

EFICACIA DE LOS ACTOS PRESUNTOS EN LA LEY 30/92 (PROBLEMATICA DEL SISTEMA EN RELACION A LA ADMINISTRACION MILITAR)

Agustín Corrales Elizondo
Coronel Auditor

SUMARIO

I. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. A. CONCEPTO Y CLASES. B. EL SILENCIO NEGATIVO. C. EL ART. 94 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. D. EL SILENCIO POSITIVO EN LA ANTERIOR NORMATIVA. II. LA LEY 30/92 Y LA OBLIGACION DE RESOLVER DE LA ADMINISTRACION. A. INTRODUCCION. B. ANALISIS DEL ART. 42. a. AMBITO MATERIAL DEL DEBER. b. PLAZO PARA LA RESOLUCION. LA INDETERMINACION. EL PLAZO MAXIMO. COMPUTO DEL PLAZO. c. LA POSIBLE AMPLIACION DEL PLAZO. d. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EN EL DEBER DE RESOLVER. III. LOS ACTOS PRESUNTOS. A. CONCEPTO. B. REQUISITOS. C. RESOLUCIONES QUE HAN DE ENTENDERSE ESTIMADAS. D. LA ABSTENCION EN LA RESOLUCION DEL ART. 43.1, PARRAFO SEGUNDO. E. LIMITES DE APPLICABILIDAD DE LA EFICACIA DEL ACTO PRESUNTO: EL DERECHO DE PETICION Y LA RESOLUCION DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS. F. CONSIDERACION ESPECIAL DE LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO. IV. LA PUBLICACION DE EXCEPCIONES A LA PRODUCCION DE EFECTOS ESTIMATORIOS DEL ACTO PRESUNTO. V. CERTIFICACION DE ACTOS PRESUNTOS. A. ESTUDIO DEL REQUISITO. B. CONSECUENCIAS DE LA NO EMISION. LA SUSTITUCION DE LA CERTIFICACION. C. PLAZO PARA LA PETICION DE LA CERTIFICACION. D. EL PLAZO PARA LA INTERPOSICION DE LOS RECURSOS. VI. LA DENEGACION PRESUNTA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA. VII. RECAPITULACION SOBRE LOS CRITERIOS DE LA APLICACION DEL SISTEMA DE LA LEY Y SUS EFECTOS. VIII. EL SISTEMA DE LOS ACTOS PRESUNTOS EN LA ADMINISTRACION MILITAR. A. TRASCENDENCIA DE LA NUEVA REGULACION EN EL AMBITO MILITAR. B. ESTUDIO DE LA INCIDENCIA DEL NUEVO SISTEMA EN LOS DISTINTOS AMBITOS DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS. A. ESFERA INTERNA. B. ESFERA EXTERNA.

I. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

a) Concepto y clases

La Ley ha tenido dos vías para determinar las consecuencias de la ausencia de una voluntad administrativa expresa. En unos casos la Ley prevé que el silencio por parte de la Administración significa que el contenido de la resolución ha de entenderse negativo o desestimatorio y en otros que, en la misma situación, la resolución ha de entenderse positiva o afirmativa. Reflexionemos, siquiera sea brevemente, sobre los antecedentes de la legislación actual.

La técnica del silencio administrativo describe García de Enterría (1) se instaura en Francia por vez primera por Ley de 17 de julio de 1900, con la característica de negativo, es decir, que la pretensión del particular se presume denegada transcurrido un cierto plazo sin que la Administración se pronuncie expresamente. En España se introdujo con los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924-1925, la Ley Municipal republicana de 1935 y la Ley de 18 de marzo de 1944 a propósito del recurso de agravios en materia de personal.

Con la citada previsión se pretendía evitar que la Administración privase al particular de las garantías, muy especialmente de los recursos en vía judicial, por el simple hecho de no pronunciarse ante las peticiones y recursos que ante ella se deduzcan. En este ámbito de sistema o técnica para la protección de las garantías del administrado se ha venido estudiando el silencio negativo por gran parte de la doctrina española, como ficción que la Ley establece en beneficio de quien incoa un procedimiento administrativo para que, transcurrido el tiempo señalado, pueda proveer a su posible impugnación ante la denegación presunta, siendo extensa en este campo la doctrina con anterioridad a la nueva Ley (en adelante L.R.J.P.A.C.) (2).

(1) Enterría-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 5ª Edición, págs. 576 y sigs., Civitas. Madrid, 1969.

(2) Además de los manuales más usuales, pueden citarse los siguientes trabajos anteriores coetáneos o posteriores a la Ley 30/92:

González Pérez: *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1966, II, págs. 458 y sigs. También en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, art. 94, págs. 704 y sigs., Civitas. Madrid, 1989. Y *El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento*, Documentación Administrativa núms. 8 y 9. García de Enterría, *Sobre el silencio administrativo y el recurso contencioso*, RAP nº 47, págs. 224 y sigs.; Martín Mateo, *Silencio positivo y actividad autorizante*, RAP nº 48, págs. 206 y sigs.; Fernández Rodríguez, *Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios*, RAP nº 53; Gómez Ferrer, *Presunciones tardías y resolución de conflictos de intereses privados*, RAP nº 68. García Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el derecho español*, CIVITAS, 1990. García Morillo-Velarde Pérez, *Hacia una nueva configuración del silencio administrativo*, REDA, nº 49, 1986. Y González Pérez y González Navarro, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92)*, 2ª Edición, CIVITAS, Madrid, 1994, págs. 599 y siguientes. Nuez Sánchez Cascado, Elisa de La, en la obra colectiva *Estudios y comentarios sobre la L.R.J.P.A.C.*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y B.O.E., Madrid, 1993, págs. 223 y sigs. López Menudo, *Coloquio sobre el Proyecto de L.R.J.P.A.C.*, Córdoba, 1993. Santamaría Pastor y otros, *Comentario sistemático a la L.R.J.P.A.C.*, Madrid 1993. Molto García y otros, *Comentarios ante la entrada en vigor de la L.R.J.P.A.C.*, Madrid, 1993. Garrido Falla-Fernández Pastrana, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1993. López Nieto y Mallo, *El procedimiento administrativo de las administraciones públicas*, Barcelona, 1993. Lucas Ruiz, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Valencia, 1993. Martos Navarro, *Nueva L.R.J.P.A.C. y Reglamento de desarrollo*, 2ª Edición, Sevilla, 1993. Leguina Villa y Sánchez Morón, *Nueva L.R.J.P.A.C.*, Madrid, 1993.

b) El silencio negativo

En cualquier caso, el silencio, en su modalidad de silencio negativo, viene a facilitar el ejercicio de un derecho constitucional como es el derecho al acceso a la justicia consagrado en el art. 24 C.E., impidiendo que la Administración pueda con su inactividad obstaculizar el acceso del administrado a los Tribunales, mientras que, como silencio positivo, es sencillamente un instrumento arbitrado por la Ley para impedir que la inactividad de la Administración pueda frustrar intereses legítimos y además un sistema enfocado a provocar el funcionamiento y a instar y a incentivar la necesidad de la resolución administrativa, así como un medio de impedir la pasividad de la propia Administración.

En este sentido, se ha orientado la jurisprudencia, en S.T.S. de 11 de febrero de 1977, afirmando que el silencio positivo pudiera tener la consideración de *acto putativo o instrumento de efecto habilitante arbitrado por la Ley para impedir que la pasividad de la Administración frustre intereses legítimos de los particulares, mientras que por su parte el silencio negativo está concebido como medio dirigido a posibilitar de modo fácil y expeditivo el planteamiento ante la jurisdicción de cuestiones no resueltas por los Organos de la Administración en los plazos legalmente previstos ...* Por su parte, la Sentencia de 26 de diciembre de 1985, pone énfasis en su condición de describirlo como *mecanismo ... para proteger al particular de las consecuencias perniciosas que pueden seguirse del incumplimiento por parte de la Administración de la obligación que tiene de resolver.*

En nuestro Derecho faltaba una regulación general del silencio administrativo con anterioridad a la L.P.A. (3). Las críticas de la doctrina dieron lugar a la sucesiva introducción del mismo, tal como cita González Pérez (4) en el Reglamento del Procedimiento Administrativo del Ministerio de Trabajo, aprobado por Decreto de 2 de abril de 1954 (además, con carácter positivo) y, sobre todo, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, que, en su art. 38 introdujo el silencio, de un lado en sentido procesal, para posibilitar que la denegación presunta pudiera dar lugar al recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda (art. 38.1), y de otro, para manifestar con carácter general el deber de la Administración de dictar resolución expresa,

(3) Gascón y Marín: *Necesidad de un Código de Procedimiento Administrativo* en Revista de Estudios Políticos, nº 48, significaba que los preceptos de la Ley de Régimen Local y del Reglamento de Procedimiento del Ministerio de la Gobernación de 1947 son necesarios y a los mismos ha de dárseles carácter general. En el mismo sentido se pronunciaba la doctrina de la época (vgr. Fernández de Velasco, Pérez Serrano, Rollo Villanova), señalando que solamente se había acogido el sistema en nuestra Administración Municipal y en casos aislados en la Central, mientras que ya había sido objeto de implantación de manera generalizada en Francia e Italia.

(4) cit. Comentarios... pág. 707.

debidamente fundada, con independencia de los efectos de la delegación presunta (art. 38.2).

En definitiva, en dicho precepto se encuentra la descripción prácticamente conceptual del silencio negativo como denegación presunta de la solicitud o *petitum* del administrado ante el órgano administrativo, transcurrido que sea el plazo establecido, a efectos de abrir la vía del recurso administrativo o jurisdiccional que, en su caso, corresponda.

c) El art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo (en adelante L.P.A.)

Cuando, sin embargo, se consolida de una manera definitiva la introducción de la técnica del silencio de forma plena es a través del art. 94 L.P.A.

Situado bajo la rúbrica *Resolución*, dentro de la Sección 2ª del Capítulo IV de la Ley dedicado a la Terminación, describe la situación en el sentido de la que se produce cuando, existiendo petición formulada ante la Administración *ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses*, supuesto en el cual el interesado *podrá denunciar la mora y, transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda o esperar la resolución expresa de su petición.*

En el punto 2 otorga la misma facultad, sin necesidad de denunciar la mora, en el caso de interposición de cualquier recurso administrativo, supuesto este en el que se entiende producida la desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolver.

Todo ello sin perjuicio, como recuerda el punto 3, del deber de la Administración de dictar resolución expresa, que, si es incumplido, puede dar lugar a la deducción de reclamación en queja y, en su caso, a la posible responsabilidad personal de la Autoridad o personal funcionario negligente en la resolución.

La expresada regulación hace comentar a Enterría-Ramón Fernández (5) que

(5) cit. Curso, pág. 577.

La teoría de la ficción no es, desde luego, seguida unánimemente, en materia de *silencio administrativo* (expresión esta que fue acuñada por Fernández de Velasco en 1932 y defendida por él mismo, calando en la doctrina, al ser, tal vez, poco correcta pero gráfica). Aunque, con matices asume la tesis de la ficción parte de la doctrina. Así, García Trevijano-Fox (*Los actos administrativos*, 1986, pág. 164), habla de "ficción legal que asume la categoría jurídica de presunción". Boquera Oliver (*Estudios sobre el acto administrativo*, 1988, pág. 245), afirma que "el acto administrativo tácito presunto no es una ficción legal porque está compuesto por causa, voluntad, forma, contenido y fin, y produce unilateralmente consecuencias jurídicas". Baena del Alcázar (*Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*, Revista de estudios de la vida social, nº 121, págs. 20 y sigs.) dice que el silencio de la Administración "es un hecho jurídico, al que pasado cierto tiempo, en virtud de una ficción legal, se le atribuye determinados efectos". Por su parte, Álvarez-Gendín (*Tratado General de Derecho Administrativo*, 1958, T.I, pág. 332), dice que el silencio es "presunción de voluntad"

el silencio negativo es solamente una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso, señalando a continuación la diferencia entre la necesidad de denuncia de mora en vía de petición y la producción automática del silencio, sin necesidad de denuncia de mora en vía de recurso.

El propio autor critica, bajo esta perspectiva, la limitación establecida en el art. 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, L.J.C.A.), cuando limita expresamente el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo en casos de silencio, a un año desde que el silencio se produjo en los supuestos de petición, y a un año desde la interposición en los de recurso, solución que le parece arbitraria, por cuanto provoca que el particular confiado que se limite a esperar que se produzca la solución expresa, corre el riesgo de no poder acceder a la vía jurisdiccional si esa espera se prolonga por más de un año, lo que le hace preconizar una interpretación institucional, en cuya línea, precisamente, se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en S.T.C. de 21 de enero de 1986, al declarar que *no puede calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolución, y hubiera notificado una resolución con todos los requisitos legales*, doctrina reiterada por la S.T.C. de 21 de diciembre de 1987.

Menor problemática plantea la plena validez de las resoluciones tardías a efectos de la posible interposición de recurso jurisdiccional contra las mismas, cuestión ésta paralela a la del silencio, en este caso no negativo, sino prolongado, supuesto éste que, pensamos, ha de mantenerse con carácter general en la interpretación de la L.P.A..

Por último, en relación a las consecuencias del retraso de la Administración en su resolución y su sanción, que deben ser aludidas para verificar el posterior análisis comparativo de la Ley 30/92, cabe comentar que la Administración responderá, en su caso, de la lesión o daño que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, criterio éste sustentado en el contenido de los arts. 106.2 C.E. y 121 L.E.F., en relación con, en la actualidad, la Ley 30/92 y el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial y, con ante-

y también "sustitución de voluntad, para no dejar desamparado al reclamante". Villar Palasi-Villar Ezcurra (*Principios de Derecho Administrativo*, T.II, págs. 96 y 97) se refieren al silencio positivo como "mera presunción". Por último, podemos traer a esta relación las consideraciones de De la Morena-De la Morena (*Curso de Derecho Administrativo*, T.II, 1988, págs. 79 y sigs.), cuando afirma que toda la problemática del silencio positivo arranca de un hecho capital: "Así como en el silencio negativo no hay realmente acto sino una ficción procesal de denegación, a los efectos de que el peticionario pueda seguir reclamando en vía de recurso lo que presuntamente se le denegó en vía de primera petición, en el silencio positivo sí hay acto y este acto lo pone (lo dicta) la norma, acto cuyo contenido es de otorgamiento o concesión de lo pedido...".

rrioridad, el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (en adelante L.R.J.).

d) El silencio positivo en la anterior normativa

Como en los anteriores apartados se ha puesto de manifiesto, ha existido una versión positiva o estimatoria del silencio de la Administración, conforme a lo cual y ante una solicitud, transcurrido que sea un plazo limitado, lo pedido por el requirente se entiende otorgado (6).

Se encuentra definido en el art. 95 L.P.A. a cuyo tenor:

El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca en disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deben acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los Organos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses a contar desde la petición.

De los tres requisitos que plantea el precepto (transcurso del plazo legal, inactividad de la Administración y existencia de disposición expresa o cuando su contenido sea el de *Autorizaciones o aprobaciones que deben acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela de los Organos superiores sobre los inferiores* se induce la excepcionalidad de la situación del silencio positivo, que obliga a interpretar restrictivamente, como ha manifestado la jurisprudencia, el reconocimiento de tales requisitos.

Sin embargo, dicha excepcionalidad no ha sido tratada de una manera uniforme por los Tribunales (7).

La jurisprudencia más continuada, al margen de las posibilidades expuestas y que, sobre todo, se ha pronunciado sobre supuestos de otorgamientos de licencias de uso del suelo y edificios, se formula en el sentido de que la aprobación ob-

(6) Enterria-Ramón Fernández: *Curso...*, cit., págs. 582 y sigs.

(7) En un breve resumen de la jurisprudencia, en relación a esta cuestión, González Pérez (cit. *Comentarios...* pág. 728), expone como los Tribunales han resuelto el problema adoptando tres posiciones. Conforme a la primera, el silencio positivo sustituye al acto expreso a todos los efectos, es decir, producido aquel (se trataba, en materia urbanística, de un proyecto) queda aprobado en sus propios términos (vgr. S.T.S. de 20.05.86); en una segunda corriente el silencio positivo suple el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley y, por ello, no puede admitirse cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a Ley (SS.TT.SS. de 3.11.64 y 18.03.70) y, por último, una tercera postura jurisprudencial sigue la línea de que con el silencio positivo puede crearse la autorización o aprobación solicitadas en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, en cuyo caso, el mecanismo del silencio no puede servir para justificarlas (SS.TT.SS. de 2.04.75 y 22.12.78).

tenida por silencio administrativo será nula cuando el plan contuviera determinaciones contrarias a la Ley o a planes de superior jerarquía, o sea que, no puede concederse tácitamente lo que *de modo expreso y si se hubiera examinado, no hubiera podido ser otorgado*.

