EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Planteamiento

El silencio de la Administración es una metáfora, como otras utilizadas para la expresión del Derecho. Es lo que sucede con las fuentes, de donde metafóricamente mana el Derecho, y lo que acontece con definiciones usuales del acto administrativo que está muy relacionado con el tema a desarrollar. Es frecuente definirlo como declaración de voluntad, sin más, o también de deseo, conocimiento y juicio. Una evidente influencia del Derecho civil que gira en torno a la voluntad de la persona. Un antropomorfismo innecesario e incorrecto, porque en el Derecho administrativo entre la norma y el particular está la Administración Pública. Sólo alegóricamente puede hablarse de voluntad. La Administración es titular de potestades, que han de ejercerse para servir los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como se establece en el artículo 103 de la CE en una formulación que, en lo esencial, puede ser asumida con carácter general.

La Administración no calla, no deja de responder cuando hipotéticamente se le pregunta. La Administración no habla; no es *vox legis* como metafóricamente se ha dicho del juez. La Administración actúa. La actuación es su primordial función, como servidora de los intereses generales. La potestad no es un adorno, algo de lo que pueda disponer libremente. Está vinculada a un fin que le da sentido. Más aún, su ejercicio, delimitado por la competencia, es irrenunciable. De un modo lapidario Lorenz von Stein la definió como el Estado en acción. Esta fue la razón de ser de su emergencia de la mano de los revolucionarios franceses, cuya influencia ha dejado sentirse en ordenamientos jurídicos positivos europeos y latinoamericanos. No bastaba con nuevas leyes, se precisaba un brazo poderoso para ejecutarlas y, sobre todo, para adoptar numerosas medidas que hicieran real e irreversible la Revolución

La Administración se pronuncia mediante actos, frecuentemente enlazados en un procedimiento, cuya culminación es la resolución, el acto administrativo en

sentido propio y estricto, una declaración jurídica de derechos y obligaciones que inciden en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. Esta concepción del acto administrativo, que es desconocida en el common law, se construye en una referencia esencial a lo contencioso administrativo, que se ha concebido tradicionalmente como una justicia revisora del acto. Sin entrar ahora en las diferentes maneras de organizar el contencioso administrativo, éste exige la existencia de un acto administrativo previo, la *decisión préalable*, para poder operar. La doctrina tradicional del silencio administrativo no se explica sin esa exigencia.

El acto administrativo domina la escena, está en el centro de un Derecho que se caracteriza por ser un Derecho de realización, diferente de un Derecho privado, que no impone sino limita y de un Derecho penal, que prohíbe conductas. Los derechos fundamentales de la persona, y para lo que ahora interesa, el derecho a la tutela judicial efectiva, hace artificial e innecesario, no solo que el contencioso administrativo consista en un proceso al acto, rechazado incluso antes de la asunción del constitucional derecho a la tutela judicial efectiva, sino también que tenga un carácter revisor del acto administrativo.

Antes de la Constitución de 1978, la exposición de motivos de la ley de 1956, que duró hasta 1998, daba ya pie para esa conclusión. El objeto del proceso se refería al examen de la pretensión deducida con ocasión de un acto administrativo. Podía pedirse no solo la nulidad del acto sino también el reconocimiento de un derecho. Después de la CE habrá que referirse a la actuación de la Administración, un comportamiento no reducido al acto administrativo (art. 106), como con toda intención pusimos los constituyentes y que incluye la inactividad.

Esta perspectiva permitirá liberar la concepción del silencio de su pretendida relación con un hipotético acto. Más aún, pone en cuestión la necesidad de la figura del silencio administrativo, como se razonará. Lo determinante es la actuación de la Administración, que comprende no solo una actividad requerida por su función de servidora del interés general, la insuficiencia de la actividad y también una deseada inactividad. El metafórico silencio de la Administración puede subsumirse en esa dialéctica de actividad-inactividad.

En parte ha sido así contemplado cuando se ha acudido a distinguir una inactividad formal, en la que operaría el tradicional silencio administrativo, y una inactividad material. En 1962, cuando todavía no se había abandonado claramente la concepción originaria del contencioso administrativo francés, el profesor Nieto formulaba esa distinción con toda claridad. La inactividad material “es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias”. La formal, “la pasividad de la Administración, dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares”.

De lo expuesto se infiere que el silencio de la Administración va más allá del denominado silencio administrativo, ligado a la incoación de un proceso. La apuntada dialéctica actividad- inactividad, relacionada a la función servidora de la Administración con el debido ejercicio de la potestad, ofrece una explicación doctrinal más satisfactoria. Ejercicio debido, juzgado desde el cumplimiento de esa función, que no implica un juicio necesariamente negativo de toda la inactividad de la Administración.

Desde esos postulados es preciso referirse a los llamados silencio negativo y positivo o inactividad formal, la insuficiencia de la actividad en la motivación del acto administrativo, la inactividad material, las dificultades del silencio administrativo positivo y la postulada inactividad de la Administración a la luz de la Directiva de servicios de la Unión Europea y su transposición a España, para concluir con la propuesta de abandonar la doctrina tradicional del silencio administrativo, tomando como elemento de referencia la evolución del ordenamiento jurídico español en la materia.

