la queja.

Según GUSTAVO THOMAS, «el amparo por mora de la Administración consiste en una especial acción de amparo que tiene por objeto específico la decisión judicial que ordene "el pronto despacho" de actuaciones administrativas, para que el administrado pueda conocer las concretas razones de su aceptación o rechazo en su caso».

«Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiera dejado vencer los plazos fijados para resolver» y opera «contra la autoridad pública que debe dictar una decisión y no lo hace» (*Amparo por mora federal: dos ventajas de la Ley 19549 frente a la 16986*).

Según la jurisprudencia argentina, se podrá iniciar una acción de amparo por mora «cuando una autoridad administrativa hubiera dejado vencer los plazos fijados, o los razonables, según el caso, sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Si lo estima pertinente, el juez requerirá a la autoridad administrativa que informe sobre las causas de la demora aducida. De considerar procedente el pedido, librará la orden correspondiente para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca» (reproducida por SANTIAGO R. GÓMEZ, *Control judicial de la inactividad de la Administración en el ámbito federal*).

Siguiendo a este autor, de la cita se deducen fácilmente los elementos y requisitos del amparo por mora: a) La legitimación activa para instar la acción le corresponde a quien tenga la condición de parte en un procedimiento administrativo. b) El sujeto pasivo es el órgano administrativo que incurra en mora. c) Requiere que hayan transcurrido los plazos fijados para dictar una

resolución expresa. d) El juez tiene que verificar que concurren dos requisitos para determinar su procedencia: que exista una petición del particular y que la Administración no hubiera resuelto en el plazo establecido para ello. e) Este remedio consiste en una orden judicial de «pronto despacho» de las actuaciones administrativas. f) Tal orden se limita a obligar a la Administración a resolver de forma expresa con señalamiento del plazo para hacerlo, pero no podrá indicar el sentido del pronunciamiento. La finalidad buscada es obligar a la Administración a resolver de forma expresa, no importa si resuelve a favor o en contra del administrado sino que dicta una resolución fundada (motivada) y acorde con el ordenamiento jurídico. g) La Administración no puede ampararse en el silencio para manifestar que resolvió de tal manera.

La sentencia, además de obligar a la Administración a resolver e indicarle un plazo para hacerlo, puede establecer una multa coercitiva por cada día de demora. Si la Administración no resuelve en el plazo fijado en la orden judicial, el particular deberá denunciar el incumplimiento y el juez fijar multas por cada día de demora, si no lo hizo ya, y remitir las actuaciones a la jurisdicción penal por si el incumplimiento fuera constitutivo de delito.

En nuestra opinión, una regulación del amparo por mora con carácter potestativo (de manera que el perjudicado pueda optar por ejercer esta acción o interponer directamente un recurso contencioso-administrativo) ofrecería tres ventajas:

- a) Existiría una orden judicial directa a la Administración para que cumpliera su deber de resolver, con lo que ello supone de conminación para plegarse al mandato del juez.
- b) Permitiría al interesado acudir al procedimiento contencioso-administrativo en situación de igualdad procesal, al conocer exactamente la posición de la Administración y los motivos por los que la adopta («conocer las concretas razones de su aceptación o rechazo en su caso»). Es decir, repararía la situación de desigualdad procesal en que la inactividad formal administrativa coloca al administrado.
- c) Habilitaría al ordenamiento penal para actuar contra el responsable por un delito de desobediencia.

5.2.3. La reclamación en queja

Una manera a nuestro juicio apta para incentivar el cumplimiento del deber de resolver sería la recuperación de la reclamación en queja del artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 con el mismo contenido, es decir, que incluya la obligación del superior jerárquico del causante del motivo de la queja de dictar una resolución expresa y de notificarla al quejoso en el plazo de un mes.

Esta solución aportaría una serie de ventajas: a) Permitiría combatir los incumplimientos del deber que tengan su origen o su causa en la instrucción del procedimiento. b) Pondría al des-

cubierto la inactividad o los incumplimientos del inferior ante su superior jerárquico inmediato. c) Implicaría en todas las fases del procedimiento a los órganos con competencias decisoras, que con frecuencia son los superiores inmediatos de los órganos instructores. d) Obligaría al superior jerárquico a fiscalizar la actuación de los subordinados con responsabilidades en un procedimiento concreto. e) Le obligaría, también, a conocer la situación y a analizarla debidamente como presupuestos para dictar una resolución informada y coherente y para adoptar una decisión ajustada en relación con la exigencia de responsabilidades. f) Agravaría la responsabilidad inicial del superior jerárquico si, además, incumple la obligación de dictar una resolución en la reclamación en queja. g) Reforzaría la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* del propio superior jerárquico, ya que no podría alegar desconocimiento de las irregularidades e incumplimientos.