En este sentido parece orientativa la S.T.C. de 17.08.88 cuando señala la oportunidad de no desdeñar *las consecuencias perjudiciales para el interés general cuando los efectos del silencio positivo se producen contra legem por no ajustarse al ordenamiento jurídico la petición no resuelta*. Es decir, viene exigiéndose para que se produzca el silencio administrativo la conformidad del acto producido por silencio con el ordenamiento jurídico. Paralelamente, la Administración, frente a dicho acto, podrá ejercer sus facultades de revisión, única y exclusivamente, dentro de los cauces legales, por lo que si del acto derivan derechos subjetivos no podrá ser revocado ni anulado por la Administración, salvo en los supuestos de nulidad absoluta o anulabilidad por infracción manifiesta de la Ley (8).

La precedente regulación del silencio en sus dos modalidades fue tratada tradicionalmente con cierta benevolencia en la doctrina. Incluso, en la actualidad, al comentar la Ley 30/92 han vuelto a resurgir reflexiones favorables al respecto (9), calificando la precedente regulación de adecuada como suficiente y ajustada a los moldes de la prudencia (10).

(8) Así, González Pérez: *Comentarios...*, cit. pág. 737.

(9) v.gr., vid. por todos Parada: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid 1993, pág. 168 escribe: "Se trataba en definitiva de una regulación prudente (del silencio administrativo), que llegó hasta donde podía llegarse en una Ley de procedimiento administrativo para combatir la negligencia resolutoria de la Administración facilitando, que era lo primordial a resolver en una ley de aquella naturaleza, la vía judicial. No se pretendió más, pues los retrasos de los expedientes tienen ciertamente unas causas más profundas que no pueden atajarse desde planteamientos y soluciones formales: la falta de medios de la Administración, de espíritu de servicio de los funcionarios y, sobre todo, el miedo a la responsabilidad por resolver de forma expresa, la propia incuria de las autoridades que son las que tienen la potestad resolutoria y no los funcionarios, y, en fin, la falta de colaboración ciudadana están detrás de la mayor parte de los silencios o de la inactividad de la Administración." Y más adelante añade: "Desde otro punto de vista, el silencio es la respuesta más adecuada de que dispone la Administración para replicar a tantas solicitudes impertinentes o infundadas que agobian algunos servicios y sobre los que no tienen la obligación estricta de resolver."

(10) Garrido Falla-Fernández Pastrana: (*Régimen...*, cit., pág. 186) señalan como fueron pocas las voces que se alzaron para reclamar una reforma a fondo del régimen del silencio administrativo y menos para propugnar un mayor espacio y virtualidad al silencio positivo, al menos en el ámbito de las autorizaciones administrativas. Sin embargo, son considerados como en parte partidarios de esa tendencia los profesores Entrena Cuesta y González Pérez, con matices y peculiaridades específicas en cada caso, así como el propio Fernández Pastrana en su trabajo *Reivindicación del silencio positivo: reflexión para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas*, RAP, nº 127.

II. LA LEY 30/92 Y LA OBLIGACION DE RESOLVER DE LA ADMINISTRACION

A) Introducción

El tema del silencio es, sin duda, el que fue aireado y fruto de un mayor lanzamiento laudatorio en relación al contenido de la Ley -afortunada, por otra parte, en otros muchos extremos que no es del lugar desarrollar aquí- desde los primeros momentos de su elaboración, hasta el punto de que en la discusión parlamentaria se le denominó jocosamente *la joya de la Corona* (11). Se llegó a decir que la nueva regulación arrancaba de raíz el manifiesto abuso de poder que se cobijaba bajo la normativa del silencio administrativo. La Exposición de Motivos resulta en este punto, siéndola toda en su conjunto, especialmente optimista en el tratamiento del tema al referirse a la nueva formulación como *garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es el que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. Y más adelante, 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. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista.*

La primera cuestión a la que cabe referirse es la de ubicación en la Ley. En efecto, desde el lugar, posiblemente más idóneo en su tratamiento, que es el de Terminación del procedimiento en la L.P.A., pasa en la actualidad a los arts. 42 al 44 bajo la rúbrica De la actividad de las Administraciones Públicas, Capítulo I, Normas Generales, en el seno del Título IV y dentro de tres subepígrafes orientativos en cada precepto, siguiendo la técnica en dicho punto loable de la Ley, que hacen referencia respectivamente a *Obligación de Resolver* (art. 42); *Actos Presuntos* (art. 43) y *Certificación de Actos Presuntos* (art. 44).

El significado de la expresada ubicación es centrar la doctrina del acto presunto entre las obligaciones que las Administraciones Públicas han de guardar en el dictado de sus actos. Ese extremo, como hemos visto, lo recalca la Exposición de Motivos, lo que no es ocioso ni incorrecto, pero tampoco nuevo, porque ese deber de pronunciarse, de contestar o de resolver ya se encontraba en la L.P.A. (art. 93 y 94.3 y art. 61.2), en la L.J.C.A. (arts. 38.2), y en la L.R.J. (art. 39.2), lo que implica que lo distinto en la nueva regulación no es el nuevo tratamiento del deber de resolución y su ubicación, sino únicamente el incluir la problemática de los actos presuntos en un tratamiento conjunto con el examen del deber de la Administración.

(11) vid. Parada: *Régimen Jurídico...*, cit., pág. 167.

Los criterios de partida han sido objeto de análisis muy críticos. Así, por ejemplo, Martín-Retortillo (12) afirma que el hecho de que el silencio sea un comportamiento que, por lo generalizado, cabe calificar de patológico, no es afirmación gratuita. Basta constatar los periódicos informes del Defensor del Pueblo, por lo que debe plantearse una solución real y eficaz y se pregunta *¿Se encontrará al amparo de la L.A.P.? ¿Lo será la generalización con que se sanciona ahora el silencio positivo?* y, en relación a la responsabilidad añade *¿Qué credibilidad, cabe preguntarse, merecen tales pronunciamientos cuando es notoria la cerrazón con la que sobre este particular viene actuando la Administración que, también habitualmente, obliga a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa cuando no a la penal para, a través de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, alcanzar así la cobertura de los daños recibidos?*

B) Análisis del art. 42

a) Ambito material del deber

En primer lugar, conviene referirse al *ámbito material del deber de resolver*. Han de incluirse en él tanto los procedimientos iniciados a instancia de los interesados, como los de oficio. Así se manifiesta el art. 42.1, especificando respecto de los de oficio que serán aquellos que afecten a *los ciudadanos o a cualquier interesado*. La única excepción (párrafo segundo del art. 42) son los casos de prescripción, caducidad, renuncia, desistimiento, pérdida sobrevenida de objeto o los que sólo deban ser objeto de comunicación. En todos ellos, lógicamente, se produce o una terminación anormal del procedimiento (art. 87) o, en las comunicaciones, la mera efectividad de la misma.

En cuanto al ámbito de la obligación de resolver expresamente, la Ley distingue dos supuestos, de un lado existirá dicha obligación en los procedimientos iniciados a instancia de parte, a solicitud del interesado, con los requisitos señalados en el art. 70 y, de otro, también existirá obligación de resolver en los iniciados de oficio, siempre que la instrucción y resolución afecten a los ciudadanos o a cualquier interesado. En definitiva cabe concluir que la obligación de resolver afecta a todo procedimiento administrativo, lo que derivaría no sólo del tenor de la norma (los procedimientos siempre afectarán a los ciudadanos), sino también de los principios constitucionales sobre la actuación administrativa. Y todo ello, con independencia de la normativa sobre los actos presuntos que aquí analizaremos.

También cabe precisar que la resolución expresa será exigible también cuando la Administración se limite a declarar inadmisibile una pretensión, como se deduce del art. 89.4 de la propia Ley.

(12) Martín-Retortillo: *Acotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo*. Civitas. REDA, nº 78, abril-junio 1993.

b) Plazo para la resolución. La indeterminación. El plazo máximo. Cómputo del plazo.

El art. 42.2 configura una fórmula ante la que la doctrina ha saltado unánimemente señalándola contraria a las garantías del administrado. La fórmula es la siguiente:

El plazo máximo para resolver las solicitudes que se formulen por los interesados será el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso. Cuando la norma de procedimiento no fije plazos, el plazo máximo de resolución será de tres meses.

Ante esta remisión a las normas reguladoras de cada procedimiento específico, Santamaría (13) comenta que *no puede ser más desafortunada* y, más adelante que *podrá haber tantos plazos máximos distintos de resolución cuantos procedimientos diferenciados (fácilmente, por encima de mil) y la eficacia garantizadora del silencio pierde, lamentablemente, muchos puntos*. En parecidos términos se expresa Parada (14) que afirma como *hemos retrocedido notablemente en garantías para el administrado*. Este plazo reglamentario es uno de los supuestos clave de deslegalización de la norma y de los que puntualmente multiplicará el número de procedimientos de cada Administración y, en el caso de la Central, de cada Departamento que habrá de precisar y calcular los tiempos normales de instrucción, tramitación y resolución para adoptar en un sentido realista un plazo factible. No es posible, evidentemente, comparar, en el ámbito de la Defensa, por ejemplo, la tramitación de una solicitud de autorización en zonas de interés para la Defensa Nacional, que precisa informes técnicos, análisis del alcance de la solicitud, incidencia en la seguridad y riesgo y múltiples aspectos que exigen lenta y ponderada instrucción y prueba que, en el otro extremo, v.gr. una petición de prórroga de incorporación al servicio militar de segunda clase por razón de estudios, de resolución prácticamente automática.

Cabe decir en este punto que el legislador ha sido objetivo y parte de la consecución de lo posible (15). Si se ha escogido esta vía del silencio positivo o del

(13) Santamaría Pastor: *Comentario sistemático a la L.R.J.P.A.C.* Libros Jurídicos CARPER, Madrid, 1993; pág. 168.

(14) Parada: cit. *Régimen jurídico...*, pág. 174.

(15) Tal vez en esta línea realista podría únicamente, comenzar un proceso de agilización en el que la doctrina parece no creer en absoluto. Así Martín-Retortillo: *Acotaciones escépticas...*, cit., pág. 218, escribe: "Se señala, con razón, que el silencio administrativo "no debe ser un instituto jurídico normal". ¿Cómo es posible recoger tal afirmación cuando, como es sabido, es el comportamiento habitual y generalizado de nuestra actual Administración y nada se hace para evitarlo? Comportamiento de pasividad, que, nótese, hay que ponderar en la doble vertiente que ofrece, tanto en rela-

deber de resolución, para cumplir el compromiso no hay más remedio que particularizar para cada procedimiento, o, en otro caso, haber establecido un plazo supletorio largo (al menos, seis meses) que hubiera dado al traste con lo ambicioso de la reforma en este punto. Lo que ocurre, puestas así las cosas, es que cabe preguntarse hasta qué punto merecía la pena el cambio de sistema, cuando en la práctica la Ley ya de partida limita totalmente los efectos de la reforma, porque, desde luego, el plazo residual de tres meses no va a ser el normal, sino el excepcional. Prueba de ello son los trabajos ya en marcha en los Ministerios en los que los plazos propuestos en los borradores de Reglamento oscilan entre seis meses y un año. Sin duda el pequeño (o grande) laberinto reglamentario sorprenderá al administrado, que deberá conocer los plazos de cada procedimiento para atenerse a los mismos. Tal vez cabría la posibilidad de que la Administración extendiese a este punto la información, ya prevista en lo referente a la relación de procedimientos con actos presuntos estimatorios y desestimatorio del art. 43.5 (16).

No creemos, por otra parte, que pueda resultar fundado el temor expresado por Santamaría (17) cuando apunta la posibilidad de que la norma *no tendrá que establecer de forma expresa y específica plazo alguno, de tal forma que el plazo máximo sería el que resulta de la tramitación ... es decir, el producto de la suma aritmética de los plazos parciales de que se componga el procedimiento...*

Con este autor, pensamos que dicha fórmula es rechazable. Es más, creemos que sería contraria no sólo al espíritu —que lo sería claramente— sino a la letra de la Ley, cuando se refiere a *plazo máximo* (42.2, párrafo primero), a *proponer la ampliación de plazos...* (42.2, párrafo 2º) y, sobre todo, cuando el art. 42.2, pá-

ción con los administrados como, posteriormente, y en su caso, con la posible defensa en juicio de la Administración, y que el silencio sea un comportamiento que por lo generalizado, cabe calificar de patológico, no es afirmación gratuita”.

(16) Art. 43.5: “Cada Administración, para mejor conocimiento de los ciudadanos, podrá publicar de acuerdo con el régimen de actos presuntos previsto en la presente Ley una relación de los procedimientos en que la falta de resolución expresa produce efectos estimatorios y de aquellos en que los produce desestimatorios”.

Se recabó información a los distintos Departamentos Ministeriales por el MAP (cfr. González Pérez-González Navarro *Régimen jurídico...*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 616 y sigs.), información que permitió detectar un total de 1.893 procedimientos, los cuales, a su vez, han sido distribuidos en 17 procedimientos tipo, que darán lugar a otros tantos Reglamentos reguladores, por un sistema de agrupación (v.gr.: personal, subvenciones, etc.). Al final serán los proyectos de esos distintos Reglamentos reguladores de procedimientos tipo, los que únicamente podrán concluirse de forma previsible, al menos en parte, evitando lo que en la doctrina (op. cit.) se ha llamado “balcanización” de nuestro procedimiento administrativo.

Cabría decir con López Menudo (*El régimen transitorio de la Ley 30/92*, REDA, nº 81, enero/marzo, 1994) que si bien hay que reconocer que el enfoque con que la Ley ha regulado el silencio equivale a una exigencia de adecuación positiva de todos y cada uno de los procedimientos especiales preexistentes, no cabe olvidar la eficacia directa que, llegado el caso, pudieran desplegar las reglas del art. 43.2 de la propia L.R.J.P.A.C.

(17) Santamaría: *Comentarios...* cit. pág. 169.

rrafo 3º hace referencia *al plazo inicialmente establecido...*, expresiones, todas ellas, en las que, a nuestro juicio, queda patente la intención del legislador de que se precisen exactamente los límites temporales. Así se encaminan los borradores de procedimiento en preparación en los distintos Departamentos y, pensamos, las directrices del Ministerio de Administraciones Públicas (18).

En la práctica, como apuntábamos antes al analizar las aportaciones de la doctrina más reciente (ver nota 16), lo que se producirá no será el establecimiento de los múltiples procedimientos especiales que se derivarían de cada Departamento y tema, sino que, necesariamente, habrán de agruparse los procedimientos por razón de la materia (por ejemplo: personal, autorizaciones, subvenciones, concesiones, etc.), estableciendo plazos específicos para el grupo de asuntos integrables en esa materia. Tal vez no sea este el sentido o la intención que pretendía el legislador, pero será la única alternativa factible, si, como cabe prever, el plazo de la Disposición Adicional Tercera, en relación con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley, que se ha prolongado por el Real Decreto Ley 14/1993, de 4 de agosto, concluye sin que se haya producido una adecuación casuística de los procedimientos, tal vez porque se haya escogido esta fórmula intermedia de tramitación por grupos o por materias. El término final será el 27 de agosto de 1994 en el que difícilmente el proceso de positivación jurídica completo pretendidamente exigido por la Ley, sobre todo en materia de adopción del nuevo mecanismo del silencio administrativo no será probablemente conseguido, lo que inclina a pensar por esa apuntada solución intermedia de agrupación de procedimientos.

El cómputo del plazo para la resolución comenzará el día en que se dicte el acto de incoación (en los procedimientos de oficio) y el día en el que tenga entrada la solicitud del interesado en los registros del órgano competente (art. 48.4). La regla tradicional de que el *dies a quo* no se computa para el término se proclama en este precepto. La doctrina (v.gr. Gonzalo Pérez-González Navarro) critica el párrafo segundo del propio art. 48.4 cuando hace referencia *a los restantes plazos*, es decir, los de cómputos por meses o años, en los que el cómputo se contará a partir del día de notificación o publicación del acta, con un abandono de la regla tradicional (19). En este punto habrá de plantearse si el registro a que se hace referencia es el situado en cualquier lugar (v.gr. el del Gobierno Militar de Menorca o, más aún, el de la Agregaduría Militar de Buenos Aires) o precisamente el Registro del Órgano que ha de resolver (v.gr. el del Cuartel General de la Armada, en el caso de una Reso-

(18) Por ejemplo, la propuesta de Santamaría, cit. pág. 169, que expone: "Ante tales objeciones, no cabe otra posibilidad interpretativa razonable que la de que la norma procedimental sectorial establezca un plazo máximo a forfait, esto es, un plazo único y simple, cuantificado expresamente de una sola vez, como tres meses, seis meses, o diez años: el que sea. En defecto del establecimiento de un plazo en estas condiciones, hay que concluir que la norma guarda silencio, y que habrá de aplicarse el plazo trimestral supletorio de la nueva Ley."