2. Silencio negativo y silencio positivo

No es preciso desarrollar ahora por extenso el régimen jurídico del silencio administrativo y su construcción doctrinal. (Su evolución legislativa y el reflejo doctrinal se contiene en STS de 6 de octubre de 2003). A efectos de constatar lo afirmado con anterioridad, en relación con el silencio negativo bastará con subrayar algunas notas. Los efectos desestimatorios del silencio se justifican como decía la LJCA de 1956 “como garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración”. Se trataba de facilitar el acceso a la jurisdicción

sin esperar a que la Administración dictase un acto expreso. En el mismo sentido se manifestaba la LPA de 1958 (art. 94): petición, no notificación de la decisión en el plazo de tres meses y, denunciada la mora, podía considerarse desestimada la petición al efecto de deducir frente a esa denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional o esperar la resolución expresa. Esa tesis es asumida por una jurisprudencia consolidada.

Lo fundamental es hacer posible una facultad de reacción del particular. Pero la concepción del contencioso administrativo hizo posible que se hablase de la ficción de un acto y se llegase en algún momento a hablar de acto tácito frente al auténtico acto que es el expreso. Daba pie para esa consideración el lugar que el silencio ocupaba en la ley no procesal: el modo de terminar un procedimiento administrativo.

La referencia al acto se manifestó en alambicadas construcciones para determinar el *dies a quo* para interponer los recursos, llegando a utilizar para ello lo dispuesto para notificaciones defectuosas o incompletas de los actos expresos. Así lo corroboró el Tribunal Constitucional, para que la Administración, por su inactividad, no se colocase en “mejor situación que si hubiera efectuado la notificación con todos los requisitos legales”. (*ad exemplum*, STC 149/2009, ente otras). La ficción es indudable. Se utiliza la notificación de un acto expreso para un acto que no se ha dictado, cuyo contenido esencial se da por supuesto. Para conseguir el objetivo que persigue no es necesaria la ficción de un acto o si se prefiere subrayar más la contradicción un acto ficticio.

La insatisfacción de esa tesis, llevada hasta sus extremos, se manifiesta en la jurisprudencia según la cual, aun reconociendo que “en los supuestos de silencio administrativo, el denominado *acto presunto* no es sino una ficción porque realmente no existe tal acto administrativo...la denuncia de la mora...no es sino un trámite para que quede libre la vía del recurso administrativo o judicial, cuyo incumplimiento es subsanable...y por consiguiente su falta no justificaría la inadmisión de la acción ejercitada” (STS de 20 de abril de 1996, con cita de otras).

El silencio negativo era la regla general. Sólo en algunos casos limitados se admitía el silencio administrativo positivo. Existía práctico consenso doctrinal en que ese silencio implicaba un auténtico acto, que se denominó presunto.

El panorama legislativo cambió en una muy discutida ley de 1992 (30/1992 de 26 de diciembre) con el gobierno socialista en el poder. Se puso el acento en la obligación de la Administración de resolver expresamente las peticiones de los particulares. Su exposición de motivos habla de superar la doctrina del llamado silencio administrativo. Según sus propias palabras no se trata de dar un carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. “El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”.

La orientación de la ley tenía un plausible objetivo moralizador de la Administración, que debe actuar dando la debida respuesta explícita a las peticiones de los particulares. Y así se ha reconocido en algunas sentencias del Tribunal supremo que reproducen frases de la exposición de motivos de la ley, que invoca sorprendentemente la primacía de la eficacia sobre el formalismo. “El silencio, positivo o negativo- se dirá- no es sino el remedio contra el fracaso del cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver” (STS de 28 de enero de 2009 recurso en interés de la ley).

La articulación legal de ese propósito no fue satisfactoria, porque se hacía recaer la responsabilidad de la inactividad sobre los funcionarios, cuando no pocas veces esa inactividad responde a decisiones explícitas o implícitas de los titulares del poder, y por la pretendida previsión, aunque negada, de erigir el silencio administrativo en regla general. “Una trampa gigantesca” se llegó a decir en la doctrina científica que, en general, vapuleó la reforma. Esa aparente pretensión quedaba, por ejemplo, devaluada al afirmar que existía silencio positivo “en todos los casos, en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa (art. 43,2), y así se hizo en numerosas ocasiones por vía reglamentaria, aprovechando la

adecuación de los procedimientos imperada por una disposición adicional de la referida Ley.

De otra parte, no quedaba ya duda alguna de que el silencio generaba un acto administrativo, que se denominó presunto, equiparable al acto expreso con los efectos correspondientes. A ello contribuía la exigencia de la “certificación expedida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento” (art. 44.2), bastando la exhibición de haberla pedido si la Administración no la expediese. Este carácter de auténtico acto no quedaba reducido al silencio positivo y así lo reconoció alguna sentencia del Tribunal Supremo. La vinculación del silencio al acto quedaba reforzada.

El negativo recibimiento de la ley por la doctrina científica y las dificultades prácticas que generaba motivaron su reforma, coincidiendo con un cambio de gobierno, en esta ocasión del Partido Popular, en 1999. Así se reconoce en la exposición de motivos de la ley. Se trataba de modificar los aspectos más problemáticos “fundamentalmente, la regulación del silencio administrativo”. Se acepta lo que era opinión mayoritaria: “La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo correspondiente” La estimación, en cambio tiene “a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento” (art. 43,3) Así se reconoce como doctrina unánime en la jurisprudencia: “.surge el silencio con las características y efectos de un auténtico acto administrativo” (STS de 27 de abril de 2009).