5.2.4. El silencio administrativo como prevaricación

El incumplimiento del deber de resolver puede encajar en el tipo del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal sobre la base de los siguientes argumentos:

- Según el Tribunal Supremo, «la sanción de prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas [...]» (STS de 24 de febrero de 2015).

Los incumplimientos del deber de resolver, en los términos que hemos analizado en este trabajo, suponen ilegalidades severas y dolosas y representan una vulneración del Estado de derecho.

- El Tribunal Supremo (STS de 15 de noviembre de 2004) señala como elementos constitutivos del delito de prevaricación los siguientes: a) Que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público. b) Que el sujeto activo haya dictado una resolución arbitraria. c) Tal resolución arbitraria debe dictarse a sabiendas de su injusticia.

Respecto al concepto de resolución hay que empezar diciendo que, según el diccionario, resolver es «tomar determinación fija y decisiva», por lo que la decisión de no resolver cabe dentro del concepto.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha descrito la resolución, a efectos penales, como «acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral» (STS de 24 de febrero de 2015).

Es decir, los rasgos que caracterizan una resolución administrativa en el ámbito penal son los que se exponen a continuación: a) Es indiferente la forma que revista (puede ser expresa, presunta, tácita, verbal, escrita...). b) Debe tener un efecto decisorio. c) Debe tratar sobre un asunto administrativo.

En este sentido, hay que traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002, en la que se declara que «en aquellos supuestos especiales en los que la autoridad o funcionario esté imperativamente obligado a dictar una resolución, la omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (comisión por omisión)». De esta manera, el Alto Tribunal asimila el incumplimiento del deber de resolución a una resolución propiamente dicha a efectos de la realización del tipo de prevaricación que estamos examinando.

En cuanto al concepto de arbitrariedad, esta ha sido caracterizada por el Tribunal Supremo como «objetivamente injusta», «clamorosa», «en abierta contradicción con la ley», «de manifiesta irracionalidad» (STS de 13 de noviembre de 2001) y como «patente y evidente» (STS de 16 de abril de 2002).

Sostiene el Alto Tribunal que la arbitrariedad aparece «cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable» (24 de febrero de 2015).

Para más claridad, en lo que a la cuestión que nos ocupa se refiere, el Tribunal Supremo ha determinado que nos encontramos ante el supuesto de resolución arbitraria cuando la Administración «omita dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo», pues «es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que este ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario», razón por la cual es clara «la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable» (STS de 16 de abril de 2002).

La expresión «a sabiendas de su injusticia» ha sido definida por el Tribunal Supremo como «plena conciencia de que se resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que se ocasiona un resultado materialmente injusto».

Parece difícil aceptar que una autoridad o funcionario, respecto a los que hay que presumir un conocimiento de la ley, no sepan que al no resolver actúan al margen del ordenamiento jurídico y ocasionan un resultado materialmente injusto.

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, determinados casos del incumplimiento del deber de resolver pueden realizar el tipo del delito de prevaricación, ya que el incumplimiento: a) Entraña una decisión de un funcionario o autoridad que se adopta en un asunto administrativo y que es expresión de la voluntad de contravenir la legalidad. b) La decisión es antijurídica, esto es, contraria a derecho. c) La ilegalidad no puede explicarse con una argumentación jurídica mí-

nimamente razonable. d) Ocasiona un resultado materialmente injusto. e) La decisión se adopta con el conocimiento de actuar en contra del ordenamiento jurídico.