(19) Art. 48.4, párrafo 2º: "Los restantes plazos se contarán a partir del día de la notificación o publicación del correspondiente acto salvo que en él se disponga otra cosa y, respecto de los plazos para iniciar un procedimiento, a partir del día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente."

lución del AJEMA o del AJUCEN y el Ministerio de Defensa, en el de una resolución del Secretario de Estado de Administración Militar). El sistema del registro único del órgano decisor puede dar origen a confusiones, pero creemos que es, matizado por el concepto registral del art. 38 de la Ley, el correcto y ajustado a la práctica. Sin embargo, no está formulado, desde luego, satisfactoriamente porque el precepto no explica si el registro ha de ser el del Órgano que tramita o el del que resuelva, en los casos en que no coincida, ni tampoco si ha de ser alguno provincial o el específico del Órgano Central. Creemos, en principio, que ha de ser el del que resuelva que, desde la primera fase, deberá conocer la solicitud y la iniciación, precisamente porque va dirigida a él y que el cómputo habrá de verificarse desde la fecha anotada y hecha constar en sus registros específicos.

La Instrucción 25/93, de 18 de marzo, del Secretario de Estado de Administración Militar trata del tema de los Registros en la regla segunda estableciendo un *registro general común en un mismo Acuartelamiento o Establecimiento* y luego prevé la remisión el mismo día de los escritos, por medios informáticos, al Órgano competente para iniciar, instruir o, en su caso, resolver.

En cualquier caso se ocasionan una vez más incertidumbres al administrado que difícilmente tendrá certeza del auténtico *dies a quo* para los cómputos, pero si se adopta el criterio de dar validez a ese efecto a la presentación en cualquier registro, la Administración, a cambio de otorgar esa mayor seguridad jurídica tendría un motivo más para ampliar el plazo total, procedimental. El tema ha sido también objeto de debate. Santamaría (20) se inclina por la tesis aquí sostenida del *órgano de destino*, Parada no se plantea este extremo. En cualquier caso es cuestión dudosa, comenzando por el propio tenor del art. 48.4, (párrafo 2º), al referirse a los registros —en plural— *del órgano competente*. De esta expresión deducimos que la entrada habrá de tener lugar en cualquiera de las dependencias registrales, ya sea el registro general o ya los auxiliares, siempre que sean registros dependientes del órgano competente en la resolución. Así se deduce de los apartados 1 y 2 del art. 38 (21) cuando estudian la creación de *otros registros en las unidades*

González Pérez-González Navarro: (*Régimen jurídico...*, 2ª Edición, pág. 644), se preguntan cual es la razón del abandono de la regla tradicional y llegan a la conclusión de que se trata de un malentendido del legislador, en tanto en cuanto, partiendo de que el Tribunal Supremo tuvo que aclarar reiteradamente la frase “de fecha a fecha”, que empleaba la L.P.A., porque mucha gente se equivocaba al realizar el cómputo de esta manera, el legislador ha pretendido resolver la cuestión en los cómputos por meses y años con el resultado de la reducción en un día de estos plazos, en el sentido de que cuando un acto notificado el 2 de abril, con el plazo de un mes para impugnación, tendrá como fin de cómputo el día 1 del mes siguiente.

(20) Santamaría, cit., *Comentarios...*, pág. 179, afirma: “de otro modo, habida cuenta de la eliminación del plazo perentorio para que los registros remitan los documentos presentados en ellos al órgano de destino (art. 38.2), los particulares podrían facilitar artificialmente la producción de silencio positivo mediante la presentación de los escritos de iniciación en registros sobrecargados de trabajo o situados en lugares exóticos”.

(21) Art. 38.1 y 2: “1. Los órganos administrativos llevarán un registro general en el que se hará el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en

auxiliares, con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones, pero, eso sí, deberán ser registros específicos del propio órgano.

Con todo no es cuestión clara y traerá consigo problemas de interpretación, pendientes, como en tantos otros casos de la ley, de la doctrina jurisprudencial.

c) La posible ampliación del plazo

Se contempla en los párrafos segundo y tercero del art 42.2, para los casos de pluralidad de solicitudes que, al hacer compleja la tramitación, impidan el cumplimiento de los plazos previstos en el procedimiento. El órgano, en dicho supuesto (22), puede proponer la ampliación de los plazos no superior al inicialmente es-

cualquier unidad administrativa propia. También se anotarán en el mismo, la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos o particulares. 2. Los órganos administrativos podrán crear en las unidades administrativas correspondientes de su propia organización otros registros con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones. Dichos registros serán auxiliares del registro general, al que comunicarán toda anotación que efectúen. Los asientos se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los escritos y comunicaciones, e indicarán la fecha del día de la recepción o salida. Concluido el trámite de registro, los escritos y comunicaciones serán cursados *sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro que hubieran sido recibidas.*"

González Pérez-González Navarro: cit. pág. 513 y sigs., parten de que el art. 65 L.P.A. estaba inspirado en el propósito de acabar con la multiplicidad de registros, refiriéndose a "un único registro, en el que se hará el correspondiente asiento de todo escrito... que se reciba...".

El art. 151 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado por D. 2568/1986, de 28 de noviembre, configuraba que en todas las Entidades Locales "habrá un registro general para que conste con claridad la entrada...", caracterizándolo como "único registro general", sin perjuicio de una organización registral desconcentrada.

La L.R.J.P.A.C. ha rectificado en este punto a la L.P.A., en la misma línea del citado art. del R.O.F. de las Entidades Locales y el art. 38 prevé, junto al "registro general", "otros registros" (art. 38.2), a los que califica de "auxiliares del registro general". La norma probablemente se propone conseguir (art. 38.3) la informatización de todos los registros y con esta fórmula configurar la idea de registro único. La fecha de presentación será la del registro de entrada, en cualquiera de los lugares del art. 38.4, sin que se haya recogido una regla similar a la del art. 66.5 L.P.A. cuando hacía referencia a que los escritos se tenían como presentados ("han tenido entrada") en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregados en cualquiera de las dependencias que se citaban.

Pues bien, esta omisión sobre los efectos de la presentación indirecta y el momento de iniciación del procedimiento no debe tener consecuencia para el administrado y por tanto la presentación en cualesquiera de los lugares aceptados y admitidos ha de surtir efectos.

(22) Art. 42.2, párrafos 2º y 3º: "Cuando el número de solicitudes formuladas impidan razonablemente el cumplimiento de los plazos previstos en el procedimiento aplicable o el plazo máximo de resolución, el órgano competente para instruir o, en su caso, resolver las solicitudes, podrá proponer la ampliación de los plazos que posibilite la adopción de una resolución expresa al órgano competente para resolver o, en su caso, al órgano jerárquicamente superior. La ampliación de los plazos a que se refiere este artículo no podrá ser superior al plazo inicialmente establecido en la tramitación del procedimiento".

tablecido de forma reglamentaria, y a falta de este el de tres meses. La norma no prevé como se comunicará tal decisión a los interesados, ni el medio de verificarla. Parece jurídicamente oportuna dicha comunicación del acuerdo, si bien la Ley guarda silencio y sólo afirma que contra el mismo no cabe recurso alguno lo que lo configura como acto de trámite de los que no dan lugar a recurso, conforme a la delimitación del art. 107.1.

d) Exigencia de responsabilidad en el deber de resolver

El párrafo segundo del art. 42.3 que cierra el precepto reclama la exigencia de responsabilidad disciplinaria o de remoción del puesto de trabajo.

La primera reflexión es sobre la aparente imperatividad del precepto. No dice *podrá dar lugar...*, sino *dará lugar...* El segundo extremo a considerar es plantearse la pregunta: responsabilidad ¿de quien? Lógicamente del funcionario, pero se da la circunstancia de que normalmente el funcionario no *dicta resolución expresa*, que es la obligación de la Administración por cuyo cumplimiento se vela, sino que es mero instructor o informante que prepara una resolución que dicta el órgano político (Alcalde, Ministro, Secretario de Estado, etc.), cuya responsabilidad *disciplinaria* no parece factible, aunque sí, en su caso, la posible *remoción*, pero, sin duda, no piensa en ello la Ley que habla de remoción *del puesto de trabajo* (de catálogo) que sólo lo ostenta el funcionario, no el titular del Órgano político, todo lo cual implica, cuando menos, imprecisión (23).

Una última reflexión sobre este punto para significar que esta responsabilidad en el retraso es compatible con la genérica de la Administración (24), por la formulación de la Ley en el art. 42, respecto del deber de resolución, también compatible con la *responsabilidad en la tramitación*, del art. 41 que, esa sí, corresponderá realmente al funcionario que retrasa la misma.

(23) Así, Parada, cit. pág 171, escribe: "Pero toda esta presión sobre los funcionarios tendría algún sentido si en manos de aquéllos estuviera la potestad de resolver los expedientes y los procedimientos, como la Administración de Justicia está en manos de los jueces. Pero no es así porque esa potestad de resolver los expedientes, tanto los ampliativos de derechos como los limitativos o sancionadores, el ordenamiento jurídico administrativo la atribuye, ordinariamente, a los titulares de los órganos, es decir, son de la competencia de los Alcaldes y Concejales, Directores Generales, Consejeros Autonómicos, Secretarios de Estado, Ministros y Gobiernos del Estado y de las Comunidades Autónomas, o a los que por no ser funcionarios en sentido técnico no les alcanza ninguna responsabilidad disciplinaria, ni siquiera la remoción del puesto de trabajo que deben a sus electores. Al final, pues, descubrimos con sorpresa que toda esa regulación no sirve para nada." (24) Art. 106.2, C.E., Título X de la Ley y R.D. 429/93, de 26 de marzo.

III. LOS ACTOS PRESUNTOS

A) Concepto

Antes de nada digamos que en estos preceptos que estudiamos (arts. 42 al 44) y, en particular, en el art. 43 la Ley ha refundido el análisis no sólo del denominado silencio positivo, sino también del negativo, refiriéndose sucesivamente el precepto a las consecuencias del vencimiento del plazo de resolución (nº 1), resoluciones que se podrán entender estimadas (nº 2), solicitudes que han de considerarse desestimadas en procedimientos iniciados a instancia de parte (nº 3), caducidad en los procedimientos de oficio (nº 4) y posibilidad de que cada Administración publique una relación de procedimientos en los que la falta de resolución expresa produce efectos estimatorios o desestimatorios (nº 5).

La conjunción en la regulación de ambos silencios no excluye la preferencia o presencia básica en el precepto de la presunción estimatoria por carencia de resolución dentro de los plazos, *en todos los casos de solicitudes, en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa* (25).

Tal vez convenga poner en paralelo la comparación entre la precedente y la actual regulación (26):

REGULACION EN LA L.P.A.

- Si en tres meses no hay resolución, se puede denunciar la mora y tres meses después se considera desestimada la petición (artículo 94 L.P.A. y 38.1 L.J.C.A.).

(25) Vid. sobre este punto González Pérez: *Ante la nueva regulación del procedimiento administrativo*, en REDA nº 77, enero-marzo, 1993, pág. 31. También González Pérez-González Navarro (cit. págs. 604 y sigs.), parten del número 9, apartado 5º y 6º de la Exposición de Motivos en la que se habla de la superación de la doctrina del llamado silencio administrativo, lo que a la vista de la reforma ponen en tela de juicio, de un lado, por la deslegalización hecha en la Disposición Adicional Tercera de toda la regulación sobre el procedimiento y, por tanto, sobre el silencio y, de otro, porque entienden que en adelante parece que la postura parece ahora que hablará siempre, aunque sea certificando que no resuelve, lo que critican considerando que puede dar lugar a un "llame a otra puerta". Ello les hace pensar que nuevamente estamos ante una ficción legal y no ante una presunción, a su juicio "porque se sabe con certeza que la Administración no ha resuelto es por lo que puede y debe hablarse de ficción: a ese hecho de la no resolución la Administración (por el desarrollo reglamentario de la Adicional 3) o, en su caso la Ley (art. 43.2 y 43.3) le atribuye una determinada valoración, positiva o negativa, esto es, finge que ha sido estimada la petición, o, por el contrario, finge que ha sido desestimada. Acto ficticio y no acto presunto".

(26) Contraste claramente expuesto y pormenorizado en *Comentarios a la nueva L.R.J.P.A.C.*, por Ignacio Guerrero, Miguel Rodríguez de Paterna, José María López de Celis, José Quetglas y Javier Fernández-Corredor, todos ellos Oficiales del Cuerpo Jurídico destinados en la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército. Suplemento a la Revista Ejército, mayo 1993, págs. 12 y 13. También Guerrero Sánchez de Puerta: *La nueva L.R.J.P.A.C.*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 81, 17 de diciembre de 1992, pág. 3.

- Cuando se trata de un recurso de alzada, se entiende desestimado por el transcurso de tres meses sin necesidad de denunciar la mora (art. 125.1 L.P.A.).
- Sólo se produce silencio positivo si existe disposición expresa que lo autorice o cuando se trata de autorizaciones de órganos superiores sobre actos de los inferiores, produciéndose en este caso a los tres meses desde la consulta (art. 95 L.P.A.).

A) REGULACION EN LA LEY 30/92. SILENCIO POSITIVO.

* Cuando se trate de la concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo.

* Solicitudes cuya estimación faculte al interesado para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo cuando implique transferencia de facultades relativas al dominio o servicio público.

* En general cuando la normativa aplicable para resolver la solicitud no establezca que ésta quedará desestimada si no recae resolución expresa. Es decir, el silencio será positivo si la norma aplicada omite pronunciarse sobre las consecuencias de la falta de resolución, lo que exigirá una rápida adaptación de gran parte de las normas reglamentarias que se vienen aplicando en multitud de cuestiones.

A estos grupos enumerados en el art. 43.2 habrá de añadirse el supuesto del art. 111.4, regulador de la suspensión de la ejecución de un acto a falta de resolución expresa en los 30 días siguientes desde su solicitud.

B) SILENCIO NEGATIVO.

—En todo caso se entiende DESESTIMADA la solicitud:

* Cuando se formula por la vía del derecho de petición.

* Cuando se refiera a la resolución de un recurso administrativo, salvo que éste se interponga contra una acto denegado por desestimación presunta.

—*Requisitos para la eficacia de la resolución presunta.*

Con arreglo al régimen que establece al nueva Ley (art. 44), la resolución presunta, ya sea negativa o positiva, requiere en todo caso que previamente se emita CERTIFICACION por el órgano que debió resolver, el cual ha de expedir esta certificación en PLAZO DE 20 DIAS desde que se le solicite, salvo que en dicho plazo HAYA DICTADO RESOLUCION, con lo que esta preceptiva solicitud de certificación juega como una denuncia de mora que alerta a la Administración y le da la oportunidad de resolver antes de que se produzcan los efectos del silencio.

C) PLAZO DE INTERPOSICION DE RECURSOS.

Los PLAZOS PARA INTERPONER RECURSOS administrativos o contenciosos se cuentan desde el día siguiente a la recepción de la certificación o desde el siguiente al vencimiento del plazo en que debió ser emitida. Teniendo en cuenta que los interesados pueden pedir la certificación desde el día siguiente al del vencimiento del plazo para resolver.

De esta regulación podríamos intentar deducir por integración un concepto descriptivo de acto presunto que sería el siguiente: Estimación por la Administración de una solicitud en materia prevista al efecto, motivada por el transcurso del plazo

para resolver, establecido para el procedimiento de que se trate y probada mediante la oportuna certificación.

B) Requisitos

Son, por consiguiente, tres: a) Transcurso del plazo procedimental, b) Que la resolución recaiga sobre materia en la que esté prevista la validez de la denegación presunta y c) Obtención de la certificación correspondiente.

Ello significa que, hasta tanto se produzca la emisión de la certificación el acto presunto tiene una validez limitada y no es alegable eficazmente *erga omnes* (27).

En cuanto al requisito de que se trata de materia comprendida en el ámbito de aplicación del silencio positivo nos encontramos con la relación de materias incluidas en el art. 43.2, con las excluidas del art. 43.3 y con la posibilidad de poseer en el futuro un listado de materias de ambos grupos si se cumplen las expectativas del art. 43.5.

C) Resoluciones que han de entenderse estimadas

La norma estudia varios grupos de resoluciones. El primero de ellos es el de *solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo*.

No aparenta el texto problemas de análisis. Como señala Santamaría (28) *proviene del art. 1 del R.D. 1/86, de 14 de marzo, según el cual las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de Empresas o centros de trabajo se entenderán otorgadas por silencio administrativo positivo sin necesidad de denuncia de mora, transcurrido el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de presentación de la solicitud, salvo que precisamente tuvieran establecido plazo inferior siempre que las peticiones estén debidamente documentadas y se ajusten al Ordenamiento Jurídico. La norma también salvaguarda en favor del silencio negativo conforme al art. 94 L.P.A. las licencias y autorizaciones incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo recogido, en las materias señaladas en el anexo del Real Decreto Ley.*

En el proyecto de Ley del Gobierno se añadía, como señala Parada (29) la salvedad de los supuestos de la Disposición Adicional Tercera, en los que *se entenderá, por el contrario, desestimada la solicitud* y enumeraba las materias: *referidas a armas, explosivos, industrias de interés militar, zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, ordenación del seguro privado, bancos, cajas de*

(27) Cfr. Santamaría, cit. pág. 171.