Permanece la vinculación del silencio al acto, aunque se haya flexibilizado la acreditación el supuesto del acto presunto que puede realizarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. La vinculación se comprueba en que la obligada resolución expresa en el caso del silencio negativo puede ser distinta a lo por él significado. Se trataría de una revocación in *melius*. En el caso del silencio positivo se trataría de un acto confirmatorio.

Se mantiene la impresión de generalidad del silencio administrativo positivo, así reconocida por la jurisprudencia (*ad exemplum*, STS de 30 de septiembre de 2009), que la realidad desmiente, al decir que los interesados podrán entender

estimadas por silencio administrativo sus solicitudes “en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, además del ejercicio del derecho de petición y los procedimientos en los que la estimación implicase transferencias de facultades relativas al dominio público o al servicio público, o de impugnación de actos y disposiciones. Una ley puede, por tanto, impedir el juego del silencio positivo. Se zanja así la problemática surgida en torno a los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, por ejemplo en materia urbanística donde el texto refundido de la ley de suelo de 2008 como su precedente ley de 1992 dice que “en ningún caso podrán adquirirse por silencio facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística” (Cfr. STS de 28 de enero de 2009 dictada en interés de la ley)

El desiderátum de considerar el silencio positivo como regla general debería conducir a una interpretación en favor del mismo. Era lógico que no pudiese “ser objeto de interpretación extensiva ni analógica (STS de 22 de septiembre de 1994) cuando se consideraba una excepción y, por tanto, de interpretación restrictiva. No cuando se presenta como general. Un caso concreto ilustrará esa contradicción.

El artículo 8,3 del Decreto 302/2001 de la Xunta de Galicia que recoge los distintos efectos del silencio reconoce el carácter negativo del silencio en el caso de solicitudes no contestadas sobre aprobación de planes eólicos empresariales. No se dice nada respecto de solicitudes de ampliación o prórroga del plazo de los ya aprobados, que era el objeto litigioso.

La Administración autonómica sostuvo que no es de aplicación el silencio positivo porque no cabe cuando la estimación supondría “transferir facultades relativas al dominio público o al servicio público”.

Tal invocación al dominio público es improcedente porque no existe esa transferencia, como se deduce de la STS de 30 de enero de 2007 (rec. 3370/2004): “los vientos... entran dentro de la categoría de las res communis omnium, las cosas que son comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza”, tesis recogida en la STSJ de Galicia de 22-10-2008 (rec. 7092/2008).La improcedencia de la invocación del servicio público queda de

manifiesto en la inequívoca exposición de motivos de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del sector eléctrico: “se abandona la noción de servicio público”. Por una y otra razón los parques eólicos están sometidos a autorización y no a concesión.

La Administración autonómica sostuvo también que la Ley de Galicia 6/2001 de 29 de junio de adecuación a la Ley 4/1999 de 13 de enero al reconocer como negativo el silencio en los procedimientos de aprobación de planes eólicos y de autorización de instalaciones de un parque, comprende también “la ampliación del plazo de ejecución”.

Esa interpretación va en contra del pretendido carácter general del silencio administrativo. Pero de una parte, la ampliación solicitada se refiere a un plan ya aprobado, que no se identifica con la aprobación ex novo; de otra, un plan no es un parque. El parque es una instalación, un establecimiento industrial de producción de energía eléctrica, como corrobora la Ley 54/1997 del sector eléctrico. El Plan es un proyecto de investigación.

El carácter general del silencio administrativo no debiera amparar estas interpretaciones restrictivas. En caso de duda debería estarse a favor del silencio administrativo positivo, si hemos de creer al legislador. El silencio administrativo es un instrumento procesal creado en beneficio del interesado y como tal no puede beneficiar a la Administración que lo provoca. Dicho con expresivas palabras de una S.T.S. de 17 de abril de 1990, ponente el profesor González Navarro, el silencio “no supone una autorización para no resolver cuando le venga en gana”.

Con motivo de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/23/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre relativa a los servicios en el mercado interior se aprobó la ley 25/2009 de 22 de diciembre conocida como “ley ómnibus” por la repercusión que tuvo en numerosas normas. Sin perjuicio de una mayor explicación, el objetivo de la Directiva, que como todas las de la UE vincula a los Estados miembros sin prejuzgar el tipo de norma a dictar, es la consecución de un real y efectivo mercado interior, de acuerdo con preceptos y principios del Tratado de la Unión, que implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. En

concreto, el artículo 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el 49 la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad.

Pues bien, la citada ley, entre otras disposiciones que contienen y que afectan a la actividad de la Administración, da una nueva redacción al artículo 43 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común 30/1992 de 26 de noviembre cuya reforma anterior fue comentada. El artículo se refiere al silencio administrativo y la nueva redacción corresponde a la iniciativa de un gobierno socialista, consecuencia de la democrática alternancia en el Poder.

Su primer apartado se refiere expresamente al silencio administrativo positivo “1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley *por razones imperiosas de interés general* o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”.