Por ello, en nuestra opinión, es necesario hacer una interpretación del tipo del delito de prevaricación, especialmente del concepto de resolución, que permita incluir el incumplimiento del deber legal de resolver, máxime teniendo en cuenta dos circunstancias especialmente cualificadas:

- a) Que la frecuencia con la que la Administración incumple la obligación es inadmisiblemente elevada, hasta el punto de que se ha convertido en un hábito administrativo que ha transformado la garantía ciudadana del silencio administrativo en un privilegio de la Administración y en una excusa para no cumplir la legalidad impunemente. Lo que demuestra que el ordenamiento administrativo no es suficiente para imponer la observancia del deber y requiere el auxilio del ordenamiento penal, por lo que se garantiza el cumplimiento del principio de intervención mínima que informa el derecho penal.
- b) En la mayoría de los casos, la competencia para resolver corresponde a cargos políticos que no están sujetos a la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, razón por la cual, sin el concurso del ordenamiento penal, el incumplimiento del deber, cuando es consciente y voluntario, y, por tanto, merece ser sancionado, quedaría sin sanción.

5.2.5. Tipificación expresa del incumplimiento del deber legal de resolver como falta disciplinaria

Hay que tipificar el incumplimiento de la obligación de resolver como falta disciplinaria, de manera que se dote de mayor seguridad jurídica a la posibilidad de castigar disciplinariamente la conducta del funcionario que falta a su deber cuando a él le corresponde la competencia.

La tipificación puede adoptar una redacción sencilla, como la que aparece en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. En tal caso, la reiteración debería desaparecer de la descripción de la conducta típica y regularse como lo que realmente es, una circunstancia agravante que utilizar para calificar la falta y considerarla de mayor o menor gravedad.

La tipificación también puede realizarse en los términos que el artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la establece para los jueces: «La desatención o el retraso injustificado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales».

De esta manera, el tipo se dota de mayor amplitud e incluye otros comportamientos relacionados con el deber de resolver. En este sentido, la descripción de la conducta típica podría ser la siguiente: «La desatención o el retraso injustificado en la iniciación, tramitación o resolución de procedimientos o en el ejercicio de cualquiera de las competencias administrativas».

5.2.6. Presunción *iuris et de iure* de existencia de daños y perjuicios. El empuje del daño moral

Otro instrumento que podría servir para contrarrestar la recurrencia de los órganos administrativos a la callada por respuesta es el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de que el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente en plazo provoca un daño moral incontrovertible al ciudadano que es víctima de la falta de respuesta.

Esta técnica se ha utilizado ya en nuestro ordenamiento jurídico, como puede observarse en los dos ejemplos siguientes:

- a) El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, determina que «la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida».
- b) El artículo 18.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, dispone que «[...] la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión».

En este sentido, habida cuenta de la frecuencia y la impunidad con que la Administración recurre al silencio y de la gravedad del atentado que tal comportamiento supone contra el ordenamiento jurídico en su conjunto, sería aconsejable introducir un precepto legal que estableciera la presunción mencionada: «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite el incumplimiento del deber de resolver expresamente en plazo sin causa justificada. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del incumplimiento y a la gravedad de la lesión».

Una vez establecida la responsabilidad patrimonial de la Administración por el incumplimiento del deber de resolver debería potenciarse la activación de la acción de regreso a la que se refiere el artículo 145.2 de la Ley 30/1992: «La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca».

5.2.7. Anorexia política

Todos los aspectos que se han analizado hasta ahora encierran, como denominador común, la idea de un comportamiento doloso o negligente como causa del incumplimiento del deber de

resolver, sin perjuicio de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Sin embargo, en ocasiones, la causa del incumplimiento del deber de resolver expresamente en plazo radica en la falta de medios para hacer frente a la obligación. Como bien decía el informe del Defensor del Pueblo de 1985, «[...] es necesario distinguir entre aquellos retrasos (o incumplimientos) debidos a la escasez de medios en las Administraciones públicas de aquellos en los que, pudiendo contestar materialmente a las peticiones de los ciudadanos, se les obliga a acudir a la vía jurisdiccional [...], mediante el abuso fraudulento de la institución del silencio administrativo».

Con frecuencia, los gobernantes reconocen derechos a los ciudadanos con un objetivo meramente propagandístico, sin allegar los medios necesarios para que esos derechos se hagan efectivos.

En la actualidad, los políticos padecen una anorexia letal para nuestro Estado de bienestar que se manifiesta en una obsesión enfermiza por adelgazar (por utilizar un eufemismo habitual en la boca de los que saben que están actuando mal y quieren disimularlo) a una Administración a la que nunca ven suficientemente delgada.