(28) Santamaría, cit., pág. 172.

(29) Parada, cit., *Comentarios...*, cit., pág. 176.

ahorro y cooperativas de crédito, sociedades de garantía recíproca y sociedades de crédito hipotecario, sociedades gestoras de inversión colectiva y gestoras de patrimonios, empresas reproductoras o gestoras de residuos tóxicos, empresas del sector de hidrocarburos, eléctricas, nucleares, radiactivas, reconversión industrial, empresas de seguridad, juegos de suerte, envite o azar y máquinas recreativas, apertura por razones de seguridad de sucursales bancarias, loterías, despachos de apuestas mutuas, estaciones de servicio, transportes por carretera, y aéreo no regular estando previsto que esa enumeración podía modificarse por Decreto del Gobierno.

¿Qué reflexiones hemos de reflejar a la vista de este supuesto a)? Las siguientes, *prima facie*:

1.º Se recoge una normativa precedente, del R.D. 1/86, de 14 de marzo (30).

2.º Se mantienen las mismas excepciones que en la norma trasladada en parte, el Real Decreto ley, que, debe entenderse que continúa en vigor con la normativa urbanística aludida —ver nota anterior— por lo que la norma restringe y no era precisa.

3.º Se proclama, por tanto, indirectamente la conclusión del precepto del citado Real Decreto Ley, punto de partida de toda la sistemática del silencio positivo. Los límites del mismo estarán siempre que las peticiones *se ajusten al ordenamiento jurídico*. Y, por otro lado, la vigencia de las excepciones concretas (las empresas del Anexo del Real Decreto Ley) queda clara por aplicación del art. 43.2,c), según el cual (hay excepción) *en todos los casos (de) las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa*, norma de importancia trascendental si se piensa que contiene una *habilitación* deslegalizadora que supone un posible riesgo de que por la Administración se dicten procedimientos en vía reglamentaria proclamando que en los mismos la regla será excepcionar los supuestos que contemplen del silencio positivo y, por consiguiente, generalizar en alguna medida el silencio negativo una vez más.

¿Podrá regularse por vía reglamentaria esta excepción factible al silencio positivo? Ante esta posibilidad, que Santamaría considera real (31) ha reaccionado algún autor (32) casi escandalizado, señalando que *... no se dice que el rango (de la normativa de aplicación) haya de ser la Ley. Hay que apresurarse a poner un freno contundente: tiene que ser una Ley. No es posible, en rectos principios, admitir que sea la propia Administración la que administre los efectos que ha de pro-*

(30) Sáinz de Robles: *El silencio administrativo en la Ley 30/92*, en TAPIA, *Publicación para el mundo del derecho*, marzo-abril de 1993, señala la restricción que supone el apartado respecto al art. 9.1.7, a) y c) del Reglamento de Servicios citado de las Corporaciones Locales, a su vez restringido por el art. 242.6 de la vigente Ley del Suelo de 1992, al igual que la de 1976, que, además, como normas especiales, siguen vigentes.

(31) Santamaría, cit., *Comentarios...*, pág. 173, escribe: “no creo que se pueda calificar de malicioso si afirmo que la totalidad (o al menos nueve de cada diez) de las normas reguladoras de procedimientos sectoriales que se dicten en los próximos años van a hacer uso de esta habilitación, invirtiendo de facto la tendencia a la generalización del silencio positivo a la que la Ley parece apuntar”.

(32) v.gr. Sáinz de Robles: *El silencio...*, cit., pág. 2.

ducir el incumplimiento de su deber de resolver expresamente.... Más adelante, en parecidos términos, alude a la seriedad del ordenamiento y a la necesidad de respetar el propósito de la Ley 30/92.

Los argumentos tienen, en cuanto al fondo, el peso de la razón, de la lógica y la contundencia de fundarse en la jerarquía normativa, pero en la forma la Ley guarda silencio escudándose en el eufemismo *normativa*, tan típico, tan usado y abusado en el lenguaje administrativo común. ¿Por qué? Pues, sencillamente porque —creemos— se piensa, en un desarrollo reglamentario y no otra cosa cabe deducir de la expresión *procedimientos sectoriales*. El freno contundente no existe hoy. Esperemos que sea la propia Administración la que lo ponga, utilizando sus facultades de forma ajustada a la *mens legislatoris*.

Hemos abandonado, en nuestro itinerario, al saltar al art. 43.2,c), el apartado b) del propio art. 43.2 (33) que, desde luego, no es un modelo de claridad. Sobre él escribe Guerrero (34) que incluye una fórmula ambigua y amplia, por cuanto gran parte de las reclamaciones tienen ese objeto y, justamente, el procedimiento irá dirigido a precisar si existió o no tal derecho.

Santamaría y Garrido Falla-Fernández de Pastrana (35) se plantean el tema. El primero de ellos refiriéndose a la cuestión de la identificación de los *derechos pre-existentes*, siempre dudosos, salvo en el caso del derecho de propiedad y que él asume como los no prohibidos legalmente y, de otro lado, a las excepciones (transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público) que para el autor integra una noción de dominio público, referido al uso privativo y otra de servicio público, que —añade— ha de tomarse en su concepción estricta. Por su parte, Garrido Falla-Fernández de Pastrana consideran el supuesto como referido a las autorizaciones administrativas en sentido clásico.

Pensamos con Sáinz de Robles (36) que estos derechos serán las restantes solicitudes de licencias, autorizaciones o peticiones no urbanísticas y siempre con el límite de la materia de autorizaciones y concesiones sobre el dominio público o el servicio público, a nuestro juicio, en toda la amplitud de estos conceptos, con lo que las restricciones al silencio positivo aparecen incluso en el lugar en que teóricamente no debían citarse. En todo caso parece, en materia de dominio público, que claramente en la regulación legal se deduce la necesidad de concesiones o autorizaciones expresas. Para Garrido Falla-Fernández de Pastrana (37) en efecto, el

(33) Art. 43.2,b): "Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, en cuyo caso se entenderán desestimadas."

(34) Guerrero Sánchez de Puerta: *La nueva Ley...*, cit., pág. 2.

(35) Santamaría: *Comentarios...*, cit., pág. 172.

(36) Sáinz de Robles: *El silencio...*, cit., pág. 2.

(37) Garrido Falla-Fernández Pastrana (*Régimen...*, cit. pág. 192), señalan como, en el caso del dominio público las autorizaciones para el uso o aprovechamiento de tales bienes no son en sentido estricto autorizaciones, sino la figura intermedia de las admisiones entre aquellas y las concesiones.

silencio se justifica en materia de autorizaciones, concesiones y admisiones (término intermedio entre las dos anteriores) de dominio público, pero en materia de servicio público habrá que estar al significado restringido de este concepto sin extensión a los servicios virtuales o impropios.

Como dice González Pérez (38) primero la jurisprudencia (39) y luego la Ley en el ámbito urbanístico, en particular, consagraron que, para que se produjese una estimación por silencio era necesario que la resolución presunta *no contraviniera* el ordenamiento jurídico.

Esta formulación era similar en la mejor doctrina sobre la materia. Así Enterría y Ramón Fernández (40), Gómez Ferrer (41), García Trevijano Garnica (42) y Martín Mateo (43), los cuales, con diversos matices señalan que la ley no puede querer que el silencio positivo se aplique para conculcarla, aún partiendo de la inseguridad jurídica que deriva de esta técnica al posibilitar que en cualquier momento la Administración podrá estimar (aún en fase de ejecución de lo presuntamente autorizado o concedido) no ajustada a derecho la petición y paralizar aquella (44).

Ante esta situación, doctrina y jurisprudencia han formulado distintas propuestas aunque casi todas coherentes con los postulados aquí defendidos. Así Martín Mateo (45) señala que sería excesivo extremar las virtualidades de estas técnicas (del silencio positivo) si con su aplicación se sancionasen efectos que, de haber mediado pronunciamientos expresos, hubiesen sido susceptibles de invalidación... En cuanto a la jurisprudencia, como señala Jiménez Blanco (46) *no opera (el silencio positivo) de modo automático, sino sólo cuando se observan determinadas ga-*

En estos supuestos no preexisten derechos subjetivos en el particular de modo que el derecho (y no sólo el ejercicio) nace o se perfecciona por virtud del acto administrativo, por ello que el silencio sea desestimatorio en aquellos casos no parece incongruente con este dato diferencial.

En el marco del servicio público, deberán excluirse las concepciones amplias del servicio público, en cuanto si no se corre el riesgo de que buena parte de la actividad administrativa quedaría sustraída del régimen del silencio positivo.

(38) González Pérez: *Ante la nueva regulación...*, cit., pág. 33.

(39) Sobre este punto cfr. Díez Sánchez: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, CIVITAS, Madrid, 1992, págs. 283 y sigs. el cual señala que el silencio positivo suplirá al acto expreso sólo supeditado a la salvaguarda de la legalidad.

(40) Enterría y R. Fernández, *Curso...*, cit., pág. 583.

(41) Gómez Ferrer: *El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional*, en el Libro homenaje al profesor Villar Palasi, págs. 509 y sigs.

(42) García Trevijano Garnica: *Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo*, en RAP, nº 110, pág. 51.

(43) Martín Mateo: *Manual de Derecho Administrativo*, 13ª edición, Madrid, 1990 y *Silencio administrativo y autoridad autorizante*, en RAP, nº 48, 1965, pág. 206.

(44) cfr. Díez Sánchez: *El procedimiento...*, cit., pág. 312.

(45) Martín Mateo: *Silencio administrativo...*, cit., pág. 238.

(46) Jiménez Blanco: *Silencio administrativo: Un análisis de jurisprudencia*, D.A. nº 208, págs. 129 y sigs.

rantías. Son numerosas las SS.TS. (47) que apoyan la formulación aquí expuesta en relación con la normativa del silencio positivo en la L.P.A., en el sentido de que lo otorgado por ésta en la resolución presunta prospere cuando lo que resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a las leyes. Todo ello hizo sugerir propuestas de lege ferenda a la doctrina que, no centrándose en las generalizadas de las resoluciones presuntas contrarias o no ajustadas a derecho, se encaminan al ámbito más seguro de la nulidad de pleno derecho, como límite para otorgar efectos a una autorización por silencio positivo (48). En ese camino de dudas entre el principio de legalidad y la nulidad de pleno derecho como fronteras para la admisibilidad de la autorización presunta, la jurisprudencia se inclina más recientemente por ésta última en la S.T.S. de 31.01.89, cuando señala que una Administración que "utiliza el llamado silencio administrativo como medio para excusar el cumplimiento de ese deber (de resolver), debe asumir las consecuencias de la posible duda en la interpretación que no debe perjudicar al administrado.

En este punto la doctrina ha hecho críticas de aquella jurisprudencia incluso añadiendo que el hecho de que se trate de servicios esenciales o no esenciales no altera la cuestión y puntualizando que en la nueva Ley, como dicen Garrido Falla-Fernández Pastrana (49) en ningún sitio aparece ahora el condicionamiento positivos del silencio a que la solicitud o la pretensión del particular sea conforme con el ordenamiento jurídico. Por su parte De la Nuez Sánchez-Cascado (50) precisa que la Administración no queda ni mucho menos indefensa ante el acto presunto grave viciado, teniendo en cuenta que su eficacia está condicionada a la emisión de la correspondiente certificación, antes de la cual existe un primer control de legalidad y, por otro lado, iniciado el procedimiento de revisión de oficio, la Administración cuenta además con la posibilidad, prevista expresamente, de suspender el acto en cuestión, de acuerdo con el art. 104 de la Ley. Esta postura nos parece absolutamente coherente con nuestro razonamiento. La Administración podrá

(47) Vid. SS.TS. de 03.03.78; 13.10.79; 21.12.79; 24.12.79; 20.06.80; 07.10.80; 22.10.81; 27.05.82; 17.01.84, etc.

(48) Así, Enterría y R. Fernández: *Curso...*, cit., pág. 583 y sigs.

(49) Garrido Falla-Fernández Pastrana: (*Régimen jurídico...*, cit., págs. 201 y sigs.). Precisan que la propia Ley incluye ahora entre los supuestos de nulidad de pleno derecho los que afectan no sólo a los actos expresos sino a los actos presuntos "contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derechos cuando se carezcan de los derechos esenciales para su adquisición" (art. 62.f)), lo cual significa, a su juicio, que: a) los demás vicios que afecten al acto presunto no son determinantes de la nulidad, sino, a lo sumo, de la anulabilidad del mismo; b) la eliminación de tales daños ha de producirse o bien en vía de recurso (art. 43.3.b)) o a través de procedimiento de revocación de oficio o revisión de oficio (arts. 102 y sigs.) y c) el art. 105 de la Ley permite a las Administraciones Públicas la revocación en cualquier momento de los actos expresos o presuntos no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico, lo que a contrario sensu significa que no puede la Administración revocar o desconocer los actos presuntos en los casos a que se refieren los arts. 102 y 103 de la propia Ley.

(50) De la Nuez-Sánchez Cascado (*La nulidad de pleno derecho de los actos presuntos en la Ley 30/92...*, en *Actualidad Administrativa*, nº 11, semana del 14 al 20 de marzo de 1994, págs. 187 y sigs).

revisar de oficio los actos obtenidos por silencio positivo contrarios al ordenamiento o, si procede, interponer recurso de lesividad y además ostenta la prerrogativa de atender a dicha situación cuando se le solicite la certificación y la propia de la suspensión, iniciado el procedimiento de revisión de oficio, cuando el acto pueda causar perjuicio de imposible o difícil reparación.

D) La abstención en la resolución del art. 43.1, párrafo segundo

En la regulación precedente, con frecuencia en el ámbito urbanístico, cuando se producía esa colisión con el ordenamiento jurídico, la Administración podía dictar una resolución expresa desestimatoria posterior que dejaba sin efecto la resolución presunta contraria a derecho, sin que fuese necesario acudir a los procedimientos de revisión.

En la actual norma, el art. 43.1, párrafo segundo (51) proclama la abstención en la resolución cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el art. 44.

¿Cómo se compadece y coordina coherentemente este precepto con el art. 62.1,f) (52) en el que se proclama, *prima facie*, lo que pudiéramos llamar la fórmula tradicional?

Creemos que normalmente el desarrollo de un caso hipotético, con sus respectivas consecuencias podría ser el siguiente:

1.º Solicitud del administrado (iniciación del procedimiento, por el art. 70 y sigs.).

2.º Transcurso y vencimiento del plazo reglamentario (art. 42.2).

3.º Solicitud de certificación del acto presunto (art. 44.2). En este punto, la Administración podrá:

a) Dictar resolución expresa (antes de expedir la certificación, es decir, antes de los 20 días a contar desde dicha petición de certificación), de acuerdo con el art. 44.2, *in fine*.

b) Emitir la certificación del acto presunto (art. 44.3, párrafo primero) (53), incluyendo los efectos generados por la ausencia de resolución expresa.

(51) Art. 43.1, párrafo 2º: "El vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones Públicas de la obligación de resolver, pero deberán abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el artículo 44".

(52) Art. 62.1, f): "Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:... f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición."

(53) En este punto, Parada, cit.: *Comentarios...*, pág. 78, considera que en la propia certificación el funcionario podrá declarar el acto contrario al ordenamiento y nulo de pleno derecho, con lo que la certificación se convertirá en un nuevo acto administrativo recurrible en sí mismo. En este sentido escribe "Sin embargo, puede ocurrir que a través de la expedición del certificado se arruine toda la regulación anterior, pues siempre cabe que el funcionario exprese en el certificado que el inicial efecto negativo lo ha sido positivo, o viceversa, que el previsto efecto positivo es contrario al

c) No emitir la certificación, en cuyo caso se sustituirá ésta por la *exhibición de la petición* de la misma (art. 44.3, párrafo segundo).

En el caso del apartado a) termina la fase de acto presunto y pasamos a un nuevo acto expreso, que, según la doctrina, como hemos visto, podría darse también a través de la certificación (apartado b). En este último supuesto y en los de carencia de certificación surtirán sus efectos el silencio positivo, admisión de lo solicitado y, en su caso, apertura de la vía de los recursos (art. 44.5).

4.º La Administración deberá abstenerse (de resolver cuando se haya emitido la certificación (art. 43.1, párrafo segundo).

Esto significa que, en relación con los actos presuntos positivos sólo caben resoluciones expresas, en su caso, cuando confirmen el acto presunto, siendo inadmisibles aquellas que modifiquen, reduzcan o desconozcan los derechos obtenidos por aquel. No obstante, en relación con los actos presuntos negativos, como dice Garrido Falla-Fernández de Pastrana (54) nada se opone a que pueda la Administración dictar resolución expresa fuera del plazo de 20 días siguientes a la solicitud de certificación del acto presunto, porque este no es declarativo de derechos para el particular, de modo que nada impide que la Administración modifique (art. 105) y menos que lo confirme.