Este primer apartado del reformado artículo 43 recoge el contenido de los apartados 1 y 2 de la Ley 30/1992 incorporando, por exigencias de la Ley 17/2009, la referencia a las “razones imperiosas de interés general” para determinar los supuestos en los que una norma con rango legal puede establecer silencio negativo. Se introduce, pues, un nuevo elemento que deberá condicionar las excepciones que las leyes pretendan hacer al silencio positivo. No bastará una norma de rango suficiente –la realidad puso de manifiesto la disposición del legislador a excepcionar el silencio positivo- sino que será necesario, en el futuro, justificar que existe una razón imperiosa de interés general para hacerlo, encajando las excepciones en alguno de los supuestos del extenso concepto que contiene la Directiva.

Esta referencia obligada a las razones imperiosas de interés general queda, sin embargo, en entredicho respecto a las excepciones al silencio positivo preexistentes a la Ley 25/2009 a la vista de la literalidad de la Disposición adicional 4ª de la propia Ley. Bajo el título “Aplicación de los requisitos previstos

para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes”, se señala:

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

En realidad, así entendidas las razones imperiosas de interés general, no se ha producido innovación ni avance sobre la situación anterior a la transposición de la Directiva. Dicho castizamente, para ese viaje no hacían falta estas alforjas.

No parece que se haya cumplido con lo que se dice en el preámbulo de la ley:

“... para alcanzar el objetivo de reformar significativamente el marco regulatorio no basta con el establecimiento de los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios, sino que es *necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarlos a los principios que dicha Ley –se refiere a la 17/2009- establece*”.

La Disposición Adicional analizada hace, precisamente, lo contrario: exime al legislador estatal y autonómico de evaluar su normativa anterior y da por buenos todos y cada uno de los supuestos de silencio desestimatorio vigentes a la entrada en vigor de esta

Si el silencio administrativo positivo fuese la regla general del silencio de la Administración podría aplicarse en casos de duda o en los que no se exprese el efecto desestimatorio. Es lo que sucede, por ejemplo, en la no manifestación por parte de la Administración de aceptar o rechazar la valoración realizada por los propietarios de un bien objeto de expropiación forzosa (art. 30 LEF).

La jurisprudencia ha entendido que ese silencio no tiene valor negativo ni positivo, No es un acto tácito (STS de 9 de diciembre de 2008) y además ese silencio no impide que el justo precio sea fijado por el órgano competente, el Jurado de expropiación. No es del caso analizar esos pronunciamientos cuya fundamentación no parece concluyente. La aceptación expresa de la Administración de la valoración presentada por el expropiado implica que “se entenderá determinado definitivamente el justo “precio”. Más congruente sería invocar que el silencio administrativo opera en “procedimientos iniciados a solicitud de los interesados” aunque la existencia de beneficiarios de la expropiación introduzca la duda de si esa no se hace en ese caso, a solicitud de ellos. Si se trae a colación el supuesto es para subrayar la multiplicidad de significados del silencio de la Administración que no se reduce a la acuñada categoría del silencio administrativo.

3. La inactividad material de la Administración

La inactividad material de la Administración no hace referencia a la falta de respuesta ante una petición que ha iniciado un procedimiento y que la Administración ha de resolver. La inactividad de la Administración viene relacionada con el incumplimiento de algo establecido en la norma, pasividad que perjudica a los particulares. No existe un previo acto administrativo, ni expreso ni presunto, contra el que recurrir judicialmente. Uno de los esfuerzos realizados, deudores de la superada concepción del contencioso administrativo como revisora del acto, consistió en transformar esa inactividad material en inactividad formal a la que responde el tradicional silencio administrativo. Hacía falta un acto administrativo previo y el juez no podía colocarse en la situación de la Administración, a la que no podía dar instrucciones o mandatos.

Con la pretenciosa intención de cerrar "un importante agujero negro de nuestro Estado de Derecho" y de otorgar "un arma efectiva al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas", la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (29/1998 de 13 de julio) creó un **recurso contra la inactividad de la Administración**, dirigido a obtener una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega la técnica del silencio administrativo.

El artículo 29 LJCA, regula la acción de condena de la Administración al cumplimiento de una prestación en favor de quien tiene derecho a ella (art. 29.1).

A tenor del artículo 29.1 de la LJCA, el demandante podrá pretender la condena de la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas en una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de acto, contrato o convenio, cuando reclamada la prestación la Administración se haya abstenido de cumplirla en un plazo de tres meses (artículos 29 y 32). Es decir, lo que el ciudadano pretende es que la Administración realice una actividad o dicte un acto que le viene impuesto ex lege, ex acto o ex contractu.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha puesto el acento en la legitimación (*ad causam*) necesaria para plantear esta acción, exigiendo al demandante que ostente un “derecho subjetivo” definido por una norma que no necesite actos de aplicación o en un acto, contrato o convenio:

“... lo que no ofrece duda es que para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, *de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente*, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general” (STS de 24 de julio de 2000, RJ 2001/289).

En segundo lugar, insiste el Tribunal Supremo en la necesidad de que la prestación exigida en vía jurisdiccional debe ser concreta. Se trata de condenar a la Administración "en los concretos términos en que estén establecidas" sus obligaciones (artículo 32.1). Es decir, los jueces y tribunales no se verán en la

tesitura de tener que "sustituir" a la Administración ante su inactividad determinando el cómo, dónde o cuándo del ejercicio de una potestad administrativa, porque los términos de su cumplimiento se desprenden objetivamente de la norma, del acto, del contrato o del convenio.