Esta anorexia ha desembocado en un recorte (por llamar a las cosas por su nombre y no mediante eufemismos) importante de los recursos humanos necesarios para que los derechos de los ciudadanos sean reales y efectivos, lo que supone que los poderes públicos están actuando en contra del mandato del artículo 9.2 de la Constitución.

Para que el derecho a la salud sea real y efectivo, no basta con reconocerlo. Es necesario disponer de los recursos humanos imprescindibles para posibilitarlo (médicos, enfermeras...); para que el derecho a la educación se materialice, es necesario contar con el personal encargado de dispensarlo (profesores, maestros); en fin, para que la Administración cumpla con su deber de resolver y el derecho de los ciudadanos a obtener respuesta sea real y efectivo, no basta con que aquel deber aparezca declarado en una ley. Es necesario incorporar un número de empleados públicos suficiente para llevar a efecto el cumplimiento de la obligación (técnicos, administrativos, auxiliares administrativos, ordenanzas...).

Por tanto, las políticas actuales de adelgazamiento (maldito eufemismo) son contraproducentes e impiden que los derechos de los ciudadanos sean reales y efectivos, también el de obtener respuesta de la Administración en plazo. Veámoslo:

- a) En la web del Tribunal de Cuentas, en la página «Sala de prensa», encontramos el siguiente titular: «El Tribunal de Cuentas destaca la carencia de medios humanos para tramitar las prestaciones de garantía salarial».

En efecto, el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el *Informe de fiscalización sobre la gestión y control de las prestaciones abonadas por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), ejercicio 2013*.

Según recoge el informe, el FOGASA tenía, a 31 de diciembre de 2013, un total de 221.384 expedientes pendientes de resolver. Esta cifra –que supera en un 67 % a la del ejercicio anterior– tiene su origen en el incremento de un 295 % que se ha venido produciendo en el número de expedientes pendientes de tramitación, entre los años 2007 y 2013. Esta situación contrasta significativamente, según apunta el informe, con el escaso aumento de plantilla que se ha registrado en este organismo durante el mismo periodo de tiempo.

Una de las consecuencias de esta situación era fácil de adivinar. Según el tribunal, el plazo medio de tramitación de los expedientes de prestaciones de garantía salarial por el FOGASA en el ejercicio 2013 alcanzó los 201,52 días, que supera al del año anterior, cuya media fue de 185,47 días.

¿Que cuál es el plazo máximo para dictar resolución? Según el artículo 28.Siete del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, «el plazo máximo para dictar resolución en primera instancia será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud». Sobran las palabras.

En este ensayo se propugna, como última propuesta, pero no menos importante, una política funcional que valore a los empleados públicos y los considere como condición *sine qua non* de la efectividad de los derechos, lo que se traduce, en el tema que nos ocupa, en la necesidad de que la Administración cuente con el personal necesario y suficiente para que sea posible cumplir con el deber de resolver que establece el artículo 42 de la Ley 30/1992.

N.B. Como se ha ido adelantando, el 2 de octubre de 2016 entrará en vigor la Ley 39/2015, que deroga expresamente la Ley 30/1992, norma esta última que ha servido de fundamento para la elaboración de este trabajo.

No obstante, salvo las novedades que se han ido explicitando a lo largo del ensayo, en el tema que nos ocupa y en las cuestiones que se tratan, la nueva ley mantiene intacta la regulación presente en la Ley 30/1992, razón por la cual no afecta al contenido de este artículo.

Bibliografía

BALLESTEROS MOFFA, L. Á.: *Crisis del silencio administrativo negativo*.

DEFENSOR DEL PUEBLO: Informes de 1983, 1985 y 2013.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo II*.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Silencio administrativo, actos firmes y actos consentidos*.

GÓMEZ, S. R.: *Control judicial de la inactividad de la Administración en el ámbito federal*.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*.

GÓRRIZ GÓMEZ, B.: *El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los casos de desestimaciones presuntas por silencio administrativo*.

LINDE PANIAGUA: *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*.

MINISTERIO DE JUSTICIA: *Informe de la Comisión de Expertos para la Modernización del Lenguaje Jurídico*.

NAVA NEGRETE: *Diccionario Jurídico*.

PARADA VÁZQUEZ: *Derecho Administrativo I. Parte general*.

SAINZ MORENO: *Obligación de resolver y actos presuntos*.

THOMAS, G.: *Amparo por mora federal: dos ventajas de la Ley 19549 frente a la 16986*.