No obstante, volviendo a los actos presuntos positivos, lo que sí podrá es *revisar de oficio*, por la vía del art. 102 (55) el acto presunto nulo, contrario al or-

ordenamiento nulo de pleno derecho de conformidad con el art. 61.1.c), que así lo declara respecto a los actos presuntos que carezcan de los requisitos esenciales para la adquisición de las facultades o derechos pretendidos. En estos casos es obvio que el certificado mismo se constituirá en un nuevo acto administrativo expreso que podrá ser judicialmente recurrido como tal.”

(54) Garrido Falla-Fernández de Pastrana (*Régimen jurídico...*, cit., pág. 206). En relación a los actos presuntos negativos añaden que un problema distinto “es el de si la resolución expresa reabre o no los plazos para recurrir, habida cuenta de los términos taxativos del art. 44.5 de la Ley. Nos inclinamos por la afirmativa en cuanto a la reapertura de plazos, toda vez que en todo caso se tratará de una resolución autónoma cuyo contenido puede tener aspectos distintos e independientes de la resolución presunta.

(55) Art. 102: “1. Las Administraciones Públicas podrán en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el art. 62.1, que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo. 2. El procedimiento de revisión de oficio, fundado en una causa de nulidad, se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de esta Ley. En todo caso, la resolución que recaiga requiere dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, y no es susceptible de recurso administrativo alguno, sin perjuicio de la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. 3. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de un acto podrán establecer en la misma resolución por la que se declara esa nulidad, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley. 4. Transcurrido el plazo para resolver sin que se hubiera dictado resolución se podrá entender que ésta es *contraria a la revisión del acto*. La eficacia de tal resolución presunta se regirá por lo dispuesto en el artículo 44 de la presente Ley.”

denamiento jurídico *por el que se adquieren facultades o derechos...* siempre que se carezca (por el interesado) de las facultades esenciales para su adquisición (art. 62.1,f).

Es decir, la posibilidad de revisar, truncada —*deberá abstenerse*— por el art. 43.1, párrafo segundo, queda abierta si se dan los requisitos de nulidad de pleno derecho del acto presunto del art. 62.1,f), siempre con dictamen favorable del Consejo de Estado y siguiendo obviamente todo el procedimiento para la revisión de oficio por iniciativa propia, en conformidad con el citado art. 102, en relación con el Título VI de la Ley (arts. 68 y sigs.).

Este punto nos parece absolutamente fundamental, porque supone, como vemos, que la Administración, siempre que se dé la circunstancia del art. 62.1,f) tendrá abierta la nulidad de pleno derecho de los actos presuntos, también los expresos, contrarios al ordenamiento, por los que se adquieren facultades o derechos (es decir, la mayoría de los que tienen su origen a instancia de parte) cuando concurra la carencia de requisitos. La solución ha sido criticada por González Pérez-González Navarro que afirman que no tiene lógica aunque esté fundada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la licencia urbanística y aunque lo incorpora luego la Ley del Suelo en la reforma de 1975 y, más tarde el Decreto de la Generalitat de Cataluña de 25 de marzo de 1991 (Diario Oficial de Cataluña de 22 de mayo de 1991), sobre supuestos de aplicación del silencio administrativo (en número de 134). Todo ello, conforme expresan los citados autores en idea que compartimos supone además la posibilidad de revisar de oficio sin limitación en el tiempo o *sine die* y puede servir de solución indirecta a la problemática del silencio.

La solución en cierta medida es congruente con la más reciente doctrina jurisprudencial antes estudiada, sin perjuicio de los inconvenientes expuestos. Se refuerza el silencio positivo con la abstención de resolución de la Administración y, a partir de ese momento posterior a la certificación, sólo quedará la vía señalada, lo que, entendemos, conlleva no tanto una garantía para el administrado cuanto una garantía para la Administración.

Sin embargo, en las denominadas relaciones triangulares (56), queda el interés de un tercer afectado (aunque en principio sólo sería en casos en que no se le hubiera dado audiencia o vista como tercero interesado) o varios, a los que pudiera perjudicar injustamente una resolución presunta que puede ser contraria a derecho, en principio, que estará viva hasta su revisión (de oficio o a instancia de tercero), una vez que transcurriese la fase de certificación se expidiese esta.

(56) Sobre este punto, cfr.: González Pérez, *Ante la nueva regulación...*, cit., pág. 33. También González Pérez-González Navarro (*Régimen jurídico...*, cit., págs 633, donde plantean que en tales procedimientos se establecerán al menos dos tipos de problemas, los de solicitud de un interesado a la que se opone otro y los de solicitudes concurrentes y de otorgamiento excluyente. En ambos supuestos los autores plantean que se pueden llegar a resultados absolutamente contrarios a la pretensión de la norma premiando a quien se adelante en la petición del certificado de acto presunto.

El propio González Pérez (57) apunta en este aspecto una última derivada, relativa al choque entre la nueva formulación y la regulación del silencio positivo en la ley del Suelo, en la que se exige que la resolución presunta sea acorde con el ordenamiento, pudiendo ser por ello sustituida simplemente por una resolución expresa posterior, sin necesidad de revisión. A juicio del ilustre profesor —en el ámbito urbanístico— el criterio específico de la normativa especial *diffícilmente puede estimarse* que quede sustituido por el nuevo sistema o que este pueda *prevalecer* sobre aquél, cuestión esta discutible, a nuestro parecer, por el carácter general y la vocación universal del sistema de la L.R.J.P.A.C..

En cualquier supuesto, la regulación estudiada puede considerarse congruente a nuestro juicio, inconvenientes aparte, con el sistema de garantías del administrado preconizado en la reforma.

E) Límites de aplicabilidad de la eficacia del acto presunto: El derecho de petición y la resolución de recursos administrativos

La regulación del silencio negativo se verifica en el punto 3 del art. 43 de la Ley, en este caso no como una regla general, sino como la excepción al principio de estimación de la resolución presunta. En la concepción tradicional del silencio, es decir, en la aquí regulada, la presunción de desestimación nunca eximía de la obligación de resolver (58). Ahora la Ley asigna un efecto denegatorio a los supuestos cuya interpretación resulta menos compleja que la verificada en los preceptos anteriores. De un lado, se excluyen del silencio positivo los procedimientos tramitados en relación al ejercicio del derecho de petición por los administrados y, de otro, la resolución de los recursos administrativos, si bien en relación a este último supuesto, se señala, como veremos, una importante excepción.

En cuanto al derecho de petición, su inclusión en este lugar pudiera parecer incluso ociosa, habida cuenta de la propia naturaleza del mismo. Tratado en todo

(57) En relación a la legislación urbanística, cit.: *Ante la nueva regulación...*, págs. 31 y sigs.

(58) Como hemos visto en la introducción de este trabajo el silencio negativo actuó siempre como presupuesto procesal a efectos de que el interesado no vea sus legítimas expectativas y derechos burlados por la inactividad de la Administración Pública. Como expresaba López Pellicer (*Leciones de Derecho Administrativo*, T.I, 1987, pág. 270), su fundamento radica “en la exigencia de seguridad jurídica y de tutela judicial”. El Tribunal Constitucional (S.T.C. 21.01.86) tuvo ocasión de describirlo diciendo “responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración; de ahí que... no pueda calificarse de razonable una interpretación que prime la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación defectuosa...”. Con carácter más general Villar Palasi-Villar Ezcurrea (*Principios...*, cit., T.II, pág. 96), afirman que “el deseo de interpretar el silencio de la Administración en el sentido más favorable al interesado ha llevado a instituir la doctrina del silencio positivo”.

caso como solicitud en materia graciable en el art. 29 de la Constitución, tiene su desarrollo en la Ley 92/60, de 22 de diciembre, con carácter general, y en el Decreto 93/62, de 18 de enero en lo militar, en relación con el art. 199 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/78, de 28 de diciembre, con especialidades asimismo en cuanto a las Fuerzas de Seguridad del Estado contempladas en los artículos 18 y 21 de la L.O. 2/86, de 13 de marzo.

La graciable en el otorgamiento de las citadas peticiones habrá de recaer en materias que no son objeto de regulación normativa expresa, en las que el procedimiento será el administrativo ordinario correspondiente, por ello es lógico que queden las resoluciones en relación al mismo en todo caso sometidas a los principios del silencio negativo con los efectos desestimatorios de la regulación presunta, puesto que otra solución sería incompatible con la propia naturaleza del Derecho. La excepción recoge la ya precisada en el número 2 del art. 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo (59), si bien en su ubicación pretérita, bajo la rúbrica de estudio de la Iniciación del Procedimiento se consideraban dichas solicitudes, por tanto, al margen del procedimiento administrativo, mientras que en la actualidad se las incluye dentro del estudio del deber de resolver sin detenerse en la citada exclusión de la normativa de procedimiento que, no obstante, debemos dar por implícita.

El apartado b) (60) del art. 43.3 establece la regla general de entender desestimada la resolución de *recursos* administrativos, *cuando estos no se resuelvan dentro de plazo*. La lógica evidente de la regla tiene una importantísima excepción que la doctrina ha calificado de valiente (61), conforme a la cual, el efecto desestimatorio general en el caso de los recursos se invierte y se convierte en estimatorio cuando el acto impugnado en dicho recurso es a su vez un acto presunto de contenido desestimatorio. Es decir, aparece una sanción a la Administración negligente que ha omitido e incumplido su deber de resolver en materias de las que son incluibles como correspondientes al grupo de los actos presuntos desestimatorios. Santamaría (62) se plantea si esta excepción a su vez, debe ser excepcional en sentido contrario en la hipótesis del art. 2, letra b) del precepto, esto es, si la ausencia de resolución en plazo de un recurso contra un acto presunto desestimatorio, por tratarse de un acto que trasfiere facultades relativas al demanio o al servicio público, tiene a su vez carácter positivo o negativo. Para dicho autor, al existir ausencia de distinción, no cabría actualmente excluir del criterio ge-

(59) Art. 70.2 L.P.A.: "Las peticiones que interesen de la Autoridad un acto graciable y las que soliciten por obligación de nuevas normas se sustanciarán conforme a los preceptos contenidos en las vigentes normas reguladoras del Derecho de Petición."

(60) Art. 43.3.b): "Resolución de recursos administrativos. Ello no obstante, 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 éste el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo."

(61) vid. Santamaría: *Comentarios...*, cit., pág. 173.

(62) Santamaría: *Comentarios...*, cit., pág. 173.

neral de la excepción el supuesto planteado en el apartado 43.2,b), *in fine*. Asimismo Garrido Falla-Fernández de Pastrana se preguntan si esta conversión del silencio negativo en positivo se refiere a todos los supuestos o sólo a aquellos de los que pueden denominarse, según los autores, como de *silencio dispositivo*, considerando más defendible la tesis de la *generalidad de la conversión* que incluiría los casos del apartado 43.2,b) (63).

En dicho caso, opinamos de forma diversa, al menos en razón al espíritu de la norma o intención del legislador en la excepción del apartado b) del art. 43.2. En efecto, lo que la norma previene es una denegación presunta (*se entenderán desestimados*) en (todas) las solicitudes que traigan como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al *dominio* o al *servicio público*. Por ello pensamos que la Ley prevé la desestimación *ratione materiae*, por el contenido del acto administrativo y en todos los casos o siempre que recaigan dichos actos sobre tales aspectos precisados concretamente. La excepción, por tanto, se mantendrá en primera solicitud y en vía de recurso no debiendo, entendemos, permanecer comprendida en el bloque del apartado b) *in fine* del art. 43.3.

F) Consideración especial de los procedimientos iniciados de oficio

La Ley contempla un tercer supuesto en el que el silencio se entiende como desestimatorio, que es el que se da en los procedimientos iniciados de oficio *no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos*. En tal caso no se produce un supuesto de silencio, sino una situación en la que, como dice Parada (64) *el silencio negativo se utiliza contra natura, puesto que se refiere a procedimientos iniciados de oficio, en los que la Ley no establece un plazo máximo para dictar resolución, aparte claro está de que falta una previa petición del interesado. Por ello, más que un supuesto de acto presunto, lo que se regula aquí es una suerte de caducidad del procedimiento y archivo de las actuaciones por falta imputable a la Administración, falta consistente en el transcurso del plazo de treinta días desde que la resolución debió de ser dictada.*

En la expresión de la Ley, efectivamente, la conclusión es la de asimilar a la caducidad, al afirmarse por la misma que, cuando concurra tal situación, los procedimientos de oficio *se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones*, ya sea a instancia de parte interesada o asimismo de oficio.

Santamaría ha significado (65) que en estos casos, de un lado, la eficacia del

(63) Garrido Falla-Fernández Pastrana (*Régimen...*, cit., pág. 194) añaden que el hecho de que la Administración tenga una segunda oportunidad de dictar una resolución expresa y no la dicte, a pesar del nuevo plazo que el recurso reabre para su adopción, parece estar en el origen de esta conversión del efecto presunto del silencio, convertido en una especie de premio al particular y de sanción a la Administración.

(64) Parada: *Régimen jurídico...*, cit., pág. 177.

(65) Santamaría: *Comentarios...*, cit. pág. 174.

silencio no se produce con el mero transcurso del plazo máximo de resolución, sino por el de dicho plazo y *treinta días más* (a contar desde el vencimiento del plazo, salvo los casos de interrupción aludidos por el propio precepto *in fine*) (66). En el cómputo total hay una cierta analogía con el supuesto del régimen común del silencio, que exige la solicitud de certificación, a expedir en el plazo de *veinte días desde que le fue solicitado (a la Administración), salvo que en dicho plazo haya dictado resolución expresa* (art. 44.2), aunque pensamos que lo que se establece es un régimen especial, análogo en sus efectos y contenidos a los de caducidad, aunque no sea una caducidad normal o general de las previstas en la Ley en los supuestos del art. 92.

El efecto consiguiente es que ya no podrá dictarse validamente resolución expresa, precisamente porque esa es la consecuencia de que *se entiendan caducados*.

Cabe destacar que uno de los más característicos procedimientos iniciados de oficio no susceptible de producir actos favorables para los ciudadanos es el procedimiento sancionador y, como apunta el propio Santamaría, en él nadie tendría interés en hacer valer el efecto del silencio positivo, por lo que efectivamente habría que dar una solución como la planteada que, aún no siendo exclusiva para el procedimiento sancionador, encuentra en él una posible explicación.

En este punto, el legislador ya ha tenido oportunidad de plantear el desarrollo de su intención, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (B.O.E. nº 189, de 09.08.93), en cuyo art. 20.6 (67) prevé el supuesto del procedimiento sancionador en el que *transcurridos seis meses desde la iniciación*, habida cuenta para dicho cómputo de las posibles interrupciones por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento (en los casos del *bis in idem*, contemplados en los arts. 5 y 7 del propio Real Decreto) (68) *se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el art. 43.4 de la Ley 30/92*.

(66) Art. 42.4: "Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió de ser dictado, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento".

(67) Art. 20.6 del R.D. 1398/93: "Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el art. 43.4 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones."

(68) El art. 5 estudia el supuesto de concurrencia de sanciones, dando como solución que el órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en el momento en que

Transcurrido dicho plazo el órgano emitirá a solicitud del interesado certificación en la que conste que el procedimiento ha caducado y que se ha acordado el archivo de las actuaciones.

En definitiva, el desarrollo que en materia de procedimiento sancionador se ha dado al art. 43.4 tiene como fases las siguientes:

- a) Tramitación del procedimiento a lo largo de un máximo de seis meses de duración, por ser éste el plazo marcado para la misma (69).
- b) Si dicho plazo ha transcurrido por causas imputables a la Administración, se inicia el cómputo del plazo de caducidad de treinta días del art. 43.4. Si la causa de que no haya recaído resolución es imputable a los interesados, o ha existido suspensión de las actuaciones por los supuestos de los artículos 5 y 7 del Real Decreto (formas especiales de *bis in idem*), se tendrán en cuenta dichas posibles interrupciones (para el cómputo).
- c) Transcurridos los treinta días del plazo de caducidad, la misma se produce y los interesados pueden solicitar certificación que integrará la asunción de dicha caducidad por la Administración y el archivo de las actuaciones.

La Instrucción n.º 25/93, de 18 de marzo, del Secretario de Estado de Administración Militar, sobre tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, no ha contemplado las cuestiones relativas a la caducidad y sí, únicamente, las generales de plazo para resolver en el punto 5º.