El único trámite previo que establece la nueva regulación para acceder al contencioso es la "reclamación" realizada al órgano administrativo que permanece inactivo. Dicha reclamación no debe confundirse con una solicitud en sentido formal, es decir, con la forma de iniciación de un procedimiento (artículos 68 y 70 de la Ley 30/1992).

No se trata de forzar el acto administrativo como requisito previo al proceso, sino de dar la oportunidad a la Administración de actuar debidamente a través de una especie de *interpellatio*, que tiene por finalidad tratar de evitar el proceso cuando la Administración no ha cumplido por motivos distintos a su falta de voluntad de cumplimiento. La propia estructura administrativa y la eficacia de la actividad administrativa requieren esta "llamada de atención" que, en ningún caso, debe volverse contra el ciudadano diligente. Pasados tres meses desde que fuera presentada la reclamación sin haberse obtenido la prestación, quedará expedita la vía judicial.

4. Motivación e inactividad administrativa

La motivación del acto administrativo puede ser contemplada desde el punto de vista de actividad debida de la Administración y su falta como una auténtica inactividad. La motivación formal puede ser insuficiente de acuerdo con el canon del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho. La doctrina ha discutido largamente sobre la naturaleza de la motivación y su amplitud, sobre su carácter formal y su incidencia en la validez del acto. La tradición legislativa iniciada en 1958 se ha conservado en la vigente ley de 1992. La motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derechos, es requisito exigido a determinados actos expresamente enumerados (art. 54).

Tempranamente se advirtió (J.L de la Vallina, 1967) que la motivación no podía reducirse a facilitar el control jurisdiccional, aunque es evidente que juega ese importante papel. Resulta razonable que se exija motivación cuando se limiten

derechos subjetivos o intereses legítimos, cuando la Administración se separe de actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos, en la suspensión de actos, la aplicación de la tramitación de urgencia o ampliación de plazos y por supuesto en el ejercicio de potestades discrecionales.

En la inexistente o inadecuada o insuficiente motivación puede constatarse una desviación de poder o una arbitrariedad cuya interdicción está hoy incorporada como principio a la CE (art. 9,3). No se trata solo de un cumplimiento formal, aun siendo muy importante la forma en el Derecho, sino de racionalidad, “el reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad” como ha dicho con expresividad la jurisprudencia (STS de 12 de marzo de 2008).

Existe aquí un amplio campo para satisfacer las aspiraciones de justicia sin vulnerar el principio de separación de poderes, o en otras palabras que el juez se coloque en el lugar de la Administración, sustituyéndola en definitiva. Son los problemas que plantea la denominada discrecionalidad técnica, de importancia creciente en sectores estratégicos de gran complejidad.

Unos casos serán suficientes para mostrar el intento de superar soluciones puramente formales.

En materia de urbanismo, por ejemplo, aprobada la ampliación de la anchura de una calle carecía de razón no adaptar las alturas de los edificios a la nueva situación, “*exceptuar el terreno afectado por la modificación litigiosa de la aplicación de las reglas generales sobre alturas*” (STS 20 de marzo de 1990).

La consideración del medio ambiente, como consecuencia de una mayor sensibilidad, amparada constitucionalmente y por el Derecho de la UE, está influyendo en la consideración judicial de la potestad de planeamiento urbanístico. Se declara que es conforme a Derecho que la proporción destinada en el Plan General de ordenación urbana sea muy superior a la fijada por la Ley del suelo y el Reglamento de planeamiento porque no se demostró “*que fuese desproporcionado o irracional*” (STS de 9 de marzo de 2004 RJ 2805). Por el contrario, se anula unas Normas Subsidiarias de Planeamiento por entrañar “*el riesgo de formación de una pantalla arquitectónica*” (STS de 7 de junio de 2004, RJ 4004).

En materia de contratación *“en igualdad de “alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes” para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución”* (STS de 11 de junio de 1991, RJ 4874).

El control de acuerdo con el estándar de racionalidad se aplica también al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su límite es que *“el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la naturaleza de las cosas o la esencia de la institución”* (STS de 19 de febrero de 2008, EDJ 25676): se trataba de un reglamento de protección de familias numerosas que se anuló parcialmente porque algunos de sus preceptos, paradójicamente, no eran adecuados a la protección declarada.

La ilegalidad por omisión de una norma reglamentaria presenta una cierta singularidad como se reconoce en una STS de 9 de febrero de 2011 que subraya la tradicional dificultad de admitirla por el doble obstáculo del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la consideración de la potestad reglamentaria como discrecional. No obstante se reconoce una corriente jurisprudencial según la cual *no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o a que ésta se refiera a un determinado aspecto, aunque resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido* en función del artículo 71.2 de la LSCA según el cual *los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen.*

El control judicial de las potestades de la Administración colabora a la realización del Estado democrático de Derecho. A ello se refiere, con cierta solemnidad, la STS de 17 de abril de 1990, RJ 3644, ponente Francisco González Navarro con motivo de suprimir una autorización para parking sin oír a su titular, una actuación arbitraria, que no provoca la confianza y el respeto de los ciudadanos,

que se ven abocados a “*embarcarse en la siempre incierta y costosa aventura de un proceso judicial*” y que además trata de prevalerse del acto presunto generado por su silencio. Contra lo que en la sentencia se denomina “hierofanía del poder” es preciso: “limitación, freno y control”.

La motivación no solo cumple con la finalidad de hacer más evidente el acto y hacer más fácil su interpretación, sino que se corresponde a las exigencias de un Estado democrático de Derecho. No es que, como decía una Orden de 1913, resulta “anómalo e impropcedente denegar una solicitud o desestimar una propuesta sin alegar razones o justificación alguna”, sino que lo reclama el derecho a una buena administración como se reconoce en el artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, elevada al rango de Tratado constitutivo de la misma. Dicho en sus propios términos, obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”. Una expresión que es más amplia que la de un acto administrativo.

No es preciso extenderse en principios de publicidad y transparencia que hoy se encuentran imperiosamente reclamados por el sistema democrático en que deben asentarse los Estados. Nos encontramos en sociedades de la información, como un deber de la Administración y un derecho de los ciudadanos para conocer el porqué de las decisiones de los titulares del poder. El poder no es un arcano, responde no sólo ante los tribunales sino ante la sociedad y sus ciudadanos que tienen la responsabilidad de elegir periódicamente a sus representantes. Con clarividencia, el profesor de la Vallina en uno de los pocos trabajos escritos sobre la motivación del acto administrativo, aun siguiendo la pauta excesivamente formalista de la doctrina italiana, decía con cita de .Rivero, que había cambiado la tradicional manera de actuación de la Administración de buscar el más obligar que el convencer. Para convencer es preciso dar explicaciones, declarar los motivos de la actuación y por ello sostenía con cierto énfasis que “la motivación pierde su carácter de instrumento o medio que facilite su control jurisdiccional de la actuación administrativa para adquirir una dimensión mucho más importante”. Todavía no se había aprobado la Constitución y el Estado no había pasado de administrativo de Derecho.

5. La inactividad deseada de la Administración.

Desde distintas perspectivas se ha subrayado el cambio que se ha operado en la concepción de la Administración pública. Ha pasado de ser una organización fuertemente jerarquizada, instalada en el imperio, la imposición, el privilegio a otra necesitada de la colaboración de los particulares, de la participación de éstos. No son solo razones democráticas, sino también de eficiencia, aunque también un cambio de paradigma ideológico. Para expresarlo de una manera rápida, el que va del dominio de las empresas públicas a las privatizaciones. Para entenderla resulta inadecuada la definición de Hauriou del Derecho administrativo como prerrogativa de la Administración y equidad.

El cambio puede referirse, por ejemplo, a la terminación convencional del procedimiento administrativo que hace innecesaria una resolución, al arbitraje, a los contratos público-privado pensados fundamentalmente para la construcción de grandes y complejas infraestructuras, o a ese nuevo y actual mundo de la regulación económica. El acto administrativo como *decisión exécutoire*, deja paso en ocasiones a la recomendación, el *soft law* o a una comprobación *a posteriori* de la actuación de los particulares. La Administración, por decirlo de un modo gráfico, se retranquea. No abre con su actuación el partido, sino que vela por que se cumplan las reglas de juego que corresponden, por ejemplo, al mercado. Esto es lo que persigue la Directiva de la Unión Europea anteriormente citada.

Desde una perspectiva institucional se trata de eliminar las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados y en definitiva de acuerdo con el artículo 2 del Tratado promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad”.

Según la propia declaración de la Directiva la creación de un mercado competitivo de servicios es esencial para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea. Se trata de suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios, consistentes en un exceso de trámites administrativos con la consecuente inseguridad jurídica, y en vencer la falta de confianza o la reticencia mutua de los Estados miembros.

La Directiva se presenta como una pieza clave en la política comunitaria de impulso económico y consolidación del mercado interior de acuerdo con la estrategia de Lisboa del año 2000. Se trata, en definitiva “de crear un entorno regulatorio más favorable y transparencia en el desarrollo de las actividades de servicios en el ámbito comunitario”. Transparencia e información que proporcionan a los consumidores más posibilidades de elección y precios más bajos, de acuerdo con la filosofía que preside toda la actuación de la UE, volcada al mayor protagonismo de la sociedad frente a la intervención del Estado, reducida a lo que sea necesario.

Se trata de que los prestadores de servicios puedan establecerse libremente en cualquier país o prestar un servicio en otro país sin necesidad de establecerse en él, de acuerdo con sus personales preferencias y estrategias.

Los objetivos de la Directiva podría resumirse en los siguientes: favorecimiento de la libre circulación de servicios, simplificación de procedimientos, mejora de la calidad de los servicios, reforzamiento de los derechos de los destinatarios de servicios y cooperación administrativa y convergencia entre los Estados miembros.

A los efectos de la exposición me limitaré al cambio de orientación en la intervención administrativa que conlleva el uso limitado o sustitución de la autorización. La regla general es la no utilización del régimen de autorización que solo excepcionalmente y por tanto de interpretación restrictiva por “razones imperiosas de interés general –se repite en numerosas ocasiones- puede dejar de ser cumplida”. La Directiva se encarga de ilustrar qué se entiende por interés general, un concepto jurídico indeterminado que puede convertirse en una válvula de escape del sistema.

Según el considerando 40 de la Directiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de justicia, abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, objetivos de política social, protección de destinatarios, del consumidor, protección del medio ambiente y del entorno urbano incluido la planificación urbana y rural, seguridad vial, entre otros de una enumeración amplia que hace relativamente flexible la aceptación del principio.