IV. LA PUBLICACION DE EXCEPCIONES A LA PRODUCCION DE EFECTOS ESTIMATORIOS DEL ACTO PRESUNTO

El apartado 5 del art. 43 establece una previsión de información a los administrados (*para mejor conocimiento de los ciudadanos*) en la que se pretende un

quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, con identidad de sujeto y fundamento. Asimismo, podrá aplazarse el procedimiento si se acredita que se están siguiendo otros por los mismos hechos ante los órganos comunitarios europeos, alzándose la suspensión cuando recaiga en aquellos resolución firme y, de haberse impuesto sanción por tales órganos comunitarios, el órgano competente lo tendrá en cuenta "a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción". Como se ve en este último caso de sanción por organismos comunitarios europeos no se aplica la regla del "bis in idem", sino una curiosa y llamativa compensación parcial de sanción.

En el art. 7, de manera más clara, se estudian los casos con el orden jurisdiccional penal, partiendo de la obligación de remisión de los hechos que "pudieran ser constitutivos de delito penal" al Ministerio Fiscal, con acuerdo de suspensión hasta que recaiga resolución judicial, habiéndose cuidado el Reglamento de precisar que se solicite del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas y recogiendo en la declaración, posiblemente innecesaria, por obvia, en el sentido de que la resolución judicial penal firme vincula a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que sustentan.

(69) Como apuntábamos anteriormente en este trabajo, los plazos que en vía reglamentaria se han comenzado a proponer oscilan entre seis meses y un año por lo general. En el procedimiento sancionador ha sido el de seis meses.

conocimiento por parte de los mismos de los procedimientos tipo en que la falta de resolución expresa produce efectos estimatorios y de aquellos en que los produce desestimatorios (70).

El precepto abre numerosos interrogantes. En primer lugar se dice que *podrá publicar*, lo que deja a la discrecionalidad de cada Administración el hacer uso o no de dicha prerrogativa. En segundo lugar, al decir *cada Administración*, surgen dudas sobre si cada Departamento o Ministerio dentro de la Administración Central deberá emitir su lista y, paralelamente, hacerlo las restantes Administraciones Públicas. En tal caso, que sería lo previsible y susceptible de una cierta organización, nos encontraríamos con numerosas listas que habrían de ser coordinadas por el Ministerio de Administraciones Públicas, que también podría ser el encargado de verificar una lista única y uniforme, pero que siempre sería incompleta porque nunca sabría los procedimientos tipos de cada Ministerio, único concededor de sus propios procedimientos especiales y competente en la práctica para poder delimitar el encuadramiento de cada uno de ellos en el ámbito de las resoluciones de efectos estimatorios o desestimatorios.

Posiblemente, como cada Departamento elabora los procedimientos especiales que de él dependen, en cada uno de ellos habrá de hacer mención a la eficacia del silencio positivo o negativo o del acto presunto en cada supuesto. Esta fórmula será la más idónea, sin perjuicio de la de lista general a la que alude el art. 43.5, porque por lo menos, de aquella manera, los administrados sabrán a qué atenerse al disponer de una sola norma reglamentaria legal en donde estén previstos todos los aspectos, circunstancias y efectos del procedimiento de que se trate.

V. CERTIFICACION DE ACTOS PRESUNTOS

A) Estudio del requisito

Coinciden Parada y Santamaría (71) en relacionar la certificación del acto presunto con la *denuncia de mora* y el segundo autor con el art. 2º del R.D. 1/86, de 14 de marzo (72). Nos quedamos con la primera de las analogías, pero tan sólo como precedente formal, toda vez que la denuncia de mora lo que posibilitaba, además de constituir una exhortación a la resolución del procedimiento, era una puerta al silencio —negativo— y a sus efectos.

(70) Art. 43.5: "Cada Administración, para mejor conocimiento de los ciudadanos, podrá publicar de acuerdo con el régimen de actos presuntos previstos en la presente Ley una relación de los procedimientos en que la falta de resolución expresa produce efectos estimatorios y de aquellos en que los produce desestimatorios."

(71) Ops. cit.: *Comentarios...*, págs. 177 y 175, respectivamente.

(72) Según el cual, los particulares podían solicitar "acuse de recibo" en el que conste la fecha de presentación de su petición de licencia o autorización.

¿Cuáles son los fundamentos actuales? A nuestro juicio el principal es otorgar a la Administración una opción final para que dicte su resolución, lo que deberá hacer en el plazo de veinte días desde que le fue solicitada y, en otro caso, expedirá la certificación; la otra razón de ser de la certificación es otorgar prueba del silencio —positivo o negativo— generalizándose al aspecto negativo, lo que, por obvio, pudiera parecer ocioso, si no fuera porque así siempre, en *ambos silencios* la Administración va a tener la oportunidad de corregir su yerro, su omisión o su simple desidia en *los últimos veinte días* (73).

La solicitud del certificado no tiene plazo máximo de solicitud (nuevo paralelismo a la denuncia de mora). Se entiende que el *dies a quo* es el día final del tiempo fijado para la tramitación del procedimiento de que se trate, pero no existe un *dies ad quem*, previsto, salvo naturalmente la caducidad del procedimiento en los supuestos del art. 91 de la Ley (74).

El plazo para la expedición si puede plantear nuevamente problemas de cómputo, como los que ya estudiábamos anteriormente. En efecto, los veinte días serán hábiles, desde luego, por imperativo del art. 48.1, y se contarán desde que le fue solicitada (la certificación a la Administración) pero ¿cuál es el primero del cómputo? Lógicamente habrá de acudirse a la fecha de entrada en registro y precisamente en los registros del Órgano encargado de la resolución.

Tras puntualizar en el art. 42.2, párrafo 2.º que corresponde a los Secretarios de los órganos colegiados la emisión de la certificación o a las personas que tengan atribuidas tales funciones (de Secretario), el párrafo tercero es llamativo cuando considera como *falta muy grave la no emisión* cuando proceda, de la certificación dentro del plazo, ha de entenderse que lógicamente sin perjuicio de la sustitución de dicha certificación por la *exhibición de la petición*, de la que habla el punto 3.

(73) Art. 44, puntos 1 y 2: “1. Los actos administrativos presuntos se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada.

2. Para su eficacia, los interesados o la propia Administración deberá acreditar los actos presuntos mediante certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento, que deberá extenderla *inexcusablemente en el plazo de veinte días desde que le fue solicitada* salvo que en dicho plazo haya dictado resolución expresa, sin que se pueda delegar esta competencia específica.

La certificación de actos presuntos de órganos colegiados se emitirá por los Secretarios de los mismos, o por las personas que tengan atribuidas sus funciones.

La no emisión, cuando proceda de la certificación dentro del plazo y con los requisitos establecidos, *una vez solicitada en debida forma, será considerada como falta muy grave.*”

(74) Sobre este punto Garrido Falla-Fernández Pastrana (*Régimen jurídico...*, cit., pág. 203) señalan que ello implica “no sólo la posibilidad de demora indefinida de la eficacia del acto presunto sino la más problemática (y desde luego dudosa) de demora, correlativamente, del inicio del recurso contencioso-administrativo, ya que los plazos para la interposición de este no se computan sino desde que se obtenga la certificación o desde que transcurra el plazo máximo para su emisión (veinte días desde la solicitud)”. Entendemos que al no distinguir la norma en este punto, esta demora en principio puede producirse.

La doctrina, una vez más, vuelve a llamar la atención sobre el hecho de que si la emisión de la certificación corresponde al órgano encargado de resolver, éste será normalmente un órgano político y, por consiguiente, no sujeto al régimen disciplinario de los funcionarios.

En este sentido, el punto sexto de la Instrucción 25/93, del SEDAM., antes reseñada, declara que deberán ser expedidos «por la autoridad con competencia para resolver el asunto».

Asimismo, no parece existir una verdadera correlación entre la falta cometida y su calificación como *muy grave*, que puede acarrear una enorme entidad y trascendencia, absolutamente desproporcionada, a nuestro juicio, para una infracción culpable sin la concurrencia de circunstancias calificativas como la reincidencia u otras.

En este punto, de otro lado, si nos trasladamos al ámbito de la función militar, entendemos que evidentemente no puede asumirse una nueva tipificación distinta de las existentes en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, norma en la que, además, no hay faltas *muy graves*, que quedan sustituidas por el Expediente Gubernativo. Lo único que podría verificarse es la tramitación de un expediente disciplinario en los supuestos en que la negligencia probada pudiera encontrar una infracción tipo entre las comprendidas en dicha Ley Orgánica.

Aún así, choca y sorprende la aparente superficialidad con que se realiza esta llamada a un posible procedimiento sancionador y esta tipificación como *falta muy grave* de una actuación impersonal (de la Administración, del órgano encargado de resolver, del órgano colegiado, etc.), tan lejana a los principios del régimen disciplinario y a las garantías que han de regir en toda actuación sancionadora.

El contenido de la certificación se describe en el párrafo primero del art. 44.3 (75), que ha cuidado pormenorizadamente de los aspectos y variables formales y de plazos y no tanto de los de fondo. En estos exige que contenga una descripción *comprehensiva de la solicitud presentada* o, en su caso —alternativamente— *del objeto del procedimiento seguido*, mientras que formalmente precisará la fecha de iniciación y la de vencimiento del plazo para dictar resolución, así como, por último, los efectos generados por la ausencia de resolución expresa. Es decir, los efectos, según proceda del silencio positivo o negativo.

Como se ve es más una certificación del silencio (plazos, cómputos, efectos), que del acto o procedimiento silenciado.

No obstante, como se apuntaba anteriormente, se plantea la duda de si tendría efectos una certificación de acto que, abandonando los puntos concretos previstos, adoptara una forma de resolución y plantease cuestiones de fondo en una fórmula imprevista y, desde luego, evacuada transcurridos los veinte días de margen para resolver.

(75) Art. 44.3, párrafo primero: "La certificación que se emita deberá ser comprensiva de la solicitud presentada o del objeto del procedimiento seguido, de la fecha de iniciación, del vencimiento del plazo para dictar resolución y de los efectos generados por la ausencia de resolución expresa."

Debemos entender que, cualquiera que sea su contenido, la certificación será sólo determinante de la existencia y constancia del acto presunto y sus efectos los de la concurrencia de este como tal.

La expedición de certificación corresponde necesariamente al órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento y puntualiza la Ley que esta competencia es específica y no delegable.

B) Consecuencias de la no emisión. La sustitución de la certificación

La norma ha regulado la hipótesis de que la Administración utilice nuevamente el silencio para responder a las solicitudes de certificación que se le cursen, otorgando los mismos efectos a dicha omisión que a la expedición (76).

En estos supuestos, realmente parece perder cierto sentido el tecnicismo de la certificación, pero entendemos que la Ley en relación a este extremo, no sólo ha previsto correctamente, sino que es posible que deje la puerta abierta a una cadena de silencios en determinados supuestos. Se plantea también si existirá algún requisito en orden a la exhibición de la petición de la certificación. El uso será considerar adecuada la copia sellada de la solicitud. Cabe plantearse el caso de que el administrado no disponga de esa copia, en cuyo caso la acreditación dimanaría de una nueva petición en el que se le certificase el hecho de haber pedido la certificación y sería suficiente la copia de esta segunda solicitud, en el caso de que se contestase con silencio, para que surtiera los mismos efectos.

C) Plazo para la petición de la certificación

El punto 4 del art. 44 (77) estudia el *dies a quo* para la petición de la certificación, concretándolo en *el día siguiente al del vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución*. Las dificultades surgirán, como estudiábamos anteriormente, en la determinación del cómputo del plazo de resolución, por la problemática de los registros antes referenciada y que debe enfocarse, a nuestro juicio, a través de la interpretación de los arts. 38 (Registros), 42 (Obligación de resolver) y 48 (Cómputo) de la Ley.

Por su parte, el último inciso de este art. 44.4 establece que los interesados po-

(76) Art. 44.3, párrafo segundo: "Si la certificación no fuese emitida en el plazo establecido en el número anterior, los actos presuntos serán igualmente eficaces y se podrán acreditar mediante la exhibición de la petición de la certificación sin que quede por ello desvirtuado el carácter estimatorio o desestimatorio legalmente establecido por el acto presunto."

(77) Art. 44.4: "Los interesados podrán solicitar la certificación correspondiente a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo en que debiere dictarse la resolución y podrán solicitar de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes."

drán solicitar de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes.

Como en otros temas y ejemplos, la declaración no era necesaria, por cuanto el interesado que se sienta perjudicado puede exigir responsabilidades del carácter que estime conveniente penal, civil o, en su caso, administrativo.

Apunta Parada en relación a esta cuestión (78) que *lo que importa a los interesados, más que perder el tiempo en exigencias de responsabilidad a los funcionarios, sobre la que hay una larga experiencia muy negativa, y menos responsabilidad a las autoridades políticas, a las que tampoco alcanzará responsabilidad alguna, que ni siquiera está prevista, es el acceso a los recursos administrativos y jurisdiccionales.* Como puede deducirse, el ilustre Profesor entiende que la solicitud de responsabilidades de este precepto se corresponde a las responsabilidades disciplinarias, que son aquellas que pueden resultar indiferentes para el administrado, que, por el contrario, estará interesado por las posibles dimanantes de daños o perjuicios. En efecto, el artículo habla de la solicitud en orden a que *se exijan las responsabilidades*, lo que parece hacer referencia, única y exclusivamente, a las funcionariales. En cualquier sentido, también es ocioso y únicamente salta a la vista que el legislador ha pretendido dar una impresión llamativa de sus deseos de cumplimiento y, por esto, de una manera permanente y casi diríamos que ofuscada, en muy pocos artículos insiste con redundancia en esta exigencia de responsabilidades. Así, en los arts. 41, 42 y 44 (en éste, en dos ocasiones) (79). La sensación que produce es que el sistema podría dar lugar a una fase de vigilancia, control y sanción a funcionarios que aparezcan poco diligentes. Tal vez, ni son necesarias tantas llamadas de atención, ni parece probado que el mal de la lentitud administrativa sea imputable únicamente a los funcionarios, en quienes ha de presumirse, al menos en principio, preparación y actitud positiva, por lo que esta reiteración se presenta excesiva.

D) El plazo para la interposición de los recursos

El punto 5 del art. 44 (80) estudia el inicio del plazo para la interposición de todo tipo de recursos. En la práctica supone que para la interposición del recurso

(78) Parada: *Comentarios...*, cit. pág. 178.

(79) En el art. 41, sobre responsabilidad de la tramitación, el punto 2 establece que los interesados "podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración pública que corresponda". En el art. 42, el párrafo segundo del punto 3 señala que "el incumplimiento de lo dispuesto en este artículo (sobre obligación de resolver) dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo". Por último en el art. 44 se proclaman las posibilidades de "falta muy grave" (punto 2) y la analizada "exigencia de responsabilidades correspondientes" (punto 4).

(80) Art. 44.5: "Los plazos para interponer recursos administrativos y contencioso-administrativos respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si esta no fuera admitida en plazo, a partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo."

ordinario, el plazo será de un mes (art. 114.2 de la Ley), a contar desde los posibles *dies a quo* que se señalan y el de dos meses para el contencioso administrativo.

No parece plantear dudas el supuesto de que la certificación se haya emitido y que, en consecuencia, se haya recibido, transcurrido el plazo, por los conductos normales de notificación. Sin embargo, sí plantea notables interrogantes el segundo inciso al afirmar que, cuando no haya sido emitida en plazo, el cómputo será verificado a partir del día siguiente al de la finalización de dicho plazo, es decir, transcurridos que sean veinte días desde que fue solicitada. Lógico es que se produzca la situación de que la certificación sea emitida pero, desde luego, no recibida en el plazo de veinte días y, sin embargo, el cómputo del segundo supuesto (para la situación de no emisión) empieza a correr. Ello hace comprometido y negativo [Santamaría (81) resulta muy crítico en este punto] el inciso que hace referencia a la posibilidad de que la certificación no haya sido emitida en plazo.

Ello trae como consecuencia la posibilidad de que el interesado que espere la certificación, en el caso de que esta finalmente no se emita, no tendrá oportunidad de presentar el recurso en tiempo, solamente por el transcurso de un mes y veinte días en el recurso ordinario y dos meses y veinte días en el contencioso-administrativo (que es el resultado de sumar el plazo de recurso al plazo para la expedición de la certificación, en cada caso). Cabe deducir que, o bien en estos supuestos la Administración ha de interpretar el precepto sólo en favor del interesado en cuanto al cómputo, de una manera lo más comprensiva, flexible y laxa posible, a la hora de calificar la posible extemporaneidad, o bien habría que modificar el precepto ampliando los plazos para el caso del nuevo silencio ante la solicitud de certificación.