La Directiva fue transpuesta sucesivamente en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre (la ley paraguas) y la de 25/2009 de 22 de diciembre (ley ómnibus, por las numerosas modificaciones que hizo en otras tantas leyes).

La exposición se ceñirá a ellas en cuanto que han modificado preceptos significativos de la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas así como de la Ley 7/1985 de 2 de abril sobre bases de Régimen local. Por decirlo de una manera rápida, se pretende pasar de poner el acento en el acto administrativo, el control, *a priori*, a ponerla en la declaración del particular y un control *a posteriori*. Se pretende con ello, al menos como principio, cambiar la cultura arraigada en la Administración Pública. Bien es verdad que algunas de las novedades, como postular el mínimo de intervención administrativa pública y su carácter proporcional, lucían en la legislación local de 1955, como ocurre también con otra de las medidas de simplificación administrativa –la ventanilla única- que figuraba con otra expresión en la ley de Procedimiento administrativo de 1958.

En ese sentido se orienta el nuevo artículo 39 bis de la Ley 30/1992 relativo a principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad: “deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin producir en ningún caso diferencias de trato, discriminatorios”.

Se pretende sustituir la autorización por la declaración responsable y la comunicación previa.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, define en el art. 3.9º, lo que se entiende por “declaración responsable”:

“El documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante su vigencia”.

Paradójicamente la citada Ley 17/2009, no define el concepto de “comunicación previa” en las definiciones contenidas en el art. 3º, aunque la cita permanentemente, siendo este el acto mediante el cual el prestador de servicios comunica a la Administración su intención de iniciar una determinada actividad de prestación de servicios. Esta omisión se ve paliada al introducir su definición en el ordenamiento jurídico estatal el art. 71 bis 2º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción otorgada por la Ley 25/2009, al disponer:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”.

Cabe destacar que esa mayor agilización administrativa y supresión de trámites burocráticos tiene su reflejo jurídico en la circunstancia, de que tanto las declaraciones responsables como las comunicaciones previas, supondrán con carácter general, “el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación”, control, e inspección, permitiendo ejercerla por “tiempo indefinido”.

Esa labor de comprobación “ex post”, que sustituye al tradicional control autorizatorio *ex ante*, determinará precisamente que la “inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento” que las acompañe o su no presentación, “determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de sus responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar” (art. 71 bis 4º).

En principio este sistema está pensado a favor del ciudadano, pero puede convertirse en adverso. De un lado, se habla de inexactitud u omisión esencial; quizá la falsedad en algo que no sea esencial resulta difícil. El sistema depende de la eficacia de lo dispuesto en el apartado 5 de ese nuevo artículo 71 bis: que las Administraciones tendrán permanentemente publicados y actualizados

modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se presentarán de forma clara e inequívoca.

La cuestión estriba en comprobar si existe más seguridad jurídica con un acto previo, perfectamente identificado del que se responsabiliza la Administración o en la situación ahora prevista que está pendiente de una espada de Damocles, en que consiste la decisión de la Administración como consecuencia de una comprobación posterior. No debería haber problema en las situaciones correspondientes al ejercicio de potestad reglada, como ocurre con las licencias, sobre todo en el caso de declaración responsable si el modelo es completo.

En el caso de la comunicación previa todo queda al albur de la posterior comprobación que puede llevarse a cabo cuando la actividad se haya iniciado. Por eso, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, se plantean serias dudas acerca de la ventaja de esta fórmula que se presenta como revolucionaria.

Al no existir un acto administrativo previo la resolución de la Administración no puede consistir en una revocación de algo que no ha otorgado. Es la constatación de que la comunicación previa o la declaración responsable no son conformes a Derecho. Y se declara que no puede continuarse en el ejercicio del derecho a la actividad afectada desde que se tenga constancia de la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial. Más aún la Administración puede obligar al interesado a restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente.

Demasiadas posibilidades de actuación de la Administración que hace incierta la ventaja para el particular, que debe arrostrar el riesgo, sin perjuicio de que, de no estar de acuerdo con la resolución de la Administración, la recurra. La inseguridad aumenta si la Administración Pública no da suficientes garantías de que ateniéndose el particular a los modelos oficiales no existirá una declaración de ilegalidad de la actuación. El problema es mayor en el caso de la comunicación previa ya que por su contenido pueda entenderse como una mera solicitud, aunque jurídicamente no lo sea

El cambio que ha originado la transposición de la Directiva de servicios queda patente en la modificación de la ley reguladora de las bases de Régimen local. Su artículo 84, frente a la disposición anterior de que un medio de intervenir la actividad de los ciudadanos es el sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, en la nueva redacción añade: “No obstante, cuando se trata del acceso y ejercicio de actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 de 23 de diciembre sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio se estará a lo dispuesto en la misma -es decir cómo se encarga de concretar seguidamente- a la comunicación previa o declaración responsable y control posterior”.

De otra parte el Real Decreto 2009/2009 de 23 de diciembre dio una nueva redacción al apartado 1 del artículo 22 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales sobre apertura de establecimientos industriales y mercantiles haciendo referencia a los medios de intervención previstos en la legislación básica en materia de régimen local, y en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

Y ha de recordarse que el artículo 4º de esta ley reconoce la libertad de establecimiento y en su artículo 5º establece con claridad que “en ningún caso el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifiesta, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilita la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.

No queda, por tanto, a la elección del particular elegir uno u otro sistema. Es la administración quién tiene que decidir cuál es el aplicable. La preferencia es clara y se corrobora al establecerse limitación al régimen de autorizaciones: los requisitos no deben ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, proporcionado a ella, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles (art. 9).

6. A modo de conclusión

El silencio administrativo es una técnica que se encuentra ligada al acto administrativo, a su vez condicionado por el entendimiento del contencioso administrativo como revisor del acto.

Como se ha expuesto, el silencio negativo conduce a la ficción de un acto, o dicho de un modo más expresivo, al contrasentido de un acto ficticio. No creo que sea necesario realizar tal operación. Los efectos de la inactividad de la Administración se producen simplemente por la ley. La comunicación del particular que ha dirigido una petición a la Administración es un simple requisito procesal para interponer la correspondiente acción judicial contra la Administración. El transcurso del tiempo prefijado legalmente sin contestación de la Administración, así como el determinado legalmente para que la Administración resuelva expresamente son los plazos que tiene el particular para interponer el recurso contencioso en el que se pretende el reconocimiento de un derecho, sin que ese reconocimiento tenga que ser consecuencia de la nulidad de un acto por ficticio que sea.

No haría falta, por tanto, dictar en todo caso un acto posterior expreso. En el caso de conformidad con la pretensión del particular la Administración puede simplemente allanarse en el proceso dándose éste por terminado. En el caso de que fuese disconforme, entendiéndose por tanto que lo pedido por el particular no debería estimarse, es verdad que se priva inicialmente de una motivación del acto expreso, pero se subsana después porque, al extender la acción al citado acto, el recurrente recobra la oportunidad de conocer los motivos del acto con ocasión de formular la demanda ante el juez.

Por lo que respecta al silencio administrativo positivo se ha sostenido con razón que es una técnica no solo diferente del acto presunto sino incompatible con él. (Morillo-Valverde 1995) El efecto positivo lo otorga en realidad la ley sectorial correspondiente, ya que superando una regulación inicial sólo aquel opera si la petición es conforme con el ordenamiento. Ese efecto se atribuye realmente a la petición por determinación del ordenamiento sectorial correspondiente, como se adelantó en materia de licencias urbanísticas.

No hay necesidad de inventarse un acto presunto. Más aún puede decirse que el acto presunto ilegal es una contradicción. El acto administrativo goza tradicionalmente de presunción de legalidad. La ilegalidad será eventualmente

declarada por el tribunal al resolver el recurso que haya interpuesto un tercero no conforme con el efecto estimatorio de la petición. La Administración ha de defender la posición del beneficiado.

Aquí cobra importancia la información anteriormente ponderada. Los medios de las nuevas tecnologías son ya algo imprescindible en una Administración electrónica. La solución viene más por esta vía de la publicidad y de la información que por la construcción artificial de un acto al que, de una u otra manera, está vinculada la técnica del silencio administrativo cuya desvinculación aquí se postula y, por tanto, la no necesidad de tal técnica.

Por supuesto, la Administración puede entender, en contra de lo que sostiene el particular peticionario, que su silencio tiene un efecto desestimatorio a confirmar en el correspondiente acto expreso. El recurso interpuesto contra el presunto acto administrativo producido por silencio administrativo finalizaría por carecer de sentido.

Existe una inactividad reprobable de la Administración y también una actividad que debe ser reorientada de acuerdo con los principios de participación y de eficiencia en la procura de los intereses generales, cuyo servicio es la razón de ser de la Administración Pública. Como se ha expuesto, ni la comunicación, ni la declaración responsable son actos administrativos. Son actos de los particulares. El efecto favorable que se les reconoce dimana directamente de la norma, siendo los actos de los particulares “una carga necesaria para el despliegue de ese efecto”. No existe acto administrativo presunto y, en consecuencia, carece de toda justificación la obligación de que se dicte un acto administrativo confirmatorio si en el ejercicio de su actividad de control a posteriori la Administración constata que el ejercicio de la actividad declarada por el particular, iniciada o no, no es conforme a Derecho.

También es innecesaria la ficción de la desestimación por silencio. La Administración comprueba que las manifestaciones del particular no se corresponden a la veracidad de lo declarado o no están conformes con el ordenamiento jurídico. En definitiva, como se ha dicho con razón, la habilitación al ciudadano interesado “no la genera el eventual silencio de la Administración sino la concurrencia de la voluntad de la Ley, perfectamente objetivada en esos casos, y la conducta correcta del interesado en cuanto cumplidor de los requisitos exigidos por la norma” (López Menudo, 2010).

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

NIETO, Alejandro, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo” *RAP*, 37,,(1962)

VALLINA VELARDE, Juan de la, *La motivación del acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1967

MORILLO-VELARDE, José Ignacio, *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995

LOPEZ MENUDO, Francisco, “La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista española de la función consultiva*, 14, (2010).

GARCÍA PÉREZ, Marta, “El tiempo y el Derecho administrativo: de la ley de Procedimiento a la Directiva de Servicios” en *La Administración Pública entre dos siglos*” INAP, Madrid, 2010.

MEILAN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2011.