(81) Santamaría: *Comentarios...*, cit., pág. 177, escribe "Puede suceder, sin embargo que la certificación esté expedida en plazo pero no llegue a su destinatario sino mucho después, cuando el recurso ya esté interpuesto; en tal caso, podría pensarse que el recurrente ha incurrido en una impropcedente antelación, puesto que el plazo hábil para interponer no comienza a computar sino tras la recepción de la certificación o transcurrido el plazo para expedirla, sino se hubiere extendido en plazo. Tal conclusión, empero, sería abiertamente inadmisibile, pues colocaría al interesado en la tesitura de perder irremisiblemente el plazo de recurso; no sería susceptible de reproche, pues, el que el recurso se hubiera interpuesto con la antedicha antelación, pero siempre después de expirar el plazo de veinte días: entendemos, por tanto, que el inciso "y si esta no fuese emitida en plazo" completamente superfluo y perturbador (y que, por tanto, no será objeto de aplicación práctica) debe tenerse por no puesto". Más adelante, analiza la situación que se produce si se espera a la producción de la resolución expresa de la certificación, supuesto en relación al cual comenta que hay una posibilidad de fraude para la propia Administración, consistente en emitir la certificación fuera de plazo, pero no notificarla sino cuando haya transcurrido el plazo de interposición del recurso que proceda; si el recurrente cometió el error esperar la llegada de la certificación, el recurso podía ser calificado de extemporáneo".

VI. LA DENEGACION PRESUNTA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

El derecho comunitario forma parte de nuestro ordenamiento desde la integración de España en la C.E., es decir desde el 1 de enero de 1986, fecha en la que entró en vigor el Tratado C.E. y España pasó a ser miembro de la Comunidad. A partir de esta fecha histórica, el ordenamiento jurídico español quedó inmerso y conectado en un nuevo orden internacional, con la consecuencia de admitir la primacía del Derecho Comunitario y su aplicabilidad directa. En este sentido, el Tratado suscrito con España establece que los nuevos Estados miembros pondrán en vigor las medidas que les sean necesarias para cumplir, desde el momento de la adhesión, las disposiciones de las directivas y decisiones definidas en el art. 189 del Tratado.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad ha venido fijando los principios generales comunitarios de procedimiento administrativo, inspirándose en los ordenamientos nacionales, tratando de fundamentar un tronco común de reglas de comportamiento de la Administración y de garantías que han de reconocerse a los administrados. Dichos principios, ciertamente, estaban vigentes en nuestra propia legislación (en la L.P.A. y en la L.J.C.A.), si bien con algunas matizaciones. No obstante, tal vez, en la nueva norma se hubieran podido integrar algunas de estas peculiaridades. Y lo cierto es que hay pocas referencias para considerar que esta inquietud se haya tenido muy presente, aunque no está ausente del todo. Por ejemplo cuando, en el art. 10 se hace referencia a la comunicación de disposiciones de carácter general, resoluciones, proyectos de disposiciones o cualquier otra información cuyo envío resulte obligado por imperativo del ordenamiento comunitario, para señalar que la Administración pública correspondiente remitirá el texto en el plazo de quince días al órgano competente de la Administración general del Estado para realizar la comunicación a dichas instituciones (82). En el desarrollo de la Ley, el art. 5 del R.D. 1398/93, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, ya citado anteriormente, prevé, al estudiar la concurrencia de sanciones, el aplazamiento de la resolución del procedimiento *si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Organos Comunitarios Europeos*, alzándose la suspensión cuando recaiga resolución firme en aquél y si se impone sanción por los Organos Comunitarios, el órgano español, competente para resolver, la tendrá en cuenta para graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla.

En cualquier caso, como hemos señalado, los rasgos básicos del procedimiento administrativo europeo se encuentran en la Ley, como ya se encontraban en la L.P.A. Sin embargo, la tendencia a la huida del exceso de las técnicas democráticas formalistas que está presente de forma más aguda en la Ley 30/92, proclamándose en la Exposición de Motivos, no ha sido configurada, existiendo Sentencias en sentido opuesto al respecto, por la jurisprudencia comunitaria, que con-

(82) Art. 10: *Comunicaciones a las comunidades europeas.*

sidera que el formalismo riguroso en relación con la elaboración, la adaptación y la autenticación de los actos es necesario para garantizar la estabilidad del orden jurídico y la seguridad jurídica de los sujetos a los que se imponen los actos de las instituciones comunitarias (83).

No obstante, la preocupación por las garantías de los ciudadanos, que parece paradigmática en la nueva Ley es común a la inquietud de la jurisprudencia comunitaria, sin detrimento de la eficacia de los procedimientos,

En cuanto a la teoría del silencio administrativo en el ámbito comunitario, no podemos decir que se comparta plenamente el nuevo camino asumido por la Ley 30/92, por cuanto en aquel se ha primado *el carácter negativo del silencio*, que abre la vía del recurso sin necesidad de la interpelación de la mora. En este orden, en relación al problema de determinar cuando la persistencia en la posición de silencio o de falta de resolución genera derechos a los interesados, como dice Muñoz Machado (84), *la Sentencia Chomel de 27 de marzo de 1990 ha dicho que el silencio practicado por un organismo comunitario... no puede estimarse que sea una confirmación de los derechos del peticionario... la técnica del silencio no permite consagrar situaciones contrarias a la legalidad, pero en todo caso, cuando el silencio de la Administración es muy persistente, se prolonga indebidamente durante mucho tiempo, puede dar lugar a que surja en el interesado la legítima confianza en que la actividad que desarrolla, es acorde con la legalidad y consentida.*

Como puede verse se establece con carácter general el límite de la legalidad como frontera para la asunción de situaciones creadas con ocasión de una actua-

(83) El estudio de los rasgos básicos del procedimiento europeo se ha descrito con precisión y casuismo por el Profesor Muñoz Machado: *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española*, en REDA nº 75, julio-septiembre, 1992, señalando que los fundamentos del procedimiento aceptados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha hecho atendiendo a dos cuestiones. De un lado, saber si el derecho comunitario trata de fundar la acción administrativa en las reglas propias del comportamiento de los privados, haciendo funcionar las administraciones como empresas mercantiles y asumiendo lo que en la Exposición de Motivos de la nueva Ley española se expresa al afirmar que "las técnicas burocráticas formalistas, supuestamente garantistas han caducado". La segunda cuestión es valorar en qué medida el procedimiento administrativo comunitario que se está elaborando en Europa es el producto de la utilización de las soluciones francesas, o de las británicas, apoyadas en la doctrina clásica de Dicey con la preeminencia del "rule of law" sobre el "regime administratif" desarrollado a partir de las soluciones francesas o, en otro caso, va a surgir de una fusión de las diferentes fórmulas de sumisión de la Administración al Derecho. En relación a la primera cuestión, en algunas Sentencias se considera necesario el "formalismo riguroso en los actos, para garantizar la estabilidad del orden jurídico y la seguridad jurídica de los sujetos" (Sentencias Lemmezz, de 5.12.63 y Henricot, de 5 de diciembre del mismo año). En la segunda cuestión, tanto en materia de autotutela, como en la incorporación al principio de ejecutividad y la presunción de validez de los actos, entre otros aspectos, puede deducirse que el régimen continental es el que se considera más cercano a la jurisprudencia comunitaria.

(84) Muñoz Machado: *Los principios generales...*, cit., pág. 346.

ción administrativa derivada del silencio administrativo, aunque a la vez se pretende proteger en alguna medida la posición de los interesados cuando actúen en la confianza de que su actividad es consentida (lo que supone una apertura al silencio positivo). Tal vez el derecho comunitario en esta materia parece más cercano al sistema español comprendido en la L.P.A. y en la L.J.C.A.

VII. RECAPITULACION SOBRE LOS CRITERIOS DERIVADOS DE LA APLICACION DEL SISTEMA DE LA LEY Y SUS EFECTOS

Pueden señalarse, llamando la atención sobre alguno de los puntos que han sido objeto de desarrollo, como problemas que pueden plantearse derivados de la entrada en vigor del nuevo sistema, los siguientes:

- Se adopta una fórmula que parece pretender no la regulación del carácter positivo del silencio sino configurar como centro del sistema la obligación de resolver de la Administración e incluso la introducción de medios para evitar que se produzca el silencio (85).
- La fórmula, sin embargo, adolece —aunque sea adoptando un criterio absolutamente realista— del inconveniente de dejar en manos de la Administración la determinación del plazo máximo para resolver, que quedará fijado en cada tipo de procedimiento. Dicha situación dará lugar a una multitud de plazos, aunque la tendencia, al parecer, sea generalizarlos en seis meses o un año.
- La regulación conjunta del silencio positivo y negativo, fruto del criterio sistemático mantenido por la Ley, puede ocasionar nuevos inconvenientes. Sin embargo, el principal es la posibilidad de que las normativas de aplicación específica pueden establecer que las solicitudes queden desestimadas si no recae resolución expresa (Art. 43.2, c). Con este condicionamiento, la generalización del silencio positivo es difícil que se produzca.
- La Ley no ha abordado de una manera radical cuáles son los límites de la eficacia del acto presunto. El antiguo problema de si se encuentran genéricamente en la legalidad o en la nulidad de pleno derecho se inclina claramente en este último sentido. La vía del art. 62.1.f) de la Ley es el camino principal marcado para que la Administración pueda revisar los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico.
- No puede hablarse de una auténtica nueva regulación de los supuestos de resoluciones desestimadas (en lo referente a licencias y autorizaciones) y plantea muchas dudas el ámbito material de las solicitudes que habilitarían al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes (Art. 43.2.b).

(85) En este sentido cfr. Alcón Zaragoza y Costa Castilla: *Actos presuntos: validez y eficacia. Alcance del contenido de los artículos 43, 44 y 56 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. Crítica del sistema, en Actualidad Administrativa*, núm. 38, semana del 18 al 24 de octubre de 1993.

Ello conllevará, en principio, una interpretación restrictiva por parte de la Administración y la necesidad de esperar a la interpretación judicial.

- La normativa sobre certificación de actos aparece más como una posibilidad de prolongación del plazo de resolución en favor de la Administración, que como una garantía del administrado. En particular resulta posiblemente desafortunada la regulación de los plazos del art. 44.5 en relación con la posible falta de emisión en tiempo de la certificación.
- Resulta excesiva la sucesiva llamada de atención sobre la posibilidad de exigencia de responsabilidad a la Administración y responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, que se hace en cuatro ocasiones a lo largo de los artículos 41 al 44, lo que parece innecesario.
- Por último surgirán problemas de cómputo de plazos dimanantes de la difícil definición del *dies a quo* en varios preceptos, otros derivados de la indeterminación del registro cuya fecha de entrada definirá el inicio del cómputo, así como, del concepto de registro del órgano encargado de la resolución, sin precisarse de que sea la fecha de entrada en éste la que determine dicho inicio.

VIII. EL SISTEMA DE LOS ACTOS PRESUNTOS EN LA ADMINISTRACION MILITAR

A) Trascendencia de la nueva regulación en el ámbito militar

En primer lugar cabe señalar que tal vez en el ámbito de la Administración Militar la técnica del silencio negativo haya tenido mucha menor incidencia que en la Administración Civil en general, dentro de la del Estado y que en la Autonómica y la Local. En efecto, tradicionalmente en la Administración Militar el predominio de las resoluciones expresas es absoluto, sobre todo en el ámbito interno pero, en particular, como consecuencia de sus propios criterios de organización, que, junto con otros muchos factores, hace que en parte de la doctrina, la Administración Militar haya podido ser considerada como una Administración especial (86), por su objeto e índole, doctrina ésta que posiblemente no sea asumible en gran medida en la normativa actual, sin perjuicio de los elementos diferenciadores o especialidades, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de julio de 1983.

Pero esa tendencia a la resolución expresa y esas especialidades evidentemente no excluyen la aplicabilidad absoluta y plena en su ámbito de la normativa administrativa, lo que ocurre es que las mínimas peculiaridades dieron lugar a alguna normativa especial en este ámbito, como es el caso, entre otras normas, del De-

(86) Así, el profesor Guaita, en diversos trabajos, entre los que puede citarse: *Administración militar*, RAP núm. 7, 1952, págs. 105 a 126; *Derecho Administrativo Especial I*, 3ª Edición, 1969, págs. 65 a 141 y, recientemente en el Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí: *Los derechos fundamentales de los militares*, págs. 577 a 589.

creto 1408/66, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los departamentos militares, la regulación asimismo especial del Derecho de Petición en las Fuerzas Armadas, algunas normas específicas sobre la contratación administrativa y la regulación autónoma en materia de personal, contenida en la Ley 17/89, de 19 de julio, además de la permanente proyección en el ámbito castrense de la letra y el espíritu contenidos en las Reales Ordenanzas de las FAS.

Desde luego estas especialidades, no son las que posibilitan que no pueda hablarse en la esfera administrativa militar de omisiones de resoluciones expresas. Entendemos que es la especial organización, compartimentación, estructura orgánica y actuación de los miembros de los Cuerpos especializados la que nos hace realizar esta afirmación, que no pretende plantear comparación con ninguna esfera de la Administración.

Ello no quiere decir, en modo alguno, porque sería utópico, que la Administración Militar tiene un nivel de funcionamiento ideal ni una especial eficacia o rapidez. Antes, al contrario, es evidentemente mejorable y en esta línea debe ser interpretado el mensaje, la intención y el espíritu de la nueva Ley que, evidentemente, defectos aparte, surge con el mejor de los deseos. De ahí su trascendencia en la esfera militar y la importancia que ha de darse a la ejecución de sus principios, partiendo de la integración plena, absoluta y creemos que indiscutible de la Administración Militar en el seno de la Administración General del Estado y, por ello, en el ámbito de aplicación del art. 2 de la L.R.J.P.A.C.

En lo que a los actos presuntos se refiere, las cuestiones que se plantean son de diverso orden, partiendo de que a nuestro juicio ha de distinguirse una *esfera interna*, referida a las resoluciones originadas por los órganos de la Administración Militar que afectan a sus componentes, es decir, a los militares, ya sean profesionales (de carrera o de empleo) o no profesionales (de reemplazo, realizando el servicio militar) y al personal civil adscrito a la misma, y, por otro lado, una *esfera externa*, referida a los actos administrativos que en la propia esfera afectan a los particulares, interesados en los mismos, que no tienen la condición de militares, o no están vinculados a la Administración Militar.

Con carácter general, tal vez convenga verificar alguna consideración previa sobre la aplicación de la Ley, que afecta tanto a la problemática del silencio como a otras. En este orden, el problema de los registros, aludido con anterioridad y que ha sido objeto de análisis estudiando los arts. 38 y 48 de la Ley, pensamos que ha de interpretarse en la Administración Militar en el sentido referido a lo largo de este trabajo de *registros del órgano administrativo competente*, como los que definen la recepción de las solicitudes y la fecha de iniciación de cómputo o *dies a quo*. Pues bien, creemos que dichos registros serán los correspondientes del órgano que resuelve, pero que necesariamente no tendrán que estar en su propia sede. En este sentido, en el momento en que se creen las Delegaciones de Defensa, en el supuesto de que continúe la sucesiva tramitación a tal efecto, las mismas tendrán registros equivalentes a los del Órgano Central, con todas las consecuencias correspondientes. Paralelamente, creemos que habrá de darse entrada en registro

a instancias cursadas por conducto reglamentario o solicitudes presentadas en registros que no correspondan específicamente al órgano que resuelve, porque, sin duda, las dilaciones en este punto, pueden ser notables y, desde luego, no imputables administrado.

En este orden, la Instrucción 25/93 del SEDAM, ya referenciada varias veces se acoge al principio de *asiento en el registro del establecimiento* y remisión «en el mismo día» de los escritos al órgano competente, regla pragmática pero, creemos, de no fácil aplicación.

B) Estudio de la incidencia del nuevo sistema en los distintos ámbitos de resoluciones administrativas

A') Esfera interna

Dentro de la esfera interna, pues, podemos distinguir distintos apartados sin ánimo de ser exhaustivos y únicamente para estructurar el estudio en lo referente a los actos presuntos. Podrían ser las resoluciones sobre las siguientes materias:

- a) Servicio Militar.
- b) Personal militar profesional (Cuerpos y Escalas, plantillas, enseñanza y cursos, situaciones militares, ascensos, evaluaciones y clasificaciones y retribuciones).
- c) Derechos económicos en materia de seguridad social y acción social.
- d) Otras cuestiones no comprendidas en las anteriores.

A) SERVICIO MILITAR

No hemos situado esta materia en primer lugar por su mayor o menor importancia, en este caso, sino en razón a que en la misma ya disponemos del desarrollo reglamentario contenido en el R.D. 1107/93, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Reclutamiento. En dicho Reglamento, cuyo ámbito de aplicación es el reclutamiento en el sentido más amplio, es decir, la determinación de quiénes, cuándo, y dónde deben incorporarse a prestar el servicio militar, así como los aspectos relativos a la situación del personal en la reserva del servicio militar (87), se puntualiza (art. 7) que las alegaciones y solicitudes en relación con los actos de reclutamiento *se resolverán en los plazos que en el presente Reglamento se indican para cada caso.*

En el párrafo 2, la norma haciendo uso plenamente de la facultad del art. 43.2,c) de la L.R.J.P.A.C. proclama:

De no recaer resolución expresa en los plazos señalados, las alegaciones y solicitudes formuladas se podrán entender desestimadas.

(87) Art. 1, R.D. 1107/93.

La citada declaración es la primera formulada en el ámbito del Ministerio de Defensa de excepción a la norma de acto presunto estimado y, por consiguiente, de proclamación del silencio negativo.

¿Está justificada esta postura de desestimación sin resolución expresa? A nuestro juicio sin duda. Basta pensar en la desigualdad que se produciría admitiendo por silencio positivo exenciones para cumplir el servicio militar por causas inexistentes, prórrogas en cualquiera de sus clases sin tener los requisitos o, sencillamente, con menor importancia, una inadecuación en el otorgamiento de los destinos.

Por otra parte, la norma ha tratado a lo largo de su articulado de dejar patente *la obligación de resolver*, incluso de forma muy casuística. En este sentido se pormenorizan los plazos para cada tipo de procedimiento que se estudian sistemáticamente a lo largo de la norma, existiendo uno de carácter general, para las solicitudes o alegaciones presentadas en la ficha de inscripción para el alistamiento en el Ayuntamiento correspondiente, obligación ésta que se efectúa durante el primer semestre el año en que el interesado cumple los 17 de edad (art. 16). Pues bien, el plazo para resolver las solicitudes o alegaciones incluidas en la ficha de inscripción finaliza el 31 de agosto del año siguiente al de dicha inscripción (art. 18.3). Paralelamente, hay un procedimiento especial para las solicitudes de exención, con el mismo plazo (art. 45.3), mientras que, cuando las solicitudes de exención se presenten con posterioridad a la citada fecha (31 de mayo del año siguiente a la inscripción) *serán resueltas en el plazo de seis meses*. El mismo plazo (seis meses) se tiene para las solicitudes sobrevenidas (art. 46, *in fine*). Seis meses también para la exención por convenio internacional (art. 49), tres meses para la convalidación, también por convenio internacional (art. 50.4).

En el art. 54, en relación a la suspensión de incorporación de los exentos por objeción de conciencia, se establece que, la resolución sobre el reconocimiento de la objeción *habrá de ser positiva* (88).

Como puede observarse en esta materia de objeción de conciencia, se plantea un supuesto claro de desestimación presunta.

Idénticamente, en las resoluciones de prórroga (art. 71) y sin perjuicio de posibilidades de suspensión de incorporación, se establece también la necesidad de que *se produzca la resolución*, al igual que las restantes resoluciones de prórrogas,

(88) El art. 54 trata sobre la suspensión de incorporación, cuando un Centro de Reclutamiento tenga constancia escrita de que un alistado ha solicitado el reconocimiento de objeción con posterioridad a su clasificación como apto, con más de dos meses de antelación a la fecha señalada para su incorporación al servicio militar, caso en el cual se suspenderá su incorporación hasta que recaiga resolución.

En el párrafo segundo se prevé que, si la solicitud hubiera sido presentada una vez finalizado el plazo señalado en el apartado anterior, no se interrumpirá el proceso de incorporación, aunque el Secretario de Estado de Administración Militar podrá autorizar un retraso temporal hasta un máximo de seis meses, transcurridos los cuales “deberá incorporarse al servicio militar salvo que se comunique al Centro de Reclutamiento resolución positiva sobre el reconocimiento de la objeción de conciencia.”

en la interpretación que entendemos ha de darse (art. 74 y sigs.), las de segunda; art. 80 y sigs. las de tercera; art. 84 y sigs. las de cuarta; arts. 91 y 92 las de quinta y arts. 93 y sigs. las de sexta, aunque en algún caso no se haya concretado de una manera muy precisa.

Paralelamente se regula lo relativo a los recursos, que entendemos ha de interpretarse en el mismo sentido (art. 140), si bien partiendo siempre de la regulación genérica de la desestimación presunta en el art. 7.

Como conclusión en estas cuestiones del servicio militar, debemos decir que la intención parece dirigida hacia una respuesta ágil que presumiblemente habrá de producirse en todos los casos, pero partiendo del criterio de desestimación presunta.

B) PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

En este punto ya no disponemos de una disposición vigente que regule las múltiples cuestiones, entre las que, a título de ejemplo hemos propuesto algunas, Cuerpos y Escalas, plantillas, enseñanza y cursos, situaciones militares, ascensos, evaluaciones y clasificaciones y retribuciones. ¿Cuál es el criterio que habrá de seguirse en estos casos? En primer lugar habrá que cuestionarse si debe ser uniforme o no. Es decir, si se asumirá como regla general el acto presunto estimatorio o desestimatorio. Entendemos que la uniformidad es difícil y que, desde luego, no será fácil asumir la técnica del acto presunto estimatorio, fundamentalmente por las graves consecuencias que pueden concurrir, desde el punto de vista de la igualdad y de los posibles agravios comparativos. Pensemos en el otorgamiento de un ascenso, de una antigüedad con sus efectos en el escalafón, de una situación administrativa o cualquier otra resolución, con unos requisitos o circunstancias que puedan reunir otros muchos interesados a los que, como terceros, puede afectar de forma trascendente y con incidencia a veces muy importante sobre su carrera militar, de dicha decisión.

Por esto, es problemático asumir la regla citada de la estimación presunta, aunque este sería el cauce adecuado para cumplir la Ley 30/92, sin perjuicio de pormenorizar una duración adecuada de los procedimientos que, desde luego, difícilmente cabría generalizar en el plazo básico de los tres meses.

En la práctica las referencias de que disponemos son que en última instancia las directrices del Ministerio de Administraciones Públicas se dirigen en el sentido de establecer un procedimiento general en materia de personal en vez de una serie de procedimientos casuísticos que regulen los respectivos temas. Bajo esta orientación se trabaja en el ámbito del Ministerio de Defensa tratando de programar un procedimiento único en el que se incluyan la totalidad de las materias, siendo factible, tal vez, la introducción en el mismo de lo referente a retribuciones. El sentido general será el establecimiento de un plazo que es posible que sea el mismo de la Ley que es el de tres meses, si bien habrá una gran parte de materias en relación a las cuales se adopte el criterio de la desestimación presunta o del silencio negativo, salvo en algunas cuestiones en las que, por la menor trascendencia, se pueda seguir

el espíritu de la Ley (como, por ejemplo, en el otorgamiento de las licencias por asuntos propios, en la solicitud de algún tipo de cambio de situación, etc.).

Este criterio abarcaría incluso al ámbito de las retribuciones en el que si, en principio parece más sencilla la asunción del tema de los actos presuntos en sentido estimatorio, sin embargo, el riesgo de las reivindicaciones de terceros que se encontrasen en las mismas circunstancias, en supuestos de actos que reconozcan derechos económicos de tal carácter, daría lugar a la necesidad de recurrir a la revisión de oficio, so pena de mantener una desigualdad manifiesta para situaciones equivalentes.

C) DERECHOS ECONOMICOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y ACCION SOCIAL

Se encuentra en trámite de desarrollo un procedimiento sobre estas cuestiones en el ámbito militar (89). Los plazos para resolver en el mismo serán los de seis meses y, cuando no haya recaído resolución expresa en el mismo, se podrán entender estimadas las solicitudes formuladas por los interesados respecto a los procedimientos de que se trata, con excepción de los procedimientos relativos a controversias entre el ISFAS y las Entidades de Seguro Libre, en los cuales el plazo máximo para resolver será el de nueve meses, también con estimación presunta en caso de falta de resolución expresa.

Es de señalar como en este Reglamento, actualmente en trámite de informe por el Consejo de Estado, se recoge que en el transcurso del plazo para la emisión de la certificación se podrá resolver expresamente sobre el fondo, incluyendo, por tanto, en este ámbito reglamentario una de las soluciones a este extremo antes estudiado.

D) OTRAS CUESTIONES NO COMPRENDIDAS EN LAS ANTERIORES

En este punto cabría introducir multitud de cuestiones que en alguna medida pueden entenderse en los ejemplos antes enunciados, pero que ostentan cierta especialidad. Entre ellas, pueden citarse, por ejemplo, las declaraciones de inutilidad física, la determinación de la pensión en el pase a clases pasivas, la determinación de empleo y pensión por aplicación del R.D. Ley 6/78 y de la Ley 37/84,

(89) Concretamente, los derechos económicos estudiados en este procedimiento se refieren a los contenidos en el Reglamento del ISFAS, con excepción de los servicios de auxilios de su art. 157, que se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto de subvenciones públicas, de 17 de noviembre de 1993 (ver apartado siguiente). Asimismo, se incluyen los derechos a que se refieren los Reglamentos y Estatutos de las Mutuas Benéficas de los tres Ejércitos, las del Patronato Militar de la Seguridad Social, las del Reglamento del Servicio de Seguridad Social para el personal laboral que preste sus servicios en la Armada, las reguladas en los arts. 37 al 41 del R.D. 1751/90, de 20 de diciembre, por el que se crea el INVIFAS y las de gastos de entierros y traslados de restos mortales del personal de las FAS y funcionarios civiles al servicio de la Administración, previstas en la Orden 77/80, de 30 de diciembre.

etc. (90). La mayor parte de estas materias entendemos que serán susceptibles de inclusión en el ámbito del Reglamento de Personal y, por tanto, serán aplicables a todas ellas los criterios descritos en el apartado antes desarrollado, en el entendido de que, al margen de que no se siga en gran medida el espíritu de la Ley, la postura realista de la Administración y la que proporcionará, por consiguiente, seguridad jurídica, es la de englobar en un procedimiento general ese múltiple abanico de cuestiones que suponen la mayor parte de los procedimientos administrativos en el ámbito de la Defensa, tratando de cumplir con la obligación de resolver en plazos razonables, de agilizar y de recoger todos los principios garantistas de la Ley, pero también atendiendo al imperativo de realismo en cuanto a la técnica de los actos presuntos, en la actual dimensión numérica de solicitudes en el seno de la Administración Militar.

B') Esfera externa

Dentro de la *esfera externa*, podemos, a su vez, distinguir, también sin ánimo, en absoluto, de agotar la materia distintos grupos. Entre ellos, los de contratación administrativa, expropiaciones forzosas, responsabilidad patrimonial del Estado, reclamaciones previas a la vía judicial, autorizaciones y concesiones administrativas, subvenciones, algunas reclamaciones en el ámbito de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (91), y en materia de vivienda de las Fuerzas Armadas (92), de las que no tengan que considerarse comprendidas en la esfera interna, expedientes verificados a través de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, sobre dominio público militar (93), etc.

En todos estos casos, entendemos, a su vez, que habrá que distinguir dos grupos. En las materias que sean de carácter absolutamente común con otros Ministerios, sin especialidad alguna (v.gr., la de responsabilidad patrimonial del Estado) (94) habrá que estar a los Reglamentos Generales, como es el caso del citado, en tanto en cuanto tales RR.DD. nacen ya con dicha función unificadora configurada (obsérvese que en el aludido R.D. 429/93 se hace referencia a procedimientos de *las Administraciones públicas*). En este grupo se incluirían todas las materias re-

(90) Disposiciones éstas que desarrollan la legislación de amnistía y, entre otros puntos, los derechos de los militares de la República, que son evidentemente, cuestiones de personal, pero con singularidades en su tramitación.

(91) Conforme a la Ley 28/75, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las FAS y Reglamento para su aplicación, aprobado por R.D. 2330/78, de 29 de septiembre.

(92) De acuerdo con el R.D. 1751/1990, de 20 de diciembre.

(93) De acuerdo con la Ley 28/1984, de 31 de julio, de Creación de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa.

(94) Como ya se señala anteriormente ya existe un procedimiento especial al respecto aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

ferentes a expropiación forzosa, subvenciones y, en el ámbito que le corresponda, la contratación administrativa, aunque en esta última no parece que sea precisa la creación de procedimientos específicos, habida cuenta de que la nueva normativa de contratación pública, ya en la última fase de tramitación, nace adaptada a la L.R.J.P.A.C..

En este ámbito debemos hacer alusión al procedimiento para la concesión de *subvenciones públicas* (95), que ha sido objeto de desarrollo por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre. En el art. 6.3 se da como plazo máximo para la resolución el de seis meses, con carácter general, para la totalidad de las subvenciones, con excepción del punto 5 del mismo artículo. En este supuesto general, la regla es que si no recae resolución expresa se entiende que esta es desestimatoria (silencio negativo). El punto 5 está referido a las subvenciones de carácter social o asistencial renovables periódicamente, en las que el plazo será de tres meses, entendiéndose únicamente en este supuesto estimatoria la carencia de resolución expresa (96).

Debemos hacer también aquí referencia a la aprobación del procedimiento para el ejercicio de la *potestad sancionadora* en el ámbito militar, aprobado por R.D. 969/1994, de 13 de mayo (97). Es un procedimiento que incluye las especialidades para la tramitación de sanciones en las tres materias que se ha considerado que existen en el seno de la Administración Militar con singularidades respecto al procedimiento sancionador general (98). Así, se recogen las sanciones de los arts. 29 a 31 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, sin duda las más importantes, y, junto a ellas, las del art. 22

(95) El procedimiento resulta de aplicación a toda disposición gratuita de fondos públicos (art. 1.2) realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como a cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público dependientes de la Administración General del Estado y su ámbito de aplicación (art. 2).

(96) El art. 6.6, párrafo segundo, expresa que en el transcurso del plazo para la emisión de la certificación se podrá resolver expresamente sobre el fondo, de acuerdo con la norma reguladora de la subvención.

(97) El Reglamento, previsto en un primer momento con carácter general, fue configurado con posterioridad como una regulación de las especialidades respecto del procedimiento establecido para la totalidad de la Administración. Ya en este punto se observa la tendencia a la simplificación que ha predominado respecto a aquella primera imagen de desarrollo reglamentario en múltiples procedimientos y anexos. Nos parece, desde luego, positiva la tendencia simplificadora.

(98) El procedimiento del R.D. 1398/1993 nace con una pretensión unificadora. Su Disposición Transitoria Unica ha precisado con claridad que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor al nuevo Reglamento se resolverán de acuerdo con la normativa anterior, de manera idéntica al sistema adoptado por los Reglamentos sobre procedimientos sancionadores en materia de Control de cambios y de monopolio de tabacos, aprobados por RR.DD. de 4 de agosto de 1993, si bien pudiera entenderse que debió incluir la forma de admisión de la eficacia inmediata de la nueva norma en lo que supusiera beneficio para el interesado (cfr., en este punto, López Menudo: *El régimen transitorio de la Ley 30/92...*, en REDA, nº 81, 1994, pág. 16).

de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, y, por último, las acciones y omisiones tipificadas como infracciones sancionables, que puedan cometer los beneficiarios y asegurados del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. En este caso, el Reglamento es complementario del general sancionador de la Administración, al que se remite desde el punto de vista procedimental, con lo cual, en conformidad con el art. 20.6 del R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, si no ha recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, se inicia el cómputo del plazo de caducidad del art. 43.4 de la Ley 30/92, transcurrido el cual el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación que, en este caso, hará constar que ha caducado el procedimiento y que se ha procedido al archivo de las actuaciones, si bien, el art. 3 del R.D. 969/1994 prevé que antes de dictar resolución o de acordar cualquier otra acción de las previstas en dicho art. 20, se recabará informe de la Asesoría Jurídica.

Unas palabras finales a título de conclusión en un momento en el que, como ha señalado Fernández García (99), si finalizado el plazo de dieciocho meses (27 de agosto de 1994), a tres meses vista de la redacción de estas líneas, no se ha producido tal adecuación normativa, se aplicará la Ley 30/92 en toda su extensión, con las especialidades propias de la normativa específica que regula el procedimiento de que se trate.

Estimamos que en esta última fase se producirá la aprobación de los procedimientos en materia de personal, de acuerdo con las líneas expuestas, realistas en lo que cabe, tendentes a la agrupación coherente de materias que puedan estudiarse bajo un criterio unificador. En las que de ellas sea trascendente, por la especial proyección de las resoluciones en la colectividad sobre la que recaen, la regla será el silencio negativo o la resolución presunta desestimatoria. Asimismo, la Administración Militar quedará incluida en otros ámbitos en el marco del desarrollo procedimental genérico dictado para la Administración en general, lo que en alguna medida tiene también el interés unificador y simplificador. Creemos que las peculiaridades han quedado ya precisadas, al menos en parte, en los Reglamentos especiales ya redactados o en los que se encuentran en trámite, muy en particular el referido a la materia de personal. Aún así, el panorama que se presenta es complejo y exigirá un esfuerzo grande de adaptación en el que la Administración debe agilizar sus estructuras, romper en lo posible excesos burocráticos y verificar puntualmente el seguimiento de los asuntos en la vía contencioso-administrativa.

Es el momento quizás de abandonar las críticas a la Ley y de tratar de estudiarla y aplicarla en el marco de sus propias intenciones: el respeto a las garantías del administrado y el perfeccionamiento en la organización y actuación administrativa.

(99) Fernández García: *La vacatio legis de la Ley 30/92, de 26 de noviembre...*, LA LEY, nº 3.254, de 20 de mayo de 1994.